

**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**

**ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO  
MAESTRIA EN HERMENÉUTICA JURIDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2009**

**LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL  
SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA A LA LUZ DE LA  
TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE CHAIÏM PERELMAN. ALGUNOS  
CASOS CONTROVERTIDOS**

**ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA**

**Tesis de Grado para Optar al Título de Magíster en Hermenéutica Jurídica y  
Derecho**

**Director:**

**Profesor: PEDRO ANTONIO GARCÍA OBANDO**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO  
MAESTRIA EN HERMENÉUTICA JURIDÍCA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2009**

## TABLA DE CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
INTRODUCCIÓN	1
1. RECONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE CHAÏM PERELMAN.	9
1.1 ENTRE ARGUMENTAR Y DEMOSTRAR.	9
1.1.1 Precisión y exactitud de la demostración vs. ambigüedad de la argumentación.	11
1.1.2 Axiomas de la demostración vs. premisas de la argumentación.	12
1.1.3. La impersonalidad de la demostración vs. la idea de auditorio en la argumentación.	13
1.1.4 Carácter intelectual de la demostración versus carácter práctico de la argumentación.	13
1.1.5. Verdad, necesidad y reglas de la demostración versus adhesión, persuasión y técnicas de la argumentación.	14
1.2 TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN: EL ORADOR Y EL AUDITORIO.	16
1.3 LAS PREMISAS DE LA ARGUMENTACIÓN.	17
1.3.1 Premisas sobre lo real.	19
1.3.1.1. Hechos y Verdades.	19
1.3.1.2. Presunciones.	22
1.3.2. Premisas sobre lo preferible.	24
1.3.2.1. Los valores.	24
1.3.2.2. Las jerarquías.	28
1.3.2.3. Los lugares comunes de lo preferible.	30
1.4 LAS TÉCNICAS DE LA ARGUMENTACIÓN.	34
1.4.1 Los argumentos cuasi lógicos.	36

1.4.1.1 Argumentos que se asemejan a estructuras de la lógica formal y a demostraciones.	36
1.4.1.2 Argumentos basados sobre la estructura de lo real	43
1.4.1.3 Argumentos que fundan la estructura de lo real.	46
1.5. LAS DISOCIACIONES DE LAS NOCIONES.	51
2. ¿QUÉ SON CASOS DIFÍCILES?	55
2.1 EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN EN TORNO A LO QUE ES UN CASO DIFÍCIL Y A LA ACTIVIDAD JUDICIAL EN TORNO A LA SOLUCIÓN DE DICHOS CASOS.	56
2.1.1 Hart y la textura abierta del derecho:	56
2.1.2. Dworkin y el derecho como integridad.	60
2.1.3 Alexy y el discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.	63
2.1.4 MacCormick. Entre razonamiento deductivo y argumentación jurídica:	65
2.2 ¿CUÁNDO SE PUEDE DECIR QUE UN TEXTO ES CLARO?: UNA CONCEPTUALIZACIÓN DE “LOS CASOS DIFÍCILES” COMO CASOS DE COLISIÓN DE PREMISAS A PARTIR DE PERELMAN.	68
2.2.1. La colisión de premisas como colisión de interpretaciones sobre el sentido de un mismo texto.	69
2.2.2. La labor del juez a la hora de tomar partido por una de las interpretaciones posibles.	72
2.2.3. La argumentación como camino para la justificación de las decisiones judiciales en casos en donde hay colisión de premisas.	75
3. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE CH. PERELMAN: ANÁLISIS DE LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES EN CASOS CONTROVERTIDOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA	81
3.1. EL MÉTODO DE ANÁLISIS PROPUESTO.	81

3.2 PRIMER CASO: PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL. (SALA PENAL).	86
3.3. SEGUNDO CASO: COLISIÓN DE PREMISAS EN TORNO AL AMPARO IMPETRADO POR LOS PETICIONARIOS EN EL ESCRITO DE TUTELA. (SALA CIVIL).	96
3.4 TERCER CASO: COLISIÓN DE PREMISAS EN TORNO A LA NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN Y SUS BENEFICIARIOS. (SALA LABORAL).	105
4. CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFÍA	129

## RESUMEN

**TIÍTULO: 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\***

**AUTOR: ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA\*\***

**PALABRAS CLAVES:** Argumentación, Argumentación jurídica, Decisión Judicial, Derecho, Casos controvertidos, Chaïm Perelman, Premisas de la argumentación, Técnicas argumentativas.

**DESCRIPCIÓN:** El argumento se ha caracterizado como el objeto central de estudio de la lógica. Sobre el mismo puede preguntarse por su validez: punto de vista meramente lógico, que indaga si la conclusión se infiere válidamente de las premisas de las que se parte; o preguntarse también, desde una perspectiva que podría ser llamada “retórica”, si el argumento resulta persuasivo, atractivo e interesante para la audiencia a la cual se dirige. Hacia mediados del siglo XX, el filósofo y jurista Chaïm Perelman retomó el carácter amplio de la lógica y señaló que, en materia de Derecho, las decisiones de los jueces estaban encaminadas a la persuasión más que a la demostración.

El presente trabajo busca reconstruir los elementos más importantes de la teoría de la argumentación de Perelman y de su teoría de la argumentación jurídica, con el fin de establecer un marco de análisis aplicable a la teoría de la decisión judicial.

De igual forma y pensando en el problema de la argumentación judicial, se busca caracterizar la discusión conceptual en torno a casos difíciles desde diversos autores, para proponer una visión de los mismos desde la teoría de la argumentación jurídica de Perelman.

Con este marco teórico y conceptual se pasa a analizar las decisiones que como juez de tutela adopta el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, en casos identificados como controvertidos. Eso con el fin de identificar las premisas y técnicas que usa el Tribunal para la fundamentación de sus decisiones. Con esta revisión se pretende determinar si la teoría de la argumentación de Perelman es aplicable a las decisiones judiciales del Tribunal regional.

---

\* Tesis de Grado

\*\* Facultad De Ciencias Humanas, Escuela De Derecho, Director: Pedro Antonio García

## ABSTRACT

**TIÍTULO: THE LEGAL ARGUMENT IN THE HIGH COURT JUDGMENTS JUDICIAL DISTRICT BUCARAMANGA IN THE LIGHT OF THE THEORY OF ARGUMENT OF CHAIM PERELMAN. FEW CONTROVERSIAL CASES\***

**AUTOR: ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA\*\***

**KEY WORDS:** Argumentation, Legal Argumentation, judgments, law, controversial cases, Chaïm Perelman, Premises of argumentation, argumentative techniques.

**DESCRIPTION:** The argument has been characterized as Logic's central object of study. As such, it can be asked about an argument's validity. This is a purely logical perspective, which is interested on the validity of the inference of the conclusion from the premises. From a different perspective, that could be called "rhetorical", it is asked if the argument is persuasive and attractive for the audience to whom it is addressed. By mid-twentieth century, the philosopher and jurist Chaïm Perelman returned to the comprehensive nature of logic and pointed out that in matters of law, judges' decisions are aimed at persuasion rather than demonstration.

The thesis tries to reconstruct the most important elements of Perelman's theory of legal argumentation, in order to establish a framework of analysis applicable to the theory of judicial decision.

The decisions taken by the Superior Tribunal of the Judicial District of Bucaramanga, acting as a judge of the writs of amparo are discussed within this theoretical and conceptual framework in cases identified as controversial. This is done in order to identify the assumptions and techniques used by the Tribunal in making its decisions. This review attempts to determine if Perelman's theory of argumentation applies to judicial decisions of the Regional Tribunal.

---

\*Thesis of Grade

\*\* Facultad De Ciencias Humanas, Escuela De Derecho, Director: Pedro Antonio García

## INTRODUCCIÓN

El argumento se ha caracterizado como el objeto central de estudio de la lógica, el cual es definido como “cualquier conjunto de proposiciones de las cuales se dice que una se sigue de las otras, que pretenden apoyar o fundamentar su verdad”<sup>1</sup>. Todo argumento posee una estructura compuesta por los siguientes elementos fundamentales: (1) una proposición llamada conclusión que (2) se infiere con base en (3) otras proposiciones llamadas premisas, que son afirmadas o supuestas justamente como apoyo o razones para aceptar la conclusión. Así, el concepto de argumento no puede ser definido sin hacer referencia a los conceptos de 1) premisa, 2) inferencia y 3) conclusión.<sup>2</sup>

Ahora bien, frente a dicha estructura se pueden hacer, al menos, dos tipos de preguntas. Por una parte, desde el punto de vista meramente lógico, es posible preguntarse si la conclusión se infiere válidamente de las premisas de las que se parte. Sin embargo, por otra parte, desde una perspectiva que podría ser llamada “retórica”, la pregunta a hacerse es si el argumento resulta persuasivo, atractivo e interesante para la audiencia a la cual se dirige.

Estas dos preguntas comienzan a marcar las diferencias entre demostrar y argumentar, distinción que tiene sus raíces en el mismo “padre de la lógica”. En efecto, Aristóteles distinguía dos tipos de razonamientos: los analíticos y los dialécticos<sup>3</sup>. A los razonamientos analíticos los estudió en los Primeros y Segundos Analíticos; y por este estudio es considerado en la historia de la filosofía

---

<sup>1</sup> COPI, Irving y COHEN Carl, *Introducción a la Lógica*. México: Editorial Limusa, 2002, p. 20-21. Y en el mismo sentido GARCÍA, Luis Enrique, *Lógica y pensamiento crítico*. Manizales: Universidad de Caldas, 1995, p. 40-50.

<sup>2</sup> AGUIRRE, Javier y GARCIA, Pedro, *Lógica y teoría de la argumentación*, Bucaramanga: Ediciones UIS, 2008.

<sup>3</sup> ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica I y II*. Barcelona: Gredos, 2000.



como el padre de la lógica formal. Sin embargo, Aristóteles también dedicó buena parte de su análisis a la otra clase de razonamientos, a saber, el razonamiento dialéctico, el cual es tratado en los *Tópicos*, en *Retórica*<sup>4</sup> y en *Refutaciones sofísticas*.

La tradición lógica sólo le dio valor a la primera clase de razonamientos estudiada por Aristóteles, esto es, los analíticos, y olvidó completamente a los razonamientos dialécticos que se convirtieron en algo extraño a la lógica. El problema es que, como lo vio Aristóteles, ambos tipos de razonamientos existen. Es innegable que los razonamientos analíticos son de gran importancia para la ciencia en general. Pero también es innegable que constantemente se realizan razonamientos dialécticos en donde no se demuestra sino que se argumenta, es decir, en donde se busca hacer admitir ciertas tesis al proponer argumentos a favor de ellas. Por lo tanto, si se concibe la lógica en un sentido amplio como el estudio del razonamiento inferencial bajo todas sus formas, es evidente que la teoría de la demostración (la de los razonamientos analíticos) debe ser completada con una teoría de la argumentación (es decir una teoría que estudie los razonamientos dialécticos).

Hacia mediados del siglo XX, el filósofo y jurista Chaïm Perelman retomó el carácter amplio que Aristóteles le había dado a la lógica y señaló que, en materia de Derecho, las decisiones de los jueces estaban encaminadas a la persuasión más que a la demostración<sup>5</sup>. En ese sentido, Perelman trató de revivir la retórica aristotélica y ponerla al servicio de las discusiones políticas, jurídicas y filosóficas de la posguerra.

---

<sup>4</sup> ARISTÓTELES, *Retórica*, Madrid: Gredos, 1990.

<sup>5</sup> PERELMAN, Chaïm. *El imperio retórico*. Bogotá: Editorial Norma, 1998; PERELMAN, Chaïm. *La interpretación jurídica*. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho de Maracaibo, 1974; PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y La Nueva Retórica*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1979; PERELMAN Chaïm y TYTECA Olbrechts, *Tratado de la argumentación*, Madrid: Editorial Gredos, 1989.

En Colombia, el cambio sustancial que introdujo la Constitución de 1991, junto con los cambios históricos del siglo XVIII que instauraron la obligatoriedad de motivar las decisiones judiciales, llevó a un acercamiento mayor a la obra de este autor y de las implicaciones de sus estudios en el orden de lo jurídico. La necesidad de motivar las decisiones fue sustentada desde los mismos pronunciamientos judiciales, en donde se reconocen que:

(...) a partir del siglo XIX se consolida el principio de que las sentencias judiciales deben ser motivadas, con lo cual las decisiones deben ceñirse a lo establecido en la ley y basarse en las pruebas aportadas dentro del proceso. El fallo ya no constituye únicamente una expresión del poder de juzgar y decidir, sino que también responde a un proceso de búsqueda de la verdad y de procura de convencimiento del público acerca de la legitimidad de la resolución tomada, proceso que necesariamente está vinculado a la utilización de principios de lógica racional. Este hecho es precisamente el que permitirá ejercer un control sobre las sentencias y facilitará la interposición de los recursos, en tanto que éstos se basarán en acusaciones acerca de las carencias de las sentencias en la utilización de la lógica judicial<sup>6</sup>.

La teoría de la argumentación jurídica de Perelman se propone en un momento bastante relevante para las discusiones en torno a la actividad judicial, pues se propone como una aplicación de su teoría de la argumentación general al ámbito del Derecho, en especial, en el campo del proceso judicial. Es tal la relevancia de esta aplicación que el mismo Perelman señala que “desde que en 1790 se instauró la obligación de motivar las decisiones judiciales, las mejores muestras de lógica jurídica se encuentran en la motivación de los tribunales”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 145 de 1998. Subrayado fuera del texto.

<sup>7</sup> PERELMAN, Op Cit., 1979, p. 35.

En el proceso judicial se presenta una argumentación institucionalizada y limitada por las reglas y las finalidades del proceso. Lo que se concreta, entre otras, en las siguientes particularidades: a) existe un tiempo razonable para alcanzar una decisión definitiva mediante procedimientos establecidos; y b) la solución debe mostrarse conforme a la Ley, pero también debe aparecer como equitativa (se trata de una decisión que respete la noción de justicia de la sociedad), razonable (parte de premisas aceptadas y posee una motivación adecuada) y aceptable (es una decisión que intenta persuadir a los auditorios jurídicos).

Ahora bien, sobre esta complementariedad de la lógica analítica con la teoría de la argumentación y en este ambiente de ideas, la pregunta que se planteó responder en esta investigación fue: ¿qué premisas de la argumentación y qué técnicas argumentativas se identifican en la argumentación del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga cuando actúa como juez de tutela, en algunos de los llamados “casos difíciles”, si tomamos en cuenta la perspectiva de la argumentación jurídica de Chaïm Perelman?

Abordar dicho problema resulta importante por varias razones:

1. Permite una comprensión más amplia del derecho en cuanto al problema de las decisiones judiciales y su relación con la argumentación;
2. Produce un conocimiento nuevo sobre las operaciones argumentales utilizadas por el alto Tribunal del Distrito Judicial de Bucaramanga cuando actúa como juez de tutela, lo que permitirá conocer el funcionamiento de la justicia regional en ese aspecto;
3. Y permite construir elementos para dar paso al debate sobre la concepción de derecho que privilegian el sistema regional judicial.

Su pertinencia es también crucial: las sociedades son también la aplicación del Derecho a sus necesidades, sus intereses y sus convicciones; es necesario

establecer lazos de comunicación entre el Derecho y los ciudadanos; y es inaplazable la formación de los abogados y operadores jurídicos en temas de lógica jurídica entendida en su sentido amplio. Los debates que se suelen dar en relación con las decisiones judiciales de los jueces parecen a veces no tener en cuenta las diferencias entre los contextos del descubrimiento y de justificación.

Hacer esta distinción resulta relevante en toda teoría de la argumentación jurídica. Esta distinción proviene de la filosofía de Reichenbach según la cual, en las teorías científicas, una cosa es el contexto de descubrimiento y otra muy diferente el contexto de justificación<sup>8</sup>. El primero hace referencia a la forma como un científico llega a describir o a enunciar su teoría; es decir, las finalidades particulares y subjetivas que perseguía, por ejemplo, o las motivaciones psicológicas o sociales que lo impulsaron a realizar su investigación. Es un campo que, como se ve, puede interesarle al sociólogo y al historiador de la ciencia. Pero, por otra parte, se encuentra el procedimiento que permite justificar o validar la teoría en donde se deben seguir las reglas del método científico. Este asunto, como se ve, sí le interesa propiamente a la ciencia.

La distinción brevemente explicada debe trasladarse a todos los ámbitos de una teoría de la argumentación. Y, en este sentido, bien se puede afirmar que una cosa es el procedimiento mediante el cual un juez decide aceptar alguna premisa clave para su decisión o decide usar una determinada técnica argumentativa que lo lleva a decidir de tal o cual manera o, en definitiva, preferir cierta interpretación en lugar de otra, y otra cosa es el procedimiento mediante el cual el juez justifica que su decisión es, en última instancia, la correcta. Por ejemplo, se puede afirmar que cierto Magistrado X falló en contra de la despenalización del aborto por pertenecer al Opus Dei y con esto se estarían señalando los que pueden identificarse como los móviles ideológicos que llevaron al Magistrado a tomar su

---

<sup>8</sup> GARCÍA, Luis Enrique, *Lógica y pensamiento crítico*, Manizales: Universidad de Caldas, 1995, p. 39.

decisión, en una clara referencia al contexto de descubrimiento, como enunciado que explica la decisión. Pero lo cierto es que el Magistrado debió haber justificado con argumentos jurídicos su decisión. Simplemente no pudo decir “fallo en contra del aborto porque pertenezco al Opus Dei”. Debió haber enunciado algunas razones jurídicas para apoyar su decisión. Pudo haber dicho, por ejemplo, que en el sistema jurídico de Colombia la vida es un valor absoluto y que él considera que desde la fecundación ya hay vida en el vientre de la madre. Este es el contexto de justificación, es decir, las razones que tuvo que haber dado el Magistrado para intentar persuadir a su auditorio de que su decisión es la correcta desde el punto de vista jurídico. Como lo señala Atienza, “los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas”<sup>9</sup>.

La teoría de la argumentación jurídica da cuenta de la justificación de las decisiones judiciales y no de la explicación (psicológica, sociológica, etc.) de cómo se llega a ellas. Lo que no significa, sin embargo, ignorar el papel de las creencias religiosas, morales, psicológicas, etc. de los jueces al momento de tomar una decisión. Según Atienza,

Es muy posible que, de hecho, las decisiones se tomen precisamente como ellos sugieren, esto es, que el proceso mental del juez vaya de la conclusión a las premisas y no al revés, e incluso cabe pensar que la decisión (al menos, en algunos casos) es, sobre todo, fruto de prejuicios; pero ello no anula la necesidad de justificar la decisión, ni convierte tampoco a esta tarea en algo imposible.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, Universidad Autónoma de México, México, 2003, p. 4.

<sup>10</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*. En: Revista Isonomía, No 1, Octubre de 1994, p. 60.

La teoría de la argumentación jurídica de Chaïm Perelman es descriptiva y no normativa; o reafirmando lo dicho, no tiene que ver con las valoraciones que se hagan o no de las razones psicológicas, religiosas, morales o de otra índole que llevaron a un juez a tomar una decisión. Lo que importa, en cambio, es mostrar con detalle las premisas de la argumentación y las técnicas argumentativas que utiliza el Tribunal en algunos casos, para mostrar luego que, bajo la prevalencia de ciertas premisas y la aplicación de ciertas técnicas argumentativas, se produce un resultado lógico, en sentido amplio, que guarda coherencia con esas mismas premisas y con esas mismas técnicas.

Determinar por qué ante algunos casos el Tribunal hace prevalecer unas premisas en lugar de otras; así como indicar por qué prefiere unas técnicas en lugar de otras, es un asunto que se sale de las manos de este trabajo de investigación. Sin embargo, también se contemplará la posibilidad de extrapolar a ciertas conclusiones de carácter social y filosófico las respuestas al problema de investigación.

Para desarrollar el problema propuesto se tuvo como objetivo general identificar, a partir de la teoría de la argumentación jurídica de Chaïm Perelman, las premisas y las técnicas argumentativas empleadas por la el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga cuando actúa como juez de tutela en la solución de casos controvertidos.

En el primer capítulo, se reconstruye conceptualmente la teoría de la argumentación jurídica de Chaïm Perelman. Posteriormente, en un segundo capítulo, se describe el estado de la discusión en torno a lo que son los “casos difíciles” desde diferentes e importantes autores de la filosofía y teoría del derecho contemporáneos, para luego, a partir de dicha conceptualización, pasar a analizar este problema a la luz de la teoría de la argumentación de Perelman.

Una vez identificada la posición de Perelman en torno a la discusión de los casos difíciles, en el tercer capítulo, se identifican cuatro pronunciamientos del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga en los que actúa como juez de tutela y se catalogan como soluciones atinentes a casos controvertidos. Dichos pronunciamientos son analizados con el fin de identificar las premisas y técnicas argumentativas que les sirven de punto de partida al Tribunal para llegar a justificar su decisión. Finalmente se plantean algunas conclusiones sobre el problema analizado, advirtiendo, desde luego, que no serán las únicas que puedan hacerse.

Se debe anotar que el presente trabajo está en el marco de la línea de investigación en argumentación jurídica y Derecho adscrita al grupo de investigación *Politeia*, Categoría B de Colciencias.

## **1. RECONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE CHAÏM PERELMAN.**

Con el fin de desarrollar el problema propuesto, en el presente capítulo se expondrá la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman, así como los usos que de dicha teoría puede darse en el Derecho.

La exposición de la teoría de Perelman incluirá el desarrollo de cuatro momentos: el primero consiste en caracterizar la distinción entre argumentar y demostrar con el fin de señalar que la argumentación jurídica se mueve más en el campo de la argumentación que de la demostración, lo que hace pertinente el estudio propuesto. En un segundo momento se caracterizará el papel del orador y el concepto de auditorio como componentes claves en la teoría de la argumentación de Perelman, para luego desarrollar dos elementos a través de los cuales se desarrolla la argumentación: las premisas de la argumentación y las técnicas de la argumentación.

### **1.1 ENTRE ARGUMENTAR Y DEMOSTRAR.**

Frente a todo argumento pueden hacerse, al menos, dos tipos de preguntas. Por una parte, desde el punto de vista meramente lógico, es posible preguntarse si la conclusión del argumento se infiere válidamente de sus premisas. Por otra parte, desde una perspectiva que podría ser llamada “retórica”, la pregunta a hacerse es si el argumento resulta persuasivo, atractivo e interesante para la audiencia a la cual se dirige. Estas dos preguntas comienzan a marcar las diferencias que existen entre demostrar y argumentar.



Esta no es una distinción reciente. En efecto, Aristóteles distinguía dos tipos de razonamientos: los analíticos y los dialécticos. A los razonamientos analíticos los estudió en los *Primeros* y *Segundos Analíticos*, y por este estudio es considerado en la historia de la filosofía como el padre de la lógica formal. Sin embargo, Aristóteles también dedicó buena parte de su análisis a la otra clase de razonamientos, a saber, los razonamientos dialécticos, los cuales son tratados en los *Tópicos*, en la *Retórica* y en *Las refutaciones sofísticas*.

En los *Analíticos* Aristóteles estudia la forma de la inferencia válida (especialmente los silogismos). Por ejemplo: si todos los A son B y si todos los C son A, se infiere válidamente que todos los C son B. Los razonamientos dialécticos, por su parte, tienen otras características. Aristóteles señaló, en *Tópicos*, que estos razonamientos se caracterizan por estar compuestos por “opiniones generalmente aceptadas”, de modo que lo que se busca en este tipo de razonamiento es hacer admitir otras tesis que son o pueden ser controvertidas sin preocuparse tanto por la validez formal de la inferencia que se realiza.

La tradición lógica sólo le dio valor a la primera clase de razonamientos estudiada por Aristóteles, esto es, los analíticos, y olvidó completamente los razonamientos dialécticos que se convirtieron en algo extraño a la lógica misma.

Ahora bien, como lo vio Aristóteles, ambos tipos de razonamiento existen. Es innegable que los razonamientos analíticos son de gran importancia en la ciencia en general. Pero también es innegable que constantemente realizamos razonamientos dialécticos en donde no demostramos sino que argumentamos, es decir, en donde lo que se busca es hacer admitir ciertas tesis al proponer argumentos a favor de ellas. Por lo tanto, si se concibe la lógica en un sentido amplio como el estudio del razonamiento inferencial bajo todas sus formas, es evidente que la teoría de la demostración (la de los razonamientos analíticos) debe ser completada con una teoría de la argumentación (es decir una teoría que

estudie los razonamientos dialécticos). Una pretensión que, como es sabido, lleva a cabo Chaïm Perelman en su ya célebre *Tratado de la Argumentación*. Pero esto exige aclarar aún más las diferencias que existen entre ambos tipos de razonamientos. En lo que sigue, se señalarán algunas diferencias entre demostrar y argumentar.

### **1.1.1 Precisión y exactitud de la demostración vs. ambigüedad de la argumentación.**

En una demostración es necesario que los datos que se utilicen estén desprovistos de toda ambigüedad. De ahí el recurso a la simbolización para analizar la validez de las demostraciones; por esto, el lenguaje de las demostraciones es un lenguaje artificial:

- 1)  $P \rightarrow Q$ ,
- 2)  $P$ ,
- 3)  $Q$

Esto puede leerse como 1) “si se da  $P$ , se da  $Q$ ”, 2) “Se da  $P$ ”, 3) “Por lo tanto se da  $Q$ ”. En cambio, la argumentación se desarrolla en un lenguaje natural que de por sí es ambiguo.

Como es sabido, Aristóteles distinguió que los discursos retóricos o argumentativos podían ser de tres tipos: a) deliberativos, b) forenses y c) epidícticos. Los primeros trataban de lo conveniente y lo inconveniente, los segundos de lo justo e injusto, y los terceros, finalmente, concernían a lo virtuoso o no-virtuoso. Ahora bien; con respecto a lo conveniente, lo justo y lo virtuoso; ¿se puede reducir la ambigüedad de las discusiones que versan sobre la mejor forma de gobierno, o sobre la justicia o sobre lo bello? A lo sumo se podría llegar a acuerdos sobre ciertas definiciones, pero nada más. En argumentaciones sobre

temas políticos, morales, estéticos y, especialmente, jurídicos, nunca se alcanza el nivel de claridad al que se llega cuando se realiza una demostración, por ejemplo, “Si todos los P son Q, y si R es P, queda demostrado que R es Q”. En cambio, en el campo de las decisiones judiciales, las expresiones o el lenguaje sobre lo justo o lo injusto están siempre provistos de ambigüedad.

### **1.1.2 Axiomas de la demostración vs. premisas de la argumentación.**

En una demostración no se discuten los axiomas o los principios de los que se parte. De lo que se trata es de determinar si, a partir de ellos, se puede inferir válidamente la conclusión del razonamiento. En el siguiente argumento simbolizado, por ejemplo, tenemos cuatro premisas numeradas del 1 al 4. A partir de ellas se pretende inferir la conclusión  $R \vee U$ . En este caso, desde una perspectiva meramente lógica, sabemos muy bien que nunca se debería pensar en cuestionar la veracidad o la pertinencia de las premisas. Simplemente tenemos que demostrar si la conclusión  $R \vee U$  efectivamente se infiere de las premisas 1, 2, 3 y 4:

1.  $Q \rightarrow R$
  2.  $\sim S \rightarrow (T \rightarrow U)$
  3.  $S \vee (Q \vee T)$
  4.  $\sim S$
- /  $R \vee U$

En cambio, en la argumentación esta limitación no existe: siempre se puede discutir la veracidad o la pertinencia de las premisas de las que parte la argumentación. Si alguien argumenta, por ejemplo, que “la democracia es la mejor forma de gobierno porque es la que más permite potenciar en mayor grado el talento individual de los seres humanos”, se podría poner en duda que esto último, a saber, el potenciar en mayor grado el talento de los individuos, sea algo cierto o

pertinente para favorecer la tesis de que la democracia es la mejor forma de gobierno.

Como se dijo, la demostración se diferencia de la argumentación por cuanto en ésta los puntos de partida pueden llegar a ser objeto de discusión.

### **1.1.3. La impersonalidad de la demostración vs. la idea de auditorio en la argumentación.**

Una demostración, por ser formal, es impersonal. Esto quiere decir que no importa quién la diga, con qué contenido se diga, ni ante quién se diga. En una demostración se busca inferir las consecuencias correctas de ciertas premisas. La argumentación, en cambio, en la medida en que tiene como fin producir la adhesión de un auditorio a las tesis que se le presentan, presupone siempre lo que Perelman denomina “contacto espiritual” entre quien argumenta y ante quien esa persona argumenta. Es decir, quien argumenta debe conocer su auditorio y tenerle cierta consideración para ofrecerle razones que consigan su adhesión a las tesis propuestas en vez de darle simples órdenes o usar la violencia.

En virtud de lo anterior, bien puede afirmarse que toda argumentación es *ad hominem*, lo que quiere decir simplemente que todo ejercicio argumentativo es siempre relativo a un auditorio determinado ya que el éxito de la argumentación depende de lo que el auditorio está dispuesto a admitir sobre hechos, verdades, valores, jerarquías, etc.

### **1.1.4 Carácter intelectual de la demostración versus carácter práctico de la argumentación.**

Por lo general las argumentaciones buscan no sólo la adhesión puramente intelectual sino también incitar a la acción o al menos crear una disposición a la

acción. Por esto el campo de la política es el campo por excelencia de la argumentación, no de la demostración. Por esto, además, la argumentación puede tener una relación muy estrecha con las emociones y las pasiones: no por nada el Libro II de la *Retórica* de Aristóteles está dedicado, en su gran mayoría, al estudio de las pasiones como elemento de la persuasión. Sólo de las demostraciones, por ende, se puede exigir que se desarrollen sin apasionamientos; petición fuera de lugar en el campo argumentativo. Lo que no significa, sin embargo, que se deba argumentar de cualquier forma, por ejemplo, agrediendo o burlándose del adversario.

#### **1.1.5. Verdad, necesidad y reglas de la demostración versus adhesión, persuasión y técnicas de la argumentación.**

En una demostración se pretende transmitir la verdad de las premisas a la verdad de las conclusiones que se infieren de ellas. Y esta verdad se pretende transmitir de forma necesaria. Por esta razón se puede señalar que las demostraciones son razonamientos constrictivos. Esto quiere decir que, si se aceptan sus premisas se tiene que aceptar necesariamente las conclusiones que se derivan de ellas.

Esto se puede evidenciar con un caso de lógica simbólica. Esta es una ciencia exacta que opera mediante reglas, como por ejemplo: regla de la simplificación:

- Si dos proposiciones son verdaderas, *entonces* una de ellas también lo será:

$$(p \wedge q) \rightarrow p;$$

- Regla del silogismo disyuntivo: si se dan dos proposiciones disyuntivas y la negación de una de ellas, *entonces* la otra es verdadera.  $\{(p \vee q) \wedge \sim p\} \rightarrow q;$

- Regla de la adición: si una proposición es verdadera, *entonces* puede adicionársele por disyunción cualquier otra proposición.  $p \rightarrow (p \vee q).$

Estipuladas estas reglas es fácil apreciar que mediante su aplicación se pueden derivar teoremas de determinados axiomas. Sean los axiomas:

1.  $p \vee q$  (axioma)
2.  $r \wedge \sim q$  (axioma) Con las reglas se derivan los teoremas 3, 4 y 5, así:

- 
3.  $\sim q$  (por la regla de simplificación aplicadas en el axioma 2)
  4.  $p$  (regla del silogismo disyuntivo aplicada 1 y 3)
  5.  $p \vee z$  (regla de adición en 4)

Este es un buen ejemplo de razonamiento constriñente. En efecto, los teoremas 3, 4 y 5 son verdaderos por necesidad lógica. No hay manera, por lo tanto, de no aceptarlos como tales, pues se derivan de procedimientos exactos, de reglas que obligan o constriñen a todo aquel que tenga uso de razón. El razonamiento constriñente es pues válido por definición: una vez aceptados los axiomas iniciales, los teoremas son función de la correcta aplicación de las reglas. Esto quiere decir, entonces, que una demostración es correcta conforme a un sistema de reglas que tienen que ser explicitadas.

En las argumentaciones, en cambio, lo que se transmite es la adhesión, la cual nunca se podrá transmitir de forma necesaria sino, a lo sumo, de forma plausible o probable, “pero no en un sentido cuantificable sino en un sentido más cualitativo de la palabra probabilidad”<sup>11</sup>. Lo que quiere decir que, en última instancia, esta adhesión no es medible de forma objetiva. De ahí que una argumentación no se llamará correcta o válida sino más bien fuerte o persuasiva. Y esa fuerza no nace de ningún sistema de reglas explícito sino más bien de la adaptación del orador a su auditorio y del uso pertinente de las técnicas argumentativas.

---

<sup>11</sup> LEÓN, Adolfo, *Seis Lecciones sobre Teoría de la Argumentación*, Cali: Alego Editores, 2001, p. 125.

Hasta aquí quedan expuestas algunas diferencias que pueden identificarse en torno a la labor de argumentar y demostrar; en lo que sigue se profundizará sobre otras nociones claves en el campo de la argumentación.

## **1.2 TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN: EL ORADOR Y EL AUDITORIO.**

Perelman define al auditorio como el “conjunto de aquellos sobre los cuales el orador quiere influir con su argumentación”<sup>12</sup>. Obsérvese entonces que el “auditorio” es una construcción del orador, que no necesariamente coincide con las personas a las que el orador físicamente se dirige.

Este auditorio puede ir desde uno mismo, es decir la misma persona que argumenta, en una deliberación íntima por ejemplo, pasando por un auditorio particular, compuesto por personas que aceptan ciertas premisas que no son necesariamente aceptadas por otras personas, por ejemplo un grupo político o religioso, hasta llegar a uno de los conceptos de mayor cuidado de la teoría de la argumentación de Perelman: el auditorio universal, es decir, la construcción que se hace el orador de un auditorio ideal compuesto por todo ser de razón.

El auditorio universal para Perelman es el auditorio del filósofo cuyos discursos o argumentaciones se realizan con la idea de que sean aceptadas por cualquier persona racional que juzgue a partir, no de particularidades, sino de premisas susceptibles de universalización.

Para Perelman el concepto de auditorio, definido para una teoría de la argumentación en general, sufre una interesante cualificación en la teoría de la argumentación judicial. En efecto, como se mencionó anteriormente, en *Lógica Jurídica y Nueva Retórica* Perelman ha señalado explícitamente que en el caso de

---

<sup>12</sup> PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS – TYTECA Op. Cit. 1989, p. 35

los jueces, al momento de tomar sus decisiones, estos construyen su auditorio con base en tres elementos fundamentales: a) la comunidad de jueces, b) los profesionales del derecho y las partes en litigio y c) la opinión pública en general. Aunque Perelman señala que con más precisión se trata de la opinión publicada a través de los distintos medios de comunicación<sup>13</sup>. De otra parte, es claro que la gran mayoría de las argumentaciones jurídicas se basa en normas aplicables a determinados territorios.

Sin embargo, todo lo anterior no hace que el auditorio jurídico sea un auditorio particular en la medida en que, según Perelman, todo juez debe resolver un caso, pensando siempre que cualquier persona razonable, pueda resolverlo de la misma manera que él lo está haciendo. Esa coincidencia de sentidos debe conllevar a que toda persona razonable acepte su decisión. Valga recordar que el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil establece que los jueces, antes de proferir su decisión, deben señalar que lo hacen "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley". Lo que puede ser interpretado, en términos de la teoría de la argumentación de Perelman, como una fórmula que revela que la decisión es producto no de una (ni para una) particularidad determinada sino de la (y para la) totalidad del pueblo colombiano. Una decisión que, cualquier persona que aceptara la autoridad de la ley colombiana, podría entender y aceptar. Es en este sentido que se puede afirmar que se trata de un auditorio que, a pesar de mantenerse como universal, se encuentra también institucionalizado y, por ende, tiene ciertas limitaciones.

### **1.3 LAS PREMISAS DE LA ARGUMENTACIÓN.**

La argumentación supone que siempre que se tiene la pretensión de que el auditorio acepte las tesis del orador, se tiene que partir inevitablemente de ideas

---

<sup>13</sup> PERELMAN, Chaïm, *Lógica Jurídica y Nueva Retórica*, Madrid: Ed. Civitas, 1979, p. 228.



que esas personas tienen por aceptables. De lo contrario, más que un diálogo argumentativo lo que se desarrollaría sería una exposición sorda y egoísta de lo que se tiene por verdadero y que se cree que, con el simple hecho de ser oído por los otros, debe ser aceptado.

De aquí se sigue la única prescripción de la teoría de la argumentación de Perelman: el orador debe partir de las premisas admitidas por el auditorio, si quiere hacer efectiva su argumentación. La selección de las premisas y su formulación constituye en Perelman un primer paso en la búsqueda de la persuasión.

Las premisas usadas como punto de partida de la argumentación y que permiten la creación de adhesión, como objetos de acuerdo, pueden ser de muchos tipos. Siguiendo la clasificación de Perelman, quien advierte no se trata de un inventario taxativo, se puede afirmar que, en términos generales, en toda argumentación estas premisas pueden ser de dos clases:

- a) Aquellas referidas a *lo real*: esto es, los hechos, las verdades y las presunciones, y;
- b) Aquellas referidas a *lo preferible*: esto es, los valores, las jerarquías y los lugares comunes de lo preferible.

Esto quiere decir que cuando se da inicio a una argumentación, el acuerdo básico se puede establecer a partir de premisas que se refieren a lo que puede ser considerado como “lo real” (que se caracterizan por “una búsqueda de la validez con miras al “auditorio universal”)<sup>14</sup>, pero también a partir de premisas que se refieren a “lo preferible” (“vinculado a un punto de vista concreto que sólo puede identificarse con el de un auditorio particular”)<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> PERELMAN, Op. Cit. 1989, p. 120

<sup>15</sup> *Ibíd.*

En lo que sigue se expondrán los tipos de objetos de acuerdo a partir de la clasificación señalada.

### **1.3.1 Premisas sobre lo real.**

En una argumentación es muy común que se usen determinadas afirmaciones como premisas que pretenden describir la realidad objetiva del mundo. Es evidente que esto tiene una gran ventaja: argumentar a partir de “realidades” implica usar como punto de partida cierta información que todas las personas deberían aceptar. De ahí que se considere que una argumentación que parta de estas premisas sea una argumentación dirigida al auditorio universal. En este sentido, la realidad estaría compuesta, por una parte, de aquello que objetivamente se tiene por verdadero, más allá de nuestra particular situación personal; y, por otra, de aquello que se presupone es verdadero, también de una forma objetiva en el mismo sentido. Entre lo primero estarían todas aquellas cosas que se admiten como hechos y verdades, mientras que en lo segundo estarían las llamadas presunciones.

**1.3.1.1. Hechos y Verdades.** En la teoría de la argumentación de Perelman un hecho o una verdad es todo aquello que el lenguaje y el sentido común señalan como algo objetivo y que como tal se impone a todos. La distinción entre hechos y verdades en Perelman es realmente pequeña. En palabras del filósofo belga: “En general, se habla de hechos cuando se alude a objetos de acuerdo precisos, limitados; en cambio, se designará preferentemente con el nombre de verdades los sistemas más complejos, relativos a los enlaces entre hechos, ya se trate de teorías científicas o de concepciones filosófica o religiosas que trascienden la experiencia”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 124.

Cuando se habla de un hecho o una verdad se hace referencia a un dato estable, a una información aceptada y admitida. Son ejemplos de hechos con consecuencias jurídicas: a) que la fecha de la muerte de una persona debe ser posterior a la de su nacimiento, aunque sea un instante, b) que el ex presidente Julio Cesar Turbay Ayala está muerto, c) que un embarazo luego del quinto mes de gestación es un hecho notorio; como ejemplos de verdades se puede afirmar que de las normas jurídicas se predica que son verdaderas, por ejemplo: a) el artículo 13 de la Constitución Política que indica que todas las personas son iguales ante la Ley; b) la regla jurisprudencial que señala que la interrupción de un embarazo puede realizarse de forma legal en casos de violación, c) la norma que indica que la sociedad conyugal nace del matrimonio.

Como se observa, un hecho o una verdad es una afirmación que nadie podría descartar sin caer en el ridículo a menos que dé también razones para justificar su incredulidad: “Desde el punto de vista argumentativo, sólo estamos en presencia de un hecho si podemos postular respecto a él un acuerdo universal, no controvertido. Pero entonces ningún enunciado tiene la seguridad de gozar definitivamente de este estatuto, pues el acuerdo siempre es susceptible de ser cuestionado de nuevo, y una de las partes en el debate puede negarle la calidad de hecho a lo que afirma el adversario”<sup>17</sup>. Esto quiere decir que lo que hoy es un hecho o una verdad, puede no serlo mañana.

De igual forma, muchas cosas que fueron hechos o verdades hace mucho tiempo, en la actualidad no se reconocen como tales. Es el caso, en materia de premisas de verdad, de la antigua existencia de una diferencia legal entre los hijos, atendiendo a su origen, lo cual autorizaba un trato desigual también para el goce de sus derechos y que hoy desde ningún punto de vista es aceptable; lo mismo la idea de que las uniones maritales de hecho o antes uniones libres no tenían efectos jurídicos. Para un griego del siglo V, la conveniencia y justicia de la

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 122.

esclavitud era un hecho, así como para los gobiernos anteriores a 1853 en Colombia. Antes, la interrupción del embarazo era penalizada en todos los casos, pero a marzo del 2008 es diferente, se admiten cuatro circunstancias en la que se puede tratar de un procedimiento legal. De igual forma dejó de ser admitido el hecho de que existía una superioridad del hombre sobre la mujer, lo cual tuvo efectos jurídicos hasta hace incluso poco tiempo. Para la mayoría de los habitantes del presente siglo, en cambio, la igual dignidad de todas las personas es, sea el sentido al que estamos aludiendo, un hecho.

Se debe observar entonces que la definición de “hecho o verdad” en la argumentación se da a partir de lo que se considera no controvertido y, en cierta forma, no controvertible. En este sentido, no se debe perder de vista que la categoría de “hecho o verdad” que acá se expone no se construye con criterios ontológicos de verdadera existencia, o de verdadera correspondencia con lo real, sino justamente con criterios argumentativos acerca de lo que se suele admitir como “innegable”. De ahí que, en principio, un hecho o una verdad sólo puede perder su carácter de tal, si se muestra como incompatible con otros hechos o verdades de las que se tiene una mayor seguridad o, al menos, que no se está dispuesto a abandonar tan fácilmente.

Es posible que un suceso pierda su carácter de hecho en dos eventos: a) cuando el auditorio al cual se presenta plantea dudas sobre él (cuando por ejemplo se objeta una prueba de paternidad, y se solicita una nueva prueba mediante otra técnica o su práctica por otro laboratorio; y b) cuando nuevos miembros del auditorio con idoneidad para opinar sobre el hecho, desestimen su calidad de tal (cuando por ejemplo en un juicio los peritos permiten sustentar una teoría del caso, a partir de sus valoraciones diferentes a la sostenida por las partes). Éste sería un caso en el que finalmente lo que existe es un auditorio particular que al ampliarse desestima lo que había sido admitido de manera particular.

Se había señalado que toda buena argumentación, si de verdad intenta persuadir a su auditorio, debe partir de las premisas aceptadas por éste. Perelman afirma: “los hechos se sustraen, por lo menos provisionalmente, a la argumentación, es decir, no se tiene que aumentar ni generalizar la intensidad de la adhesión, y tal adhesión no necesita de justificación alguna”<sup>18</sup>. Es claro que si algo tiene que ser argumentado, no es un hecho o una verdad, en la medida en que no es algo que todo el mundo acepta o debería aceptar. En el campo del Derecho esto es aun más fuerte, pues lo que suele suceder es que “hechos” y “verdades” se discuten con frecuencia, la determinación de los hechos hace parte del litigio, así como la determinación de la norma aplicable, como premisa de “verdad”, también lo es.

**1.3.1.2. Presunciones.** En principio, una presunción no es tan segura como un hecho o una verdad, en el sentido que no se considera como completamente incontrovertible. Sin embargo, sí se considera que las presunciones gozan de un acuerdo universal sobre ellas, y que detrás de toda presunción, existen razones muy valederas y aceptables para que se tomen como elementos para la adhesión, pese a que ésta no sea extrema y se espere que existan otros elementos que la refuercen. En palabras de Perelman, “una presunción suele referirse a lo que ocurre regularmente y, por ende, puede tomarse como punto de partida”<sup>19</sup>. El que sea punto de partida quiere decir entonces que se aceptan para construir argumentaciones y que, quien quiera rechazarlas u oponerse a ellas, tiene la carga de la prueba que lo obliga a presentar razones en su contra.

Las normas legales brindan una gran cantidad de ejemplos de presunciones que pueden ayudar a entender mejor cómo funcionan éstas como premisas de la argumentación. En efecto, se considera a las presunciones como medios de prueba a favor de la existencia de un hecho. Lo que quiere decir que, en medio de un proceso, una de las partes que está alegando un hecho no necesitaría

---

<sup>18</sup> Ibid., p. 122. Subrayado fuera del texto.

<sup>19</sup> Ibid.

suministrar ninguna prueba si existe una presunción a su favor. Por ejemplo, el artículo 214 del Código Civil, que consagra la presunción de que el hijo que nació después de los ciento ochenta días al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho tiene como padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes. Esto, claro está, a menos que se demuestre lo contrario, como justamente lo señala el mismo artículo (y que hoy con el desarrollo de las pruebas en este campo puede desvirtuarse científicamente). En el anterior caso se trataría de una presunción de tipo legal, es decir desvirtuable, así como opera la presunción de buena fe o de inocencia y las de muerte presunta por desaparecimiento.

El Derecho ha creado también presunciones de derecho, las cuales no son desvirtuables, como es el caso de la presunción de que todo embarazo de una niña menor de 14 años se considera producto de un acto sexual no consentido, en este caso la ley penal le ha dado un valor extremo, se trata de una presunción de derecho no desvirtuable, o la presunción de que todo despido a una mujer en estado de embarazo sin el lleno de los requisitos legales se entiende como un despido por causa del embarazo, lo que configura un hecho discriminatorio por razones de maternidad. Estas presunciones pueden considerarse como verdades, en virtud del valor que la norma les ha dado.

Pues bien, en las argumentaciones cotidianas también suele suceder lo anterior, con la gran diferencia de que las presunciones como premisas de tales argumentaciones no están consagradas institucionalmente, como sí lo están las presunciones jurídicas. Sin embargo, esto no quiere decir que no existen y que no pesen en una discusión. Perelman presenta los siguientes ejemplos de presunciones en la cotidianidad<sup>20</sup>:

---

<sup>20</sup> Ibid., p.126-127

a) La presunción de que la calidad de un acto revela la calidad de la persona que lo ha ejecutado.

b) La presunción de credulidad natural que lleva, en principio, a aceptar como verdadero lo que otras personas dicen.

c) La presunción de interés que nos lleva a aceptar que nos interesa todo enunciado que llegue a nuestro conocimiento.

d) La presunción de normalidad según la cual para cada categoría de hechos y comportamientos existe una clase de hechos y comportamientos “normales”.

En general las presunciones se vinculan a lo que es considerado como normal o verosímil y que puede ser tomado como válido para el auditorio universal, de igual forma que existe acuerdo sobre hechos y verdades.

### **1.3.2. Premisas sobre lo preferible.**

Este grupo de premisas está referido a objetos de acuerdo no ya sobre objetos de lo real, sino referidas a lo que se considera preferible. En este caso ya no se parte de premisas que se dirigen al auditorio universal, y aceptadas por la generalidad de las personas, sino que se trata de premisas cuya finalidad está en lograr el acuerdo de auditorios particulares, pues las preferencias tienen que ver con puntos de vista muy concretos, que no logran generalizarse. Estos son los valores, las jerarquías y los lugares de lo preferible.

**1.3.2.1. Los valores.** Un valor como parte de la argumentación tiene que ver con la definición de aquello que es apreciado o no, de tal manera que aquello que es tomado o apreciado como justo, bueno o bello será aprobado, mientras que aquello que es desvalorado como injusto, feo o malo será desaprobado.

El reconocimiento de valores como premisas para la búsqueda de la adhesión de auditorios particulares parte del reconocimiento de la existencia de la pluralidad de los grupos: “Estar de acuerdo con respecto a un valor es admitir que un objeto, un ser o un ideal debe ejercer sobre la acción y las disposiciones a la acción una influencia concreta, de la cual puede valerse en una argumentación, sin que piense empero que este punto de vista se imponga a todo el mundo”<sup>21</sup>. De ahí que los valores se caractericen porque pueden estar jerarquizados y ser particulares, lo que hace que no necesariamente se piensen aceptados por todo el mundo. Esto es lo que los diferencia con mayor fuerza de los hechos, que sí son aceptados por todos.

Cuando se acude a los valores, las tesis presentadas por el orador con el fin de que sean usadas como premisas, se toman las opiniones que pueden ser apreciadas como verosímiles por el grupo o auditorio del cual se busca la adhesión a las tesis presentadas por el orador. En el campo de lo jurídico, por ejemplo, los valores se toman con el fin de comprometer al auditorio, de vincularlo a partir de nociones aceptadas y de llevarlo a apoyar una posición defendida por el orador.

En la argumentación un valor puede ser negado, descalificado, subordinado e interpretado, pero no rechazado sin que medie un ejercicio de discusión. Siempre que se quiere rechazar un valor deberá justificarse la primacía del otro. Éste constituye un punto de encuentro entre los valores y los hechos: “desde el momento en que uno de los interlocutores los plantea, hay que argumentar para librarse de ellos, so pena de rehusar la conversación y, por lo general, el argumento implicará la aceptación de los otros valores”.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> PERELMAN, Op. Cit., 1994, p. 131

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 133.



Esto se puede observar en los casos en los cuales el juez debe elegir entre darle primacía a la seguridad jurídica o resolver el conflicto haciendo prevalecer valores como la justicia y la equidad. En este caso, cuando se prefiera un valor y como consecuencia de esa selección se descarte el otro, se deben exponer las razones a partir de las cuales se decide descartar uno de esos valores.

La exclusión de un valor en un caso concreto como consecuencia de haberle dado primacía a otro, no implica que se elimine o niegue la existencia del valor descartado. Esto es lo que sucede en un caso en donde se resuelve dar prevalencia a la libertad de información sobre el buen nombre. Un juez decide no proteger el derecho al buen nombre de una persona inmersa en la política que considera afectados sus derechos por la publicación que hace un medio noticioso, (cumpliendo con los requisitos de veracidad e imparcialidad). La sobre valoración que hace el juez de la libertad de información por encima del buen nombre, no invalida el valor que tiene el derecho al buen nombre. Al preferirse a uno no se elimina la existencia del otro. Lo que se hace es establecer en un caso concreto una jerarquía en donde se le da a uno mayor valor con relación al otro, sin que el que tenga menor jerarquía deje de existir. Como afirma Perelman: “es porque uno quiere lo que sacrifica, por lo que el sacrificio es doloroso; un menor valor siempre permanece un valor, a pesar de todo”<sup>23</sup>.

De igual forma sucede en los casos en los que el juez constitucional opta por sacrificar el valor de la igualdad, en favor de un grupo discriminado y avala entonces la constitucionalidad, por ejemplo, de sistemas especiales de admisión para los bachilleres indígenas buscando lograr la igualdad material por encima de la igualdad formal. En este caso también descartar un valor no elimina su existencia.

---

<sup>23</sup> PERELMAN, Chaïm, *El imperio retórico*, Bogotá: Editorial Norma, 1997.

Ahora, puede darse que un valor cuando se ha arraigado de manera fuerte en un grupo pueda ser tomado como un hecho o verdad, sin que esto elimine su destino a auditorios particulares, ya que en palabras de Perelman: “sólo se les puede considerar válidos para un auditorio universal si no especificamos su contenido”<sup>24</sup>, pues a partir del momento en que se piense en precisar su contenido, se limitaría su adhesión a auditorios particulares. Siempre que los valores muestren un contenido impreciso será posible que sean asumidos por auditorios universales, pero una vez se precise su contenido, serán puestos al servicio de la búsqueda de la adhesión de auditorios particulares. Como sucede en el ejemplo citado, la igualdad es un valor universal, pero a la hora de confrontarlo con las oportunidades que tienen los bachilleres de las comunidades indígenas para competir por cupos a las universidades con los demás bachilleres se puede considerar que la igualdad no puede ser tenida únicamente desde la óptica de la igualdad formal como valor, sino además de la búsqueda de la justicia material en cada caso.

Desde aquí es necesario distinguir entre valores abstractos y valores concretos. Los valores abstractos se refieren a aquellos valores que no se predicen de una realidad en particular sino que, al contrario, se conciben aplicables a situaciones generales: la justicia, la belleza, la igualdad. Por su parte los valores concretos se atribuyen a un ser viviente, un grupo u objeto determinado con sus particularidades, dentro de su unicidad. Para Perelman, “subrayar la unicidad de un ser es por este mismo hecho valorizarlo”<sup>25</sup> y existen comportamientos y virtudes que solo pueden comprenderse a la luz de valores concretos tales como las nociones de compromiso, familia, determinado Estado.

---

<sup>24</sup> PERELMAN, Op. Cit., 1989, p. 134.

<sup>25</sup> PERELMAN, Op. Cit., 1997, p. 50.

Ahora, la distinción entre valores concretos o abstractos no es estática, pues puede que lo que en determinado momento es considerado valor concreto cambie, y se torne en fundamento para los valores abstractos.

Los valores concretos se distinguen de los abstractos por el uso que pueden darse de ellos en la argumentación: de los abstractos se debe señalar que cuando se llevan al extremo son incompatibles, contrario a lo que sucede con los valores concretos que pueden llegar a armonizarse.

En otro plano: si se trata de argumentar para conservar una cuestión tal cual se conoce, es más pertinente el uso de valores concretos, de ahí que se caracterice su uso en el marco de argumentaciones conservadoras, pero si se trata de argumentar en favor del cambio y la renovación es más pertinente el uso de valores abstractos, identificados generalmente con modelos de argumentación no conservadora, vinculada con el cambio.

**1.3.2.2. Las jerarquías.** En la argumentación se toma todo tipo de valores encaminados a lograr la adhesión del auditorio, pero, por lo general, dichos valores se usan subordinados entre sí mediante algún tipo de jerarquía; la intensidad con que se adherirá a un valor con relación a otro está dada por la jerarquía que se establece entre ellos, siendo así que las relaciones de jerarquía vienen a resultar más relevantes que los valores mismos, ya que un valor es aceptado por un buen número de auditorios, mientras que las jerarquías que se puedan establecer entre valores que pueden ser variables.

Las jerarquías pueden ser de dos clases:

i. Abstractas y concretas: las primeras referidas a valores abstractos (como la que expresa la superioridad de la igualdad sobre la libertad) y la segunda referida a

valores concretos (como la que expresa la superioridad de las personas sobre las cosas).

ii. Homogéneas y heterogéneas: Las heterogéneas relacionan valores de diferente cualidad (como por ejemplo admitir que la igualdad es superior a la justicia). Las homogéneas por su parte relacionan valores de la misma cualidad, de manera que la jerarquía o subordinación tiene como criterio la cantidad (como por ejemplo un dolor más débil es preferible a un dolor más fuerte).

Ejercicios de jerarquización de valores se identifican con frecuencia en aquellos casos en los cuales el juez debe, a pesar de que las partes alegan cada una tener derechos a su favor, darles mayor valor a unos con relación a otros, incluso si pertenecen a los mismos grupos de derechos. Otros autores hablan de ponderación, desde Perelman se podría hablar de jerarquización de valores.

La obligación de jerarquizar valores, independientemente del resultado que dé esa jerarquización, señala Perelman “se debe a que la persecución simultánea de esos valores creada por las incompatibilidades nos fuerzan a elegir entre ellos”<sup>26</sup>. La justificación que se dé para ordenar y jerarquizar puede variar, pero el proceso argumentativo que se emplea más o menos es el mismo:

- a) se parte de la existencia de valores admitidos, pero que frente a una situación concreta se muestran incompatibles;
- b) se realiza un proceso de ordenación que resulta de un proceso de argumentación, que
- c) dará como consecuencia un valor que se propone sacrificar.

Lo anterior se observa en el caso en donde la Corte decide declarar la inconstitucionalidad de los sistemas especiales de admisión para los soldados

---

<sup>26</sup> PERELMAN, Op. Cit., 1989, p. 144.

bachilleres. Se pueden identificar como valores en conflicto, por un lado, el derecho a la igualdad de quienes no son beneficiados por la medida y, por otro, el derecho que tiene el Estado de promover e incentivar la prestación del servicio militar. En el proceso de argumentación la Corte Constitucional propone que si bien la medida discriminatoria tiene un fin constitucionalmente válido, ese fin se puede lograr a través de otros mecanismos que sacrifiquen en menor medida los derechos de quienes tienen que soportar disminuir su derecho a la igualdad, y que además en materia de distribución de cupos para el acceso a la universidad el criterio del mérito debe ser el primer factor para otorgar dichos cupos. Finalmente, concluye en este caso que se sacrificará la medida otorgada por el Estado para incentivar la prestación del servicio militar con el fin de salvaguardar un valor máspreciado: el derecho a la igualdad de todos aquellos que no pueden ser cobijados por la medida y que tienen el mérito para acceder a los cupos universitarios.

**1.3.2.3. Los lugares comunes de lo preferible.** En la argumentación también se puede recurrir a premisas de carácter muy general, que permiten construir argumentaciones en la medida en que permiten fundamentar los valores y las jerarquías. Éstas son los denominados lugares comunes de lo preferible, indispensables para quien desee persuadir.

Los lugares comunes pueden caracterizarse por tener un contenido bastante general lo que hacen que puedan ser utilizados en diversas ocasiones. Estas constituyen las premisas más generales para justificar la posición que defiende el orador en su argumentación.

Los lugares pueden ser considerados como verdaderas reglas de inferencia retórica al estilo de las reglas de inferencia o equivalencia lógica, pero que a diferencia de estas últimas no buscan mostrar la validez del argumento sino lograr la adherencia del auditorio a las tesis que se presentan en el discurso.

Se puede afirmar que todo auditorio admite unos lugares que pueden agruparse como sigue:

i. Lugares de la cantidad: Son aquellas premisas de carácter general que permiten afirmar que una cosa tiene mayor valor que otra, por razones de tipo cuantitativo. Este tipo de lugares favorece la elección de premisas en torno a valores que sean más beneficiosas para un número mayor de interesados y desestimar a aquellas que sólo reporten utilidad a un número pequeño de personas. Son casos de lugares de la cantidad aquellos en donde se prefiere lo mayor a lo menor, lo que reporta mayor utilidad a lo que reporta una menor, lo que es más duradero y estable frente a lo que dura menos y es inestable; el todo a la parte; lo fácil sobre lo difícil; lo probable sobre lo improbable; lo seguro sobre lo inseguro.

Estaría haciendo uso de este tipo de premisas quien defienda la conveniencia de una medida legislativa en favor de restringir el porte de armas porque la mayoría considera que es mejor que el monopolio de éstas lo tenga el Estado, o quien justifique el aumento de los aranceles para productos suntuosos pues son menos en cantidad quienes los poseen y su recaudo beneficiaría a la mayoría. Es una razón que ha permitido argumentar muchas decisiones: la consideración de que es necesario hacer prevalecer el interés general sobre el particular.

ii. Lugares de la cualidad: Opuestos a los lugares de la cantidad, los lugares de la cualidad surgen cuando en la argumentación se pone en tela de juicio el valor de los grandes números, de lo que puede ser común a todos: “lo verdadero no puede sucumbir, cualquiera sea el número de los adversarios (...) Los protagonistas del lugar de la cualidad no pueden dejar de resaltar dicho aspecto; en último término el lugar de la cualidad desemboca en la valoración de lo único, que, así como lo normal, es uno de los pilares de la argumentación”<sup>27</sup>. Contrario a lo común a todos

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 154.

se admite el valor de lo único e incomparable, que se distingue a todo lo demás, el elemento distintivo que hace que se destaque.

Un ejemplo de aplicación de esta premisa se identifica en la discusión de Dworkin en torno a que no se puede penalizar la orientación sexual aludiendo a las tesis mayoritaristas que consideran la homosexualidad por fuera de lo moral, y pues el Estado debe garantizar los derechos de las personas incluso por encima de las tesis mayoritaristas, esto con el fin de tomarse los derechos individuales en serio.

iii. Lugares del orden: En este tipo de premisas se afirma la superioridad de lo anterior sobre lo posterior, de la causa sobre el efecto, de los principios, de los fines y de los objetivos; de las leyes sobre los hechos o lo concreto. Se puede identificar como un pensamiento no empirista en el que la causa es tenida como superior a los efectos. Un ejemplo de esta premisa es la afirmación según la cual la lo que es primero en el tiempo lo es también primero en el derecho.

iv. Lugares de lo existente: Señalan la superioridad de lo existente, de lo actual, de lo real, sobre lo que es apenas posible, eventual o imposible. Un ejemplo de esta argumentación es la defensa de la libertad para interrumpir embarazos por el riesgo que reporta para las mujeres su penalización al hacerlo un procedimiento clandestino y riesgoso, se argumenta que es mejor despenalizarlo pues con ello se protege la vida actual de la mujer embarazada, quien puede decidir interrumpir un embarazo de forma segura. La penalización de la interrupción del embarazo se toma como la protección de una vida apenas en potencia, apenas posible, luego se sugiere que se dé prioridad a la vida actual de la mujer embarazada. Es la misma premisa que se observa cuando se defiende la constitucionalidad de la interrupción del embarazo cuando pelagra la vida de la madre, la Corte autoriza para que este sea un procedimiento legal, pues se protege una vida de superior jerarquía por tratarse de una vida actual y no de una expectativa como lo sería un embarazo del cual no se tienen razón sobre su término.

v. Lugares de la esencia: Se parte de conceder un lugar superior “a los individuos en calidad de representantes bien caracterizados por esta esencia”<sup>28</sup>. Lo que se hace es realizar una comparación entre sujetos concretos, para resaltar la mejor cualidad que los caracteriza. Un ejemplo de la aplicación de esta premisa se daría en los casos los que se justifica la superioridad de los derechos de los niños, por considerar que en virtud de la naturaleza de indefensión que estos poseen se deben proteger sus derechos de manera prevalente.

vi. Lugares de la persona: Se parte de conceder superior valor a aquellas cualidades de la persona relacionados con su dignidad, mérito y autonomía. Aquí se ponen como ejemplos todas las argumentaciones que buscan defender la dignidad humana al otorgar iguales derechos a grupos minoritarios, por ejemplo, iguales derechos para parejas homosexuales con relación a las heterosexuales, a pesar de lo que piense la mayoría. El argumento de la mayoría se desvirtúa en atención a que estos grupos tradicionalmente discriminados merecen iguales derechos por razones de dignidad humana. El mismo principio en la argumentación se aplica para todos los grupos minoritarios y discriminados, las diferencias que alegan los discursos de raza, por ejemplo, se buscan desplazar a través de la eliminación de su corrección acudiendo a la prevalencia de la dignidad de la persona humana, característica de la cual gozan todos los seres humanos por el simple hecho de serlo.

Desde luego esta lista, como advierte Perelman, no es taxativa, pero sí representa los casos más usados. También se advierte que su identificación en los casos concretos puede mostrarse en el límite de una y otra premisa, lo cual desde luego no invalida su utilidad.

---

<sup>28</sup> *Ibíd.*, p.162.



#### 1.4 LAS TÉCNICAS DE LA ARGUMENTACIÓN.

Lograr la persuasión del auditorio, entendida como la adhesión éste al discurso que se le presenta, es posible sólo si el orador parte del reconocimiento que hace el orador de las premisas que previamente acoge su auditorio. Ahora bien, las premisas por sí solas no son garantía para la adhesión del auditorio a las tesis. En la demostración las premisas apoyan la conclusión y esa conexión que existe ente la conclusión y las premisas constituyen un proceso de apoyo interno entre las partes del argumento. La validez de la conclusión depende de que las operaciones formales lo corroboren. Contrario a esto, en la argumentación existe una interacción entre diferentes elementos, diferentes premisas, lo que hace necesario que se ejecuten procedimientos de enlace y disociación.

Los primeros se refieren a “esquemas que unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente”<sup>29</sup>. Los procedimientos de disociación por su parte tienen que ver con aquellos procedimientos cuyo objeto es producir una ruptura, separar, disociar elementos que son considerados como parte de un todo.

Estos dos procedimientos son complementarios, pues en ocasiones se requiere separar dos elementos para poder unir uno de ellos a otro. Este proceso puede ser realizado por el orador en un mismo momento en su búsqueda de la persuasión, en donde se vale de unas técnicas que permitan pasar de las premisas, que sabe acepta el auditorio, a la tesis que se le quiere hacer aceptar o reforzar.

No se debe perder de vista que el orador siempre debe, para buscar el éxito de su discurso, partir de las premisas del auditorio. La forma en que relacione esas

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 44.

premisas, depende de las técnicas que escoja para hacer que se transfiera la adhesión con la que ya cuentan las premisas a la tesis que pretende hacer aceptar.

El proceso funciona de alguna forma así: todo orador tiene una tesis definida que busca apoyar; para sustentarla parte de las premisas que ya previamente acepta su auditorio. No puede hacerlo de otra manera, pues esta es la regla para lograr un discurso eficaz. Pero ¿cómo hace ese orador para persuadir a su auditorio? Pues mostrándole al auditorio la relación que existe entre esas premisas y la conclusión que le propone. Y ¿cómo logra mostrar esa relación? Con las técnicas que le permiten establecer nexos o disociaciones.

Perleman encuentra que las técnicas que permiten establecer relaciones entre premisas para fundamentar conclusiones pueden ser tres tipos de nexos para relacionar premisas:

- Argumentos cuasilógicos: que se pueden comprender a partir del entendimiento de los esquemas formales que buscan de algún modo imitar. Se podría decir que el orador se aprovecha de la confianza que existe en las demostraciones.
- Argumentos fundados en la estructura de lo real: que se pueden asimilar a lo que son las cosas, a su naturaleza.
- Argumentos que fundan la estructura de lo real: que se refieren a aquellos en los que se tiene en cuenta un caso concreto para reforzar ciertos esquemas de pensamiento que pueden ser admitidos en situaciones reales.

En lo que sigue se expondrán algunas técnicas de enlace.

#### **1.4.1 Los argumentos cuasi lógicos.**

Se pueden caracterizar en general dos casos de argumentos cuasilógicos:

- a) Los que se asemejan a estructuras de la lógica formal y a demostraciones
- b) Los que se asemejan a estructuras matemáticas

Este tipo de argumentos se estructuran bajo una forma tal que se asemejan a las demostraciones formales, y ésta es la técnica para persuadir al auditorio, aprovechando la confianza que existe en este tipo de procedimientos. En la exposición de Perelman se puede identificar una estructura para su explicación:

- a. En primer lugar se responde a la pregunta: ¿Por qué dicho caso de argumento cuasilógico parece tener una estructura lógica formal?
- b. En segundo lugar se pregunta ¿Por qué a pesar de parecerse a una estructura lógica no lo es?
- c. Y finalmente ejemplifica el caso

Esta estructura permite observar cómo a pesar de su enorme parecido con estructuras demostrativas, un lógico formal encontraría que no se trata de demostraciones.

Bajo esta estructura se pasará a explicar los casos de argumentos cuasi lógicos.

##### **1.4.1.1 Argumentos que se asemejan a estructuras de la lógica formal y a demostraciones.**

- a. Contradicción e incompatibilidad

Estos argumentos parten de buscar la adhesión del auditorio a las tesis defendidas, mostrando que existe una contradicción. Las contradicciones se

simbolizan de la manera  $P \wedge \neg P$  y suponen la existencia de una cosa y su no existencia en el mismo tiempo y en el mismo sentido. La presencia de esta posibilidad haría incoherente el sistema en el que se incorpora. De presentarse esta situación se haría necesaria, para eliminar la incoherencia, el que debiera eliminarse uno de los sentidos. Pero es sabido que las contradicciones son insuperables, ya que al estar provistas por la univocidad del lenguaje formal, la simple manifestación de sus signos basta para mostrar que no es posible superarlas.

Cuando la aparente contradicción se presenta en el campo de la argumentación de inmediato se pensará que se trata de la manifestación de dos sentidos diferentes, lo negado y lo afirmado, y por su puesto en la posibilidad de eliminar uno de los sentidos y así salvar la contradicción. Esta posibilidad surge ya que al estar mediada la argumentación por el lenguaje natural, se puede afirmar que cada una de las expresiones aparentemente contradictorias se pueden entender en otro sentido. Esto es lo que permite afirmar que no es apropiado decir que se está frente a una contradicción sino que se está frente a una incompatibilidad, en donde es posible elegir entre una de las dos posibilidades incompatibles, pues la incompatibilidad tiene que ver con circunstancias contingentes.

La contradicción o incompatibilidad se presenta como un tipo de argumento que busca establecer nexos para el logro de la persuasión en tanto que el orador pretende la adhesión haciendo parecer que existe una contradicción que debe eliminarse y orienta a su auditorio hacia la selección o apoyo de la tesis que propone. La técnica supone que se debe aceptar el enunciado que presenta el orador, pues de no hacerlo se caería en una contradicción.

En su exposición Perelman muestra los procedimientos para salvar incompatibilidades:

- i. La actitud lógica: que corresponde a la actitud de aquel que quiere preverlo todo para resolver situaciones a priori.
- ii. La actitud diplomática: que corresponde al intento de resolver una incompatibilidad a partir de proponer alternativas para que la situación no se produzca y si se produce hacer de cuenta que no se produjo.
- iii. La actitud pragmática: consiste en prever las razones de contradicción y en evitarlas como sea.

Sin embargo, estos medios de salvarla son poco útiles si tenemos en cuenta que el orador lo que en realidad pretende es mostrar la existencia de la contradicción como técnica argumentativa.

#### b. Identidad y definición

Esta técnica parte de identificar entidades, hechos o conceptos y consiste en reducir sus elementos para identificarlos con los que se pretenden identificar. Se parte del principio de identidad  $A = A$ . La identificación puede ser completa o parcial, los casos en que se realiza la técnica son:

-Definiciones: Se pretende identificar el *definiens* con el *definiendum*. Se pretende mostrar que existe una equivalencia entre los dos términos de la definición. Perelman señala que si bien es cierto que las definiciones pueden fundamentarse en “la evidencia de relaciones nocionales, no podemos admitirlo, pues supondría la perfecta claridad de todos los términos confrontados.”<sup>30</sup>

A su vez se pueden identificar cuatro formas de definición en el lenguaje natural:

- a) La normativa: la cual señala con fuerza constrictiva cuál debe ser el uso que se da de un término. Ejemplo de esta forma se encuentra en las

---

<sup>30</sup> *Ibíd.*, 1989, p. 328.

definiciones que se dan en la Ley en donde el legislador define y en ese sentido debe entenderse lo definido.

- b) La descriptiva: que expone el uso normal de lo definido.
- c) De condensación: señala los elementos esenciales de la definición descriptiva.
- d) Compleja: combina de manera aleatoria elementos de las demás definiciones.

Formalmente las definiciones son arbitrarias, pues se analizan considerando que los signos sólo pueden tener el sentido que se les atribuye convencionalmente, lo que desde luego no sucede en el lenguaje natural en donde se debe justificar el uso que se hace del lenguaje. Es lo que sucede cuando se busca realizar una definición de la "justicia". Con la definición se transfiere sobre el *definiens* el valor atribuido al *definiendum*, pero esa atribución no puede ser realizada de manera caprichosa o arbitraria, debe justificarse ya que no es posible considerarlos intercambiables. La técnica presupone el mostrar que pueden ser intercambiables pero para ello se requiere justificar esa afirmación y no como se hace en un ejercicio lógico en donde sólo se exhiben los axiomas.

#### c. La regla de justicia y reciprocidad

Esta técnica parte del supuesto de que es posible identificar a dos seres A y B si es posible que las afirmaciones que se refieren a uno puedan hacerse con relación al otro. Bajo este supuesto es posible y racional darle un trato igual a los dos seres por tratarse de seres idénticos, al no existir una razón para tratarlos de manera diferente.

Esta técnica tiene como base la consideración de que los dos seres en principio se tornan intercambiables. Esta afirmación merecería ser evaluada ya que no es del todo seguro que pueda aplicarse si existe la duda de que en realidad existan seres

idénticos. Perelman cita a Frege en su afirmación según la cual se logró demostrar que “no se identifican nunca dos seres diferentes, sino únicamente dos maneras diferentes de designar a un mismo ser”<sup>31</sup>. En el campo lógico sería insostenible el que se puedan identificar a dos seres, pero en el campo de la argumentación lo que sí puede hacerse es establecer dicha relación de identidad a partir de un proceso de argumentación en el que se justifique la existencia de una identificación parcial entre los dos seres que se comparan de tal forma que sea preciso darles un trato igual, ya que las diferencias que los separan son insignificantes y sus semejanzas por el contrario son esenciales.

Ahora bien, al proponer que dos seres son idénticos se tiene como necesario que por justicia se les dé un trato igual o recíproco.

El uso general de esta técnica puede ejemplarizarse con la aplicación del principio de igualdad ante la ley. Según este principio todos los sujetos que reúnan las características exigidas por la ley deben ser tratados de la misma manera. Ésta sería una regla de justicia formal y es la justificación de la aplicación de precedentes en donde no existen razones de peso para apartarse de un trato paritario entre seres que se han igualado.

Perelman advierte que esta técnica puede tomarse de manera exagerada si se olvidan las diferencias esenciales y a pesar de ello se busca justificar un trato igual. En esos casos la asimilación entre los seres no podría resultar válida.

En nuestro sistema de derecho jurisprudencial es recurrente usar la técnica de justicia y reciprocidad en el caso de la justificación del uso de precedentes. Se identifica un caso que debe decidirse en la actualidad con base en los casos que han sido resueltos anteriormente. Se considera que las semejanzas que los identifican tienen más fuerza y relevancia que sus diferencias y que por lo tanto

---

<sup>31</sup> PERELMAN, Op. Cit., 1997, p. 95.

debe dárseles un trato igual, pues el no hacerlo se vulnerarían los derechos de los sujetos involucrados.

Esto sucede, por ejemplo, cuando se ha concedido una tutela para proteger el derecho al mínimo vital de un trabajador a quien no se le ha cancelado su salario y éste es el único mecanismo de sustento que tiene. Posteriormente otro trabajador en la misma situación se hace merecedor del mismo trato.

En el mismo sentido, se puede justificar un trato desigual cuando se argumenta sobre la relevancia de las diferencias, pues también habría reciprocidad en otorgar un trato diferente a quien así lo merece.

#### d. Argumentos de transitividad, de inclusión y de división

En este grupo se presentan los argumentos cuasi matemáticos que aplican nociones que se asemejan a este campo. Los casos son:

- La transitividad es entendida como una propiedad formal de una relación entre tres términos. En esta relación, en virtud de la conexión existente entre, por una parte, el primero y el segundo y, por otra, el segundo y el tercero, se puede llegar a la conclusión de que también existe la misma conexión entre el primer término y el tercero. Esta propiedad, señala Perelman, es propia de relaciones como “igual a”, “incluido en”, “mayor o más grande que”. Formalmente se puede representar de la forma si  $a R b$  y  $b R c$  se puede concluir que  $a R c$ ; conclusión que con certeza y necesidad será verdadera cuando las premisas también lo son.

Ahora bien, la transitividad aplicada en contextos argumentativos claramente no se puede aplicar de la misma forma como se aplica en contextos formales, como sucede con la expresión “los amigos de mis amigos son mis amigos”. En este caso se afirman una transitividad argumentativa que no podría sostenerse en la



realidad, o que podría ser fácilmente desvirtuable en la realidad. Por lo tanto, no es posible hablar de transitividad en el sentido formal, pues no es posible atribuir un elemento común a todas las partes de la relación, que pueda ligarlos. Sin embargo, se presenta de tal manera que el oyente relacione los elementos que se pretenden relacionar.

- La inclusión parte del principio según el cual la posibilidad de incluir la parte en el todo hace posible afirmar que el todo es mayor que cada una de las partes que lo integran. Esto puede probarse a través de ejercicios matemáticos, lo cual lo hace un argumento cuasilógico, pero esta relación de subordinación de la parte al todo sería evidente si se tratara de una relación en la que las partes fueran homogéneas, lo que no ocurre en el campo de la argumentación. Argumentamos por inclusión cuando, por ejemplo, afirmamos que “aquello que no es bueno para la nación en conjunto, como lo sería la falta de seguridad, tampoco puede ser bueno para ninguna de las partes de la nación, es decir, para los ciudadanos”. Como se ve, se asume que la nación está compuesta de ciudadanos homogéneos y que, en el mismo sentido, las conveniencias de la nación tienen que ser las mismas que las conveniencias de sus partes, esto es, sus ciudadanos.

- Finalmente el argumento por división busca persuadir con base en la enumeración de las partes de un todo y sus interrelaciones. Este sería el caso de un abogado defensor quien argumentara que “mi cliente sólo pudo haber cometido el asesinato motivado por la venganza, por el odio o por el interés económico. Pero como es claro que no tenía motivos para lo primero, así como que profesaba un profundo amor por la víctima es imposible decir que sea culpable pues, además, su gran riqueza descarta de plano la tercera posibilidad”. En este tipo de argumentaciones se presupone un conocimiento exacto y preciso de las relaciones que existen entre las partes de un todo, partes que dividen exhaustivamente a ese todo. Sin embargo, si bien es innegable que el número seis puede ser dividido en seis partes iguales ( $1+1+1+1+1+1=6$ ) o en tres partes

iguales ( $2+2+2=6$ ), no se puede decir lo mismo de las causas para cometer un asesinato. Sin embargo, si el auditorio acepta que esos tres motivos agotan las posibles razones para cometer un asesinato, la conclusión de la inocencia, ante la ausencia de ellos, parece derivarse matemáticamente.

e. Los pesos y medidas: el argumento de sacrificio.

Este argumento, también de tipo cuasi matemático, tiene como principio la comparación. La comparación debe servir para hacer notorio el contraste. Generalmente la comparación es producto de un sacrificio en el que a las partes de la comparación se les atribuye un valor y en donde se prefiere un objeto de valor sobre otro. Ninguna de las partes de la relación pierde su valor pero sí deja de ser atendida hasta nueva orden.

Perelman advierte que estos argumentos cuasilógicos no cumplen con las características formales y pueden llegar a no producir la convicción por sí solos. Para esto es preciso echar mano de los argumentos basados en la estructura de lo real.

**1.4.1.2 Argumentos basados sobre la estructura de lo real.** Este segundo grupo de técnicas tiene como punto de partida la asociación que se hace entre dos elementos que hacen parte de la realidad y sobre los cuales se establece un nexo o argumentación que permite pasar de lo que se admite en la realidad a lo que el orador quiere hacer admitir con su discurso. En otras palabras, en esta clase de técnicas argumentativas el orador se vale de la concepción que de la realidad tiene su auditorio para, a partir de ella, establecer un nexo entre lo admitido (por ser verdadero o real) y lo que él desea que su auditorio le admita.

Existen tres tipos de argumentos basados en la estructura de lo real:

a. Los nexos de sucesión: en este caso se relacionan dos fenómenos del mismo nivel que se ponen en una relación en la cual se puede afirmar que existe entre ellos un nexo causal. El orador dirige su argumentación de tal manera que señala las causas y termina mostrando los efectos que producen. Es el tipo de argumentación que se usa cuando se quiere mostrar la responsabilidad penal de un sujeto cuando ha sido encontrado en la escena de un crimen. Se busca resaltar la relación que existe entre un hecho que normalmente es considerado efecto de otro.

Para que la argumentación sea eficaz se debe partir de acuerdos que existan entre los interlocutores en el sentido de que se acepte esa relación como posible y pertinente, pues se apela a leyes naturales y del principio de que las mismas cosas producen los mismos efectos.

Al igual que en otras técnicas, el orador debe cuidar de tener en cuenta conexiones razonables y que puedan ser tomadas como necesarias, de lo contrario caería en el ridículo.

b. Los nexos de coexistencia

A diferencia de los nexos de sucesión que enlazan elementos que comparten una misma naturaleza, como son los fenómenos unidos por nexos de causalidad, los nexos de coexistencia “establecen un lazo entre realidades de desigual nivel de las cuales la una se presenta como la expresión o manifestación de la otra, tal como la relación de una persona y sus acciones, sus juicios o sus obras”<sup>32</sup>. Los nexos de coexistencia de manera abstracta permiten simbolizar la relación que existe entre acto y esencia, y de manera concreta entre una persona y sus actos o sus manifestaciones, siendo así que el comportamiento de una persona se puede explicar a partir de su carácter y de las intenciones que la acompañan.

---

<sup>32</sup> Ibid., p. 123.

Ahora, para la argumentación no resulta de interés establecer un debate ontológico en torno a lo que es una persona, pues es suficiente con establecer que existe una interacción o relación entre lo que una persona hace y lo que motiva o puede motivar sus actos. El prestigio o calidad de una persona cuenta para darle fuerza a sus afirmaciones o actos, de ahí que los argumentos de autoridad se utilicen para transmitir fuerza a una tesis y proponerla como aceptable. En general estamos ante esta técnica cuando, por ejemplo, se afirma que una persona no pudo haber realizado determinado acto reprochable por tratarse de una “persona de bien”. De igual modo se puede atacar un argumento atacando las calidades de su autor, como cuando se pretende atacar un testimonio, estableciendo los nexos de solidaridad que existen entre el autor de las afirmaciones y sus actos.

Esta técnica puede ser exitosa siempre que no se esté frente a otra técnica que separe el discurso del hablante y debe ser tomada con cautela para evitar que se traslade toda la atención a la calificación del sujeto de tal manera que se note solamente un argumento contra el sujeto.

#### c. Nexo simbólico, las dobles jerarquías y las diferencias de orden

- El nexo simbólico puede ser relacionado con el nexo de coexistencia en la medida en que se permite establecer una fuerte relación entre el símbolo y lo que evoca, de la misma forma en que el nexo de coexistencia permite conectar la persona con sus actos, el nexo simbólico permite evocar a través del símbolo lo que se representa con él. El símbolo permite evocar de manera directa lo simbolizado. Con este tipo de técnicas Perelman reconoce que, en muchas ocasiones, la concepción de lo real que puede tener el auditorio está configurada por mecanismos verbales y narrativos. En este sentido, las relaciones simbólicas aparecen como una nueva y estilizada visión de lo real. Así, el símbolo y lo simbolizado hacen parte de una realidad especulativa o mítica en la cual participan ambos. Es lo que ocurre por ejemplo en los discursos religiosos en donde se

pretende que algún profeta, como lo sería por ejemplo Juan el Bautista, es considerado como una figura que simboliza la venida de Jesús. Sin embargo, este tipo de nexos también suele hacerse en los discursos políticos en donde es muy común que ciertos caudillos quieran representarse a sí mismos como emanaciones del pueblo, de Dios, de Bolívar, etc.

- Los argumentos de doble jerarquía: se establecen a partir de nexos de coexistencia y sucesión. Los argumentos a *fortiori* constituyen una aplicación. La doble jerarquía se funda en una correlación de tipo estadística y obedece a supuestos como *quien puede lo más puede lo menos*. También existen dobles jerarquías de tipo cualitativo, cuando se concluye por ejemplo que dada la superioridad del fin se sigue la superioridad de los medios. Las relaciones de doble jerarquía tienen como base nexos de coexistencia que permiten establecer una relación entre una persona y sus actos.

**1.4.1.3 Argumentos que fundan la estructura de lo real.** Finalmente, el tercer grupo de técnicas corresponde a los argumentos que fundan la estructura de lo real. En este tipo de argumentos se tiene en cuenta un caso concreto para reforzar ciertos esquemas de pensamiento que pueden ser admitidos en situaciones reales. En otras palabras, en este tipo de argumentos de lo que se trata es de unir determinados elementos en la argumentación para que la plausibilidad resultante de tal unión sea trasladada a las tesis que se quieren proponer y con las cuales existe una clara conexión. Se dice que estos argumentos “fundan la estructura de lo real”, pues todos ellos, partiendo siempre de lo aceptado por el auditorio, pretenden alcanzar la aceptación de la tesis mediante la reestructuración de lo que el auditorio considera como real.

Este tipo de argumentos se caracteriza entonces porque desde un caso particular conocido (sea un ejemplo, una ilustración, un modelo o una comparación) se pretende establecer, a partir de él, una regla general que nos permite estructurar

de cierta manera una realidad que anteriormente era desconocida. Por esto decimos que esta clase de argumentos fundamentan la estructura de lo real.

En general Perelman divide a esta clase de argumentos en dos: a) aquellos que fundan lo real recurriendo al caso particular y b) el razonamiento por analogía. En lo que sigue se explicará brevemente cada uno de ellos.

a) El fundamento por el caso particular. Estos argumentos, a su vez, se dividen en tres casos: la argumentación por el ejemplo, la ilustración y el modelo.

#### *La argumentación por el ejemplo*

La argumentación por el ejemplo se da cuando se recurre a un caso particular, que debe ser aceptado como un hecho, para concluir a partir de él o bien una generalización o bien una conclusión con respecto a otro caso particular. En la primera opción se presupone que el caso particular que se narra no es algo único y excepcional, sino que, por el contrario, revela una estructura general que le subyace y que puede ser afirmada con toda propiedad a partir del caso particular señalado. De esta estrategia argumentativa se valen todas las fábulas. En la segunda opción, en cambio, la estructura general subyacente a nuestro caso particular, nos conecta el ejemplo propuesta con la situación particular que queremos juzgar de determinada manera.

El ejemplo que se presenta con el fin de construir una regla general a partir de él, debe cuidarse de no constituir un objeto de discusión. El ejemplo durante el espacio en el que se emplea en la argumentación debe gozar del estatus de hecho para evitar cualquier discusión en torno suyo.

Desde Perelman bien se podría pensar que la invocación del precedente judicial es un caso jurídico de argumentación por el ejemplo. El precedente es tomado

como un ejemplo que funda una regla nueva. La descripción meramente narrativa de un hecho o fenómeno no constituye un ejemplo, pues para que se produzca el efecto que se quiere es necesario que el ejemplo induzca a la aceptación de una regla que operaría en casos futuros. Esta distinción se observa en la configuración de los precedentes, sólo las reglas que produzca el juez con vocación de permanencia y para que sean tenidas en cuenta en casos futuros puede ser tomado como ejemplo, de lo contrario se trataría de dichos de paso que no producen un efecto inmediato. Señala Perelman, cuando “el propio orador no extrae ninguna conclusión de los hechos que alega, nunca estamos seguros de que el orador desee que se consideren ejemplos sus enunciados”<sup>33</sup>

En el derecho el uso del ejemplo es recurrente, en tanto se busca subsumir ejemplos en una misma regla, regla que se busca mantener estable y sin modificaciones. En la decisión judicial el juez, al emplear un ejemplo, no hace un simple paso de lo general a lo particular, sino que además crea y fundamenta la realidad jurídica que se representa en las normas, de tal manera que nuevos ejemplos contribuyen a modificar la significación de los antiguos. Esto permite que se adapten las normas a los nuevos casos que no están previstos cuando se elaboró la ley.

### *La ilustración*

La ilustración puede distinguirse del ejemplo en tanto el ejemplo permite fundar una previsión o una regla, mientras que la ilustración, por su parte, tiene como propósito reforzar la adhesión que ya posee una regla que es conocida y admitida por el auditorio. La ilustración suministra casos particulares que permiten dar mayor claridad al sentido general del enunciado que se presenta, aumentando con ello su presencia en la conciencia del auditorio.

---

<sup>33</sup> PERELMAN, Op. Cit., 1989, p. 539.

Otro elemento distintivo entre la ilustración y el ejemplo tiene que ver con el acuerdo o grado de aceptación que debe existir sobre ellos. Es así que para el ejemplo tal como se indicó debe existir un alto grado de aceptación sobre él de tal modo que se considere como incuestionable. La ilustración, por su parte, puede ser más dudosa, pero se exige que cause mayor impresión en el auditorio para que capte con mayor grado su atención.

Frente a la interpretación que se hace del ejemplo y de la ilustración se debe anotar que Perelman considera que existe menos riesgo de que una ilustración sea mal interpretada puesto que existe una regla conocida y familiar que se presenta en la ilustración, pues la regla ya ha sido admitida, contrario a lo que pasa con el ejemplo, en donde justamente se está construyendo dicha regla. Finalmente se debe anotar cómo el principal uso de la ilustración es reforzar la presencia de una determinada regla aceptada en la conciencia del auditorio.

#### *El modelo y el antimodelo*

Otro uso del caso particular está dado por el modelo, en donde el caso ya no se usa para establecer o aclarar una regla, como con el ejemplo y la ilustración respectivamente, sino como una pauta a imitar. Ahora bien, dicho caso particular que se presenta como modelo no surge de una acción cualquiera, sino de una acción que es digna de ser imitada, bien sea porque la realiza alguien que goza de admiración o que goza de autoridad o prestigio social, porque tiene una competencia, rango o funciones en determinado grupo social.

En el derecho, por ejemplo, una decisión que sirve de precedente, se funda sobre una regla de justicia que supone la necesidad de dar un trato igual a situaciones cuyas semejanzas son esenciales y pesan más que las diferencias. El juicio en el que se inspira el juez de instancia que toma como referencia el precedente será el de un tribunal con mayor jerarquía o autoridad, como sería el caso para Colombia



de un juez municipal que resuelve una tutela tomando como punto de partida la decisión que sobre el caso precede y que ha sido adoptada por la Corte Constitucional. En este caso la decisión de la Corte sirve de modelo para el juez municipal.

Para Perelman, “la argumentación por el modelo, como argumento de autoridad, supone que se trata de una autoridad que por su prestigio sirve de caución a la acción considerada”<sup>34</sup>. El antimodelo, por su parte, permite argumentar señalando lo que no debe seguirse.

#### b. Analogía y metáfora

La analogía se presenta como una forma de argumentación que se caracteriza por construir razonamientos y comunicarlos de manera no formal. En algunos casos señala Perelman: “la analogía podrá ser eliminada en fin de cuentas cuando la conclusión a la cual se llega se resume en una fórmula matemática, pero que muy a menudo –sobre todo en filosofía y en la expresión de un pensamiento religioso–, ella se encuentra en el centro de una visión original, sea del universo, sea de las relaciones entre el hombre y la divinidad”<sup>35</sup>.

En la analogía se busca establecer nexos entre elementos de una relación, se afirma por ejemplo que  $a$  es a  $b$  como  $c$  es a  $d$ . Entre las relaciones que se conectan no se afirma una igualdad simétrica por definición, sino que se parte de una asimilación que busca aclarar, estructurar y evaluar uno de las relaciones que se presenta que es mejor conocida que la otra con la que se quiere comparar. Ahora bien, esta relación no es de tipo ontológico sino de tipo argumentativo. El orador puede, una vez logrado su objetivo, abandonar la analogía que le permitió sustentar su posición.

---

<sup>34</sup> PERELMAN, Op. Cit., 1997, p. 148.

<sup>35</sup> Ibid., p. 152.

En una analogía argumentativa, entonces, se relacionan dos partes que no son intercambiables una por otra. Se llama *tema* a la parte de la analogía que se busca aclarar y *foro* a la parte de la analogía que permite la aclaración, es decir, la parte de la analogía más conocida. Una analogía es, en este sentido, la búsqueda de claridad de un tema por medio del foro. Desde ahí se puede afirmar que se emplean argumentos analógicos cuando el tema que se intenta tratar es mejor comprendido a través de una comparación con la ayuda del foro.

Por su parte, la metáfora se muestra como una analogía condensada, en donde se fusionan las dos relaciones que se conectan (el tema y el foro). De la analogía A es a B como C es a D, la metáfora se tornará de la forma: A de D, C de B; A es C. A partir de la analogía “la vejez es a la vida lo que la noche es al día”, se derivarán las metáforas: “la vejez del día”, “la noche de la vida” o “la vejez es una noche”<sup>36</sup>.

Como se puede observar, las palabras que resultan de la analogía: “noche de la vida” se unen de tal forma que luego resulta difícil, una vez conocida la metáfora, desprender sus términos, pues estos se dejarían sin sentido.

Hasta aquí se han expuesto algunas de las técnicas de enlace identificadas y descritas por Perelman. En lo que sigue se expondrá lo que Perelman denomina las disociaciones de las nociones.

## **1.5. LAS DISOCIACIONES DE LAS NOCIONES.**

Hasta ahora han expuesto las técnicas de enlace que tienen como base el establecer nexos de solidaridad entre elementos que inicialmente se pueden considerar independientes; ahora corresponde el momento de exponer su posibilidad contraria, a saber, las técnicas de disociación, en donde lo que se

---

<sup>36</sup> Ibid., p. 161.

pretende argumentar es en torno al rompimiento de la solidaridad que existe entre elementos relacionados. En este sentido, en esta clase de técnicas se niega la existencia de un enlace y se muestra, “principalmente, que un enlace estimado como admitido, presumido o deseado no existe, porque nada permite constatar o justificar la influencia que ciertos fenómenos examinados tendrían sobre los que son motivo de discusión, y porque por consiguiente, el tener en cuenta a los primeros es irrelevante”<sup>37</sup>.

Esta técnica, que busca generar rupturas que enlazan elementos en una relación, propone que dichos términos están relacionados de manera indebida y que dichos elementos deben permanecer aislados e independientes el uno del otro. Ahora bien, dicha ruptura se distingue de la disociación en donde se intenta romper con los nexos de una relación en la que de manera primitiva se aceptaba su vinculación, lo que hace que no baste con romper esos nexos sino que sea necesario modificar su estructura, pues existía una conexión primitiva que hacía confundir los elementos de la relación casi que en una misma unidad.

Dependiendo de la fuerza del enlace (si es natura o artificial, esencial o accidental) se estará frente a una disociación o frente a una ruptura del enlace.

Es recurrente la disociación entre las nociones de apariencia – realidad en el contexto filosófico. Las apariencias pueden oponerse a lo real. En este caso se trata de separar lo que es aparente de lo que tiene un estatus de real.

El orador en el uso de la técnica puede o bien argumentar teniendo como base disociaciones ya aceptadas por el auditorio, o introducir disociaciones propuestas para fundar la tesis que en ese caso concreto defiende o sencillamente traer a la memoria disociaciones que parecían olvidadas por el auditorio.

---

<sup>37</sup>PERELMAN, Op. Cit., 1989, p. 627.

En el mundo de lo jurídico se pueden encontrar casos en donde se argumenta a través de disociaciones como es el caso de la interpretación y hermenéutica jurídicas, en donde se argumenta señalando que en una norma se puede identificar la letra de la ley y el espíritu de la ley para mostrar como existen técnicas para develar el sentido gramatical de las palabras, entender la letra, y otras para develar lo que el legislador quería regular, el fin de la norma, su espíritu. La técnica se aplica para disociar dos elementos que estarían juntos de manera necesaria como es el texto escrito con su significado.

Otro caso en donde opera disociación es en la argumentación en torno a la existencia del contrato escrito con la relación fáctica que se desarrolla entre las partes del contrato. En materia laboral se ha argumentado en torno a la existencia de un contrato realidad que puede ser diferente al contrato que las partes suscribieron. Si las partes, por ejemplo, celebran un contrato de prestación de servicios, en donde no existe relación laboral, el trabajador puede acudir ante la jurisdicción para reclamar sus derechos y el pago de las prestaciones otorgadas mostrando como a pesar de que suscribió un contrato escrito en donde manifestaba que sólo prestaría servicios que serían remunerados con unos honorarios, en la realidad se reunían todos los elementos de la relación laboral que hacen exigibles sus prestaciones sociales. Se disocia entonces lo que el contrato dice de lo que se ejecuta en la realidad con el fin de apoyar la tesis de que se deben derechos inherentes al contrato de trabajo así no se hayan pactado en el contrato escrito. Es la disociación entre lo real y lo aparente.

Otra disociación entre lo real y lo aparente se da en el caso de los contratos escritos en donde se hace una manifestación de voluntad diferente a la que en realidad tenían las partes. Es lo que sucede en un contrato simulado; por ejemplo, una compraventa de un inmueble entre esposos, en donde se manifiesta que las partes tienen la voluntad de vender uno al otro por un precio y bajo unas condiciones pero en la realidad lo que existe es la simulación de una venta, pues

la verdadera voluntad de las partes es hacer una transmisión de derechos entre los cónyuges.

Hasta aquí se ha hecho una breve exposición de la teoría de la argumentación expuesta en el *Tratado de la argumentación y en el imperio retórico*. Perelman concluye la presentación de tu teoría indicando como es una nota característica de la argumentación la amplitud de los argumentos, diferente a lo que sucede en la demostración. Esta característica resulta problemática por lo que el orador debe tener en cuenta partir de las premisas de su auditorio, “reforzar, si es el caso, su presencia en el espíritu de los auditores, precisar su sentido y alcance y sacar de ellas los argumentos a favor de la tesis que se defiende”<sup>38</sup>.

Con esto como base se advierte que no es necesario tener un número enorme de argumentos, sino en adaptarlos de manera pertinente al auditorio, el exceso en la argumentación podría causar su efecto contrario. La fuerza de un argumento depende de la adhesión que suscite en el auditorio las premisas de las que el orador parte. Ahora, el orador deberá poder presentar las premisas del tal forma que persuada al auditorio de la aceptación de su tesis. Las técnicas que emplee para ello y la forma en que presente los datos dependen del auditorio y de lo controvertida que pueda llegar a ser su tesis.

Con base en la teoría expuesta se pasará a analizar la forma en que los jueces del Tribunal de Distrito Superior de Bucaramanga argumentan sus decisiones judiciales. Para ello se partirá de analizar dicha argumentación en escenarios problemáticos de decisión, o en lo que en la teoría del derecho se ha denominado casos difíciles, para establecer un escenario en donde se requiere un mayor despliegue de la labor argumentativa por parte del juez.

---

<sup>38</sup> PERELMAN, Op. Cit., 1997, p. 183.

## 2. ¿QUÉ SON CASOS DIFÍCILES?

La preocupación en torno a la actividad judicial y a la tarea de justificar las decisiones judiciales se ha abordado desde diversos enfoques; los modelos extremos son los modelos demostrativos y los argumentativos. De los primeros se debe señalar que corresponden a los enfoques lógico – deductivos, mientras que los segundos son aquellos en los que se considera que el derecho y en especial las decisiones judiciales son actos argumentativos y no demostrativos, o que por lo menos existen escenarios en donde el silogismo y las demostraciones jurídicas que se apoyan en él deben ceder su lugar a otro tipo de razonamiento, esto es, a la argumentación. Esos escenarios son: 1; el de la penumbra del lenguaje, es decir, cuando las expresiones que se utilizan en el derecho o sus mismas declaraciones requieren de una exposición argumentada de su sentido. 2; cuando se presentan conflictos entre principios. 3; cuando hay casos sin regulación jurídica; y 4; cuando existe la necesidad de decidir "incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales"<sup>39</sup>.

Esta discusión ha hecho que se configure lo que se puede denominar como la doctrina de los casos difíciles, que pretende dividir las situaciones fácticas que deben resolver los jueces entre unas que al parecer son fáciles o paradigmáticas y otras que son difíciles, no paradigmáticas o controvertidas.

Ahora bien, lo que constituya un "caso difícil" se puede conceptualizar dependiendo del autor o enfoque desde el cual se proponga. En lo que sigue se reconstruirá el debate conceptual en torno a lo que es un caso difícil. Para ello se acudirá a varios autores, revisando brevemente su posición en torno a la

---

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales. Madrid: 1997. p.p. 23-24.

justificación de las decisiones judiciales, los tipos de casos a los que se enfrenta el juez y la forma en que los jueces deben abordarlos. Luego se analizarán dichos problemas a la luz de los postulados de Perelman.

## **2.1 EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN EN TORNO A LO QUE ES UN CASO DIFÍCIL Y A LA ACTIVIDAD JUDICIAL EN TORNO A LA SOLUCIÓN DE DICHOS CASOS.**

En lo que sigue se hará una breve reseña del estado de la discusión en cuatro reconocidos autores en el tema de la decisión judicial. Se presentará la definición que desde cada uno de ellos se construye sobre lo que es un caso difícil y se presentarán algunas de sus reflexiones en torno a cuál debe ser la labor del juez al enfrentarse a dichos casos.

### **2.1.1 Hart y la textura abierta del derecho:**

La forma en que se interpreta el derecho y en que se aborda la solución de los casos difíciles resulta una preocupación con un importante lugar en la obra de Hart, problema además que lo enfrenta doctrinariamente con el profesor Dworkin, al que se hará referencia en el siguiente acápite.

En Hart el problema de los casos difíciles está vinculado con el problema del lenguaje. El lenguaje natural y el lenguaje jurídico no son precisos, o a lo sumo lo son de forma limitada. En la vida cotidiana se usa un lenguaje que, aunque permite la comunicación, está lleno de vaguedades. Esa vaguedad o, lo que va a ser más usado en la obra de Hart, esta “textura abierta” del lenguaje, cobra mayor grado de significado en el lenguaje jurídico y en las reglas jurídicas cuyo campo de irradiación es mayor que el lenguaje de la vida cotidiana, en tanto está dirigido a una comunidad mayor: “Aun cuando se usen reglas generales verbalmente

formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas”.<sup>40</sup>

En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá, por cierto, casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables.

La textura abierta de las reglas jurídicas se hace más notoria entonces porque están dirigidas a un grupo de personas en general. Las normas que regulan el comercio no están referidas únicamente al señor Pedro que comercia con lámparas, sino a todos los comerciantes y compradores que intervienen en el mercado de bienes y servicios. Además, porque tienen vocación de permanencia en el tiempo, lo que hace que sea necesario que se apliquen a situaciones que no estaban previstas, ni siquiera imaginadas en su momento de creación.

El problema que resulta entonces radica en identificar cómo se interpretan las palabras de textura abierta en el derecho. Como solución para abordar el problema de la interpretación de palabras de textura abierta en los casos difíciles Hart propone hacer uso de la técnica de la analogía. Para ello parte de distinguir como parte de una expresión lingüística un núcleo duro de significado y una zona de penumbra. El primero está compuesto por los casos de fácil interpretación, sobre los cuales la mayoría de los intérpretes están de acuerdo en la forma en que la expresión se aplica a los hechos bajo análisis: “Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables”.<sup>41</sup> Aquí cabe el acuerdo en el que estarían todos los oficiales de tránsito al restringir el ingreso de camiones a un parque

---

<sup>40</sup> HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo.Perrot, 1998, p.157.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 157-158.



público en donde la norma dice que se prohíbe el ingreso de vehículos. Nadie estaría en desacuerdo en aceptar que la prohibición recae sobre los camiones.

Por otro lado, la zona de penumbra de las palabras está referida a los casos difíciles de interpretación, en donde es controvertible la aplicación que se da de la regla a los diferentes hechos objeto de regulación por dicha norma. En el mismo caso anterior, cabría preguntar si está restringido también el acceso de las bicicletas o monopatines al parque. Al analizar estos hechos ya no serían tan unidireccionales las interpretaciones de los diversos oficiales que deben aplicar la norma.

El uso de la analogía permite en muchos casos, a partir de la comparación, determinar si es posible extender o no las consecuencias de una aplicación de una norma en un caso fácil, a unos hechos problemáticos: “el intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas”.<sup>42</sup> Por ejemplo, a partir de la comparación de las características fundamentales de un vehículo, resolver si las bicicletas encajan o no en esta definición.

Aunque la aplicación de la analogía sea exitosa, o del precedente o de la legislación vigente, podrán proponerse varias interpretaciones razonables sobre la aplicación de la norma a los hechos, esto incluso cuando la norma es clara, pues no se debe dejar de lado que es el lenguaje natural el que muestra los contenidos de la norma, lenguaje que de por sí mantiene una textura abierta, pues no es posible eliminar esa condición “en todos los caos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna espera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí.

---

<sup>42</sup> Ibid., p. 159.

El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de los propósitos”<sup>43</sup>.

Estos obstáculos, así como la diversidad de interpretaciones, harán que el juez deba usar un poder discrecional para decidir cómo aplicar la norma al caso concreto. Si la regla es imprecisa, al juez no le queda otra alternativa que escoger la opción de interpretación que considere más adecuada, evento en el cual no hay una aplicación de la norma sino una labor de creación de la regla para el caso concreto: “en estos casos resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto”<sup>44</sup>

Hart critica la posición formalista que considera que lo que hace un juez es un mero ejercicio de subsunción y lo hace ejemplarizando a partir de los casos difíciles, pero tampoco está de acuerdo con la posición de los realistas – o que denomina escépticos en la aplicación de las reglas- pues señala que es posible encontrar muchos casos fáciles en donde al juez le basta con aplicar una regla de manera rutinaria. Hart busca conciliar esas dos posiciones diametralmente opuestas, que pareciera son los modelos ideales, la una para casos fáciles (en la que basta con realizar un ejercicio de subsunción de hechos en normas) y la otra para casos difíciles (en donde existe libertad de decisión del juez). La propuesta de conciliación muestra que incluso en los casos difíciles aunque el juez tenga discrecionalidad, su interpretación está limitada por el núcleo de las palabras que contienen las reglas, por los precedentes y por las normas procesales.

---

<sup>43</sup> Ibid., p. 160.

<sup>44</sup> Ibid., p. 164.

### **2.1.2. Dworkin y el derecho como integridad.**

Dworkin parte de la hipótesis de que la práctica jurídica constituye un ejercicio de interpretación que no se agota en la revisión que hace un abogado de una norma o ley en general. De aquí surge la pregunta: ¿qué sentido debe dársele a un texto jurídico?<sup>45</sup>

La respuesta a esta pregunta pasa por la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, siendo los primeros aquellos en los cuales una norma es aplicable de manera clara y sin conflicto a un caso, mientras que los segundos se refieren a aquellos eventos en los que los hechos y las normas relevantes aplicables a esos hechos permiten más de una solución posible. Los casos difíciles pueden estar referidos a:

- i) eventos en los que se trata de la aplicación de una norma de textura abierta, es decir una norma en la que las expresiones lingüísticas que la componen son vagas;
- ii) eventos en los que no existe ninguna norma aplicable, es decir, existiría una laguna jurídica;
- iii) eventos en los que si bien existe una norma aplicable de manera clara y expresa, su aplicación traería consigo una vulneración de derechos superiores;
- iv) eventos en los que existe un precedente pero que el juzgador considera necesario modificar.

En todos estos casos, señala Dworkin, se debe partir de que “aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tengan derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar

---

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald, *Cómo el derecho se parece a la literatura*, En: *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Siglo de Hombre editores, 2005, p. 143.

retroactivamente derechos nuevos”<sup>46</sup>. Esta última alusión es producto de la fuerte crítica contra la idea de la discrecionalidad judicial propuesta por Hart, en donde se señala que en la solución de los casos difíciles el juez no debe crear normas que no preexistían a la configuración de los hechos. En el mismo sentido se propone la crítica a la discrecionalidad judicial señalando que las normas deben ser producto de la creación del cuerpo elegido por la mayoría como representantes del consenso mayoritario, exigencia que está muy lejos de cumplir el cuerpo de jueces.

A pesar de lo anterior, Dworkin pone de presente que no existe ninguna regla o procedimiento para señalar qué debe decidir un juez en los casos difíciles, lo que sí existe es la claridad en torno a que la labor del juez en la cual resuelva estos casos, debe incluir una justificación de por qué decide negar o conceder ciertos derechos: “Debe aportar a su decisión una teoría general que explique por qué, en el caso de su institución, las reglas o normas crean o anulan de alguna manera derechos, y debe demostrar qué decisión exige esa teoría general en el caso difícil”<sup>47</sup>.

La propuesta de Dworkin en torno a la solución de casos difíciles parte de la exigencia de que el juez pueda realizar un trabajo de integración de todos los ingredientes normativos que tiene a su alcance para brindar una solución justa al caso y respetuosa de las instituciones jurídicas, lo cual es posible partiendo de la idea de que existe, como aspiración o idea regulativa, una concepción del derecho como sistema completo.

Cuando se trata de dar solución a casos difíciles, el juez debe tener en cuenta algunos elementos para construir la solución. En primer lugar, se acude a la integración de otros elementos normativos en la decisión cuando no es suficiente

---

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 146.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, p. 175.

con tomar reglas jurídicas. Se trata de los principios, entendidos como un conjunto de estándares diferentes de las normas jurídicas, pero que hacen parte del sistema jurídico. Su importancia radica en que permiten garantizar la integridad del derecho como un sistema completo.

Otro elemento que el juez debe tener en cuenta para la solución de los casos difíciles, cuando de lo que se trata es de solucionar conflictos de colisión de principios y de decidir qué principios va a privilegiar en su decisión, es la distinción entre políticas y principios. Las primeras pretenden proteger un interés colectivo; y las segundas se refieren a ingredientes normativos que buscan asegurar un interés individual. Las primeras son aseguradas por parte del legislador, esta tarea no es menester de los jueces, de manera que si un juez debe resolver un conflicto en donde deba optar por asegurar políticas o principios, el juez debe dar prevalencia a estos últimos.

La propuesta de Dworkin en torno al Derecho como un sistema íntegro, en donde el juez debe escoger entre todos los ingredientes normativos (reglas, principios, precedentes) elimina la preocupación por distinguir entre casos fáciles y casos difíciles, pues en todo caso el juez, ese juez mítico Hércules, debe buscar integrar todos los elementos posibles a su decisión y elegir los mejores.<sup>48</sup>

El derecho se va construyendo de manera tal que crece la argumentación jurídica con relación a una situación cuyas razones de solución se enriquecen a medida que otros jueces han resuelto también situaciones similares. Es la idea del derecho como una novela en cadena, en donde cada juez aportará un nuevo episodio que delimita y define el ámbito de decisión con relación a ese tema, supone la construcción de mejores decisiones a los casos que se presentan.

---

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ, Cesar, *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin, estudio preliminar*, Bogotá: Siglo de Hombre editores, 2005, p. 81.

### **2.1.3 Alexy y el discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.**

Alexy señala como en el discurso jurídico, así como en el discurso práctico general, existe una pretensión de corrección; sin embargo dicha pretensión de corrección no es del mismo talante en el discurso práctico general que en el discurso jurídico, ya que en éste “no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundadas”.<sup>49</sup> ¿Qué implica una fundamentación racional en el marco del orden jurídico vigente? Para dar respuesta a este problema Alexy señala como el campo del discurso jurídico es el campo de la justificación de las decisiones jurídicas, en las que pueden distinguir dos aspectos de la justificación: la justificación interna y la justificación externa.

La justificación interna tiene que ver con la evaluación que se hace en torno a sí la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se tienen como fundamentación, es una justificación deductiva. La justificación externa, por su parte, tiene que ver con la corrección o fundamentación de las premisas que son usadas en la justificación interna, no se trata de una justificación deductiva. En la justificación externa, por ejemplo, se analiza si la norma responde a criterios de validez, o si no se han usado reglas del derecho positivo ni enunciados empíricos, por qué es necesario introducirlos. Para justificar este tipo de reglas no jurídicas se puede apelar a diferentes criterios. Ahora, una decisión, para que sea aceptable argumentativamente, sólo se entiende justificada de manera suficiente cuando responde a un proceso de justificación interna y externa. Es decir que sólo hasta que se haya justificado de manera externa las proposiciones empleadas, y corroborado que la decisión se sigue de manera lógica de esas proposiciones, se puede afirmar que la decisión se ha justificado completamente.

---

<sup>49</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, p. 213.

Las premisas que se invoquen pueden ser de diversos tipos. “Se pueden distinguir: (1) reglas de Derecho positivo; (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo”<sup>50</sup>

Alexy propone como fundamentación adecuada de una decisión judicial, la necesidad de que se tenga como base una norma de carácter universal, de la cual la decisión se siga lógicamente.

Esa regla universal puede provenir del derecho positivo, pero puede darse el caso también de que existan casos en los que no se identifica tal norma del Derecho positivo, pues no existe o no se puede extraer, lo que hace que surja la necesidad de construir dicha regla. Desde ahí un caso fácil es todo aquel en donde con precisión se identifique la regla a aplicar. Por otro lado, un caso difícil o complicado se presenta:

- “(1) cuando una norma (...) contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho,
- (2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas,
- (3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas, o
- (4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones”<sup>51</sup>.

Esta distinción entre casos fáciles y difíciles no tiene relevancia para el hecho de que deba o no realizarse el proceso de justificación interna, la justificación deductiva del caso no depende de la conformidad o no con reglas positivas. La distinción entre estos tipos de casos, permite señalar que la justificación de las premisas que se emplee (justificación externa) será objeto de mayor controversia

---

<sup>50</sup> Ibid., 222.

<sup>51</sup> Ibid., p. 216.

en los casos difíciles que en los casos complicados. Ahora, “con independencia de cuán polémica sea la justificación externa de las premisas, sin embargo, una vez que ella ha sido realizada la justificación interna procede en al misma manera”.<sup>52</sup> Esto implica la aceptación de que el razonamiento deductivo debe ser usado por el juez en la justificación de todas sus decisiones, sin importar el tipo de caso.

#### **2.1.4 MacCormick. Entre razonamiento deductivo y argumentación jurídica:**

MacCormick estudia el razonamiento jurídico tomando como punto de partida que inicialmente todas las decisiones jurídicas pueden ser abordadas y analizadas recurriendo a modelos deductivos: “Es a veces posible mostrar de modo conclusivo que una determinada decisión es justificada jurídicamente a través de una razonamiento puramente deductivo”<sup>53</sup>.

Esto se ve en casos claros o sencillos como sería el caso de una reclamación por un daño en un producto defectuoso:

1. Juan vendió una mercancía en mal estado a María
2. María resulta perjudicada
3. Juan debe indemnizar a María

Ahora, ¿este ejercicio puede hacerse en todos los casos? MacCormick, al igual que Alexy, señala que en las decisiones judiciales se realiza un ejercicio de

---

<sup>52</sup> ATRIA, Fernando, *Del derecho y el razonamiento jurídico*, En: Revista Doxa, Número 22, página, 18. Disponible en:

[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa\\_22\\_04.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa_22_04.pdf)

<sup>53</sup> MACCORMICK, *Legal Reasoning and legal theory*, Oxford: Darendon Press, 1994, p. 19, citado por: ATRIA, Fernando, *Del derecho y el razonamiento jurídico*, En: Revista Doxa, Número 22, página, 16. Disponible en:

[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa\\_22\\_04.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa_22_04.pdf)



justificación interna, con la que se busca mostrar si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se señalan como fundamento; y de ejercicio de justificación externa, en la que se busca determinar la corrección de las premisas

La justificación de una decisión será razonable si es lógicamente consistente, es decir, si se puede verificar mediante un razonamiento deductivo y si las premisas de las que se parte son correctas.

Para MacCormick existen casos en los que no es necesario hacer una justificación externa, ya que las premisas no son susceptibles de recibir dos interpretaciones. Esta claridad en la interpretación hace posible que no sea necesario realizar un ejercicio de justificación, pues es suficiente con aplicar las normas jurídicas previstas. Esta situación encajaría en una caracterización de lo que es un caso “claro”.

En estos casos, la decisión sería producto directo de la aplicación de las normas. Sin embargo, en los procesos jurídicos a menudo se presentan casos más difíciles, en los que no es posible hacer un ejercicio de deducción, pues se identifican problemas referidos a:

- i) la interpretación, cuando a pesar de estar seguros de la norma a aplicar, dicha norma soporta varias interpretaciones;
- ii) problemas de relevancia. Cuando no es posible extraer la regla aplicable al caso concreto;
- iii) problemas de prueba. Cuando hay conflicto sobre la valoración de pruebas y sobre la existencia de los hechos;
- iv) problemas de calificación. Los hechos, aunque se tienen como ciertos, no encajan en una regla jurídica conocida, de tal manera que se puede hablar de la existencia de una laguna legal.

Pese a estas consideraciones, en la misma obra, MacCormick afirma que “en realidad no hay una clara línea divisiva entre los casos claros y los difíciles”<sup>54</sup>, es posible hablar de una serie de casos en los que hay una escala de grados de dificultad, y en esa escala lo único que puede hacer el juzgador es establecer en qué punto las dudas en materia de interpretación son relevantes para señalar que no es posible realizar un ejercicio de subsunción y que es preciso apelar a su discreción.

Ahora, ¿qué debe hacer el juez ante la identificación de un caso difícil? En primer lugar, la justificación de las decisiones en casos difíciles debe alcanzar un alto grado de universalidad del mismo modo que la decisión debe ser consistente y coherente con el sistema jurídico en el que opera, así como medir las consecuencias que puede producir en el mundo real.

La universalidad tiene que ver con el hecho de que en la justificación de una decisión se tenga en cuenta, entre sus premisas, por lo menos una regla o principio de aplicación general. La consistencia, por su parte, se refiere a la relación que debe existir entre la premisa normativa y la decisión, de tal forma que la norma que se aplique no entre en contradicción con otras normas válidas del sistema jurídico. El requisito de la coherencia supone que la norma pueda subsumirse en unos principios generales o valores que gozan de aceptabilidad.

El modelo de MacCormick pareciera apuntar hacia una propuesta en torno a la discusión sobre la argumentación jurídica que señala que dependiendo de los grados de dificultad de los casos, pueden realizarse ejercicios deductivos o no en el proceso de justificación de las decisiones.

---

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 27

## **2.2 ¿CUÁNDO SE PUEDE DECIR QUE UN TEXTO ES CLARO?: UNA CONCEPTUALIZACIÓN DE “LOS CASOS DIFÍCILES” COMO CASOS DE COLISIÓN DE PREMISAS A PARTIR DE PERELMAN.**

Como se indicó, la teoría de la argumentación de Perelman encuentra como uno de sus campos de aplicación el ámbito de lo jurídico y de la decisión judicial, configurando un espacio de desarrollo para la argumentación jurídica. En el ensayo de Perelman titulado *la interpretación jurídica*, publicado originalmente en 1972, se plantea la pregunta que titula este acápite: ¿cuándo se puede decir que un texto es claro? Esta pregunta se hace a partir del planteamiento de la discusión en torno a la tarea de la interpretación jurídica vista como una actividad en la que se busca descubrir conforme al derecho vigente la solución de las situaciones fácticas que se presentan.

De las conceptualizaciones presentadas en torno a lo que es un caso difícil y cuál debe ser la labor del juez se puede concluir en general que todas parten de la distinción de dos tipos de situaciones fácticas: unas en las que la vida, y sus situaciones de hecho, se podría decir encajan en las situaciones previstas por el derecho y no presentan mayores dificultades y otras en las que esas situaciones fácticas se escapan a los supuestos y ámbitos previstos por el legislador y regulados en la norma. Esas distinciones son las que también fundan la idea de que la interpretación no tiene cabida cuando el texto que se aborda es claro, y es ahí donde increpa Perelman “¿cuándo es claro el sentido que el legislador antiguo le ha dado? ¿Cuándo el sentido que le da actualmente, es claro para el juez?, ¿cuándo los dos sentidos claros coinciden?”<sup>55</sup>. Frente a estos cuestionamientos se advierte que el texto de una norma no se puede desprender de su contexto, lo que trae como consecuencia que un texto pueda ser claro en un determinado tiempo y lugar, lo que hace que tenga interpretaciones razonables y aceptadas que conduzcan a soluciones semejantes ante casos semejantes, pero también se

---

<sup>55</sup> PERELMAN, Op. Cit. 1974, p. 9.

puede dar que esa claridad se desvanezca en circunstancias que se salen de lo ordinario y en donde la solución propuesta ya no es tan pacíficamente aceptada.

En lo que sigue se defenderá la hipótesis en torno a que los casos difíciles no se resumen en un problema de subsunción o no de unos supuestos fácticos en una norma o en un vacío o no legal. Se propondrá que existe un número de casos paradigmáticos en lo teórico, pero que la práctica desborda esos enunciados y en la aplicación de las normas lo que se evidencia es que existen casos en donde hay problemas de interpretación o problemas con el lenguaje que hace que exista colisión de las premisas de unos y otros sujetos intervinientes en la argumentación, pues cada parte interpretará la norma en pro de la defensa de sus intereses. Desde aquí se puede afirmar que la distinción entre casos fáciles o difíciles es inocua en tanto sólo opera en el vacío, pues en la práctica siempre se estará ante la colisión de cuantas premisas sustenten las posiciones de los que en la discusión intervienen. Esto se propondrá a partir de la teoría de la argumentación de Perelman.

Para sustentar la hipótesis referida se expondrá primero la afirmación del autor según la cual no hay textos claros en Derecho, lo cual remite al problema de la interpretación; posteriormente se presentará la caracterización en torno a la actividad del juez como uno de los sujetos del proceso con mayor autoridad para definir lo que es una norma; y finalmente se expondrán los medios de los que se vale el juez para sustentar la tesis que resulte airosa en el campo de lo jurídico como campo de batalla de los argumentos.

### **2.2.1. La colisión de premisas como colisión de interpretaciones sobre el sentido de un mismo texto.**

Perelman parte de la base de que una norma no puede ser interpretada en el vacío, lo que trae como consecuencia necesaria que sólo pueda serlo en el

contexto de un sistema jurídico determinado, el cual puede incluir la necesidad de introducir en la lectura y aplicación del texto ciertas cláusulas que, aunque implícitas, restringen o condicionan el alcance de la norma:

Supongamos que una ordenanza municipal prohíbe la entrada de vehículos en un parque público. ¿Esta regla va a obligar a la policía de guardia, a impedir la entrada de una ambulancia que ha venido a buscar un paseante víctima de un infarto? Si esto no es así, significa que la regla que no contiene, en su enunciado, ninguna restricción, supuestamente contiene una cláusula limitativa, que diría algo así como “salvo circunstancias graves o excepcionales, salvo caso de fuerza mayor”, cuyo alcance en cada ocasión, corresponde precisar al intérprete.<sup>56</sup>

El texto resulta claro en ese contexto y durante el tiempo que las interpretaciones aceptables del mismo conduzcan a una solución semejante, lo que no implica que no puedan surgir situaciones que se salgan de lo común que hagan que se pierda el acuerdo sobre su claridad. Este sería el caso en el que, a pesar de que la norma fundamental señale que las libertades no pueden ser suspendidas, el Tribunal de Control constitucional acepte un decreto bajo un estado de excepción en donde se limiten las libertades alegando que la prohibición de suspensión de las mismas opera sólo en estados normales. En este punto la interpretación sobre la cláusula en disputa deja de ser pacífica.

Es ahí en donde se puede afirmar que existen situaciones en las que el sentido claro de un texto puede chocar con la finalidad de la institución que representa, o puede contradecir la equidad o generar resultados inadmisibles. En estos casos será necesaria la labor interpretativa, pues se sobreentiende que se ha roto el consenso sobre la forma de entender el texto, ha dejado de ser claro y es preciso, según el valor que se defienda, la seguridad jurídica o la equidad, imponer una o otra interpretación que unifique de manera definitiva su sentido.

---

<sup>56</sup> PERELMAN, Op. Cit. 1974, p. 9

¿Es posible entonces afirmar que un texto es claro cuando todos los términos que lo componen se entienden en un único sentido y la construcción gramatical no deja lugar a ambigüedad, de tal modo que se entiende que cualquier persona razonable debe comprender el texto en el mismo sentido? Perelman reconoce que es posible que en algunos casos no exista controversia en torno a la interpretación de los textos; sin embargo, esta aparente claridad lo único que muestra es que en ese litigio las diversas interpretaciones que surjan del texto no revisten ningún interés para las partes del conflicto, porque en nada mejoran su posición frente a la otra parte. Desde ahí que un texto no es de por sí claro, sino que “como no es objeto de interpretaciones divergentes y razonables, se le considera como claro”<sup>57</sup>.

La interpretación puede ser en general de dos tipos: estática, cuando se busca hallar en el texto la voluntad del legislador que creó la disposición; y dinámica, cuando el intérprete aborda el texto buscando armonizarlo con el bien común o la equidad. Las dos concepciones presentan dificultades.

La visión estática resulta casi una reconstrucción histórica en ocasiones no muy lejana a una ficción, que por lo demás si fuera posible, impediría el desarrollo y ajuste del derecho a las situaciones cambiantes que ofrece una realidad en constante movimiento. Desde esta visión, el problema en torno a si se debe permitir el ingreso o no de una ambulancia a un parque en donde está expresamente prohibido el ingreso de vehículos se soluciona remitiéndose al espíritu y a la intención del legislador, bajo este supuesto sería claro que la intención del legislador al prohibir los vehículos buscaba mantener la seguridad y la tranquilidad de los usuarios del parque de tal modo que no se vieran amenazados por vehículos, razón por la cual ante la necesidad de salvar una vida en inminente riesgo es necesario inaplicar la restricción del ingreso de vehículos y permitir que la ambulancia circule por el parque. Sin embargo, el invocar la

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 54.

voluntad del legislador no está exento de problemas, pues esta voluntad es el recurso a una voluntad que se presume y que puede incluso resultar ficticia.

Por su parte, la visión dinámica se dirige hacia el otro extremo, y se corre el riesgo de sustituir la voluntad del legislador, representante del consenso social y las mayorías, por la voluntad del juez.

Ahora bien, ¿quien define de manera definitiva cómo debe entenderse un texto? ¿Quién define si la prohibición de permitir el ingreso de un perro al transporte público puede extenderse a un pasajero que intente subir un conejo o un oso encadenado? En este caso, contrario al ejemplo de la ambulancia, no se busca limitar el alcance del texto, sino extenderlo identificando la razón de ser de la disposición con el fin de aclarar su intención. La norma sería clara cuando se trate de aplicarla en los sujetos inicialmente incluidos en ella (perros), pero dejará de serlo cuando se enfrente a situaciones en donde se deba decidir sobre la permisión o no de ingreso de otros animales. “¿Debe prevalecer la ley o el espíritu del reglamento, es decir, la intención del legislador?”<sup>58</sup>

### **2.2.2. La labor del juez a la hora de tomar partido por una de las interpretaciones posibles.**

Desde la lectura de Perelman, el tema de los casos difíciles, según se mostrará, hace referencia a un problema de casos controvertidos, en donde las partes en conflicto sostienen premisas discutibles en torno al asunto litigioso, en uno u otro sentido, según la defensa de los intereses que se haga en cada caso. No se trata entonces solamente de vacíos, lagunas, ambigüedad de la norma, choque de principios, pues se parte de la base de que el derecho está mediado por el lenguaje natural “puesto que una comunidad regida por reglas de derecho es al mismo tiempo una comunidad lingüística, hay que suponer que los términos

---

<sup>58</sup> PERELMAN, Op. Cit., 1979, p. 52

utilizados en los textos legales deben ser comprendidos en el sentido comúnmente aceptado, a menos que existan razones especiales que justifiquen que se descarte tal sentido y que haya que adoptar otro”<sup>59</sup>.

El problema en este punto se traslada a ¿quién debe decidir sobre la interpretación de un texto? Aunque la respuesta a primera vista indicara como responsable al juez, sucede que en la vida cotidiana no sólo los tribunales, sino que además los funcionarios administrativos, los agentes de policía y otros tantos sujetos deben aplicar las normas presumiendo cuál sería la respuesta correcta en el caso de que dicha situación llegara a ser conocida por los jueces.

La interpretación judicial debe mantener el respeto por las instituciones y la búsqueda de la equidad, aunque en dicha búsqueda deba enfrentarse a una interpretación contraria a la normalmente aceptada: “Los magistrados buscarán mil subterfugios y forzarán, si es necesario, las interpretaciones tradicionales, si se trata de salvaguardar el funcionamiento habitual de una institución o de ponerse de parte de una solución judicial considerada como equitativa , aun si son incapaces de encontrarle una justificación aceptable en derecho”<sup>60</sup>.

El juez tendrá la tarea de no sólo conocer las reglas de derecho sino de encontrar la solución a los conflictos que se presenten entre dichas reglas, para lo cual deberá jerarquizar los valores que dichas reglas protegen, definiendo, dependiendo del caso, las que deben prevalecer. En dicha tarea debe justificar la restricción o extensión de las reglas, así como su alcance de una manera aceptable: “Es en la medida en que se suministran las razones de una solución *aceptable*, que serán tomadas en cuenta por la jurisprudencia. Las mismas se esfuerzan, por su argumentación, de convencer a los legisladores, a los jueces y a la opinión pública, de que sobre esos dos puntos, o sea, el carácter aceptable de

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 129

<sup>60</sup> PERELMAN, *Op. Cit.* 1974, p. 19



las soluciones y el valor de las justificaciones, ellas son preferibles a las concepciones concurrentes”<sup>61</sup>.

El papel del juez en la solución de conflictos se debate entre la protección de las instituciones jurídicas y la búsqueda de la equidad, tomando decisiones en torno a lo que considere justo, decisiones que se van a incorporar al sistema jurídico, para ello la argumentación juega un papel fundamental, ya que será a través de ella que el juez conceptualice lo que su sentido considera que es la equidad. La argumentación adecuada hará que esa conceptualización se incorpore o no en el discurso jurídico de manera eficaz. “Sólo en casos límites el razonamiento del juez se limita a la aplicación del llamado silogismo judicial”<sup>62</sup>, por ejemplo cuando la norma regula de manera clara que el término de prescripción de una letra de cambio es de tres años, en este caso la libertad de apreciación del juez se limita al mínimo.

Ahora bien, en un litigio se encontrará que las partes defienden posiciones diametralmente opuestas, la tarea del juez como ya se anotó, consistirá en buscar la justicia y la equidad, términos no desprovistos de ambigüedad, y hacerlo sin descuidar la seguridad jurídica, o la guarda de las instituciones jurídicas, “pues de otro modo sería imposible motivar de una manera jurídicamente válida la parte dispositiva del fallo”<sup>63</sup>. Una decisión puede resultar equitativa, pero no logrará satisfacer y restablecer el orden jurídico si no incorpora una motivación jurídicamente satisfactoria.

El proceso de interpretación de la norma con el fin de buscar su aplicación en un caso concreto constituye la creación de una hipótesis que puede o no adoptarse según lo aceptable que resulte en su aplicación. Desde ahí el proceso de interpretación se entiende únicamente en un marco en el que se parte de la

---

<sup>61</sup> Ibid., p. 22

<sup>62</sup> PERELMAN, Op Cit. 1979, p. 54

<sup>63</sup> Ibid., p. 99.

norma, se va a los supuestos fácticos y viceversa, ya que no es posible interpretar en el vacío. El sistema jurídico no puede entenderse como un sistema cerrado y alejado del contexto social en el que intervine, el sistema jurídico se construye a través de los conflictos y las situaciones que regula mediante la intervención del juez a través de la construcción de soluciones que sean convincentes y satisfactorias para las partes tomando como base las normas jurídicas.

El juez tiene una tarea no sólo jurídica sino también política, en tanto interviene en la búsqueda de solución de conflictos con el fin de que, a través de soluciones convincentes, se restablezca la paz judicial en el proceso y además “armonizar el orden jurídico de origen legislativo con las ideas dominantes de lo que es justo y equitativo en un medio dado. Por esta razón, la aplicación del derecho y el paso de la regla abstracta al caso concreto no son simples procesos deductivos, sino una adaptación constante de las disposiciones legales a los valores en conflicto en las controversias judiciales”<sup>64</sup>

### **2.2.3. La argumentación como camino para la justificación de las decisiones judiciales en casos en donde hay colisión de premisas.**

El razonamiento del juez debe buscar llegar a una solución que sea equitativa, razonable y ejemplar, además que tenga como base los principios y valores que fundan el derecho, su “espíritu”, que se identifican en los valores y técnicas que otros textos normativos protegen e integran. El problema que surge teniendo en cuenta esta exigencia es “¿por qué procedimientos intelectuales llega el juez a considerar una decisión como equitativa, razonable o ejemplar, cuando se trata de nociones eminentemente controvertidas?”<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> *Ibíd.* p 115.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, p. 136.

En otra materia se permitiría el uso de pesos y medidas y se eliminaría cualquier discusión, sería suficiente con argumentos demostrativos, pero en el campo de lo jurídico, en donde lo que está en discusión son valores y cuyo debate puede desbordarse en un conflicto, lo propio y necesario es un debate razonable. La dialéctica se presenta como el método apropiado para la solución de problemas jurídicos, en donde se comprometen valores: “A falta de técnicas unánimemente admitidas, se impone el recurso a los razonamientos *dialécticos* y *retóricos*, como razonamientos que tratan de establecer un acuerdo sobre los valores y su aplicación, cuando esto son objeto de controversia”<sup>66</sup>.

La forma de solución a los casos controvertidos se plantea mediante la búsqueda de acuerdos; más que llegar a la verdad de una proposición, como anhelo de los positivistas, el acuerdo surge como elemento para el restablecimiento de la paz judicial cuando los medios de prueba son insuficientes o cuando el debate central tiene que ver no con la verdad sino con “el valor de una decisión, de una opción o de una acción que pueden ser consideradas como justas, equitativas, razonables, oportunas, honorables o conformes a derecho”<sup>67</sup>.

¿Cómo se llega al acuerdo? Para proponer una respuesta a este interrogante, Perelman muestra los elementos del *Tratado de la Argumentación*, como tratado de la argumentación en general, son aplicables a la argumentación jurídica. Esta aplicación tiene como supuesto la defensa de la retórica como instrumento de gran importancia en el razonamiento jurídico.

La retórica, definida como las técnicas discursivas que permiten generar y acrecentar la adhesión de un auditorio a las tesis que se le presentan, puede caracterizarse, a diferencia de la lógica formal, como:

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>67</sup> *Ibid.*

1. El estudio de las técnicas para persuadir mediante el discurso, para lograr acuerdos cuando se discute en torno al sentido de las palabras y no para llegar a verdades.
2. La retórica permite el estudio de los argumentos cuando la lógica formal es incapaz de convencer, pues no se puede unificar el sentido de una palabra; luego, es necesario justificar la elección y mostrar las razones de la solución propuesta a esa disputa.
3. La adhesión que se haga a las tesis propuestas es variable ya que no se trata de discutir verdades sino de establecer acuerdos en torno a valores.
4. Lo que se busca es la adhesión y no la verdad. Las verdades son inmutables e imparciales, si se reconocen o no como tales, eso no agrega legitimidad o modifica su estatus; en cambio la adhesión implica una relación o contacto entre las partes que son persuadidas, a quienes se dirige el ejercicio retórico, es decir, al auditorio.

Este último elemento es de vital importancia en la teoría de la argumentación en general y en la teoría de la argumentación jurídica en especial. El auditorio y la adhesión que haga a las tesis que se le presentan es la medida de eficacia del discurso, el cual sólo puede lograr su objeto si la tesis es sustentada en premisas que se adapten a él y que resulten persuasivas.

La persuasión requiere del conocimiento del auditorio, requiere que el orador identifique las tesis que el auditorio admite previamente, así como dirigirse a él en un lenguaje común, sin que esto quiera decir que se trate de una lengua unívoca, sin vaguedades o ambigüedades, lo que quiere decir es que la lengua es un instrumento de comunicación, que puede ser adaptada a diversos fines, sin que deba moldearse de una manera ideal o artificial.

La adhesión a una tesis no se hace por su grado de verdad o claridad, sino porque resulte más equitativa, oportuna, actual, razonable o que resulta la que mejor se

adapta a la situación que pretende resolver, pues el jurista tiene la necesidad de buscar la solución de las dificultades que surgen en la aplicación de reglas generales a casos concretos. Esta búsqueda de soluciones obliga a interpretar y reinterpretar reglas generales, a contraponer el texto de la ley a la situación práctica. La solución de casos controvertidos parte entonces de la búsqueda de un sentido al texto normativo que mejor se adapte al caso concreto y que mejor se acepte, resolviendo entonces en torno a la victoria de una de las dos interpretaciones en discusión, sin que eso implique que esa solución es única.

Las razones que se elijan para sustentar las tesis propuestas como solución a los conflictos de aplicación de normas deben escogerse a partir del auditorio al cual se presentan, ya que estas razones deben ser admitidas por éste, y presentarlos de modo tal que se adapten de manera eficiente al caso al que se aplica. Las técnicas argumentativas suministran razones para apoyar tesis sin que su utilización implique una única conclusión como sí ocurre en los sistemas formales. “La argumentación no es jamás necesaria como la demostración. Y, por ello, lo más frecuente será que exista acuerdo sobre el punto de partida de la argumentación y no sobre las conclusiones hacia las cuales tiende el discurso”<sup>68</sup>.

La decisión a la que llegue el juez, como ya se dijo, debe poder conciliar el derecho vigente y ser al mismo tiempo justa, razonable y aceptable: “la solución buscada no sólo debe poder insertarse en el sistema, sino también revelarse como social y moralmente aceptable para las partes y para el público ilustrado”<sup>69</sup>. La adaptación de las decisiones judiciales requiere de las técnicas argumentativas para su aceptación y para la motivación de las mismas, pues sólo así se llega a la mejor interpretación posible de la norma y a la mejor solución del caso.

---

<sup>68</sup> Ibid. p. 166.

<sup>69</sup> Ibid., p. 178

El juez tiene la dura tarea no sólo de dar solución al caso concreto sino además de servir de mediador entre el derecho y la realidad; el juez mantiene el orden jurídico cuando intenta reconciliar una norma inaceptable por los sujetos a quienes regula, matizándola de tal manera que pueda ser aceptada. Cuando el grupo social está fuertemente dividido sobre un asunto controvertido y en donde no se quiere entrar en choque directo (pues se trata de sociedades democráticas que buscan fundar sus relaciones en el consenso), se requiere entonces con mayor fuerza de una aplicación selectiva de la norma y esa aplicación está en manos del poder judicial, que debe exponer razonadamente los argumentos para mediar la aplicación de la norma: “se espera, con ello, que, tras una fase transitoria, en la cual la situación de hecho no coincide con la situación prevista por la ley, será posible, gracias a la costumbre que así se establezca, hacer coincidir los textos con la realidad”<sup>70</sup>.

Un ejemplo de este poder de mediación de los jueces es la sentencia que resuelve despenalizar el aborto en cuatro circunstancias. La ley que consagra el tipo penal que sanciona el aborto en la realidad es ineficaz, pues la disposición penal no cumple con los fines de disuadir la comisión del delito, es decir, su función de prevención general, ni de cuidar el bien jurídico tutelable. La inutilidad de la norma se evidencia con las altas cifras de interrupciones ilegales de embarazos en lugares clandestinos en donde las mujeres ponen en riesgo su vida. Por una parte, entonces, hay una consagración penal ineficaz que sanciona esta conducta y que deja complacidos a muchos sectores de la población que manifiestan defender por encima de cualquier consideración el derecho a la vida del no nacido y por otra parte existe un sector de la población que mantiene una posición de despenalización absoluta por considerar que la tutela mediante la ley penal del feto constituye una vulneración de los derechos de la mujer a decidir sobre su libre opción de maternidad y a proteger su vida cuando el feto constituye una amenaza.

---

<sup>70</sup> *Ibíd.*, p. 183.

La Corte Constitucional colombiana, en un pronunciamiento producto de una demanda en donde se solicita la despenalización del aborto en algunas circunstancias, resuelve presentar argumentos para descalificar la constitucionalidad de penalizar el aborto en todas las circunstancias y fundamenta por qué en los eventos en que se despenaliza es necesario dejar al arbitrio de las mujeres la opción de interrumpir o no sus embarazos.

Esta decisión, si bien es cierto puede no ser del todo aceptada por los defensores del no nacido de manera absoluta, no rompe radicalmente con la protección al no nacido sino que representa un punto intermedio altamente razonable y que intenta ponderar las dos posiciones extremas sobre el tema, pues haber mantenido la constitucionalidad de la penalización del aborto en todos los eventos se puede entender como una decisión compatible con el texto de la ley pero incompatible con la razón y la justicia.

Conciliar las dos posiciones sobre el tema llevará un espacio de aplicación del pronunciamiento judicial, pero la acertada y razonada justificación del juez constitucional sin duda contribuirá con el restablecimiento de la paz judicial, pues sólo la solidez de esos argumentos hará aceptable socialmente su solución final.

Hasta aquí se presenta la propuesta de Perelman sobre el problema de los casos difíciles y sobre la forma en que se justifica las decisiones de los jueces a la hora de proponer soluciones para dichos casos. En lo que sigue, con el fin de ilustrar lo expuesto, se hará la revisión de la forma como los jueces del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga resuelven casos actuando como jueces de tutela, en casos en donde existe colisión de premisas y de la forma en que enlazan dichas premisas mediante las técnicas argumentativas.

### **3. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE CH. PERELMAN: ANÁLISIS DE LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES EN CASOS CONTROVERTIDOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

Con el marco que antecede se ha caracterizado la teoría de la argumentación de Perelman y su aplicación al campo de la argumentación jurídica. Se ha defendido la posición según la cual hablar de “casos difíciles” en Perelman es hablar de casos en donde existe colisión de premisas.

No se debe perder de vista que la teoría de Perelman, como él mismo lo advierte, es una teoría descriptiva sobre el funcionamiento del proceso de argumentación en las decisiones judiciales. Pues bien, lo que se desarrollará en este apartado es la aplicación de esa teoría descriptiva a eventos en donde el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, en sus salas de decisión, ha actuado como juez de tutela para dar solución a casos que, a partir de la caracterización que se expuso, constituyen casos de colisión de premisas.

En lo que sigue se presentará de manera muy breve la metodología adoptada para posteriormente pasar a describir los hallazgos obtenidos.

#### **3.1. EL MÉTODO DE ANÁLISIS PROPUESTO.**

En términos generales, la investigación propuso elaborar una reconstrucción de las premisas de la argumentación y de las técnicas argumentativas empleadas en ciertas decisiones del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga. Las decisiones analizadas tienen que ver con la solución dada por el Tribunal a casos



en los que existe colisión de premisas. Esta reconstrucción, como se señaló anteriormente, tendrá como base las teorías que sobre argumentación y argumentación jurídica se pueden identificar en el Filósofo del Derecho Chaïm Perelman. En un primer momento, se realizó una lectura de los principales textos de Perelman con el fin de realizar una estructuración sistemática de los elementos fundamentales de su teoría de la argumentación. Esta lectura permitió identificar aquellos elementos que, dentro de la obra, permiten caracterizar de forma particular la teoría de la argumentación jurídica de dicho autor.

Lo que son las premisas y las técnicas argumentativas y la forma en que se emplean con el fin de lograr que un discurso sea eficaz fue expuesto en el primer capítulo, relacionando dichas teorías con algunos ejemplos de la realidad jurídica colombiana.

Una vez agotada esta instancia se rastreó y reconstruyó, en Perelman, una conceptualización de lo que sería un “caso difícil” a partir de sus teorías. Se tomaron algunas nociones de este concepto para reconstruir el estado de la discusión a partir de autores contemporáneos, con el fin de diferenciar las diversas construcciones conceptuales en torno al problema de la definición de los casos difíciles y así distinguir la nota particular del concepto que se puede construir a partir de los textos de Perelman, de los cuales, finalmente, se pudo caracterizar un concepto ajustado a la hipótesis que se sostenía según la cual en Perelman más que de casos difíciles se alude a casos de colisión de premisas.

De esta caracterización se pudo establecer:

1. La distinción de casos difíciles o de casos fáciles es una distinción que no opera en el vacío. Ésto hace que buena parte de la discusión en torno a este asunto se considere inocua desde la teoría de Perelman.

2. Más que problemas de existencia o no de norma a aplicar en determinados casos, lo que existe es un conflicto de interpretación de las normas aplicables a un caso concreto y de los hechos de ese caso concreto.
3. Los casos controvertidos son casos de colisión de premisas, en donde los diferentes sujetos participantes del discurso parten de interpretaciones, de premisas y de técnicas que les hacen sustentar y proponer soluciones diferentes a un mismo caso y que generan una carga de argumentación mayor.

Con estos elementos definidos se pasa a revisar algunas decisiones que ha adoptado el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga. Luego de algunas entrevistas no estructuradas a jueces, Magistrados, a las personas encargadas de la Relatoría del Tribunal, a algunos funcionarios de las secretarías de las Salas, Civil y de Familia, Laboral y Penal y de revisar los archivos en donde reposan los fallos de instancia se determinó:

1. Existe una opinión generalizada en torno a que los Magistrados del Tribunal han venido progresivamente adoptando las líneas de decisión en torno a los precedentes constitucionales propuestos por la Corte Constitucional en materia de tutela.
2. Las salas del Tribunal que resuelven tutelas son salas en donde generalmente se adopta con un altísimo grado de acuerdo la propuesta de ponencia que presenta el Magistrado que hace las veces de Magistrado ponente.
3. La situación expuesta hace que existan acuerdos tácitos que se hacen expresos con la firma de las sentencias por parte de los Magistrados de las salas de conocimiento, en la forma de interpretar las normas, los hechos y las peticiones de las partes como nota predominante en la actividad judicial de Tribunal.

Desde ahí se tomó como criterio de selección de los fallos a revisar, con el fin de describir la argumentación de los Magistrados, la selección de casos en los que existiera salvamento de voto por parte de alguno de los Magistrados de la sala de decisión, que para el caso de las acciones de tutela está integrada por tres Magistrados. Ya que existe un progresivo acatamiento de los precedentes y no existe mucha discusión en las salas para fallar tutelas, los posibles casos en donde se puede evidenciar la existencia de colisión de premisas por parte de los Magistrados son aquellos en donde se rompe el nombrado acuerdo y uno de los Magistrados resuelve salvar su voto y disentir del acuerdo en el que tan apaciblemente se encuentra la sala en la mayoría de los casos.

En este punto se debe también aclarar que se optó por revisar fallos de tutela, por considerar que las posibilidades de encontrar conflictos de interpretación y choque de premisas de las que parten los intervinientes son mayores, pues cuando el juez ordinario está investido de la calidad de juez constitucional, ingresa a un área en donde tiene mayor libertad para escoger ingredientes normativos que considera necesarios para apoyar su decisión. Así, de manera más diversa puede vincular con mayor confianza principios, normas constitucionales, normas internacionales, lo cual amplía la posibilidad de que las premisas de las que se partan entren en colisión.

Con estos criterios se revisaron los archivos digitales de los últimos tres años (2007-2009) y se encontraron cuatro fallos en donde algún Magistrado salva su voto, e incluso uno de ellos constituye un fallo en donde se derrotó la ponencia presentada por quien inicialmente fue designado como Magistrado ponente.

La investigación propone analizar un muestreo de tipo no probabilístico, por lo que considera que el número de fallos encontrados es suficiente para el análisis propuesto. La relevancia de la muestra radica no en hacer generalizaciones sobre cómo argumentan los jueces en el tribunal, sino de poder realizar una

profundización y estudio de esos casos en particular, con sus peculiaridades y con el reto que representan.

Las reflexiones que se presentan constituyen el fruto de una detallada revisión de cada una de los fallos y los salvamentos con el fin de describir, a partir de la teoría de la argumentación de Perelman, el ejercicio de argumentación que realizan los Magistrados en esos casos mediante la identificación de las premisas y técnicas de la argumentación empleadas.

Ahora bien, es pertinente aclarar que la identificación de premisas y técnicas en el discurso no quiere decir que los Magistrados conozcan y apliquen, o desconozcan e inapliquen, la teoría de Perelman. Lo que se propone hacer es mostrar cómo la teoría de Perelman permite describir la actividad judicial del Tribunal regional. Como se dijo anteriormente, la teoría de la argumentación de Perelman es netamente descriptiva, siendo apenas una prescripción la de que todo orador debe adaptarla a su auditorio.

El no haber encontrado otros pronunciamientos recientes de las Salas del Tribunal, aparte de los encontrados, no constituye obstáculo alguno para el análisis propuesto, ya que de lo que se trata es de realizar un estudio detallado de cada uno de los discursos encontrados, en donde se pueda reconstruir y describir el proceso de argumentación que justifica la decisión tomada. Así, los cuatro discursos que se analizan, que resuelven tres casos controvertidos, son, cada uno, una pieza muy valiosa para identificar en la jurisprudencia regional esas premisas y técnicas que Perelman observó en su investigación.

En lo que sigue entonces se pasará al análisis de los casos identificados en las salas. Los casos se presentarán en el orden cronológico en el que se promulgaron los fallos.

### **3.2 PRIMER CASO: PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL. (SALA PENAL).**

De la revisión de los fallos de tutela proferidos por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga se identificó una sentencia con fecha del 17 de mayo de 2007. En dicho pronunciamiento la Sala debió resolver en primera instancia la acción de tutela interpuesta por tres condenados por el delito de extorsión en grado de tentativa, contra el auto proferido por el un juez penal del circuito especializado de Bucaramanga. El auto acusado de vulnerar los derechos de los condenados, negó la solicitud que estos presentaron en torno al otorgamiento de la libertad provisional. La acción de tutela contra el auto se sustentaba en que para los accionantes el juez no aplicó la norma que les resultaba más favorable, sino que aplicó la norma vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos. Los accionantes consideran que con el pronunciamiento del juzgado accionado se les vulneran sus derechos a la libertad, a la igualdad y al debido proceso. Los accionantes citan apartados de un fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia en donde se propone como criterio para la selección de la norma aplicable el principio de favorabilidad.

El conflicto se presenta por la determinación de la norma aplicable al caso y por la definición del criterio que debe guiar la aplicación del principio de favorabilidad, que, en últimas, es el principio que permite resolver la cuestión en torno a cuál debe ser la norma aplicable. Sobre el conflicto en cuestión existen dos posiciones:

-La primera sostenida por el accionado. El juez aplica el artículo 5 de la Ley 890 de 2004, que señala que podrá a concederse la libertad condicional en los eventos en que:

1. Se haya cumplido las dos terceras partes de la pena.

2. El condenado mantenga buena conducta durante su permanencia en el establecimiento penitenciario, lo que hace suponer que no es necesario continuar con la ejecución de la pena.
3. Se haya hecho el pago total de la multa impuesta en la condena.
4. Se haya reparado a la víctima.

Ahora bien, en la Sentencia C-823 de 2005, la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad del último requisito a que se interprete bajo el entendido de que si el condenado demuestra su estado de insolvencia, el no pago de la reparación a la víctima no puede ser tomado como elemento para negar la concesión del subrogado de la libertad condicional. El juez incluye esta condición cuando aplica la norma en el caso.

-La segunda, sustentada por los accionantes, quienes reclaman la aplicación del artículo 64 de la Ley 599 de 2000, en donde se exigía para la concesión del subrogado de la libertad condicional a condenados por penas mayores a tres años:

1. Haber cumplido las tres quintas partes de la condena.
2. Haber mantenido buena conducta durante su reclusión, comportamiento que haga inferir que no es necesario continuar con la ejecución de la pena.

El juez accionado estima que no es procedente la acción de tutela interpuesta pues considera que realizó una correcta aplicación de las normas del caso ya que la legislación del 2004 propone su aplicación para los delitos cometidos a partir del 1 de enero de 2005. Además, propone como respuesta a la tutela, que los accionados han solicitado en varias ocasiones el subrogado el cual ha sido negado en consideración no sólo a lo dispuesto por la norma del 2004, sino a lo señalado por la Corte Suprema en providencia de tutela número 23.322.

Con base en esas dos razones el juez accionado negó las solicitudes de dos de los accionantes, pues no cumplían con el requisito del tiempo de reclusión que indica que debe purgarse las dos terceras partes de la pena, ni con los demás requisitos. Con relación a la solicitud del tercer accionante, el accionado manifiesta que su solicitud fue concedida luego de que se diera a la tarea de comprobar, previa solicitud del condenado, que el solicitante no tenía recursos económicos para sufragar el pago de la multa y de los perjuicios morales. En este caso aplicó entonces la condición que consagró la Corte Constitucional en la revisión que de la constitucionalidad de la norma hiciera y concedió la libertad.

Los accionantes consideran que la aplicación de la norma del 2004 hace más gravosa su situación y que el auto proferido por el juez en donde se niega su solicitud desconoce el principio de favorabilidad que ha sido reconocido en otros pronunciamientos de la Corte Suprema.

La Sala Penal del Tribunal avoca el conocimiento de la acción y resuelve negar por improcedente el amparo solicitado con base en las siguientes consideraciones:

1. La tutela contra decisiones judiciales sólo opera cuando existe una actuación arbitraria del juez o se desborda en la aplicación de la ley, lo cual no se da en el presente caso, pues el funcionario obró conforme a los dictados del artículo 5 de la Ley 890 de 2004 y el artículo 11 de la Ley 733, en donde se excluye de manera expresa la aplicación del subrogado solicitado por los accionantes a varios delitos, entre ellos el delito de extorsión, delito por el cual fueron condenados los accionantes. Para la Sala la negativa del juez se ajusta a la norma, pues éste verificó que efectivamente dos de los condenados no cumplían con el requisito de las dos terceras partes ni con el pago de la multa y la reparación a las víctimas, que es la exigencia de la norma.

En este caso la Sala acude a una premisa de verdad, en tanto toma como vigente y aplicable la norma que propone los requisitos aplicados por el juez para la concesión del subrogado. La aplicación de esta norma es tomada por la Sala como una aplicación objetiva que, como tal, se impone a todos; es una verdad, luego no cabe duda de la corrección en su aplicación.

2. Para la Sala, el juez especializado resolvió la solicitud de los accionantes:

(...) con sujeción a su criterio y convicción jurídica, y a la vez, acatando una decisión de la H. Corte Suprema de Justicia, (...) y su decisión no es arbitraria por no haber acogido la tesis sentada por la misma corporación en providencia del 26 de marzo del presente año, en el expediente con radicación T-29.812 sobre la aplicación del artículo 64 del C.P. por favorabilidad para quienes no tenían derecho a beneficios en virtud de la Ley 733 de 2002<sup>71</sup>.

La Sala cita apartados de la Sentencia que no fue acatada por el juez en donde la Corte señala que sí es procedente aplicar la norma del 2000 a los actores, pues al derogarse el artículo 11 de la Ley 733 del 2002 que restringía la aplicación de subrogados, el juez se debe regir por lo dispuesto por las normas vigentes al momento de emitirse el fallo, “máxime si éstas son más favorables que las expedidas con posterioridad y que regulan los mismos aspectos”<sup>72</sup>.

En este caso la Sala tiene como fundamento el uso de una disociación para mostrar como es posible separarse de un argumento de la Corte Suprema y en lugar de esa regla, aplicar otra distinta. La Sala muestra que no es necesario que el Juez haya tomado en cuenta como necesaria la relación entre el caso y la posición de la Corte Suprema que no acoge. Se puede describir el argumento de

---

<sup>71</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Penal, Tutela de primera instancia Radicado 2007-119, p. 5.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 6.



la Sala como una consideración en torno a que no existe un enlace admitido o deseado entre el caso y la decisión de la Corte que desecha el juez; se puede entender que nada justifica que exista una relación necesaria o una influencia necesaria entre la decisión descartada de la Corte y el caso concreto examinado. Esa decisión no acatada puede ser considerada como irrelevante para el caso concreto.

3. Para la Sala, la decisión del Juez especializado acude a razones “objetivas, de ponderación, razonabilidad y de igualdad, así como a principios de la hermenéutica jurídica relacionados con criterios gramaticales, históricos, teleológicos y sistemáticos”<sup>73</sup>, y es ajustada al orden constitucional y legal al no tener en cuenta la sentencia T-29.812 sino el precedente jurisprudencial señalado por la Corte Suprema en la T-23.322 en donde se señalan como requisitos para la aplicación del principio de favorabilidad:

1. Que exista un tránsito de normas
2. Que se dé el fenómeno de la coexistencia de normas en la regulación de un caso

Para la Sala en el caso que se resuelve no se da ninguno de los dos requisitos señalados por la Corte, pues:

a. Los hechos se consumaron en vigencia del artículo 11 de la Ley 733 del 2002, que como se anotó restringía el otorgamiento de subrogados al delito de extorsión y en vigencia del artículo 5 de la ley 890 del 2004, que impone los requisitos ya señalados para conceder el subrogado.

El artículo 64 de la Ley 600 de 2000 no tuvo vigencia durante la comisión de los hechos por los que se condenaron a los accionantes ni durante el proceso, pues

---

<sup>73</sup> Ibid.

su aplicación estaba prohibida por el artículo 11 de la Ley 733 del 2002, y desapareció cuando entró en vigencia el 1 de enero de 2005 la ley del 2004. De ahí se sigue que el artículo 64 de la Ley 890 del 2004, no tuvo vigencia durante la comisión del delito y existencia del contrato, de lo que se sigue que no existió tránsito de legislación, luego no puede predicarse la aplicación de la favorabilidad por el primer supuesto contemplado.

b. Tampoco se trató de un caso de coexistencia de legislaciones entre las normas del 2004 y 2000, pues las dos normas no regulaban de manera simultánea una misma institución jurídica de manera diferente por cinco razones:

- i. Los cinco primeros artículos de la ley del 2004 se refieren a reglas generales del derecho penal y sistema acusatorio
- ii. Las reglas contempladas no son exclusivas del sistema acusatorio
- iii. Los artículos posteriores al 6 tiene aplicación restrictiva según la jurisprudencia
- iv. No se reguló asuntos referidos a la libertad condicional
- v. La regulación especial de la materia es la proferida en el 2004 y ese debe ser el criterio de aplicación

Para la Sala, al no cumplirse los dos requisitos previstos, no se debe aplicar el criterio de favorabilidad.

En este caso se construye una argumentación en la que las normas se toman como premisas de verdad (indiscutibles) y se enlazan dichas premisas a través de la argumentación por el ejemplo, pues se toma como criterio lo señalado por la Corte Suprema. Al criterio de la Corte Suprema, se le da un valor irrefutable, no se discute su verdad, por eso la Sala lo toma como referente que funda una regla nueva aplicable al caso concreto que se analiza.

4. La Sala recurre a enlazar las premisas normativas propuestas, tomadas como premisas de verdad, a partir de la técnica cuasilógica de la regla de justicia, al señalar el error en que se incurriría al dar un trato diferente a dos sujetos homologables.

Para la Sala si en unos casos se aplica dicho principio y en otros no, se vulneraría el derecho a la igualdad:

(...) pues si dos personas comenten una tentativa de extorsión el 1º de enero de 2005, una en Bucaramanga y la otra en Bogotá, sin haber existido tránsito de legislaciones ni coexistencia de regímenes jurídicos, como quedó demostrado, van a ser tratadas de manera diferente, respecto de un mismo instituto jurídico, la libertad condicional, sin que esa diferencia esté determinada por criterios objetivos y razonables, y en este caso, para tal evento no se presentan estos, la diversa solución parte de una inexistente favorabilidad<sup>74</sup>.

La técnica parte del supuesto de que es posible identificar a dos seres, (quien comete la tentativa en Bucaramanga y quien la comete en Bogotá). Si esto es así, es posible que las afirmaciones que se refieren a uno puedan hacerse con relación al otro. Esto hace que sea necesario darle un trato igual a los dos seres, pues se trata de seres idénticos, máxime cuando no existe una razón para tratarlos de manera diferente. Según esto, es injusto entonces hacer lo contrario, darles un trato diferente cuando no hay razones que justifiquen dicha diferenciación.

Por estas razones considera la Sala no procede la acción de tutela invocada por dos de los actores, y agrega como último argumento para defender su posición, el hecho de que la pretensión de los actores no sea otra que:

---

<sup>74</sup> Ibid., p. 8

(...) cuestionar criterios jurídicos del operador judicial obtenidos a partir de las reglas de la hermenéutica, buscando que a través de la tutela la Corte entre a optar una de las tesis esgrimidas, bien la de los accionantes o la del juez demandado, aspecto que no es el objeto de la acción pública, pues en este caso no existió arbitrariedad ni irrazonabilidad en el juicio del señor juez<sup>75</sup>.

Esta última afirmación de la Sala es bastante llamativa, pues constituye una negación de cómo se entiende el ejercicio de argumentación que se desarrolla en el proceso de toma de decisión en la instancia judicial en la que las partes se enfrentan. Desde la teoría que sirve de marco a esta investigación, las partes en un litigio intentan persuadir al juez de que su tesis es la más acertada para la solución del caso. Pareciera que la Sala considerara que la persuasión que busca lograr en el juzgador cada una de las partes es un ejercicio ilegítimo o sencillamente no es el ejercicio que debe hacerse en los procesos de tutela.

El Magistrado que salva su voto inicialmente fue el Magistrado designado como ponente y su ponencia no fue aceptada por la mayoría, razón por la cual se designó nuevo ponente. La posición derrotada fue expuesta por el Magistrado en su salvamento de voto en donde expone las razones de su separación.

En el salvamento el Magistrado sostiene como razones de su posición disidente de la mayoría y que lo llevan a defender la tesis de que la tutela debió concederse a favor de los accionantes las siguientes:

1. Que el juez especializado debió resolver acogiendo la solicitud de libertad de los condenados, aplicando de manera favorable el artículo 64 de la Ley 599 de 2000. Si bien el artículo 5 de la Ley 890 del 2004 derogó tácitamente la prohibición que se establecía en la Ley 733 de 2002, permitiendo la concesión de la libertad como

---

<sup>75</sup> Ibid.

subrogado, la norma del 2004 hizo más exigentes los requisitos para su otorgamiento en todos los delitos, aumentó el tiempo requerido de cumplimiento de la pena y lo condicionó además al pago de la multa y de los perjuicios a la víctima. La norma del 2004 señaló como período de aplicación a partir del 1 de enero de 2005, lo que implica una exclusión de los eventos ocurridos antes de la fecha a no ser que se apliquen por principio de favorabilidad.

El Magistrado toma como premisas las normas, las cuales según se ha dicho son tomadas como verdades en el ordenamiento jurídico.

2. De igual forma el Magistrado sostiene que se debió aplicar la regla jurisprudencial de la Corte Suprema esbozada en la Tutela N° 29812 con fecha del 26 de marzo del 2007 en donde la Corte señaló que era preciso aplicar la norma que resultara más favorable a los condenados y que indiscutiblemente la norma más favorable es la del artículo 64 de la Ley 890 de 2004, pues la norma de manera original no consagraba la necesidad de hacer el pago de la multa ni los perjuicios a la víctima como requisito para conceder la libertad condicional. Sobre el particular señala la Corte, en cita que recoge el Magistrado en su salvamento, que “nada se opone a aplicar lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Política, puesto que dicho precepto ordena aplicar de preferencia en materia penal la ley permisiva o favorable”<sup>76</sup>. En este caso la norma favorable es la que no exigía el pago de la multa y los perjuicios, por lo que resulta más favorable aplicar la norma del 2000 que regula los mismos aspectos.

En el mismo sentido el Magistrado que salva su voto cita a la Corte Suprema en el proceso N° 16.186 del 2003 en el que la Corte señala como en diversas oportunidades ha reiterado que “las normas procedimentales y de procedimiento penal se pueden combinar o conjugar, entre sí y con otras, en búsqueda de la regulación más favorable al implicado, bajo la condición que se aplique siempre lo

---

<sup>76</sup> Ibid., p. 12.

que haya dicho el legislador, no lo que a bien tenga idear el funcionario judicial”<sup>77</sup>. Para la Corte negar la libertad teniendo como argumentos que no se ha sufragado la multa o la reparación a la víctima vulnera derechos de los condenados, pues el Estado y las partes cuentan con otras vías para ejecutar el cobro de lo debido, como se trata de la vía civil.

En este caso el Magistrado que salva su voto también apela a argumentar por el ejemplo, tomando decisiones de la Corte Suprema que se aplicarían a casos semejantes.

3. El Magistrado que salva su voto encuentra que es posible aplicar la norma del 2000 toda vez que no había sido derogada sino solo suspendida. Para el presente caso la norma resulta aplicable ya que los hechos delictivos sucedieron en el 2003, en vigencia de la norma del 2000. Dicha norma se aplicaba para otros tipos penales, incluso de mayor gravedad que aquel por el cual resultaron condenados los accionantes.

Esta consideración se puede identificar con una premisa de hecho, al señalar que la comisión del delito se hizo en una fecha determinada, fecha que resulta indiscutible y que ninguna de las partes ha puesto en duda.

El Magistrado enlaza sus premisas con una técnica de pesos y medidas al señalar que si unas personas merecen un trato benevolente habiendo cometido actos peores, por qué en este caso los accionantes no pueden recibir un mejor trato cuando su delito es menos grave.

Esta técnica cuasilógica, de tipo cuasi matemático, tiene como principio base la comparación. Lo que hace el Magistrado sin duda es una comparación, que le sirve para hacer notorio el contraste que se genera al dar un trato benevolente a

---

<sup>77</sup> Ibid.

sujetos que han cometido delitos graves y negarlo a quienes han cometido delitos menores. Para el Magistrado no se justifica, si se comparan los sujetos, el dar un trato diferente cuando se puede dar el beneficio.

Este caso es interesante en tanto las partes presentan tesis diferentes para solucionar el mismo caso, tesis controvertidas, pero en su mayoría se sustentan en el mismo tipo de premisas. Pese a esto el Magistrado disidente propone una solución más garantista al incluir como premisa de verdad el artículo 29 de la Constitución en el que se consagra el principio de favorabilidad y como el derecho al debido proceso incluye el que se tome la ley penal más favorable para las partes. La fuerza que le imprime la posición disidente a esta premisa hace que se oriente la decisión en otro sentido. Esta consideración puede entenderse como una aplicación de una técnica de peso en la que se le da mayor relevancia y valor a la aplicación de las normas Constitucionales, pues al compararlas con las demás normas tiene un carácter superior y su aplicación debe ser prevalente.

### **3.3. SEGUNDO CASO: COLISIÓN DE PREMISAS EN TORNO AL AMPARO IMPETRADO POR LOS PETICIONARIOS EN EL ESCRITO DE TUTELA. (SALA CIVIL).**

De la revisión de los fallos de tutela proferidos por la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga se identificaron dos sentencias con fechas del 28 de febrero y del 7 de marzo de 2008. En dichos pronunciamientos la Sala debió resolver en primera instancia dos solicitudes de amparo presentadas por dos ciudadanos, que solicitaban la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y “al principio de favorabilidad”.

Los hechos puestos bajo el conocimiento de la Sala son uniformes en las dos acciones y se refieren al conflicto que existe entre algunos trabajadores y su

empleador, persona jurídica de derecho privado, por el incremento salarial que reclaman los primeros.

Las dos personas que actúan como accionantes en los fallos bajo análisis, así como otros trabajadores, solicitaron al juez de tutela en una oportunidad anterior, la protección de su derecho a la movilidad salarial y al derecho a la asociación sindical. Estos derechos, consideran los accionantes, son vulnerados por el empleador ante la negativa de éste de incrementar su salario conforme a la convención colectiva, negativa que según los accionantes acarrea la pérdida de capacidad adquisitiva de su salario.

La solicitud de amparo se presentó luego de que las negociaciones para llegar a un acuerdo fracasaron. Dichas tutelas fueron resueltas por diferentes jueces en diferentes sentidos, lo que llevó a que unas peticiones fueran negadas y otras concedidas.

Producto de estas decisiones que conceden el amparo solicitado, el empleador incrementó los salarios de unos trabajadores y de otros no. Ante esta situación, los interesados solicitaron al empleador mediante un derecho de petición el incremento salarial en virtud del derecho a la igualdad. En dicha solicitud le piden al empleador que acoja el fallo que resultó más favorable y que concedió el amparo a otros trabajadores.

La solicitud de incremento salarial fue nuevamente negada. Esta negativa llevó a que los accionantes incoaran nuevamente la acción de tutela contra su empleador con el fin de proteger su derecho a la igualdad de trato frente a la petición de incrementar su salario.

Los accionantes citan como argumento para su solicitud el pronunciamiento de un juez de tutela que concedió el amparo a uno de sus compañeros de trabajo,



accionante en el primer grupo de tutelas y que le hizo merecedor del incremento salarial. Los accionantes de la segunda tutela reclaman la aplicación del mismo criterio para aumentar el salario en todos los casos, con el fin de que no exista una situación injustificada de trato desigual.

El juzgado municipal a quien se adjudica el conocimiento de la tutela en un primer momento, resuelve declararse incompetente desde el punto de vista funcional, pues interpreta que la acción de tutela va dirigida contra los jueces de instancia que conocieron de la acción de tutela que presentó el mismo actor en la primera oportunidad que solicitó el amparo y que le negó la protección. Esto de inmediato trae como consecuencia que al valorarse que la acción va dirigida contra el juez municipal y del circuito que conocieron de la acción anterior, el competente sea el Tribunal. Bajo esta premisa el juez municipal se declara incompetente y la acción es remitida al Tribunal, quien avoca el conocimiento de la segunda acción que inician los aquí demandantes.

En el primer caso, el Tribunal, con base en la afirmación del accionante en su escrito de tutela, en donde afirma que “se busca con esta acción el amparo de los derechos fundamentales que han sido desconocidos por la empleadora y algunos señores Jueces Municipales y de Circuito, en cuanto, a la igualdad y la favorabilidad”<sup>78</sup>, resolvió vincular a los juzgados que conocieron de la primera acción impetrada por el accionante.

En el segundo fallo objeto de análisis, la Sala, bajo la misma consideración, es decir, presumiendo que la acción va también contra los jueces de instancia, resuelve vincular de oficio a los juzgados de conocimiento de la primera y segunda instancia de la primera acción de tutela presentada por el otro accionante.

---

<sup>78</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia, Tutela de primera instancia Radicado 062/08, p. 4

En ambos casos, la Sala presume que los accionantes reclaman la condena del empleador y además la de los jueces que les negaron las tutelas en primera instancia con base en el reproche general que hacen de los jueces que no concedieron los amparos solicitados.

Se considera que la premisa que sustenta la posición de la Sala es una presunción, que es una premisa sobre lo real, pues no goza de la misma seguridad de la que gozan los hechos. Prueba de ello es que como se mostrará más adelante, dicha interpretación de lo pedido por los accionados es lo que ocasiona el desacuerdo en la Sala. La posición mayoritaria presume que la tutela se impetra contra los jueces de instancia que resuelven y niegan la primera tutela y tienen una razón bastante aceptable para considerarlo y para que los demás también adhieran a dicha consideración y es la afirmación que hace el accionante en su escrito en donde reprocha la decisión de los jueces que negaron las tutelas. Sin embargo, ésta es una presunción pues, la adhesión no es tan fuerte, y existen otros elementos que pueden refutar su acierto, como es el hecho de que la petición va dirigida a que se ordene al empleador que incremente el salario y no que se ordene revocar las sentencias proferidas.

La Sala presumió que se trataba de una tutela, contra los fallos de tutela pues entiende que suele ocurrir que cuando en un proceso de tutela se emite algún reproche por una conducta presuntamente vulneratoria de derechos, sobre quien rece el reproche sea la persona accionada. De ahí que tome como punto de partida ese reproche para afirmar que la tutela es contra los fallos de esos jueces a quienes se acusa de desconocer derechos fundamentales. A partir de ahí se construye la argumentación de la Sala para declarar improcedente el amparo, declaratoria de improcedencia que suscitó que un Magistrado salvara su voto y presenta razones en contra de dicha presunción.

La mayoría de la Sala resuelve negar el amparo solicitado en los dos casos, bajo la consideración de que las acciones promovidas constituyen una tutela contra sentencia judicial, no siendo este un asunto problemático, de no ser porque la sentencia presuntamente atacada en este caso es otro fallo de tutela y que la posibilidad de incoar una acción de tutela contra un fallo de tutela está excluida.

La exclusión de la posibilidad de interponer tutela contra fallos de tutela la sustenta la Sala de lo expuesto por la Corte Constitucional en varios pronunciamientos. La Corte ha señalado que ante la comisión de un error por parte del juez de instancia en la solución de un conflicto que llegue a su conocimiento a través de la acción de tutela, la vía del afectado es elevar una petición ante la Corte Constitucional, para que eventualmente revise el fallo de los jueces de instancia.

La posibilidad de iniciar una tutela contra un fallo de tutela, considera la Sala, constituiría un atentado contra la seguridad jurídica. La Sala toma como precedente la reiterada posición de la Corte Constitucional frente a la imposibilidad de iniciar una acción de tutela contra fallos que resuelven tutelas.

En este caso, se puede observar que la Sala hace uso de técnicas que fundan la estructura de lo real, al tener en cuenta un caso concreto que ya ha sido resuelto, para reforzar la posición que defiende en el caso presente. Se emplean dos casos de esta técnica del grupo de las que se refieren al caso particular:

1. Un argumento por el caso particular del ejemplo. Se acepta que la regla propuesta por la Corte Constitucional en torno a la prohibición de la tutela contra sentencias de tutela, constituye una regla que puede operar en todos los casos en los que un actor pretenda incoar una acción de este tipo, pues de hacerlo se pondría en riesgo la seguridad jurídica.

2. También se puede afirmar que cuando la Sala se refiere a la posición que “en reiteradas ocasiones” ha mantenido la Corte Constitucional, argumenta haciendo uso de otro caso particular de argumento que funda la estructura de lo real: la ilustración. La Sala busca reforzar la adhesión por la tesis que defiende mostrando como la Corte Constitucional ya posee una regla para resolver estos casos, y que dicha regla es conocida y admitida por el auditorio. Un auditorio, sea preciso decirlo, construye la Sala, que acepta que los precedentes de la Corte Constitucional deben acogerse.

Ahora bien, la colisión que se presenta y que da origen al salvamento de voto del Magistrado disidente radica, como ya se dijo, en la interpretación que hace la Sala de los sujetos accionados. Para el Magistrado que salva su voto no es cierto que los accionantes propongan la acción contra los jueces de instancia que negaron sus tutelas y argumenta para defender esa tesis.

Para el Magistrado que salva su voto, el accionante sólo reclama la protección de su derecho a recibir un trato semejante al que recibieron los trabajadores cuyas acciones prosperaron y solicita que se ordene al empleador que cumpla lo ordenado en el “mejor fallo” de tutela que sí concedió los derechos solicitados.

Bajo esa lectura de lo solicitado en el escrito de tutela el Magistrado que salva su voto y se aparta de la decisión mayoritaria considera que el Tribunal no es competente para avocar el conocimiento de la acción y pronunciar un fallo sobre la misma. Se controvierte entonces la presunción de que se trate de un fallo contra sentencia de tutela y se propone como interpretación a la acción promovida el hecho de que el Tribunal no es competente, pues al impetrarse la acción contra particulares la competencia le corresponde a un juez municipal. Se proponen entonces dos premisas de lo real. Una referida a los hechos: para el Magistrado ponente es indiscutible que la alusión que hace el accionante de los jueces se hace sólo para narrar la situación fáctica, y que el hecho que salta a la vista es el

trato desigual que se ha generado en la empresa por culpa del empleador. Y una premisa de verdad, como es el indiscutible criterio que para efectos de reparto en materia de tutelas contra particulares se ha dado a los jueces municipales, con el fin de ordenar la distribución de las acciones de tutela entre los jueces de un distrito.

Ahora bien, esta colisión implica que el Magistrado que salva su voto tampoco esté de acuerdo con la respuesta que se da al accionante que reclama el amparo de sus derechos, pues la posición mayoritaria no ampara la solicitud por considerar que se trata de una tutela contra un fallo de tutela.

La posición del Magistrado que salva su voto indicaría entonces que lo que debe resolverse es la petición de amparar el derecho a la igualdad de los trabajadores, presuntamente vulnerado por su empleador al dar un trato diferente frente al incremento de salarios que otorgó a favor de unos trabajadores y no de todos.

Para el Magistrado que salva su voto lo que debió haber sido tenido en cuenta es una premisa de hecho que indica de manera incontrovertible que se debió resolver el problema que plantea ante al juez de tutela el accionante y es que se generó un estado de cosas desigual entre los trabajadores: “Para el ciudadano (...) el hecho de haber sido unos fallos de tutela favorables a las pretensiones de sus compañeros y otros desfavorables, ha propiciado un trato desigualitario entre trabajadores por parte de la empresa, que es necesario corregir a través de la presente acción de tutela”<sup>79</sup>

En este caso analizado se puede evidenciar el conflicto que expone Perelman cuando describe el uso que se da a las premisas de hechos frente a otras premisas que tiene menor grado de aceptación. Analizar un caso tomando como punto de partida una presunción implica que la solución final que se propone

---

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 10

pueda tener menos aceptación en tanto existe un menor acuerdo o aceptación de la premisa que le sirve de sustento.

Este resulta ser un caso bastante interesante ya que el accionante impugnó el fallo. La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, al recibir el fallo y realizar una observación premilitar del caso, resuelve emitir un auto en el que declara que la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, ha incurrido en una causal de nulidad en el trámite que dio a la acción de tutela, que ahora llega a su conocimiento, por lo que considera que se deben adoptar correctivos para desatar el yerro.

Para la Corte, de la lectura detallada a la que se sometió el escrito de tutela se sigue:

(...) que el promotor la encausa solamente contra la entidad arriba citada, (la persona jurídica de derecho privado) pues de ello dan cuenta su encabezamiento, los hechos y el acápite titulado “petición”, y para ratificar ese querer inicial en el escrito de impugnación vuelve y lo recuerda de manera expresa; de modo, que si en los argumentos de facto se mencionó a los Juzgados que conocieron en primera y segunda instancia de las tutelas que con antelación promovieron él y María Herminia Macias no fue con el propósito de vincularlos en calidad de accionados, sino para informar al juez constitucional del porqué se le debe aplicar el fallo que le benefició a su compañera de trabajo antes citada y no el que se emitió en su contra<sup>80</sup>

Para la Sala de la Corte, no se encuentra que exista reproche alguno sobre los fallos de instancia que hagan presumir que se trataba de una tutela contra sentencias. Se encuentra entonces que la Sala tomo como un hecho, el que el

---

<sup>80</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto con fecha del 2 de abril de 2008, Expediente: 68001-22-13-000-2008-00062-01, p. 2.

accionante haga referencia en su escrito de tutela las decisiones de los jueces de instancia que negaron la primera tutela interpuesta por él. Esta se considera como una premisa de hecho pues resulta indiscutible, el que los jueces de instancia resolvieron el amparo solicitado por el nuevamente accionante y que el sentido del fallo fue el mencionado por el accionante. Eso no se discute, constituye un hecho que permite orientar al juzgador y así debe tomarse.

Con esto la Corte descarta la presunción que sirvió de fundamento a la Sala Civil para declarar improcedente el amparo solicitado.

La Corte toma como premisa de verdad, para sustentar su decisión de declarar la nulidad de lo actuado en el artículo 1°, numeral 1° del Decreto 1382 de 2000. La norma citada señala las condiciones para el reparto de tutela y señala que cuando la acción se promueva contra particulares debe ser repartida a los jueces municipales. La Corte toma esta premisa como indiscutible y decide aplicar dicha norma al caso afirmando que en este caso la acción de tutela estaba dirigida en su totalidad contra una persona jurídica de derecho privado, razón por la cual su conocimiento debió ser avocado por el juez municipal y no por el Tribunal.

Esta presunta falta de competencia es la que justifica, según el entender de la Corte, que exista una nulidad en el trámite que se dio al amparo solicitado, partiendo de la aplicación de otra norma, que funge como premisa de verdad, consagrada en el la nulidad por falta de competencia funcional consagrada en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 2, aplicable por su concordancia con el artículo 4° del Decreto 306 de 1992. Con base en estas premisas considera la Corte que la nulidad debe ser declarada de inmediato con el fin de que el competente puede avocarse el conocimiento del asunto y resolver como corresponde.

Con esta decisión se puede afirmar que la tesis sostenida en el salvamento de voto del magistrado disidente finalmente derrota la posición de la mayoría, cuando sostuvo que el amparo no se impetra contra los juzgadores de instancia sino contra el empleador.

La Corte Suprema en su Sala Civil, acude a premisas de hecho, al calificar el escrito de tutela y a premisa de verdad al citar las normas aplicables al caso, las cuales definen según se puede describir una irrefutable competencia en unos jueces en lugar de otros.

Con esto queda observado de manera clara la dificultad de resolver con base en presunciones las cuales son inseguras y fácilmente derrotadas cuando se enfrentan con hechos y verdades.

### **3.4 TERCER CASO: COLISIÓN DE PREMISAS EN TORNO A LA NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN Y SUS BENEFICIARIOS. (SALA LABORAL).**

De la revisión de los fallos de tutela proferidos por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga se identificó una sentencia con fecha del 30 de marzo de 2009. En dicho fallo la Sala debió resolver en segunda instancia de la impugnación presentada por Ecopetrol S.A. contra el fallo que concede la protección de los derechos al mínimo vital, al debido proceso y a la igualdad de las personas de la tercera edad de un extrabajador de esta empresa y mediante el cual se ordena a la accionada el pago de un bono pensional.

Los hechos que provocan la acción tienen que ver con la negativa de la empresa Ecopetrol S.A. de pagar la indemnización sustitutiva de pensión por los servicios prestados por el accionante desde el 26 de junio de 1953 hasta el 1 de agosto de



1966. La Empresa accionada niega la solicitud que eleva el accionante, adulto mayor de 74 años, por considerar que la obligación de pagar dicha indemnización recae sobre el Instituto de Seguros Sociales (ISS), en virtud de la suspensión provisional de la norma que le impondría dicha obligación. El accionante decide instaurar acción de tutela contra las dos entidades con el fin de que el juez determine a quién le corresponde hacer el pago.

El Juez de primera instancia concedió el amparo y ordenó a Ecopetrol S.A. hacer el pago de la indemnización sustitutiva de pensión y absolver de dicha obligación al ISS toda vez que el actor no realizó ninguna cotización en el ISS.

Para el juez de primera instancia el hecho de que Ecopetrol S.A. tenga a su cargo el pago de las pensiones de sus trabajadores implica que tiene funciones de administrador de pensiones. Esta consideración permite sustentar que, en este caso, al ex empleador le corresponde pagar la indemnización sustitutiva, pues a pesar de que el ex-trabajador no cumplió los requisitos que impone la legislación actual para merecer el pago a través del ISS, Ecopetrol S.A. debe cumplir con esta obligación. La obligación se genera en aras de asegurar el “orden justo, dignidad humana, igualdad y equidad, atendiendo a la edad del actor y lo establecido en el Decreto 1730 de 2001 referente a la indemnización sustitutiva”<sup>81</sup>.

El Juez de primera instancia ordena la protección de los derechos vulnerados con base en esta premisa de lo preferible, en donde se apela a un lugar común: el de la persona. Se toma como base una consideración que ya no toma elementos reales, sino que apela al consenso que se tiene en torno a que es preferible proteger los derechos de las personas adultas mayores cuando están en riesgo de menoscabo, aunque no exista una norma (que hace las veces de verdad) que lo sustente.

---

<sup>81</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Laboral, Tutela segunda instancia Radicado 048/09, p. 4.

En este caso se concede un valor especial al asunto bajo examen en virtud del accionante, que hace superior la protección que debe dársele por su condición de adulto mayor. En su argumentación el juez recalca el hecho de que se trata de una persona mayor, de 74 años de edad, con lo que se hace evidente que su premisa tiene que ver con las cualidades de dichas personas, en razón a su dignidad y al respeto que debe dárseles.

Ecopetrol S.A. impugna el fallo por discrepar de los “hechos” que el juzgador de primera instancia tiene como probados, a saber, la existencia de vulneración del mínimo vital y la imposibilidad del accionante de completar la cotización en pensión para ser acreedor de esta prestación.

Aquí valga señalar, que no se puede considerar que el juez muestre hechos cuando en este caso se refiere a la vulneración del mínimo vital del actor y a su imposibilidad de seguir cotizando al sistema de seguridad social en pensiones. Los hechos implican un alto grado de acuerdo y de aceptación. Aquí lo que se presenta por el juez de instancia son presunciones. El Juez presume que el no pago del bono por el accionado vulnera el derecho fundamental al mínimo vital del actor y tiene razones para hacer dicha presunción, pues se trata de un adulto mayor, que sólo recibe los ingresos que sus hijos le dan de manera voluntaria. También tiene razones para presumir el juez que si el accionante no recibe una pensión se debe a que su trabajo como conductor informal de un camión no fue suficiente como para poder cotizar a pensión. Esta presunción presentada por el juez reclamaba de una carga de la argumentación por parte del accionado para que fuera desvirtuada; lo que al final no se hizo. El accionado lo único que hace es manifestar su desacuerdo, sin proporcionar pruebas que desvirtuaran la presunción. Que no exista un alto grado de acuerdo es propio de las presunciones, pero no desvirtuarlas las deja vivas en la argumentación y no elimina la adhesión que generan en el auditorio.

La Sala Laboral del Tribunal avoca el conocimiento de la impugnación y resuelve confirmar la acción bajo dos premisas:

La primera resulta de la consideración de que el tutelante es un adulto mayor, persona cuya situación de indefensión y estado de vulnerabilidad hace apremiante la protección de sus derechos mediante la acción de tutela, pues dada su condición médica y los escasos recursos con los que cuenta sería inocua la acción que por la vía ordinaria pueda adelantar para acceder a la prestación que solicita.

Esta premisa, al igual que la que emplea el juez de primera instancia, soporta la decisión en un lugar de la persona, partiendo del reconocimiento que hace el Estado colombiano a los adultos mayores a las cualidades que poseen y que los sitúan en un estado de vulneración mayor que los demás y que a su vez refuerzan la protección que debe darse de sus derechos con el fin de que se preserve su dignidad. Los hace sujetos especiales de protección y hace que en casos en donde deba escogerse proteger o no sus derechos cuando exista duda de la fuente de origen de dicha protección, se resuelva la duda a su favor.

La segunda premisa de la que parte el juzgador de segunda instancia para confirmar en su mayoría la decisión del juez de primera instancia es una premisa de verdad. El juez decide aclarar que el tipo de remuneración que se debe dar al actor no es el inicialmente solicitado por éste, indemnización sustitutiva de pensión, sino otra, un bono pensional. Para aclarar esto, el juez parte de la identificación de la norma aplicable al caso concreto. Para la Sala la norma aplicable no es la citada por el juez de primera instancia, sino el Decreto 807 de 1994, que en su artículo 8 dispone que la empresa debe pagar un bono pensional a los servidores, que como en el caso del accionante, se retiren de la empresa sin cumplir con los requisitos para que se les reconozca la pensión.

En este caso el juzgador toma una premisa de verdad, referida a la norma que debe ser aplicable en ese caso y sobre la cual no se controvierte su vigencia, su valor vinculante y el acatamiento que deben hacer todas las autoridades de ella. El que exista controversia sobre la norma aplicable no elimina su carácter de verdad, pues no se debe perder de vista que una verdad pierde su estatus si se muestra como incompatible con otras normas (verdades) de las que se tiene una mayor seguridad o, al menos, que no se está dispuesto a abandonar tan fácilmente, lo que no sucede en este caso, pues las dos normas mantienen su vigencia, ninguna de las dos se va a excluir o a abandonar como aplicable, solo que se aplican para casos diferentes.

Ahora bien, en la argumentación de la Sala se identifica el uso de dos técnicas:

La primera tiene que ver con la justificación que hace la Sala de la procedencia de la aplicación del Decreto 807 de 1994 para resolver el amparo solicitado. Para la Sala, a pesar de que en la fecha en que el trabajador prestaba sus servicios la norma no estaba vigente, no se duda de que ésta deba ser la norma aplicable, pues en todo caso, así el trabajador cotizara o no en vigencia de la norma, tiene derecho a una compensación económica por el tiempo de servicio que prestó.

La Sala cita a la Corte Constitucional en una sentencia en la que la Corte señala que:

(...) quienes no alcanzan la edad y no pueden acceder a la pensión mínima por no completar el tiempo de servicio tienen derecho a una compensación económica, no podría afirmarse que ello depende de si cotizó en vigencia de la disposición o con antelación a ésta, pues lo que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 toma en consideración son las condiciones fácticas que impiden a los sujetos a mantener su vinculación al Sistema, hasta completar

las condiciones que dan derecho a las prestaciones por vejez y sobrevivientes<sup>82</sup>.

Esta interpretación se hace para proteger un interés superior como es el de un adulto mayor en condiciones de necesidad, así como por razones de equidad con los trabajadores que finalmente también prestaron un servicio y merecen una compensación.

Aquí la Sala recurre a una argumentación haciendo uso de una técnica que funda la estructura de lo real, en el caso particular por el ejemplo, pues la Sala toma como directriz los casos resueltos en reiteradas ocasiones por la Corte Constitucional y en donde resuelve casos similares.

La Sala finaliza su análisis retomando para su enlace una premisa de lugar de la persona, mostrando el valor de quien solicita el amparo que esta resolviendo. Para ello recalca su situación de ex-trabajador de la empresa, ahora adulto mayor, vulnerable y en estado de indefensión.

Se observa una segunda técnica cuando la posición mayoritaria manifiesta que es necesario confirmar la sentencia de primera instancia “por razones de equidad”, con lo que acude a la regla de justicia y reciprocidad, pues considera que dadas las condiciones del sujeto recurrente (que como ya se indicó se trata de una premisa de lugar común de la persona) debe darse el mismo trato que reciben quienes están afiliados.

Esta técnica hace parte del grupo de los argumentos cuasilógicos, se observa su aplicación cuando el juez supone que es posible identificar el caso del accionante que fue trabajador pero que no alcanzó a recibir una pensión (sujeto A) con el de otros trabajadores que cotizan y están afiliados al régimen de seguridad social en

---

<sup>82</sup> *Ibíd.*, p. 6. Subrayado del texto.

pensión, pero que tampoco alcanzaron a recibir una pensión (sujetos B). De los sujetos que cotizaron pero que no recibieron pensión (B) se afirma que tienen derecho a recibir la devolución de sus aportes con el fin de que tengan algunos ingresos para cubrir algunas de sus necesidades. De este sujeto accionante (A) se puede predicar que también merece que reciba algún ingreso por cuenta de lo que trabajó para que pueda cubrir algunas de sus necesidades. Tanto A como B son personas mayores que necesitan cubrir gastos y que ya no pueden trabajar ni recibir pensión. Se parte de la base, bajo estos supuestos, de que es posible y racional darle un trato igual a los dos seres por tratarse de seres idénticos. El juez manifiesta no encontrar una razón para tratarlos de manera diferente.

A y B en este caso se tornan intercambiables. En el campo de la demostración esta afirmación sería insostenible, pero no se está en dicho campo, sino en el de la argumentación, y la Sala ha justificado atendiendo a las calidades especiales de la persona, la existencia de una identificación parcial entre los dos seres que se comparan de tal forma que es preciso darles un trato igual, pues las diferencias que los separan son insignificantes y sus semejanzas, por el contrario, son esenciales en un Estado que ha resuelto proteger a los adultos mayores de manera preferente.

Al proponer que dos seres son idénticos se tiene como necesario que por justicia se les dé un trato igual o recíproco, que es lo que finalmente hace el juez.

La Magistrada que salva su voto disiente de la posición mayoritaria, y aunque pudo haberlo hecho considerado que la igualación que hizo la posición mayoritaria resultaba exagerada, lo hizo con base en premisas que constituyen lugares comunes de la esencia.

La primera constituye una defensa de la esencia de la institución de la sustitución pensional. Para la Magistrada esta figura se contempló con el fin de devolver al

trabajador los dineros que aportó como ahorro para su pensión de vejez pero que al no cumplir los requisitos no puede disfrutar de ésta, entonces merece su devolución. El análisis del caso objeto de revisión lleva a la Magistrada a defender la tesis de que el actor no tenía derecho a tal devolución, pues para la fecha en que se encontraba vinculado como trabajador de la empresa la vinculación a la seguridad social de los trabajadores correspondía al empleador, no existía el seguro social, luego no hay lugar a devolución de aportes que el trabajador no realizó. Estos hechos hacen que la Magistrada considere que conceder el amparo constituye una desnaturalización de la figura de la indemnización.

La segunda es también una defensa de la esencia o naturaleza de la acción de tutela, para la Magistrada la acción de tutela constituye un mecanismo subsidiario e inmediato, que se otorgó a las personas para que defiendan sus derechos cuando estos son vulnerados o amenazados. En el caso bajo examen señala la Magistrada el actor esperó más de 40 años para iniciar la acción que protegiera sus derechos.

Se identifican como lugares de la esencia, pues en su argumentación la Magistrada considera que no puede considerarse que lo que el accionante solicita como indemnización sustitutiva de pensión represente las características y llene los requisitos para que pueda aplicarse este instituto. De igual modo que el uso que da a la acción de tutela no es el uso característico de esta acción. La magistrada compara las dos instituciones con la situación del accionante y dicha comparación la lleva a defender la tesis según la cual las principales características de esas instituciones no se dan en la situación del accionante. Ni cotizó, elemento necesario para que se conceda la indemnización sustitutiva de pensión, ni se trata de un perjuicio cuya necesidad de evitarse sea inmediata que la haga merecedora de protección mediante la tutela, pues esperó 40 años.

Las dos premisas que presenta la Magistrada para exponer su posición disidente constituyen el sustento de una tesis a partir de la técnica de incompatibilidad. Para la Magistrada otorgar la indemnización sustitutiva es un acto que contradice la naturaleza y existencia de la norma. No es posible otorgar la indemnización sustitutiva de pensión, pues ésta no existía para la época en que se terminó la relación laboral del trabajador con su empleador.

De igual modo al no cumplirse con los requisitos de procedencia de la acción de tutela como es la inmediatez y al existir otros mecanismo de defensa judicial, es imposible que pueda analizarse si quiera el caso, pues otorgar la protección contradice el fin propuesto para la acción de tutela.

La argumentación que se presenta puede describirse diciendo que se supone la existencia de una cosa (determinados requisitos que según la naturaleza de la institución de la indemnización sustitutiva de pensión y de la tutela se han propuesto) y su no existencia (en tanto en la situación del accionante no se dan dichos requisitos) el mismo tiempo y en el mismo sentido. La presencia de esta posibilidad hace incoherente la posibilidad de otorgar la protección al accionante. Esto hace necesario que se elimine el sentido que contradice la naturaleza de las instituciones, es decir, hace contradictorio con la naturaleza de las instituciones el otorgamiento de la protección.

Es evidente la colisión de las premisas de las que parte la posición mayoritaria de la Sala y la posición disidente de la magistrada. Las dos parten de premisas de lo preferible, lo cual hace entendible que exista controversia. Pero enlazan dichas premisas con técnicas diferentes. En la argumentación de la posición mayoritaria se observa un mejor argumento al incluir argumentos que fundan la estructura de lo real y está referido a la cita que hace de los casos particulares que ha resuelto la Corte Constitucional. Estos casos constituyen precedentes que obran como ejemplo. Así mismo se cita la reiteración de los precedentes, consecuentes con la



construcción que ha hecho el intérprete de la Constitución de un discurso que busca defender en el Estado Social de Derecho la justicia material y la protección de unos sujetos especiales de protección. Se trata de la protección a los adultos mayores, por encima de los formalismos, o podría decirse por encima de argumentos cuasi lógicos, como los propuestos por la Magistrada disidente.

Otro análisis puede mostrar que lo que la posición mayoritaria hace es tomar la dignidad humana como una premisa de verdad, pues existen principios constitucionales que la reconocen como valor fundante del Estado. Bajo esta lectura entonces se puede afirmar que la Sala mayoritaria partió de premisas menos discutibles al tomar la dignidad humana como un valor supremo y de cual no se duda su defensa.

De los casos analizados se observa un recurrente uso de premisas de verdad referidas a normas principalmente, premisas que llaman a aplicar una y otra norma al mismo caso, con lo cual se reafirma la idea que se planteó en acápite correspondiente en el que se expuso como en el derecho la distinción entre premisas de verdad y de hecho resultaba aun más problemática ya que en el proceso, en el litigio en concreto, hasta las premisas de verdad son puestas en tela de juicio.

#### 4. CONCLUSIONES

Es innegable que para el siglo XX fue trascendente el aporte de Chaïm Perelman en lo que tiene que ver con la teoría de la argumentación. Su importancia se centra en haber retomado el carácter amplio que Aristóteles le había dado a la lógica, así como en proponer, luego de que por mucho tiempo imperaran modelos deductivos y de la lógica del silogismo, que en el Derecho las decisiones de los jueces estaban más encaminadas a la persuasión que a la demostración.

Así mismo se resalta el hecho de que Perelman propusiera nuevamente la discusión en torno a la retórica y la reivindicara de la consideración de que se trataba de un grupo de artificios y de adornos del discurso. Esa reivindicación tiene como base la premisa según la cual la retórica constituye otra forma de analizar el argumento, que resulta más satisfactoria para las necesidades del discurso en el campo de lo político, jurídico y en general en el discurso de las ciencias sociales.

La posibilidad de distinguir la demostración de la argumentación, en tanto los dos constituyen actividades que parten de lenguajes diferentes (formal – natural), de elementos diferentes (axiomas – premisas), que se dirigen a sujetos diferentes (indeterminados – auditorios determinados), que tienen un carácter diferente (intelectual - práctico) y que buscan resolver necesidades diferentes (comprobar validez – persuadir) modificó la forma en que se valoraba un discurso, en especial en el campo de las ciencias sociales.

La aplicación que se hace de la teoría de la argumentación de Perelman al Derecho resulta pertinente, como respuesta a la crisis o insuficiencia de los modelos lógico - deductivos que imperaron durante buena parte de la teoría de la

fundamentación de la decisión judicial, pues pone de presente que el análisis del argumento jurídico debe incluir elementos que no se habían tenido en cuenta en esa tradición.

Los modelos deductivos partían de considerar que el derecho era un sistema completo y coherente que permitía que se llegara a una decisión de manera racional, de tal forma que bastaba con aplicar las reglas hermenéuticas para llegar a una decisión. Con la teoría de la argumentación, al ponerse de manifiesto que el lenguaje del Derecho no es un lenguaje desprovisto de ambigüedad, se rebate una de las tesis de los modelos deductivos y se reafirma una de las críticas más fuertes, a saber: el derecho no tiene un lenguaje unívoco, sino ambiguo e indeterminado; luego, la actividad judicial no puede ser solamente una actividad deductiva.

Ahora, sostener que el Derecho es más un ejercicio de argumentación que de demostración, hace que se dé mayor valor al auditorio hacia el cual se dirige el discurso jurídico. Perelman señaló explícitamente que, en el caso de los jueces, al momento de tomar sus decisiones, estos construyen su auditorio con base en tres elementos fundamentales: a) la comunidad de jueces, b) los profesionales del derecho y las partes en litigio y c) la opinión pública en general.

Es innegable que la argumentación jurídica no es un ejercicio que se hace en el vacío, más cuando se trata de la decisión judicial. El juez no solamente debe justificar sus decisiones por razones legales y de justicia, sino además por razones de pedagogía jurídica<sup>83</sup>. No es suficiente con mostrar que la decisión que se

---

<sup>83</sup> En concreto, se pueden citar como normas que en ordenamiento jurídico colombiano consagran la necesidad y obligatoriedad de justificar las decisiones judiciales el artículo 29 de la Constitución Política pues parte del derecho al debido proceso implica la necesidad de motivar las decisiones judiciales para que las partes interesadas tengan la posibilidad de controvertir esos argumentos. La Ley Estatutaria de la administración de justicia, Ley 270 de 1996, por su parte en su artículo 55 hace más explícita dicha obligación, así como otras normas como el Código de procedimiento penal en su artículo 180 y el Código de procedimiento civil en su artículo 304.

adopta es jurídicamente sostenible, sino que además se debe persuadir al auditorio de jueces superiores, de litigantes, de las partes y de la opinión pública en general, como destinatarios generales de la decisión, de que esa solución era la mejor posible.

La necesidad de cumplir con esa tarea de persuadir y de tener en cuenta al auditorio al cual se dirige, se hace evidente en algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia en donde el alto tribunal hace alusión a los cambios que observa en el auditorio al cual se dirige, tal como ocurre en la Sentencia C-075 de 2007 en donde la Corte reconoce derechos patrimoniales a las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo e incluye como parte de su argumentación para modificar la línea jurisprudencial que había venido sosteniendo y que no reconocía iguales derechos a estas parejas con relación a las parejas heterosexuales, el hecho de que existe una mayor receptividad por parte de la sociedad de la realidad en torno a la existencia de las parejas homosexuales.

Esta puesta de los ojos del orador sobre el auditorio hace que sea necesario que el orador tenga en cuenta las premisas de las que parte el auditorio. El no hacerlo, haría ineficaz la argumentación, pues, más que un diálogo argumentativo lo que se desarrollaría sería una exposición sorda y egoísta de lo que se tiene por verdadero y que se cree que, con el simple hecho de ser oído por los otros, debe ser aceptado.

Ahora bien, las premisas usadas como punto de partida de la argumentación y que permiten la creación de adhesión, como objetos de acuerdo, pueden ser de muchos tipos, sin que se pueda afirmar que existe un límite natural que pueda hacer distinguir con facilidad cuando se está frente a unas en lugar de otras. Se debe recordar que las clasificaciones en el discurso de las ciencias sociales no

funcionan de la misma manera que cuando se hacen clasificaciones taxonómicas en ciencias naturales.

La clasificación general de las premisas en premisas de lo real y premisas de lo preferible, permite identificar los tipos de razones de los que parte el auditorio, sin que se elimine la discusión sobre éstas y la forma de clasificarlas.

Lo mismo sucede con las técnicas que permiten enlazar o disociar premisas. Bien podría identificarse elementos para afirmar que se trata de determinada técnica, sin que de manera absoluta se pueda hacer dicha afirmación.

Ahora, la forma en que se busca persuadir al auditorio a partir de determinadas premisas puede cambiar dependiendo de la naturaleza de los casos que llegan al conocimiento de los jueces.

Es por ello que se han suscitado diferentes concepciones en torno a la distinción entre casos fáciles o paradigmáticos y entre casos difíciles o no paradigmáticos. Esta distinción que ha suscitado tanta discusión en torno a cuál debe ser la labor del juez para la solución de los casos difíciles, en Perelman toma otros matices, o si se quiere se desdibuja un poco. Desde Perelman la distinción de lo que es un caso difícil y otros que no lo son, no puede operar en el vacío. Se puede afirmar que todos los casos son difíciles, en tanto es posible, cuando se está frente a un caso concreto, que siempre existan problemas en torno a la interpretación de los elementos que lo integran y de los ingredientes normativos que deben aplicarse para encontrarle solución. Tales conflictos se dan porque el lenguaje jurídico es un lenguaje natural, escenario propio para los conflictos en materia de interpretación.

En Perelman, entonces, lo correcto sería hablar de casos controvertidos, en donde las partes en conflicto sostienen premisas discutibles en torno al asunto

litigioso, en uno u otro sentido, según la defensa de los intereses que se haga en cada caso. No se trata entonces solamente de vacíos, lagunas, ambigüedad de la norma, choque de principios, pues se parte de la base de que el Derecho, como ya se dijo, está mediado por el lenguaje natural.

La labor del juez frente a la solución de esos casos controvertidos, consistirá en tomar partido por una interpretación que mantenga el respeto por las instituciones jurídicas y la búsqueda de la equidad. Y dicha solución debe presentarse de tal forma que a pesar de que las partes defiendan posiciones diametralmente opuestas, logre persuadirlas de que su decisión es la que mejor hace justicia y guarda la seguridad jurídica.

La forma de solución a los casos controvertidos se plantea mediante la búsqueda de acuerdos; más que llegar a la verdad de una proposición, como anhelo de los sistemas formalistas, el acuerdo surge como elemento para el restablecimiento de la paz judicial cuando los medios de prueba son insuficientes o cuando el debate central tiene que ver no con la verdad sino con soluciones que pueden ser consideradas como justas, razonables, oportunas, honorables o conformes a derecho.

La producción de una solución de un caso controvertido, que resulte persuasiva, parte de la búsqueda de un sentido al texto normativo que mejor se adapte al caso concreto y que mejor se acepte, resolviendo entonces en torno a la victoria de una de las dos interpretaciones en discusión, sin que eso implique que esa solución sea la única, sino la más persuasiva.

El juez tiene como tarea no sólo dar solución al caso concreto sino, además, servir de mediador entre el derecho y la realidad; el juez mantiene el orden jurídico cuando intenta reconciliar una norma inaceptable por los sujetos a quienes regula, matizándola de tal manera que pueda ser aceptada.

La teoría de Perelman, como teoría que describe la forma en que argumentan las partes en un discurso, puede usarse también para describir la labor que realizó el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga en la argumentación de los casos seleccionados para el análisis propuesto y que son considerados casos controvertibles.

Sobre las premisas y técnicas identificadas en la argumentación de los magistrados de la Sala se puede concluir:

Sobre el uso de presunciones se puede afirmar que las decisiones tomadas con base en ellas, en algunos casos, pueden resultar decisiones menos garantistas para las partes y mucho más controvertidas; así lo dejó ver el caso resuelto por la Sala Civil. Se aplica para este tipo de premisas lo advertido por Perelman: si bien las presunciones son necesarias, no se podría permanecer todo el tiempo dudando de la buena fe de las personas o de su inocencia; las presunciones gozan de un acuerdo general por parte del auditorio, en algunos casos dichas premisas no ofrecen sustentos seguros para resolver los casos en donde se incluyen. Es muy fácil promover decisiones controvertidas si se sustentan a partir de presunciones, pues la adhesión de la que gozan las presunciones no es del todo extrema, es necesario que otros elementos lleguen en su auxilio para reforzarlas. En el caso de la Sala Civil, ella llama como refuerzo una afirmación del accionante, sin embargo, esa afirmación constituye un refuerzo que no es del todo satisfactorio, pues se rebate fácilmente con otras afirmaciones en el mismo texto del mismo accionante.

Así como la Sala Civil del Tribunal sustentó su decisión calificando la afirmación del accionante como presunción de que la acción se dirigía contra los jueces de instancia, la Corte Suprema en su Sala de Casación Civil pudo sostener la tesis, con base en la lectura del mismo texto, de que la acción era impetrada contra la persona jurídica del empleador, tomando como hechos otras afirmaciones menos

controvertibles que la presunción de Tribunal. Una colisión entre estas dos premisas fácilmente deja como premisa derrotada la presunción. Lo que hace que argumentar con base en presunciones pueda llegar a ser menos seguro.

Se resalta también el que se alegue en algunas discusiones la necesidad de vincular premisas como la dignidad humana o la igualdad, pero sobre todo que esas premisas se puedan describir como premisa de verdad al identificarlas con consagraciones constitucionales y no como premisas referidas a valores. Ésto hace que el juzgador muestre al auditorio que no debería haber duda sobre la aplicación de esas premisas, cuando entran en disputa con otras premisas de verdad como las normas ordinarias, pues se tiene como indiscutible en la doctrina constitucional, que en primer lugar las normas constitucionales deben atravesar de manera transversal todas las ramas del derecho y, en segundo lugar, que dichos principios y su aplicación a todas las personas son indiscutibles, pues las normas ordinarias son inferiores al texto de la Constitución. Tomar estas afirmaciones como premisas de verdad permite sustentar la defensa de decisiones que resultan más fieles a la protección de los principios constitucionales que soportan el Estado Constitucional.

La aplicación de las normas constitucionales como premisas de verdad cobra gran relevancia cuando de lo que se trata es de resolver un caso en donde existen dos normas ordinarias con posibilidad de ser aplicadas y en donde no es muy precisa la que deba primar sobre la otra.

Sobre la aplicación de premisas de verdad en el Derecho debe recordarse que no se trata de verdades ontológicas, ni que la victoria de una posición que defienda sus tesis a partir de premisas de verdad referidas a normas sobre otra que también lo haga con base en premisas de normas, no invalida la verdad de la norma derrotada, pues la norma derrotada podrá ser tenida como premisa que sustente de manera victoriosa la solución de otro caso con otro tipo de hechos.



En los fallos de tutela, como se observó en el caso resuelto por la Sala Penal, la inclusión de premisas de verdad referidas a normas constitucionales permite construir soluciones muy aceptables en donde se acepta con mayor adhesión por parte del auditorio el que se desestime la aplicación de unas normas para dar paso a la aplicación de las normas constitucionales, consideradas, como ya se dijo, como normas superiores en la jerarquía normativa del Estado colombiano. La mayor adhesión se genera con un plus que se ha otorgado a las normas constitucionales, pues tiene mayor jerarquía lo que refuerza su valor de verdad y el consenso sobre su aplicación preferente.

Con relación a las técnicas se observa que en algunas salas se recurre a la citación del superior jerárquico, con lo que se puede describir el uso de la técnica de argumentación por el ejemplo. Lo llamativo es que no se use de manera adecuada la técnica del precedente, pues se citan ejemplos de la Corte Suprema que favorecen posiciones incompatibles. Se sabe por la técnica del precedente que sólo una de las dos posiciones debe tener relevancia jurídica, pues no se podrían sostener las dos vigentes si son incompatibles, o de lo contrario se estaría ante ausencia de consolidación de precedentes o de zonas de penumbra. Según lo anterior, se puede afirmar que si dos magistrados citan precedentes incompatibles para dar soluciones diferentes a unos mismos hechos, uno de los magistrados está haciendo un uso no legítimo de dicho precedente y por tanto de la técnica. Ese uso inadecuado casi podría ser calificado como una falacia de autoridad, pues no basta con que sea un pronunciamiento del superior, debe poder ser pertinente para ese caso.

Otros argumentos que parecen falaces son los esbozados por la Sala Penal cuando defiende la corrección de la decisión del juez accionado en la tutela que resuelve. La mayoría de la Sala defiende la decisión de juez accionado afirmando que las razones que tiene el juez son objetivas, razonables, con base en “principios de la hermenéutica jurídica relacionados con criterios gramaticales,

históricos, teleológicos, y sistemáticos”, estas afirmaciones, sin que se exponga por qué la decisión del juez puede ser calificada con estas características, constituye un argumento que puede calificarse como ceremonial o de emotividad del lenguaje, pues se recurre a un lenguaje trascendental, pero sin llenarlo de contenido.

De los casos analizados se puede afirmar que el uso de técnicas cuasi lógicas como la de contradicción, permite justificar una solución que al enfrentarla con soluciones propuestas a través de otras técnicas se muestran como insuficientes, inadecuadas y casi formalista. Esto se puede ilustrar con el salvamento de voto del magistrado de la Sala Laboral, que hace uso de la técnica de incompatibilidad. Su posición disidente se puede valorar como menos aceptable que la posición de la mayoría, pues pareciera que hace una defensa formal de la aplicación de la norma de manera taxativa por encima de cualquier consideración sobre la justicia.

El uso de esta técnica puede lograr el efecto contrario al que se persigue, recuérdese como la contradicción o incompatibilidad busca la adhesión por parte del auditorio tomando sirviéndose de la buena fama de la que gozan las deducciones y ejercicios formales. Sin embargo, dichos ejercicios han sido criticados en el mundo de la argumentación jurídica pues algunas veces, en lugar de persuadir, logran ser tomados como argumentaciones que deben desecharse, por ser tomadas como argumentaciones que prefieren la aplicación taxativa de la norma por encima de la protección de los valores de la justicia y la equidad.

De la observación del uso de las técnicas cuasi lógicas, en los casos en los que se identifican, se puede afirmar que de los argumentos cuasi lógicos que permiten promover decisiones más aceptables son los que hacen uso de la regla de justicia en lugar de aquellos que emplean la incompatibilidad. La regla de justicia se puede calificar, aunque emplee como base el principio de identidad, que busca hacer prevalecer el valor de la justicia al proponer un trato igual a quienes lo

merecen. Concepción con la que se identifica la definición de justicia con facilidad.

Del mismo modo, si se compara el uso de las técnicas cuasi lógicas de la contradicción o incompatibilidad, con el uso de la argumentación por el ejemplo o la ilustración, éstas últimas técnicas permiten proponer soluciones más aceptables, pues existe un buen consenso en torno a que las decisiones de los jueces superiores deben ser tenidas en cuenta para la solución de casos en instancias inferiores. En sede de tutela por ejemplo, el no tener en cuenta las decisiones de la Corte Constitucional como juez superior en la jurisdicción constitucional, puede ocasionar como reproche para el juez de instancia que resuelve sin atender al ejemplo del superior, la revisión y revocatoria de sus decisiones. Entre las funciones de la Corte Constitucional esta el unificar jurisprudencia, unificación que consiste en revisar que los jueces que obran como juzgadores de instancia en los fallos de tutela, sigan las reglas jurisprudenciales construidas por la Corte. Esas reglas se erigen entonces como ejemplo que deben seguir los jueces de instancia, luego se esperaría que en las decisiones de tutela los ejemplos que más se citen sean los referidos a reglas constitucionales promovidas por la Corte Constitucional.

Ahora bien, para terminar, se considera pertinente hacer referencia al hecho de que hayan sido tan pocos los casos identificados, en donde algunos de los magistrados de la Sala salva su voto en fallos de tutela, por tener una interpretación que dirige la solución del caso en un sentido diferente al de la mayoría. Situación que no ocurre en los procesos ordinarios, en donde es más recurrente encontrar salvamentos de voto. Este hecho puede ser considerado como un indicador de que no existen verdaderas salas de decisión al interior del Tribunal, cuando se trata de resolver acciones de tutela.

Poner de presente las consideraciones que siguen se justifica, a pesar de que no era el objetivo central de la investigación que se presenta, en la misma naturaleza de la posición teórica desde la cual se aborda el problema planteado. Dicha teoría representa una concepción que permite identificar el discurso jurídico como un ejercicio de persuasión, en el que el auditorio propone unas premisas para sustentar sus tesis y en donde la eficacia de la misma se mide por la adhesión que logre por parte del auditorio a esas premisas, luego de que se han defendido mediante el uso de diferentes técnicas.

Pero para el caso que se analiza, es relevante el análisis de la ausencia de Salas que resuelven tutelas, ya que la investigación se circunscribió a esta esfera de decisiones, por considerar que existen altas posibilidades de plantear soluciones diferentes por la pluralidad de casos que llegan al conocimiento del juez y por la relevancia de los mismos al tratarse de discusión en torno a la protección de derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

La afirmación en torno a la no existencia de verdaderas Salas de decisión en la solución de tutelas, se sustenta también a partir de las entrevistas realizadas a algunos funcionarios y magistrados, de las que se deduce que existe una tendencia generalizada en ceder y llegar a un acuerdo tácito sobre el sentido de los fallos, sin entrar en mayores controversias. Esa decisión de esquivar la controversia en los procesos de tutela está “justificada” por los intervinientes con potestad para decidir en el proceso, en el número elevado de tutelas que llegan a los despachos, en la cantidad elevada de trabajo, en la necesidad de resolver de manera oportuna las acciones, pues el tiempo que se da al juez para fallar tutelas es muy corto y de no hacerlo implicaría sanciones, como ya se ha presentado.

Estas razones son comprendidas por otros jueces, fiscales y funcionarios de la rama judicial, sin embargo, desde la teoría que se observa, el análisis de dicho fenómeno permite considerar como desafortunada dicha situación. A pesar de

que sí existe un ejercicio de argumentación en las decisiones que toman las salas, el cual se esgrime en las ponencias de los magistrados designados para esa labor, esos ejercicios de argumentación no buscan persuadir a un auditorio institucional como es el de los otros jueces que integran la sala, se busca quizá persuadir a las partes y al superior, pero no se piensa en el colectivo que integra el Tribunal, pues la idea general es que no hay tiempo para discutir y se intenta llegar a acuerdos sin discusión.

El que no exista discusión en la Salas que resuelven tutelas conlleva a que primero, no se unifique jurisprudencia sobre algunos asuntos en donde existen soluciones diferentes y segundo, a que se de un trato desigual a personas que hipotéticamente merecerían un trato semejante por encontrarse en iguales situaciones fácticas y a las que inicialmente debería aplicarse los mismos ingredientes normativos para solucionar sus conflictos. El que no se intente persuadir a los magistrados que mantienen posiciones contrarias a las que una parte de la sala defiende, en especial cuando la posición que no se busca defender es la minoritaria, termina por vulnerar derechos fundamentales de las personas que acuden a la administración de justicia y que reciben tratos diferentes dependiendo de magistrado que deba proponer la ponencia para resolver el caso.

Esta situación se puede ilustrar con un ejemplo no analizado en los casos que se estudiaron y que están referidos a la aplicación de precedentes de la Corte Constitucional sobre protección a la maternidad por parte del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga<sup>84</sup>. En los casos analizados se encontró que ante dos casos análogos en sus hechos, resueltos por dos salas, cada una con un magistrado ponente diferente (Magistrado A y B) y en donde a su vez los

---

<sup>84</sup> Se exponen los casos revisados en el marco de la investigación titulada *Estudio de la aplicación de los precedentes constitucionales en materia de protección a la maternidad en las decisiones del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga*, adelantada por el grupo de investigación en Jurisprudencia y activismo constitucional adscrito al Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la UDES, financiado por la UDES con el código 2008-08 y en el que participan como investigadores principales Ana Patricia Pabón Mantilla y Javier Orando Aguirre Román.

magistrados A y B se intercambiaban integrando la sala en donde no eran ponentes, las soluciones propuestas por los Magistrados ponentes eran incompatibles entre sí. Sin embargo, dichas decisiones fueron aceptadas por los magistrados que integraban las salas sin que ninguno de los que sostenían las posiciones diferentes se pronunciara al respecto.

El observador puede tomar partido por una de las dos soluciones planteadas por uno de los magistrados A o B, en este caso. Así, puede afirmar que uno de los magistrados que sostenía tesis incompatibles y que falló en ese sentido, no sostenía una decisión conforme con los precedentes constitucionales que en esa materia sostiene la Corte Constitucional, mientras que la posición del otro magistrado sí. ¿Qué se esperaría en ese caso? En ese caso se esperaría que, con el fin de promover un ejercicio argumentativo en el que cada uno de los magistrados intentara persuadir al otro, mostrando sus mejores razones, se diera paso a la discusión en la que o se acogiera el precedente o se indicaran las razones para separarse de él. Esto con el fin de unificar una posición por parte de la Sala que garantice una mejor respuesta a los casos futuros. La posibilidad de que la mejor respuesta salga victoriosa y de que sea así aplicable a los casos futuros asegurando el derecho a la igualdad de las partes que acuden a la administración de justicia a buscar solución a sus conflictos, puede asegurarse de mejor forma a través de la discusión. Sin embargo, si no se logra persuadir al magistrado que mantiene una posición por fuera de los precedentes, ni éste al otro que argumenta por la necesidad de acatar el precedente, pues la posición del vencido por la mayoría debería plantearse como una posición que se registre disidente de la mayoritaria y que pueda orientar la decisión de la segunda instancia o de la Corte Constitucional si revisa.

Las personas entrevistadas propusieron que la ausencia de salvamentos se genera por el acuerdo al que llegan los magistrados, sin embargo se encuentran casos en donde las soluciones son incompatibles, luego no hubo acuerdo y sin

embargo tampoco existió pronunciamiento que se separará de la mayoría, desconociendo con ello un ejercicio de argumentación encaminado a la persuasión de quienes sostienen tesis diferentes.

Estas conclusiones se extrapolan de las entrevistas y casos analizados, desde luego no pretenden constituirse como juicios que se afirmen de manera general a todos los casos, pero si constituyen un interesante resultado para pensar la forma en que se realizan los ejercicios argumentativos por los jueces regionales en ciertos casos controvertidos.

Una vez abordado este recorrido y sin pretender que sean las únicas conclusiones a las que se pueda llegar, se considera pertinente terminar señalando como sin dudas se pone de manifiesto que el Derecho es un campo propio de la argumentación más que de la demostración, pues de lo contrario no se daría pie ni si quiera a los ejercicios de discusión que se dio en los casos controvertidos que fueron objeto de análisis.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE, Javier y GARCIA, Pedro, *Lógica y teoría de la argumentación*, Bucaramanga: Ediciones UIS, 2008.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

ARAGÓN Reyes Manuel. *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1997.

ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica I y II*. Barcelona: Gredos, 2000.

ARISTÓTELES, *Retórica*, Madrid: Gredos, 1990.

ARTURO, Néstor y otros, *Argumentación Jurídica y Análisis Jurisprudencial*, Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

ASENSI, José, *La Época Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, México: Ed. Distribuciones fontarama, 2005.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*. En: Revista Isonomía, No 1, Octubre de 1994.



ATRIA, Fernando, *Del derecho y el razonamiento jurídico*, En: Revista Doxa, Número 22, página, 16. Disponible en: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22\\_04.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_04.pdf)

COPI, Irving y COHEN Carl, *Introducción a la Lógica*. México: Editorial Limusa, 2002

DWORKIN, Ronald, *Cómo el derecho se parece a la literatura*, En: *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Siglo de Hombre editores, 2005

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1989.

FETERIS, T. Eveline, *Fundamentos de la argumentación jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

GARCÍA, Luis Enrique, *Lógica y pensamiento crítico*. Manizales: Universidad de Caldas, 1995.

GUASTINI, Riccardo *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo. Perrot, 1998

LEÓN Gómez Adolfo y otros, *Argumentación, Actos lingüísticos y lógica jurídica*, Cali: Universidad del Valle, 1998.

LEÓN, Adolfo, *Seis Lecciones sobre Teoría de la Argumentación*, Cali: Alego Editores, 2001.

LÓPEZ, Medina Diego, *El Derecho de los jueces* Bogotá: Ediciones Uniandes, 2006.

LÓPEZ, Villegas Eduardo, *Derecho y Argumentación*, Bogotá: ECOE Ediciones, 2001.

MONSALVE, Alfonso, *Teoría de la argumentación*, Medellín: Ed. Universidad de Antioquia, 1992.

MORAL Soriano Leonor. *El precedente Judicial*. Madrid: Ediciones Marcial Pons, 2002.

PERELMAN Chaïm y TYTECA Olbrechts, *Tratado de la argumentación*, Madrid: Editorial Gredos, 1989.

PERELMAN, Chaïm. *El imperio retórico*. Bogotá: Editorial Norma, 1998

PERELMAN, Chaïm. *La interpretación jurídica*. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho de Maracaibo, 1974

PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y La Nueva Retórica*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1979

RODRÍGUEZ, César, *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin, estudio preliminar*, Bogotá: Siglo de Hombre editores, 2005.

UPRIMNY, Rodrigo, *Estado Social de Derecho y decisión judicial correcta, un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica*. En: AUTORES, Varios, *Hermenéutica jurídica, homenaje al maestro Darío Echandía*, Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1997

## Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 145 de 1998

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto con fecha del 2 de abril de 2008, Expediente: 68001-22-13-000-2008-00062-01

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil y de Familia, Tutela de primera instancia Radicado 062/08

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Laboral, Tutela segunda instancia Radicado 048/09

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Penal, Tutela de primera instancia Radicado 2007-119.