

RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN APLICADA A LA SENTENCIA JUDICIAL
T- 606/13 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

LIBIA ROCÍO GÓMEZ RODRÍGUEZ

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE FILOSOFÍA
BUCARAMANGA
2014

RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN APLICADA A LA SENTENCIA JUDICIAL
T- 606/13 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

LIBIA ROCÍO GÓMEZ RODRÍGUEZ

MONOGRAFÍA PARA OPTAR EL TÍTULO DE FILÓSOFA

DIRECTOR:
ALEXANDER TRIANA TRUJILLO
Magister en filosofía

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE FILOSOFÍA
BUCARAMANGA
2014

AGRADECIMIENTOS

A todos aquellos que confiaron en mí y que de algún modo motivan mi andar.

DEDICATORIA

A mi madre, concausa de mi existencia, mi ejemplo de fortaleza y tenacidad en lo sublime de ser humano.

“(…), pero lo equitativo es lo justo que está fuera de la ley escrita. Ello sucede, ciertamente, en parte con la voluntad y, en parte, contra la voluntad de los legisladores: contra su voluntad, cuando no pueden reducirlo a una definición, sino que le es forzoso hablar universalmente, aunque no valga sino para la mayoría de los casos”¹.

Aristóteles

¹ *Retórica*. 1374a25.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
1. ELEMENTOS RELEVANTES DE LA RETÓRICA ARISTOTÉLICA PARA EL DISCURSO JUDICIAL	15
2. LA NUEVA RETÓRICA EN CHAÏM PERELMAN.....	22
3. LA RETÓRICA Y LA ARGUMENTACIÓN APLICADA A LA SENTENCIA DE TUTELA T- 606/13 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	32
CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA.....	47

RESUMEN

TÍTULO: RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN EN LAS SENTENCIAS JUDICIALES C-557/11 Y T- 606/13 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA*

AUTORA: LIBIA ROCÍO GÓMEZ RODRÍGUEZ**

PALABRAS CLAVES: Retórica, valores, lógica formal, lógica jurídica, teoría de la argumentación, dialéctica, realidad, razonable, verdad, justicia, equidad, auditorio, ley, sentencia, juez.

En este texto se analiza el papel que cumple la *Retórica* aristotélica que cuyas técnicas son aplicadas al discurso jurídico y así mismo compararlas con la nueva retórica o teoría de la argumentación propuesta por el filósofo belga Chaïm Perelman en su obra *El Imperio retórico*. La retórica y la argumentación se convierten en herramientas para los jueces, que en su honorable función de administrar justicia han de enfrentarse a casos controversiales y de difícil manejo. En este sentido, frente a los silogismos jurídicos, es decir la norma, tenemos que no siempre es posible aplicarla a la solución de casos materiales, lo que origina un problema jurídico que debe abordarse de manera especial, sin que ello ponga en riesgo la seguridad jurídica y la aplicabilidad del sistema normativo existente. Todo ello obedeciendo a parámetros de justicia y equidad.

Luego a manera de ejemplo se intentará demostrar la importancia del uso de la retórica y la argumentación que emplea la Corte Constitucional Colombiana en una de sus sentencias emitidas por ella, siendo esta la sentencia de tutela T-606/13, que evidencian no sólo una problemática social de actualidad, sino la forma en que los jueces resuelven tales problemas jurídicos.

* Monografía

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Filosofía, Director Alexander Triana Trujillo

SUMMARY

TITLE: RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN EN LAS SENTENCIAS JUDICIALES C-557/11 Y T- 606/13 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA*

AUTHOR: LIBIA ROCÍO GÓMEZ RODRÍGUEZ**

KEY WORDS: Rhetoric , values, formal logic, legal logic , argumentation theory , dialectics , reality, rational , reasonable , truth, justice , equity , auditorium , law, judgment , Judge.

The role of Aristotelian rhetoric whose techniques are applied to legal discourse and likewise compared with the new rhetoric or argumentation theory given by the Belgian philosopher Chaim Perelman in his book *The Empire rhetorical analyzes* . The rhetoric and argumentation tools to become judges in their honorable task of administering justice must confront controversial and difficult to manage , of which the legal syllogism , the standard cases ; becomes insufficient when applied in its literal sense of a particular case and in parallel to the present reality , creating a legal problem which must be addressed in a special way , without jeopardizing legal certainty and applicability of the existing regulatory system , nor the right holder . Obeying all parameters of justice and equity.

Then by way of example will attempt to demonstrate the importance of using rhetoric and argumentation that employs the Colombian Constitutional Court in its judgments of her, this being the protective ruling T -606 /13, which show not only social problems of today, but the way in which judges resolve such legal problems.

* Monograph

** Faculty of human sciences, school of philosophy, Director Alexander Triana Trujillo

INTRODUCCIÓN

El derecho se funda en una amplia cadena de silogismos jurídicos, producto de una lógica formal, cuya estructura está compuesta de la veracidad de la conclusión que emana de la veracidad de sus premisas, *“la premisa mayor debe estar formada por reglas de derecho apropiadas y la menor por la comprobación de que se ha cumplido las condiciones previstas en la regla, de manera que la decisión viene dada de la conclusión del silogismo.”*² Tal razonamiento ha de denominarse analítico y es el pilar en el cual se apoya todo el ordenamiento jurídico, desde la elaboración de las leyes y la aplicación de las mismas. Sin embargo, los elaborados silogismos no han de ser eficaces al abordar ciertas problemáticas que desde la realidad misma su alcance normativo queda corto, dando lugar a ambigüedades o lagunas jurídicas.

El papel del juez ante casos difíciles ha de enfrentarse a un arduo estudio sistemático de todo el sistema normativo, para complementar una norma específica de la cual se ha generado alguna controversia, aquella que si bien puede recaer en la norma misma, como sería el caso de la ambigüedad, la contrariedad con otra norma de mayor jerarquía o principios, la validez de la norma en el tiempo, lo justa que pueda ser, entre tantas otras circunstancias que se oponen a la lógica misma. Pero también la controversia no ha de recaer sólo en una norma específica, sino también recae en los hechos de la realidad presente, cuyas necesidades a las cuales expone el titular del derecho son de especial protección o se ha convertido en un problema social al cual la legislación existente no ha entregado una regulación específica y adecuada para solucionar ciertas controversias, llegando estas hasta los estrados judiciales. Consecuencia de ello

² PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Traducción de Luis Díez Picazo. Primera edición: Editorial Civitas S.A. 1979, pág. 39.

el caso se torna difícil porque la aplicación de la norma en su sentido literal (*iuspositivista*) se hace insuficiente, siendo entonces el juez quien debe esforzarse por elaborar conceptos y argumentos conforme a derecho para entregar así una solución razonablemente equitativa, sin ir en contra de parámetros normativos existentes.

La decisión de los jueces se condensa en un texto escrito, denominada sentencia, que en un primer momento también se da en la oralidad dentro de un lugar específico y dirigido a un selectivo auditorio que ha de conocer la decisión del juez, los argumentos que utilizó, la tesis que defendió y así mismo a quien favoreció.

El trabajo aquí desarrollado ha de mostrar los elementos más relevantes que emplea el juez, en especial el Juez de la Corte Constitucional, quienes tienen a su deber la guarda de la Constitución y de la armonía de las demás normas con la norma fundamental y primaria, aquél rango de supremacía que se desprende de su artículo cuarto. Sin embargo, para puntualizar el uso de la retórica y la argumentación en las sentencias judiciales, se ha de analizar sólo una de ellas, la sentencia de tutela T- 606/13 de la Corte Constitucional Colombiana, del cual se intentará resolver el problema de ¿Qué importancia tiene el uso de la retórica Aristotélica y la argumentación de Perelman en la sentencia judicial T- 606/13 de la Corte Constitucional?

En un primer capítulo se ha de trabajar el concepto de Retórica y los elementos más relevantes, los cuales se destacan dentro de un discurso jurídico, su importancia en la actualidad y la aplicabilidad del silogismo retórico (entimema) como la dialéctica presente en ella, lo que hará que un discurso jurídico y retórico pueda convertirse en un razonamiento dialéctico, obedeciendo a unas reglas preestablecidas por Aristóteles para que el discurso pueda surtir efecto en su auditorio: siendo este el de persuadirlo, sabiendo el orador (juez) persuadir la tesis más probable.

En el segundo capítulo, se tomara del filósofo del derecho, el belga Chaïm Perelman, quien con su obra *El imperio retórico* nos trae una nueva retórica o teoría de la argumentación aplicable al derecho, cuya función es también la de persuadir a un auditorio particular siguiendo unas técnicas de argumentación ylogrando que los argumentos expuestos por el orador se adhieran o sean admitidos por su auditorio. De allí saber escoger las premisas que intenta valer, los hechos y valores que intenta defender, la utilización de argumentos cuasilógicos y los que se basan en una estructura de lo real, la aplicación de la analogía, las disociaciones, la amplitud y fuerza en la que se debe constar un argumento y su orden, todo ello conformará una “*teoría general del discurso persuasivo que pretende ganar la adhesión tanto intelectual como emotiva de un auditorio cualquiera que sea.*”³Es lo que se habrá de conocer como una nueva retórica, que bien es aplicable al derecho no sólo tornándose crítica sino necesaria.

Se trabajará la sentencia de tutela T- 606/13en el tercer capítulo para hallar en ella elementos de la retórica ya trabajados y elementos de la argumentación, así mismo mostrar la importancia de hacer uso de la retórica y la argumentación en las sentencias judiciales y a manera de ejemplo trabajar problemas controversiales identificando la tesis que estas defienden y las técnicas que emplearon para que la adhesión del discurso propuesto por el juez fuera razonablemente la más probable o la más aceptable y válida solución a los casos difíciles.

Con este recorrido, y para darle respuesta a la pregunta de investigación planteada en el presente texto, mostraremos como el Derecho y su lógica formal en cuanto a las normas jurídicas, son un logro del razonamiento de los hombres, pero muchas veces no son absolutas y no han de pregonar siempre una verdad en su conclusión, pues tal silogismo jurídico es insuficiente para alcanzar parámetros de justicia y equidad frente a la realidad y frente a los hechos que acompañan toda relación humana con su entorno, especialmente frente a casos excepcionales que

³ *Ibíd.*, pág. 211.

son de controversia en las decisiones judiciales, en especial los jueces de la Corte Constitucional.

El positivismo jurídico, desde la perspectiva de Perelman, ha originado ciertos conflictos por obedecer al parámetro literal de la norma, cuya exégesis obstaculiza el fin que el Derecho ha de tener, como lo es alcanzar parámetros de justicia de forma razonable. El papel del juez es esencial no sólo en administrar justicia y encontrar equidad entre lo decidido y la realidad de los hechos ante un caso determinado y difícil, dándole un sentido a la norma; sino que ha de utilizar técnicas de argumentación, y que persuadan a todo un auditorio a adherirse a la tesis que pretende defender. Esto hace que sea válido no sólo para él, sino para el auditorio que ha de tenerlo como precedente. Su validez, radica en la fortaleza del argumento, la jerarquización de valores concretos que defiende y la analogía que hace en la aplicación de otras normas de mayor jerarquía, como así mismo de principios y valores de igual índole.

La filosofía entonces aporta al trabajo de los jueces, que ante la solución de casos difíciles e interpretación de la norma, ejercen un actuar filosófico, pues si bien ellos al administrar justicia, buscarla y defenderla, también se esfuerzan en encontrar la verdad y de proporcionar felicidad para quienes la buscan en un arduo proceso judicial.

1. ELEMENTOS RELEVANTES DE LA RETÓRICA ARISTOTÉLICA PARA EL DISCURSO JUDICIAL

“Entendamos por retórica la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer”⁴.

Aristóteles

Aristóteles distingue dos clases de razonamientos, los razonamientos analíticos y los razonamientos dialécticos, los primeros los conocemos como la lógica formal, razonamientos demostrativos e impersonales del cual se le atribuye al estagirita ser el padre de ella, sin embargo tras el auge de la lógica durante el siglo XIX se olvidaron por completo de la importancia de otro tipo de razonamiento como lo es el razonamiento dialéctico, a quien el mismo Aristóteles trabajó en sus obras los *Tópicos*, *La retórica*, y *Las refutaciones sofísticas*, por ello también es considerado padre de la teoría de la argumentación.

La retórica la define Aristóteles como “una antistrofa de la dialéctica, ya que ambas tratan de aquellas cuestiones que permiten tener conocimiento en cierto modo comunes a todos y que no pertenecen a ninguna ciencia determinada”⁵. Pues bien, la dialéctica se propone justificar una hipótesis que ante la necesidad de definir o intentar delimitar algo se hace metódica al ordenar las ideas o planteamientos que se hacen de la tesis que se pretende justificar y la formulación de preguntas hacia la misma, así se construye un diálogo o controversia con la tesis opuesta. Cuando se debe confrontar otras opiniones es necesario que el discurso que se ha de armar medie razonamientos comunes o

⁴ *Retórica*. 1355b25.

⁵ *Ibíd.*, 1354a5.

generalmente aceptadas que harán que se elija cierta tesis. Saber probar la probabilidad de una tesis es el objeto de la dialéctica, más saber defender el argumento más probable es el trabajo de la retórica, son dos técnicas paralelas y complementarias cuyo fin es seleccionar y justificar enunciados probables con vistas a construir con ellos razonamientos sobre cuestiones que no pueden ser tratados científicamente⁶.

La correcta aplicación de la retórica y la dialéctica es todo un arte, la dialéctica como el arte del bien razonar y retórica como el arte del bien decir, del uso elocuente y ornado del lenguaje⁷. Al primero le concierne discernir entre un silogismo real del aparente y al segundo, entre medios de persuasión reales y aparentes.⁸

Si la retórica es un arte consistente en persuadir, también nos dice su autor: Aristóteles, que tal persuasión es una especie de demostración y tal demostración retórica es el entimema. Pero ¿qué es el entimema? también es llamado silogismo dialéctico, cuya premisa mayor se sobre entiende ya conocida y aceptada por el auditorio, como pueden serlo las pruebas concluyentes, las probabilidades y los signos. Éstos tres son enunciados propios de la retórica y dichos enunciados se construyen a través de en un silogismo* que a su vez es el entimema.

El esquema que ha de tener el silogismo retórico o entimema es el siguiente:

B está en la Regla A

C es B

⁶ Cfr. Introducción de la obra aristotélica traducida por Quintín Racionero: ARISTÓTELES. *Retórica*. Primera edición. Madrid: Gredos Editorial. 1999, pág. 36.

⁷ Cfr. PERELMAN. Chaím. *El imperio retórico*. Traducción de Adolfo Gómez Giraldo. Primera edición. Santafé de Bogotá: Editorial norma S.A. 1977, pág. 21

⁸ Cfr. MONSALVE. Alfonso. *Teoría de la argumentación*. Primera edición. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia. 1992, pág. 43.

* El silogismo es una forma de razonamiento que consta de tres proposiciones, las dos primeras son llamadas premisas de las cuales ha de inferirse una tercera, siendo esta última su conclusión.

C es verosímil con A

Los géneros de discursos que maneja *La retórica* son tres, el discurso deliberativo, el judicial y el epidíctico, de estos, sólo el discurso judicial es el pertinente a tratar en la temática propuesta.

Todo discurso consta de tres componentes, el que habla (orador), aquello de lo que se habla (tesis) y aquél a quien se dirige (auditorio), también debe contar con pruebas de persuasión que pueden recaer en cada uno de los tres componentes y estas a merced de lo que se quiere demostrar. En la persuasión con el discurso ha de mostrar la verdad, o lo que parece serlo a partir de lo que sea conveniente para cada caso, tal utilidad se debe a que por naturaleza la verdad y la justicia son más fuertes que sus contrarios, de modo que para luchar con esos contrarios, el discurso debe aplicar las pruebas de persuasión, los razonamientos más comunes siendo capaz el orador de persuadir sobre las cosas contrarias.

Un buen discurso también ha de manejar lo que denomina Aristóteles el *ethos* (**ἦθος**), *logos* (**λογος**) y *pathos* (**πάθος**), lo que significa que el orador ha de ser un hombre honrado y ético, lo suficientemente sabio para comunicar su argumento de una forma razonable y siempre equilibrando el manejo de las pasiones tanto propias como las del auditorio, más el discurso en sí sólo procede del logos.

El orador no debe ser ni muy joven ni muy viejo, una justa medida entre ellos lo ha de ser la edad madura⁹, el modo como se presenta y la actitud que tiene para con su auditorio, como la importancia de la credibilidad del orador influye en lo que aquél intente demostrar en su discurso, hay tres causas que hacen persuasivos a los oradores y son la sensatez, la virtud y la benevolencia, aquél deberá tener “*la facultad de producir y conservar los bienes*”^{*} y también, *la facultad de procurar*

⁹ Cfr. *Retórica*.

^{*} Aristóteles en su catálogo de bienes se encuentra la felicidad, la justicia, el valor, la moderación, la magnanimidad, la magnificencia y otras semejantes como virtudes del alma.

*muchos y grandes servicios de todas clases y en todos los casos*¹⁰. En los discursos se determinan un referente común, el discurso epidíctico le compete amplificar sobre lo que se habla, los judiciales le es sumamente necesario el remitirse a los hechos y el discurso deliberativo se remite a lo posible y lo futuro.

Dentro del discurso cualquiera que este sea, ha de mantener claridad y coherencia, especialmente entre los entimemas utilizados dentro de un discurso judicial, así mismo la selección de las palabras teniendo en cuenta el desuso de algunos términos, lo impropiedades que son o la inadecuada expresión, la construcción de las frases, el ritmo que se utiliza, la elegancia con la que esta se muestra y por supuesto, que en el discurso se hallen todas sus partes, siendo estas el exordio, la sospecha, la narración, la demostración, los interrogantes del discurso y el epílogo.

El discurso judicial, expuesto por Aristóteles en su retórica, destaca tres temas a estudiar, el primero de ellos el estudio de por cuáles y por cuántas causas se cometen injusticias, el segundo tema el de preguntarse en qué estado se encuentran aquellos que cometen injusticia y el tercero, estudiar contra quiénes se cometen las injusticias y bajo qué disposición se encuentran estas. Tal sabiduría elaborada por el Estagirita data de más de dos milenios y hasta la fecha, tales preguntas básicas y sus técnicas de persuasión siguen vigentes.

La injusticia la ha de definir Aristóteles como *“el hacer daño voluntariamente contra la ley”*¹¹, así mismo tal injusticia es causa de la maldad y se dá por falta de dominio sobre uno mismo, *“Porque, en efecto: los que tienen uno o varios vicios, en aquello precisamente en que son viciosos, son también injustos.”*¹²

Dentro del mismo género de discurso se encuentra la aplicación de la ley y distinción entre la ley particular y la ley común, la ley particular es la que ha sido definida por cada pueblo en relación consigo mismo (la ley escrita de cada Estado)

¹⁰ *Ibíd.* 1366a35.

¹¹ *Ibíd.*, 1368b5.

¹² *Ibíd.*, 1368b15.

y la ley común que es aquella conforme a la naturaleza (el ius naturalismo), porque existe algo que todos comúnmente o al menos en su gran mayoría consideran justo o injusto por la naturaleza¹³. Así mismo, la equidad es un criterio que Aristóteles incluye dentro del discurso jurídico, lo equitativo es lo justo que está fuera de la ley escrita, y que incluso ésta es indulgente con las cosas humanas y recomienda a que no se debe mirar la ley sino al legislador, no a la letra, sino a la inteligencia del legislador; no al hecho, sino a la intención; no a la parte, sino al todo; no a cómo es ahora uno, sino a cómo era siempre o la mayoría de veces. El discurso hace uso de sus pruebas de persuasión que en éste género en particular, es hablar de la ley, los testigos, las confesiones, los contratos y los juramentos; todos ellos ayudan en la persuasión y la adhesión del auditorio a la decisión que ha de tomar el juez.

Dentro de los elementos relevantes de la retórica aristotélica al discurso judicial, se encuentran la claridad de lo que se expresa, el empleo de palabras específicas evitando así homónimos o sinónimos entre ellas, en las expresiones deben saberse emplear las conjunciones y estas expresarse en términos particulares, no usar palabras ambiguas, saber distinguir el género de las palabras, hacer buen uso de expresiones que se refieran a cantidades, tales como lo múltiple, lo poco y lo uno. Las expresiones siempre serán adecuadas en el discurso jurídico, en tanto ellas expresen las pasiones, los caracteres y guarde analogía con los hechos.¹⁴

En cuanto la construcción de las frases estas deben estar debidamente ordenadas, manteniendo coherencia la una a la otra de manera que el oyente le sea agradable no sólo lo que escucha sino cómo lo escucha y cómo han de mostrarse aquellas, esto permite que se pueda emplear la analogía entre una frase y otra, así mismo los entimemas que surjan no deben mostrarse de inmediato, en una sola frase, sino que se requiere que estos vayan entremezclados dentro de las varias frases que han de componer el discurso.

¹³ Cfr. *Ibíd.*

¹⁴ Cfr. *Ibíd.*

Todo discurso retórico judicial está compuesto de seis partes, primero el exordio el cual es el inicio del discurso y nos muestra de entrada el tema concreto sobre lo que va a tratar el discurso judicial, otra parte lo conformarán las sospechas en las acusaciones, lo cual quiere decir aquello en lo que ha de recaer la controversia y de lo cual no se tiene aún ninguna certeza. La narración, es la tercera parte del discurso y quizás la más importante, pues allí encontramos los hechos en los que versa todo el discurso, la demostración es la cuarta parte en la que el discurso toma fuerza de persuadir al auditorio y prueba ciertos hechos, aquellos que son de litigio, buscando ser válidos mediando el silogismo retórico. La interrogación en el discurso es un quinto elemento de la composición del mismo, el discurso debe responder a un interrogante planteado.

El epílogo, es la sexta y última parte en la que el discurso orienta al auditorio a favorecer una tesis y a recordar todo lo anteriormente expuesto en el discurso, allí no se requiere indicar de nuevo la temática tratada sino tan sólo enunciar los puntos principales en los que se basó la demostración, de igual modo mostrar los argumentos del adversario restándole menos fuerza para llevar esto a una conclusión, que para el aspecto judicial sería una decisión favorable para uno y desfavorable para la parte contraria.

Las técnicas trabajadas para elaborar argumentos razonables y que fueron elaboradas por el Estagirita por más de dos milenios siguen vigentes, no sólo su aplicabilidad está dada para un discurso judicial (acusa o defiende en un tiempo pasado) sino a demás podrán ser aplicadas a sus demás discursos propuestos por él como el discurso epidíctico (elogia o censura en un tiempo presente) y el discurso deliberativo (lo conveniente y lo perjudicial en un tiempo futuro), sobre estos tres géneros del discurso trabaja Aristóteles y cuyo fin; es persuadir con el discurso al auditorio, utilizando el silogismo dialéctico (entimema) para demostrar lo que parece ser verdadero o justo una tesis, que al ser aceptada por el auditorio toma validez.

Tenemos entonces, a partir de lo que hemos trabajado hasta aquí, que la vigencia de Aristóteles en lo que respecta a las técnicas de persuasión y aplicabilidad al discurso jurídico aun se mantienen. Con este clásico de la filosofía antigua, tenemos una propuesta de alto impacto que nos permite analizar las condiciones de persuasión que se utilizan en el derecho incluso hoy en día. Tenemos que los elementos que se proponen por Aristóteles en Retórica son aplicables al discurso jurídico que se expone en las sentencias judiciales y que contienen las decisiones al respecto de los conflictos. Si bien estas van dirigidas a un auditorio específico, pueden convertirse en generales cuando abordan temáticas de índole universales, pasando de los casos concretos a la aplicabilidad de otros casos.

En este sentido, pasaremos a mostrar cómo los elementos trabajados por Aristóteles se combinan en la propuesta perelmaniana con una brillante postura que desde el pensador Belga impacta profundamente en la nueva corriente de la argumentación jurídica. Si bien este autor se configura como uno de los principales exponentes de la filosofía del derecho contemporánea, llamado al diálogo con Aristóteles en este texto, presentaremos su desarrollo con miras al análisis del discurso judicial

2. LA NUEVA RETÓRICA EN CHAÏM PERELMAN

“la lógica formal constituye una disciplina separada, que se presta como las matemáticas a operaciones y al cálculo, también es innegable que nosotros razonamos aun cuando no calculamos”.¹⁵

Chaïm Perelman

Chaïm Perelman, filósofo del derecho belga y de origen polaco ha contribuido a una renovación de los planteamientos propuestos por Aristóteles, la cual se denomina: la nueva retórica o teoría de la argumentación. En este capítulo se mostrará la propuesta que tiene este autor de la nueva retórica o teoría de la argumentación, en un diálogo crítico con los elementos Aristotélicos trabajados anteriormente, y con el objetivo de desarrollar más adelante un adecuado análisis del discurso judicial contenido en la sentencia T- 606 de 2013 de la Corte Constitucional.

Ella amplía la tradicional retórica para mejorar la admisión de la tesis por su auditorio siendo éste no sólo un auditorio específico (particular) sino que puede ser también admitida por distintos auditorios (general). La nueva retórica va más allá de la utilización de la dialéctica, pues son sus argumentos que trascienden de lo racional a lo razonable, cuyo campo de abordaje ha de ser lo jurídico y tal discurso jurídico debe lograr la adhesión tanto intelectual como emotivo en su auditorio.

¹⁵ PERELMAN. Chaïm. *El imperio retórico*. Traducción de Adolfo Gómez Giraldo. Primera edición. Santafé de Bogotá: Editorial norma S.A. 1977, pág. 22.

Perelman distingue la argumentación de una demostración formal, la primera está expuesta a las ambigüedades, porque ella es producto de razonamientos dialécticos (construcción del silogismo retórico llamado entimema) el cual tiene como finalidad acrecentar la adhesión de un auditorio a la tesis que se presentan a su asentamiento sino que incita a la acción.¹⁶ La argumentación requiere de exponer razones que motiven a convencer un auditorio a que se sienta persuadido y movido por las pasiones se logra la validar la tesis que se defiende.

La demostración no da lugar a dudas y obedece a la estructura formal de la lógica, sus axiomas no se discuten y son aceptados con veracidad, estos se pueden fácilmente ejemplificar mediante un lenguaje simbólico que ha de sustraerse de las premisas, una premisa mayor, una premisa menor y una última a la que se le denomina conclusión conteniendo la veracidad de sus premisas en ella, por ejemplo:

1) $A \rightarrow B$,

2) A,

3) B.

Lo anterior se entiende como: Si se da A, se da B, se da A; por lo tanto, se da B. Así es que la demostración aplica la lógica formal y está elabora un criterio cerrado a la subjetividad¹⁷.

Ahora bien, tales razonamientos demostrativos y dialécticos los posee el discurso, el orador en nuestro caso, será el juez y el auditorio lo será a quienes va dirigido el discurso particular, sin embargo, al adherirse otros auditorios particulares al discurso, se entenderá todo ellos como un auditorio universal “*compuesto por todos aquellos que están dispuestos a entenderlo y que son capaces de seguir su*

¹⁶ Cfr. Ibíd.

¹⁷ Cfr. Pabón, Ana. *La argumentación jurídica en las sentencias del tribunal superior de distrito judicial de Bucaramanga a la luz de la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman. Algunos casos controvertidos*. Tesis para optar el título de magister en hermenéutica jurídica y derecho. Bucaramanga, UIS, 2009.

*argumentación.*¹⁸ Así mismo, “*el discurso dirigido a un auditorio particular busca persuadir, mientras que el auditorio universal busca convencer*”.¹⁹

Ante las premisas de la argumentación, aquí Perelman les da una finalidad, es la de transferir a las conclusiones la adhesión concedida de las premisas, puesto que el orador (juez) debe partir de las premisas que sean necesarias manejarlas, que justo con la tesis se requieran para ser admitidas y persuadir al auditorio a adherirse a ciertas premisas utilizadas en el discurso, puesto que no todas las premisas que se encuentren en el argumento si bien no son falsas, no deben utilizarse como por ejemplo la conclusión sea llevada como una de las primeras premisas utilizadas en el discurso o que se trabaje una premisa que se sabe que no va a hacer aceptada por el auditorio. El punto de partida del orador en su discurso ha de referirse a lo real (hechos, verdades y presunciones) y a lo referible (valores, jerarquías y lugares comunes de lo preferible) estos dos ayudan a la adhesión del auditorio frente a estos, la argumentación se apoya en ellos.

Los hechos y las verdades son admitidos directamente por todo auditorio, sin embargo cuando se trata de atacarlos o contrarrestarles su validez, se requiere confrontarlos con nuevos hechos y verdades, para que así el auditorio sea receptivo en adherirse a estos. Las presunciones dan lugar a diferentes interpretaciones, puede versar en una idea e incluso en los mismos hechos y verdades que se pretenden hacer valer, sin embargo las presunciones son tendientes a favorecer la tesis contraria imponiéndose una carga probatoria que la desvirtúa la presunción.

Para hablar de los valores, sus jerarquías y lugares, los primeros son indeterminados, algunos son considerados valores universales y otros particulares o concretos, de allí que se elabore una jerarquía de valores y así mismo un acuerdo para hallar objetividad en ciertos valores. Los valores concretos son los que se le atribuyen a un ser en particular o grupo determinado, los abstractos

¹⁸ PERELMAN. Chaïm. *El imperio retórico*. Óp. Cit. pág. 38.

¹⁹ *Ibíd.*, pág. 39.

aquellos de los cuales es difícil determinar. Perelman recomienda que en la argumentación, no debe prescindir ni de valores abstractos ni concretos pero según el caso en que se maneje la argumentación podrá subordinar unos con otros, en este caso los valores pueden pasar de homogéneo a heterogéneos. La diferencia en la aplicabilidad e importancia de valores se puede ejemplificar, es el caso de los valores que se han de manejar en una sociedad conservadora a una revolucionaria, aquellos valores son concretos pues por acuerdo se han establecido y suelen ser los que orientan la política y el derecho de algún Estado.

Los argumentos que contienen valores o una jerarquía de los mismos tienen un lugar determinado, porque los hemos de encontrar haciendo referencia a la persona, a la cantidad valorando lo menos y lo mucho, lo general o lo particular, el lugar de cualidad, la valoración de lo único es fundamental al no dejarse aludir por el peso de lo numérico, como lo es que un algo sea cierto pero cien personas dicen lo contrario, la realidad y su verdad es lo que el argumento debe sopesar. Los lugares del orden hay una primacía en el tiempo, lo anterior sobre lo posterior, los lugares de la esencia versa en la superioridad de los individuos, los lugares de la persona se relaciona con su dignidad, capacidad y sus méritos.²⁰

Las técnicas de argumentación propuestas por Perelman²¹, están compuestas por una serie de argumentos, siendo ellos: los argumentos cuasilógicos, los argumentos que están basados sobre una estructura de lo real, la argumentación que fundamenta la estructura de lo real, la analogía y la metáfora y las disociaciones de las nociones. Complementario a esto, enseña cómo debe ser la amplitud de la argumentación, la fuerza que debe existir en los argumentos y el orden en los cuales deben darse los argumentos en el discurso.

La argumentación requiere de un contacto intelectual para ganar adhesión en el auditorio y esto exige tres condiciones:

²⁰ Cfr. MONSALVE. Alfonso. *Teoría de la argumentación*. Primera edición. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia. 1992

²¹ Cfr. PERELMAN. Chaïm. *El imperio retórico*. Óp. Cit.

- a) La existencia de un lugar común
- b) el deseo de entablar la comunicación y
- c) el cumplimiento de las normas implícitas o explícitas para que tal comunicación se pueda entablar.²²

*“Las razones que el orador desarrolla a favor de una tesis son de una naturaleza diferente: no se trata de demostración correcta o incorrecta, sino de argumentos más o menos fuertes que se pueden reforzar, cuando es el caso, con la ayuda de argumentos de otro tipo”.*²³ Estos argumentos a los cuales se refiere Perelman son los argumentos cuasilógicos, los cuales tienen una semejanza a la estructura que maneja la lógica formal, estructuras que obedecen a principios de identidad y no contradicción, la transitividad del argumento la propiedad formal de la relación entre tres términos, permite pasar la afirmación que existe entre un primer término y un segundo, y así entre el segundo término y el tercero, y cuya conclusión que se da entre el primer término y el tercero.

Los argumentos cuasilógicos son utilizados para justificar una definición y estas son: *“la definición normativa, que prescribe el uso de un término; la definición descriptiva, que nos constata su uso normal; la definición condensación, que indica los elementos esenciales de la definición descriptiva; y finalmente, la definición compleja, que combina, de manera variable, elementos de las definiciones precedentes.”*²⁴

Al intentar definir o reducir alguna expresión se requiere de argumentos cuasilógicos, al igual cuando es necesario disminuir una expresión compleja a elementos ontológicos, que al ser descartados ciertos elementos en el discurso o expresión a elementos concretos se conoce como análisis o lo que es mejor, el argumento lo reduce a una proposición de análisis.

²² Cfr. MONSALVE. Alfonso. *Teoría de la argumentación*. Óp. Cit. pág. 60.

²³ PERELMAN. Chaïm. *El imperio retórico*. Traducción de Adolfo Gómez Giraldo. Primera edición. Santafé de Bogotá: Editorial norma S.A. 1977, pág. 81.

²⁴ *Ibíd.*, pág. 90.

Un argumento de inclusión se convierte en cuasilógico al demostrarse mediante la aritmética o la geometría algo, como es el caso de incluir lo particular dentro de lo general, incluir la parte al todo, a esto son atribuible expresiones tales como: “el que puede lo más, puede lo menos”. Contrario a ello está el argumento de división, divide la parte del todo y se desprende entonces dos clases de argumentos, los *a pari* y *a contrario*, lo cual significa que al hacerse la división de la expresión conlleva a razonar sobre lo dividido y la parte en la se debe adherir al discurso, y es que para que una tesis sea adherida por el auditorio se debe restarle dificultad disminuyéndola de forma gradual, porque en vez de ir de un punto inicial A a D, se lleva al auditorio del B al C y de allí al D.

Los pesos, las medidas y las probabilidades, también se constituyen argumentos cuasilógicos. Los dos primeros se dan cualitativamente como cuantitativo, realizan comparaciones entre dos o más cosas, prefiriendo y valorando uno o varios que resulten mayormente persuasivos. Las probabilidades en cambio no son cuantificables y llevan a la escogencia de una solución entre varias, por supuesto se tendrá que elegir de todas las probabilidades la más convincente.

Los argumentos basados sobre la estructura de lo real se asocian por nexos de sucesión, nexos de coexistencia y nexo simbólico, los primeros se haya la relación entre causa y efecto, los segundos la relación entre la persona y sus actos. El nexo simbólico se asocia así mismo con el nexo de coexistencia, puesto que el símbolo puede racer en la persona y evoca una participación del sujeto como un referente en la realidad, porque tan sólo bastará verlo para conocer de lo que se está expresando.

En la continuidad de la clasificación de los argumentos, encontramos los que fundamentan la estructura de lo real, en ellos se encuentra el manejo de un caso particular, el razonamiento por analogía y la metáfora. Cuando se argumenta por el ejemplo se ha de tomar un caso particular que sobré él versa la atención del auditorio y que por su puesto hay adhesión a esté por ser considerado real, a favor

del argumento está el impedir generalidades, un caso particular se toma como referente bien sea para que se admita una regla, para incitar a seguir un determinado modelo de acción o por el contrario para no ser implementado porque en su momento fue contraproducente adoptarlo.

La analogía se convierte en un elemento importante para la persuasión, fácil de comunicar y nos remite a un razonamiento ya elaborado antes, ella no pregona la igualdad sino que nos permite hacer una semejanza con otro razonamiento que se intenta valer, puede confundirse con el razonamiento por el ejemplo, pero no siempre hay una semejanza al caso que se intenta comparar, puesto que la analogía ofrece mayores razones para adoptar un procedimiento conocido y son los que fundan un precedente.

La metáfora recurre a adoptar cualidades o aspectos a un ser que son propios de otros seres, y tal comparación se encuentra implícita en una sola expresión, así mismo hay distintas maneras de hacer uso de las metáforas, crean una emoción o conllevan a una expectativa.

Dentro de la técnica de la argumentación encontramos también las disociaciones de las nociones, su papel es trabajar sobre lo real y lo aparente, identificando así mismo lo que es correcto entre lo falso, valora o desvalora algo y aquello que se desvalora es catalogado como aparente y erróneo. Las disociaciones trabajan con los contrarios (objetivo – subjetivo, relativo – absoluto, medio – fin, causa – efecto, etc.). Quien argumenta deberá partir de las disociaciones conocidas y aceptadas ya por el auditorio, para darle fuerza y control a la argumentación.

La amplitud como la fuerza que tenga un argumento influye también en su aceptación, un discurso es eficaz si éste ha sabido utilizar cierto número de argumentos, no existe una exigencia cuantitativa de los argumentos, más si que sean propuestos los necesarios, excederse en ellos es provocar una reacción contraria a la que se quiere con el discurso. Así mismo, *“la fuerza de un argumento depende de la adhesión de los auditores a las premisas de la*

*argumentación, de la pertinencia de éstas, de las relaciones próximas o lejanas que puedan tener con la tesis defendida; también está en función de las objeciones que podrían oponérseles, de la manera como uno podría refutarla.*²⁵

El orden de los argumentos del discurso, en la antigüedad se dividió en cinco partes, el exordio, la narración, la prueba, la recapitulación y la perorata. Aristóteles a su vez reduce el discurso en dos partes fundamentales: el enunciado de la tesis de la que uno se propone hacer la defensa y los medios de probarla.²⁶ Cuando se trata de argumentar el orden de los argumentos importa porque los pensamientos son consecuentes entre si y estos ejercen efecto en el auditorio cuando se utilizan en el momento apropiado, tanto en el tiempo como en la ocasión.

El trabajo desarrollado por Chaïm Perelman en elaborar una nueva retórica, surge de la necesidad de retomar los elementos de la retórica Aristotélica que yacían olvidados, que venían restándole importancia a sus razonamientos dialécticos. Perelman no sólo reinventa la retórica al crear una teoría de la argumentación, sino que se convierte en un crítico en el derecho, al expresar que no sólo los razonamientos analíticos componen el derecho, identifica problemas al cual los jueces han de encontrarse cuando darle aplicabilidad a una norma jurídica se refiere, tales obstáculos pueden ser de las lagunas del derecho, la ambigüedad de la norma e incluso lo injusta que pueda llegar hacer al aplicarla a un caso concreto, allí surge la necesidad de hacer uso de otro tipo de razonamiento (argumentos cuasilógicos) para darle un sentido a la norma jurídica o formar un precedente con la decisión tomada ante casos controversiales, cuya dificultad converge en tres lugares: la norma, la persona y la realidad de los hechos.

Perelman como filósofo del derecho también criticó a la lógica jurídica en cuanto su finalidad se refiere, pues no es llegar por medio de la lógica jurídica a elaborar juicios jurídicos verdaderos o por lo menos correctos, sino que éstos fueran

²⁵ *Ibíd.*, pág. 185.

²⁶ Cfr. ARISTÓTELES. *Retórica*, L. III, 1414 a 30 -1414b 19.

razonables y justos. El filósofo Belga tenía clara la inoperancia del ius positivismo y la aplicabilidad de la norma de manera exegetica, puesto que el derecho no siempre es demostrativo y absoluto por aplicar la norma en su sentido literal, si bien esta es racional (son producto de la lógica) no se desprende necesariamente que su aplicación sea razonable y es por esto que necesitará justificarse el por qué no se aplica o se aplica en un sentido y no en otro, la respuesta al por qué sólo se consigue mediante la argumentación que el juez (orador) exponga a su auditorio para que se adhiera a sus premisas propuestas y se logre persuadirlo e incluso convencerlo ante la tesis que se defiende. “*Lo razonable constituye la noción de progreso del pensamiento teórico, especialmente filosófico, entendido como la elaboración de concepciones cada vez más razonables*”²⁷, más aún cuando el derecho cumple con una función social.

Si se establece una diferencia concreta de lo propuesto por Perelman ante “*la lógica formal y la lógica jurídica es la siguiente: aunque es posible presentar el razonamiento judicial de manera silogística, nada garantiza que así obtenida, la conclusión sea aceptable. (...). La lógica jurídica es argumentación*”²⁸. Por lo tanto la lógica jurídica usa un razonamiento práctico, dialéctico, metódico y persuasivo para ser aplicable al derecho.

Como pudimos ver en lo expuesto hasta ahora, Perelman nos presenta el uso de la argumentación, del cual sus argumentos cuasilógicos son razonamientos dialécticos, denominado entimema o silogismo dialéctico, con el que se basa la retórica para conseguir una coherencia y una fuerza persuasiva en el proceso de elaborar el discurso jurídico. Como nos lo muestra el autor, tenemos la construcción de una serie de elementos argumentativos que nos permiten elaborar el discurso jurídico de manera persuasiva y sólida. El autor señala cómo en el uso de la argumentación jurídica encontramos los mismos elementos del discurso

²⁷ MONSALVE. Alfonso. *Teoría de la argumentación*. Primera edición. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia. 1992, pág. 220.

²⁸ *Ibíd.*, pág. 189.

retórico desarrollado por Aristóteles, con el objetivo de aplicarlos al argumentación.

Tenemos entonces, Con Perelman y Aristóteles, una disertación en la que la persuasión y la construcción lógica y coherente de los argumentos jurídicos nos permiten el análisis de las categorías filosóficas que servirán para el abordaje del discurso judicial que una vez aplicado ha de lograr la adhesión del auditorio a la tesis propuesta en la sentencia. Estos elementos son muy valiosos ya que nos permite desarrollar diferentes impactos que puede tener el derecho desde su coherencia y construcción argumentativa, confrontándolos con la realidad. Pasemos ahora al desarrollo de la sentencia T606 de 2013.

3. LA RETÓRICA Y LA ARGUMENTACIÓN APLICADA A LA SENTENCIA DE TUTELA T- 606/13 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En el presente capítulo identificaremos los elementos dados en la Retórica Aristotélica y de la nueva retórica de Perelman que fueron aplicados por la Corte Constitucional en su sentencia de tutela T-606 del 2013. Aquellas técnicas tanto retóricas como argumentativas utilizadas por la Corte Constitucional se pueden hallar en cualquier otra sentencia judicial emitida por éste ente, que al intentar solucionar casos de gran controversia y administrando justicia, guardando la supremacía de las normas constitucionales, el ordenamiento jurídico y la seguridad jurídica. La Corte Constitucional ha sido la más idónea en aplicar las técnicas de la retórica y la argumentación, con un gran contenido filosófico.

La identificación de la mayoría de los elementos trabajados en los capítulos anteriores (*Retórica y Teoría de la argumentación*) se logra visualizar desde el inicio de la sentencia hasta su culminación.

Los tres componentes del presente discurso judicial, está dado por el orador quien es el juez de la Corte Constitucional al cual se le denomina magistrado ponente, el auditorio al cual se dirige es un auditorio particular, aquel está compuesto por quienes son parte en el proceso, por los demás jueces presentes y para los jueces que adopten la decisión como precedente judicial. El discurso pertenece al género judicial, versa sobre un tema particular, la protección a la familia y cuya tesis central a defender es: un hijo de crianza menor de edad tiene derecho a ser beneficiario del sistema de salud por alguno de sus padres aunque estos no sean sus padres biológicos.

Siguiendo las partes por las que se compone el discurso, el exordio es la primera parte en la que el discurso muestra su tema o temas a tratar. En el inicio de la

sentencia de tutela T-606/13 se manejan definiciones en torno al instituto jurídico la familia, es por ello que maneja conceptos sobre: protección de los diferentes tipos de familia, familia de crianza/familia de hecho, derecho a la salud de los hijos menores de edad, régimen especial de salud de Ecopetrol y regulación de convención colectiva 2009-2014 y derecho a la igualdad entre hijos. Esto le indica al auditorio sobre qué se va tratar el discurso y se prepara para escuchar o ver lo relacionado a ello.

La segunda parte del discurso es la sospecha, como su nombre lo indica el auditorio conoce sobre algunas cosas que se va tratar el discurso más no aún de su conclusión, pues el orador no ha emitido algún juicio, tan sólo muestran unos hechos. Miremos los hechos que trae la sentencia:

- 1) Daniec Julieth Lozada Portillo, hija de Ana María Portillo Monsalve y Marco Antonio Lozada Cantillo, nació el 1° de mayo de 1999.
- 2) Marco Antonio Lozada Cantillo, padre de Daniec Julieth, falleció el 30 de julio de 2001, esto es, cuando la niña tenía poco más de dos años de edad.
- 3) El señor Gerardo Emiro Quiroga Torres desde el 6 de julio de 2006 convive con Ana María Portillo Monsalve, según Escritura Pública N°1562 del 10 de junio de 2009 de la Notaria Primera de Barrancabermeja, mediante la cual reconocieron y declararon la existencia de Unión Marital de Hecho entre los compañeros permanentes.
- 4) Desde esa misma fecha, Daniec Julieth Lozada Portillo también convive con su progenitora Ana María Portillo Monsalve y su compañero Gerardo Emiro Quiroga Torres.

- 5) El 12 de septiembre de 2009 nació Eileen Mariana Quiroga Portillo, hija en común de Gerardo Emiro Quiroga Torres y Ana María Portillo Monsalve.
- 6) El señor Quiroga Torres se encuentra vinculado a Ecopetrol S.A., desde el 24 de noviembre de 2005 y para la fecha de presentación de la acción se desempeñaba como Operador de Planta 10 en la Unidad Organizativa del Departamento de Craqueo Catalítico III.
- 7) El accionante como trabajador de Ecopetrol es beneficiario de la Convención Colectiva 2009-2014, así como su compañera permanente Ana María y su hija, Eileen Mariana Quiroga Portillo. Por la misma condición, ellos tres tienen derecho al Régimen de Excepción en Salud, y se encuentran afiliados al Club de Trabajadores Infantas.
- 8) Ecopetrol S.A. no le ha permitido surtir el procedimiento administrativo para inscribir a la niña Daniec Julieth Lozada Portillo, su hija de crianza, como beneficiaria de las prerrogativas contenidas en la Convención Colectiva 2009-2014. En consecuencia, no puede estar bajo la cobertura del Régimen de Excepción en Salud aplicable a la empresa en mención, ni afiliarse al Club de Trabajadores Infantas, de Ecopetrol S.A.
- 9) La empresa accionada negó la inscripción porque los beneficios pactados en la Convención Colectiva sólo aplican para los hijos biológicos o adoptivos, y Daniec Julieth no tiene ninguna de esas dos calidades.
- 10) Por considerar que esta determinación es discriminatoria y coloca a Daniec Julieth en una situación de inferioridad y exclusión respecto de las prerrogativas reconocidas a los demás miembros de la familia, el tutelante pidió que se protejan sus derechos a la familia y a la igualdad y se ordene a Ecopetrol S.A. realizar la inscripción de su hija de crianza Daniec Julieth, para que pueda disfrutar de los beneficios fijados para los

hijos de los trabajadores de dicha empresa en la Convención Colectiva 2009-2014.²⁹

Sobre los hechos versa un análisis y recae la aplicación de ciertas normas, nos cuenta una realidad y de ella ha de surgir un problema jurídico cuando choca con la formalidad de la norma, para éste caso en concreto. Así mismo la solución al caso le ha sido aplicado el argumento por analogía al sopesar una realidad semejante resuelto por la Corte Constitucional u otras Cortes al caso controversial, de allí que se hable de precedentes y de que se citen una serie de sentencias que abordaron una problemática similar, remitiéndose a ellas citando de estas lo más relevante y consecuente con nuestro caso, las sentencias a las que hizo referencia la Corte fueron entonces las sentencias T-199 de 1996, T-887 de 2009, T- 586 de 1999, T-572 de 2009, C-577 de 2011, T-495 de 1997, T-893 de 2000 y T-497 de 2005, T-292 de 2004, T-403 de 2011, C-173 de 1996 y sentencia del 2 de septiembre de 2009 del Consejo de Estado³⁰.

La narración del discurso consiste en darle continuidad a los hechos, en especial tomando aquellos de importancia a abordar en el discurso, también pueden surgir nuevos hechos dentro del mismo discurso. La finalidad de la narración es la de ir mostrando los argumentos que permitan la adhesión del auditorio al discurso.

La demostración es la cuarta parte en la que se divide el discurso allí encontramos no sólo silogismo jurídico que es la aplicabilidad de la norma de derecho, también se encuentra el silogismo retórico conocido como entimema, al cual Perelman lo denomina argumentos cuasilógicos. Sobre la norma aplicable no haremos referencia de manera específica sino enunciativa, puesto que sobre la norma jurídica no se debate su comprobación o validez, es la interpretación de ellas las que el discurso retórico o argumentación trabajará para orientar el fallo de una

²⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sala octava de Revisión, expediente T-3873716, M.P. Alberto Rojas Ríos. Sentencia T-606/13 del 02 de septiembre de 2013.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente: 17997, M.P. Enrique Gil Botero. Línea Jurisprudencial reiterada en sentencia del 11 de julio de 2013, expediente: 19001-23-31-000-2001-00757-01, radicación interna: 31.252, en la cual reconoció el derecho al pago de indemnización al padre de crianza.

manera congruente guardando parámetros de justicia, igualdad, equidad entre otros valores. La normatividad manejada por el discurso del juez fueron los artículos 13, 42, 44, 49 y 228 de la Constitución Política, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 39 de la Convención Colectiva 2009-2014. Los cuales se convierten en pruebas de persuasión así como los conceptos emitidos por otros jueces de igual naturaleza en sus sentencias judiciales que se atribuirán como precedente.

Los interrogantes del discurso no es otro que los problemas jurídicos que ha de abordar la sentencia tratada y que expresamente lo señala:

“Problema jurídico

Corresponde determinar si se desconoce la protección constitucional a la familia y el derecho a la igualdad de la menor Daniec Julieth Lozada Portillo con la decisión de Ecopetrol S.A. de impedir al señor Gerardo Emiro Quiroga Torres la inscripción de la hija de su compañera permanente, como integrante de su familia, para efectos que le sean extendidos los beneficios que la Convención Colectiva 2009-2014 estipula para los integrantes del núcleo familiar de los trabajadores.

Para el efecto, la Sala deberá reiterar la jurisprudencia constitucional sobre (i) el marco constitucional de protección a la Familia y desarrollo jurisprudencial sobre protección de los diferentes tipos de familia, (ii) la crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco, (iii) el derecho a la igualdad entre los hijos integrantes del núcleo familiar, (iv) la protección constitucional del derecho a la salud de los hijos menores de edad, (v) Régimen Excepcional de Salud de Ecopetrol y la regulación de Convención Colectiva 2009-2014 y (vi) después se analizará el caso concreto.”³¹

Sin embargo los varios aspectos que debe resolver el problema jurídico, se formula a manera de pregunta, siendo concretamente el interrogante del discurso: ¿Todo hijo de crianza menor de edad tiene derecho a ser beneficiario del sistema

³¹ Corte Constitucional, Sala octava de Revisión, expediente T-3873716, M.P. Alberto Rojas Ríos. Sentencia T-606/13 del 02 de septiembre de 2013.

de salud por alguno de sus padres aunque estos no sean sus padres biológicos? El problema jurídico es entonces también la tesis que se intenta sustentar y defenderse en el discurso.

Como última parte del discurso está el epílogo, aquí ya el auditorio se ha adherido a la tesis que el orador expuso durante el discurso y se aceptan los argumentos utilizados como su conclusión. Aplicándolo a la sentencia, no es el hecho de aceptar la decisión proferida por la corte sino la veracidad de sus argumentos que más adelante se analizarán los argumentos utilizados por la Corte Constitucional y demás elementos que acompañaron el contenido del discurso.

Para Aristóteles el buen orador debe tener una cualidades propias, debe ser un hombre sabio, honrado, sensato, cuya actuar sea conforme a la ética y debe gozar de una edad madura, pues estos oradores son mayor persuasivos, características de las que goza el magistrado ponente, así mismo le conlleva el trabajo de conservar ciertos bienes, que para el campo del derecho han de ser un deber de los jueces protegerlos. Pues bien, los bienes a proteger son jurídicos que si bien recaen en cosas también en las personas. En la referente sentencia estos bienes que pone a salva guarda el juez recaen en la persona y con ella la igualdad, su dignidad, y la familia como institución jurídica y política.

Sin duda las premisas están elaboradas sobre el campo de lo real, sobre hechos y verdades como así fueron vistos, también se identifican premisas que defienden valores, de los cuales la dignidad y la igualdad son los valores fundamentales en los que recae el discurso jurídico. Sin embargo, maneja otros como el respeto, la solidaridad, la comprensión y protección:

“(...) la familia, como unidad fundamental de la sociedad, merece los principales esfuerzos del Estado con el fin de garantizar su protección integral y el respeto a su dignidad, honra e intimidad intrínsecas.”

“(…) en materia de filiación rige un principio absoluto de igualdad, porque, en relación con los hijos, “no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o no matrimonial”, igualdad absoluta que no existe “en la protección de las diferentes uniones convivenciales”.

“La protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección”³².

Los argumentos manejados en el discurso se pueden identificar unas jerarquías a los que el auditorio se adhiere con plena certeza y estos son la familia y los niños al tener un carácter prevalente de los derechos como una protección especial del Estado. Nuestro auditorio se ha adherido a ciertos lugares (entendidos como premisas que se utilizan para construir un arsenal argumentativo que permitirán la adhesión del auditorio: premisas generales), como el lugar de la persona que se relaciona con el lugar de la esencia, siendo este la prevalencia que tienen los derechos de los niños frente a los derechos de los demás como lo atribuye el artículo 44 de la Constitución Colombiana. Pero hay otro lugar que es aceptado por el auditorio: un lugar de cualidad, el cual es la prelación de lo sustancial sobre lo formal, lo único (que se entiende como ese valor concreto inintercambiable y superior).

La retórica como la argumentación en la aplicación de sus argumentos, ha de cumplir con ciertos requisitos para ser aplicados al discurso siendo persuasivo y obtener la adhesión del auditorio, estos requisitos consisten en la claridad de los argumentos que se utilizan evitando ambigüedades. Así como los argumentos se deben presentar de una manera ordenada y los entimemas (argumentos

³² Cfr. Corte Constitucional, Sala octava de Revisión, expediente T-3873716, M.P. Alberto Rojas Ríos. Sentencia T-606/13 del 02 de septiembre de 2013.

cuasilógicos) que surjan no pueden mostrarse de inmediato, en una sola frase, estos van entremezclados dentro del discurso.

El orador quien aquí es escritor igualmente, ha trabajado en su discurso argumentos cuasilógicos siendo estos de inclusión al llevar la familia de crianza a igual condición de la familia biológica y ambas conforman un todo al cual es lo mismo denominar familia (en Aristóteles llamados entimemas), el argumento relevante traído de la sentencia y construido formalmente es:

(Hijos de crianza) está en la Regla (la Constitución protege la familia)

(X) es (Hijos de crianza)

(X) es verosímil con (la Constitución protege la familia)

“En este orden, a juicio de la Sala de Revisión, la evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental,³³ relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley.”³⁴

Otro argumento cuasilógico manejado por la sentencia es el siguiente:

(La salud como derecho fundamental) *está en la Regla* (Los padres, la sociedad y el Estado garantiza el derecho a la salud)

³³Esta concepción de la familia, sin apego a los pliricitados vínculos naturales o jurídicos, no es extraña al desarrollo de la humanidad, pues de hecho desde el derecho romano el concepto de familia no se vincula exclusivamente al contexto de la unión matrimonial y sus descendientes, sino que incorporaba como eje fundamental el sometimiento a la autoridad parental. “Es también familia –communi iure dicta llamada derecho comunitario- el complejo de personas libres que se hubieran encontrado sometidas al poder de un mismo paterfamilias” Manual de Derecho Romano, Alfredo Di Pietro, Angel Enrique LapiezaElli, pág. 345.

³⁴ Cfr. Ibíd.

(Afiliar los hijastros menores de edad a salud) es (La salud como derecho fundamental)

(Afiliar los hijastros menores de edad a salud) es *verosímil con* (Los padres, la sociedad y el Estado garantiza el derecho a la salud)

“El derecho a la salud de los hijos menores de edad, adquiere la dimensión de derecho fundamental que debe garantizarse en primera instancia por los padres o cuidadores, y en subsidio por la Sociedad y el Estado, ya sea mediante la afiliación al sistema de seguridad social en salud como beneficiarios dentro del régimen contributivo o el régimen subsidiado, cuando se está en las condiciones socioeconómicas que así lo imponen. Cabe recordar que el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, permite la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud a los hijos y los hijastros. En relación con la afiliación como beneficiarios del Sistema de salud, de hijos aportados por uno de los cónyuges o compañeros permanentes – hijastros-, esta Corte indicó que “Basta entonces que el afiliado cotizante pruebe que esos hijos aportados a la nueva familia por su compañera permanente hacen parte de la familia, son menores, discapacitados o estudian, para que el amparo familiar de la seguridad social les cobije.”

Los argumentos presentes en la sentencia lo son también argumentos que fundamentan la estructura de lo real, trayendo como ejemplo un caso particular como lo fue el desarrollado por el Consejo de Estado en sentencia del 2 de septiembre de 2009:

“la Sala debe reiterar su línea jurisprudencial referida a que la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esa

*perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.”*³⁵

Los demás argumentos de los cuales el orador y también escritor utilizó al remitirse a otras sentencias, son argumentos de analogía ya que dentro del tema o tesis trabajada está presente el reconocer la familia de crianza como otra forma de constituirse una familia.

Ante la desprotección en salud de la que se encontraba la niña y de la cual si gozaban sus demás familiares, pero que justo a ella no se le permite entrar como beneficiaria de su padre de crianza a un régimen especial de salud. Hace inadmisibles pensar que la madre de la niña si pueda entrar como beneficiaria por ser la compañera permanente más la hija de ella no, por no ser la hija biológica de su compañero quien goza del beneficio otorgado por ECOPETROL ante un régimen especial en salud. Un mismo núcleo familiar y un miembro del cual requiere mayor atención por ser un niño, es a quien se le excluye. Tal caso se desarrolla conforme a la equidad de la que nos habla Aristóteles, pues la sentencia de tutela T-606/13 se encuentra conforme a lo que es la equidad, por hacer valer parámetros de justicia que están por fuera de la ley, puesto que la voluntad del legislador señala que los hijos pueden entrar como beneficiarios de

³⁵ Cfr. *Ibíd.*

sus padres en el sistema de salud, hijos en el entendido de ser biológicos. Para el caso, la aplicación de la norma se torna injusta aplicarla en su sentido concreto, es entonces que la equidad tendrá que hacer los suyos para salvaguardar no sólo derechos y hacer que el asunto contencioso sea razonablemente acomodado a los parámetros normativos sino que permite formar un precedente para casos de igual o similar problemática.

Ante la variación que ha tenido el concepto de familia en especial, el elaborado por la Corte Constitucional en la sentencia hito C-577 de 2011, permitió abrir un precedente al abordar lo que es considerado hoy en día como familia, pues esta no se limita a vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, la familia es más que la limitante de ser conformada por un hombre y una mujer, los demás parientes de estos también han de ser considerados familia e incluso aquellos quienes pertenecen a un mismo sexo desea convivir y brindarse apoyo mutuo.

CONCLUSIONES

La Retórica Aristotélica contiene elementos persuasivos que todo orador debe aplicar a sus discursos, elementos retóricos que siguen aún vigentes en la práctica en la persuasión que se necesita para el desarrollo de los escenarios actuales debate: políticos y principalmente jurídicos. En este sentido, lo primero que podemos resaltar es que con el estagirita tenemos una teoría filosófica que se hace vigente ya que nos da elementos que se encuentran hoy en día en el marco de las sentencias judiciales. Como pudimos ver se resaltan tres géneros discursivos que en el marco de la retórica son de primer orden, el género apodíctico, el judicial y el deliberativo. Cabe señalar entonces, que Aristóteles nos presenta toda una disertación en la cual se desarrollan categorías filosóficas que debemos tener en cuenta en el marco del desarrollo de argumentaciones jurídicas, las cuales se presentan desde la antigüedad pero tienen elementos que se hacen pertinentes en la actualidad.

El discurso judicial hoy en día sigue conservando los elementos retóricos propuestos por Aristóteles hace más de dos mil años, elementos que el filósofo del derecho Chaïm Perelman hizo resurgir con la construcción de una nueva retórica o teoría de la argumentación. El filósofo Belga, que ha dado grandes aportes al Derecho desde su nueva argumentación jurídica, identificó el problema que venía presentando la administración de justicia reducir la capacidad de decisión de los jueces con el requerimiento de que éstos debían aplicar la norma en un sentido absolutamente literal. Como ampliamente se ha mostrado, ese principio formalista reduce profundamente lo diverso de la vida humana y no le permite a los jueces una mejor administración de justicia, estos en cumplimiento de la ley, presentan una seria controversia con la realidad ya que la configuración misma de las normas genera situaciones en las cuales no se dan completas condiciones de justicia. Tal contrariedad recae incluso en la misma norma cuando se hace evidente que al ser aplicada esta puede llegar a ser injusta frente a casos

concretos, pues al legislador no le fue previsto tales situaciones y le concierne al juez dirimir no sólo el conflicto de la ambigüedad, indefinición y contrariedad de la norma, sino sentar un precedente al darle solución a casos controversiales o de difícil solución. Estos se denominan casos difíciles porque aplicar la ley en su sentido exegético puede tornarse injusta si las condiciones del conflicto que dirime el juez no se adaptan a los elementos que se desarrollan desde la ley. Tal solución que pesa en la responsabilidad de los jueces en administrar justicia, debe aplicar principios y valores de índole universal, contribuir con la seguridad jurídica sin contrariar la ley, para ello es necesario que haga uso de la equidad, de la argumentación para defender una tesis o decisión judicial, con lo cual se torna imperioso emitir fallos justos más razonables para un sentido de justicia y equidad.

Los jueces, en especial los jueces de las altas Cortes, como por ejemplo de la Corte Constitucional Colombiana, tienen una mayor exigencia de conservar el espíritu de la norma Constitucional, la cual es la suprema norma a la que las demás deben supeditarse. El contenido normativo y filosófico del cual se compone la Constitución presenta buen escenario idóneo para que se establezca el sistema judicial de un país, puesto que tales silogismos jurídicos representados en cada uno de los artículos que la componen, también la acompañan principios y valores producto de la moral, la ética, la teleología y derecho natural. En este sentido, preguntarnos sobre la importancia que las propuesta de Aristóteles y Perelman respecto a la labor de la corte en sus sentencias es muy pertinente ya que garantizan que haya una mirada desde la filosofía en el marco del discurso judicial que presentan los jueces en sus fallos.

Las normas jurídicas son producto de la construcción lógica formal que se compone de premisas y conclusiones, algunas son imperativas y otras tan sólo enunciativas. El razonamiento analítico de estas no debe excluir o restarle menos importancia a otra clase de razonamientos, como por ejemplo los razonamientos dialécticos que tienen como finalidad argumentar a favor de una tesis específica, esto con el objetivo de brindarle al accionar judicial una serie de recursos que le

permitan un adecuado ejercicio de administración de justicia. Tales argumentos deben elaborarse y cumplir con unas técnicas para que así en un discurso jurídico el auditorio se adhiera a ellos favoreciendo una tesis y siendo así convincente o demostrable la tesis que se defiende. Si bien lo demostrable le concierne a la ciencia, también es cierto que al Derecho le es factible hacer uso de otras disciplinas, tales como la filosofía del derecho y la retórica, cuyas decisiones judiciales también son demostrables por medio de ciencias exactas.

A partir de allí podemos ver como la Corte Constitucional ha de defender no todo un compendio de normas Constitucionales sino debe ser coherente con defender ciertos valores y principios de un Estado Social de Derecho que tiene unos fines generales y específicos, generales en cuanto son aplicables a todas las personas y específicos porque los fines son concretos. Podemos señalar entonces, que se hace importante reconocer la importancia de la retórica y de la argumentación jurídica ya que es necesario reconocer sus técnicas de persuasión y la metodología para elaborar argumentos, elementos que contienen la motivación de las sentencias y la puesta en práctica del derecho en sí mismo.

Vale la pena señalar entonces, que la retórica (en clave aristotélica) y la nueva retórica (desde Perelman) tienen sus semejanzas y su diferencias, la nueva retórica es el uso de argumentos que obedeciendo a técnicas del discurso propuestas ya por Aristóteles logran la finalidad que es la de persuadir. Los argumentos son escritos más que la retórica la oralidad es la que se mueve el discurso. La retórica aplica entimemas o silogismos dialécticos sin embargo estos mismos son aplicados en la argumentación bajo otro nombre, conociéndose estos como argumentos cuasilógicos. Estos elementos cobran vigencia además porque vemos que en el derecho hay un giro a la oralidad en la que se deja de lado el discurso escrito, con el objetivo de conseguir situaciones de agilidad en los procesos con altos niveles de rigurosidad y de justicia.

La retórica es aplicable a tres discursos específicos, la teoría de la argumentación lo es para cualquier tipo de discurso, por lo general las características de la retórica y la teoría de la argumentación mantienen más semejanzas que diferencias pero lo que sí es importante resaltar es que tales técnicas del discurso se rescatan para ser aplicados al derecho. Los casos difíciles configuran la realidad jurídica de sociedades como la nuestra, sin embargo vale la pena tener en cuenta la perspectiva filosófica ya que desde allí, bajo propuestas como la de Aristóteles y la de Perelman, encontramos elementos de gran apoyo para conceptualizar las categorías que sirven a el ejercicio jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES. *Retórica*. Traducción de Quintín Racionero. Primera edición. Madrid: Gredos Editorial. 1999.

Corte Constitucional, Sala octava de Revisión, expediente T-3873716, M.P. Alberto Rojas Ríos. Sentencia T-606/13 del 02 de septiembre de 2013.

MONSALVE. Alfonso. *Teoría de la argumentación*. Primera edición. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia. 1992

Pabón, Ana. *La argumentación jurídica en las sentencias del tribunal superior de distrito judicial de Bucaramanga a la luz de la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman. Algunos casos controvertidos*. Tesis para optar el título de magister en hermenéutica jurídica y derecho. Bucaramanga, UIS, 2009.

PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Traducción de Luis Diez Picazo. Primera edición: Editorial Civitas S.A. 1979