



Opinión Jurídica

ISSN: 1692-2530

mbocanument@udem.edu.co

Universidad de Medellín

Colombia

García Obando, Pedro Antonio; Aguirre Román, Javier Orlando; Pabón Mantilla, Ana Patricia
Colisión de premisas de la argumentación: la ponderación de premisas en tres casos difíciles
revisados por la corte constitucional colombiana

Opinión Jurídica, vol. 8, núm. 15, enero-junio, 2009, pp. 61-76

Universidad de Medellín

Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94511749005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Colisión de premisas de la argumentación: la ponderación de premisas en tres casos difíciles revisados por la corte constitucional colombiana*

Pedro Antonio García Obando**
Javier Orlando Aguirre Román***
Ana Patricia Pabón Mantilla****

Recibido: marzo 10 de 2009

Aprobado: abril 2 de 2009

Resumen

En el presente texto se examinan las premisas de la argumentación en tres sentencias de la Corte Constitucional colombiana. Se quiere señalar, desde la teoría de la argumentación de Perelman, la manera como se enfrentan las premisas de la argumentación y el modo como se seleccionan estas premisas para resolver algunos casos de tutela. En particular, resulta interesante mostrar cómo surge una colisión de premisas de diferente orden, valga decir, las referidas a hechos con las referidas a definiciones y presunciones. Se examina la idea de auditorio a partir de los casos propuestos, para indicar el concepto de auditorio que está en juego en estas sentencias. Con este trabajo se espera mostrar que la teoría de la argumentación de Perelman es una herramienta en la comprensión de las decisiones judiciales. Esta teoría permite también un análisis de lo que en derecho se denominan los “casos difíciles”.

Palabras clave

Premisas, argumentación, hechos, verdades, auditorio.

* Texto avance del proyecto de investigación titulado “Premisas de la argumentación y técnicas argumentativas en la argumentación de la Corte Constitucional. Un análisis casuístico desde la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman” financiado por la Universidad Industrial de Santander en el marco del grupo de investigación *Politeia*. Investigador principal: Pedro Antonio García Obando. La investigación inició en octubre de 2008 y la terminación está prevista para octubre de 2009.

** Profesor Asociado 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. Autor (*et. al.*) del libro *Lógica y teoría de la argumentación*, UIS, 2009. Coordinador de la Maestría en Filosofía. pgarciao@uis.edu.co.

*** 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. Adelanta estudios de doctorado en Filosofía en la Universidad Estatal de Nueva York. Autor de artículos publicados en diferentes revistas nacionales y coautor del libro *Lógica y teoría de la argumentación*; *Justicia y derechos en la convivencia escolar*; *Lenguaje y derecho: Habermas y el debate iusfilosófico*. jaguirre@uis.edu.co

**** 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. Adelanta estudios de maestría en Hermenéutica 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*. anapatriicia.pabon@gmail.com.

Confrontation of argumentation premises: weighing of premises in three difficult cases reviewed by colombian constitutional court

Abstract

This article evaluates argumentation premises in three sentenced pronounced by Colombian Constitutional Court. From the argumentation theory, it should be stated the way how argumentation premises are faced and the way how such premises are selected for solving some “tutela” cases. It is particularly interesting to show how confrontation of different premises arises; that is, those related to facts confronted to those related to definitions and presumptions. The idea of “auditorio” is evaluated from cases proposed for indicating the concept of “auditorio” referred to in these sentences. This research is expected to show that Perelman’s argumentation theory is a tool for understanding judicial decisions. This theory also allows making an analysis of what is commonly called a “difficult case.”

Key words

premises, argumentation, facts, truths, audience.

INTRODUCCIÓN

Con la obligación que tienen los jueces de motivar sus decisiones judiciales es necesario volcar los ojos hacia el estudio de cómo fundamentan los jueces sus decisiones y qué premisas tienen en cuenta para dicha fundamentación. Esta preocupación se suscita con el llamado de atención que hace Perelman en su teoría de la argumentación jurídica cuando señala que, en el campo de las decisiones judiciales, la actividad del juez se puede identificar más con una labor de persuasión y de argumentación que de demostración.

Es por ello que estudiar cuáles son las premisas de las que parte el juez para persuadir a su auditorio y resolver un caso es relevante para la filosofía y la teoría del derecho.

El presente texto examina las premisas en colisión en tres sentencias de la Corte Constitucional colombiana, es decir, premisas que fueron esbozadas por los jueces de instancia y la Corte Constitucional. Se quiere señalar, desde la teoría de la argumentación de Perelman, en especial desde obras tan importantes como *Tratado de la argumentación*, *El imperio retórico* y *La lógica jurídica y la nueva retórica*, la manera como se enfrentan las premisas de la argumentación y el modo como se seleccionan estas premisas para resolver algunos casos de tutela, en donde las premisas de los jueces de instancia entran en colisión con los valores que busca proteger el Supremo Juez Constitucional.

En particular, resulta interesante mostrar cómo surge una colisión de premisas de diferente orden, valga decir, las referidas a hechos con las referidas a definiciones y presunciones.

Para desarrollar lo propuesto se empleará como metodología: 1. La identificación de las premisas que sustentan las decisiones de instancia y la decisión de la Corte Constitu-

cional, 2. Se realizará un análisis comparativo de las premisas utilizadas por uno y otro juez y finalmente se esbozarán las conclusiones de cada caso.

Con este trabajo se espera mostrar que la teoría de la argumentación de Perelman es una herramienta en la comprensión de las decisiones judiciales y una teoría que permite también un análisis de lo que en derecho se denominan “casos difíciles”.

1. EL PROBLEMA

La teoría de la argumentación de Perelman hace depender de la adaptación al auditorio el éxito de toda argumentación: “En la argumentación, lo importante no está en saber lo que el mismo orador considera verdadero o conveniente, sino cuál es la opinión de aquellos a quienes va dirigida la argumentación” (Perelman & Obrechts, 1994, p. 61). Por lo tanto, es deber del orador, –y, para el caso bajo examen, de los jueces– partir de las premisas aceptadas por el grupo de personas al cual se dirige, pues, de lo contrario, cualquier argumento perdería toda su fuerza persuasiva y, por ende, toda razonabilidad. Si un juez de primera instancia, por ejemplo, tiene en sus manos la obligación de decidir un caso difícil y quiere provocar la aceptación de su sentencia deberá, entonces, pensar en el conjunto de personas razonables que aceptarán su decisión, incluidos los jueces de mayor jerarquía que conocerían en segunda instancia o que revisarían la sentencia, los abogados, las personas interesadas y comprometidas en el litigio, y, en general, la sociedad, la cual se va a ver afectada por su decisión.

Pero las ideas de auditorio y premisas son de por sí bastante problemáticas: ¿Cómo saber cuáles son las premisas que acepta un auditorio? ¿Qué sucede cuando estas premisas provocan decisiones contrarias y hasta

contradictorias entre, por ejemplo, una y otra decisión judicial? Si dos premisas se oponen entre sí en un caso jurídico concreto, es necesario seleccionar una y “sacrificar” la otra, lo cual se puede hacer a partir de lo que Perelman mismo llamó técnicas argumentativas. En este sentido, tomar como punto de partida de una argumentación tal o cual premisa depende, entonces, de los argumentos externos que la apoyen. Sobre este tema en su obra *Teoría de la argumentación jurídica*, Robert Alexy hace referencia a dos clases de justificaciones en el campo jurídico: la interna y la externa. En un sentido fuerte, la justificación externa se asemeja al tema de la justificación de las premisas, aunque Perelman desarrolla este aspecto, más en el marco de su concepción filosófica que dentro de su concepción jurídica¹. Los argumentos externos son los que, al reforzar tal o cual premisa, hacen que el auditorio termine por aceptar las condiciones de las que resulta una decisión judicial. Más adelante se analizará cómo sucede esto en tres sentencias de la Corte Constitucional colombiana que revisan fallos de tutela, de tres casos que pueden ser considerados difíciles.

Perelman es reiterativo en aclarar que el auditorio es una construcción mental del orador, “compuesto por el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación” (Perelman, 1994, p. 55). En el caso de las argumentaciones jurídicas, dicha construcción no es independiente del contexto institucionalizado que enmarca el derecho, por lo cual se espera que las decisiones judiciales razonables sean el producto de esa concepción de auditorio que elabora en su mente el orador, en nuestro caso el juez, teniendo en cuenta que el auditorio al que se dirige está compuesto por todas las personas en uso de razón que, sin acudir a una figura como la de Hércules, el juez ideal propuesto por Dworkin, sabrían entender todas las razones expuestas

en la selección de unas premisas, lo mismo que en el proceso de argumentación subsiguiente a ellas.

Partir de un análisis de las premisas de la argumentación, como punto esencial para entender la teoría perelmaniana, permite elaborar una respuesta a aquellas críticas que señalan que el concepto de auditorio de Perelman se desenvuelve ambiguamente entre el campo de un consenso ideal y el campo de un consenso determinado social y culturalmente. Estas críticas resaltan el reducido carácter crítico de este concepto en virtud de que un mismo caso puede contener dos o más decisiones aceptables y justificables para auditorios diferentes pero razonables (Atienza, 1987, p. 189–199).

Ahora bien, puede no estar al alcance de toda decisión judicial el conjunto de premisas aceptadas por determinado grupo de personas. Más aún, es de sobra conocido que en cuestiones de derecho se encuentran puntos de vista que en no pocas ocasiones son contrarios y hasta contradictorios los unos con respecto a los otros. Si la razonabilidad de una argumentación depende, como dice Perelman, de la aceptación por parte del auditorio de las premisas que se le presentan como apoyo a las conclusiones a las que se quiere llegar, entonces no se ve por qué motivo se puede reprochar a un juez por no haber considerado ciertas premisas, ya que bien podría sostener que él consideraba que la información de la que partía era la más aceptada por las personas interesadas en la decisión judicial.

Los casos que aquí se examinarán tienen esta complejidad: se trata de decisiones judiciales en las que un grupo de jueces (los jueces de tutela en primera y segunda instancia) creían estar tomando las decisiones judiciales más acertadas a partir de ciertas premisas, las cuales posteriormente fueron rechazadas por la Corte Constitucional colombiana, al revisar dichas decisiones. Si se atiende a la idea de

¹ Véase Alexy (1997, p. 214).

Perelman antes señalada, podría entonces afirmarse que, en estos casos, los jueces de la República, de distinta jerarquía, interpretaron de un modo diferente las premisas aceptadas por su respectivo auditorio. Pero ¿por qué juzgar una decisión tomada a partir de unas premisas y no de otras, si, como se dijo, la selección de las premisas depende del auditorio al cual se dirige el juez, y si, además, este auditorio depende, a su vez, de la construcción que elabora en su mente el expositor de un argumento?

Se podría plantear el problema que nos convoca de esta otra manera: ¿son irrefutables las premisas sobre lo real (hechos, verdades y presunciones), cuando se las utiliza como premisas de una argumentación jurídica? En otras palabras: ¿los hechos, las verdades y las presunciones, que en determinado caso hagan parte imprescindible dentro de un proceso judicial, deben mantener por su naturaleza y en razón a la discusión un valor innegable o absoluto?

En principio, no habría razón para desacreditar una argumentación que toma como punto de partida unas premisas en lugar de otras. Y, sin embargo, se sabe que la aceptación de una premisa debe pasar por la aceptación del auditorio: “En esta materia, sólo existe una regla: la adaptación del discurso al auditorio: pues, el fondo y la forma de ciertos argumentos, que son apropiados para ciertas circunstancias, pueden parecer ridículos en otras (Perelman, 1994, p. 63).

Otra forma de interpretar el problema que se aborda es señalando que los llamados “casos difíciles” o de “penumbra” pueden ser asumidos como casos de colisión entre principios (Dworkin, 1992, p.61-101), como casos de ponderación (Alexy, 1997), como casos “fáciles” en los que se hace necesaria la discrecionalidad de los jueces (Hart, 1995, p. 136), o como casos en los que es necesario justificar con fuerza la selección de unas premisas, lo cual nos

pone del lado del tema de la argumentación en Perelman.

Como se puede observar, un enfoque desde la teoría de la argumentación como el que se muestra, siguiendo a Perelman, es también procedente frente a los casos llamados difíciles, en donde se pueden identificar: 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 (Atienza, 2005, p. 16); y puede muy bien competir con otras posturas como las de los autores mencionados. En lo que sigue se mostrará el análisis en torno al concepto de premisas de la argumentación.

2. LAS PREMISAS DE LA ARGUMENTACIÓN

Siempre que se argumenta y, por lo tanto, se tiene la pretensión de que las personas que nos escuchan o leen acepten las conclusiones en las que creemos, se tiene que partir inevitablemente de ideas que esas personas tienen por verdaderas. De lo contrario, más que un diálogo argumentativo lo que se desarrollaría sería una exposición sorda y egoísta de lo que se tiene por verdadero y que creemos que, con el simple hecho de ser oído por los otros, debe ser aceptado.

Ahora bien, las premisas que se pueden usar como punto de partida de la argumentación pueden ser de muchas clases. Siguiendo la clasificación de Perelman diremos que, en términos generales, las premisas usadas en toda argumentación pueden ser de dos clases:

- a) Aquellas referidas a *lo real*: esto es, los hechos, las verdades y las presunciones, y;

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

Esto quiere decir que cuando se da inicio a una argumentación, el acuerdo básico se puede establecer a partir de premisas que se refieren a lo que puede ser considerado como “lo real” pero también a partir de premisas que se refieren a “lo preferible”. Se analizará para los fines propuestos sólo lo concerniente a las premisas que versan sobre lo real.

2.1 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, por una parte, por lo que objetivamente se tiene por verdadero, más allá de nuestra particular situación personal; y, por 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.

2.1.1 Hechos y verdades

En la teoría de la argumentación de Perelman un hecho o una verdad es todo aquello que el lenguaje y el sentido común señalan como algo objetivo que se impone a todos. La distinción entre hechos y verdades en Perelman es realmente pequeña. En palabras

del filósofo belga: “En general, se habla de hechos cuando se alude a objetos de acuerdo precisos, limitados; en cambio, se designará preferentemente con el nombre de verdades los sistemas más complejos, relativos a los enlaces entre hechos, ya se trate de teorías científicas o de concepciones filosóficas o religiosas que trascienden la experiencia” (Perelman, 1994. p. 124).

Cuando se habla de un hecho o una verdad se hace referencia a un dato estable, a una información aceptada y admitida. Por ejemplo: a) la prueba antropoheredobiológica arrojó un resultado que indica a un sujeto X como padre de un sujeto Y, b) la interrupción de un embarazo puede aplicarse en casos de violación. De las leyes se predica que son verdaderas, por ejemplo el artículo 208 de la ley 1238 de 2008, que habla justamente de los actos sexuales abusivos en niños menores de 14 años. De otra parte se dice que en una argumentación no problemática la premisa mayor es una ley, y la premisa menor un hecho que se subsume en la primera.

Como se observa, un hecho o una verdad es una afirmación que nadie podría descartar sin caer en el ridículo, a menos que dé también razones para justificar su incredulidad. 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, en la actualidad no se reconocen como tales. Es el caso de la existencia de los ángeles, que hace muchos años se consideraba como cierta; 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 la mayoría de los habitantes del presente siglo, en cambio, la igual dignidad de todas las personas es, o al menos debería ser, un hecho. Antes la interrupción del embarazo era penalizada en todos los casos, pero a marzo del 2008 es diferente.

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.

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, 1994, p. 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, cuando se analicen los casos revisados en las sentencias de la Corte Constitucional, se mostrará en qué sentido un hecho y una verdad pueden llegar a perder su estatuto como tales, es decir, pueden pasar de no ser controvertidos a serlo; y cómo se seleccionan las premisas en cada caso. Se analizará un caso en el que se niega en primera instancia la autorización para que una niña de trece años interrumpa un embarazo porque el hecho de la violación, como evento en el que este hecho no se penaliza, se pone en duda por los juzgadores de instancia; del mismo modo el caso de un hombre declarado padre

de una niña por la sencilla razón de que el perito que realizó la prueba no fue condenado y, por lo tanto, el caso no ameritaba la revisión como recurso extraordinario. Para terminar con el caso de una joven cuádrupla, mayor de edad, a quien se le negó la autorización de un procedimiento para interrumpir un embarazo, porque éste fue solicitado por su madre y no por la joven embarazada. El tema del aborto reviste para la argumentación un caso especial, pues las premisas que se daban por ciertas en un momento dado hoy han sido valoradas de otra manera. Es preciso analizar seguidamente las premisas sobre lo real llamadas presunciones.

2.1.2. 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 se considera 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, 1994, p. 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.

Las normas legales brindan una gran cantidad de ejemplos de presunciones que pueden ayudar a entender mejor cómo funcionan éstas como premisas de la argumentación. En efecto, se consideran 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 el Código Civil colombiano establece:

Artículo 214. <IMPUGNACIÓN 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.

Es decir, 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* colombiano. O la presunción creada por el derecho de que todo embarazo de una niña menor de 14 años se considera producto de un acto sexual no consentido.

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 nuestro día a día (Perelman, 1994, p.126-127):

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

- b) La presunción de credulidad natural que 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”.

Veamos ahora las premisas en tres sentencias de la Corte Constitucional colombiana.

3. ANÁLISIS DE TRES CASOS REVISADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Los siguientes razonamientos, tomados de tres sentencias judiciales, vienen a corroborar que es posible negar la contundencia de los hechos, las verdades prescritas por las leyes y las presunciones. Dicho de otra manera, veamos cómo es posible razonar de modo diferente a partir de premisas opuestas. Para una mejor comprensión, es preciso descomponer cada una de las sentencias de la siguiente manera:

3.1 Caso 1

Los jueces de instancia resuelven la 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 (Corte Constitucional, sentencia T-209 de 2008, 2008).

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 (Corte Constitucional, sentencia T-209 de 2008, 2008).

El juez de segunda instancia, a pesar de las coadyuvancias que hicieran 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. 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 vulneración² (Corte Constitucional, sentencia T-209 de 2008, 2008). (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, las ocasiones en que se puede objetar conciencia de manera válida, la presunción de buena fe y los mandatos del ordenamiento penal en materia de relaciones sexuales con menores de 14 años y otras. Se pasará a examinar solo tres premisas de la Corte por refutar de manera directa las premisas de los juzgadores de instancia:

1. La Corte recuerda que la sentencia que debe orientar la decisión es la sentencia 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 fundamen-

2 En esta instancia el juez no solo decide tomar como premisa fundamental para su decisión el hecho cierto del embarazo como un hecho ocurrido con anterioridad a la fecha de la presunta violación tal como indica la denuncia, sino que argumenta a partir de una falacia que se puede identificar como de la negación del antecedente al manifestar en otros términos que se deducen del texto citado: si el embarazo es producto de un acceso carnal entonces no es delito, luego si no es producto de un acceso carnal, entonces si es delito.

tales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional” (Corte Constitucional, sentencia T-209 de 2008, 2008). Con esto la Corte sustenta su argumentación en premisas referidas a lo preferible, jerarquizando dos valores: la protección a la vida del *nascituros* versus la protección a los derechos de la mujer embarazada, decidiendo que siempre que se esté frene 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 (Corte Constitucional, sentencia T-209 de 2008, 2008).

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 ser tomada en cuenta en estos casos, por encima de las consideraciones hechas sobre, digámoslo 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 (Corte Constitucional, Sentencia T-209 de 2008, 2008).

3. Con lo anterior enlazamos 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* (Corte Constitucional, Sentencia T-209 de 2008, 2008).

Para la Corte los jueces de instancia resuelven 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.

3.2 Caso 2

Los hechos objeto de revisión en la presente tutela se refieren a un proceso de filiación que dio como resultado la declaratoria de paternidad del demandado a partir de una prueba antropoheredobiológica practicada por el ICBF. Posteriormente, una vez vencidos los términos del caso, la madre de la niña aceptó practicarse otra prueba en otra institución, prueba que excluyó la paternidad del demandado. Por este hecho, el supuesto padre solicitaba ser excluido de la paternidad por el camino de la revisión, alegando la causal cuarta de revisión, la cual no fue concedida por la Corte Suprema de Justicia, pues para que se configurara dicha causal el perito cuya experticia fue tomada como base para proferir el fallo no había sido condenado penalmente, y por lo demás 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 (Corte Constitucional, sentencia T-1226 de 2004, 2004).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia negó el recurso de revisión que solicitaba el accionante declarado padre en un proceso de paternidad, bajo las siguientes premisas:

Premisa mayor, numeral 4 art. 380 Código de procedimiento civil: Las sentencias revisables por la Corte son sentencias proferidas con base en un dictamen cuyo perito fue condenado penalmente.

Posteriormente, una vez vencidos los términos del caso, la madre de la niña aceptó practicarse otra prueba en otra institución, prueba que excluyó la paternidad del demandado.

Premisa menor, hecho: La sentencia en cuestión no es una sentencia proferida con base en un dictamen cuyo perito fue condenado penalmente.

Conclusión: La sentencia en cuestión no es una sentencia revisable.

En su acción de tutela, el actor (quien fue declarado padre en el proceso de filiación) señala que si bien es cierto 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, 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 tuvieron en cuenta en el proceso³.

El juez de instancia niega la tutela contra la providencia de la Corte Suprema por considerar que la Corte actuó conforme a lo ordenado por la Ley y que de haber acogido la causal primera que no fue invocada por el accionante en la solicitud de revisión, la Corte hubiera vulnerado de manera ostensible los derechos a la defensa, al debido proceso y a la igualdad de las partes, pues estas acudieron al proceso extraordinario a sustentar y controvertir una causal invocada por el demandado y no otra.

³ Son causales de revisión según el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil y que se alegan en este caso:

- (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 (...)
- (4) Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

Para el juzgador de instancia, la Corte Suprema actúa en su decisión conforme al principio de congruencia, pues en su fallo se atuvo a lo solicitado por la parte recurrente y resolvió de acuerdo con lo probado. Desde ahí no encuentra el juzgador de primera instancia que la Corte Suprema decida de forma caprichosa o en contra del ordenamiento jurídico que la vincula.

El accionante impugna la decisión de primera instancia, y el juez de segunda instancia confirma la decisión señalando que:

1. El accionante no alegó la causal primera, y que el recurso extraordinario de revisión tiene unas formalidades especiales que hacen que se deba manifestar en forma precisa la causal invocada y los hechos que le sirven de fundamento, y que en este caso solo se invocó y fundamentó la causal cuarta, razón por la cual la Corte Suprema no podía referirse a la primera de manera oficiosa.
2. Como segundo argumento señala el juez de segunda instancia que el actor “no hizo uso oportuno de los medios que tuvo a su alcance para objetar el dictamen pericial que arrojó como resultado paternidad compatible, sin que pueda ahora, a través de un mecanismo de naturaleza residual y subsidiaria, como es la acción de tutela, revivir instancias...” (Corte Constitucional, sentencia T-1226 de 2004, 2004).

Estas son básicamente las dos premisas que toman en consideración los jueces de instancia. Ahora la Corte Constitucional, al considerar el caso, pasa a revisar y a exponer sus propias premisas. Se puede partir de la consideración en torno a si puede más una verdad como premisa, valga decir, el artículo 380 del *Código de procedimiento civil*, que regula las causales de revisión y de la cual no se cumplen sus presupuestos procesales, que el hecho contundente de una prueba que resalta

la no paternidad del demandado.

El caso se vuelve 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. Desde 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 paternidad del demandado y que pondría en juego derechos fundamentales de los implicados, con lo que estaría en juego la justicia.

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 los derechos 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.

(...) no es admisible el argumento de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura acerca de que la acción de tutela era inadmisible, 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 (Corte Constitucional, sentencia T-1226 de 2004, 2004).

Para la Corte, si bien es cierto que el recurso de revisión es extraordinario y que 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 les 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” (Corte Constitucional, sentencia T-1226 de 2004, 2004). Cuando el legislador no ha hecho dicha actualización es aún 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. 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.

Se observa cómo el hecho de la no paternidad por parte del declarado como tal es tan evidente, que puede ponerse como premisa de una 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, y 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 ve en este caso, la Corte decide, dándole 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.

3.3 Caso 3

La madre de una joven de 21 años que padece graves limitaciones de orden físico, psíquico y sensorial ha solicitado que se le practique a su hija un procedimiento médico con el fin de interrumpir un embarazo producto de una violación. El embarazo es descubierto por parte del médico tratante, quien anota en la historia clínica, que se trata de una paciente que padece parálisis cerebral, y por sus condiciones especiales de salud se sospecha que su embarazo de 9 semanas es producto de un abuso sexual, lo que lo lleva a realizar el res-

pectivo reporte a las autoridades (Corte Constitucional, sentencia T-988 de 2007, 2007).

El juez de primera instancia negó la solicitud de amparo solicitada por la accionante en nombre de su hija bajo las siguientes premisas: Si bien es cierto que la EPS dilató injustificadamente la orden para la realización del procedimiento, alegando: 1. Que la joven no había sido declarada interdicta y, por lo tanto, su madre no tenía su representación legal y 2. Que no se había anexado copia de la denuncia de la violación, el juez negó el amparo por considerar que ya no era procedente ordenar a la EPS la autorización para la realización del procedimiento pues, por tratarse de un embarazo en una etapa avanzada, la vida de la mujer gestante corría peligro; además, en este caso la acción de tutela es presentada por la madre de la mujer gestante, siendo esta última una mujer mayor de edad. Para el juzgador, siendo un procedimiento que pone en peligro la vida de la mujer y no habiendo sido solicitado por ella misa siendo mayor de edad, no puede conceder lo solicitado, pues dicha solicitud no puede ser hecha por la madre o ésta debe probar que tiene el poder legal para hacerlo. Y como la madre no ha probado esto último, entonces no procede el amparo (Corte Constitucional, sentencia T-988 de 2007, 2007).

El juez de segunda instancia acoge las razones del juez de primera instancia, pero desconoce la *ratio decidendi* de la Corte Constitucional para estos casos, y además señala que debe prevalecer el derecho a la vida (Corte Constitucional, sentencia T-988 de 2007, 2007).

Este fallo ofrece unas especiales particularidades:

- a) La Corte constata que la mujer gestante ya no estaba embarazada y tampoco dio a luz, y su progenitora solicita no proseguir con la acción de tutela.
- b) En vista de lo anterior, la Corte advierte que

no va a ordenar nada en tanto la tutela carece de objeto actual, es decir, ya se superó la violación a los derechos fundamentales de la peticionaria. Pero que se hace necesario con el fin de unificar jurisprudencia analizar los hechos vulneratorios para llamar la atención a las EPS y a los jueces y prevenir para que en el futuro no se presenten de nuevo hechos similares.

- c) Desde ahí, más que las razones de las instancias, la Corte examina las premisas que tuvo en cuenta la EPS para negar el procedimiento de interrupción del embarazo y que están referidas a: 1. La falta de legitimación en la causa de la madre de la joven y 2. La falta de denuncia de la violación.

Finalmente las premisas que controvierte la Corte al revisar lo dicho por la demandada y los jueces de instancia se refieren a:

- 1. La EPS por sus peticiones desproporcionadas dilató de manera injustificada la posibilidad de que se practicara de forma segura para la vida de la madre gestante el procedimiento médico, lo que hizo que su vida empezara a correr peligro. La Corte no hace consideraciones sobre este punto, en tanto ya no hay objeto actual para decidir, pero sí advierte que cuando se tenga que ponderar el derecho a la vida “Ninguno de los valores, principios o derechos constitucionales fundamentales se garantiza en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano de manera absoluta, pues estos deben poder dar lugar a la ponderación frente a otros valores, principios y derechos cuya protección también resulta relevante desde el punto de vista constitucional” (Corte Constitucional, sentencia T-988 de 2007, 2007). Desde ahí que se puede señalar que las consideraciones en torno al derecho a la vida deben tener en cuenta el derecho a la vida y a la calidad de vida de la madre como valor superior a proteger, pues a ninguna mujer se le pue-

den exigir comportamientos heroicos para proteger la vida del nascituro, de quien ya ha manifestado la Corte Constitucional no prevalece frente a la vida de la mujer gestante.

2. Sobre la falta de legitimación en la causa de la actora al no estar declarada interdicta la joven, se puede señalar que, no obstante esta premisa, si bien se emana de una ley procesal que indicaría que carece de legitimación en la causa y que tampoco actúa como agente oficioso y por lo tanto funge como verdad, resulta inocua frente a los siguientes hechos, resaltados por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

No puede poner (se) obstáculos de orden formal ni hacer exigencias irrelevantes o imposibles de cumplir cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada – limitada física, psíquica y sensorialmente e imposibilitada para manifestar libre y directamente su consentimiento – que ha sido víctima de acceso carnal sin consentimiento, violento o abusivo. En ese mismo orden, (esta sala) [recuerda que], bajo este supuesto, la solicitud de interrupción del embarazo deben poder efectuarla los padres de la mujer discapacitada u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia (Corte Constitucional, Sentencia T-988 de 2007, 2007).

Con esto, la Corte advierte a las entidades prestadoras de salud que exigen el cumplimiento de requisitos formales adicionales al denuncia para interrumpir el embarazo a una mujer notoriamente discapacitada, de quien es claro que tiene limitaciones para expresar, de manera libre y directa, su consentimiento, y que ha sido víctima de abuso carnal violento, que configuran con su exigencia un hecho que vulnera en forma grave los derechos de las personas con discapacidad sensorial y física. Es así que como autoridades que son, las EPS deben interpretar las normas de manera que

hagan prevalecer en forma prioritaria los derechos fundamentales de estas personas, pues el no hacerlo, como en este caso, implica dilatar el procedimiento médico lo cual acarrea otros daños a la vida de la mujer gestante.

Desde ahí la Corte Constitucional hace prevalecer la presunción de buena fe, en tanto premisa que versa sobre lo real, sobre otra premisa cuyo peso es cierto pero inaplicable en este caso.

Conclusiones

El presente trabajo hizo referencia al tema de las premisas de la argumentación. Con base en este concepto, se analizaron tres sentencias de la Corte Constitucional colombiana para mostrar de qué manera cuando esta corporación revisa y resuelve los casos difíciles, se pueden tomar como casos en donde se debe resolver una colisión entre premisas. Esto permite ver, con algún detalle, el funcionamiento de los hechos, las verdades y las presunciones en el marco de estas argumentaciones.

Queda claro que, en cuestiones de derecho, los jueces asumen el deber de partir de las premisas del auditorio, para lo cual se esfuerzan en justificar por qué seleccionan unas premisas y no otras: por ejemplo, por qué la presunción de buena fe, en tanto premisa de lo real, se sobrepone a un hecho como puede ser la no correspondencia entre la fecha de embarazo y la fecha de un acceso carnal violento o relación sexual no consentida; o por qué se debe desplazar o dejar de aplicar un artículo de la legislación procesal, es decir, una verdad, para darle cabida, por fuera de los términos de un proceso, a un hecho como es una prueba científica que indica la no paternidad de un sujeto; o por qué, finalmente, la presunción de buena fe debe ponerse por encima de la premisa de que es necesario tener la representación legal de una persona para actuar procesalmente su nombre.

Si con los hechos puede llegar a suceder lo contrario a lo que ellos indican; o si, incluso, deben llegar a desestimarse en razón a otras premisas más sobresalientes, no menos ha de suceder con las premisas que se consideran verdaderas, y lo mismo acontecerá con las llamadas presunciones. Si no fuera tan escalofriante la siguiente afirmación, se emplearía en el presente texto sin ninguna reticencia: ni los hechos, ni las verdades, ni las presunciones, son para el derecho tan

importantes como suele creerse. O no, por lo menos, en los llamados casos difíciles que por vía de tutela llegan al conocimiento de la Corte Constitucional. Pero puede decirse de otra manera, quizá menos preocupante y sí en cambio más técnica: los hechos, las verdades y las presunciones pueden llegar a chocar o a colisionar con otras premisas que el derecho busca hacer prevalecer porque son preferibles al auditorio, o porque permiten resolver en justicia un caso difícil.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1997) *Teoría de la argumentación jurídica*. (M. Atienza & I. Espejo, Trad.). Madrid, España: Centro de estudios constitucionales.

Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de “razonable”. *Revista Doxa*. (No. 4).

Atienza, M. (2005) *El derecho como argumentación*. México: Fontarama.

Dworkin, R. (1992). El modelo de las normas (I), En *Los Derechos en serio*, Barcelona: Gedisa.

Hart, H.L.A. (1995). *Regla de reconocimiento y validez jurídica*. En *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Perelman, C. & Olbrechts, T. (1994). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid, España: Gredos.

República de Colombia. Corte Constitucional (2008). *Sentencia T-209 de 2008*. Colombia.

República de Colombia. Corte Constitucional (2004). *Sentencia T-1226 de 2004*. Colombia.

República de Colombia. Corte Constitucional (2007). *Sentencia T-988 de 2007*. Colombia.