



**LOS CASOS DIFÍCILES
COMO COLISIÓN ENTRE PREMISAS.
UN INTENTO DE EXPLICACIÓN DESDE LA
TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN
DE PERELMAN.***

PEDRO ANTONIO GARCÍA OBANDO**

JAVIER ORLANDO AGUIRRE ROMÁN***

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA****

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

Recibido el 3 de Marzo de 2009 y aprobado el 4 de Mayo de 2009

RESUMEN

Por regla general, los llamados casos difíciles han sido examinados en el marco de estas tres teorías: la teoría de la colisión entre principios de R. Dworkin, la teoría de la ponderación jurídica de R. Alexy; y la teoría de la discreción de H. Hart. Después de examinar brevemente la posición de estos autores con respecto a los casos difíciles, se mostrará una nueva perspectiva que, se considera, también puede

* Texto de avance del proyecto de investigación No. 5231 financiado por la Universidad Industrial de Santander en el marco del Grupo de Investigación *Politeia*. Director del proyecto: Pedro Antonio García Obando; título: *Premisas de la argumentación y técnicas argumentativas en las decisiones de la Corte Constitucional colombiana. Un estudio casuístico a partir de la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman*.

** Profesor Titular de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander (Bucaramanga, Colombia). Licenciado en Filosofía y Letras de la Universidad de Caldas. Magíster en Lingüística de la Universidad de Antioquia. Coautor del libro *Lógica y Teoría de la argumentación*, UIS, 2009. Coordinador de la Especialización en Filosofía del Derecho. Correo electrónico: pgarciaoster@gmail.com

*** Profesor de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander (Bucaramanga, Colombia). Abogado y filósofo de esta institución. Especialista en Docencia Universitaria, UIS. Actualmente adelanta sus estudios de doctorado en Filosofía en la Universidad Estatal de Nueva York. Autor de artículos publicados en diferentes revistas nacionales y coautor de los libros: *Lógica y teoría de la argumentación*; *Justicia y derechos en la convivencia escolar*; *Lenguaje y derecho: Habermas y el debate iusfilosófico*. Correo electrónico: javierorlandoaguirre@gmail.com

**** Profesora de la Universidad de Santander y de cátedra en la Universidad Industrial de Santander (Bucaramanga, Colombia). Abogada y filósofa egresada de la UIS. Especialista en Docencia Universitaria de la misma institución. Actualmente adelanta estudios de Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho en la Universidad Industrial de Santander. Autora de artículos publicados en diferentes revistas nacionales y coautora del libro *Justicia y derechos en la convivencia escolar*. Correo electrónico: patricia.pabon@gmail.com

arrojar resultados interesantes de cara al problema de las decisiones judiciales: la perspectiva de la nueva retórica o teoría de la argumentación del filósofo del derecho belga, Chaïm Perelman. Al final de este trabajo se presentarán algunos avances de esta perspectiva aplicando el concepto de colisión entre premisas en una sentencia de tutela de la Corte Constitucional colombiana.

PALABRAS CLAVE

Premisas, argumentación, casos difíciles, colisión entre premisas, Perelman, Dworkin, Alexy, Hart.

DIFFICULT CASES AS COLLISION BETWEEN PREMISES. ATTEMPTING AN EXPLANATION FROM THE PERELMAN ARGUMENTATION THEORY

ABSTRACT

Generally, the so called “difficult cases” have been examined within the framework of three theories: the collision between principles theory by R. Dworkin; the theory of legal justification by R. Alexy; and the theory of discretion by H. Hart. After briefly examining these authors’ positions regarding difficult cases, the text will show a different perspective that can also present interesting results facing the problem of the judicial decisions: the new rhetoric perspective or the theory of argumentation of the Belgian Law philosopher Chaïm Perelman. Finally, this work presents some advances of this perspective, applying the concept of collision between premises in a case solved by the Colombian Constitutional Court.

KEY WORDS

Premises, argumentation, difficult cases, collision between premises, Perelman, Hart, Dworkin, Alexy.

1. INTRODUCCIÓN

Este avance de investigación está dividido en tres partes. En la primera se analizará el tema de los casos difíciles a partir de dos perspectivas teóricas, Dworkin y Alexy. Cuando sea necesario y en la medida de lo posible, se intentará conciliar la terminología de estos autores con el objeto de determinar en qué sentido la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman puede hacer parte de esta controversia y cómo se puede aplicar su teoría de la argumentación a un caso difícil sobre colisión entre premisas. Siguiendo esta línea, se sostendrá la tesis de que los llamados casos difíciles pueden entenderse desde Alexy como casos en los que se requiere ponderar principios en colisión. En esta primera parte también se esbozan las ideas de Dworkin sobre el particular. La segunda parte del trabajo está dedicada a tres aspectos de la teoría de la argumentación de Perelman: el lugar de la interpretación en la práctica jurídica; las diferencias entre argumentar y demostrar; y la especificación del lugar de las premisas en la argumentación. La tercera parte es una aplicación a una sentencia de tutela de la Corte Constitucional que revisa fallos de jueces de instancia donde se muestra en qué consiste la colisión entre premisas.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se puede tomar un ejemplo ya clásico a partir del silogismo de la forma AAA-1 y pasar a examinar el tema de los casos difíciles en estos dos sentidos: la relación entre la premisa menor y la mayor; y la validez externa del mismo, la cual, como es sabido, recae sólo sobre la justificación de la premisa mayor. (De momento se abandonará el problema de la colisión entre principios y se pasará por alto durante la exposición de este trabajo el problema planteado en relación con las reglas en este doble sentido: si una norma del derecho contradice otra y si su aplicación es contraria a los fines del bien común). El ejemplo es el siguiente:

Todo vehículo que transite en el parque deberá ser expulsado del mismo. Los patines que está usando María en el parque son un vehículo. Por lo tanto, los patines que está usando María deben salir del parque.

Como se sabe, éste es uno de los ejemplos típicos con el que se ha señalado un aspecto central de la decisión judicial, específicamente, el de la relación entre la premisa menor y la mayor: ¿en qué sentido puede establecerse si la premisa menor es o no una instancia de la premisa mayor? Planteada de este modo, la relación entre las premisas menor y mayor ha llevado al problema que suele llamarse “problema semántico de la decisión judicial”, es decir, el problema de establecer si los términos que contiene la premisa menor son o no una instancia de la premisa mayor.

Este problema puede interpretarse de muchas maneras. Se podría pensar, por ejemplo, que la aplicación efectiva de la conclusión del silogismo no pasa por esta discusión de orden semántico. Por el contrario, frente a estos casos presuntamente difíciles por la relación entre las dos premisas del silogismo, jueces y abogados abordan la discusión, no en torno a la relación semántica subyacente, sino sobre el sentido de la afirmación general. Así las cosas, un caso deja de ser difícil bajo la consideración de que el problema semántico está mal planteado. En cambio, lo que sí parece cierto es que, ante casos de esta naturaleza, la pregunta de los jueces y abogados está encaminada a determinar el sentido de la ley general, es decir, el sentido de la premisa mayor, independientemente de si la premisa menor es o no una instancia de aquella.

Presentado el problema de los casos difíciles con este ejemplo (el cual, dicho sea de paso, se convirtió más bien en un lugar común), la argumentación jurídica pierde su valor como herramienta de análisis, pues ella, en tanto teoría lógica, no se refiere a problemas semánticos de ninguna clase. Suele decirse, incluso, que la lógica es silenciosa al respecto (BAYÓN, 2001). La pregunta por la premisa mayor, sin determinar la relación entre instancias, puede quedar mejor planteada así: ¿Deben ser los patines considerados como vehículos en el sentido de esta ley?

Alexy considera este problema bajo el nombre “justificación externa”, es decir, los argumentos sobre los cuales se dispuso una norma. (ALEXY, 1998). En general, esta justificación de la premisa mayor está implícita en la argumentación del silogismo, pero por fuera de éste. En este sentido, el ejemplo con el que se inicia este trabajo oculta un hecho importante: la premisa mayor es el resultado de un debate, y seguramente de un debate en el que se llegó a considerar el peligro que representaban los vehículos en un parque para la movilidad y la seguridad de las personas. El ejemplo de si se pueden llevar osos en el transporte público bajo la consideración de que una regla X expresa *solamente* la prohibición de llevar perros, es también un exabrupto de interpretación. El exégeta que interpreta que sí pueden llevarse osos y alega su autorización en que la norma no lo prohíbe, deberá rechazar también el sentido común, o, por lo menos, la justificación externa de la misma.

Pensamos que estas controversias son muy poco útiles frente al tema de los casos difíciles, dado que la interpretación de la que partimos aquí no versa sobre el problema relacionado con la premisa mayor, ni sobre el viejo problema de si la premisa menor es una instancia de aquella. Como se verá más adelante, resulta de interés examinar el modo como la premisa mayor de un silogismo entra en colisión con otra premisa, pero no necesariamente con su justificación externa (como la entiende Alexy), ni mucho menos con respecto a la premisa menor. El problema planteado se dirige, por el contrario, a la relación entre estas dos clases de premisas: una verdadera en sentido fáctico, la cual colisiona con una verdad por presunción. (Se desarrollará esto más adelante cuando se aborde un caso en el que se solicita

mediante tutela la autorización para la interrupción de un embarazo, y que las decisiones de instancia son revisadas por la Corte Constitucional colombiana). Pero para esto se debe dar el salto al tema de los principios.

En Dworkin el abordaje del problema de los casos difíciles le permite mostrar sus principales críticas a la labor del juez desde la óptica del positivismo. Frente a casos en donde no hay certeza, bien sea porque no existe norma claramente aplicable, o porque las normas aplicables dan como resultado decisiones distintas o porque las normas existentes son contradictorias, el juez no tiene otra opción que resolver a favor de una de las partes (DWORKIN, 1989: 146); para Dworkin es claro que el Derecho tiene escenarios de vaguedad que hacen necesaria la interpretación de la norma, pues, así la norma sea insuficiente, el juez deberá declarar a una de las partes como vencedora, para lo cual tendrá que echar mano de los principios. La existencia de principios hace que el juez siempre tenga un referente para solucionar el caso bajo su consideración, con lo cual elimina la posibilidad de que exista discrecionalidad alguna en su decisión.

Dworkin resuelve el problema de los casos difíciles al distinguir entre reglas, principios y directrices, señalando que cuando se trate de dar solución a casos difíciles los principios cumplen un papel determinante en los argumentos que integran decisiones en torno al otorgamiento de Derechos.

Como puede apreciarse, desde la perspectiva de Dworkin deja de presentarse el problema de la validez de una norma a partir de las consideraciones del silogismo; antes bien, es por fuera de las normas, es decir, en diálogo con los principios y directrices, como debe solucionarse el problema de una presunta indeterminación jurídica. Éste es un giro importante, que se considera, allana el camino para hacer referencia a la colisión entre premisas desde la perspectiva de Perelman. Lo mismo podría pensarse de la justificación externa propuesta por Alexy, en el sentido de que el tema de los casos difíciles está más allá de las relaciones internas del silogismo.

La preeminencia del estudio del argumento desde el punto de vista lógico-formal, que indaga en torno a si la conclusión de un razonamiento se infiere válidamente de las premisas de las que parte, y que toma como supuesto que los términos o datos que lo integran son suficientes para ello, tuvo gran influencia sobre el mundo jurídico y el de las ciencias humanas, sobre todo bajo la idea de otorgar un estatuto científico a estas áreas del conocimiento igual que al de las ciencias naturales. Sin embargo, tal como lo señalan varios autores, es posible controvertir esta idea y cuestionar la posibilidad de que la *“lógica se constituya como una ciencia formal que tenga la posibilidad de ser aplicada en la evaluación crítica de argumentos reales”* (TOULMIN, 2007: 19). Para sustentar esta objeción se señala cómo la tradición de los estudios lógicos ha presentado la aplicación de la estructura de sus argumentos en ejemplos muy sencillos que no soportarían ser aplicados a

situaciones fácticas complejas. Basta ilustrar esta idea al revisar lo que sucede en los discursos jurídicos, en los cuales es posible identificar muchas proposiciones, más allá de las premisas mayor y menor, para sustentar las conclusiones a las que se propone llegar. Esto deja de presente que, dada la naturaleza de los procesos legales, la tradición formal es insuficiente para su análisis y comprensión, y se puede concluir que sólo es posible abordar su estudio de manera satisfactoria si se admite que los enunciados legales cumplen variadas funciones que hacen necesario introducir otras categorías de análisis. Pues bien, una objeción en contra de la posibilidad de analizar los argumentos jurídicos desde la óptica formal es introducida por el filósofo del derecho Chaïm Perelman, quien recuerda que los argumentos pueden ser analizados también desde una perspectiva que podría ser llamada “retórica” y en donde la pregunta a hacerse es si el argumento resulta persuasivo o convincente para la audiencia a la cual se dirige, en lugar de preguntar por la validez formal de un argumento. En efecto, hacia mediados del siglo XX, este filósofo y jurista belga 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 más a la persuasión que a la demostración (PERELMAN, 1974, 1979, 1998; PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, 1989). En ese sentido, Perelman trató de revivir la retórica aristotélica y ponerla al servicio de las discusiones políticas, jurídicas y filosóficas de la posguerra.¹

Una de las primeras distinciones conceptuales elaboradas por Perelman y que sirve de base para comprender su reivindicación de la retórica es la que nuestro autor lleva a cabo entre argumentar y demostrar. Perelman es consciente de que esta distinción afecta directamente el núcleo del tema de la decisión judicial, pues una cosa sería confinar la labor del juez a un proceso demostrativo (por ejemplo, a una deducción en la que se llega a una conclusión a partir de premisas incontestables) y otra bastante diferente argumentar en favor de una tesis que resulta controvertible, según queda dicho. En el derecho, como es fácil comprender, muchas decisiones deben ser tomadas después de sendos debates alrededor de la mejor tesis. Esto quiere decir, entre otras cosas, que no siempre resultan claras –ni están a la mano– las razones que deben iluminar el proceso decisorio, o que, como mostraremos, diferentes instancias de decisión puedan llegar a tesis diferentes sobre un mismo caso.

¿Por qué sucede esto en el derecho? A nuestro modo de ver, una de las razones de esta disparidad en las decisiones judiciales obedece a que, en el campo de la argumentación, los procesos de derivación de las conclusiones no son deductivos y suelen servirse, por lo tanto, de procedimientos no estrictamente demostrativos.

¹ 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. Hoy, por ejemplo, las altas cortes, y en especial la Corte Constitucional, suelen hacer referencia a Perelman en algunas de sus sentencias cuando se refieren a la tarea de la argumentación.

Pero, por otra parte, la argumentación es siempre, por definición, un proceso que se inicia cuando una sociedad entra a discutir aquellas cosas que se daban por ciertas y consabidas y a las que nadie se oponía por no haber entrañado ninguna contradicción con las concepciones que la misma sociedad tenía sobre su realidad social, o porque aún faltaba madurar una cierta concepción de vida más acorde a lo que significa la vida justa, o porque, sin más, cierto estado de cosas requiere de una interpretación más ajustada al precedente judicial, del cual se ha apartado eventualmente algún operador jurídico. La argumentación, en fin, tiene su origen en la misma constitución de lo humano, que busca en todo momento mejores razones para la acción.

Ahora bien: ¿debe el juez decidir siempre con base en normas y hechos evidentes, o su decisión pasa muchas veces por la necesidad argumentar en temas que tocan con valores y principios generales no específicamente regulados pero de obligatorio cumplimiento, como, por ejemplo, los consagrados en nuestra Constitución? Afirma Perelman: *“no basta con conocer las reglas del derecho. Una de las principales tareas de la interpretación jurídica es encontrar soluciones a los conflictos entre las reglas...”* (PERELMAN, 1974: 21).

Por todo lo anterior, también se puede calificar de insoluble o carente de valor iusfilosófico el dilema de determinar si el razonamiento jurídico es subsuntivo o si responde a otras formas de validez del razonamiento, pues, como se ha sugerido, es necesario partir de otras consideraciones por fuera del silogismo mismo, como cuando Alexy refiere la justificación externa de la premisa mayor o cuando Dworkin hace mención a la colisión entre principios. Con todo, las primeras aproximaciones teóricas de Perelman al problema de la decisión judicial, como se verá, se remiten a los ejemplos que se vienen comentando.

3. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE PERELMAN

Afirma Perelman: *“los argumentos que se presentan en apoyo de una tesis no la implican de manera necesaria: son más o menos fuertes, como por otra parte, los argumentos que se pueden presentar a favor de la tesis opuesta”* (PERELMAN, 1997: 76).

¿Qué significa esto?

Por un lado, que no hay necesidad lógica entre una tesis y los argumentos con los que se busca defenderla, como por ejemplo la habría entre las premisas y la conclusión de, pongamos por caso, un silogismo demostrativo. Por lo tanto, para toda argumentación siempre existirá la posibilidad de que una tesis que ha sido vencida aún tenga argumentos a su favor. Por otro lado, Perelman está queriendo

decir que la tesis que ha ganado en un debate tiene para sí argumentos más o menos fuertes, pero que también la tesis contraria goza de tener buenos argumentos. Podríamos llamar a la primera parte de la afirmación de Perelman “*el problema de la necesidad*”, y a la segunda “*el problema de la fuerza del argumento*”. Ambos aspectos se relacionan: en teoría de la argumentación los argumentos buscan su mayor fuerza porque la implicación entre las premisas y la tesis que se intenta derivar de ellas no tiene el carácter de necesidad demostrativa o lógica.

Pero Perelman hace esta otra afirmación: “*Se adherirá a una u otra de las tesis en competencia, en función de una apreciación tanto de los argumentos presentados en pro y en contra, como del valor de la solución que ofrecen a los problemas en discusión*” (Ibid.). Ahora bien: si dejamos de lado esto de la apreciación y del valor de los argumentos, queda claro que toda discusión sobre tesis opuestas se realiza en el campo de la argumentación, dentro del cual se desarrollan sendas técnicas argumentativas en apoyo de tal o cual tesis en debate.

Lo que importa señalar aquí es, en primer lugar, el carácter siempre problemático de los puntos de partida en toda argumentación. Cuando esto sucede, es decir, cuando los puntos de partida se ponen en cuestión, ya no se pueden dar por seguras algunas premisas al momento de tomar una decisión judicial. En otras palabras, toda decisión judicial se dedica a, y comienza con, poner en discusión los puntos de partida o premisas que se daban por seguras antes de que se abriera el debate jurídico del caso. En segundo lugar, toda decisión judicial está siempre dirigida a una especie particular de auditorio y no se da en el vacío, como sucede con toda demostración. En este sentido, se sigue de ello que la argumentación de los jueces no opera como un sistema formal demostrativo, y, sobre todo, que la aceptación de una decisión en tal o cual dirección afecta los intereses de quienes querellan en un caso, cuando no las visiones de mundo y sus ideas de lo que consideran correcto o no en una sociedad.

¿De qué premisas debe partir un juez que tiene en sus manos la tarea de tomar una decisión judicial?²

Para empezar, digamos que éste es uno de los temas más complejos de la argumentación jurídica. En efecto, los jueces no siempre están de acuerdo en los puntos de partida que deben predominar al momento de tomar una decisión judicial. Pregúntese el lector: ¿Debe un juez conceder el aborto, en atención a la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, sabiendo del “hecho” que prueba que el embarazo de la afectada no ha sido producto de la violación, según ella ha informado a las autoridades, dado que no concuerda la fecha de la violación puesta en el denuncia con la fecha de la concepción?

² En algún sentido, esta pregunta tiene algo que ver con el tema de la justificación interna y externa de la que habla R. Alexy. Sin embargo, como consideramos a lo largo de este trabajo, la perspectiva de Perelman es también bastante provechosa para esta distinción. Cfr.: Alexy (1997).

Este caso se relaciona, como venimos diciendo, con las premisas de las cuales debe partirse al momento de sostener una tesis, asunto bastante complicado si se tiene en cuenta que no existe, *per se*, ningún procedimiento infalible que permita seleccionar premisas y tampoco uno que permita declarar que una premisa es mejor que otra. Sobre el particular, recordemos de nuevo las palabras de Perelman: “*los argumentos que se presentan en apoyo de una tesis no la implican de manera necesaria: son más o menos fuertes, como por otra parte, los argumentos que se pueden presentar a favor de la tesis opuesta*”³.

3.1. INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Antes de analizar las ideas desarrolladas por Perelman en *La interpretación Jurídica* (PERELMAN, 1974), es preciso hacer una breve aclaración. El lector de estas ideas habrá notado que los ejemplos que utiliza el autor no siempre provienen del ámbito del Derecho. La norma que prohíbe el ingreso de vehículos a un parque o aquella que restringe el ingreso de animales a los buses de transporte público, no son necesariamente normas legales, como tampoco lo sería aquella que prohibiera el ingreso de mascotas a un restaurante. Sin más, estas son regulaciones “impuestas” por un grupo de ciudadanos que las consideraban deseables para una mejor forma de relación social entre sus individuos. Pero, ¿qué pasaría si, en medio de una emergencia, una ambulancia necesita ingresar al parque al que se prohíbe el ingreso de vehículos? El conocimiento de la norma, sin más, no permitiría resolver con justicia y equidad esta situación. Por lo tanto, una manera de concebir la interpretación, incluso en estos casos de la vida cotidiana, sería señalando que ésta aparece allí cuando la sola aplicación de la norma no es suficiente para comprender o resolver la cuestión presente. Es decir, se necesita algo más que la comprensión explícita o gramatical de la norma; se requiere interpretar su alcance, sus límites y su pertinencia frente a la situación emergente.

Pero este campo de las normas de la vida cotidiana puede muy bien extenderse al campo del derecho. En efecto, una norma no tiene por qué contemplar todas las instancias que fungen de ejemplo de la norma misma. Es decir, puede suceder que la norma requiera para cada nuevo caso de una actualización sin la cual sería imposible resolver un problema jurídico. Es esta actualización la que pasa por la interpretación jurídica de los jueces. Con todo, se sigue discutiendo en el marco de los ejemplos de los vehículos y los patines, muy poco ilustrativos para el problema fuerte de la colisión entre premisas.

³ Dejamos aparte el hecho, también protuberante, de que la primera instancia desatiende una premisa que funge de *verdad*, valga decir, “*la Ley 599 de 2000, Código Penal, artículo 208, [que] tipifica como delito de acceso carnal abusivo el que tenga ocurrencia con menor de catorce años*”, como efectivamente había ocurrido en este caso. Dicho de otra manera, hasta el momento sólo estamos considerando dos tipos de premisas: una relativa a las presunciones y otra sobre los hechos, sin entrar a examinar que las leyes, como la mencionada anteriormente, son también premisas, en tanto pueden ser utilizadas como base de un razonamiento judicial. Cfr.: Perelman (1997), en especial el capítulo “Las premisas de la argumentación”, p. 43 a 56.

Sin embargo, y aquí está lo importante, más adelante afirma Perelman que la interpretación incumbe sobre todo a los tribunales y, en especial, a las Cortes y tribunales de cierre, pues éstos deben asumir, como reglas legales, “los principios generales del derecho”, los cuales pueden llegar a limitar la aplicación de una norma de menor jerarquía. Por esto afirma Perelman: “*No basta con conocer las reglas de derecho. Una de las principales tareas de la interpretación jurídica es encontrar soluciones a los conflictos entre las reglas, jerarquizando los valores que estas reglas deben proteger*” (PERELMAN, 1974: 21).

Pero, como se verá a continuación, Perelman va a considerar el campo de la argumentación como el propicio para la interpretación jurídica.

3.2. ARGUMENTAR Y DEMOSTRAR

¿Qué es lo que distingue a la argumentación de una demostración formalmente correcta? (PERELMAN, 1997).

En su orden, las siguientes son las diferencias que anota Perelman:

3.2.1. Los signos empleados en la argumentación no están desprovistos de ambigüedad de manera anticipada; por el contrario, toda demostración formal presupone la no ambigüedad de los signos. Así, por ejemplo, no es lo mismo partir, para una demostración, de las leyes de la lógica –las cuales están desprovistas de ambigüedad– que tratar de argumentar a favor de la equidad en una situación determinada. Una cosa es la *equidad* que hay entre dos números (2 es igual a 2), y otra cosa muy diferente cuando en el campo de la argumentación se hace referencia a la necesidad de resolver con *equidad* un caso.

3.2.2. Las reglas utilizadas en una demostración están siempre claramente explicitadas, de modo que su aplicación, por ejemplo en la derivación correcta de un teorema, debe responder a la claridad expresada en las mismas reglas. Por su parte, en una argumentación las reglas que son del caso aplicar no están siempre explicitadas y, si lo estuvieran, sería necesario interpretar a favor de ellas para la derivación de las consecuencias del caso.

3.2.3. Los axiomas en una demostración no se ponen nunca en discusión. Por el contrario, toda selección de axiomas debe hacerse desde la argumentación. Si en una demostración los axiomas se escogen con arreglo a las derivaciones lógicas, en la argumentación esta misma selección debe pasar primero por los argumentos. En el Derecho un ejemplo de esto es el siguiente: frente a una situación, la Corte Constitucional debe escoger entre los axiomas de la libertad y la intimidad, consagrados ambos como principios constitucionales.

3.2.4. El público no interviene en una demostración. En cambio, toda argumentación se dirige siempre a unos destinatarios. Es por esto que las consecuencias que se derivan en una demostración se reducen a derivar correctamente conclusiones siguiendo procedimiento estrictamente lógicos, mientras que el fin de la argumentación consiste en producir o acrecentar la adhesión de un auditorio a las tesis que se le presentan. La argumentación, en fin, reclama una cierta “comunidad de los espíritus”, y por eso las sociedades organizan estos encuentros en rituales como la homilía, las clases de universidad, la defensa ante un juez, etc.; por el contrario, la demostración no requiere de eso que Perelman llamará auditorio.

Ahora bien, desde aquí Perelman deriva una de las prescripciones más importantes de su teoría de la argumentación: el orador debe partir de las premisas admitidas por el auditorio, si quiere hacer efectiva su argumentación.

Como se verá en el caso bajo estudio, las premisas asumidas por los jueces de instancia fueron distintas a las asumidas por la Corte Constitucional, y es esto lo que propiamente se denominará colisión entre premisas.

3.3. PREMISAS

Las premisas usadas como punto de partida de la argumentación pueden ser de muchos tipos. Siguiendo la clasificación de Perelman diremos 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.
- b) Aquellas referidas a *lo preferible*: esto es, los valores, las jerarquías y los lugares comunes de lo preferible.

Para los fines propuestos en este avance de investigación sólo se hará referencia a las premisas que versan sobre lo real. En este sentido, es sobre este tipo de premisas que se mostrará un caso de colisión.

3.4. PREMISAS SOBRE LO REAL

En una argumentación es muy común que se usen como premisas determinadas afirmaciones 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 todo el mundo debería 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, de una parte, por lo que objetivamente se tiene por verdadero, más allá de nuestra particular situación personal; y, de otra, por lo que se presupone que 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.

3.4.1. 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 que se impone a todos.⁴ Es decir, un dato estable, una información aceptada y admitida. Por ejemplo: a) el test de embarazo arrojó un resultado positivo, b) la interrupción de un embarazo se permite en casos de violación, c) todo deudor moroso puede ser ejecutado en un proceso ejecutivo.⁵ Como se ve, 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. Esto quiere decir que lo que hoy es un hecho o una verdad, puede no serlo mañana. Y, de igual forma, muchas cosas que fueron hechos o verdades hace mucho tiempo, hoy no lo son. Por ejemplo, hace algunos años la existencia de los ángeles era un hecho; lo mismo la idea de que la tierra era plana, o que era el centro del universo. Para un griego del siglo V, la conveniencia y justicia de la esclavitud era un hecho; lo mismo la superioridad del hombre sobre la mujer. Para esta época, en cambio, la igual dignidad de todas las personas es, o al menos debería ser, un hecho. Antes la interrupción del embarazo era penalizado en todos los casos, a marzo de 2009 se pueden citar algunos eventos en los que no.

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 si se muestra como incompatible con otros hechos o verdades de las que se tiene una mayor seguridad o, al menos, de las que no se está dispuesto a abandonar tan fácilmente.

⁴ En la teoría de Perelman la distinción entre hechos y verdades 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 filosóficas o religiosas que trascienden la experiencia” (PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, 1994: 124).

⁵ Las leyes son verdades. Por ejemplo, el Código Penal, en su Artículo 44. Tanto es así, que se dice que en una argumentación no problemática, la premisa mayor es un ley y la menor un hecho subsumible en aquella.

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”* (PERELMAN, 1997: 122). 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.

Y, sin embargo, ya se verá, cuando se analice el caso revisado en la sentencia de la Corte Constitucional, en qué sentido un hecho y una verdad pueden llegar a perder su estatuto, es decir, pasar de no ser controvertidos a serlo; y cómo se seleccionan las premisas en cada caso.

3.4.2. Presunciones

En principio, una presunción no es tan segura como un hecho o una verdad, en el sentido en que no se considera como completamente incontrovertible. Sin embargo, sí consideramos que, detrás de toda presunción, existen razones muy valederas y aceptables para que se tome como cierta. En palabras de Perelman, *“una presunción suele referirse a lo que ocurre regularmente y, por ende, puede tomarse como punto de partida”* (PERELMAN 1997: 122). El hecho de que sea punto de partida quiere decir entonces que se acepta para construir nuestras argumentaciones y que quien quiera rechazarla u oponerse a ella tiene la carga de la prueba que lo obliga a presentar razones en su contra.

La legislación brinda 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 suministrar ninguna prueba si existe una presunción a su favor. Por ejemplo, según la ley colombiana, se puede dar “como un hecho” 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 214 del Código Civil.⁶

⁶ Artículo 214. “IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD”. El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos:
1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.
2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.

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 que operan en la cotidianidad (PERELMAN, 1997: 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 nos lleva, en principio, a aceptar como verdadero lo que otras personas nos 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”.

4. UN CASO DE COLISIÓN ENTRE PREMISAS

Los jueces de instancia resuelven una tutela que busca proteger los derechos fundamentales de una niña de 13 años que solicita se interrumpa un embarazo producto de una violación, negando el amparo bajo la siguiente consideración:

Si bien es cierto que la niña que solicita el procedimiento está embarazada, se niega el amparo por considerar que la fecha de la concepción no coincide con la fecha de la presunta violación. Para el juez, el embarazo no tuvo como causa la violación denunciada, ya que éste es, de hecho, posterior a la fecha de la violación, según la información entregada por la demandante. Lo que los lleva a concluir que no debe ser autorizado por no estar en los supuestos previstos para que se autorice. Como se puede ver, un hecho puede tomarse como premisa de una argumentación, de modo que si no hubo violación, (esta es la premisa de hecho), entonces tampoco hay causa para aceptar la interrupción del embarazo, si se quiere seguir una de las causales contempladas para este efecto. El argumento de primera instancia es éste:

(...) si bien es cierto que la niña se encuentra en estado de embarazo y que se denunció una presunta conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, que dio lugar a la correspondiente investigación penal por parte de la Fiscalía, es igualmente cierto que no aparece evidenciado que el estado de embarazo sea fruto del referido acceso carnal violento, por cuanto existen discrepancias entre la fecha en la que tuvo lugar la presunta violación y la fecha en que se dio la fecundación (Sentencia T-209/08).

El juez de segunda instancia, a pesar de la coadyuvancia que hiciera el Procurador Judicial para lo penal y la Defensoría del Pueblo, negó la solicitud de amparo por considerar que las pruebas médicas daban como hecho cierto que el embarazo inició durante una fecha anterior a la violación denunciada. Por su parte el juez de segunda instancia cita como argumento para no revocar la sentencia de primera instancia:

Señala que si la Corte Constitucional ha establecido que cuando el embarazo es producto de un acceso carnal violento la interrupción de aquel no es delito, ello significa que cuando se interrumpe un embarazo que no es producto de acceso carnal se está incurriendo en delito, sin que se pueda aceptar lo dicho por la Procuraduría en el sentido de que basta con establecer si la denuncia penal existe o no, ya que lo que corresponde es verificar primero la existencia del derecho y verificar luego la existencia de la amenaza o de la vulneración (*Ibid.*) (Subrayado fuera del texto).

La Corte, al revisar las sentencias de instancia, tomó premisas de la argumentación diferentes a las acogidas por los jueces de instancia, como el precedente constitucional sobre la posibilidad de interrumpir un embarazo de manera legal, la presunción de buena fe y los mandatos del ordenamiento penal en materia de relaciones sexuales con niños menores de 14 años, entre otras. Se pasará a examinar sólo tres premisas de la Corte para refutar de manera directa las premisas de los juzgadores de instancia:

1. La Corte recuerda que la sentencia que debe orientar la decisión del juez de instancia es la que establece las reglas constitucionales para el caso y que declara la posibilidad de interrumpir un embarazo de manera legal, y que dicha sentencia tuvo como sustento la valoración que hizo la Corte al establecer que *“la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”* (*Ibid.*). Con esto la Corte sustenta su argumentación en premisas referidas a lo preferible, jerarquizando dos valores: la protección a la vida del *nasciturus* vs. la protección a los derechos de la mujer embarazada, decidiendo que siempre que se esté frente a una situación de hecho en la que:

- (i) la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) el embarazo sea el resultado

de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (*Ibíd.*),

se debía tomar en consideración la protección de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, por encima de los del no nacido.

2. Una segunda premisa que la Corte Constitucional consideró más aceptable para el auditorio que la presentada por los jueces de instancia y que tiene en cuenta el hecho del embarazo como no concordante con la fecha de la violación, tiene que ver con la presunción de buena fe. Para la Corte, esta presunción debe tomarse como vinculante en estos casos, por encima de las consideraciones hechas sobre, por decirlo así, premisas de hecho.

(...) para el caso de violación o incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, siendo desde el punto vista constitucional suficiente que se exhiba al médico solamente copia de la denuncia debidamente formulada.

Además, en virtud del principio de la buena fe, para los casos en que se solicite el procedimiento de IVE y se aduzca que es producto de violencia sexual, sólo puede exigirse a la madre gestante la denuncia penal debidamente presentada para que proceda la interrupción del embarazo, máxime que en el caso se trataba de una niña de trece años cuyo acceso carnal se considera abusivo y delictual según el Código Penal (*Ibíd.*)

3. Lo anterior se conecta con la última premisa que se considera pertinente examinar y es la que sostiene la Corte al referirse a la norma expresa del Código Penal, que formaliza una presunción de Derecho en estos términos:

La Ley 599 de 2000, Código Penal, artículo 208, tipifica como delito de acceso carnal abusivo el que tenga ocurrencia con menor de catorce años. Expresamente dicha norma indica: “*El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años*”. Indicando como circunstancia agravante, el que *se produjere el embarazo (Ibíd.)*.

Para la Corte, los jueces de instancia resuelven la tutela inmiscuyéndose en tareas propias del juez ordinario como es el determinar si fue cierto o no el hecho de la

violación, y dejan de lado su tarea como jueces constitucionales, además, dejan de tener en cuenta una norma penal como es la citada y el hecho probado de que la peticionaria era una niña de 13 años, y que de inmediato obliga a tener en cuenta que la norma presume que bajo esas circunstancias se trataba de una violación el acto sexual en mujer menor de 14 años. Una presunción que por lo demás se puede considerar que es de Derecho y no admite prueba en contrario.

En síntesis, vemos cómo una premisa fáctica (el embarazo no es producto de la violación), la cual, en principio, resultaría suficiente para resolver el caso tal y como lo adelantaron las dos primeras instancias, colisiona con otras premisas, en especial, con la referida a la buena fe. Dicho de otra manera, dos premisas sobre lo real han colisionado, pues una establece la no ocurrencia de un hecho, mientras la otra presume la ocurrencia del mismo. Dependiendo de la selección de una u otra premisa, la conclusión de un argumento será en uno u otro sentido. Pero ¿qué argumentos llevaron a elegir una premisa en lugar de otra? ¿Qué concepción de auditorio había en la mente de los jueces de instancia y cuál fue la de la Corte Constitucional? Estas preguntas quedan abiertas para otro análisis.

5. CONCLUSIONES

Más allá de presentar el tema de los casos difíciles como un problema de las relaciones intrínsecas del silogismo e, incluso, más allá de la llamada colisión de principios o la justificación externa, este avance de investigación ha mostrado, sobre las premisas de lo real, un caso de colisión entre dos tipos de premisas: las referidas a los hechos con respecto a las referidas a las presunciones. Esta manera de ver el problema de los casos difíciles se enmarca dentro de una nueva perspectiva: la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman. A nuestro juicio, esta teoría comienza a ofrecer categorías de análisis de gran poder explicativo. Quedaría por examinar, claro está, el tema de las técnicas argumentativas empleadas en la selección de una determinada premisa y el tema, más espinoso aún, de determinar el concepto de auditorio en las decisiones de los jueces constitucionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (1998). “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En: *Revista Doxa*, 5. España.
- ATIENZA, Manuel. (1987). “Para una razonable definición de «razonable»”. En: *Revista Doxa*, 4. España.
- _____. (2005). *El derecho como argumentación*. México: Fontarama.

- BAYÓN, Juan Carlos. (2001). “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”. En: *Revista Doxa*, 24. España.
- DWORKIN, Ronald. (1992). “El Modelo de las normas (I)”. En: *Los Derechos en serio*. Barcelona: Gedisa.
- FETERIS, T. Eveline. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- LEÓN, Adolfo. (2001). *Seis lecciones sobre teoría de la argumentación*. Cali: Editores Alego.
- PERELMAN, Chaïm. (1974). *La interpretación jurídica*. Traducción del francés de Petzold-Pernía. Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Maracaibo.
- _____. (1979). *La lógica jurídica y La Nueva Retórica*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- _____. (1997). *El imperio Retórico. Retórica y argumentación*. Traducción de Adolfo León Gómez. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. (1994). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid, España: Gredos.

REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-209/08. Expediente T-1673450. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.