

*Ana Patricia Pabón Mantilla\**  
*Javier Orlando Aguirre Román\*\**

## Tres enfoques de la argumentación jurídica: algunos casos de la corte constitucional colombiana\*

### *Three Approaches on Legal Argumentation: Some Cases of the Constitutional Court of Colombia*

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2011

Fecha de aprobación: 17 de julio de 2011

#### RESUMEN:

En el presente artículo se mostraran los principales puntos de encuentro y des-

#### ABSTRACT

This paper will show the main points of agreement and disagreement in three

\* Profesora Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad Industrial de Santander y de las Escuelas de Filosofía y de Derecho de la Universidad Industrial de Santander (Bucaramanga – Colombia). Abogada y Filósofa, Especialista en Docencia Universitaria y Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho. Estudiante de Doctorado, Universidad Libre de Colombia. Correo electrónico: patricia.pabon@gmail.com.

\*\* Profesor Asociado de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga – Colombia. Abogado y Filósofo de esta institución. Especialista en Docencia Universitaria, UIS. Becario Fulbright 2008. Master of Arts in Philosophy – State University of New York-Stony Brook. Ph.D. (C) en Filosofía por la misma universidad. Correo electrónico: javierorlandoaguirre@gmail.com.

\*\*\* Texto producto del proyecto de investigación número **008-09** financiado por la Universidad de Santander mediante Convocatoria Interna 2009 del Grupo de Investigación en Jurisprudencia y Activismo Constitucional adscrito a la Facultad de Derecho de la UDES, Categoría D de Colciencias, en convenio con el Grupo Politeia adscrito a la Escuela de Derecho de la UIS. La investigación se inició en octubre de 2009 y concluyó en octubre de 2010. Una versión preliminar del presente texto fue presentada como ponencia en el III Congreso Colombiano de Filosofía que tuvo lugar en Cali del 19 al 22 de Octubre de 2010.

encuentro de tres enfoques de la teoría de la argumentación y la forma en que se puede hacer análisis del discurso a partir de cada uno de ellos tomando como referente decisiones de la Corte Constitucional de Colombia.

**Palabras Claves:** Argumentación, Argumentación Jurídica, Enfoque Lógico, Enfoque Retórico, Enfoque Dialógico, Jurisprudencia.

approaches of the theory of argumentation, and how they can be used to give an account of actual decisions taken by the Constitutional Court of Colombia.

**Key words:** Argumentation, legal argumentation, logical approach, rhetorical approach, dialogical approach, jurisprudence.

## INTRODUCCIÓN. LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES: EL PROBLEMA DE LA CORRECCIÓN

La Filosofía del Lenguaje ha realizado significativos aportes al problema de la argumentación judicial en lo atinente a la discusión en torno a la relación Lenguaje – Derecho.<sup>1</sup>

Lo anterior ha redimensionado el problema de la decisión judicial toda vez que los actos de habla producidos por los jueces se asumen como verdaderos actos que modifican el mundo: “Los enunciados del derecho son palabras con las que se hacen cosas ya que su expresión implica, por ejemplo, la toma de decisiones políticas o judiciales (en leyes y sentencias), o el compromiso firme y exigible de una persona de comprometerse en un cierto intercambio comercial (contrato)”<sup>2</sup>.

El siglo XIX sin lugar a dudas constituyó un hito en la discusión en torno a la fundamentación judicial, pues si bien por un lado se “produjo el conjunto de ideas y conceptos al que se denominaron “legalismo” o “formalismo” en el que se minimiza o incluso se niega el papel de la interpretación en el derecho, de otro lado, ese mismo siglo XIX legó una confiada corriente de “interpretativismo” que desarrolló en el Derecho una “metodología” básica de interpretación de sus textos a los que consideraba, también en líneas generales cerrados y opacos.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Aguirre, Javier, Silva Alonso y Pérez Vanessa. *Lenguaje y derecho: Habermas y el debate ius filosófico: análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el lenguaje jurídico constitucionalmente inadmisibile*, Bucaramanga, UIS, 2007.

<sup>2</sup> Austin, John, *Cómo hacer cosas con palabras y acciones*, Barcelona, Paidós, 1982.

<sup>3</sup> López, Diego. *La letra y el espíritu de la ley*, Bogota, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes y Editorial Temis, 2008, p. 3.

El desarrollo de la discusión en torno a la decisión judicial constituyó un punto de referencia ineludible para retomar la teoría de la argumentación. Perelman señaló por ejemplo 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>4</sup>

Las teorías de la argumentación encontraron en el derecho un caso especial sobre el cual dirigir su mirada. En este sentido, la identificación de modelos adecuados para una mejor fundamentación de la decisión judicial, así como modelos para describir la labor del juez, alimentan el resurgir de las teorías de la argumentación.

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.

En el estado de la discusión se pueden distinguir tres enfoques teóricos en torno a la fundamentación de las decisiones judiciales. En lo que sigue se expondrán los principales elementos de los enfoques lógico, retórico y dialógico. Se mostrarán los puntos de encuentro y desencuentro de dichos enfoques y la forma en que se puede hacer análisis del discurso jurídico a partir de cada uno de ellos tomando como referente algunas decisiones de la Corte Constitucional de Colombia. Se sostendrá la tesis de que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y su amplio despliegue de derechos fundamentales y de principios jurídicos, los modelos retóricos y dialógicos de la argumentación se han ido consolidando en la práctica jurídica colombiana. En efecto, el sistema jurídico colombiano, desde la nueva Constitución, se ha caracterizado, entre otros aspectos, por i) la inclusión de más principios que reglas; ii) la implementación de más ponderación que subsunción, iii) la transversalidad y omnipresencia de la Constitución, y con ello la constitucionalización del Derecho y de los problemas jurídicos. Como se verá, estos elementos han llevado a que sean los modelos señalados los que ofrecen mejores herramientas para afrontar la complejidad de las nuevas situaciones jurídicas.

<sup>4</sup> Perelman, Chaïm. *La lógica jurídica y La Nueva Retórica*. Madrid, Editorial Civitas S.A, 1979, p. 35.

<sup>5</sup> Perelman, Chaïm. *El imperio retórico*. Bogotá, Editorial Norma, 1998; Perelman N, Chaïm. *La interpretación jurídica*. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho de Maracaibo, 1974.

## 1. ENFOQUE LÓGICO

Aristóteles es considerado en la historia de la filosofía como el padre de la lógica formal gracias al estudio de los razonamientos que desarrolló en *Primeros* y *Segundos Analíticos*. En estos textos Aristóteles propuso el estudio de la forma de la inferencia válida, especialmente de los silogismos.

El enfoque lógico se caracteriza por el énfasis que realiza en el criterio de la validez formal como medida de racionalidad de la argumentación jurídica. Con base en tal criterio, los teóricos del enfoque lógico pretenden señalar normas y directrices que guíen el “deber ser” de la argumentación jurídica. Por ello es característico el uso del lenguaje lógico para la reconstrucción de los argumentos jurídicos, pues 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.

Así, el argumento correcto en el ámbito del Derecho debe ser lógicamente válido, es decir, la decisión tomada por el juez (la conclusión) debe inferirse válidamente de la norma jurídica aplicada a los hechos del caso (las premisas). En ese contexto el acto de inferencia es impersonal, no importa quien sea el autor de la demostración pues lo importante es inferir las consecuencias correctas de ciertas premisas; 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. Existe una fuerza tal que si en su argumento se aceptan las premisas se tiene que aceptar necesariamente las conclusiones que se derivan de ellas.

En la historia de la teoría jurídica el siguiente párrafo del jurista italiano Cesare Beccaria suele tomarse como ejemplo de lo que este enfoque pretende: “En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrase como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”.<sup>6</sup>

El enfoque lógico dominó buena parte de la discusión en torno a la decisión judicial. En general se llegó a señalar que un juez puede optar por realizar procesos de subsunción como procedimiento lógico para validar el razonamiento jurídico y desde allí privilegiar la demostración para motivar sus decisiones.

<sup>6</sup> Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*, Barcelona, Altaza, 1994, p. 31

Desde esta técnica el Silogismo Hipotético y el *Modus Ponens* serían los procedimientos por excelencia a la hora de estructurar las decisiones judiciales.

Este tipo de argumentos puede llegar a ser muy afortunado cuando se trata de subsumir hechos en determinadas normas y cuando estas encajan sin problemas, pero en los casos en que esto no es posible y existen espacios de “penumbra jurídica”, puede ser necesario que el juez promueva otro tipo de argumentos, aunque no sean propiamente de orden formal.

## 2. ENFOQUE RETÓRICO

En el *enfoque retórico* no se insiste en la validez formal de los argumentos jurídicos sino en su aceptabilidad, la cual, en todo caso, depende del contexto en que el argumento es proferido y de la audiencia a la cual se dirige. La pregunta que se formula es si el argumento resulta persuasivo, atractivo e interesante para la audiencia a la cual se dirige. Este enfoque insiste, entonces, en las premisas de la argumentación más aceptadas, así como en las técnicas argumentativas usadas que suelen ser exitosas para persuadir a los auditores de la comunidad jurídica.

Los diversos teóricos de este enfoque, entre los que se destaca Chaïm Perelman, suelen remontarse también a la obra de Aristóteles. Sin embargo, esta vez se rescatan las reflexiones aristotélicas según las cuales los razonamientos de la política y del derecho, no pueden ser analizados con los criterios lógicos propios de la “ciencia”, pues no se fundamentan en afirmaciones que pueden llegar a ser necesariamente verdaderas o falsas sino que, a lo sumo, se basan en “opiniones aceptadas por la mayoría”. A diferencia del enfoque lógico, por ende, el enfoque retórico no busca señalar cómo debe ser la argumentación en el derecho, sino más bien describir cómo suele realizarse fácticamente.

En el enfoque retórico desaparece la pretensión de formalizar el lenguaje pues se parte de la premisa de que es el lenguaje natural el que está presente en las discusiones, desde ahí que siempre se puede discutir la veracidad o la pertinencia de las premisas que sustentan la argumentación.

En la medida en que la argumentación tiene como fin producir la adhesión de un auditorio a las tesis que se le presenta, presupone siempre lo que Perelman denomina “contacto espiritual” entre quien argumenta y ante quien se 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. Para este enfoque 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.

La teoría de la argumentación de Perelman encuentra como uno de sus campos de aplicación el ámbito del discurso jurídico, configurando un espacio de desarrollo para la argumentación en el derecho.

En el ensayo de Perelman titulado *la interpretación jurídica*, publicado originalmente en 1972, se plantea la pregunta acerca de cuándo se puede decir que un texto es claro. Esta pregunta se hace a partir del planteamiento de la discusión en torno a la interpretación jurídica vista como una actividad en la que se busca descubrir conforme al derecho vigente una solución a las situaciones fácticas que se presentan.

De acuerdo con Perelman, en general se han distinguido dos tipos de situaciones fácticas: unas en las que la vida y sus situaciones de hecho 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 suelen fundar la idea de que la interpretación no tiene cabida cuando el texto que se aborda es “claro”. Pero es aquí donde increpa Perelman, ¿cuándo es un texto claro?, “¿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>7</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 más no en otro. Es decir, en un momento un determinado texto puede tener interpretaciones razonables y aceptadas que conduzcan a soluciones semejantes ante casos semejantes, pero también se 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 definitiva, para Perelman la claridad de un texto jurídico no depende realmente del texto mismo. Una norma no puede ser interpretada en el vacío, lo

<sup>7</sup> Perelman N, Chaïm. *La interpretación jurídica*. Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho de Maracaibo, 1974, p. 9.

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. En palabras de Perelman,

*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>8</sup>*

El texto jurídico 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 Juez 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; luego será necesario construir argumentos que resulten persuasivos identificando las premisas que sean más aceptables para el auditorio al cual se dirige.

### 3. ENFOQUE DIALÓGICO

En el *enfoque dialógico*, la argumentación jurídica es estudiada desde la perspectiva de una discusión racional en la que se debate una posición jurídica determinada de acuerdo con ciertas reglas previamente establecidas; reglas que, por lo demás, son las que garantizan que la discusión realmente sea racional. Desde esta perspectiva, por lo tanto, el debate jurídico es visto como un diálogo en donde si bien no se aplican completamente los criterios de validez, es decir la lógica formal, sí se tiene la pretensión de llegar a un consenso o a una verdad sobre la base del respeto a ciertas reglas procedimentales para el diálogo. El representante más destacado de este enfoque es, sin lugar a dudas, Robert Alexy. Este autor expone y conceptualiza en torno

<sup>8</sup> Ibid.

a los modelos de la argumentación y la teoría del discurso, para esto último se apoya en las reglas específicas del discurso propuestas por Habermas.<sup>9</sup>

Alexy señala que en el discurso jurídico, así como también 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 fundamentadas”.<sup>10</sup> Pero ¿qué implica una fundamentación racional en el marco del orden jurídico vigente? Para dar respuesta a esta formulación Alexy señala que el campo del discurso jurídico es el campo de la justificación de las decisiones jurídicas, en las que pueden distinguirse 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 si 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 que es necesario introducirlos. Para justificar este tipo de reglas no jurídicas se puede apelar a diferentes criterios.

Ahora bien, una decisión 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.

Las premisas que se invocan 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>11</sup>

<sup>9</sup> Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 35-61

<sup>10</sup> Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1997, p. 213.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p.213.



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 de que también 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 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>12</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 en los casos difíciles que en los casos fáciles. Ahora bien, “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 la misma manera”.<sup>13</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.

Una vez analizados algunos elementos de los tres enfoques en relación con su posición frente a la argumentación jurídica se pasará a mostrar su proyección en la práctica jurídica colombiana a partir del estudio de algunas sentencias de la Corte Constitucional.

<sup>12</sup> *Ibíd.* P, 216.

<sup>13</sup> Atria, Fernando, “Del derecho y el razonamiento jurídico”, en *Revista Doxa*, No. 22, 1999 p. 18. Disponible en: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22\\_04.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_04.pdf) (31.07.2010).

#### 4. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN EN LA PRÁCTICA JURÍDICA COLOMBIANA

En Colombia el cambio sustancial que introdujo la Constitución de 1991 llevó a un acercamiento mayor a las teorías de la argumentación. La necesidad de motivar las decisiones fue sustentada desde los mismos pronunciamientos judiciales en donde se reconoce 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>14</sup>*

Los enfoques analizados pueden retomarse para analizar el discurso jurídico de la Corte Constitucional de Colombia toda vez que al indagar por la forma en que la Corte construye la fundamentación de sus decisiones se identifican preocupaciones tanto lógicas, como retóricas y dialógicas. En lo que sigue se expondrán algunos casos para ilustrar esta afirmación.

##### 4.1. Argumentos retóricos en las decisiones de la Corte Constitucional

Para ilustrar el uso de argumentos retóricos y demostrativos se tomará como ejemplo la Sentencia T-1226 de 2004, en la que se revisa una tutela contra la providencia judicial que niega la revisión del fallo dentro de un proceso de filiación en el que se declaró la paternidad del demandado a partir de una prueba antropoheredobiológica practicada por el ICBF.

Los hechos muestran que una vez vencidos los términos del proceso de filiación, la madre de la niña aceptó practicarse una prueba de ADN en otra institución, prueba cuyo resultado excluyó la paternidad del demandado.

<sup>14</sup> Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C- 145 de 1998, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente D-1772.

Por este hecho, el supuesto padre solicitaba ser excluido de la paternidad por el camino de la revisión. La causal alegada era la cuarta<sup>15</sup>, la cual no fue concedida por la Corte Suprema de Justicia, pues el perito, cuyo experticio fue tomado como base para proferir el fallo, tras haber sido denunciado penalmente en la Fiscalía, no fue condenado y ya había pasado la fecha para que el demandado aportara la nueva prueba que descartaba su paternidad y que obedecía a nuevas técnicas que no se conocían en el momento en que se agregó la primera prueba que sirvió de base para el fallo en el proceso de filiación.<sup>16</sup>

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia negó el recurso de revisión que solicitaba el accionante declarado padre en el proceso de paternidad. En su acción de tutela, el actor (quien fue declarado padre en el proceso de filiación) señala que si bien es cierto que la Corte Suprema no concedió el recurso de revisión pues no se configuraba la causal cuarta de revisión, debió haber tenido en cuenta que se configuraba la causal primera<sup>17</sup>, en tanto él no pudo agregar al proceso la nueva prueba pues era una prueba que solo por adelantos científicos posteriores se pudo practicar, de manera que por razones de fuerza mayor no se tuvo en cuenta en el proceso.

La Corte Constitucional, al considerar el caso, pasa a revisar y a exponer sus propias premisas. Desde los términos de la teoría de la argumentación de Perelman bien podría preguntarse si puede más una verdad como premisa, valga decir, el artículo 380 de C.P.C, que regula las causales de revisión y de la cual no se cumplen sus presupuestos procesales, que el hecho contundente de una prueba que excluye la paternidad del demandado.

El caso se torna interesante cuando se observa que no hubo de parte de la Sala de Casación Civil ningún error en la aplicación de la ley; pues no se alegó la causal adecuada y la segunda prueba genética se realizó por fuera de los términos procesales previstos. De ahí que lo que está en juego parece ser el determinar si debe hacerse prevalecer la seguridad jurídica y la verdad procesal ajustada a la norma por encima del hecho que comprueba la no

<sup>15</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 380, numeral 4: “Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba”.

<sup>16</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-1226 de 2004, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: expediente T-951027

<sup>17</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 380, numeral 1: Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

paternidad del demandado y que pondría en juego derechos fundamentales de los implicados.

Para la Corte Constitucional las premisas de las que parten los juzgadores de instancia son inadmisibles pues arrojan como resultado que un hombre deba asumir la paternidad de una niña que no es su hija y que una niña se quede sin determinar quién es su verdadero padre, con lo que se estarían vulnerando derechos fundamentales como el derecho de los niños a tener una familia y filiación definida.

La Corte señala frente a la segunda premisa esbozada por el juez de instancia que no era posible exigirle al demandado que objetara durante los términos legales la primera prueba de paternidad ya que la ciencia genética del momento no permitía hacerlo; fueron los avances posteriores los que permitieron determinar con otra prueba más acertada desde el punto de vista científico como lo es la prueba de ADN que el declarado como padre por la ley no lo era por la biología. Para la Corte:

*(...) no es admisible el argumento de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura acerca de que la acción de tutela era inadmisibile, porque el actor no había objetado el examen pericial que arrojó el resultado de compatibilidad. Dado el estado de la ciencia genética en el país en ese momento, no cabía esperar mayores cambios de haber sido objetado el dictamen. Además, puesto que el dictamen había sido elaborado por el ICBF podía esperarse, de buena fe, que hubiera sido elaborado en forma correcta. Y, así lo fue. Lo que sucede es que el examen en ese entonces era en sí mismo insuficiente dado el avance de la ciencia.<sup>18</sup>*

Para la Corte, si bien es cierto, el recurso de revisión es extraordinario y opera según unas formas establecidas que buscan asegurar la seguridad jurídica y el debido proceso, “es claro que, en ocasiones, las normas jurídicas pierden actualidad frente a los avances de la ciencia y que le corresponde a los jueces procurar armonizar su interpretación con los nuevos descubrimientos, mientras el Legislador decide adaptar la legislación a los hallazgos de la ciencia”.<sup>19</sup> Cuando el legislador no ha realizado dicha actualización es aun más pertinente y necesaria la labor del juez; si el juez omite tener en cuenta los avances de la ciencia su omisión podría afectar derechos constitucionales fundamentales.

<sup>18</sup> Ibíd.

<sup>19</sup> Ibíd.

Para evitar que se vulneren derechos el juez tiene la potestad de excepcionar la aplicación de la norma en algunos casos.

En el caso que se analiza el juez debe dejar de lado las consideraciones legales previstas para el recurso extraordinario de revisión y tomar como base el hecho probado de que el accionante no es el padre biológico de la niña, pues desconocer este hecho conllevaría a que la decisión tomada por el juez vulnera derechos superiores.

La exclusión de la paternidad del que fue declarado como tal en el proceso es tan evidente que este hecho puede ponerse como premisa en la argumentación y, a partir de él, volcar todas las conclusiones, también razonables, que se sustentaron a partir de la verdad de una ley y sus regulaciones procesales. En efecto, la Corte Constitucional decidió conceder el amparo de los derechos fundamentales mediante la acción de tutela, ordenó la suspensión de los efectos civiles del registro civil de la niña y dio un plazo de tres meses para que el accionante (antes demandado) iniciara un proceso dentro del cual hiciera valer esta premisa: la prueba técnica realizada por la institución arrojó como resultado la no paternidad del demandado contrario a la primera prueba realizada por el ICBF pero cuya técnica y avance científico no supera a la nueva prueba que excluye la paternidad; pese a que no hubiera podido controvertirse y agregar la nueva prueba durante el término probatorio, pues no existía para la fecha tal avance.

Como se observa en este caso la Corte toma su decisión al darle mayor valor a dos premisas:

1. Le da mayor jerarquía a la justicia, que se protege al proteger derechos fundamentales de los niños, por encima de la cosa juzgada como parte del principio de la seguridad jurídica.
2. Prefiere una premisa relativa al hecho cierto de la exclusión de la paternidad por encima de lo que la ley procesal señalaba como correcto para la solución de este caso.

#### **4.2. Enfoque lógico: argumentos demostrativos en las decisiones de la Corte Constitucional**

En la misma sentencia que es objeto de análisis se pueden identificar algunos argumentos que pueden ser formalizados de modo que se puede establecer la forma y figura del argumento, así como verificar su validez, tal cual propone el enfoque lógico. En lo que sigue se presentarán para su análisis.

1. “En ese orden de ideas, la violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, puede ser atacada mediante la acción de tutela siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Constitución y no exista otro medio al alcance del afectado para la defensa de su derecho.”

Toda DCC es VDF		DCC: Decisión contraria a
<u>Esta SJ es DCC</u>	(AAA1)	constitución
Esta SJ es VDF		VDF: Violatoria de derechos
		Fundamentales
		SJ: Sentencia judicial

2. “Esta Sala de Revisión subraya que el artículo 86 de la Constitución dice que la tutela procede cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Los jueces son autoridades públicas y sus providencias constituyen su principal forma de acción”.

Todas las AVDF son T		AVDF: Autoridades que violan
<u>Algunas AVDF son J</u>	(AII3)	derechos fundamentales
Algunas J son T		T: Tutelables
		J: jueces

3. “La doctrina moderna considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica (CP art. 14) está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica [...]”

Todo DPJ incluye ser TDO		DPJ: Derechos de la personalidad
<u>Todo SH tiene DPJ</u>	(AAA1)	jurídica
Todo SH es TDO		TDO: Titular de derechos y
		obligaciones
		SH: ser humano

Del análisis propuesto, se puede concluir en general que en las decisiones de la Corte Constitucional se pueden identificar argumentos que pueden analizarse desde su estructura lógico - deductiva y que permiten afirmar que el análisis lógico formal aun es pertinente para la fundamentación de algunos aspectos en determinadas decisiones judiciales.

### 4.3. Enfoque dialógico: los test de proporcionalidad en las decisiones de la Corte Constitucional

Desde este enfoque se ha mostrado la insuficiencia del enfoque lógico en aquellos casos en donde se debe argumentar en torno a casos difíciles. La construcción del test de proporcionalidad se puede entender como una aplicación de ciertas reglas para la solución de casos en donde la lógica formal es insuficiente pero en donde es posible esperar la construcción de un discurso que permita llegar a una decisión razonable. Los tests, en este sentido, constituyen una expresión de una de las principales características del enfoque dialógico, a saber, el hecho de que la argumentación jurídica, a pesar de no estar sometida a las reglas lógicas de la deducción, no opera enteramente en el vacío en donde cualquier argumentación es tan válida como cualquier otra. Como “hecho”, esto quiere decir que este tipo de aspiración normativa no es algo exterior a la argumentación jurídica. En otras palabras, es la misma naturaleza de la argumentación jurídica la que incluye en sí misma una pretensión de corrección que los tests de proporcionalidad intentan capturar.

La Corte Constitucional ha empleado en diversas oportunidades argumentos contruidos a partir de los test de proporcionalidad sugeridos por Alexy, muchas veces para resolver casos en los que la igualdad admite distinciones. Para ello la Corte ha tomado como premisa los postulados de Alexy según los cuales:

- a. “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.”
- b. “Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.”<sup>20</sup>

Los test son herramientas de análisis y de interpretación usados con el fin de determinar si ante una situación de hecho que implique hacer distinciones

<sup>20</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 409.

o diferenciaciones, tales diferenciaciones resultan admisibles. Se desarrolla progresivamente en tres etapas, que son:

- a. La confirmación de la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La determinación de la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La determinación de la razonabilidad del trato desigual, es decir, la confirmación de la existencia de una relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido<sup>21</sup>

Se puede afirmar que el concepto de “razonabilidad” se refiere a la idea según la cual los medios escogidos para realizar el fin perseguido deben ser adecuados y necesarios, es decir, tales medios deben ser de una naturaleza tal que no puedan ser sustituidos por otros que resultarían menos lesivos y suficientes para alcanzar el fin previsto. La proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferenciador implica que el trato desigual no lesione principios y derechos de rango superior al que se quiere alcanzar.

Para ejemplificar el uso de los test se expondrá el caso del trato diferenciador otorgado a los soldados bachilleres a la hora de distribuir cupos para el ingreso a las universidades estatales, el cual fue analizado en la Sentencia C-022 de 1996 en donde la Corte resuelve acerca de la constitucionalidad del literal b) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, norma en la que se otorgaba como estímulo a los bachilleres que prestaran el servicio militar un aumento del 10% en el puntaje obtenido en las pruebas de Estado y que podían hacer valer a la hora de aspirar a ingresar a una institución universitaria.

El test se aplica en el siguiente sentido:

- a. Confirmación de la existencia de un objetivo perseguido: en este caso el objetivo es estimular la incorporación de los jóvenes a las Fuerzas Armadas y compensar su servicio.
- b. Determinación de la validez del objetivo perseguido: este resulta válido, pues la Constitución establece la posibilidad de otorgar prerrogativas a quienes presten servicio militar.
- c. Determinación de la razonabilidad del trato desigual: en este caso, sin embargo, el trato desigual no es razonable, en tanto no satisface los requerimientos del concepto de proporcionalidad. Si bien el estímulo es

<sup>21</sup> Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C- 022 de 1996, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1008.



adecuado para los soldados bachilleres, no es necesario para el logro de ese fin y menos resulta proporcionado frente al detrimento de los derechos y méritos académicos de los demás candidatos a ingresar a un centro de educación superior; más aun cuando un sector de la población completo, como lo es el de las mujeres, que no están obligadas a prestar servicio militar, queda excluido de este beneficio.

La Corte concluye entonces que “la norma acusada establece una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a la educación superior, en detrimento de personas que no prestaron el servicio militar y que, teniendo méritos académicos para continuar sus estudios en su etapa superior, se pueden ver desplazados por los beneficiarios del privilegio otorgado por la norma demandada.”<sup>22</sup>

Como este hay muchos casos en los que la Corte hace uso de los test para resolver conflictos en torno a la igualdad y a su vez cuando existe colisión de normas y principios.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Durante mucho tiempo la idea de la corrección de la decisión judicial se centraba en el acatamiento de modelos demostrativos, lógico - deductivos que suponían posible un lenguaje despojado de ambigüedades. De entrada la propuesta suscitaba varias objeciones pues, como lo advierte Atienza al referirse a la labor del juez, “decidir no es nunca simplemente una cuestión de lógica”<sup>23</sup>. Otra de las objeciones tiene que ver con la relación lenguaje – derecho, la cual es una relación conflictiva de la que se puede concluir que en virtud de las ambigüedades del lenguaje es imposible suponer que las reglas de interpretación literal puedan ser suficientes para acceder al contenido de la norma.<sup>24</sup> Alexy al exponer acerca del modelo deductivo lo señala en los siguientes términos: “Refutarlo es demasiado fácil. Para ello bastan referencias a la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos de normas y colisiones de normas, el hecho de que ninguna norma pueda estar a disposición para la decisión de un caso y la posibilidad, no por completo excluida en la mayor parte de los sistemas legales, de la amplitud del derecho frente al texto de la norma”<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Ibíd.

<sup>23</sup> Atienza, Manuel, *Cuestiones Judiciales*, México, Ediciones Fontarama, 2001, p. 12

<sup>24</sup> Aguirre Javier, Silva Alonso y Pérez Vanessa, Op. Cit.

<sup>25</sup> Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1997, p. 37.

Ahora bien, una es la justificación que hace el juez de sus decisiones cuando se trata de un caso fácil, que puede, a pesar de las objeciones esbozadas, resultar viable, pero otra situación muy distinta es la de llevar ese modelo a la solución de un caso difícil.<sup>26</sup> En el primer tipo de supuesto, un silogismo puede resultar suficiente, pero en el caso de los segundos, la demostración puede ser bastante precaria e insuficiente, pues en estos casos fijar las premisas normativas e incluso la premisa fáctica del silogismo resulta problemático.

Sin duda, ante los casos difíciles la actividad de juez no puede ser únicamente una labor de exégesis y de subsunción, pues se trata de situaciones en las que la mera aplicación de la norma es insuficiente. Atienza, citando a MacCormick, señala algunos elementos a tener en cuenta en la identificación de un caso difícil a partir de los problemas que se deben resolver: a) problemas referidos a la existencia de dudas sobre la norma a aplicar; b) problemas sobre la interpretación a dar a la norma aplicable; c) problemas sobre las pruebas en torno a los hechos; y d) problemas de calificación de los hechos, en donde no se puede determinar con precisión bajo qué presupuesto juzgarlo.<sup>27</sup>

Ahora bien, ¿Cuál es la alternativa que ha surgido para superar las dificultades de los modelos lógicos?

El modelo retórico se muestra inicialmente contrapuesto con el modelo lógico y es exaltado como modelo que permite describir cómo opera en buena parte la argumentación judicial en los Estados constitucionales, en donde existe una necesidad imperante de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con el texto constitucional.

El modelo dialógico se ha presentado como un modelo intermedio que busca integrar reglas lógicas, previendo a su vez los eventos en donde éstas sean insuficientes, haciendo necesario recurrir a criterios de proporcionalidad para justificar una solución a determinado caso.

No sobra señalar con Atienza, quien en relación con los enfoques argumentativos por él llamados lógico, materia y pragmático, que existe relación entre los tres enfoques, así como tensiones entre esas dimensiones argumentativas: “El hecho de que se trate de tres concepciones distintas de la argumentación no significa exactamente que sean incompatibles entre sí. Más bien me parece que habría que tratarlas como complementarias, en el sentido, por ejemplo,

<sup>26</sup> Atienza, Manuel, *Cuestiones Judiciales*, México, Ediciones Fontarama, 2001, p.11.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 16.

de que una teoría adecuada de a argumentación jurídica no puede dejar de considerar ninguno de esos tres enfoques”<sup>28</sup>.

En la práctica judicial se puede observar que el discurso jurídico se ha cualificado en buena parte gracias a la discusión en torno a cómo deciden los jueces. El problema de la corrección de las decisiones judiciales ha obligado a que en las decisiones se acuda a diferentes postulados iusfilosóficos con el fin de sustentar posiciones jurídicas que en muchos casos son altamente discutibles.

En definitiva, decidir no es nunca simplemente una cuestión de lógica; este es un elemento clave dentro de la comprensión actual de la actividad del juez, la cual se ha afianzado gracias al cambio sustancial que introdujo en Colombia la Constitución de 1991.

<sup>28</sup> Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 50.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, Javier, Silva Alonso y Pérez Vanessa. *Lenguaje y derecho: Habermas y el debate ius filosófico: análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el lenguaje jurídico constitucionalmente inadmisibile*, Bucaramanga, UIS, 2007.
- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1997.
- Alexy, Robert. *Teoría del Discurso y Derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Aragón, Manuel. *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- Atienza, Manuel. *Cuestiones Judiciales*, México, Ediciones Fontarama, 2001.
- Atienza, Manuel. *Derecho y argumentación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- Atria, Fernando. "Del derecho y el razonamiento jurídico", En: *Revista Doxa*, No. 22, 1999. Disponible en: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22\\_04.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_04.pdf) (31.07.2010)
- Austin, John, *Cómo hacer cosas con palabras y acciones*”, Barcelona, Paidós, 1982.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas*, Barcelona, Altaza, 1994
- Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-022 de 1996, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1008
- Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-145 de 1998, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente D-1772.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-1226 de 2004, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: expediente T-951027

- López, Diego. *La letra y el espíritu de la ley*, Bogota, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes y Editorial Temis, 2008.
- Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca Lucie. *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.