

# ***Hacia una ciencia jurídico procesal no lesiva de los derechos humanos\****

William Esteban Grisales Cardona\*\*

Recibido: 10 de marzo de 2009

Aprobado: 2 de abril de 2009

## ***Resumen***

El presente texto trata de reflejar la necesidad de estructurar una ciencia jurídica procesal que garantice la aplicación de los derechos fundamentales a lo largo del proceso y, en especial, en la sentencia, como el acto procesal más relevante. La necesidad de un discurso práctico racional se hace evidente en un Estado social de derecho, en el cual se protegen los derechos fundamentales de la persona y se le exige al juez una actividad judicial que supere la simple aplicación normativa en busca de administrar justicia.

## ***Palabras clave***

Argumentación, derechos humanos, retórica, discurso.

---

\* Corresponde a la investigación la argumentación jurídica en las decisiones de los jueces civiles municipales del área metropolitana, financiado por Corporación Universitaria Remington. Investigador Principal William Esteban Grisales Cardona, integrante del grupo GISOR. Grupo de Investigaciones Socio Jurídicas de la Corporación Universitaria Remington.

\*\* Abogado y magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Profesor tiempo completo de la Corporación Universitaria Remington y profesor de cátedra de la Universidad de Medellín. Línea de investigación de derecho público. Dirección electrónica [lucila.quinchia@une.net.co](mailto:lucila.quinchia@une.net.co).

## ***Towards a procedural juridical science not violating human rights***

### ***Abstract***

This article tries to reflect the need for structuring a procedural juridical science which can guarantee the application of basic rights throughout the process and, especially, during a sentence, as the most relevant procedural act. The need for a reasonable and practical speech becomes evident in a social right state in which people's basic rights are protected and judges are demanded to exercise a judicial activity which goes beyond a simple application of norms in the search for dispensing justice.

### ***Key words***

argumentation, human rights, rhetoric, speech.

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo es el resultado de una investigación sobre la realidad de la argumentación en el contexto colombiano, partiendo en este momento de las ideas propuestas por la doctrina europea y por la americana, y algunas notas de la Corte Constitucional colombiana.

Para esta investigación se hizo un rastreo bibliográfico sobre el tema, con el fin de tener una visión amplia sobre la argumentación jurídica y conocer los modelos propuestos en un discurso práctico racional coherente con los derechos humanos, que permita al operador jurídico ir más allá de la propuesta del positivismo clásico. Es a partir de estos esquemas desde donde se propondrá una teoría jurídica procesal no lesiva de los derechos humanos.

El artículo presentará, en un primer momento, una aproximación a las ideas de Chaïm Perelman y su argumentación jurídica, confrontadas con el esquema de Toulmin expuesto en los usos de la argumentación. En un segundo momento se expondrá la posibilidad de una teoría jurídica procesal, y, por último, se propondrá un nuevo esquema argumentativo.

## 1. BASES PARA UNA TEORÍA JURÍDICA PROCESAL.

La argumentación proviene de los elementos planteados por la literatura clásica griega, de forma especial en Aristóteles, para quien la retórica es un método o un instrumento que permite la selección y justificación de proposiciones persuasivas dirigidas a un auditorio; en el numeral dos del libro primero se define ésta como “la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer” (Aristóteles, 1999, p. 173).

Con fundamento en lo anterior cabe anunciar que la retórica es un juego que parte del silogismo dialéctico, en el cual cada uno de los participantes proponen argumentos y contraargumentos, partiendo de un punto común, y con ellos tratan de convencer a su contradictor. En el ámbito jurídico se requiere convencer a los sujetos procesales que intervienen, mostrando los distintos argumentos tomados de la ley, la doctrina, la jurisprudencia, el precedente judicial y la experiencia.

Para E. H. Levi, citado por Perelman (1988) el razonamiento jurídico tiene una lógica específica. Su estructura se adapta a dar un sentido a la ambigüedad y a experimentar constantemente si la sociedad ha llegado a discernir diferencias o similitudes nuevas. Se reconoce que la tarea argumentativa de los sujetos procesales, y en especial del juez, parte de una realidad jurídica y social envolvente. Los fallos son el producto de una realidad procesal que desvela la verdad escondida en el interior de los hechos debatidos.

El razonamiento propuesto es lógico; desde él, se debe determinar lo que es justo o equitativo conforme a la actividad probatoria desarrollada en el proceso. El determinar lo justo o equitativo surge de la aplicación de la regla de justicia. Esta señala un trato igual para casos esencialmente parecidos. Para la aplicación de esta regla se requiere identidad fáctica y jurídica, es decir, que frente al vacío normativo el juez puede aplicar a un caso el fallo proferido en otro que tenga una relación directa.

Dentro del tema planteado cabe señalar “que el derecho se elabora a través de controversias y de opiniones dialécticas o de argumentaciones en sentidos diversos” (Perelman, 1988, p. 17). El proceso nace de un choque de intereses que solo pueden ser satisfechos a través de éste. La pretensión y la excepción de fondo constituyen los extremos entre los cuales se mueve el juez,

además de ser el resultado de los hechos propuestos por las partes intervinientes.

El proceso es un diálogo constante entre las partes y el juez en aras de encontrar la verdad procesal. El juego dialéctico propende por convencer a su oponente, buscar que su idea a defender prevalezca sobre la del oponente, y de esta manera el juez, a través de la sentencia, le dé la razón. El juez tiene la responsabilidad de fallar de fondo y no puede ampararse en razones distintas. Él debe velar por el cumplimiento del acceso a la tutela judicial efectiva.

La comunicación entre las partes en el proceso y de estas con el juez es indispensable bajo un esquema que realmente se preocupe por los derechos humanos. La bilateralidad de la audiencia, la cual implica escuchar a los litigantes, no puede ser simplemente teórica, debe ser real. Esta realidad parte de una adecuada interpretación de los datos aportados al proceso y esto es viable cuando cada uno de los partícipes puede aclararlos, explicarlos. Cuando el juez tiene claridad sobre los hechos puede llegar de una forma más fácil a la certeza.

Al respecto Perelman (1994) manifiesta: “La utilización de los datos con vistas a la argumentación no puede hacerse sin una elaboración conceptual que les dé sentido y los haga relevantes para la continuación del discurso”. No puede generarse un discurso si el hablante no comprende las distintas frases que integran una afirmación, sin una comprensión del dicho de las partes a través de los hechos y los fundamentos jurídicos propuestos. Por tanto, el juez debe presentar una intención permanente de estudio y de llevar la aplicación normativa a un punto mucho más alto de la positividad. No puede continuarse con el pretexto de la pasividad del juez para mantener la seguridad jurídica. El juez debe ser proactivo en el proceso y con ello garantizar la participación de los derechos humanos en el proceso, y

por esta actuación cumplir con las garantías procesales.

Una teoría no lesiva de los derechos humanos exige superar la aplicación del silogismo jurídico y construir un sistema que contenga todas las exigencias coherentes con un Estado social de derecho, el cual exige respetar la regla de justicia, y a la vez cumplir con el principio de la independencia judicial.

Para un manejo del discurso que cumpla con la persuasión, se considera que es necesario partir de la formulación de una pretensión (Claim) fundada en unos hechos claros y veraces (Data), tal como lo expone Toulmin citado por Alexi (1997).

## **2. UNA TEORÍA JURÍDICA PROCESAL**

Es necesario antes de entrar a hablar del tema, establecer que solo es posible desarrollar una ciencia que no sea lesiva de los derechos humanos, si y solo si en la carta política existe una normativa coercitiva que obligue a cada uno de los miembros a acatar lo preceptuado en ella. La bondad del ordenamiento constitucional enmarcado por unos mecanismos de reparación idóneos que aseguren la efectividad de los derechos fundamentales permite hablar de lo avanzada de una Constitución y, además, lo real que puede ser; no se trata de un texto que permanezca en el papel; se trata de un texto que permita un control efectivo de los derechos y establezca la legitimidad del poder desde los mismos derechos fundamentales. Se hace obligatoria la presencia de normas que sostengan todo el ordenamiento jurídico que se encuentra reflejado en nuestra actual Constitución en los mencionados derechos. A estos derechos el constituyente les anexó el carácter de imperatividad. Como puede observarse uno de los mayores pilares de la Constitución política de Colombia de

1991 es el reconocimiento por parte del Estado, sin discriminación alguna de los derechos inalienables de la persona, derechos que se encuentran consagrados en el título II.

Los derechos fundamentales se convierten en límites al poder del Estado, y a la vez en criterios orientadores del ordenamiento jurídico, y sirven como guías interpretativas del operador jurídico para la solución de los distintos casos que se le presenten. La imperatividad señalada se aprecia en los mecanismos de protección consagrados en la Constitución, como por ejemplo la acción de tutela, la acción colectiva. Pero fuera de estos en el ámbito de la "jurisdicción ordinaria", el juez cuenta con el despacho saneador, y las partes con los recursos para lograr el cumplimiento de los derechos en el interior de los procesos.

Pero para la elaboración de una ciencia de esta índole, debemos partir de los principios constitucionales, los cuales han sido definidos por la Corte Constitucional:

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de ser normas dotadas de valor normativo, siguen teniendo un carácter general y, por lo tanto, una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra

norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la constitución, pero puede, en ciertos casos necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial. La diferencia entre principios y reglas o normas constitucionales no proviene de su obligatoriedad jurídica sino de su forma de aplicación: mientras los primeros requieren de una mediatización fáctica o normativa para su aplicación, las segundas son aplicables directamente. Más aún, el establecimiento de principios obedece, en el Estado social de derecho, a la voluntad constituyente de otorgar una mayor protección a los valores constitucionales. Esta mayor protección tiene lugar por el hecho de que el principio se irradia a toda la organización político-jurídica y, en consecuencia, está garantizado en la aplicación de todas las reglas de aplicación directa. Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional... (Corte Constitucional, sentencia C- 574 de 1992, 1992).

Esos intereses son considerados como pertenecientes al hombre o individuo, tomando a este como sujeto central y, a la vez, como punto crítico y límite de la actuación del Estado.

En segundo lugar el solo hecho de reconocer constitucionalmente unos derechos de índole universal y absolutos no convierte toda la normativa, en el especial, la norma procesal, en garante de los principios; esto sucederá

cuando el operador jurídico esté en la posibilidad de aplicar los derechos fundamentales al caso particular, en aras de cumplir con el acceso a la tutela judicial efectiva y con el debido proceso. La incorporación de los derechos humanos a la carta política y el modelo de Estado propuesto en ella cambian la relación entre el juez, la norma sustantiva y la norma procesal, y le asigna a la rama jurisdiccional una función de garantía del ciudadano frente a las infracciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes estatales. Entendiendo por estos aquellos que fijan la configuración social y proporcionan criterios de construcción, en tanto que hay en ellos límites o líneas de orientación para los diferentes órganos del Estado; además, con ellos se protege toda manifestación de violación a un derecho aún cuando no esté plasmado una norma sobre la cual apoyar su decisión, y se busca la efectivización de los derechos inherentes a la persona, así se haga en contra de otros postulados legales. La sujeción del juez a la Constitución le impone a éste la crítica de las leyes inconstitucionales a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la correspondiente denuncia de su ilegalidad (artículo 4 de la Constitución política de Colombia de 1991). El juez puede actuar con un cierto margen de libertad, sin ataduras de ninguna clase, sólo sometido al imperio de la ley, entendida en su acepción más amplia, lo cual ha quedado plasmado con claridad en el artículo 230 de la misma.

Para el juez, es posible aplicar esta tarea cuando el Estado tiene una concepción de Estado social de derecho o Estado constitucional. El artículo primero de la Constitución Política de Colombia de 1991 expresa:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista,

fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general... (Subrayas fuera del texto).

Debe entenderse por Estado social de derecho aquel que se caracteriza por la procura, por parte del Estado, del mínimo existencial para una vida digna del hombre. Una segunda característica es la igualdad de oportunidades, la cual puede interpretarse como la igualdad de oportunidades en las distintas esferas sociales. Una tercera característica es la procura de un orden económico; según esta característica la economía ya no es un sistema espontáneo, perfecto y autorregulado, sino que necesita la constante tutela e intervención del Estado como regulador, y por último procura un orden social. Todo lo anterior puede resumirse diciendo que el Estado social de derecho, cuando cumple lo establecido en la parte dogmática de la Constitución, propicia la convivencia pacífica y la justicia.

Respecto a esto la Corte Constitucional señaló:

Cabe resaltar, pues, que a diferencia del Estado de derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado social de derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado social de derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios,

derechos y deberes sociales de orden constitucional...

... La fórmula política del Estado social de derecho exige, así, que los órganos del Estado forjen la realidad institucional según los principios fundamentales de una organización social justa de hombres y mujeres igualmente dignos (Preámbulo y artículos 1, 2, 13, 42 a 50, 363 y 366 C. P.). Ello supone, entre otras cosas, la superación del concepto formal de Estado de derecho, limitado a la provisión de garantías y procedimientos necesarios para asegurar la libertad legal de la persona, y sometido, desde principios del siglo XX, a la crítica socialista según la cual éste se limitaba a reflejar los intereses de propietarios, empresarios y comerciantes. Tal superación implica, además, la vinculación jurídica de las autoridades a unos principios tendentes a asegurar la efectividad de los derechos y deberes de todos, particularmente, mediante la previsión del mínimo vital, la promoción de la participación de los individuos en la vida política, económica y cultural, la protección especial a personas y grupos excluidos y la intervención en la economía con miras a corregir con medidas redistributivas las situaciones de grave desigualdad e inequidad existentes en la sociedad (Corte Constitucional, sentencia C- 574 de 1992, 1992).

Partiendo de lo anterior y citando a Zagrebelsky (1999, p. 34) se encuentra: "... la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto del derecho establecido por la Constitución". En igual sentido, el mismo autor sostiene:

... Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres

concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho..." (Zagrebelsky, 1999, p.34).

No puede observarse el derecho bajo los mismos criterios o postulados del Estado de derecho. Ahora, como se ha manifestado a lo largo de esta investigación, es necesario establecer parámetros originados en la misma Constitución. No se trata de la soberanía de la ley sino de la Constitución.

Como corresponde al Estado promover la primacía de la dignidad humana como fuente rectora de todo el ordenamiento jurídico, debe desarrollarla a través de la aplicación de los derechos fundamentales consagrados, y para ello el constituyente en el artículo 5 de la Constitución Política de Colombia de 1991 estipuló: "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como Institución básica de la sociedad". Como puede apreciarse se parte de la legitimidad del Estado, y esta aparece condicionada por tutela efectiva de los derechos fundamentales, sin excluir de estos los denominados derechos sociales.

Cada vez que se haga referencia a alguno de los principios constitucionales y supra constitucionales (no consagrados o positivizados) se debe tomar en cuenta la forma como mejor encajan estos en la unidad de la fórmula Estado social de derecho, porque, de lo contrario, se estaría dando lugar a un progresivo desvertebramiento del orden jurídico existente. La fórmula consagrada en la Constitución política, del Estado social de derecho influye en la fórmula de los demás principios fundamentales y, a la vez, sirve para desentrañar el contenido de cada uno de los principios y se convierte en un principio constitucional.

Los derechos fundamentales están garantizados por todos los miembros del Estado y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política; forman una esfera de lo no indecible, y actúan como factores no solo de legitimación y, sobre todo, de deslegitimación de las decisiones y no decisiones. Esas garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normativa y efectividad, y así posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído de cualquier vínculo con los poderes de la mayoría y en condiciones de censurar, en su caso como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen. Cabe recalcar que las garantías de los derechos no son derogables ni disponibles.

De acuerdo con lo planteado la función del juez tendrá unas características diferentes, y la Corte Constitucional, en sentencia SU 846 de 2000, con ponencia de Alfredo Beltrán Sierra, estableció:

La función de los jueces, en el marco de un Estado Social de Derecho, tal como está definido el Estado Colombiano en el artículo primero de la Constitución es, precisamente, materializar en sus decisiones, los principios y fines del Estado, entre los que se encuentra no sólo el mantenimiento de un orden justo sino la efectividad de los derechos de todas y cada una de las personas que habitan el territorio colombiano, artículo 2. Luego, corresponde a aquéllos, en cada caso concreto, adoptar las medidas que fueren pertinentes para remover las inequidades que se hubiesen podido presentar en razón de la aplicación de normas declaradas contrarias al ordenamiento constitucional, aun cuando éstas, al momento de ser utilizadas, se

presumieran conformes a aquél. Los jueces en desarrollo de su función deben hacer una interpretación de la normativa que involucre los principios y valores constitucionales, a efectos de dar prevalencia a los derechos de cada uno de los asociados. Por tanto, éstos, en su labor interpretativa, no pueden dejar de lado la doctrina constitucional, pues ella, precisamente, plasma el sentido y orientación que, desde la órbita constitucional, debe darse al ordenamiento jurídico. Se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no sólo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que emanan de la Constitución, cuya finalidad, en sí misma, ha de ser la prevalencia y eficacia de los derechos y garantías de los asociados... (Corte Constitucional, Sentencia SU 846 de 2000, 2000).

El referirse a las normas constitucionales, como una modalidad de derecho legislado, sirve como fundamento de primera categoría para los jueces a la hora de proferir o dictar sentencia, cuando para el caso en estudio no exista regulación clara en la ley, y de la interpretación que haga el juez de esa forma ha de aplicarse, en razón de la protección de la seguridad jurídica. Desde la propuesta del precedente judicial, las partes tienen el derecho a obtener una solución conforme al ordenamiento jurídico existente, tal como se anunció con anterioridad, bien se trate de casos fáciles o difíciles. Por tal motivo, debe dejarse cierto grado de discrecionalidad a los jueces para la creación de la norma jurisdiccional.

El trabajo de una ciencia jurídica consiste en entrar a establecer, dentro de los diferentes grados de normas que puedan existir, si éstas se acomodan o no a las garantías constitucionales o si, por el contrario, van en contravía de

los derechos fundamentales de las personas y, más aún, en contra de los principios supraconstitucionales, y al respecto manifiesta Luigi Ferrajoli:

Que la incoherencia del ordenamiento haga de la crítica del derecho el primer papel de la ciencia jurídica depende del hecho de que el jurista no puede ignorar ninguno de los dos niveles normativos a que pertenecen las normas en conflicto. Efectivamente, el reconocimiento de este conflicto -virtualmente generado por límites negativos, como los derechos de libertad, impuestos por las Constituciones como condiciones de validez de las normas puestas en vigor- hace caer la presunción general de validez que según las teorías normativistas asiste al ordenamiento en su totalidad: una presunción como se ha visto, enormemente reforzada por las teorías de la democracia que identifican el fundamento de la legitimidad democrática de las decisiones con el simple respeto de las reglas procedimentales sobre la forma mayoritaria del quién y del cómo. Una vez caída semejante presunción, es, precisamente, el derecho "inválido" o "ilegítimo" producido por la contradicción con normas superiores a él y, por tanto, por la violación de los límites negativos impuestos al poder normativo, lo que se convierte en objeto privilegiado de la ciencia jurídica. Y es la crítica del derecho inválido dirigida a propiciar su anulación lo que constituye la principal tarea, científica y política a la vez, de la ciencia jurídica (Ferrajoli, 1999, p.55) (Subrayas fuera del texto)..

También puede considerarse como tarea de una ciencia jurídica el compromiso de las autoridades públicas, contando entre ellas a los jueces de la República, de tratar a los particulares dentro del desarrollo del proceso,

de manera consistente con los principios de moralidad y solidaridad<sup>1</sup> plasmados en los estatutos de una Comunidad. De esta forma el derecho servirá como fundamento para la convivencia social, y permitirá que permanezca el orden social, y en cierta forma se respirará un aire de justicia a lo largo de todo el territorio nacional.

La ciencia jurídica procesal debe velar porque las normas que se expidan sean estudiadas a la luz de la protección de los derechos humanos, apartándose de la propuesta kelseniana, en la cual solo tenían validez aquellas normas que fueren expedidas de acuerdo con los lineamientos señalados para ello. Por el contrario, la validez de una norma debe ser observada desde la óptica de los principios generales del derecho.

Pero para que se dé un desarrollo coherente de la ciencia jurídico-procesal que se pretende, se requiere de la ayuda tanto del poder legislativo, como órgano representativo del constituyente primario, como de la rama judicial, en calidad de operadores de las normas procesales, porque solo actuando como un conjunto, se podrá dar origen a un sistema procesal que propenda por un orden justo, sustentado sobre los principios generales del derecho y los derechos constitucionalmente consagrados.

<sup>1</sup> "Toda persona tiene el deber constitucional de obrar de conformidad con el principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (Constitución política de Colombia de 1991, art. 95-2). Las autoridades de la República, a su vez, tienen la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares (Constitución política de Colombia de 1991 art. 2). La omisión de una acción humanitaria que podría evitar la vulneración de derechos fundamentales justifica la intervención judicial y compromete la responsabilidad de la persona renuente. El principio de solidaridad social no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social, en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados..." (Corte Constitucional, Sentencia T-177 de 1999, 1999).

Qué propuesta debe plantearse desde la argumentación para que la ciencia del derecho, en especial el ámbito procesal sea garante de los derechos humanos. No cabe duda de que esto es posible si cada operador jurídico parte para su interpretación y motivación desde los derechos humanos, desde los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y la ley. Se debe partir de una teoría de la justicia en la cual se mezclen lo material y lo procedimental.

“En la teoría de la justicia, se pone de manifiesto la necesidad del derecho, de un derecho concebido como práctica social, compuesto tanto por las normas que lo expresan como por su interpretación y aplicación contextualizadas, en el seno de una práctica jurídica, moral, política y social más amplia de la que toma su sentido...” (Alexy, 2005, p.10). Desde esta perspectiva es necesario quebrar la teoría de la separación propuesta por el positivismo y acoger la teoría la corrección, en la cual el derecho y la moral se vinculan para dar solución a los distintos problemas para los cuales el derecho no tiene una respuesta.

La teoría de la corrección propuesta siguiendo a Robert Alexy aparece como una forma de justicia para una correcta distribución y compensación. El derecho como una herramienta de paz social debe, a través de la sentencia, otorgar a cada uno de los participantes aquello que les corresponde conforme a lo pretendido en el proceso y lo demostrado en él.

### **3. UNA PROPUESTA JURÍDICA PROCESAL**

Partiendo de lo expuesto por Robert Alexy (1997), la argumentación jurídica debe contener los siguientes elementos: 1. Ningún hablante puede contradecirse; esto corresponde a la aplicación de uno de los principios de la lógica formal, no contradicción. Se establece

aquí la obligación, para el hablante, de un argumento coherente teórico-práctico. Tanto la propuesta teórica como la práctica no puede contradecir su propio argumento como tampoco las reglas de la naturaleza. 2. Todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree; aquellas situaciones que generan duda en el hablante, es decir, no han producido certeza en quien expone no pueden sostenerse como verdaderas dentro de un argumento. 3. Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto (a) debe estar dispuesto a aplicar F a cualquier otro objeto igual a (a) en todos los aspectos relevantes; se aplica aquí el principio de igualdad de razón para circunstancias similares: donde existen hechos similares debe darse la misma razón. Implica, además, imponer seguridad en el argumento utilizado para las situaciones planteadas en la realidad argumentativa. 4. Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados; el aclarar la forma en que ha de entenderse un término es primordial dentro de un argumento para lograr un consentimiento total del auditorio.

Frente a estos elementos planteados debe preguntarse a quién le corresponde la carga de esta argumentación, y para ello debemos tener en cuenta las siguientes reglas:

- Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo. Debe explicar en forma clara el tratamiento desigual para ambas personas, iniciando por las circunstancias de tiempo, modo y lugar. No pueden incluirse razones sobre sus condiciones físicas, sexuales, de raza, salvo que sean indispensables para soportar una determinada posición argumentativa.
- Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello. No basta con manifestar el simple desacuerdo sino dar las razones para apartarse de esa situación.

En este sentido la Corte Constitucional colombiana ha manifestado que cuando el juez quiera apartarse de la doctrina constitucional obligatoria deberá expresar las razones que tiene para ello.

- Quien ha aducido un argumento solo está obligado a dar más argumentos en caso de contra argumentos. Solo en caso de oposición del auditorio frente a una determinada afirmación debe el orador reforzar su posición en aras de lograr el convencimiento del auditorio.
- Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos, o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esta afirmación o manifestación. El cambio de tema en una discusión debe justificarse ante el auditorio o su interlocutor.

La virtud es uno de los elementos que se deben tener en cuenta al momento de hablar de la finalidad de la retórica. Como se aprecia en el texto *Ética Nicomaquea* (Aristóteles, 1999), la virtud es el justo medio, esto es la posición en que el hombre no toma ninguno de los extremos, sino que permanece en el medio. Pero dentro de la retórica como lo propone Platón (Aristóteles) ésta puede utilizarse de dos formas: una, que se puede denominar inadecuada, y es cuando se utiliza para lograr cosas poco decorosas, ejemplo sacar libre a un homicida; y la forma adecuada es cuando con ella se logra el bien.

En este momento puede señalarse como una forma de virtud la justicia, entendida como un actuar conforme los parámetros normativos éticos, morales o jurídicos. El alejarse de ellos impone la necesidad de un actuar injusto, sin fundamentos. Esta última situación es ajena al concepto de justicia desde una óptica moderna el acto justo.

La virtud es uno de los elementos que se deben tener en cuenta al momento de hablar de la finalidad de la retórica.

Como se aprecia en el texto *Ética Nicomaquea* (Aristóteles, 1999), la virtud es el justo medio, esto es la posición en que el hombre no toma ninguno de los extremos, sino que permanece en el medio.

Ahora se pasará al desarrollo de cada uno de estos aspectos.

1. La argumentación está vinculada de forma directa con el lenguaje, bien sea oral o escrito. "... argumentar consiste en usar de una cierta forma del lenguaje: dando razones (que, por supuesto, pueden hacer referencia al mundo, a hechos) a favor o en contra de una determinada tesis..." (Atienza, 2006, p. 73). A través del lenguaje cada uno de los participantes expone sus ideas a defender dentro de un diálogo con el cual esperan salir victoriosos.

Pero no basta solo con el lenguaje oral o escrito; es indispensable para lograr la adhesión de un auditorio universal o particular el lenguaje gesticular, del cual se desprende el poder de convencimiento del orador; no basta la sola posición del orador dentro de una comunidad sino que se requiere la capacidad de acercamiento con el auditorio, y este acercamiento y posterior adhesión se lograrán con un lenguaje corporal propio de cada uno de los intervinientes.

En la argumentación solo será utilizada la fuerza del lenguaje, el énfasis que el orador ponga en cada palabra, los gestos que utilice en su argumento. El lenguaje se convierte en un instrumento de la argumentación. No es necesaria la fuerza material sino la fuerza de la

razón, hacer prevalecer las ideas de un diálogo solo con la utilización del medio más pacífico que pueda existir: el diálogo.

2. A la argumentación la antecede un problema. "... El problema es lo que suscita la necesidad de argumentar..." (Atienza, 2006, p. 74). En el campo jurídico el problema está determinado por los hechos que se presentan como antecedentes del proceso y es lo que se procederá a verificar a través de los distintos medios probatorios. Es a partir de ellos que se construye la pretensión y la excepción que se convertirán en última instancia en el límite de la decisión judicial.

Tanto el accionante como el resistente construyen, desde los hechos que se debaten en el proceso, argumentos que afirmen o desvirtúen la pretensión o la excepción, y es sobre ellos que el juez construirá su decisión final: la sentencia.

Como se anunció en párrafos anteriores, la sentencia es una forma de silogismo en la cual el juez debe argumentar el paso de las premisas a la conclusión, mostrando de forma coherente el resultado obtenido.

3. La argumentación puede ser observada como proceso o como resultado. Se entiende como proceso, dado que la argumentación es aquella actividad que ocurre entre el término inicial, el problema, y el término final, la solución. Pero desde la segunda perspectiva, esta es el conjunto de enunciados en las que es dable distinguir tres elementos: la premisa, la conclusión y la inferencia.

La premisa puede entenderse bajo este esquema como una serie de juicios de los cuales conforme al razonamiento se sigue un nuevo juicio, y a este es al que se denomina conclusión o resultado. Y la inferencia que se refiere

a la forma como están unidas las premisas y la conclusión.

4. Por último, argumentar es una actividad racional no sólo en el entendido de que es una acción dirigida a un fin, sino en el que siempre hay razones para valorar una argumentación.

Pero esa racionalidad debe tener un límite, y éste está determinado por tres exigencias señaladas por Peczenik, según lo cita Atienza:

La racionalidad lógica y lingüística consistente en que los enunciados morales y jurídicos pueden presentarse como la conclusión correcta de una serie de premisas que tienen que estar lingüísticamente bien formadas y ser lógicamente consistentes (racionalidad L); la racionalidad entendida como la exigencia de que las premisas (lo que presta apoyo – *support* – a la conclusión) sean suficientemente coherentes (racionalidad S – de *support*), y la racionalidad discursiva, esto es, la racionalidad entendida en el sentido de que la conclusión no podría ser refutada en el marco de un discurso en el que diferentes individuos discutirían de manera imparcial y objetiva (racionalidad D)" (Atienza, 2006. p. 79).

Es entonces la racionalidad una capacidad para persuadir a otros, para interactuar y llegar a ciertas reglas o parámetros que permitan la solución de un problema.

En cuanto a los problemas que se debaten dentro de ámbito judicial, estos son materiales y no formales. Hacen parte de la vida cotidiana y requieren del método propio de la historia para saber de ellos: el método reconstructivo. Esta reconstrucción se realiza a través de vestigios, huellas, rastros que se desvelan por medio de las pruebas que se utilizan en el interior del proceso. Y es desde ellos que el juez alcanza el grado máximo del

conocimiento: la certeza. Por último, con la argumentación, justifica un determinado resultado expresado en la sentencia.

Dentro de lo expuesto puede verse que se trata de hacer una división entre la lógica formal y la lógica argumentativa. Para la lógica formal los argumentos son entendidos:

Como encadenamientos de enunciados, en los que, a partir de algunos de ellos (las premisas) se llega a otro (la conclusión). Otros enfoques pueden consistir en ver la argumentación como una actividad, una técnica o un arte (...) dirigido a establecer o descubrir las premisas; como una técnica dirigida a persuadir a otro u a otros de determinada tesis; o como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y que debe desarrollarse conforme a ciertas reglas (Atienza, 2006, p.12).

Sin embargo, no puede señalarse una de ellas, considero que son complementarias, deben

respetarse en una correcta argumentación principios de la lógica formal y de la lógica argumentativa.

## **Conclusión**

El paso de un Estado de derecho a un Estado social de derecho implica cambiar la visión de la aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos. Es romper el paradigma del silogismo jurídico implementado por el positivismo decimonónico a una estructura argumentativa que cumpla con la regla de justicia, de los derechos fundamentales, y que, en general, garantice dentro del proceso los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

La argumentación y la permanente interpretación del ordenamiento jurídico desde la Constitución permiten llegar a una justicia real para cada uno de los ciudadanos, con la presencia de un nuevo concepto de seguridad jurídica que se desprende de la obligación de exponer las razones de una decisión fundada en la prevalencia de los derechos fundamentales.

## **Bibliografía**

Alexy, R. (1997) *Teoría de la argumentación jurídica*. (M. Atienza & I. Espejo, Trad.). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R. (2005) *La Institucionalización de la justicia*. (J. A. Seoane & otros, Trad.). Granada, Perú: Comares.

Aristoteles. (1999) *Retórica*. (Q. Racionero, Trad.). Madrid, España: Gredos.

Atienza, M. (2006) *El derecho como argumentación*. Barcelona, España: Ariel.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1992). *Sentencia C-574 de 1992*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1999). *Sentencia T-177 de 1999*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2000). *Sentencia SU 846 de 2000*. Colombia.

República de Colombia. Corte Constitucional (2001). *Sentencia C-1064 de 2001*. Colombia.

Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías*. (P. A. Ibáñez & A. G., Trad.). Madrid, España: Trotta.

Perelman, C. (1988). *La lógica jurídica y la Nueva retórica*. (L. Díez Picasso, Trad.). Madrid, España: Civitas.

Perelman, C & Olbrechts Tyteca, L. (1994). *Tratado de la argumentación*. (Julia Sevilla Muñoz, Trad.). Madrid, España: Ed. Gredos.

Zagrebelsky, G. (1999) *El derecho dúctil*. (M. Gascón, Trad.). Madrid, España: Trotta.