

Un argumento en contra de la coherencia

Andrés Molina Ochoa
andres.molina.1974@gmail.com

Metodología Utilizada

La metodología utilizada es el análisis de conceptos. En este sentido, se descomponen los diferentes conceptos de una tradición teórica para poder hallar un mejor entendimiento de un problema filosófico específico. El análisis es utilizado para descubrir qué es aquello que se afirma cuando se utiliza la *coherencia* como un valor apto para justificar leyes y decisiones judiciales. El análisis de conceptos es una metodología típica en la filosofía del derecho. Para una discusión reciente de su empleo y de sus límites puede verse, por ejemplo: Bix, Brian: "Joseph Raz and Conceptual Analysis" American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law, primavera, 2007. Leiter, Brian: *Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis* en Coleman, Jules: "Hart's Postscript" Oxford: University Press. 2001. pp. 351-370.

Resumen

El artículo intenta probar que estatutos diversificados y sentencias coherentes pueden ser justificados desde el punto de vista de la filosofía política y de la posibilidad de encontrar repuestas morales correctas. En primer lugar, se distingue la coherencia de otros conceptos similares como la consistencia.

Posteriormente, se analiza la justificación de la coherencia en relación con casos fáciles y difíciles. Finalmente, se discuten las ventajas de leyes y sentencias incoherentes en el marco de una democracia pluralista.

Palabras Clave

Coherencia, Consistencia, Integridad, Interpretación Jurídica, Democracia Pluralista, Ronald Dworkin, Robert Alexy.

Abstract

The article proves that checkerboard statutes and incoherent jurisprudences may be justified from the perspective of political philosophy and the possibility of finding a right moral answer. First, it distinguishes between coherence and similar concepts such as consistency. Subsequently, it analyzes whether coherence is justified when judges solve easy and hard cases. Finally, it discusses the advantages of incoherent laws and jurisprudences within the framework of a pluralistic democracy.

Key Words

Coherence, consistency, integrity, legal interpretation, pluralistic democracy, Ronald Dworkin, Robert Alexy.

Fecha de recepción del artículo: Marzo 15 de 2010

Fecha de aceptación del artículo: Julio 12 de 2010

* Este artículo es el resultado final de una subproyecto realizado dentro del grupo de investigación de derecho privado de la Universidad del Rosario sobre valores constitucionales y derecho privado. El objetivo general es comparar los diferentes principios constitucionales con instituciones básicas del derecho privado para ver cómo los justifican o son contradictorios con los mismos.

** Abogado de la universidad del Rosario. Profesor de planta en las cátedras de Introducción al Derecho y Teoría Jurídica en la misma Universidad. Es candidato a doctor y tiene Maestría en Filosofía de la Universidad de Binghamton en Nueva York. Ha sido profesor invitado en la misma universidad en las cátedras de Filosofía y Derecho, Derecho y Justicia, y Ética, Mercados y Derecho.

1. Situación Problemática

El artículo intenta responder a la pregunta sobre la justificación de la coherencia como un valor constitucional ¿En qué consiste este valor? ¿Puede considerarse justificado el empleo de este valor en la resolución de conflictos legales y jurisprudenciales?

Sólo seis meses después de la promulgación de la Constitución de 1991, algunos profesores solían caracterizar a la nueva carta política como un “tutti frutti constitucional”, una colcha de retazos jurídicos que jamás podría alcanzar la coherencia y sobriedad de la Carta Política de 1886.¹ Bastaba leer, según ellos, los primeros artículos de la Constitución para encontrar una mezcla irracional de principios,² una colección de enunciados normativos claramente contradictorios.³

La crítica hecha se fundamentaba en una virtud que, como advierte Joseph Raz,⁴ está en voga, la coherencia. *Ceteris Paribus*, una constitución coherente parece más valiosa que una que no lo es. Un teórico podrá preferir a la Constitución del 91 sobre las anteriores por su carácter garantista, sin embargo, deberá reconocer que sería una mejor norma si sus principios fueran jerarquizados de una forma más coherente.

Pese a ser calificada de incoherente, la Constitución, en sus artículos 89 y 241, explícitamente reconoce a la integridad⁵ como un importante valor que debe ser defendido por el sistema judicial colombiano. De hecho, la Corte Constitucional ha justificado la obligatoriedad de los precedentes en la necesidad de garantizar la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico:⁶

“Además, de lo contrario –es decir, de escindirse la norma de la ratio que le fija su significado para asegurar su aplicación efectiva y la concreta para precisar sus alcances– se rompería la unidad del ordenamiento jurídico y se resquebrajaría su coherencia en desmedro de la seguridad jurídica, de la aplicación igual de las normas a casos iguales y de la confianza legítima de los habitantes en que el derecho será aplicado de manera consistente y predecible.”⁷

¹ Esta posición no es unánime y está lejos de ser la mayoritaria en la doctrina constitucional colombiana. El tratadista Manuel Fernando Quinche, por ejemplo, defiende el pluralismo de principios de la Constitución por considerarla necesaria para garantizar la paz en una sociedad “[...] con fuertes rasgos de diferencia racial, cultural y socioeconómica.” Ver: Manuel Fernando Quinche Ramírez: “Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas”. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez Editores. 2008. p. 42. en igual sentido ver Roberto Pineda Camacho: *La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia*. En: “Alteridades” 1997. Vol 7. p. 107-129

² En un igual sentido se manifiesta Jesús Vallejo Mejía: “De hecho, la constitución adhiere a un *sincretismo ideológico*. De igual manera como algunos predecesores de Constantino rendían culto privado a todas las divinidades de los pueblos del imperio, incluyendo a Jesucristo; la Constitución hace suyo el concepto de *politeísmo de los valores*, que acuñó Max Weber para significar que en una sociedad pluralista no hay un solo valor supremo, sino constelaciones de los mismos. De ahí que la Constitución sea susceptible de lecturas liberales, conservadoras, socialistas, neoliberales, populistas y hasta gnósticas.” Ver: Jesús Vallejo Mejía: *Reflexiones Críticas Sobre la Constitución de 1991* en: “La Constitución por Construir” Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario. 2007. p. 15

³ El mismo argumento era usado por el profesor Luis Carlos SÁCHICA para criticar algunas reformas hechas a la Constitución de 1886. Ver: Luis Carlos SÁCHICA Aponte: “7 Estudios Constitucionales” Bogotá: Ediciones Rosaristas. 1986

⁴ “Coherence is in vogue [...] Coherence explanations of morality and of law are a newer breed.” Joseph Raz: *The Relevance of Coherence* en “Boston University Law Review” Marzo 1992, p. 273

⁵ Como se explicará posteriormente, la integridad –al menos en la concepción desarrollada por Dworkin– y la noción de coherencia usada en este artículo son equivalentes. El uso indistinto de estas expresiones es común en los estudiosos de la obra de Dworkin. Así, por ejemplo, Pérez Bermejo caracteriza las tesis de Dworkin como un “sistema coherentista.” Ver: Juan Manuel Pérez Bermejo. Madrid: Marcial Pons. 2006. Capítulo II.

⁶ De igual forma, la Corte ha justificado el control constitucional en la defensa de la integridad del ordenamiento jurídico: “[...] es claro que el control constitucional configura una garantía básica dentro del Estado de derecho con el fin de hacer efectivo precisamente, el principio de integridad y supremacía de la Constitución” Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-1290/01. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷ Corte Constitucional Sentencia SU-1219/01 Expediente T-388435. M. P. Manuel José Cepeda.

La aprobación casi unánime⁸ de la coherencia no la justifica necesariamente. Por esta razón, vale la pena preguntarse por la validez o no de este valor; ¿en qué sentido puede afirmarse que un orden jurídico coherente es mejor que uno que no lo es? ¿cuál es el ámbito de aplicación de la coherencia? ¿Por qué debe preferirse una decisión judicial coherente? El objetivo de este artículo es ofrecer un argumento en contra de la coherencia. El argumento tiene varias limitaciones; en primer lugar, se circunscribe a una democracia liberal, al menos en el sentido rawlsiano de una sociedad en la cual existen competitivas visiones omnicomprendivas.⁹ En segundo

lugar, el objetivo del argumento no es probar la inoperancia o irrelevancia de la coherencia en todos los casos, sino limitar el ámbito de aplicación de este valor a aquellas instancias en las cuales es más plausible que pueda ser correcto su uso por los diferentes operarios legales. Finalmente, por motivos de espacio, no se discuten algunas de las más importantes razones que han sido propuestas para justificar la coherencia.¹⁰ En este sentido, este artículo debe entenderse simplemente como la presentación de un problema que deberá responderse con mayor profundidad posteriormente.

Antes de evaluar la posible justificación de la coherencia, es importante aclarar cuál es el valor sujeto a consideración. El término *coherencia* no es unívoco ni en la jurisprudencia colombiana, ni en la doctrina jurídica. En ocasiones, la oscuridad en el uso de los conceptos hace de la discusión entre teóricos un diálogo de sordos. Por esta razón, el primer paso antes de cuestionar la *coherencia* es definirla. El objetivo no es, sin embargo, proponer un concepto basado en los paradigmas principales a los que suele referirse este término.¹¹ La

En igual sentido ver las sentencias: T-021/ 2002 Expedientes T-266.282, T-300.149 y T-308.716 MP. Álvaro Tafur Galvis. T-623/02 Expediente T-463.020. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁸ Importantes excepciones son: Ken Kress: "Why no Judge Should be a Dworkinian Coherentist" en *Texas law Review* (77) Mayo 1999. Joseph Raz: *The Relevance of Coherence...* p. 273-319. Andrei Marmor: "Coherencia, holismo e interpretación: el fundamento epistémico de la teoría jurídica de Dworkin" en *Interpretación y Teoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa. 1992. pp. 87-116. Para Juan Ramón Capella, "[...] una representación de la realidad *falsa pero coherente en sí misma*, [...] es ideológica". Ver: "Fruta Prohibida" 1997. Madrid: Trotta. p. 22 En este sentido, para Capella, la coherencia no sólo no es un valor jurídico, sino que es una herramienta teórica opresiva al servicio de las clases dominantes.

⁹ Según Rawls, una concepción moral es comprensiva si "[...] incluye concepciones de lo que es el valor en la vida humana, e ideales de amistad y de relaciones familiares y de asociación, y otros muchos elementos que conforman nuestra conducta y, en última instancia, nuestra vida en su totalidad." El liberalismo político se caracterizaría, entre muchas otras cosas, por suponer la existencia de "[...] muchas doctrinas comprensivas razonables y conflictivas, cada una con sus concepciones del bien, cada una compatible con la plena racionalidad de las personas, hasta donde es posible afirmar esto con los recursos de una concepción política de la justicia." John Rawls, "Liberalismo Político" México: Fondo de Cultura Económica. 1995. p. 138 Con base en el artículo 1 de la Constitución, especialmente en la cláusula que define a Colombia como una sociedad pluralista, puede afirmarse que Colombia es un Estado liberal en sentido rawlsiano. Es decir, Colombia es un Estado en el que existen diferentes visiones comprensivas del bien, pero el Estado no apoya ninguna de ellas como la única válida que deba ser aceptada por

todos los ciudadanos. La Corte Constitucional, por ejemplo, ha manifestado que "[a]hora bien, en Colombia, las políticas perfeccionistas se encuentran excluidas, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos (CP arts 1º, 7º, 16, 17, 18, 19 y 20), las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana. En efecto, esas políticas implican que el Estado sólo admite una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo." Corte Constitucional, C-309/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también: C-087/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰ Quizás el argumento más importante que se omite en este artículo es el de la obligatoriedad de las normas jurídicas. Para Dworkin, la coerción sólo es justificable si las normas pueden entenderse como partes de un todo coherente. Ver: Ronald Dworkin: "El Imperio de la Justicia" Barcelona: Gedisa 1992. Una crítica a dicho argumento puede encontrarse en Joseph Raz, *The Relevance of Coherence*.

¹¹ Sobre el papel de los paradigmas en la teoría jurídica ver: Timothy A. O. Endicott: "Herbert Hart and the Semantic Sting" en Coleman, Jules ed. *Hart's Postscript*. Oxford: Oxford University Press. 2001 p. 39-59

nomenclatura propuesta en este artículo se justifica, únicamente, en la contribución que pueda hacer para un mejor entendimiento del problema. En otras palabras, la importancia de definir el término *coherencia* está dada por la posibilidad de referirse a cierto valor que es usado para legitimar algunas decisiones judiciales y legislativas, aunque algunos autores y la misma Corte Constitucional lo denominen de otra forma.¹² En este sentido, el objetivo no es ni hacer una profilaxis del lenguaje, ni establecer el uso correcto de las palabras *coherencia* y *consistencia*. Únicamente se pretende clarificar el uso que se dará a estas expresiones para poder analizarlas correctamente.

2. Coherencia y Consistencia

Aunque en muchas ocasiones los términos coherencia y consistencia suelen usarse indistintamente, son nociones diferentes. Por consistencia se hace referencia a la necesidad de que los ordenamientos jurídicos sean libres de contradicciones en sus partes relevantes;¹³ por coherencia, en cambio, se hace referencia a un orden axiológico que debe respetar el ordenamiento legal.¹⁴ Un sistema jurídico, en este sentido, será coherente si las reglas que lo conforman pueden subsumirse en uno o más principios no contradictorios.¹⁵

La *consistencia* se refiere a aquellas reglas de la lógica formal que prohíben el uso de proposiciones contradictorias. Así las cosas, es posible hablar de *consistencia conceptual* entendida como la necesidad “[...] de atribuir a los mismos conceptos siempre los mismos significados”,¹⁶ o de *consistencia argumentativa*, entendida como ausencia de contradicciones entre los argumentos del ente legislador.¹⁷

Aparentemente, no es necesaria mayor argumentación para justificar la *consistencia*. Un ordenamiento jurídico inconsistente será incapaz de lograr los fines del derecho, cualesquiera ellos sean. En su famoso texto, *Ocho Formas de Fracasarse en la Creación del Derecho*,¹⁸ Fuller sugiere que los súbditos del personaje imaginario Rex, desesperados por la inconsistencia de las órdenes del monarca, manifestaron su incapacidad de seguir las leyes en un letrado que afirmaba,¹⁹ “*Esta vez el Rey ha sido claro — en ambas direcciones*”.²⁰ La *consistencia*, en este sentido, no se justifica por valores morales externos al ordenamiento jurídico, sino por los requisitos internos del derecho. Así como los habitantes de la socie-

¹² La nomenclatura usada en este artículo es, como se verá a continuación, mayoritaria entre los principales autores que discuten el problema de la coherencia. No obstante, tampoco se pretende afirmar que las definiciones propuestas son correctas porque así son usadas por la mayoría.

¹³ Ver: Torben Spaak: “Guidance and Constraint: The Action-Guiding Capacity of Neil MacCormick’s Theory of Legal Reasoning” en *Law and Philosophy* (2007) 26 p. 352 En igual sentido, Manuel Atienza define a la consistencia como el principio: “[...] según el cual las decisiones han de basarse en premisas normativas y fácticas que no entren en contradicción con normas válidamente establecidas o con la información fáctica disponible” Ver: “Tras la Justicia” Barcelona: Ariel. p. 137

¹⁴ Atienza define la coherencia como el principio según el cual: “[...] las normas deben poder subsumirse bajo principios generales o valores que resulten aceptables, en el sentido de que configuren una forma de vida satisfactoria.” Ver Ibid p. 137

¹⁵ Torben Spaak, ob. cit. p. 353

¹⁶ Carlos Bernal Pulido: “El Derecho de los Derechos: Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 64

¹⁷ Ibid. p. 64

¹⁸ Lon L. Fuller: “La Moral del Derecho”. México: Trillas. 1967.

¹⁹ Ibid. p. 67.

²⁰ Fuller describe ocho tipos de fracaso en la creación del derecho, cada fracaso está relacionado con un requisito esencial de todo ordenamiento jurídico. Dos de esos errores en la creación del derecho se refieren a lo que aquí se denomina como *consistencia*. Para Fuller, un sistema jurídico fracasa por “[...] la falta de congruencia entre las reglas conforme se promulgaron y su verdadera administración.” Lon L. Fuller. Op. cit. p. 44. La creación del derecho también fracasa si toda decisión es *ad hoc* y no se puede generalizar a partir de las decisiones tomadas. El problema reseñado aquí por Fuller, no es que el derecho se cree a partir de decisiones judiciales —el derecho pretoriano puede ser un ejemplo de ordenamientos jurídicos creados a partir de fallos individuales—; el problema es que los asociados no logran descubrir ningún patrón en las decisiones de los jueces. Si los fallos fueran *consistentes*, los asociados podrían descubrir parámetros generales y Rex no habría fracasado.

Un argumento
en contra de la
coherencia

dad imaginaria de Fuller no logran entender lo ordenado por *Rex*, los ciudadanos de un Estado en el que el derecho sea críticamente²¹ inconsistente no podrán entender lo que las leyes demandan de ellos.

Un ejemplo propuesto por el mismo Fuller puede ayudar a ilustrar aún más la anterior afirmación. No es posible ser carpintero si no se siguen unas reglas mínimas. Para usar un computador es necesario seguir una serie de reglas y procedimientos; es necesario, por ejemplo, grabar los documentos de cuando en cuando, usar un antivirus actualizado, no abrir archivos que lleguen en correos de cuentas cuyo remitente desconocemos. Esas reglas son necesarias porque si no se siguen no se puede usar el computador, independientemente de los fines que se quieran lograr mediante su uso. Aprender a usar el teclado es tan importante para quien escribe un panfleto incitando al crimen como para quien desea redactar un llamado a la paz. De igual forma, la *consistencia* es necesaria para lograr cualquier tipo de fin que se quiere con el derecho; sin ella, las normas jurídicas carecerían de significado y, por tanto, no sólo serán incapaces de guiar la conducta de los ciudadanos, sino que no podrán entenderse propiamente como leyes.

La mayoría de teóricos jurídicos han reconocido a lo que aquí se llama consistencia como un elemento esencial del derecho. Para Kelsen, por ejemplo, un ordenamiento jurídico se caracteriza, entre otras cosas, porque puede ser descrito “[...] mediante proposiciones no contradictorias.”²² En este sentido, “[...] dadas dos normas, una de las cuales determina como debido el contenido A y la otra el contenido no-A, ambas no pueden

ser consideradas simultáneamente válidas.”²³ De igual forma, Bobbio define a un sistema jurídico como aquel en el que “[...] no pueden existir *normas incompatibles*.”²⁴

La Corte Constitucional, en algunas de sus sentencias, parece referirse a la consistencia con el término *coherencia interna*. En la sentencia C-530-93, por ejemplo, la Corte afirmó que la *racionalidad* hace referencia a la *lógica formal* y a la *coherencia interna*.²⁵ En

²³ Ibid. p. 100

²⁴ Norberto Bobbio: “Teoría General del Derecho” 3. ed. Bogotá: Temis. 2006. p. 186 Bobbio, sin embargo sostiene que existe un caso en el cual las normas jurídicas pueden ser incompatibles: “[cuando dos normas] del mismo nivel y contemporáneas, son ambas válidas.” En los demás casos, “[e]n un sistema jurídico la admisión del principio que excluye la incompatibilidad de dos normas, tiene como consecuencia, en caso de incompatibilidad de dos normas, la caída no ya de todo el sistema, sino solo de una de las dos normas, o a lo sumo de ambas.” Ver. Ibidem p. 187 Para Perelman, “[...] la aseveración de una proposición y de su negación, es decir, de una contradicción, hace que el sistema sea incoherente [en nuestra terminología inconsistente] y por consiguiente, no utilizable.” Ver, Chaïm Perelman, “El Imperio Retórico” Bogotá: Norma. 1997. p. 82 Con un ejemplo similar al de Fuller, Robert Alexy sostiene que un sistema en el cual “[los miembros de un grupo armado] imparten a los dominados órdenes en parte contradictorias, siempre cambiantes y en parte incumplibles [...] no es, por razones conceptuales, un sistema jurídico.” Alexy, sin embargo, al igual que Bobbio, acepta que algunas normas puedan contradecirse entre sí. Ver: Robert Alexy: “El Concepto y la Validez del Derecho” 1997. Barcelona: Gedisa. p. 38 y ss.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-530/93. M.P. Alejandro Martínez Caballero: “Se observa que las semejanzas y diferencias entre racionalidad y razonabilidad son manifestadas, según se desprende de las siguientes líneas: - Mientras que la RAZONABILIDAD hace relación a lo constitucionalmente admisible, la RACIONALIDAD hace relación a la conexidad; - La primera apunta a una finalidad legítima mientras que la segunda apunta a una finalidad lógica; - Una -la primera- hace alusión a la coherencia externa, esto es, con los supuestos de hecho; la otra -la segunda- hace alusión a la coherencia interna, es decir, es un fenómeno estructural; - Por último, lo razonable es de la esfera de la lógica”. En igual sentido, en sentencia C-037/00, la Corte afirma que la jerarquización de normas, –es decir el hecho de que las normas de “[...] inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores”– garantiza la

²¹ Es importante aclarar que para Fuller la satisfacción de los ocho requisitos esenciales para la creación del derecho puede darse en diferentes grados. Así las cosas, un sistema altamente inconsistente será inviable, pero uno con pequeñas inconsistencias podrá subsistir. El único requisito que no admite niveles de cumplimiento es el de la promulgación de la ley. Ver Ibid p. 44 y ss.

²² Hans Kelsen: “El Concepto del Orden Jurídico” en: *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. México: Fontamara. p 100.

otras ocasiones, la Corte se refiere a la *unidad temática* cuando utiliza la expresión *coherencia interna*; en este sentido, uno de los requisitos de la coherencia sería la unidad temática de las normas.²⁶

El concepto de *unidad temática*, sin embargo, tiene poco que ver con lo que aquí se denomina como *consistencia*. Una ley puede tener *unidad temática* pero ser inconsistente. Es posible que todos los artículos de una ley se refieran, por ejemplo, al derecho de *habeas corpus*, pero que se contradigan entre sí. De igual forma, es posible encontrar una ley consistente pero que carezca de *unidad temática*; una ley cuyas normas no se contradigan podrá tratar sobre temas diferentes. Siguiendo un ejemplo de Andrei Marmor, las proposiciones: ‘Siempre se debería obedecer a la ley’ y ‘Todos los cisnes son blancos’, son consistentes aunque obviamente no tienen unidad temática.²⁷

3. Coherencia

Si a la *coherencia* se le quiere dar cierta relevancia, entonces debe significar algo más que la simple consistencia. Cuando se resalta la coherencia en una decisión, se está valorando algo más que la no contradicción de sus conceptos o la congruencia lógica de sus

coherencia interna del ordenamiento jurídico; esto es, la congruencia entre las diferentes normas.

²⁶ Ver Corte Constitucional C-025/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “La Corporación ha destacado que el principio de unidad de materia propende por la racionalización y la tecnificación de todo el proceso normativo y contribuye a darle un eje central a los diferentes debates que la iniciativa suscita en el órgano legislativo. Luego de su expedición, el cumplimiento de la norma, diseñada bajo este elemental dictado de coherencia interna, facilita su cumplimiento, la identificación de sus destinatarios potenciales y la precisión de los comportamientos prescritos..., todo lo cual redundará en la cabal observancia de la seguridad jurídica tan cara a los postulados del Estado Social de Derecho.” En igual sentido, ver: Corte Constitucional C-290/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. C-1344/2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz. C-1712/00 M.P. Cristina Pardo Schlesinger (e)

²⁷ Ver: Andrei Marmor: *Coherencia, holismo...* p. 88 Norberto Bobbio ofrece un ejemplo similar: “Dos proposiciones como: *La pizarra es negra* y *El café es amargo* son compatibles, [consistentes] pero sin que se impliquen mutuamente.” Norberto Bobbio, ob. cit. p. 186

argumentos.²⁸ La coherencia, a diferencia de la consistencia, hace referencia a la justificación axiológica de las diferentes normas, a aquel valor según el cual un conjunto de reglas (o una decisión judicial, o un ordenamiento jurídico...) pueden juzgarse como casos de uno o más principios generales que justifican dichas reglas.²⁹ Una regla que ordene a los vehículos amarillos un límite de velocidad de treinta kilómetros por hora es consistente con otra que ordene a los vehículos azules un límite de velocidad de 70 kilómetros.³⁰ Sin embargo, como afirma MacCormick, “[...] no puede darse ninguna razón basada en principios que justifique tal diferencia.”³¹ Al no poder justificarse esta diferencia, las dos normas, pese a ser consistentes, son incoherentes.

Algunos autores distinguen, además, entre dos tipos distintos de *coherencia*. Por *coherencia monista*, entienden el valor según el cual “[...] el derecho existente (o al menos las fuentes del derecho) puede ser derivado de un solo principio.”³² A este tipo de coherencia se refieren fundamentalmente las críticas hechas a la Constitución del 91 y la defensa de la

²⁸ Según Andrei Marmor: “[...] por lo general, con la noción de coherencia se intenta designar algo más que la mera consistencia lógica. Pero no está claro (y rara vez se explicita) aquello que precisamente se considera que es esta característica adicional.” Ver: Andrei Marmor, ob. cit. p. 88.

²⁹ Ver: Spaak, ob. cit. p. 353. En igual sentido, ver: Manuel Atienza, ob. cit. p. 137: “[...] **principio de coherencia**, según el cual las normas deben poder subsumirse bajo principios generales o valores que resulten aceptables, en el sentido de que configuren una forma de vida satisfactoria (**coherencia normativa**).” En algunas jurisprudencias, la Corte Constitucional ha usado esta concepción de coherencia: “[d]e esta manera, la expresión demandada no guarda coherencia alguna con los fines, principios, derechos y valores en que se fundamenta nuestro Estado Social de Derecho” Corte Constitucional. Sentencia C-1369/00 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³⁰ El ejemplo es tomado de Neil MacCormick: “Legal Reasoning and Legal Theory” Oxford: Clarendon Press. 1978 p. 106 y ss. Ronald Dworkin utiliza un ejemplo similar para ilustrar las llamadas “leyes diversificadas” (*checkerboard statutes*) Ver: Ronald Dworkin: *El Imperio...* pp. 134 y ss.

³¹ Ob. cit. p. 106.

³² Ken Kress, Ob. cit. p. 1384.

Carta Política del 86. La Constitución de Caro y Nuñez sería más coherente porque sus normas pueden derivarse de un principio único que legitima y explica la totalidad del ordenamiento jurídico.³³

La *coherencia pluralista*, en cambio, “[...] está constituida por una arquitectura interna entre principios, normas y fuentes del derecho.”³⁴ Quienes defienden la *coherencia pluralista* afirman que el derecho es justificado por una serie de principios que son irreducibles entre sí. Esta visión de coherencia es la defendida por Ronald Dworkin, para quien: “[...] debemos intentar entender los valores holísticamente e interpretativamente, cada uno a la luz de otros, organizados no jerárquicamente sino en la forma de una cúpula geodésica.”³⁵ Este tipo de coherencia es, quizás, la usada por Quinche y Pineda Camacho para defender la Constitución del 91.³⁶ La nueva Carta Política reconocería el carácter pluralista de la sociedad (y de los valores en general), pero aun así seguiría siendo coherente, puesto que la coherencia no se refiere necesariamente a un valor fundamental—como sugeriría SÁCHICA y VALLEJO— sino a una miríada de valores que se integran mas no se jerarquizan entre sí.

El término *integridad* propuesto por Dworkin equivale a lo que se ha definido en este artículo como *coherencia*.³⁷ Según Dworkin, “[l]a integridad requiere que las normas públicas de la comunidad sean hechas y vistas, hasta donde sea posible, como expresando un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta.”³⁸ La *coherencia*, según la nomenclatura propuesta por Dworkin, exige que las decisiones presentes no contradigan

las pasadas, la integridad no necesariamente. En *Brown v. Board of Education*,³⁹ la decisión más coherente —en la terminología de este artículo, la más consistente— era continuar con la segregación en las escuelas; sin embargo, la opción más íntegra era repudiar el precedente. *Brown* es incoherente con las decisiones pasadas, pero es más fiel a los principios fundamentales del derecho estadounidense, según Dworkin.

Según la terminología sugerida en este ensayo, la *coherencia* en sentido dworkiniano sería consistencia. El tipo de contradicción prohibido por la noción de integridad de Dworkin y por la definición de coherencia que hemos propuesto, no es lógico o formal, sino que es axiológico. *Brown* y *Plessy* se contradicen lógicamente,⁴⁰ mientras una sentencia ordena acabar con la discriminación, la otra la permite. *Brown*, sin embargo, no vulnera la integridad porque se fundamenta en el mismo

³⁹ *Brown v. Board of Education* fue la sentencia que derogó a *Plessy v. Ferguson* y que declaró inconstitucional a la segregación racial en las escuelas públicas. *Brown* modificó un precedente judicial de más de 58 años.

⁴⁰ Aunque es posible argüir que ambas sentencias son consistentes porque se refieren a órbitas diferentes —*Plessy*, el transporte público, *Brown*, la educación—, fueron aplicadas contradictoriamente de *Plessy* y *Brown*.

Tanto *Plessy* como *Brown* fueron usadas para permitir o suprimir la segregación en ámbitos diferentes a los cuales trataron. En el caso de *Brown*, la Corte usó el precedente para prohibir la discriminación en espacios o facilidades públicas. Ver *Garner v. Louisiana* 368 U.S. 157 (1961), *Wolfe v. North Carolina*, 364 U.S. 177 (1960), *Watson v. Memphis*, 373 U.S. 526 (1963) *Johnson v. Virginia*, 373 U.S. 61 (1963) De igual forma, *Plessy* fue utilizado como precedente de sentencias que iban más allá de autorizar la segregación en el transporte. En *Gong Lum v. Rice*, la Corte utilizó a *Plessy*, por ejemplo, para justificar la discriminación en el campo de la educación. Ver: *Gong Lum v. Rice*, 275 U.S. 78 (1927). Aún más, los magistrados de la Corte que decidieron *Brown* sabían que su sentencia era inconsistente con *Plessy* y que estaban cambiando un precedente, por eso afirmaron: “[c]ualquier cosa dicha en *Plessy v. Ferguson* contraria a este hallazgo es rechazada.” Para un estudio del contexto en el cual se tomó *Brown* y su relación con *Plessy* ver: Peter Irons: “Give me the Colored Doll” en *A People’s History of the Supreme Court*. New York: Penguin Books. 2000. pp. 383-394

³³ Ver SÁCHICA, Luis Carlos “Del Preámbulo y algo más” en *El Espectador*. Abril 1 de 1991 y Jesús Vallejo Mejía, ob. cit.

³⁴ Ken Kress. Ob. cit. p. 1384

³⁵ Ronald Dworkin: “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy” en *Oxford Journal of Legal Studies*. Marzo, 2004

³⁶ Ver Supra n.1.

³⁷ Por esta razón, cada vez que use la palabra integridad deberá entenderse como coherencia.

³⁸ *Ibid.* p. 160

principio que *Plessy*, la igualdad. La diferencia entre ambas sentencias no está en el principio que las justifica, sino en la mala interpretación de la igualdad que hizo el juez en *Plessy*. Desde el punto de vista de los valores que justifican una y otra decisión, *Brown* no contradice a *Plessy*, corrige, en cambio, el error interpretativo del juez de la época.

En el salvamento de voto a la Sentencia SU-047/99, Eduardo Cifuentes Muñoz define la consistencia con un ejemplo similar al usado por Dworkin para ilustrar su noción de coherencia. Para el magistrado de la Corte Constitucional:

“Lo anterior podría apresurar una conclusión errónea consistente en afirmar que el respeto por el precedente - es decir por la universalidad y la consistencia de la jurisprudencia - conduce necesariamente a petrificar la jurisprudencia. Sin embargo, no es ese el propósito del anotado mecanismo. Lo que éste determina, por el contrario, es que un cambio en el sentido de la jurisprudencia esté fundado en muy buenas razones, de manera tal que la quiebra de los principios de consistencia y universalidad, resulte suficientemente justificada.”⁴¹

Al igual que Dworkin –cuando se refiere a la coherencia–, Cifuentes manifiesta que la consistencia limita la posibilidad de contradecir previas decisiones de la Corte Constitucional; sin embargo, este principio puede ceder ante otros que integran el ordenamiento jurídico y que, por tanto, le den mayor coherencia –o integridad en la terminología de Dworkin–. En realidad, toda esta sentencia utiliza la distinción que se ha realizado entre *consistencia* y *coherencia*. Mientras la posición mayoritaria defiende la necesidad de que las decisiones judiciales sean *consistentes*,⁴² Cifuentes defiende

la obligación de apartarse del precedente con base en la coherencia.⁴³

En este artículo, en este artículo se discute la coherencia tal como la entendió la Corte en la sentencia SU-047/99. Es decir, por coherencia se entiende el valor jurídico según el cual las decisiones judiciales y las diferentes normas jurídicas, deben fundamentarse en valores –o en un valor único en el caso de la *coherencia monista*– que no se contradigan entre sí. Por consistencia, en cambio se entiende el requisito intrínseco al derecho que restringe las decisiones y normas contradictorias.

Ahora bien, la coherencia, a diferencia de la consistencia, no puede justificarse únicamente en la técnica jurídica. En otras palabras, dado que un sistema incoherente puede seguir siendo jurídico, la coherencia debe fundamentarse en algo distinto a los requisitos internos del derecho.⁴⁴ Es precisamente esta justificación la que se discute en el siguiente acápite.

⁴³ “En casos como el planteado, es de tal dimensión la afectación a la legitimidad de la Corte, que no resulta exagerado afirmar que se amenaza la existencia misma del control constitucional. Por eso, los que apenas somos servidores transitorios de la tarea magnífica de defender la Constitución, no podemos alegremente apartarnos de principios, como el de coherencia y universalidad, de cuyo respeto depende por entero la legitimidad de la función que nos ha sido encomendada. Para ello, y esto no sobra recordarlo a quienes pueden olvidar la trascendencia histórica de su función, el juez debe sustraerse de las presiones coyunturales y postergar de sus propias vanidades, para no incurrir en el imperdonable error de preterir principios como el de coherencia y universalidad y decidir un caso conforme, simplemente, a sus propios intereses.” Salvamento de Voto. SU-047/00 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁴ En varios ordenamientos jurídicos, la discusión sobre la coherencia es interna al sistema jurídico en cuanto esta se encuentra consagrada constitucionalmente. Cuando se afirma que la coherencia demanda una justificación externa, no se quiere negar esta posibilidad, únicamente se afirma que un sistema jurídico puede existir, al menos en teoría, sin ser coherente. En este sentido, mientras no es posible elegir entre un ordenamiento jurídico consistente y otro inconsistente, sí es posible hacerlo entre uno coherente y uno que no lo es. Dado que en el caso de la coherencia podemos escoger, cabe la pregunta, ¿qué razones tenemos para elegir al sistema coherente? Esta apreciación fue sugerida por el profesor Juan Jacobo Calderón.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia SU 047/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Ver también: Sentencia C-700/99 M.P. José Gregorio Hernández

⁴² “Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas[...].” SU-047/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

4. Justificación

Antes de cuestionar la coherencia,⁴⁵ es necesario hacer otras dos precisiones. En primer lugar, la justificación que se discute en este artículo no es instrumental sino sustantiva. Es apenas obvio que si un sistema jurídico pretende alcanzar o respetar⁴⁶ ciertos prin-

⁴⁵ Como se ha manifestado, el objetivo del artículo es cuestionar la coherencia como un valor jurídico, no preguntar por su existencia. Existe una importante tradición en la filosofía del derecho que afirma que los sistemas jurídicos son esencialmente incoherentes. Para el realismo jurídico norteamericano y para los estudios críticos del derecho, los ordenamientos jurídicos, lejos de ser coherentes, están llenos de contradicciones y lagunas. El derecho es usualmente caracterizado como una *colcha de retazos*, en la que cada retazo representa un movimiento o un interés económico diferente. La coherencia es, por tanto, intrínsecamente imposible en todos los ordenamientos jurídicos. Dado que el objetivo de este artículo es cuestionar normativamente el valor de la coherencia, no se discuten las razones dadas por estas escuelas. En otras palabras, el objetivo no es probar la existencia o inexistencia de la coherencia, sino cuestionarla normativamente. Para una descripción general del movimiento de los *Estudios Críticos del Derecho* ver: Juan A. Pérez Lledó: "El Movimiento Critical Legal Studies". Madrid: Tecnos, 1997. Mark Kelman: "A Guide to Critical Legal Studies". Cambridge: Harvard University Press. 1987. Sobre la coherencia y los *Estudios Críticos del Derecho*, ver en especial: César Rodríguez: "Una Crítica contra los Dogmas de la Coherencia del Derecho y la Neutralidad de los Jueces." en Kennedy, Duncan: *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*. Bogotá: Ediciones Uniandes. 1999. Para una visión crítica de la metáfora de la *colcha de retazos*, ver: Andrew Altman: "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin" en *Philosophy and Public Affairs*. (1986) 15, no. 3.

⁴⁶ Se utilizan los verbos alcanzar o respetar para dar cuenta de las dos concepciones de principios más influyentes en la teoría jurídica. La primera concepción, desarrollada principalmente por Robert Alexy, sostiene que los principios jurídicos son "[...] normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización* [...]" Para la segunda tradición, cuyo representante más importante es Ronald Dworkin, los argumentos basados en principios se diferencian de aquellos basados en directrices. Los primeros justifican una decisión política resaltando el hecho de que ella respete o asegure los derechos de una persona o un grupo. Las directrices, en cambio, protegen un bien colectivo de la comunidad. Para la tradición de los principios como criterios de optimización

los principios, las decisiones judiciales y las normas que crea no podrán vulnerarlos. Si un Estado pretende respetar el derecho a la libertad de expresión, no podrá crear leyes que censuren la prensa. La coherencia, desde el punto de vista instrumental, será tan importante o relevante como sean los principios en los que se basen las decisiones judiciales o las diferentes normas jurídicas. En un sistema cuyo fin sea la justicia, la coherencia contribuirá a la creación de un ordenamiento moralmente correcto. En cambio, en un sistema depredatorio,⁴⁷ la coherencia ayudará a la corrupción del ordenamiento jurídico. Dada la multiplicidad de fines que puede tener un sistema legal,⁴⁸ la pregunta por la justificación instrumental de la coherencia no podrá hacerse abstractamente, deberá realizarse dependiendo del tipo de sistema frente al cual nos encontremos.

La justificación por la que se indaga en este artículo, por tanto, no es instrumental sino sustantiva. Si la coherencia tiene algún valor, ella debe justificarse no sólo en los casos en los cuales contribuye a la realización de otros principios jurídicos, sino en los que colisiona con ellos. Esta precisión, sin embargo, puede

ver: Robert Alexy: "Teoría de los Derechos Fundamentales" Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997. pp. 87 y ss. Para la segunda tradición ver: Ronald Dworkin: "Hard Cases" en *Taking Rights Seriously* Cambridge: Harvard University Press. 1977. pp. 81-130. "The Models of Rules I" en *Ibid* p.p. 14-45. Para una introducción general a la noción de principios ver: Juan Ruíz Manero: "Principios Jurídicos" en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta: *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta. 1996. pp. 65-76. En el presente artículo no se sigue ninguna concepción particular sobre el concepto principio; en otras palabras, todo lo dicho acá puede encuadrarse bien en la tradición de Alexy o la de Dworkin.

⁴⁷ Un sistema depredatorio, según Alexy, tiene las siguientes características: (1) Existe cierta organización interna; esto es, prohibición de violencia y jerarquía de mandos. (2) Existe un sistema normativo. (3) El sistema no presume su moralidad; es decir, pretende no un fin legítimo sino la explotación de sus víctimas. Ver: Robert Alexy, *El Concepto y la Validez...* p. 39

⁴⁸ Algunos autores sostienen que todo sistema jurídico presume ciertos fines morales. Si esta tesis es válida, la coherencia instrumental nos garantizará, por lo menos, la moralidad de todos los ordenamientos jurídicos. Ver: *Ibid* p. 65 y ss.

generar alguna duda. Podría pensarse que por definición es imposible una contradicción entre la coherencia y los valores que ella pretende. En efecto, si por *coherencia* se hace referencia a los principios que justifican las reglas y las decisiones judiciales, ¿cómo puede afirmarse que el test para juzgar este valor se da precisamente cuando entra en contradicción con los principios que lo justifican? ¿Si una decisión es coherente cuando está justificada por un determinado principio, cómo se puede analizar la validez de la coherencia precisamente cuando la norma entra en contradicción con él?

El ejemplo de MacCormick discutido con anterioridad puede ayudar a ilustrar mejor la justificación sustantiva de la coherencia que se discute en este artículo. Supongamos que un legislador tiene que escoger entre dos diferentes leyes:

- a. El límite de velocidad en la ciudad X será de 35 kilómetros por hora.
- b. El límite de velocidad en la ciudad X será de 60 kilómetros por hora para los carros que no sean azules o rojos. Los carros azules tendrán un límite de 48 kilómetros por hora y los rojos de 35.

En X, las condiciones de tránsito hacen que el límite de velocidad justo sea el de 60 kilómetros por hora.⁴⁹ Desde el punto de vista de la justicia, el legislador debe elegir la ley (b), porque en ella menos derechos serán vulnerados; sin embargo, la coherencia nos exige rechazar esta opción.⁵⁰ (a) puede justificarse en la necesidad de controlar el tráfico en una ciudad, pero la discriminación hecha por (b) carece de alguna justificación racional.⁵¹ (b)

logra mejor los fines que se pretenden con la norma —la regulación del tráfico— pero aun así, se debe preferir (a) porque es más coherente.

Ronald Dworkin sugiere un ejemplo similar al de MacCormick para ilustrar el valor de la integridad. Supongamos que un crítico del aborto tiene que elegir entre una ley que lo permite y otra que sólo lo prohíbe a las mujeres nacidas en días pares. Según Dworkin, esta persona preferirá las leyes permisivas porque las demás carecen de un principio que justifique la diferenciación entre mujeres por su fecha de nacimiento. Este tipo de leyes, llamadas diversificadas, aparecerán repulsivas al crítico del aborto por cuanto

derecho a manejar a determinada velocidad. Dicho de otra forma, (a) sería más incoherente que (b) por cuanto no existe ningún principio racional que justifique un límite de velocidad tan bajo. Ante esta posible objeción existen tres respuestas. En primer lugar, el ejemplo de MacCormick es el típico caso usado por los doctrinantes defensores de la coherencia para ilustrar en qué consiste este valor. Si los ejemplos de coherencia sugeridos por los mismos doctrinantes no son instancias de las definiciones que ellos mismos proponen, la coherencia es entonces un extraño valor que puede definirse, pero que no puede discutirse en ningún caso real. En segundo lugar, en el mejor de los casos, la objeción implicaría que se tendría que modificar un poco la definición y añadir un nuevo elemento. La coherencia sería aquel valor según el cual las decisiones judiciales, las leyes y demás normas jurídicas deben fundamentarse en valores, de forma tal que no hagan ninguna discriminación que no pueda ser justificada racionalmente. Quizás sea ésta la mejor formulación del valor de la coherencia; no obstante, no se incluye para no modificar la definición usada por los principales doctrinantes que se discuten en este artículo y porque dicha modificación no añade ningún elemento esencial a la discusión principal sobre el valor de la coherencia. Finalmente, los problemas que existen en definir el valor de la coherencia pesan en contra de quien quiere justificar este valor y no en contra de quienes lo cuestionan. Es difícil creer que una virtud que no ha podido ser definida correctamente pueda estar justificada. Hablando sobre la integridad, Dworkin manifestó que ella se asemejaba a Neptuno, los astrónomos podían predecir su existencia antes de saber exactamente qué era. Quizás Dworkin debiera comparar a la coherencia con Plutón y no con Neptuno, los astrónomos creían que era un planeta, pero luego de clarificar los términos descubrieron que era sólo un objeto transneptuniano. Ver: Ronald Dworkin, *El Imperio de la Justicia* pp. 165 y ss.

⁴⁹ Aunque es difícil entender en qué sentido una ley de tránsito puede ser o no justa, puede pensarse que en este caso la decisión más justa será la que respete los derechos de circulación de los conductores.

⁵⁰ Como se explicó con anterioridad, (b) sería incoherente porque no existe un principio que logre explicar la diferencia entre los carros rojos y azules.

⁵¹ Es posible cuestionar aún más el ejemplo y sugerir que aunque tanto (b) como (a) realizan el principio de justicia en el tránsito, (b) lo hace más óptimamente porque niega a un número menor de personas el

violan el principio de integridad (en nuestra terminología coherencia).

Para quien critica al aborto, la regla que lo restringe es más justa que aquella que lo permite sin ningún tipo de limitaciones.⁵² Si se aplicara la ley diversificada, se vulnerarían menos derechos, puesto que abortarían menos mujeres. Si la descripción hecha por Dworkin es válida, entonces aquí habría una justificación sustantiva de la coherencia. Se podría afirmar que ella se justifica, independientemente de los valores o principios que pretende alcanzar. En el caso de MacCormick, se tuvo que elegir una ley que regulara menos eficientemente el tráfico; en el caso sugerido por Dworkin, una que a los ojos del crítico del aborto, vulneraba más derechos ¿Existe alguna razón para preferir la coherencia en estos casos? ¿Qué justificación existe para rechazar las leyes diversificadas? Cuando se formulan estas preguntas, se indaga por la justificación sustantiva de la coherencia.

Muy posiblemente, varios de los lectores rechacen la descripción del ejemplo de Dworkin, muchos de ellos considerarán que es preferible la ley diversificada sobre la ley permisiva y encontrarán, en este sentido, que el ejemplo no sirve para justificar la coherencia. Esta objeción apunta a la segunda aclaración necesaria antes de discutir el problema de la justificación sustantiva de la coherencia, la diferencia entre casos fáciles y difíciles. Como explicaré a continuación, la coherencia tendrá un papel diferente en el sistema jurídico dependiendo del tipo de decisión que se tome.

5. Casos Fáciles

Por casos fáciles se entiende en este artículo aquellos en los cuales existe una respuesta legal o moral correcta que podemos encontrar en los límites temporales de un proceso judicial o de los debates legislativos anteriores a la creación de una norma. Los casos difíciles, en

cambio, son aquellos en los cuales es imposible hallar una respuesta correcta y, por tanto, personas razonables pueden diferir sobre la mejor solución al caso en disputa.

Por casos fáciles no sólo se entienden aquellos que se pueden resolver sencillamente en un sistema jurídico, sino aquellos que aunque difíciles de resolver para el derecho no lo son moralmente.⁵³ En este sentido, lo que se entiende por casos fáciles es mucho menos restringido a lo que ha sido tradicionalmente comprendido bajo este término.

Supongamos, por ejemplo, que en un Estado existe una norma que ordena enviar a los hombres a las cárceles masculinas y a las mujeres a las femeninas. Una jueza en este Estado tiene que decidir a donde enviar a un prisionero que es considerado hemafrodita. Para solucionar el caso, la jueza acude donde una médica que le indica que el paciente es, desde el punto de vista biológico, mitad hombre y mitad mujer ¿A qué prisión debe enviar la jueza al prisionero?

Es posible entender este ejemplo como un típico caso difícil. La fuente del problema jurídico estaría en *la textura abierta* de la norma,⁵⁴ en el hecho de que el lenguaje no expresa cuál es la voluntad del legislador para decidir el caso. En la nomenclatura usada en este ensayo, sin embargo, éste no es un caso difícil. Si bien la regla no resuelve el problema,

⁵³ En este sentido, este artículo debe entenderse circunscrito a aquella tradición filosófica que acepta la existencia de respuestas morales correctas. Este es un tema polémico que aquí no se pretende aclarar. Los argumentos en favor de una respuesta moral correcta, sin embargo, parecen más plausibles dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos que han hecho parte esencial del derecho al discurso de los derechos humanos. Dentro de la innumerable bibliografía sobre la relatividad de la moral, ver en especial: Mary Midgley: "Trying Out One's One Sword" en *Heart and Mind: The Varieties of Moral Experience*. London: Routledge. 1983 pp. 80-88. Thomas Nagel: "Ethics" en *The Last Word* Oxford: Oxford University Press. 1997. pp. 101-126

⁵⁴ H. L. A. Hart: "El Concepto de Derecho" Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1963. Capítulo. VII. Ver también: Frederick Shauer: "Playing by the rules" Oxford: Clarendon Press. 1991. Capítulo 2. David Lyons: "Moral Aspects of Legal Theory" Cambridge University Press. pp. 150 y ss.

⁵² Por justicia aquí se entiende simplemente el valor que consiste en el respeto de los derechos de las personas. Aunque existen múltiples y complicadas teorías sobre la justicia, se sigue esta noción por ser la usada por Dworkin en *El Imperio de la Justicia*.

Andrés Molina
Ochoa

existe una respuesta moral correcta. La mejor decisión quizás esté dada por el principio del *in dubio pro reo* —incluso si éste no ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico— y deba enviarse al prisionero a la cárcel que más garantías le ofrezca.⁵⁵ La clasificación usada, en este sentido, es diferente a otras porque no se basa en la dificultad que pueda tener el legislador o el intérprete en hallar la respuesta correcta desde el punto de vista del derecho, sino que comprende además la posible ayuda que la moral pueda dar para subsanar las diferentes lagunas o contradicciones que existen en los ordenamientos jurídicos.

Una vez esté claro lo que se entiende por casos fáciles, aparecerá obvio que en ellos la coherencia es irrelevante o inoperante. Para ilustrar esta tesis, pensemos en un caso similar al propuesto por Dworkin. Supongamos que tenemos que elegir entre una ley aberrante y diversificada, y otra moralmente correcta:

1. La tortura está prohibida.
2. Únicamente las personas nacidas entre enero y junio podrán ser torturadas.

Entre estas dos opciones, (1) es la correcta, mas no por su coherencia sino porque es la

única que respeta el derecho a la integridad física. Si se describiera el problema jurídico en el caso en cuestión, se haría mal en afirmar que hay un debate entre el derecho a la integridad física y la coherencia. Dada la importancia del derecho vulnerado por la ley (2), la coherencia o no de esta norma es prácticamente irrelevante para el caso en estudio.

Es posible afirmar que la opción (1) es la más correcta por ser la más coherente con los principios morales. Esta parece ser la posición de Atienza,⁵⁶ al menos en lo relativo a la *coherencia normativa*. Si esto es lo que se entiende por coherencia, entonces Atienza simplemente está afirmando que lo coherente es lo moralmente correcto; es decir, que la coherencia es precisamente lo que permite reconocer el valor ético de una determinada acción de modo que no seríamos capaces de hallar la inmoralidad de (1) o (2) sin apelar a la coherencia.

Aunque muchos autores que defienden la coherencia en el marco jurídico afirman que esta no es suficiente en el plano ético,⁵⁷ se podría aceptar en virtud del argumento que ésta, y no las otras teorías que compiten en la ética normativa sobre el factor que determina a una acción como correcta, es la virtud necesaria para hallar la respuesta a los diferentes problemas morales. No obstante, esto no significa que sea relevante o importante en el mundo jurídico ¿No basta simplemente comparar el artículo 12 de la Constitución Política⁵⁸ para señalar que la opción (1) y (2) es inconstitucional?

Sustituyamos el ejemplo de la tortura por otro sugerido también por Dworkin. En *El Imperio de la Justicia*, Dworkin afirma que la historia

⁵⁵ Afirmar que pueden existir casos jurídicos cuya decisión depende de principios morales no significa necesariamente tomar posición respecto a la discusión entre positivistas y defensores del derecho natural. Incluso la versión más radical del positivismo —aquella que sostiene que las normas sólo hacen parte de un ordenamiento jurídico en virtud de su origen o su pedigree— admite la posibilidad de utilizar principios morales para decidir casos difíciles. La diferencia no estaría en el uso que los jueces puedan o deban hacer de los principios jurídicos, sino en la tesis, adoptada por el positivismo excluyente, según la cual los principios morales que utilizan los jueces para resolver los casos son extra jurídicos. Ver especialmente: Joseph Raz: “Authority, Law, and Morality” en *Ethics in the Public Domain*. Oxford: University Press. 1994. pp. 210-237. Andrei Marmor: “Exclusive Positivism” en Jules Coleman y Scott Shapiro ed. *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press. 2003. pp. 104-123. Una descripción sobre la forma como el positivismo excluyente explica el uso de principios jurídicos en la justificación de sus sentencias puede verse en: Andrés Molina Ochoa: “La Intrascendencia del debate entre positivismo y iusnaturalismo: las normas de *ius cogens*” en *Revista de Estudios Sociojurídicos*. 2009. Vol 1 (12) pp. 239-250.

⁵⁶ Ver Manuel Atienza, ob cit. p. 173

⁵⁷ Dworkin por ejemplo afirma que: “Elegante y exquisitas teorías coherentes de moralidad política pueden ser falsas, incluso repulsivas. No buscamos la coherencia por sí misma, sino tanta coherencia y convicción como podamos alcanzar.” Ronald Dworkin: “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy” p. 10.

⁵⁸ Colombia. Constitución Política. Artículo 12: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

Un argumento
en contra de la
coherencia

de las leyes diversificadas en Estados Unidos ha sido la de componendas famosas por su carácter inmoral:

“Los estatutos diversificados son las violaciones más dramáticas del ideal de integridad, y no son desconocidos en nuestra historia política. La Constitución de los Estados Unidos contenía en su nacimiento ejemplos particularmente repugnantes; el problema de la esclavitud se vio comprometido al contar con tres quintos de los esclavos del Estado al determinar la representación estatal en el Congreso y al prohibir al Congreso que limite el poder original del Estado para importar esclavos, pero sólo antes de 1808.”⁵⁹

Ahora bien, ¿qué quiere decir Dworkin con el anterior ejemplo? ¿quiere decir, acaso, que la infame sección 9 del artículo 1 de la Constitución de Estados Unidos⁶⁰ es repugnante moralmente por ir en contra de la integridad y no por ser una clara violación a la dignidad humana? ¿Acaso afirma Dworkin que si fuera verdad la tesis según la cual, la única opción del norte era aceptar esta componenda —porque de lo contrario el Estado se habría acabado en una guerra civil similar a la que tendría en 1861⁶¹—, las partes debieran rechazar este compromiso y aceptar la esclavitud sin ningún tipo de restricción, por ser esta la opción más íntegra? ¿No es el sufrimiento humano, la conculcación extrema de los derechos de las y los esclavos, razón suficiente para condenar este estatuto sin necesidad de apelar a la coherencia?

Es posible que Dworkin sólo haya querido afirmar que los estatutos diversificados son el producto de caracteres inmorales, o al menos sugieren un carácter moral deficiente. Sin

embargo, si esto es cierto, ¿por qué Dworkin ofrece sólo un ejemplo histórico? ¿No es más prueba del carácter inmoral de una persona el que esté dispuesta a aceptar o tolerar la esclavitud?⁶²

En los dos casos estudiados, la coherencia parece ser un valor irrelevante; en ninguno de ellos produce alguna diferencia notable en la decisión que debe tomarse. Si ya se considera una acción como extremadamente inmoral, no se entiende en qué pueda añadir algo que una norma sea considerada, además, incoherente. Ahora bien, así como la coherencia es irrelevante en aquellos casos fáciles en los cuales tenemos que escoger entre una norma incoherente y la decisión que favorece la moral, la coherencia es inoperante en aquellos casos en que debemos elegir entre una acción inmoral y un estatuto incoherente.

Siguiendo con el ejemplo sugerido por Dworkin sobre la esclavitud, imaginemos que tenemos que elegir entre las siguientes normas:

3. Todas las personas no blancas pueden ser esclavizadas.
4. Únicamente podrán ser esclavizadas, aquellas personas nacidas con anterioridad a los 20 años de entrada en vigencia de la presente norma. Después de 30 años de vigencia de esta Constitución, la esclavitud quedará abolida.

Muy probablemente, la reacción frente a estas normas será rechazar ambos estatutos y sugerir otra ley que proscriba definitivamente la esclavitud. Sin embargo, si se tuviera que elegir entre ambas leyes, la decisión correcta, o la menos inmoral,⁶³ será la del estatuto

⁵⁹ Ronald Dworkin, *El Imperio...* p. 137

⁶⁰ Constitución de Estados Unidos, Artículo 1, sección 9, cláusula 1: “El Congreso no podrá antes del año 1808 prohibir la inmigración o importación de aquellas personas cuya admisión considere conveniente cualquiera de los estados ahora existentes; pero se podrá imponer un tributo o impuesto a tal importación que no excederá de diez dólares por persona.”

⁶¹ Esta tesis es defendida, por ejemplo, por Joseph Ellis. Ver: “The Founding Fathers”. New York: First Vintage Books Edition. 2002.

⁶² De hecho, como se explicará posteriormente, aceptar un estatuto diversificado puede indicar no una falla moral, sino una virtud. Quien acepta un estatuto diversificado puede hacerlo porque reconoce la incapacidad de encontrar una respuesta correcta en un caso específico y porque tolera otras visiones morales.

⁶³ Quizás, la forma más adecuada para describir este caso sería a través del concepto de dilema moral, en el sentido en que ninguna de las alternativas es correcta. La mejor opción es la (4), porque muestra menor irrespeto por la dignidad de los

diversificado, la de aquella norma que vulnera la integridad. Incluso, si se rechazan las dos opciones,⁶⁴ aún la coherencia sigue siendo inoperante. Si se rechaza tanto a (3) como a (4) la coherencia no pesa lo suficiente para inclinar nuestra decisión hacia una u otra alternativa. Aun si se admite que la coherencia pudiera hacer más tolerable a la opción (3), aún así, el peso no sería lo suficiente como para preferirla sobre la opción (4).

Si se ha descrito correctamente los ejemplos dados por Dworkin para ilustrar en qué casos opera la coherencia, parece necesario afirmar que ésta no es un valor determinante en lo que he denominado casos fáciles. Quizás la respuesta a la pregunta sobre la coherencia pueda hallarse en los casos difíciles. De hecho, a primera vista, parece que la coherencia tiene más sentido en aquellas decisiones cuya respuesta se ignora; si no se sabe qué hacer al menos se puede ser coherente con los valores que se defienden.

6. Casos Difíciles

¿En qué casos puede afirmarse que existen casos difíciles? Recuérdese que no sólo estamos afirmando que el caso no tiene una solución correcta en el derecho, sino que no es posible una respuesta correcta según la moral. En otras palabras, el problema no es únicamente encontrar aquellos casos en que los sistemas jurídicos no ofrecen una respuesta adecuada, sino aquellos en los que la moral no puede

seres humanos; sin embargo, ello no significa, necesariamente, que sea una decisión correcta. Es inmoral aceptar una ley que permite que otros seres humanos sean tratados como objetos. La existencia o no de dilemas morales es un tema discutido ampliamente en la filosofía moral contemporánea, por ello una defensa o crítica de esta tesis sobrepasan el tema de este artículo. En todo caso, difícilmente podría admitirse que (3) es una mejor opción porque es una ley más coherente. Para una defensa general de la existencia de dilemas morales ver: Bernard Williams: "Ethical Consistency," en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1965, supp. vol. 39 : 103-124

⁶⁴ Ésta sería la opción, por ejemplo, para Finnis, para quien en ninguna circunstancia se justifica moralmente un acto que atente contra los fines esenciales del hombre. Ver: John Finnis: "Natural Law and Natural Rights" Oxford: Clarendon Press. 1980. 442 pp.

subsanan las fallas, las contradicciones y las lagunas que existen en todo ordenamiento jurídico.⁶⁵

Dado que es imposible una enumeración taxativa de todas las instancias en las que pueda darse un caso difícil, en este artículo se analizarán sólo algunas de ellas y se intentará discutir si en estos casos tiene alguna relevancia la coherencia como valor jurídico. Para ello, se usará la descripción que John Rawls en su libro *Liberalismo Político* ofrece de las *cargas del juicio*; es decir, de las causas que explican las razones de disputas entre personas razonables.⁶⁶ Aunque Rawls describe seis diferentes *cargas del juicio*, por razones de espacio solo se describirán dos.

Según Rawls, la primera *carga del juicio* surge cuando "[l]a evidencia –empírica y científica– que se presenta en el caso es conflictiva y compleja, y por tanto difícil de establecer y valorar."⁶⁷ Supongamos que Pablo posee una fábrica que arroja desechos químicos a un río que pasa cerca⁶⁸ de la finca de Paula. En la comunidad donde viven ellos existe una norma que indica que es prohibido arrojar desechos químicos peligrosos para la salud de las personas o del medio ambiente. La jueza encargada del caso solicita un concepto sobre la toxicidad de los desechos a un laboratorio experto en estos temas. El dictamen de los peritos es que existen grandes posibilidades de que los desechos sean tóxicos, sin embargo hay estudios muy serios que indican que dichas sustancias no sólo no son tóxicas, sino que son benéficas para la salud humana y

⁶⁵ Otra forma de entender esta afirmación es a partir de la tesis de Alexy según la cual: "[...] el decisor se *debe* orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas." La pregunta es entonces, ¿en qué casos podemos afirmar que la moral no puede ofrecer valoraciones que indiquen la decisión correcta al legislador o al juez? Ver: Robert Alexy: "Teoría de la Argumentación Jurídica" Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997. p. 30

⁶⁶ Ver: John Rawls. *Liberalismo Político*. p. 73

⁶⁷ *Ibid.*, p. 73

⁶⁸ El ejemplo es tomado de Larry Alexander y Emily Sherwin: "The Rule of Rules". Durham: Duke University Press. 2002. p. 20 ss.

para el ecosistema del río.⁶⁹ ¿Qué debe hacer la jueza? En este caso, la limitaciones científicas impiden encontrar la solución correcta.

Otra *carga del juicio* que puede generar casos difíciles se presenta cuando existen: “[...] diferentes clases de consideraciones normativas y de diferente fuerza en ambos bandos de una disputa, y se dificulta hacer una valoración de conjunto.”⁷⁰ Supongamos que en el caso pasado las dudas empíricas han sido solucionadas. La ciencia ha demostrado que los desechos químicos son propicios para

el ecosistema del río, pero pueden generar algunas alergias menores y esporádicas en la familia de Paula. Para que la fábrica suspenda la emisión de desechos químicos, tendrá que endeudarse de forma tal que dejará de ser competitiva frente a otra que se encuentra unas cuantas millas más al norte. La jueza encargada de definir el caso se ve ante dos tipos de aproximaciones normativas aparentemente irreconciliables; por un lado, existen valoraciones consecuencialistas —mejorará el empleo, el ecosistema del río, la economía del sector...— que privilegian la acción de la empresa. Por otro lado, existen constreñimientos morales que impiden realizar acciones que vulneren directamente los derechos de Paula. Incluso, la jueza puede encontrar consagraciones y desarrollos normativos de cada una de estas valoraciones. Es posible imaginar que, por ejemplo, las consideraciones consecuencialistas se hallan consagradas en mandatos dados al ejecutivo para desarrollar la economía, en tanto que las valoraciones deontológicas pueden hallarse consagradas como derechos o como restricciones a la actuación del Estado.

Un defensor de la *coherencia monista* podría pensar que este tipo de casos difíciles no existe en el sistema jurídico defendido por él. En efecto, si todo el derecho puede ser derivado de un solo principio y si las diferentes normas pueden ser organizadas jerárquicamente, difícilmente puede pensarse en un conflicto de valoraciones normativas. No obstante, aun en un sistema con *coherencia monista*, existen casos difíciles. Piénsese en un ordenamiento jurídico que hace suyo el principio de utilidad, según el cual una acción será correcta si maximiza la mayor felicidad para el mayor número de personas. En este ordenamiento, todas las instituciones se fundamentan y se justifican según el principio de utilidad; los derechos humanos son protegidos en tanto y cuanto protegen la mayor felicidad para el mayor número de personas,⁷¹ y las principales institu-

⁶⁹ Casos en los cuales desconocemos la información empírica o científica relevante para encontrar una decisión correcta son innumerables. Por ejemplo, cuál es la mejor solución para la actual crisis económica o qué acción debe tomarse frente al calentamiento global. Científicos de la talla de Freeman Dyson han sostenido, *verbi gratia*, que el planeta le debería dar prioridad al desarrollo de países con graves problemas económicos antes que a la disminución del CO₂. El dióxido de Carbono, en últimas, podrá ser absorbido por árboles modificados genéticamente. Supongamos que un cuerpo legislativo tuviera que decidir con base en los conceptos dados por Dyson, y visiones opuestas como la de David Goodstein ¿Cuál sería la solución correcta en este caso? ¿Se debe privilegiar el desarrollo económico de los países a costas de un cataclismo universal, o se debe condenar a millones de personas a la miseria por una catástrofe que jamás ocurrirá? Para una descripción general de las dos posiciones ver: Nicholas Dawidoff: “The Civil Heretic” en *The New York Times*. Marzo 29, 2009. Magazine. David Goodstein: “Out of Gas” New York: W.W. Norton & Co.

⁷⁰ John Rawls, *Ob cit.* p. 74. Rawls se refiere aquí expresamente a lo que ha sido denominado *pluralismo fundacional*; esto es, la teoría ética liderada recientemente por Thomas Nagel según la cual no existe una única aproximación que explica los fundamentos de la ética. Rawls, sin embargo, rechaza la descripción hecha por Nagel por considerarla una “posición filosófica controvertible.” Al igual que Rawls, en este artículo no se defienden necesariamente las tesis de Nagel. Es plausible afirmar que las diferentes valoraciones normativas pueden, en algún momento dado, subsumirse en un último factor fundacional. Para una defensa del *pluralismo fundacional*, ver, Thomas Nagel: “The Fragmentation of Value” en *Mortal Questions*. Cambridge University Press. 1991. pp. 106-127. “Value” en *The View From Nowhere...* Oxford: Oxford University Press. 1986 pp. 164-188. Para una descripción general del *pluralismo fundacional* ver: Shelly Kagan: “Normative Ethics” Boulder: Westview Press. 1998. pp. 294-299.

⁷¹ Varios autores han defendido versiones utilitaristas de los *derechos*. Así, por ejemplo, Mill sostenía que: “Tal como yo lo entiendo, pues, tener derecho es tener algo cuya posesión ha de serme defendida por la sociedad. Si quien presenta objeciones

ciones políticas se definen según las máximas utilitaristas. Ahora bien, aun en este ordenamiento jurídico pueden originarse casos difíciles por diferentes valoraciones normativas; no ya porque existan diferentes fundaciones éticas, sino porque la valoración del bien que se quiere maximizar, en este caso la felicidad, puede ser objeto de diferentes concepciones éticas. Por ejemplo, la famosa discusión entre Bentham y Mill sobre la naturaleza de los placeres puede entenderse como un debate sobre la valoración normativa del bienestar.⁷² La famosa sentencia de Mill, según la cual,

continúa preguntando por qué debe ser así, no puedo ofrecerle otra razón que la utilidad general.” John Stuart Mill: “Utilitarismo” Barcelona: Altaya. 1994. p 118. Para una defensa contemporánea de una interpretación utilitarista del derecho ver: L. W. Sumner: “The Moral Foundation of Rights” Oxford University Press. 1987. 240 pp.

- ⁷² Rodrigo Uprimny sugiere otro caso difícil que bien podría darse en sistemas normativos que se caracterizan por ser coherentes monistas: “[...] supongan ustedes que un periodista publica un libro en donde revela detalles sobre la vida de una persona llamada Juan que vive en un pueblo. Supongan entonces que Juan interpone acción de tutela o amparo porque considera violado su derecho a la intimidad. Por su parte el escritor alega que la publicación es legítima, pues es expresión de la libertad de expresión. No parece posible solucionar la tensión entre estas normas constitucionales con las reglas clásicas para la eliminación de las antinomias. [...]” Es posible que el sistema jurídico considere como principal valor el de la dignidad humana, entendida como el respeto a los derechos básicos del ser humano ¿Cuál es el límite de la intimidad o el de la libertad de expresión? Aun cuando el ordenamiento prefiera a un derecho sobre el otro, la respuesta al problema depende de diferentes teorías sobre el valor que debe dársele a cada derecho. Es posible imaginar, por ejemplo, un sistema jurídico en que el derecho a la intimidad prime jerárquicamente sobre el de la libertad de expresión; sin embargo, de éste solo hecho no puede deducirse que en todos los casos la libertad de expresión deba ceder ante el principio superior. Si este fuera el caso, la expresión quedaría tan restringida que difícilmente pudiera considerarse como un derecho. La respuesta sobre las instancias en que deberá primar la intimidad o la libertad de expresión depende de las diferentes valoraciones normativas que puedan darse sobre el caso en estudio. Ver: Rodrigo Uprimny: “Estado Social de Derecho y Decisión Judicial Correcta: Un intento de Recapitulación de los Grandes Modelos de Interpretación Jurídica” en AAVV. *Hermenéutica jurídica*. Bogotá. Universidad del Rosario. 1997, p. 128-129.

“[...] mejor ser un Sócrates insatisfecho que un cerdo satisfecho;”⁷³ es una fuerte crítica a la noción cuantitativa del placer de Bentham. Igualmente discusiones podrían presentarse al tratar de solucionar un caso como el arriba planteado. Frente a una respuesta jurídica que defienda permitir a Pablo arrojar desechos químicos con base en la mayor felicidad que obtendrían los habitantes, podría objetarse una noción diferente de bienestar que proteja los derechos de Paula. El caso no sería difícil por no saber cuáles serán las consecuencias de las acciones, o por estar en desacuerdo en el principio que debe juzgar cuál es la acción correcta. El caso se torna difícil porque ambas partes tienen concepciones diferentes del valor de bienestar que debe maximizarse en el caso en estudio.

La existencia de diferentes valoraciones normativas es, quizás, lo que esté en el fondo de la necesidad de complementar los principios constitucionales mediante subreglas. En este sentido, Mauricio García Villegas manifiesta que: “[u]na Constitución compuesta no sólo por reglas sino también por principios normativos necesita ser complementada y recreada con una jurisprudencia que defina, en cada caso, las órdenes de prevalencia de principios.”⁷⁴ Cuando la Corte se halla frente a un caso como el de Pablo y Paula, la decisión que toma se convierte en una subregla constitucional que define cuál valoración prima para casos similares. Si vía tutela, el caso llega a la Corte Constitucional y ésta afirma que en eventos similares deben prevalecer los constreñimientos morales y, por tanto, a Paula se le está vulnerando su derecho, la Corte habrá creado una regla que ordena que las consideraciones deontológicas primen sobre las consecuencialistas, al menos en casos parecidos al de Paula y Pablo.

Ahora bien, teniendo claro al menos algunas instancias de lo que hemos llamado *casos difíciles*, se puede volver a la justificación de la coherencia ¿Tiene algún sentido aplicar la integridad para la solución de este tipo de

⁷³ John Stuart Mill, ob. cit. p. 51

⁷⁴ Mauricio García Villegas: “Las Fronteras del Derecho” en *Pensamiento Jurídico*. 1997. No. 8. pp. 35 y ss.

Un argumento
en contra de la
coherencia

conflictos? ¿Para los casos difíciles, es mejor una solución coherente que una que no lo es? Como se afirmó al inicio de este artículo, no se pretende dar una respuesta definitiva a estas preguntas. Existen diferentes tipos de valores que han servido para justificar la coherencia y cuya importancia no se discuten aquí por problemas de espacio y tiempo. Hay, sin embargo, razones para dudar de la importancia de este valor en casos difíciles. Los argumentos en contra de la coherencia serán analizados en el siguiente acápite.

7. La Justificación de la Coherencia en Casos Difíciles

¿Qué hacer cuando nos encontramos frente a un caso difícil? ¿Es correcta la aplicación de un estatuto diversificado? ¿En qué sentido puede afirmarse que estas soluciones son mejores a aquellas justificadas por la coherencias? Existen, al menos, dos tipos de consideraciones que pueden ayudar a justificar una decisión incoherente. La primera es política y se basa en la necesidad de una mejor distribución ética en las diferentes instituciones jurídicas, la segunda es epistémica y se fundamenta en la capacidad del derecho de generar discusiones argumentativas que contribuyan a encontrar soluciones éticas correctas.

8. Las Facciones y la Coherencia

El argumento fundamental aquí es que la coherencia puede contribuir a la creación de facciones y a la desestabilización de la democracia en casos difíciles. Quizás pueda pensarse que esta afirmación es exagerada, pero no lo es para aquellos casos que suscitan grandes pasiones y gran reacción en el público.

James Madison definió las facciones como “[...] un número de ciudadanos, bien sean mayoría o minoría, que están unidos por algún impulso, pasión o interés adverso a los derechos de otros ciudadanos, o a los permanentes y agregados intereses de la comunidad.”⁷⁵ Aunque las causas de las fac-

ciones son múltiples, muchas de ellas nacen por controversias generalizadas sobre casos difíciles.

Supongamos que en el caso de Pablo y Paula, la Corte decide en favor de Pablo. La sentencia se convierte en un precedente judicial seguido siempre en la comunidad. Ahora bien, Paula decide trasladarse a otro lugar para poder vivir sin el problema de las alergias, sin embargo, donde quiera que vaya encuentra fábricas que producen alguno de los elementos que la fábrica de Pablo arrojaba al río.

Es posible que Paula entienda que las decisiones judiciales están justificadas. Muy probablemente medite sobre la crisis económica de la región donde habita, sobre los empleos que perderán amigas y amigos si mayores restricciones son impuestas a las fábricas de la región. No obstante, Paula también sentirá que el sistema siempre la convierte en perdedora. Si Paula encuentra otras familias que sufren del mismo tipo de problema, creará grupos de presión que se manifiesten por un cambio del precedente judicial.

Una jueza en este caso en estudio, si sigue el principio de la coherencia, deberá fallar siempre en contra de Paula. Desde el punto de vista de la justicia –recuérdese que es un caso difícil–, la jueza no sabe cuál posición es la correcta; es decir, no hay ninguna razón que la lleve a preferir la posición de Paula sobre la de los dueños de fábricas similares a la de Pablo. Desde la perspectiva de la coherencia, la jueza deberá continuar dándole la razón a los propietarios de las empresas que arrojen desechos químicos en una forma similar a la de Pablo ¿Qué razón tendría la jueza para apartarse del precedente judicial? ¿Qué principio podría justiciar la discriminación entre el caso de Pablo y sus sucesores?

Una forma de evitar que el grupo de Paula se sienta perdedora en todos los casos, es permitirle que gane de vez en cuando. En otras palabras, si la jueza rompe con la coherencia, el grupo de Paula sentirá que sus intereses también son tomados en cuenta y que no siempre está excluido de las decisiones tomadas por los poderosos.

⁷⁵ James Madison: “Federalist Paper No. 10. The Same Subject Continued.” et al: “The Federalist Papers” London: Penguin. 1987. 122-128

Es posible pensar que el ejemplo propuesto es demasiado abstracto e irreal como para sugerir algún argumento sólido en contra de la coherencia; sin embargo, la historia y la ciencia política proveen ejemplos que lo respaldan. Entre las muchas razones que generaron la guerra de los mil días está el hecho de que “[e]ra difícil, sin embargo, para los pacifistas liberales defender su línea de pensamiento cuando el gobierno les negaba toda concesión.”⁷⁶ Un sistema político que autoriza los compromisos entre los diferentes grupos de opinión permite que las líneas más pacifistas de cada partido tomen las riendas y eviten de este modo confrontaciones innecesarias.⁷⁷

Robert Dahl llegó a una conclusión similar luego de estudiar los 22 Estados democráticos más estables desde 1950 ¿Cómo es posible para países tan diversos como Holanda o Suiza lograr cierta estabilidad entre grupos tan antagónicos? Dahl sugiere varias razones por las cuales estos países han logrado cierta estabilidad; una de ellas, es el hecho de que tienen democracias proporcionales y no mayoritarias.⁷⁸ Este tipo de sistemas, según Dahl, permite llegar a compromisos⁷⁹ aceptables y facilita la creación de gobiernos

consensuales.⁸⁰ Lo que Dahl sugiere, es que un sistema participativo, en el que ningún grupo domina y en el que cada partido tiene, al menos, alguna representación en la distribución del poder, tendrá más posibilidades de éxito que uno en el cual sólo un grupo gobierna. Según Dahl:

La razón parece ser que la proporcionalidad resulta en menos perdedores [...] En un sistema mayoritario, los únicos ganadores en las elecciones son los ciudadanos que logran la mayoría; todos los demás, al ser una derrotada minoría, son perdedores. Por el contrario, en un sistema proporcional con gobiernos consensuales, cada uno —bueno, al menos casi todos— pueden ganar, si bien no todo lo que quisieran, al menos lo suficiente para quedar satisfechos con su gobierno.⁸¹

El argumento de Dahl es a favor de los sistemas proporcionales y no de los estatutos diversificados, sin embargo, los argumentos usados también son aplicables para el caso de la coherencia. Un ordenamiento jurídico que siempre favorezca a un grupo o facción en todas las decisiones judiciales terminará haciendo que los demás sean consistentemente perdedores en aras de la coherencia. Una Corte Constitucional, un congreso que decida todos sus casos difíciles según los principios de la moral dominante creará un sistema jurídico perfectamente coherente. Todas las decisiones se encuadrarán en los principios básicos de la moralidad elegida y no existirá ninguna discriminación irracional o injustificada. Incluso, es posible pensar que este sistema es tolerante y respetuoso de los derechos básicos de las minorías; las y los ciudadanos pueden expresarse libremente y nadie es perseguido por sus opiniones. No obstante, los grupos perdedores —usando la expresión de Dahl—, es decir, aquellos que siempre ven que las normas reflejan una posición contraria en todos los casos difíciles, se sentirán alienados del sistema. Pensarán, con razón, que el ordenamiento jurídico no expresa su conmovición del mundo, que la única moral relevante es la de una élite que

⁷⁶ Malcolm Deas: “Colombia, c. 1880-1930” en Bethel, Leslie: *Historia de América Latina*. Barcelona: Crítica. 1992. p. 287

⁷⁷ Para un estudio empírico sobre las razones que llevan a las facciones a nacer y a polarizarse ver: Cass Sunstein: “Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide” Oxford: Oxford University Press. 2009

⁷⁸ Esto es, democracias en las cuales el senado es repartido proporcionalmente y no exclusivamente al partido que obtiene la mayoría.

⁷⁹ La palabra *compromise* en inglés tiene dos acepciones. En un sentido, *compromise* puede traducirse como compromiso; es decir, como una obligación contraída. En otro sentido, *compromise* puede entenderse como *componenda*, esto es, como un acuerdo inmorale. Cuando Dworkin habla de los estatutos diversificados productos de *compromisos*, parece referirse a la segunda acepción de la palabra. En cambio, Dahl parece referirse a la primera acepción. Ver. Ronal Dworkin, *El Imperio de la Justicia*, pp. 134 y ss. Robert Dahl: “How Democratic is the American Constitution?” New Haven: Yale University Press. 2002. pp. 104 y ss.

⁸⁰ Ver. Robert Dahl. ob. cit. p. 105

⁸¹ Ibid p. 107-108.

tiene el poder de decidir cuál es la solución correcta a todos los casos difíciles. Un sistema incoherente, en cambio, los hará sentir ganadores en algunas circunstancias; al menos las suficientes para que, como advierte Dahl, “queden satisfechos con su gobierno.”

Una dificultad que hace difícil comprender la importancia de los estatutos diversificados está en los ejemplos hasta ahora ofrecidos. Por un lado, es difícil imaginarse una facción de defensores de los carros azules, en el ejemplo sugerido por MacCormick. Por otro lado, una facción que defienda la esclavitud, en el caso propuesto por Dworkin, será tan condenable moralmente que difícilmente encontraremos razones para crear una ley que proteja sus intereses. No obstante, existe un famoso ejemplo de un compromiso que generó una ley diversificada que fue indispensable para la supervivencia de un ordenamiento jurídico.

En la elaboración de la Constitución de los Estados Unidos, los Estados grandes, liderados por Virginia, querían un parlamento integrado por dos cámaras con representación proporcional según la población de cada Estado. El plan de los Estados pequeños, liderados por Nueva Jersey, proponía la creación de una Cámara, en la que cada Estado tuviera un solo voto. El resultado final fue una mezcla entre los dos tipos de planes, una Cámara con representación proporcional y otra en la cual cada Estado tuviera derecho a un voto.

El compromiso entre estados grandes y pequeños es un estatuto diversificado en cuanto discrimina los derechos electorales de las personas sin justificación alguna. En las elecciones para escoger senadores, el voto de quien vive en California valdrá menos que el de quien vive en Oregón, así sean estados limítrofes. Esta discriminación, sin embargo, no es negativa. La justificación de este estatuto diversificado está en su capacidad de evitar que una de las facciones se sienta siempre perdedora. Sin esta salvaguarda,⁸² es muy probable que los Estados pequeños hu-

biesen desaparecido, incluso si sus derechos hubieran sido respetados.⁸³

Ahora bien, es posible que un defensor de la coherencia sugiera que los ejemplos mencionados no ofrecen una verdadera crítica dado que las reglas electorales no son estatutos diversificados, sino normas que discriminan según una virtud política, la equidad. Si por equidad se entiende, con Dworkin, “[...] hallar los procedimientos políticos (métodos para elegir funcionarios y hacer que sus decisiones sean responsables para el electorado) que distribuyen el poder político de la forma adecuada.”⁸⁴ los supuestos estatutos diversificados no lo son propiamente. En materia electoral, al menos, existe un principio que explica las diferentes discriminaciones entre los ciudadanos; ellas no son producto del capricho de los legisladores, sino de su intento por hacer que la ley concuerde con las opiniones de los ciudadanos.

Esta descripción de la coherencia puede ser correcta; sin embargo, si se admite que la equidad —al menos como la define Dworkin— es un principio que puede explicar racionalmente la discriminación de los estatutos diversificados, entonces se debe aceptar que la coherencia es un principio irrelevante. Por cada situación contenida en un posible estatuto diversificado, es posible hallar una norma que la contenga.⁸⁵ En este sentido, por cada norma que pudiera considerarse como una ley diversificada, bastaría

⁸³ Aunque es cierto que la Constitución de los Estados Unidos puede describirse como un pacto entre blancos terratenientes para conservar el poder, también lo es que el compromiso entre los Estados pequeños y grandes tuvo consecuencias revolucionarias para la época. Gracias a este compromiso, por ejemplo, los nuevos territorios conquistados no fueron tratados como colonias subyugadas, sino Estados en igualdad de condiciones con las colonias originarias. Para esta posición, ver: Edmund S. Morgan: “The Birth of the Republic” 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press. 1992.

⁸⁴ Ronald Dworkin, *El Imperio...* p. 124

⁸⁵ Como afirmó Wittgenstein, “[...] una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla.” Wittgenstein, PI §201.

⁸² Las circunscripciones especiales contenidas en la Constitución Nacional se justifican en la misma necesidad, en el deseo de proteger a los grupos minoritarios a través de la participación política.

hallar suficientes personas que la respaldaran para considerarla justificada. Esto nos llevaría a una extraña conclusión, la coherencia sólo funciona cuando los casos son difíciles y no importan a nadie. Incluso, en el ejemplo de los carros sugeridos por MacCormick, uno podría pensar que no existe propiamente un estatuto diversificado siempre y cuando existan suficientes personas que apoyen o no la decisión. Es decir, en frente de una ley que establezca un límite de velocidad diferente para los carros azules y los rojos, la norma sería coherente si, al menos, discrimina proporcionalmente a los propietarios de este tipo de vehículos.

Es posible pensar que existe una diferencia fundamental en el caso electoral y el de los carros, en tanto sólo el primero se refiere a la repartición del poder en un Estado. Sin embargo, si la existencia de comunidades diferentes es razón suficiente para repartir los puestos electorales según los grupos de interés que conforman una sociedad, ¿por qué no es también un principio válido para determinar cómo debe ser la aplicación de una norma en casos difíciles? Si la discriminación en un aparente estatuto diversificado se justifica por la necesidad de permitir que no haya grupos marginados en materia electoral, ¿qué nos impide justificar un estatuto diversificado por la necesidad de que diferentes versiones morales participen en la creación normativa y en la decisión judicial de los casos difíciles? Un grupo minoritario no sólo es marginado por un sistema electoral que le impida participar políticamente, también lo es por un sistema jurídico que coherentemente imponga una visión moral del mundo.

No obstante, la mayoría de teóricos, entre ellos Dworkin, considera que son diversificados aquellos estatutos que discriminan con base en la representación de los grupos de una comunidad. En otras palabras, la equidad no es un principio que justifica la discriminación de una norma, sino un valor jurídico que en ocasiones colisiona con la coherencia. En este sentido, una regla que discrimine con base en la representación política de los asociados no será coherente, será una norma que privilegie la equidad sobre la integridad.

Desde esta interpretación de los estatutos diversificados, la crítica que se ha hecho de la coherencia podría ser considerada como irrelevante, toda vez que únicamente estaría reconociendo algo que ya se había aceptado, las posibles contradicciones entre el valor de la coherencia y la equidad.

Muy probablemente esta defensa de la coherencia sea correcta y hasta ahora, simplemente, se haya resaltado la importancia de la equidad; sin embargo, todavía no es claro en qué situaciones y por qué razones la coherencia sigue considerándose un valor importante. De hecho, la misma crítica hecha con anterioridad podría usarse ahora. Si la coherencia es irrelevante para los casos fáciles, si es inoperante para los casos difíciles en que existen fuertes grupos de opinión, parece que la coherencia es importante cuando los temas no importan.

Una última defensa de la coherencia podría basarse en la distinción entre las funciones legislativa y judicial.⁸⁶ En la labor del Congreso, la equidad tendría una mayor preponderancia, mas no así en la función de los jueces, quienes en sus decisiones deben caracterizarse por hacer uso de la coherencia para poder dar cuenta de los principios que justifican el ordenamiento jurídico como un todo.

Así las cosas, pareciera que la coherencia no sólo es fundamental en la interpretación judicial sino que es justificada la pretensión de muchos autores de reivindicarla como la virtud central del pensamiento jurídico. No obstante, más allá de clarificar que una debe ser la función judicial y otra la legislativa, todavía no existe una clara órbita de aplicación de la coherencia, todavía se desconoce cuáles son los casos en los que es determinante para resolver un problema jurídico.

Para comprobar cuál sería el ámbito de aplicación de la coherencia, eliminense aquellos casos en los cuales es irrelevante. Ya se estudió que en los casos fáciles la coherencia es irrelevante o inoperante; en los casos difíciles

⁸⁶ Dworkin hace uso explícito de esta estrategia. Ver: Ronald Dworkin: *Hard Cases* y *El Imperio de la Justicia*.

importantes que se discuten en el legislativo tampoco se puede hacer uso de este valor, porque aquí parece que la equidad es una virtud más relevante ¿Cuál sería entonces el ámbito de aplicación de la coherencia?

Una primera posibilidad sería el Control Constitucional. Dado que los magistrados constitucionales no son elegidos popularmente, su labor no estaría guiada por el deber de obedecer equitativamente a los diferentes grupos de presión, sino por decidir los casos según los principios que integran el ordenamiento jurídico.⁸⁷ Más allá de los problemas para justificar una institución tan compleja como el control constitucional, la coherencia sigue siendo en estas situaciones inoperante o irrelevante. Si la norma que se juzga inconstitucional lo es por violar un derecho fundamental, entonces, como se explicó en el acápite dedicado a los casos fáciles, la labor de la Corte no necesitará ayuda de la coherencia para hallar la respuesta correcta. Para decidir, por ejemplo, que una ley que penaliza el homosexualismo es inconstitucional, no es necesario acudir a la coherencia, basta con apelar al artículo 13 de la Constitución Nacional. Ahora bien, si la ley no sólo no vulnera ningún derecho sino que refleja un acuerdo entre los diferentes grupos de interés, ¿por qué la coherencia obliga a la Corte a rechazar este pacto? Este sería,

precisamente, uno de los casos en los cuales la equidad debiera primar en el ordenamiento jurídico. Una decisión de la Corte en contra del acuerdo logrado por los grupos de interés sería la imposición de la moral de uno de los grupos dominantes sobre los demás.

Si la anterior descripción es correcta, la única aplicación de la coherencia en el derecho recae sobre casos como el de los carros descrito por MacCormick. No obstante, incluso en ellos, uno podría pensar que la coherencia es irrelevante. Para rechazar un estatuto que discrimina sin ninguna razón justificada en el límite de velocidad, bastaría con apelar al principio de igualdad ante la ley. Las dueñas de los carros azules, sin apelar a la coherencia, podrían retirar al estatuto diversificado del ordenamiento jurídico, haciendo uso únicamente de su derecho a la igualdad.⁸⁸ Quizás todo lo que quiera decirse con la coherencia es que los ciudadanos tienen derecho a un trato igual, en casos iguales y a uno desigual, en casos desiguales. Si ésta es la respuesta correcta; si éste es el único ámbito de aplicación posible de la coherencia, entonces, todos los textos que deifican este valor únicamente están cambiando el nombre de un principio tradicional en la teoría jurídica.

9. La Incoherencia y la Moral

Hasta ahora se ha investigado el valor que pudiera aportar la coherencia para resolver casos difíciles; sin embargo, se podría investigar la importancia de la coherencia desde otro punto de vista ¿qué papel puede desempeñar la integridad en la labor de encontrar una respuesta correcta para un caso difícil? ¿pueden justificarse los estatutos diversificados en su labor de hallar respuestas correctas para el derecho?

Supongamos que nos encontramos ante un caso difícil porque no se posee información empírica suficiente; es decir, se está frente al primer caso de la *carga del juicio* que se explicó con anterioridad. En estos eventos, pareciera que es más razonable proponer un estatuto

⁸⁷ La idea de la coherencia como una virtud especial que identifica a la actividad judicial ha sido usada por varios doctrinantes para defender el control constitucional. Si es cierto que los jueces desarrollan la coherencia como una virtud propia de su actividad, entonces ellos tendrían un tipo de pericia que no poseerían necesariamente los legisladores y que les permitiría encontrar con mayor facilidad las posibles contradicciones entre la ley y los valores constitucionales. Para esta defensa, ver especialmente: John Arthur: "Democracy, Judicial Review and the Special Competency of Judges" en Bellamy, Richard: *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*. Aldershot: Avebury Publishing, 1996. Existen, sin embargo, varias críticas a la forma en que deciden los jueces, lo que hace poco plausible la atribución a ellos de una virtud como la coherencia. En Colombia, ver: Claudia López: "No Nos Vamos a Callar" en *El Tiempo*. edición 16 de febrero, 2009. Cecilia Orozco Tascón: "¿Qué Vergüenza de Sala!" en *El Espectador*. Edición 10 de febrero, 2009.

⁸⁸ Joseph Raz llega a una conclusión similar. Ver Joseph Raz *The Relevance of...*

diversificado porque se nos permite analizar diferentes consecuencias y hallar así la mejor solución posible.

Esta hipótesis es aceptada aun por Dworkin, quien hace uso de ella para justificar la desobediencia civil: “[s]i la pregunta es si una regla particular produciría consecuencias indeseables, o si esas consecuencias tendrían limitadas o amplias ramificaciones, entonces, antes de que el tema sea decidido, es útil saber que es lo que realmente sucede cuando la gente actúa según la regla.”⁸⁹ Según Dworkin, los desobedientes civiles son útiles para la sociedad porque actúan como un test de moralidad de las reglas jurídicas. La desobediencia civil permite evaluar las diferentes consecuencias de las normas, lo que contribuye a juzgar más adecuadamente la moralidad de las reglas. De igual forma, un estatuto diversificado permite apreciar diferentes aplicaciones de una norma y evaluar con mayor información cuál es la decisión correcta.

En el caso de Pablo y Paula, un estatuto diversificado permitiría conocer cuáles son las consecuencias que produce tanto permitir arrojar a una fábrica ese tipo de desechos químicos, como las consecuencias económicas de prohibir esta acción. Ahora bien, si el posible peligro de los desechos químicos es tan serio como para amenazar la vida o la integridad física de Paula y su familia, entonces el estatuto diversificado no sería justificado, mas no por ser incoherente sino porque este es un caso fácil; son inmorales aquellas prácticas que ponen en peligro la vida o integridad de otras personas.

En el segundo tipo de *cargas del juicio* que se analizó, también podemos encontrar una ventaja, aunque tal vez menor, de los estatutos diversificados sobre la coherencia. Las diferentes valoraciones que puedan hacerse sobre una norma en particular, podrán apreciarse mejor si se estudian en el momento de aplicarla a un caso concreto. En otras palabras, aun si un estatuto diversificado no ofrece la perspectiva necesaria para encontrar la

solución correcta a un caso difícil, es plausible suponer que ofrecerá mayores perspectivas que la de una norma coherente. La aplicación de la norma diversificada permitirá, por lo menos, apreciar cómo las diferentes valoraciones cobran vida en la aplicación de la regla. Si bien no se puede exagerar en la posibilidad que brindan los estatutos diversificados de hallar respuestas correctas en derecho, se debe reconocer que ellos no necesariamente representan componendas inmorales.

Conclusión

En el presente artículo, se ha definido el concepto de coherencia en contraposición con nociones similares como la consistencia. Se ha analizado la pertinencia o no de este principio en casos fáciles y difíciles. Finalmente, se han propuesto argumentos que defienden sistemas diversificados con base en consideraciones políticas y epistemológicas.

Las normas y decisiones judiciales incoherentes no son inmorales o perjudiciales para el derecho, sino que en ellos se expresa la necesidad de abrirse a la posibilidad de otras moralidades distintas a las nuestras, y el deseo de encontrar respuestas que puedan ser satisfactorias para todos los grupos de presión en un Estado.

Al inicio del artículo, se mencionaba cómo los profesores de derecho constitucional criticaban a la Carta del 91 por considerarla un “tutti frutti” jurídico. Quizás tengan razón en su descripción, sin embargo, no es éste un motivo para la alarma o para añorar otros textos normativos. Muy al contrario, en la posible incoherencia de la constitución hay, quizás, un intento de representar equitativamente cosmovisiones distintas de grupos sociales muy diversos. En la aparente versión desordenada de principios, en la caótica enunciación de postulados normativos muy probablemente no se halle más que un deseo honesto de encontrar respuestas correctas para una situación política tan compleja como la colombiana. Si la Constitución es una norma diversificada, ella tiene, al menos, la virtud de ayudar a buscar las respuestas que puedan conducir a un mejor ordenamiento jurídico.

⁸⁹ Ronald Dworkin: “Civil Disobedience”. en *Taking Rights Seriously* Cambridge: Harvard University Press. 1977. pp. 206-222

Bibliografía

Alexander, Larry y Sherwin, Emily: "The Rule of Rules". Durham: Duke University Press. 2002.

Alexy, Robert: "El Concepto y la Validez del Derecho" Barcelona: Gedisa. 1997.

_____: "Teoría de la Argumentación Jurídica" Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

_____. "Teoría de los Derechos Fundamentales" Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

Altman, Andrew: "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin" en *Philosophy and Public Affairs*. (1986)

Arthur, John: "Democracy, Judicial Review and the Special Competency of Judges" en Bellamy, Richard: *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*. Aldershot: Avebury Publishing. 1996.

Atienza, Manuel: "Tras la Justicia" Barcelona: Ariel. 1993.

Bernal Pulido, Carlos: "El Derecho de los Derechos : Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

Bobbio, Norberto: "Teoría General del Derecho" 3. ed. Bogotá: Temis. 2006.

Capella, Juan Ramón: "Fruta Prohibida" 1997. Madrid: Trotta.

Corte Constitucional, Sentencia C-025/93. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-530/93. M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencia SU-047/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, C-309/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional. Sentencia C-037/00. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-087/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional Sentencia C-1344/00 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional. Sentencia C-1369/00. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional Sentencia SU-1219/01 Expediente T-388435. M. P. Manuel José Cepeda

Corte Constitucional T-021/ 2002 Expedientes T-266.282, T-300.149 y T-308.716 MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-1290/01. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia T-623/02 Expediente T-463.020. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Dahl, Robert: "How Democratic is the American Constitution" New Haven: Yale University Press. 2002.

Dawidoff, Nicholas: "The Civil Heretic" en *The New York Times*. Marzo 29, 2009. Magazine. David Goodstein: "Out of Gas" New York: W.W. Norton & Co.

Deas, Malcolm: "Colombia, c. 1880-1930" en Bethel, Leslie: *Historia de América Latina*. Barcelona: Crítica. 1992.

Dworkin, Ronald: "Civil Disobedience". en _____. *Taking Rights Seriously* Cambridge: Harvard University Press. 1977.

_____. "Hard Cases" en _____. *Taking Rights Seriously* Cambridge: Harvard University Press. 1977.

_____. "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy" en Oxford Journal of Legal Studies. Marzo, 2004

_____. "El Imperio de la Justicia" Barcelona: Gedisa. 1992.

_____. "The Models of Rules I" en *Taking Rights Seriously* Cambridge: Harvard University Press. 1977.

Ellis, Joseph J: "The Founding Fathers". New York: First Vintage Books Edition. 2002.

Estados Unidos, Corte Suprema: "Plessy v. Ferguson", 163 U.S. 537 (1896)

Estados Unidos, Corte Suprema: "Gong Lum v. Rice", 275 U.S. 78 (1927)

Estados Unidos, Corte Suprema, "Brown v. Board of Education of Topeka", 347 U.S. 483 (1954)

Andrés Molina
Ochoa

- Estados Unidos, Corte Suprema: “Wolfe v. North Carolina”, 364 U. S. 177 (1960)
- Estados Unidos, Corte Suprema: “Garner v. Louisiana” 368 U.S. 157 (1961)
- Estados Unidos, Corte Suprema “Johnson v. Virginia”, 373 U.S. 61 (1963)
- Estados Unidos, Corte Suprema: Watson v. Memphis, 373 U.S. 526 (1963)
- Finnis, John: “Natural Law and Natural Rights” Oxford: Clarendon Press. 1980.
- Fuller, Lon L: “La Moral del Derecho”. México: Trillas. 1967.
- García Villegas, Mauricio: “Las Fronteras del Derecho” en *Pensamiento Jurídico*. 1997. No. 8.
- Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco: *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta. 1996.
- Goodstein, David: “Out of Gas” New York: W.W. Norton & Co.
- Hart, H. L. A.: “El Concepto de Derecho” Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1963.
- Irons, Peter: “Give me the Colored Doll” en *A People’s History of the Supreme Court*. New York: Penguin Books. 2000
- Kagan, Shelly: “Normative Ethics” Boulder: Westview Press. 1998.
- Kelman, Mark: “A Guide to Critical Legal Studies”. Cambridge: Harvard University Press. 1987.
- Kelsen, Hans: “El Concepto del Orden Jurídico” en *México: Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. México: Fontamara.
- Kress, Ken: “Why no Judge Should be a Dworkinian Coherentist” en *Texas law Review* (77) Mayo 1999.
- López, Claudia: “No Nos Vamos a Callar” en *El Tiempo*. edición 16 de febrero, 2009
- Lyons, David: “Moral Aspects of Legal Theory” Cambridge University Press.
- MacCormick, Neil “Legal Reasoning and Legal Theory” Oxford: Clarendon Press. 1978.
- Madison, James: “Federalist Paper No. 10. The Same Subject Continued.” ._____. et al: “The Federalist Papers” London: Penguin. 1987.
- Marmor, Andrei: “Coherencia, holismo e interpretación: el fundamento epistémico de la teoría jurídica de Dworkin” en *Interpretación y Teoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa. 1992.
- _____. “Exclusive Positivism” en Jules Coleman y Scott Shapiro ed. *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press. 2003.
- Molina Ochoa, Andrés: “La Intrascendencia del debate entre positivismo y iusnaturalismo: las normas de *ius cogens*” en *Revista de Estudios Sociojurídicos*. 2009. Vol 1 (12).
- Morgan, Edmund S.: “The Birth of the Republic” 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press. 1992.
- Midgley, Mary: “Trying Out One’s One Sword” en *Heart and Mind : The Varieties of Moral Experience*. London: Routledge. 1983.
- Mill, John Stuart: “Utilitarismo” Barcelona: Altaya. 1994.
- Nagel, Thomas: “Ethics” en *The Last Word* Oxford: Oxford University Press. 1997. pp. 101-126
- _____.: “The Fragmentation of Value” en *Mortal Questions*. Cambridge University Press. 1991.
- _____.: “Value” en *The View From Nowhere*. 1986. Oxford University Press.
- Orozco Tascón, Cecilia: “¡Qué Vergüenza de Sala!” en *El Espectador*. Edición 10 de febrero, 2009.
- Perelman, Chaïm: “El Imperio Retórico” Bogotá: Norma. 1997.
- Pérez Bermejo, Juan Manuel. Madrid: Marcial Pons. 2006.
- Pérez Lledó, Juan A.: “El Movimiento Critical Legal Studies”. Madrid: Tecnos, 1997
- Pineda Camacho, Roberto: *La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia*. En: “Alteridades” 1997. Vol 7.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando “Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas”. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez Editores. 2008.

Un argumento
en contra de la
coherencia

Rawls, John: “Liberalismo Político”. México: Fondo de Cultura Económica. 1995.

Raz, Joseph: “Authority, Law, and Morality” en *Ethics in the Public Domain*. Oxford: University Press. 1994.

_____. *The Relevance of Coherence* en “Boston University Law Review” Marzo 1992.

Rodríguez, César: “Una Crítica contra los Dogmas de la Coherencia del Derecho y la Neutralidad de los Jueces.” en Kennedy, Duncan: “Libertad y Restricción en la Decisión Judicial”. Bogotá: Ediciones Uniandes. 1999.

Sáchica Aponte, Luis Carlos: “7 Estudios Constitucionales” Bogotá: Ediciones Rosaristas. 1986.

_____. *Del Preámbulo y Algo más*. En: El Espectador. Abril 1 de 1991

Shauer, Frederick: “Playing by the rules” Oxford: Clarendon Press. 1991.

Spaak, Torben: “Guidance and Constraint: The Action-Guiding Capacity of Neil

MacCormick’s Theory of Legal Reasoning” en *Law and Philosophy* (2007).

Sumner, L. W. “The Moral Foundation of Rights” Oxford University Press. 1987.

Sunstein, Cass: “Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide” Oxford: Oxford University Press. 2009.

Uprimny, Rodrigo: “Estado Social de Derecho y Decisión Judicial Correcta: Un intento de Recapitulación de los Grandes Modelos de Interpretación Jurídica” en AAVV. *Hermenéutica jurídica*. Bogotá. Universidad del Rosario. 1997.

Vallejo Mejía, Jesús: *Reflexiones Críticas Sobre la Constitución de 1991* En: “La Constitución por Construir” Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario. 2007.

Williams, Bernard: “Ethical Consistency,” en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1965.

Wittgenstein, L. I. “Investigaciones Filosóficas” Barcelona: Crítica. 1988.