

**¿Cuáles son las formas argumentativas que deberían usar los jueces conforme a las teorías de la argumentación de Perelman y los pragmatistas?**

Tatiana Gómez Alzate

Daniel Medina Galvis

Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Caldas

Derecho

Alejandro Patiño Arango

12 de octubre de 2022

## Tabla de Contenido

Resumen .....	4
Introducción .....	5
Método .....	14
Estado del Arte .....	16
Capítulo I .....	18
Marco teórico y antecedentes históricos .....	18
Sobre la lógica .....	24
Capítulo II .....	28
Clases de argumentos ( Inducción, deducción y abducción) .....	28
Sobre la argumentación y sus principales teorías .....	31
¿Cómo debe decidir el juez? .....	39
Capítulo III .....	46
Aplicaciones en Colombia .....	46
Ley 153 de 1887, analogía, precedente, doctrina y argumentación .....	46
Análisis Sentencia SU 455 del 2020 .....	51
Referencias .....	77

## Agradecimientos

Quiero agradecer a mi familia por ser el motor de mis logros, por apoyarme incondicionalmente y por creer en mí. Sin duda alguna gran parte de lo que hoy soy es fruto del amor que he recibido, de su paciencia y de inculcarme que cualquier cosa que fuese a hacer la realizara con pasión y con esmero. A cada uno de los docentes que hicieron parte de mi formación académica, a los que me enseñaron a no desistir, a perseverar y a los que me hicieron el camino un poquito más difícil hoy también les agradezco. A mis compañeros de carrera, con los que compartí el sube y baja de emociones que conlleva la formación como profesional y como ser humano; A cada una de las personas que me acompañaron en este ciclo de forma directa o indirecta, sé que ningún encuentro es casual y de cada uno llevo algo conmigo. Finalmente, agradezco a mi alma mater la Universidad de Caldas por brindarme los insumos para construir unas bases sólidas que estoy segura me servirán para seguir creciendo no solo como profesional sino también como ser humano porque si algo me quedó claro todos estos años es que existen varios tipos de conocimiento, todos infinitos y que además de los libros también está la escuela de la vida. A la vida, que me siga sorprendiendo, enseñando y motivando a soñar.

*Tatiana Gómez Alzate.*

Quiero agradecer a mis abuelos y padres por la motivación dada, al igual que a mi pareja. También agradezco al profesor Leonardo Giraldo y al profesor Alejandro Patiño por la ayuda académica y la motivación a lo largo de la carrera.

*Daniel Medina Galvis.*

## Resumen

El presente trabajo da cuenta de las formas argumentativas que deberían ser utilizadas en la motivación judicial por cualquier juez en un sistema occidental, enfocándose en las teorías de argumentación de Perelman y las teorías de la argumentación de los filósofos pragmatistas. En un primer momento esto se logra a través del estudio de la filosofía del lenguaje, de la lógica y de la argumentación en sentido amplio. En un segundo momento, se presentarán las teorías de Perelman y de los filósofos pragmatistas respecto a la argumentación y se mostrará qué elementos de cada una deben privilegiarse en la motivación judicial. En un tercer momento, para una mayor claridad, se analizará la sentencia SU 455/2020 para mostrar sus errores y cómo pudo decidirse de mejor manera. El método utilizado en este trabajo es el método de desarrollo científico peirceano, en sus dos primeros momentos: abductivo y deductivo.

**Palabras Clave:** Motivación judicial, argumentación en Perelman, pragmatismo, filosofía del lenguaje.

## **Abstract**

The present paper gives an account of the argumentative forms that should be used in the judicial motivation by any judge in a Western system, focusing on Perelman's argumentation theories and the argumentation theories of pragmatist philosophers. At first this is achieved through the study of the philosophy of language, logic and argumentation in a broad sense. In a second moment, the theories of Perelman and of the pragmatist philosophers regarding argumentation will be presented and it will be shown which elements of each should be privileged in the judicial motivation. In a third stage, for greater clarity, the judgment SU 455/2020 will be analyzed to show its errors and how it could be better decided. The method used in this work is the Peircean scientific development method, in its first two moments: abductive and deductive.

**Keywords:** Judicial motivation, argumentation in Perelman, pragmatism, philosophy of language.

## Introducción

Desde tiempos remotos el lenguaje ha representado un reto en el campo del derecho y con ello en la práctica judicial, por ello siempre que se busca definir el derecho, parece éste caer en el ámbito de los discursos:

“El derecho, en suma, es un conjunto de discursos, de comunicaciones lingüísticas: discursos de los legisladores (como leyes y códigos), discursos de los jueces (como sentencias y ordenanzas), discursos de los particulares (como testamentos y contratos), y a estos hay que añadir aunque revistan roles peculiares propios, los discursos de los abogados (informes, comparecencias, etc.) los discursos de los profesores de derecho (lecciones, tratados, manuales, monografías, comentarios a sentencias, etc.) y aún otros discursos” (Guastini 1988)

Ahora bien, como el derecho gira en torno a los discursos - es decir, el uso concreto del lenguaje-, debemos tener las herramientas para poder trabajar los discursos, la cual por excelencia, es la argumentación; la argumentación a su vez utiliza y es integrada por ciencias auxiliares, como la lógica, la retórica, la estilística, entre otras; sabiendo por lo que el eje de esta investigación es la argumentación y una de sus principales ciencias auxiliares: la lógica. Se pretenderá en esta investigación mostrar cuáles son las las formas argumentativas que deberían preferir los jueces a la hora de elaborar sus discursos específicos, en especial, el discurso de la motivación de las sentencias judiciales.

Se podría hacer aún más explícito el propósito: se mostrará cómo la argumentación debería ser aplicada al hipotético caso ideal de la motivación de las sentencias judiciales, esto toda vez que se parte de la hipótesis de que los jueces motivan de manera incorrecta su sentencia judicial. Como salida a este problema, se

proponen las teorías de argumentación de Perelman y los filósofos pragmatistas (como Austin, Searle) además de las herramientas propias de esta disciplina, las cuales deberían permitir que se diera una correcta motivación con sus subsecuentes ventajas para el ejercicio jurídico, tales como la garantía de derechos y la materialización efectiva de principios constitucionales.

Quizás la causa más probable de la incorrecta motivación sea el desconocimiento de las herramientas con las que cuenta la argumentación, siendo entonces ésta una investigación que explicite una herramienta para una mejor praxis judicial; se debe considerar además, que de no integrarse estas herramientas para la motivación judicial, los fallos seguirán siendo insuficientes e injustos, generando consecuencias gravosas en aquellos que sufren la vulneración de derechos y principios como el de celeridad, acceso a la justicia y economía.

Esto se puede ver referenciado en índices presentados por la Contraloría en un artículo publicado en el periódico El Nuevo Siglo el 25 de julio de 2020, así :

“Según la Contraloría, **en 2019 por cada 100 procesos que se hallaban en los despachos judiciales 50 quedaron pendientes para trámite y resolución de fondo en la actual vigencia.** En 2019, el índice de congestión efectivo alcanzó el 50,75% (...) Aunque en promedio **la jurisdicción ordinaria presentó un indicador de 49,40%, hubo otras cuya congestión las ubicó por encima de ese nivel,** como la administrativa con 60,02%, la disciplinaria con 58,84%, la laboral con 57,63%, la civil con 53,59% y la de familia con 53,25% (...)” (El nuevo siglo, citado en Contraloría General de la República, 2020) Negrilla y subrayado por fuera del texto.

Es este entonces, un llamado de alerta, porque con estas cifras se muestra claramente cómo el sistema judicial está colapsando y con él, la economía del país y la legitimidad de las instituciones que se supone son las encargadas de regular, armonizar y velar por los derechos de los ciudadanos. ¿Pero cómo se puede lograr una sociedad más estable y estructurada cuando ni siquiera los organismos estatales que son los encargados de buscar este fin están debidamente estructurados? ¿Cómo solucionar de forma eficaz y eficiente los problemas jurídicos cuando los jueces concentran sus esfuerzos fallar judicialmente para intentar cumplir con la carga que les compete y no en argumentar, generando así una dilación innecesaria de los procesos que van de instancia en instancia por el descontento de quienes su situación jurídica se resuelve? y además ¿Cómo distribuir correctamente el dinero público cuando se tiene que destinar un presupuesto considerable para enmendar fallas atribuibles a la justicia? :

“(…) En cuanto a **demandas contra el Estado por fallas atribuibles a la Justicia, el total apropiado para el pago de sentencias y conciliaciones fue de \$142.873 millones(…)**” (El nuevo siglo, citado en Contraloría General de la República, 2020)

Ahora bien, Vanessa Pérez Díaz en un artículo publicado el 27 de enero de 2021 expone :

“(…) La reforma que se necesita es aquella que combata la excesiva litigiosidad de nuestra sociedad, que facilite el acceso a la justicia, que promueva procedimientos más ágiles, que evite dilaciones injustificadas (…)” (Colombia, Asuntos Legales, 2021) Subrayado y negrita fuera del texto

Es claro entonces que el problema existe y que la situación es cada vez más preocupante. Proponemos entonces ante una resolución de conflictos insuficiente dar



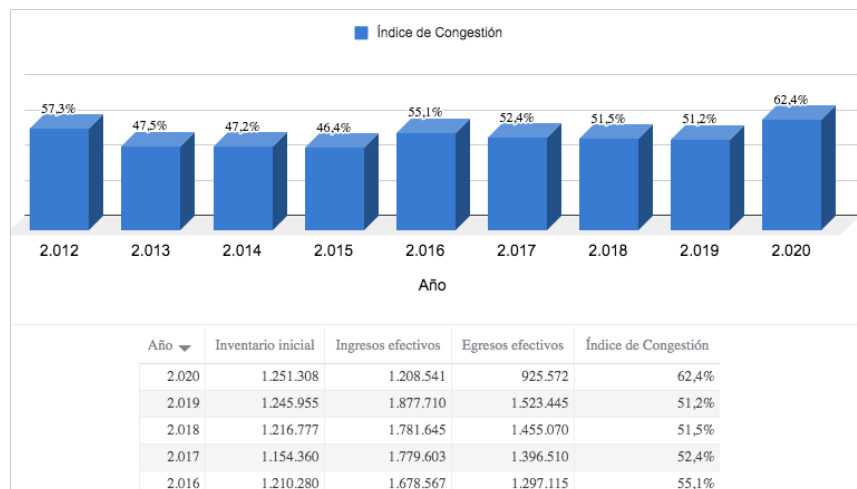
prioridad a una argumentación clara y concisa con el fin precisamente de evitar la excesiva litigiosidad, los costos que con ello se genera y unificar la normatividad.

En todo ordenamiento jurídico, específicamente en el campo judicial, es claro que se deben abordar herramientas argumentativas para motivar las decisiones que se adoptan. Sin embargo, dada la complejidad y magnitud del lenguaje, hemos visto cómo se ha dificultado la materialización de la teoría a la práctica, ya que por ejemplo el uso únicamente de la lógica formal se quedaría corto aplicado en una sentencia judicial, esto toda vez que se pueden presentar dos objeciones a una reducción a la lógica formal del ejercicio judicial, el primero siendo que es imposible que la mayoría de casos del mundo práctico se comporten como un silogismo aristotélico perfecto con premisa mayor (entendida como norma) y premisa menor (entendida como caso concreto que se subsuma en todos los supuestos de hecho contemplados en la premisa mayor de manera clara), defender a pesar de esto el silogismo jurídico a ultranza, encuentra problemas en cuanto incluso la lógica formal aristotélica ha sido reemplazada por herramientas lógicas mucho más potentes, lo que lleva a la segunda objeción, y es que aún realizándose la toma de decisiones por medio de un aparato lógico como la teoría de conjuntos, la lógica modal o la lógica deontológica, habría un elemento de razonabilidad imposible de formalizar, lo que implicaría que una sentencia motivada sólo con estos aparatos lógicos, nunca daría cuenta de la totalidad del problema jurídico ni una solución para el mismo.

Es aquí, cuando deberíamos preguntarnos sobre la solidez de los argumentos, la validez material de los mismos, bajo qué presupuestos fue tomada la decisión y si la parte motiva de la sentencia es congruente y coherente con lo expuesto en la parte resolutive, porque, aunque parezca inusual, los jueces a veces motivan y fallan asuntos diferentes precisamente por centrar sus esfuerzos en resolver y no en explicar,

de ahí que tengamos que hacer uso de distintas instancias, que se dilaten los procesos judiciales y que exista una congestión absurda en el aparato judicial.

La magnitud de dicha congestión puede evidenciarse en las estadísticas presentadas por la Corporación Excelencia en la Justicia desde el año 2012 hasta el 2020, así:



### Corporación Excelencia de la Justicia (2021)

Es innegable la importancia de la argumentación al momento de dictar un fallo, esto lo podemos mostrar con un ejemplo en el cual podemos hallar una reducción al absurdo. Esto se presenta en la Sentencia C- 221 de 1994 en la cual se despenaliza el consumo de la dosis mínima pero se mantiene la prohibición de vender, producir o comercializar las mismas drogas cuyo consumo es permitido.

Este ejemplo tiene sentido si se entiende que la reducción al absurdo se presenta al enfrentar las derivaciones lógicas de la decisión, es decir, al extraer sus consecuencias necesarias y enfrentarlas, nos damos cuenta que se anulan mutuamente, por lo cual, se entiende que la decisión no atendió a una herramienta de la argumentación como la razonabilidad, queda de manifiesto que aún si se sigue una derivación lógica de las premisas para llegar a la conclusión, existe la posibilidad de

que las consecuencias prácticas de la misma resulten contradictorias y por ende, que esa decisión, sufra una reducción al absurdo. Ahora bien, éste es sólo uno de los simples problemas que pueden resultar de una argumentación inadecuada en la parte motiva de una sentencia.

De igual manera, a lo largo de este trabajo, elegiremos algunos casos paradigmáticos para mostrar cómo han ocurrido grandes errores argumentativos, aún en las más altas esferas judiciales, evidenciando así un indicio para nuestra hipótesis según la cual los jueces no argumentan correctamente en sus sentencias.

Si la falencia en el conocimiento de las teorías argumentativas fueran suplidas desde la academia y la formación de jueces y juristas, el aparato judicial sería mucho más ágil, eficiente y eficaz. Esto, toda vez que las sentencias deberían atender al caso concreto y fallar conforme a la razonabilidad y la racionalidad que exigen las teorías argumentativas de Perelman y los filósofos pragmáticos, lo cual exige precisión conceptual que se ve siempre reflejada en la extensión de las sentencias, evitando las grandiosidades literarias y meros adornos que sólo aumentan el tamaño de la misma pero no aportan nada a los argumentos; igualmente, una correcta argumentación exige conocimiento de los casos concretos a tal punto que un mero copiar y pegar temáticas doctrinales sería un mero adorno y distractor innecesario.

Es por ello, que en el presente trabajo queremos, a la luz de las diversas teorías, exponer y explicar cómo debería ser la argumentación judicial y cuáles creemos que sean las vías más viables a aplicar por los jueces teniendo en cuenta el contexto actual y los avances en las teorías argumentativas que a través de los años se han presentado.

Para llevar a cabo lo anteriormente propuesto, se utilizará el método de investigación científico peirceano por prestarse éste para investigaciones cualitativas

especulativas y porque permite el uso de dos herramientas lógicas potentes: abducción y deducción.

Esta investigación puede representar un primer paso para resolver los problemas de motivación que se ven plasmados en las sentencias judiciales, esto se pretende en primer lugar haciendo visible el problema para posteriormente proponer algunas plausibles herramientas para solucionarlos, estas son las teorías de la lógica y la argumentación, prefiriéndose entre ellas, las propuestas por Chaim Perelman y algunos filósofos de la escuela pragmatista del lenguaje; toda vez que consideramos que éstas tienen una mayor afinidad con el derecho, las herramientas recogen elementos de la tradición filosófica y tienen un desarrollo sistemático de sus teorías y alcances.

El aporte de esta investigación, específicamente en el campo de estudio del derecho radica en que un correcto ejercicio argumentativo en el desarrollo de la labor judicial contribuye de manera adecuada a la materialización de principios constitucionales tales como: seguridad jurídica, economía y celeridad procesal; por ende a la descongestión del aparato judicial y a una construcción real y efectiva de soluciones jurídicas que se traduzcan en precedente que puede ir fortaleciendo el ordenamiento jurídico, siendo una solución para las anomias que para el legislador son prácticamente imposibles de prever en su totalidad.

Siguiendo esta línea argumental, podemos apuntar que nuestra investigación es pertinente porque permite dar soluciones a un problema visible del que poco se habla: algunas sentencias judiciales están motivadas incorrectamente desde un punto de vista metateórico y parece ser un problema generalizado; una vez se hace visible el problema, pueden buscarse soluciones para el mismo, siendo el propósito principal de este texto mostrar las posibles soluciones, no demostrar la ocurrencia del problema.

Ahora bien, el contexto general de la investigación obedece a que en la historia de la humanidad el Derecho ha sido una disciplina imprescindible para el desarrollo de las sociedades y el control de la convivencia en la comunidad, sin embargo, de manera proporcional a su importancia está su grado de dificultad, ya que hablamos de una ciencia y de una técnica cuyos fundamentos esenciales están en el lenguaje.

“ El derecho consiste en guiar mediante el lenguaje, sea el lenguaje de las leyes, de las decisiones judiciales, de las disposiciones constitucionales, de los contratos o de los testamentos. Por consiguiente, no resulta sorprendente que los abogados, los jueces y los comentaristas jurídicos hayan buscado toda asistencia posible en otros campos que se ocupan del significado y la interpretación de las palabras, incluyendo la teoría literaria, la lingüística y la semiótica.” (Brix, 2015)

Mostrar claramente desde dónde empieza el problema o desde dónde se puede brindar soluciones, es una tarea titánica que no es el propósito central de la investigación, pero no es esto óbice para no dar un bosquejo general de cómo se ha desenvuelto la labor judicial, dicho esto, cabe anotar que para el Derecho es importante el lenguaje y lo que se hace con él, por lo que es preciso saber cómo se ha utilizado y cómo debe ser utilizado. El mejor modo de verlo reflejado es en el ejercicio judicial, donde todas las fuerzas que coexisten en el derecho convergen, tanto las propias del ejercicio práctico del derecho, como las que pertenecen a la ciencia jurídica.

Es pues el ejercicio judicial, un medio idóneo para determinar el uso del lenguaje por parte de los juristas y su producto: la sentencia, siendo éstas un objeto de estudio eficaz para conocer el nivel argumentativo y lógico de los jueces.

Por supuesto, resultaría un trabajo titánico pretender dar cuenta de la manera de argumentar en las sentencias judiciales de todos los jueces en Colombia, aún si circunscribimos tal investigación a un lapso tan corto en el tiempo judicial como lo es un año; por lo que esta investigación tiene pretensiones cualitativas, teniendo como finalidad principal, dar algunas conclusiones plausibles respecto al camino que deberían seguir los jueces para mejorar en su sentencias.

La razón por la cuál vamos a elegir el método pragmatista propuesto por Peirce es que este es el modo natural en el que una investigación científica se resuelve, teniendo la virtud especial de mostrar el desenvolvimiento lógico de los pasos en la investigación además de dar una justificación de corte lógico al surgimiento de las hipótesis, pues éstas no surgen por un proceso inductivo de caso particular a caso general, sino a través de la abducción, que no consiste en generalizar sino en hipotetizar.

## **Método**

Para esta investigación, proponemos utilizar como método investigativo, un método filosófico pensado para las investigaciones de índole científico, definido por el filósofo pragmatista Charles Sanders Peirce, es decir, este método nos dará las herramientas necesarias para llevar a cabo la investigación, ya que el mismo, se presta para realizar investigaciones tanto a partir de datos empíricos explícitos como sin ellos.

Este método consiste en un primer momento propositivo denominado abducción, en el cual se propone una hipótesis de la cual se desprenden sus consecuencias necesarias a través de la deducción, y estas consecuencias son finalmente evaluadas a través de inducción para comprobar la aproximación de esa hipótesis a la verdad como ideal regulativo.

Es de anotar que éste es un método cualitativo con enfoque puramente dogmático, por lo cual, el uso de elementos empíricos tendrá sólo un valor ejemplificante. En el presente trabajo se pretende desarrollar especialmente la posibilidad de una hipótesis tal que los jueces no tienen una construcción dogmática/teórica de las teorías de la argumentación para motivar sus sentencias y por ende, la pregunta de investigación elegida se muestra como una salida a este dilema.

La pregunta de investigación nos indaga respecto a la manera más adecuada para motivar las sentencias judiciales por parte de los jueces y parte de la hipótesis de que los jueces suelen sustentar de manera incorrecta o al menos con carencias argumentativas, sus sentencias, lo que de una u otra manera, genera congestión judicial y causa violación de derechos.

Para dar una respuesta a esta pregunta investigativa, nos proponemos mostrar primero una breve historia de la filosofía del lenguaje y sus puntos más relevantes

para la argumentación judicial, a la par que mostraremos las herramientas más importantes con las que cuenta la argumentación, haciendo énfasis en la lógica; mostrando especialmente los aportes que realiza Perelman y la filosofía pragmatista a la argumentación judicial, para finalmente mostrar la aplicación de estas herramientas en una sentencia judicial concreta.

Los criterios para elegir la sentencia que se analizará en el último de los apartados de esta investigación son los siguientes: cercanía en el tiempo (menos de dos años desde el fallo de la misma), verse claramente la mala praxis argumentativa en la motivación de las mismas o de las instancias anteriores, prefiriéndose aquellas donde se hayan agotado tanto los recursos ordinarios como extraordinarios, pues en éstas se pueden evidenciar más errores de interpretación, argumentación y aplicación lógica de la norma, siendo el último criterio, que estas sentencias unifiquen el ordenamiento y por tanto tengan una fuerza vinculante mayor. Haciendo la salvedad de que los elementos empíricos que se elegirán cumplen sólo un valor de ejemplo, no de sustento inductivo.

### **Estado del arte**

Ahora bien, respecto al estado del arte del asunto que nos ocupa, hemos podido encontrar algunos autores que han realizado publicaciones referentes a la argumentación judicial, estos son:



“ La teoría, la lógica y la interdisciplinariedad en la argumentación jurídica *Theory, logic and interdisciplinarity in legal argumentation*” de José David Paredes Sandoval, 27 de mayo de 2017. Estudio Vega & Asociados” ; artículo en el cuál se explica cómo la doctrina ha desarrollado el tema de la argumentación, para esto realiza una recopilación de teorías para posteriormente triangular la información de forma tal que se muestra la utilidad de la argumentación en la práctica a la hora de motivar jurídicamente.

“Argumentación y lenguaje jurídico. *Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México, 2017.”. En este libro, se comienza explicando qué es la argumentación, cuáles son sus elementos y sus características, cuáles son los tipos de argumentación y en qué consisten contrastándolo con las diversas teorías y leyes de la lógica para finalmente con todos estos elementos, realizar un interesante y minucioso análisis de una sentencia judicial en donde desglosa la tesis, cada una de las premisas, argumentos y subargumentos para después exponer cómo fueron aplicadas dichas teorías lógicas como por ejemplo desde la ley de la lógica del *Modus Ponendo Ponens*. Esto lo realiza mediante mapas conceptuales bastante ilustrativos y claros que pretenden demostrar el contenido argumentativo de cada uno de los elementos de la sentencia.

“Argumentar y persuadir. Subir las escaleras de la argumentación jurídica al derecho y al revés. Nicolás Parra Herrera.” Este es un libro que busca explicar de manera didáctica qué es la argumentación, porque y para qué es importante argumentar, y cuáles son los principales usos de la argumentación para los abogados, dedicando un pequeño apartado a la argumentación judicial, es decir, a qué deben hacer los jueces para argumentar de una manera adecuada, se concentra en la

explicación de algunos defectos en la argumentación tales como las falacias concretas, tanto de índole lógico como lingüístico.

## **Capítulo I**

### **Marco teórico y antecedentes históricos**

A partir del siglo veinte, el lenguaje se constituyó en un problema fundamental para la filosofía, pero éste ya lo era en el derecho desde mucho tiempo atrás. El derecho siempre ha utilizado como materia primera el lenguaje, ya sea interpretando fuentes o dando a conocer sus puntos de vista, es decir argumentando. No en vano, cuando la filosofía, quiso empezar a estudiar de un modo sistemático el lenguaje - especialmente desde la Hermenéutica filosófica- decidieron tomar las obras de los juristas del siglo XIX y XX, además de la práctica común de los litigantes; es que, para nadie es un secreto, que un buen abogado, bien puede equilibrar el bello lenguaje con los buenos argumentos, y no es necesario, como creían en la filosofía clásica, distanciar la belleza de la efectividad, es decir, lo retórico de lo argumentativo; desde antes que tales asuntos fueran planteados de manera ordenada, los abogados ya hacían gala de ellos en un elevado nivel.

Si nos quisiéramos remontar, hasta el primer origen de la palabra como instrumento, tendríamos que ir, quizá hasta los griegos, quienes ya se habían planteado el problema del lenguaje, y para quienes, a pesar de no ser lo más importante, dedicaron varios libros a esto. Bueno, no ser el problema más importante, para quienes fueron los filósofos más importantes – según nuestra visión moderna – porque, en otros, quizá no llamados filósofos, sino Sofistas, fue el principal tema de discusión. Y es que, la diferencia entre un filósofo y un sofista para la época, quizá hoy podría ser considerada ridícula, pero ha dado mucho que hablar. Dicho en términos jocosos, hoy podríamos asimilar a los profesores de filosofía, con sofistas, y es que este término significa maestro, y en aquella época, ellos eran los encargados de enseñar. Curiosamente, también podríamos pensar en los sofistas, como los primeros abogados, dado que eran ellos, quienes enseñaban la defensa a las personas, que comparecían en juicio por algún delito contra la Polis.

Y es que ya en los griegos, el problema del lenguaje, compartía escenario con el problema de la verdad; ¿puede mi nombre ser mentira, incluso si no me llamo como afirmo, pero otros lo creen? Quizá “Nadie” sí exista y sea un verdadero nombre para Polifemo, dicho de otra manera, quizá Odiseo no se valió de la estupidez de Polifemo sino de su buena fe, de su creencia en que un nombre era necesariamente verdadero, pues el nombre, era una palabra ligada a la esencia de quien se nombraba.

El lenguaje, siguió siendo un problema, incluso ya adentrándonos en la Edad Media, y es que, si pensamos que la Edad Media estuvo influida por un pensamiento religioso, nos será dado afirmar que el lenguaje fue vital, dado que el origen del mundo, en la cosmovisión religiosa se deriva de la palabra, es decir de que Dios haya dicho, y así haya sido. La creación del mundo se dio por medio de la palabra. Quizá esta visión, influyó, para que, en la Edad Moderna, el lenguaje natural, fuera relegado de la mayoría de ambientes académicos - salvo los jurídicos – y es que empezó a ser considerado como contingente y falso.

En este punto, es que el rol de los abogados, y de la ciencia jurídica, empieza a ser relevante, y es que fueron ellos, quienes no permitieron que los problemas hermenéuticos desaparecieran, sino que por el contrario ayudaron a engrandecerlos; en caso contrario, jamás se hubiera podido retomar el lenguaje como centro de estudio, dado que habría vuelto a un estado tan anticuado, que hubiera sido, sumamente complicado poder avanzar con paso firme en él.

Quizá no sea necesario llegar, a afirmaciones metafísicas respecto al lenguaje, ni afirmar tampoco, que fue exclusivamente a los juristas que éste ha llegado a donde está, pero es innegable que el lenguaje ha jugado un rol importantísimo en la historia

del hombre, e incluso en que el hombre sea lo que es; y los abogados han sido una parte importante de éste.

Un abogado cuando litiga, en un juicio, y expone su postura, está ejerciendo lenguaje, y creando con él, se está valiendo de todas sus funciones, y no sólo de algunas, como ocurre en todos los demás saberes; la diferencia quizá con las ciencias del lenguaje, es que lo vive, no lo estudia. Podemos pensar en la diferencia entre un mecánico y un ingeniero de motores, uno los repara y el otro los entiende ¿Quién podrá reparar su auto si se queda varado en una carretera con su caja de herramientas?

Ahora bien, también debemos tener en cuenta que hay diferentes concepciones respecto al lenguaje según la escuela filosófica en que nos deseemos enfocar. Ya hemos expuesto posiciones típicas de la escuela de la Hermenéutica Filosófica, ahora sería pertinente mencionar la escuela de la pragmática del lenguaje, especialmente en cabeza de John Langshaw Austin, Ludwig Wittgenstein y Jean Searle.

Respecto a la posición del primero, diremos que fue el primero en sistematizar la función creadora (llamada performativa) que le es propia al lenguaje; ya otros lo habían hecho aunque sin suficiente orden y visión, como Thomas Hobbes en su capítulo sobre el lenguaje en el Leviatán, Charles Sanders Peirce en sus textos sobre el pragmaticismo y la escuela realista escandinava al concebir la fuerza creadora de la palabra en los contratos desde la Antigua Roma, donde era necesario pronunciar determinadas palabras para que el contrato tuviera valor.

La manera en que J.L. Austin sistematizó sus posiciones teóricas respecto a la función performativa del lenguaje, fue la de la doctrina de los infortunios; la misma puede ser definida de manera negativa, diciendo que cuando una palabra o fórmula cumple su función creadora, es decir, cambia efectivamente el mundo, ésta debe ser

considerada como afortunada, para que pueda ser afortunada debe cumplir, según Austin, con una serie de requisitos que podremos enumerar de la siguiente manera:

A1 Debe existir un procedimiento convencionalmente instituido y el mismo debe tener un efecto convencionalmente aceptado

A2 Las personas que realizan el procedimiento deben estar facultadas para adelantar el mismo

B1 El acto debe ser ejecutado por todas las personas que el procedimiento instituye que deben participar y que por ello están facultadas

B2 Se debe ejecutar íntegramente todo el proceso necesario

T1 Quien ejecuta tal acto debe ser sincero

T2 Se debe actuar consistentemente conforme a la sinceridad de T1 (Austin, 1982)

Por supuesto, Austin, se dio cuenta de que pretender encasillar algo tan voluble y cambiante como el lenguaje en un esquema tan cerrado, terminaba dejando por fuera muchos casos que efectivamente cumplían con la función performativa, modificaban realmente el mundo, pero que no se acomodan con los requisitos exigidos en un primer momento.

Aquí se hace necesario hacer un alto en el discurso sobre el lenguaje, para explicar que, al hablar de mundo, no se hace de una manera metafísica, sino que se quiere hacer referencia a la sumatoria de los hechos institucionales y los hechos brutos. Definiremos para uso del presente trabajo, los hechos institucionales como aquellos que hacen parte del mundo social, es decir, las ficciones creadas por los hombres pero que rigen nuestro mundo -quizá la metáfora de Olivecrona sea

esclarecedora: los juegos que se toman en serio- ejemplos de estas ficciones pueden ser: el dinero, Estado, nacionalidad, estado civil. En contraposición, los hechos brutos son aquellos típicamente asociados a la naturaleza, objeto de estudio de las ciencias naturales.

Sin embargo, no debemos perder de vista que los hechos institucionales, hacen parte de la realidad, teniendo el mismo valor para la ciencia que los hechos brutos. Por lo mismo, los hechos institucionales no pueden ser pensados como algo subjetivo o siquiera aleatorio, si bien son instituidos por los hombres, pero estos obedecen a reglas de creación -aunque a veces laxas-; sin duda son creados a través del lenguaje y obedecen a una convencionalidad. Después de que se han “Institucionalizado”, los hechos institucionales no dependerán del hombre, y la manera en que dejan de formar parte del mundo, es en razón a que un nuevo hecho institucional entre a reemplazarlos, o convencionalmente dejen de ser aceptados.

Podemos retomar la discusión sobre el lenguaje, apuntando que tras Austin, encontramos una nueva posición frente al lenguaje que nos puede ser muy útil, esta vez en cabeza de Ludwig Wittgenstein, quien en su segunda etapa concibe el lenguaje de una manera más amplia que como mera herramienta lógica e isomórfica, esta vez aceptando diversas funciones para el lenguaje. Se podría pensar en las funciones del lenguaje como juegos del mismo, que pueden ser jugados a la vez y que tienen determinados parentescos entre sí, sin necesidad de compartir una esencia, pues como Wittgenstein sostuvo en sus investigaciones, no tiene sentido preguntarnos respecto a qué es lenguaje, sino para qué podemos utilizarlo; es decir, las funciones nos dicen cuáles son las cosas que podemos hacer con nuestro lenguaje. Sin embargo, se debe hacer notar que el concepto de funciones del lenguaje es más utilizado por los lingüistas, y tiende a ser limitante, pues los mismos están determinados y aceptados

por la comunidad de los mismos, mientras que para Wittgenstein los juegos del lenguaje resultan inagotables, no obstante, esto puede ser solventado entendiendo que las funciones pueden encajar dentro de los juegos, no siendo estos dos conceptos idénticos, ya que estos no se agotan en las meras funciones.

23. ¿Pero cuántos géneros de oraciones hay? ¿Acaso aserción, pregunta y orden? — Hay innumerables géneros: innumerables géneros diferentes de empleo de todo lo que llamamos «signos», «palabras», «oraciones». Y esta multiplicidad no es algo fijo, dado de una vez por todas, sino que nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, como podemos decir, nacen y otros envejecen y se olvidan. (Una figura aproximada de ello pueden dárnosla los cambios de la matemática) (Wittgenstein, 1958).

El lenguaje es esencial a la vida del hombre, y es por esto que no puede pretender limitarse porque está en constante cambio, y los intentos para limitarlo se ven desbordados, razón por la cual el intento de crear un lenguaje artificial lógico que diera cuenta de todo el mundo resultó un fracaso, si bien en sí mismo este juego del lenguaje, que es la lógica tiene una utilidad dentro de un determinado campo de aplicación; lo que demuestra además que el lenguaje tiene una utilidad según el uso que se le dé, es por esto que el lenguaje es pragmático, también en este influye el emisor, el agente que utiliza el lenguaje y el receptor del mismo.

La argumentación precisamente debe concentrarse en la relación triádica existente entre el emisor, el mensaje y los efectos del mismo; también podría preferirse el uso de retórica, puesto que es precisamente la retórica la ciencia que históricamente ha tratado sobre los efectos de los discursos, y que en los últimos años ha cobrado nuevamente prestigio al tener pretensiones más universales y objetivas,



pero se prefiere en este trabajo el término de argumentación, por tener quizá, una carga menos peyorativa y ser utilizado de manera más general.

### **Sobre la lógica**

Definir la lógica es un trabajo arduo, tal definición puede rastrearse desde los trabajos de Aristóteles, quien en sus analíticos piensa en el *Organon* u herramienta, porque esto es la lógica, una herramienta para el pensar correctamente. También se le denomina comúnmente a la lógica como una ciencia de las formas que permite distinguir los razonamientos válidos de los que no lo son. Una definición que nos permitirá tener una perspectiva amplia de lo que es la lógica es que: “Lógica es el estudio de los principios y métodos utilizados para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto” (Copi & Cohen, 2013) es decir, ésta nos permitirá pensar de una manera más ordenada, clara y sistemática.

Podría decirse a grandes rasgos, que la lógica formal se ocupa de la validez de las argumentaciones, es decir, de su estructura lógica -arquetipos o esquemas universales y abstractos- pero relega a un segundo plano el problema de la verdad material de las mismas; pudiendo entenderse la verdad aquí referida, de la manera más intuitiva y clara posible: cuando el enunciado expresado que habla sobre el mundo refleja de una manera adecuada el estado de cosas que pretende significar estamos frente a un enunciado verdadero.

Si consideramos un esquema de inferencias como P/C, donde P representa la(s) premisa (s) y C representa la(s) conclusión (ones), y asignamos combinatoriamente valores de verdad a P y a C, tendremos las siguientes cuatro posibilidades: P/C, (1) V/V, (2) V/F, (3) F/V, (4) F/F, entonces, según la definición anterior, para que una forma de razonamiento, sea válida, es necesario que no puedan encontrarse razonamientos concretos que realicen la combinación (2), pero

perfectamente pueden realizarse las combinaciones (1), (3) y (4) (...) Las combinaciones (1) V/V y (3) F/V son posibles, en virtud del principio lógico: " lo verdadero se sigue de cualquier cosa, de lo verdadero o de lo falso". **En otras palabras no tenemos criterio de "verdad" para teorías de la realidad.** (Gómez Giraldo, 1998)

Es la verdad entonces, un problema secundario de la lógica, pero que es denominado como el estudio de la solidez de los argumentos; diciéndose pues que, un argumento es sólido cuando además de contar con validez, tiene todas sus proposiciones verdaderas; una clara demostración de la importancia de la validez, es que en el caso mencionado, cuando las premisas son verdaderas, no es necesario evaluarse la verdad de las conclusiones, puesto que la validez garantiza que la verdad de las primeras se transfiere a las segundas; sin embargo, en el mundo práctico, difícilmente se pueden conseguir argumentaciones tan claras, donde su mera estructura y el contenido de verdad de sus premisas garantice que todo lo que de ellas se derive sea igualmente verdadero, ora porque el orador puede pretender engañar, ora porque debe tomarse en cuenta que no todas las oraciones son indicativas/denotativas y el derecho usa en gran medida las demás funciones del lenguaje, destacándose especialmente la función performativa del lenguaje.

El ejemplo paradigmático son los casos Gettier, donde se pone en duda la concepción del conocimiento a través de ejemplos lógicos de creencias verdaderas justificadas que sin embargo, no resultan en conocimiento, Además de los casos Gettier, la lógica se queda corta al tratar funciones del lenguaje distintas a la denotativa, cómo es el caso de la función performativa del lenguaje, pues lo que se hace con ésta no es susceptible de ser calificado como verdadero o como falso, sino

que debe ser denominado como afortunado o infortunado, si seguimos la teoría de Austin.

Adicional a lo anterior, durante siglos los filósofos han considerado que la única manera de utilizar la lógica es en los juicios deductivos, es decir, aquellos en los cuales las formas, métodos o principios de los razonamientos están establecidos de tal manera que por ellos mismos, cualquier cosa que se consigne como premisas transferirán necesariamente, es decir en todos los mundos posibles, su valor de verdad a las conclusiones. Precisamente por garantizar que si las premisas son verdaderas las conclusiones lo serán, ha sido una de las herramientas predilectas para la filosofía y la ciencia; no obstante, otros filósofos han reconocido que es menester ampliar la concepción de la lógica, como es el caso de Hume quien pretendió justificar inferencias inductivas a través del psicologismo y Charles Sanders Peirce, quien desde el siglo XIX intentó ampliar la concepción de la lógica hablando de “*Logica utens*” y “*Logica docents*” las cuales básicamente hacen referencia a la lógica que tenemos naturalmente por ser miembros de la especie humana y la lógica que hacemos explícita y aprendemos a través de la repetición de fórmulas, concibiendo además que la lógica está compuesta por tres tipos de juicios: abductivos, deductivos e inductivos.

Sin lugar a dudas, la lógica ocupa un lugar importante en el derecho, el hombre es un ser que se rige por leyes lógicas; pero la argumentación no se puede agotar en el mero ejercicio lógico, ni a través del silogismo jurídico pueden resolverse todos los casos judiciales ni tampoco a través del análisis lógico de los enunciados se podrá cumplir con los requisitos de razonabilidad que se exige en el ejercicio práctico del derecho. Un ejemplo del rescate del silogismo jurídico en la contemporaneidad podría encontrarse en Kelsen:

El silogismo jurídico fue concebido por Kelsen en términos puramente dinámicos, es decir, como una inferencia en virtud de la cual "la vigencia de la norma individual", que tiene como condición necesaria y suficiente al acto normativo que la produce, "debe ser consecuencia lógica de la vigencia de la norma general y de la verdad del enunciado" acerca del hecho objeto de juicio. (Ferrajoli, 2018).

La lógica al igual que la matemática, se ocupa de la racionalidad en su sentido más puro, entendiéndose como verdades analíticas, es decir como verdaderas en todos los mundos posibles, pero la argumentación se preocupa más por la razonabilidad, pues ésta se ocupa de aquello que no puede ser evaluado a través de un método científico, sino de aquello que necesariamente debe encontrarse a través de la discusión entre seres pensantes dispuestos a entender al otro, es decir, se ocupa de aquello que es considerado como un juicio respecto a lo preferible, aquello que la razón del hombre considera más loable.

## **CAPÍTULO II**

### **Clases de argumentos ( Inducción, deducción y abducción)**

El argumento es asimilado con el razonamiento, entonces pues, estos consisten en un proceso (ya sea mental o espiritual como se definía antiguamente) en el que se parte de una serie de conocimientos previos -que están consignados en proposiciones- para llegar a nuevos conocimientos -consignados en una o varias conclusiones-, la particularidad de una proposición, es que sólo lo es, aquel enunciado bien construido desde la sintaxis y la gramática, siendo susceptible además de ser catalogado como verdadero o falso, es decir, confrontable con el mundo empírico.

Se suele hablar de dos clases de argumentos, el primero es llamado deductivo, y el segundo inductivo. Se suele hablar de ellos, en palabras de Irving Copi y Carl Cohen:

Un argumento deductivo es aquel que establece que su conclusión se sigue de sus premisas con absoluta necesidad, esta necesidad no es cuestión de grado y no depende de ninguna manera de cualquier otra cosa que sea el caso. En agudo contraste, un argumento inductivo es aquel que establece que su conclusión, se sigue de las premisas sólo con cierta probabilidad, es probabilidad es cuestión de grado y depende de cualquier otra cosa que sea el caso (Copi & Cohen, 2013)

Los argumentos deductivos, se caracterizan por su necesidad, es decir, que el valor de verdad de las premisas, es llevado a su conclusión, suelen decirse de ellos que son verdaderos en todos los mundos posibles. Es por esta estructura, que es necesario hacer una división en los argumentos deductivos, y es que se dividen en argumentos deductivos válidos y argumentos deductivos inválidos, esto según si se acomodan o no a la estructura adecuada.

Un modo clásico de entender la validez, es a través de una de sus definiciones más intuitivas, y es que se considera un argumento inválido sólo cuando sus premisas

son verdaderas y su conclusión es falsa, y es que su definición nos habla de la necesidad que existe, de que la conclusión sea verdadera, si las premisas lo son dado que en un argumento con estructura deductiva, las premisas siempre transferirán su valor de verdad a sus conclusiones; es decir, un argumento será inválido si sus premisas siendo verdaderas son seguidas por una conclusión falsa, siendo entonces, todo caso distinto a éste, válido. Se debe tener en cuenta que esta definición resulta un poco problemática, y es que se podría dar el caso, de un argumento cuyas premisas y conclusión sean verdaderas, pero que resulte ser inválido en virtud de su forma; es por esto que existen otros medios para corroborar la validez.

Los argumentos que son deductivos válidos, a su vez, se dividen en dos clases más: sólidos y no sólidos, siendo los primeros, aquellos cuyas premisas y conclusión son verdaderas, y los segundos aquellos que tienen premisas falsas y conclusión, ya sea falsa o verdadera. Los argumentos más útiles, siempre serán aquellos que sean sólidos. Como ya se había mencionado, la verdad tendrá que ver con si al momento de confrontar lo dicho con el mundo, tales dichos se acomodan con el mundo.

De los argumentos inductivos, se pregona su fuerza o probabilidad, y resultan ser los más utilizados tanto en la vida cotidiana como en el discurso de las ciencias sociales, pero también son los más inseguros, y es que de ellos no se puede pregonar seguramente verdad. De ellos nos dice Luis Fernando Bedoya:

Como los argumentos inductivos no tienen una estructura lógica que garantice que si las premisas son verdaderas la conclusión será siempre verdadera, no basta con enunciar premisas y conclusiones, sino que, además, es necesario analizar cómo se da el paso de las premisas a la conclusión (Bedoya Sierra, 2007) .

Adicionalmente, existe un tercer tipo de argumento, denominado abductivo o hipótesis, del cual ya se ha hecho mención, del cual podemos decir en palabras de Peirce que consiste en:

Una hipótesis es realmente la subsunción de un caso bajo una clase y no la negación de ella, con la salvedad de que negar una subsunción bajo una clase es admitir una subsunción bajo otra. Cuando adoptamos cierta hipótesis, no es únicamente porque explique los hechos observados, sino también porque la hipótesis contraria llevaría probablemente a resultados contrarios a los observados. Cuando encontramos alguna circunstancia muy curiosa, que se explicaría por la suposición de que fuera un caso de cierta regla general, y en consecuencia adoptamos esa suposición. O, cuando constatamos que en ciertos aspectos dos objetos guardan una marcada semejanza, e inferimos que se asemejan entre sí notablemente en otros aspectos (Peirce, 1878)

Es la abducción el argumento lógico más libre de todos y por tanto, el más falible pero el que más logra ampliar el conocimiento de quien lo formule en caso de que pueda ser verificado.

### **Sobre la argumentación y sus principales teorías**

La argumentación suele ser definida como una ciencia a la que le atañe el poder de persuasión que puede lograr una serie de argumentos que se dan valor

(fortaleza) entre sí, a su vez cada uno de estos argumentos, está formado por una serie de proposiciones, que funcionan como premisas y conclusión o conclusiones.

Respecto al poder de adhesión de cada razonamiento, hay diversas reglas para determinarlo, según al autor al que se refiera. Pero a grandes rasgos, se puede pensar, que importa mucho el tipo de argumento que se utilice en la argumentación determinada y el tipo de contexto en que sea usado.

Otros conceptos importantes que tener en cuenta, para entender *grosso modo* qué es la argumentación, son los de auditorio y razonabilidad. El primero, auditorio, es tratado por Chaim Perelman, y es definido como: hacia quien va dirigida la argumentación con fin de persuadirlo, y es dividido entre auditorio particular y auditorio universal, según si lo que se está diciendo, va dirigido a un grupo limitado de hombres o hacia todos los hombres razonables. A su vez, la razonabilidad se entiende, como una gemela de la racionalidad, pero no tan fría e impersonal, sino como el tipo de comprensión que debemos tener hacia los fenómenos no susceptibles de ser tratados desde la lógica pura, la matemática o demás ciencias “duras”.

La argumentación -como nos refiere Adolfo León Gómez en sus lecciones sobre argumentación- surge después de la Segunda Guerra Mundial como respuesta a la racionalidad extrema, que había desembocado en terribles atropellos hacia la humanidad. Surge en un momento, donde el sentido de las ciencias estaba dominado por un sentido lógico, donde lo único de lo que se podía hablar con certeza, era aquello que podía ser experimentado y demostrado, y todo lo que no podía englobarse en esto, era desechado como “trascendental”, que si bien no era una categoría peyorativa, significaba que todo lo que pudiéramos decir de esto, era inútil, y bien nos valdría para entender esta idea, dos aforismos del primer Wittgenstein: “6.421 Es



claro que la ética no se puede expresar. La ética es trascendental. (Ética y estética son lo mismo.)” y “7 De lo que no se puede hablar hay que callar.” (Wittgenstein, Tractatus lógico - philosophicus, 2009)

Dicho de otro modo, la argumentación surge en el marco de un período histórico en el cual se entendía que tanto el lenguaje como la ciencia, debían ser normativizado, en un sentido filosófico -es decir, crear reglas para su creación y uso-, debía poderse dar cuenta de las condiciones necesarias y suficientes para hacer ciencia o para que un lenguaje pudiera ser usado por una determinada ciencia. En este afán normativizador motivado por el círculo de Viena -también llamado positivismo lógico- se buscaba lograr que la ciencia fuera una empresa social, en pos del desarrollo humano: una ciencia para el bienestar humano; para poder lograr el desarrollo científico, se requería además un lenguaje distinto al mero lenguaje natural, pues éste resultaba ambiguo, por lo que se propuso el desarrollo de lenguajes protocolares que interactúan a través de conectores lógicos y que garantizan univocidad.

Pero esto no duraría mucho, y es que existían muchos problemas que no pueden ser resueltos por medio del análisis lógico o del cálculo matemático, como es el caso citado anteriormente de la ética. Así mismo, la justicia por ejemplo, que resultó ser un motivo de desasosiego durante el siglo XX, y es que un análisis lógico de la ley y una aplicación sistemática, no asegura la justicia, esto motivó a un filósofo como Perelman para buscar otro modo de resolver problemas de valores. Perelman, hacía parte de una serie de lógicos “disidentes” originarios de Polonia, que no estaban convencidos con la estrechez metodológica del círculo de Viena y de los lógicos anglosajones.

La nueva propuesta de Perelman, era además una propuesta bien vista por otros filósofos, que ya por su parte estaban proponiendo cosas similares, y es que podemos pensar en un logicista por excelencia, Karl Popper, quien nos dice en “Utopía y Violencia” que el hombre debe ser razonable, y estar dispuesto a ser persuadido por los otros, sin dejarse engañar para creer en utopías, puesto que éstas siempre desembocan en violencia. Perelman por su parte, también nos habla del hombre razonable, como aquel que está abierto a otras posturas, y que permite que lo persuade el argumento más que su emisor; estas mismas posiciones se pueden encontrar en otras corrientes filosóficas más disímiles, como la hermenéutica filosófica, donde Gadamer habla de la necesidad de que los hombres estén libres de prejuicios para poder entender a los otros, aún cuando sus cargas existenciales siempre los estén condicionando para entender el mundo y esto se logra a través de un esfuerzo consciente de la razón por situarse el otro; este mismo sentido se encuentra en la esencia de la alteridad, ya que desde su primer planteamiento por parte de Hegel, se entendió como la posibilidad de situarse con el otro y de reconocer al otro como un igual y al reconocer al otro como un igual, se reconoce uno mismo como un ser digno.

Si bien la argumentación va dirigida a todas las esferas del conocimiento humano, encuentra su mayor esplendor en el uso que se le da en ámbitos jurídicos, y es por esto que, al empezar Perelman su teoría, se vale de lo que ya encontraba en el ejercicio judicial.

El principal responsable de importar las doctrinas de la argumentación a Colombia, fue el profesor Adolfo León Gómez, quien realizó sus estudios de doctorado en Bélgica, en la Universite Catholique De Louvain, donde tuvo un acercamiento con las obras publicadas de Perelman. Al regresar a Colombia, tradujo

muchas de las obras de Chaim Perelman y éstas empezaron a ser trabajadas especialmente en la facultad de derecho de la universidad del valle

A lo largo de los años, la concepción dentro del derecho de lo que se buscaba con la argumentación fue cambiando, y es que se modificó sustancialmente la finalidad de argumentar dentro de un proceso judicial: se pasó de querer provocar un convencimiento profundo en el juez que lo llevará a decidir, a una obligación de su parte de evaluar los argumentos del mejor modo posible, para decidir conforme a ellos y a una serie de pautas adicionales tales como las reglas de la ciencia, de la experiencia, y de la lógica en un sentido más estricto.

Quizá la primera herramienta de la argumentación que se debe tratar aplicada al derecho deba ser la lógica, por su tamaño e importancia: debemos tener en cuenta que la lógica al ser una ciencia tan amplia se presta para muchas aplicaciones, por lo cual hoy en día podemos hablar de lógica formal, lógica informal, lógica natural, lógica matemática, entre otras. En esta ocasión quisiéramos profundizar en la lógica aplicada a una ciencia en particular: El derecho.

Existen diversos tipos de pensamientos con respecto a la lógica. Teóricos como Luis Recasens Siches sostienen que la aplicación de ésta no es necesaria ni para el conocimiento ni para la aplicación de la norma jurídica, pues afirma que ésta conduce a resultados disparatados, irritantes e injustos (Peidró Pastor, 1966). Por otro lado, nuestra posición diverge de ésta, defendiendo la importancia de la lógica en el derecho, y cómo es a través de ella y las demás herramientas de la argumentación, se logran resultados justos y adecuados.

El derecho es una ciencia que sin duda alguna presenta un grado de complejidad alto, iniciando por la distinción entre el ser y el deber ser y la polémica discusión entre la relación del derecho y la moral.

Por todo esto, resulta realmente difícil que no se haga uso de la lógica en el campo judicial. Comencemos analizando el Derecho como una ciencia que representa cosas intangibles para las cuales no existe un referente en el mundo, por lo cual se puede decir que el Derecho es una construcción social. Ahí radica su grado de complejidad, ya que los hechos no son ni verdaderos ni falsos, lo son las proposiciones (contenidos, pensamientos, significados) e interpretaciones que le damos a esos hechos más no el hecho en sí mismo. Si tenemos en cuenta la definición de lógica dada inicialmente, sería “teóricamente” imposible realizar una interpretación de proposiciones jurídicas sin hacer uso de la lógica, por ejemplo, una proposición es verdadera si ésta cumple con los requisitos de coherencia que permitan encontrar la esencia y el sentido de la norma.

Ahora bien, lo que se pretende aquí no es llegar a extremos, es más bien analizar diversas perspectivas a través de pensamientos de varios teóricos para que el lector también pueda tener una visión más amplia que le permita establecer un criterio propio acerca del grado de importancia que pueda tener la lógica en el campo que estamos analizando: El Derecho.

Por ejemplo, si seguimos a Carlos Alberto Agudelo

este mundo jurídico no hace parte de la razón teórica que explica el mundo empírico, sino que el mundo de las normas lo explicamos con el mundo de la razón práctica y es razonable que Pedro no sea castigado por muchas razones, es decir, o fue en legítima defensa, o en estado de necesidad, o aún peor, el juez no lo condena por un capricho, por un soborno, etc (...) En el plano de la razón práctica entendemos que el derecho no es lógica (Agudelo, 2008)

Es entonces cuando debemos tener una visión más amplia acerca de la lógica y su complementariedad con la teoría de la argumentación para determinar la importancia de ambas en la aplicación del Derecho, toda vez que también es necesario que las personas implicadas asuman una posición crítica y recurran a la argumentación para justificar las premisas por medio de datos, valores y supuestos y no reduzcan su actividad al silogismo en sentido estricto.

El uso únicamente del silogismo jurídico se quedaría corto aplicado en una sentencia judicial, esto toda vez que se pueden presentar dos objeciones a una reducción a la lógica formal del ejercicio judicial, el primero siendo que es imposible que la mayoría de casos del mundo práctico se comporten como un silogismo aristotélico perfecto con premisa mayor (entendida como norma) y premisa menor (entendida como caso concreto que se subsuma en todos los supuestos de hecho contemplados en la premisa mayor de manera clara), defender a pesar de esto el silogismo jurídico a ultranza, encuentra problemas en cuanto incluso la lógica formal aristotélica ha sido reemplazada por herramientas lógicas mucho más potentes, lo que lleva a la segunda objeción, y es que aún realizándose la toma de decisiones por medio de un aparato lógico como la teoría de conjuntos, la lógica modal o la lógica deontológica, habría un elemento de razonabilidad imposible de formalizar,

Sólo así se puede lograr una mayor claridad en los discursos, ya que esto permite a los que ejercen la función judicial tener una percepción imparcial de los hechos eliminando incoherencias, inconsistencias, contradicciones y contrariedades.

Cabe anotar además, que en el derecho no todo lo moralmente aceptado es norma, para que sea una norma válida debe ser una norma razonable, lógica y aparentemente justa. Por otro lado, cuando una norma es clara pero trae consecuencias o resultados absurdos, el juez debe apartarse de la norma ya que ésta está limitada por

una interpretación acorde con los principios constitucionales que se supone deben ser lógicos y axiomáticos, es así como se añade nueva jurisprudencia y se logra integrar el ordenamiento jurídico.

La argumentación entonces, aparece como elemento base en la aplicación del Derecho, partiendo del discurso como conducto eficaz para persuadir en cualquiera de los casos que se le puedan presentar al juez, sin embargo esta es una tarea ardua de desempeñar.

Los jueces entonces cada vez se vuelven más formalistas y prefieren ir conforme al principio de legalidad en sentido estricto para agilizar sus decisiones pues ya están sustentadas en la ley; esto no les representan mayor grado de exigencia, produciéndose así la mecanización del Derecho a tal punto de que las decisiones de los fallos se hacen demasiado predecibles; el operador judicial, ora busca forzar las analogías buscando similitudes sustanciales en casos aún disímiles ora forzando el silogismo jurídico, aún en casos no claros. Los jueces en su función ya no están dispuestos a interpretar y analizar a fondo cada caso, por el contrario, prefieren fallar arbitrariamente para cumplir con los resultados que les exigen en el desempeño de su función. Un claro ejemplo de este problema se ve evidenciado en las sentencias de estado de cosas inconstitucionales lo cual es declarado por la Corte Constitucional cuando se genera una masiva vulneración de los derechos fundamentales, es decir, cuando se afecta a un número significativo de personas.

Es aquí, cuando empezamos a ver lo que numerosos legistas han denominado “la textura abierta del derecho”, la cuál expone que el lenguaje presenta vacíos y muchas veces es indeterminado. Esta situación se sale de las manos del legislador, ya que le es imposible prever absolutamente todas las posibilidades frente a un caso concreto puesto que los mismos casos también se perciben infinitos, por lo tanto, las

soluciones también son infinitas; en palabras del filósofo Alfred Jules Ayer, “no podemos reducir el lenguaje a las limitaciones infinitas”.(Magee, 1982)

Ahora bien, como consecuencia de esta textura abierta aparece lo que se ha denominado la “Discrecionalidad Judicial” como

*teoría de la argumentación jurídica para que los jueces tomen decisiones razonables en aras de la defensa de los intereses generales y particulares cuando el legislador no lo hace de manera clara con la ley, entonces la teoría debe ser aceptada; pero si solo confirmamos la ley como aquello que establece el legislador muchas veces de manera arbitraria, esto implicaría la insostenibilidad de la teoría. (Agudelo, 2008)*

Esta teoría entonces, se opone al formalismo, ya que en palabras de Agudelo, añade al silogismo norma-caso-sentencia, la interpretación razonable.

*El juez debe apartarse de la norma, justificando por qué la premisa mayor –la ley– no reúne los requisitos de validez y de legitimidad. Y así encontramos de manera semejante muchas normas que uno considera ridículas y que el juez las obedece porque son la razón de ser del derecho (Agudelo, 2008)*

Frente a esta crisis de argumentación, es necesario que la academia tome el control pues realmente allí es donde se engendran las bases del derecho futuro, entonces es preciso que desde la formación de los futuros abogados se comience a enseñar, no simplemente a aplicar la ley sentido estricto pues finalmente para esto no se necesita tener un título sino sólo saber leer.

Lo realmente importante es enseñar cómo ejercer el oficio de dicha profesión, cómo llevar a la práctica los conocimientos obtenidos, como lograr argumentar de una forma clara, concisa y precisa para que dichos argumentos presenten tal solidez que no aparezca en los tribunales ninguna forma de agresión verbal la cual es propia de

quienes tienen un discurso mal preparado; se hace necesario que les enseñen valores humanos que dignifique la actividad jurídica que bastante estigmatizada ya está para que recupere su carácter noble y digno.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta indispensable el uso del conocimiento o uso técnico de las normas jurídicas y no el conocimiento teórico de las mismas, el cual se da en las facultades de derecho. El primero mencionado se enfoca en los medios idóneos para alcanzar determinado fin, en el resultado, en los medios para ganarle al adversario en el caso de los abogados defensores.

### **¿Cómo debe decidir el juez?**

Al ser el derecho una disciplina con un amplio campo de acción, al juez se le pueden presentar una infinidad de soluciones que pueden conducir a la consecución del resultado, también puede que no encuentre solución alguna para ese resultado y deba sugerir resultados alternativos o deba cambiar el supuesto de hecho inicial para alcanzar un resultado que aun así siga siendo deseable.

Antes de llegar a una solución “definitiva”, el juez primero debe establecer una solución provisional a forma de prueba, ensayo, debe contextualizar de tal forma a las partes para que éstas tengan la capacidad de saber con claridad a lo que quiere llegar, debe formarse un mapa conceptual lo suficientemente amplio para conectar conceptos y situaciones que le permitan realizarse una visión propia e independiente de los hechos, debe reconstruir la situación y esto sólo se logra mediante el contacto directo con las fuentes de información confiables diferentes a las aportadas por las partes, ya que sus versiones pueden estar viciadas o pueden estar omitiendo datos. Deben entonces asumir su rol yendo a la práctica, solicitando pruebas de oficio para finalmente buscar las alternativas más adecuadas para su solución.



Una vez obtenidos todos los insumos necesarios, se hace posible que en el juicio el discurso presente argumentos sólidos respaldados por pruebas contundentes que pretendan atrapar la verdad, además dichos argumentos deben estar contextualizados con el tipo de tribunal, el tipo de resultado que se va a comunicar, las características de las partes, entre otras.

Cabe aclarar que aunque en la argumentación no existen unas reglas preestablecidas pues esta varía dependiendo del caso a tratar, existen algunos presupuestos que hacen más fácil el proceso de elaboración del discurso y con ello de los argumentos que le darán sustento.

Algunos teóricos como (Perelman,1997) atribuyen gran importancia a la necesidad de que el orador (en este caso el abogado) sea escuchado por el tribunal, juez (auditorio) , de lo contrario su discurso será nulo, esto lo puede hacer mediante la demostración, en donde la validez no es discutible sino evidente, es decir, haciendo énfasis en los puntos críticos del asunto, presentando pruebas contundentes que logren captar la atención del juez correspondiente y lo motiven a ir más allá, a analizar, a interpretar el caso concreto. Otro aspecto es la importancia de ser breves y concisos ya que la argumentación tiene límites con respecto a la duración del juicio, he ahí la importancia de establecer una jerarquía en orden descendente de los argumentos más importantes a los subsidiarios o complementarios y partiendo siempre de lo complejo a lo simple. Además es indispensable atacar los propios argumentos para darles fuerza, es decir, ponerse en el lugar del adversario y del juez realizando hipótesis sobre cómo podrían contra argumentar para conocer las debilidades del argumento y reforzarlo, no ceder ante aspectos sobre los que estamos seguros, que la solución a la que se pretende llegar esté apoyada por normas claras, que esté apoyada en lo ya

establecido y si no es así argumentar por qué esas reglas no se refieren al caso particular que se trata.

Cabe recalcar que el ejercicio del derecho no sólo depende del establecimiento de instituciones, normas, conceptos y categorías, sino que va mucho más allá, comprende un aspecto subjetivo y crítico en el cual radica la complejidad de dicha ciencia y bajo el cual tanto la academia como los estudiantes de derecho y abogados en ejercicio tienen una gran responsabilidad en una sociedad permeada por la colisión de intereses, donde la inestabilidad jurídica y la lucha por el poder están provocando la pulverización de la ley, una sociedad con sed de justicia en la cual se revivan y se vivencien los valores y principios constitucionales de manera transparente y real.

No nos es posible imaginar el Derecho sin lógica, siempre se utiliza la inducción o la abducción partiendo de un caso o hecho jurídico particular para crear doctrina y jurisprudencia nueva que se pueda aplicar de forma general, cuando se aplica la analogía en un caso lo que se busca es realizar conexiones lógicas con casos semejantes para poder llegar a una conclusión; o cuando hablamos de la unidad de materia en el derecho en la cual todos los artículos de una ley deben tener el mismo sentido o cuando los jueces de menor rango tienen que fallar de acuerdo a los fallos de los jueces de mayor rango siguiendo una estructura jerárquica y organizada de distribución del poder; también cuando se debe realizar un test de proporcionalidad para analizar en una sentencia o en un caso en el cual un principio tiene mayor grado de importancia, o cuando se exige que las tutelas cumplan con los requisitos de certeza, especificidad, coherencia, claridad y conexidad para que no sea declarado un fallo inhibitorio.

Para que una proposición sea verdadera debe corresponder con los hechos, de lo contrario es falsa, cuando los principios no son explícitos en las normas, se utiliza

el método lógico inductivo vía legal o jurisprudencial para su solución. Incluso si se quiere hablar desde la normatividad, el artículo 1 de la LEY 153/1887 de Colombia nos dice que cuando haya incongruencia o contradicción entre las leyes es posible entender otra cosa, interpretar y darle otro sentido si se muestra una buena carga argumentativa que se debe dar a través de un buen uso de la lógica complementada con la interpretación razonable.

El problema realmente radica es en el uso que se le da a la lógica, ya que no se debe hacer uso restringido de ésta, tal como lo hace el formalismo, porque en el Derecho esto en la práctica tiene consecuencias nefastas ya que si bien ésta hace parte del derecho formal permitiendo el cumplimiento de los derechos y la aplicación de los mismos, no se debe olvidar esa parte del derecho sustancial en la cual se encuentran los principios y valores para que ambos elementos converjan y hagan y legitimen la actividad del Estado.

Finalmente queremos resaltar que la lógica no sólo le da importancia a lo verdadero o falso sino también a la validez y coherencia de los hechos y los argumentos para crear las premisas que posteriormente llevan a una conclusión que se materializa en una solución eficiente y eficaz del caso concreto; es por ello que su aplicación sí es vital y concordamos en este aspecto con la idea de Hermann al exponer que “ el pensar crea la base del ser y no hay más ser que el lógico. Las cosas no son dadas sino propuestas” y con Cossio quien dijo que “La ley tiene que ser interpretada cada vez que se la aplica, por claro que sea su texto y por terminante que sea su contenido" (Peidró Pastor, 1966).

Ahora bien, debemos decir que desde Perelman debe argumentarse conforme a principios y valores, sin pretender la existencia de valores universales para todos los

auditorios so pena de caer en una petición de principio, entendida como falacia argumentativa, la cual puede definirse de la siguiente manera:

Cuando quien en su argumentación no se preocupa de la adhesión del auditorio a las premisas de su discurso. Es un error lógico, no es un error de demostración, pues ella no se refiere a la verdad o falsedad de las proposiciones que constituyen el razonamiento. Afirmación : “ Si p, entonces p” que dice una proposición se implica a sí misma, es no solamente verdadera sino que es una ley lógica fundamental, es el principio de identidad. En argumentación: Obtener argumentando a favor de ella, la adhesión a la tesis p, por consiguiente no puede presentarse como una tesis ya aceptada por los auditores. (Perelman, 1997)

Por supuesto, cuando se trata de un auditorio de especialistas - que es un subtipo de los auditorios universales- se parte de supuestos comunes, puesto que se estima que existen ciertos paradigmas compartidos; por lo que la argumentación judicial se dará en un marco común de creencias, es decir, el abogado argumentará ante el juez partiendo de que ambos conciben de modo al menos en parte similar, los principios y leyes que rigen su actuar, siendo quizá aún más claros los supuestos de fondo que en cualquier otra disciplina, pues se estima que en gran medida, estos se encuentran positivizados o en el peor de los casos están depurados por la doctrina o se encuentran en este proceso.

El juez a su vez, para motivar sus sentencias no deberá explicitar el marco común de creencias, pues las mismas se estima son compartidas por el auditorio de especialistas; el juez en su argumentación no deberá remontarse en la historia de los conceptos o en los alcances históricos, no porque estos carezcan de importancia sino

porque estos ya son compartidos por su auditorio. Recoger la herramienta de reconocer el auditorio es crucial para una correcta motivación judicial.

De la filosofía del pragmatismo, podemos rescatar lo enunciado por Austin respecto a la función performativa del lenguaje, la cual es una función creadora pues sostiene que a través del discurso se crea la realidad, una realidad de hechos institucionales, los cuales son el insumo de la vida social humana, estos actos performativos están sometidos a determinadas reglas de constitución, las cuales son enunciadas por Austin y fueron recuperadas en el primer capítulo del presente trabajo, pero que valga resaltar algunos de sus elementos para que el acto sea afortunado, como lo son que quien realiza el acto performativo esté validado para realizarlo y siga el procedimiento adecuado previsto para el mismo.

Estos elementos deben ser siempre examinados al principio de cualquier actuación judicial, y en efecto se realiza, al verificar la jurisdicción, competencia y que no existan impedimentos que lo obliguen a recusarse, además de seguir todos los pasos previstos por la ley para que sus actuaciones surtan verdaderos efectos en el mundo, es decir para que sea un verdadero acto performativo.

Hay una exigencia más para poder declarar un acto performativo como afortunado y que parece ser crucial al momento de revisar la motivación de una sentencia judicial y éste es la sinceridad con la que se ejecuta el acto y que la ejecución del mismo sea acorde a la sinceridad respecto al acto, es decir, que la materialización del estado mental no se vea truncada al momento de ser expresada lingüísticamente. Se debe entender además, que la motivación de una sentencia judicial es un juego especial del lenguaje en los términos del Wittgenstein de las investigaciones filosóficas, así mismo como lo es el lenguaje jurídico en su sentido general.

Una verdadera convicción judicial exige que el juez actúe sinceramente respecto a su análisis probatorio y a las razones que esgrime para dar sus decisiones, por lo que cumplir con este requisito conlleva un verdadero nivel de persuasión en el juez. Un ejemplo siempre recurrente para expresar cómo funciona un performativo es la promesa, pero a este análisis debe agregarse que la promesa es algo más complejo que una manifestación de voluntad de una persona, sino que ésta tiene una connotación dentro del mundo jurídico.

La función performativa es un tipo entre muchos de juegos del lenguaje, y tiene verdadera importancia en el mundo jurídico, más que en otros campos de juego; y como ya se dijo, en el derecho se puede evidenciar muy fácilmente, ya que, verbigracia las acciones judiciales logran transformar el mundo institucional de manera más llamativa: casar no es un acto religioso sino un acto del derecho civil; declarar como muerto a alguien lo es también del derecho civil y condenar a una pena de prisión a alguien, sin duda no se objetará que pertenece al ámbito del derecho penal; también lo es suscribir contratos y en general cualquier modificación que tenga nuestro estado civil, nacionalidad, nombre, patrimonio, domicilio.

Retomando el ejemplo de la promesa, ésta ha estado presente desde las primeras concepciones del derecho, podemos pensar en un ejemplo concreto entregado por el pragmatista (Olivecrona 2007), el cual rescata la institución de la “*stipulatio*” del derecho romano, la cual consistía básicamente en una promesa, pero la cual se constituía a través de un ritual muy concreto, donde el deudor debía pronunciar una fórmula verbal para que se instituyera su obligación frente al acreedor, es decir, era un acto performativo bien estudiado por juristas, que se ha mantenido a lo largo de toda la tradición jurídica de occidente.

La gran diferencia entre la concepción de los juristas sobre estas maneras de transformar el mundo de las obligaciones con palabras con la actual función performativa, es que antiguamente esto se explicaba de una manera metafísica o mítica, pues se creía que realmente las palabras tenían un poder que obligaba al cumplimiento, pero tales manifestaciones, de las cuales se pueden recoger muchos ejemplos de otras instituciones jurídicas, cumplen con los requerimientos para ser actos de habla afortunados, de hecho, es altamente probable que haya sido a través del análisis de estos procedimientos jurídicos que Austin haya formulado su teoría de los actos afortunados e infortunados, especialmente de las instituciones del derecho civil para la realización de contratos.

### **CAPÍTULO III**

#### **Aplicaciones en Colombia**

#### **Ley 153 de 1887, analogía, precedente, doctrina y argumentación**

Para entender el marco en el cual los jueces deben motivar sus sentencias judiciales, es importante entender un poco del contexto jurídico implicado en la justificación de las decisiones judiciales a través de las leyes de interpretación y aplicación normativa, para esto es menester hablar de la ley 153 de 1887 por la cual se resuelven los posibles conflictos entre normas/leyes. Dada su importancia, la ley referida, ha tenido varias demandas de inconstitucionalidad, resaltó las realizadas contra los artículos 4, 8 y 13 de la norma, motivo por el cual la Corte ha tenido que examinar las disposiciones y argumentar su posición en sentencias como la C -

224/1994, C – 284/2015, C – 820/2015, entre otras. Asunto sobre el cual entraremos en materia.

Empecemos mencionando que el artículo 48 de la ley 153 de 1887 impone la obligación al juez de fallar, de tomar una decisión, de pronunciarse acerca del asunto objeto de litigio, así: Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia. (Colombia, 1887)

Por lo tanto y teniendo en cuenta que el derecho es una construcción lingüística, es decir un discurso, sobre el cual el legislador (humano) no tiene la facultad o poder para prever todas las posibles consecuencias jurídicas que puedan presentarse, ya que las mismas pueden ser infinitas; nos podemos hallar pues, frente a problemas como: vacíos normativos, la textura abierta del derecho, los “casos difíciles” siguiendo la línea de Atienza expuesta por (Agudelo, 2008) y en general frente a aquellas situaciones en las que no existe norma aplicable al caso concreto o esta resulta insuficiente, contradictoria, abiertamente contraria a principios o existe la norma pero la misma no es clara, puede darse el caso igualmente de que dicho asunto no haya sido regulado o las normas presentan incongruencia abriendo la posibilidad de entender otra cosa, darle otro sentido.

Es entonces, cuando nos acercamos a conceptos como justicia, equidad, jurisprudencia, discrecionalidad judicial, analogía, precedente, doctrina, costumbre y principios generales del derecho como posibles herramientas que permitan la decisión y respalden la motivación de un juez en sus providencias; por supuesto, se debe entender que es a través de la argumentación que se puede justificar el uso de cualquiera de estas herramientas, presentándose una condición simbiótica, donde la



argumentación justifica principios para la toma de decisiones y estos principios permiten así mismo la argumentación.

Un buen parámetro para empezar a abortar estos conceptos es la sentencia C-284/2015 en la cual se demanda la inconstitucionalidad del artículo 8 y 13 de ley 153 de 1887, los cuales versan así:

Artículo 8. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Artículo 13.- La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva. (Colombia, 1887)

La Corte entonces, se pronuncia respecto a si este artículo fue o no derogado por el artículo 230 de la constitución política, el cual a su vez consigna:

ARTÍCULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (Constituyente, 1991)

El problema aquí, es el sentido que el demandante le otorga a la palabra, código o convención “ley”, ya que lo único que hace es subsumir dicho concepto a las normas expedidas por el órgano legislativo, esto es, el Congreso de la República. No se puede entonces, realizar tal análisis ya que en ese mismo orden de ideas se estaría desconociendo el principio de integración normativa y de colaboración armónica de poderes ya que el ordenamiento jurídico en su totalidad no es más que un cúmulo de disposiciones de diferentes índoles que son expedidas por diversas instituciones legales y gubernamentales como lo son los actos administrativos expedidos por el Consejo de Estado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y las resoluciones,

acuerdos y ordenanzas expedidos por los entes nacionales, departamentales y municipales, todas ellas pudiéndose considerar en un sentido amplio como ley en cuanto a su carácter coercitivo y regulador de las conductas en pro del bienestar de una sociedad.

Ahora bien, si seguimos a Carlos Cossio la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación, siguiendo lo expuesto por la sentencia C - 083 /1995 y en sus palabras: “más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces” (Cossio, como se citó en Corte Constitucional, 1995). Es por esta razón que quién tiene la calidad de juez no sólo tiene el deber de fallar sino también de buscar soluciones ante cualquier caso que pueda presentarse. La analogía entonces, *“Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes”* (Constitucional, 1995). Por lo tanto, resulta ser un criterio auxiliar no sólo viable sino también necesario primero porque *“halla su justificación en el Principio de igualdad, base a la vez de la justicia. Los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual”* (Constitucional, 1995), segundo, porque esto va en consonancia con el principio de seguridad jurídica y tercero, porque ayuda a “perfeccionar” los vacíos normativos ya que la analogía no es un acto completamente discrecional o arbitraria del juez, sino que, por el contrario requiere un gran ejercicio hermenéutico que de paso a una sentencia motivada no sólo haciendo pedagogía constitucional sino también clarificando el significado de la norma.

En este orden de ideas y siguiendo esta línea, es pertinente mencionar también la figura de “Extensión de jurisprudencia” contenida en el CPACA el el artículo 102 bajo la cual

Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. (Colombia, Ley 1437, 2011)

Esta figura es muy similar a la analogía, ya que lo que busca, es que el ciudadano ejerza su derecho de acción mediante una vía directa para reclamar la solución de su problema jurídico, todo esto como materialización clara y evidente del principio de igualdad.

Aunque para invocar la extensión de jurisprudencia se estipulan unos requisitos que se deben cumplir por parte de quien lo solicita, los beneficios son múltiples en relación con la integración normativa al permitir que las decisiones sean cada vez más uniformes creando así no sólo seguridad jurídica sino también una descongestión significativa en los despachos al no verse los jueces obligados a analizar de fondo un tema similar, casi idéntico sobre el cuál ya habían resuelto, facilitando la tarea argumentativa.

Sin embargo, valdría la pena preguntarse si tal vez esta figura se queda corta al consignar que para ser invocada debe tener su fundamento en decisiones tomadas en sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado, ya que al ser una vía directa con un mecanismo ágil y eficaz debería tener más alcance para así evitar desgastes innecesarios frente a temas con gran similitud tanto fáctica como jurídica. Así, el ciudadano, también podría buscar, argumentar y solicitar directamente que una decisión tomada con anterioridad sea aplicada en su caso por ser análogo al mismo sin necesidad de debates axiológicos sobre el alcance de los criterios auxiliares, porque encontraría su misma justificación en la ley, tal cual se evidencia

con la extensión de jurisprudencia, que a fin de cuentas no es más que la aplicación de la norma.

En consecuencia, los jueces podrían centrar su función en nuevos análisis, nuevos argumentos, nuevas soluciones sobre supuestos fácticos y jurídicos diferentes en un esfuerzo por seguir complementando y enriqueciendo el ordenamiento jurídico en esa eterna y ardua búsqueda de llenar vacíos y lagunas normativas que oscurecen y dificultan la aplicación de la ley.

Ahora bien, podemos pensar en un ejemplo de un tema nuevo que requiere ardua argumentación por parte de los jueces a la hora de motivar sus sentencias, como es el campo del derecho ambiental, por lo cual, como sentencia elegida de análisis, en la cual además se podrá mostrar la aplicación de las herramientas argumentativas, tenemos la sentencia de unificación 455 de 2020.

### **Análisis Sentencia SU 455 del 2020**

En este punto, resulta pertinente dar un poco de contexto del marco en el cual se presenta esta decisión judicial: en Colombia, en las últimas décadas, el derecho en materia ambiental ha tenido avances significativos, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de perfeccionar y establecer garantías constitucionales y legales en aras de buscar una real y efectiva protección al medio ambiente; estas garantías pretenden controlar, prevenir y reducir los altos índices de contaminación causados por las grandes industrias y en caso tal, castigar a quienes pasen por alto estas disposiciones. De allí nace el principio constitucional de *quien contamina paga* el cual busca que

“todo aquel responsable de un daño ambiental pague los costos de las medidas necesarias para su prevención, mitigación o reducción, y asuman la debida reparación, de ser el caso.” (...) “De acuerdo con el principio de *quien contamina paga*, las personas responsables de un daño ambiental consecutivo deben responder no solo por el daño ambiental sino también por el perjuicio individual causado a un sujeto en su patrimonio o en sus derechos.” (Sentencia SU 455/2020, Corte Constitucional).

De dicho principio, se deriva la responsabilidad civil por daño ambiental, sobre la cual se han fijado vía jurisprudencial las siguientes reglas:

1. Quien contamina, es decir, el responsable del daño, debe responder tanto por el daño ambiental como también por el perjuicio patrimonial o de derechos causados al individuo/comunidad.
2. Hay libertad probatoria para demostrar la materialización del daño.
3. No puede el juez aplicar una presunción en favor del agente contaminante.
4. No se requiere certeza sobre las consecuencias del hecho contaminante, tampoco se exige un nexo de causalidad entre el hecho generador del daño y las consecuencias del mismo; pero si se exigen ***“indicios suficientes y razonables fundamentados en el estado del conocimiento científico, que permitan llegar a una inferencia lógica sobre lo acontecido y, con ello, condenar a un determinado agente a resarcir integralmente el daño ambiental”*** (Negrita fuera del texto)
5. El principio de precaución en el derecho ambiental no solo comprende la prevención y adopción de medidas correctivas que mitiguen el

impacto ambiental sino también (Sentencia SU 455/2020, Corte Constitucional).

Valga la pena resaltar la regla cuarta para derivar la responsabilidad civil por daño ambiental, pues en ella lo que se exige es precisamente lo que se le pediría a un juez para motivar su sentencia judicial, si atendiéramos a algunas de las herramientas dadas por las teorías argumentativas trabajadas, los cuales enumeramos: primero la exigencia de un indicio, el cual puede ser entendido como un tipo de símbolo que se encuentra asociado de manera lógica amplia con un objeto y cuya conexión se da en virtud de una relación causal probable entre el índice y el objeto, quizá mostrando algunos ejemplos sea más fácil entenderlo:

Veo un hombre que camina balanceándose. Esa es una indicación probable de que es marinerero. Veo un hombre con las piernas arqueadas con pantalones de pana, polainas y chaqueta. Esas son indicaciones probables de que es un jinete o algo por el estilo. Un reloj de sol o un reloj normal indican la hora del día. (...) Un golpe en la puerta es un índice. Cualquier cosa que centra la atención es un índice. Cualquier cosa que nos sobresalta es un índice, en tanto que señala la unión entre dos porciones de la experiencia. De este modo una explosión tremenda indica que algo considerable sucede, aunque no sepamos exactamente cuál es el evento, pero puede esperarse que se conecte con alguna otra experiencia. (Peirce, 2005)

De esto podemos deducir, que lo solicitado por la Corte como indicio, debe tener una relación demostrable con el objeto que pretende reemplazar, pues ésta es

básicamente la función de un signo, mostrar cómo ante la presencia de determinado signo se puede inferir razonablemente la existencia del determinado objeto que lo causa.

Igualmente, debemos apuntar que al pedirse que el indicio sea suficiente, nos está solicitando mostrar que el indicio funge como condición suficiente para la existencia de la consecuencia, y que no se da una mera relación espuria entre ambos, entendiéndose pues como condición suficiente aquella que en caso de que la retirásemos de los supuestos de hecho, no se podría derivar racionalmente la ocurrencia verdadera de la consecuencia. Respecto a todas las implicaciones que trae la exigencia de la razonabilidad y respecto a en qué consiste una inferencia lógica, no diremos nada, puesto que fue explicado a profundidad en el primer capítulo.

Iniciemos entonces, por revisar aspectos importantes de la sentencia escogida, la cual es la SU-455 del 2020 de la Corte Constitucional, en la cual el accionante es una sociedad arrocera que explota y cultiva los lotes en los que se subdividió la hacienda la Palma, la cual administra. Los demandados son dos grandes fábricas de cemento que según los demandantes, desde 1970 han generado actos contaminantes que han afectado la hacienda la Palma “como consecuencia de las emisiones de sólidos de las chimeneas de la fábrica, transportados por vía eólica, alterando las características del suelo y disminuyendo la producción de arroz.”(Sentencia SU 455/2020, Corte Constitucional).

Primero, los accionantes interpusieron **acción popular** sobre la cual el **Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué** profirió sentencia declarando la responsabilidad de la fábrica de cemento por el daño ambiental ocasionado a la atmósfera y al ecosistema.

Después, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué** decidió en segunda instancia, confirmando la sentencia de primera instancia y además aseveró que el daño sí existe a través de una diligencia de inspección judicial, por lo que con base

en ésta, se tomó una decisión performativa por la cual se declaraba probado el daño ambiental, debido a que la inspección encontró que se emitían -a través de dos hornos- a la atmósfera partículas residuales de polvo, esto debido a que no existían los filtros protectores adecuados que impidieran su salida.

Sin embargo, las pretensiones de los accionantes si bien eran preventivas y de precaución contra un daño mayor, también buscaban que según el principio de derecho ambiental “*quien contamina paga*”, resarcir el daño causado a la empresa mediante una reparación económica por parte de las fábricas de cemento.

No era suficiente entonces la decisión tomada en segunda instancia que obtuvo la empresa arrocera con la acción popular ya que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué solo declaró el daño ambiental ocasionado por las cementeras y ordenó medidas preventivas.

En consecuencia, la sociedad arrocera inició un proceso ordinario para declarar la responsabilidad civil extracontractual de las dos cementeras, esto con el fin de buscar una indemnización por los perjuicios ocasionados, así : “(i) menores rendimientos; (ii) aumento en los costos de producción; (iii) perjuicios futuros; (iv) desvalorización de los predios, y (v) lucro cesante de tierra arrocera no cultivada.” (Sentencia SU 455/2020, Corte Constitucional).

Mediante Sentencia, el **Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué**, ordenó a las cementeras pagar a las demandantes la suma de \$19.849.467.821 por concepto de los perjuicios patrimoniales causados, sin embargo, dicha sentencia fue apelada por ambas partes y fue entonces, cuando la **Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué**, en segunda instancia, revocó el fallo de primera instancia y negó las pretensiones de los accionantes al determinar que “no había elementos de



juicio inequívocos que demostraran la cuantificación del daño”. (Sentencia SU 455/2020, Corte Constitucional).

Antes de continuar con el análisis de la sentencia en cuestión, es preciso mencionar que en Colombia existen recursos ordinarios tales como reposición, apelación, súplica y queja, los cuales se interponen cuando el proceso aún está en curso; por otro lado, están los recursos extraordinarios los cuales se interponen en contra de una sentencia que se encuentra en firme y contra la cual no cabe ningún tipo de recurso ordinario, estos últimos son la revisión y casación.

No teniendo otra opción, la sociedad arrocera interpuso entonces recurso extraordinario de casación. Los cargos se resumen así:

### Cargo 1.

Cargo accionantes	Respuesta sala de casación Civil Corte Suprema de Justicia
<p><i>1. La contabilidad como única prueba.</i> Error de derecho, debido a que se exigió una <b>prueba especial que la ley no requiere para la justificación de un hecho o un acto</b>, teniendo en cuenta que se consideró que la contabilidad regularmente llevada constituía la <b>única prueba</b>. En este mismo marco, se alegaron graves errores de hecho por no apreciar todo un conjunto de</p>	<p>1. El dictamen pericial de <b>Alfonso Pérez Preciado y Mauro Varela Navarro</b>, que contiene una valoración económica del daño a la hacienda La Palma, no puede ser tenido en cuenta porque fue construido con soportes proveídos por las demandantes. Agrega que la interpretación jurídica pudo haber sido distinta a la del referido dictamen de <b>haberse apoyado en la</b></p>

<p>elementos probatorios <u>(valoración económica del daño a la hacienda La Palma mediante dictámenes periciales, libros de contabilidad, inspección en el lugar de los hechos, fallo de la acción popular que condena a los demandados por encontrar probado el daño ambiental)</u> que de manera inequívoca acreditan la cuantía del daño. También se argumentó un error de hecho por haber exigido requisitos no previstos en la ley para <b>apreciar</b> la contabilidad de las demandantes. (subrayado y negrita fuera del original)</p> <p>(Demandantes citados en Corte Constitucional, 2020)</p>	<p><b>contabilidad de las demandantes</b>, siempre y cuando tal sistema de cuentas se hubiese llevado de acuerdo con las prescripciones legales, porque solo así se garantiza la confiabilidad en la información.</p> <p>El fallador de segunda instancia no exigió como única prueba la contabilidad para demostrar el daño y cuantificarlo, sino que la tuvo como la prueba más idónea para estudiar las pretensiones de las demandantes. Estima adecuado apoyarse en los datos contenidos en la contabilidad de las demandantes porque, dada su condición de comerciantes, tenían la obligación legal de llevar dicho sistema de cuentas y tal exigencia probatoria –conforme con los mandatos legales– se justificaba porque solo así resultaba factible encontrar una fuente confiable de información. Con mayor razón</p>
--	---

	<p>cuando la controversia involucra la explotación del cultivo de arroz durante varios años y el daño reclamado se refiere básicamente a las pérdidas económicas en su producción.</p> <p>(Corte Suprema de Justicia, citado en Corte Constitucional, 2020)</p>
--	---

Consideramos que esta premisa utilizada por la Corte Suprema para sustentar su decisión resulta inadecuada porque surge de un análisis incorrecto de los hechos procesales y de las pruebas esgrimidas por las partes puesto que esta premisa de la Corte tiene un contenido proposicional que si bien puede ser calificado de verdadero o de falso y que según las pruebas podría incluso calificarse de verdadero, no obedece a la totalidad de lo que debe ser analizado, dicho de otra manera, desobedece el principio fundamental de interpretar la parte en función del todo que a su vez integra el principio de las máximas de la experiencia, siendo este uno de los principios de la sana crítica la cual busca garantizar no solo el debido proceso sino también un correcto ejercicio de interpretación y argumentación a la hora de tomar una decisión para que la misma no se torne arbitraria, dando así unos parámetros más objetivos.

Fraccionando un poco más este análisis, es claro que hubo indebidas interpretaciones por parte de la Corte Suprema sobre el texto legal que impone la carga de la prueba en los accionantes, ya que se desconoce el principio de la carga dinámica de la prueba quizá cayendo en un lugar común arcaico del derecho romano: *affirmanti incumbit probatio*. Esto, en razón de que no es coherente que aunque estemos hablando

del amparo de un derecho fundamental constitucional que beneficia a la mayoría, esto es, el derecho al medio ambiente, se imponga una carga mayor o especial a quienes afirman que existe el daño cuando ya han acudido a medios probatorios diversos para corroborar las afirmaciones que en la demanda presentan.

En este caso, lo que los accionantes buscan es una sanción económica que sea congruente con el principio constitucional de que “*quien contamina paga*” y realmente es razonable y necesaria dicha medida para que no quede el caso impune, porque para nadie es un secreto que una sanción disciplinaria o que obligue a tomar medidas correctivas tal como la que ordenó el Tribunal en el fallo de la acción popular, no resulta suficiente, efectiva ni reparadora en su totalidad en un sistema en el que es necesario el uso de la coerción por parte del Estado; siendo entonces la sanción económica un medio idóneo para ello.

### Cargo 2.

Cargo accionantes	Respuesta sala de casación Civil Corte Suprema de Justicia
<p><b>2. No demostración de la cuantía del daño.</b> Error de hecho derivado de la conclusión de que no se demostró la cuantía del daño causado a las demandantes(...) Se reprochó, adicionalmente, que no se hubieran considerado los dictámenes periciales que acreditan que las contabilidades se llevaban en debida</p>	<p>El dictamen pericial de los expertos Norma Constanza Galeano y Octavio Heredia tampoco puede ser tenido en cuenta <b>porque no verificó la existencia del daño, sino que se orientó a fijar la cuantía del perjuicio y se hizo con apoyo en el mecanismo denominado “flujo de caja”.</b></p>

<p>forma. Por último, se señaló en este cargo, como error de hecho, la omisión de apreciar los indicios de responsabilidad derivados de la conducta procesal de las sociedades demandadas.</p> <p>(Demandantes citados en Corte Constitucional, 2020)</p>	<p>Lo propio ocurre con el dictamen de la <b>contadora pública Myriam Rivas</b>, porque ella no verificó de forma directa los hechos en que se soportaba, pues para explicitar las pérdidas en la producción se basó en lo señalado en el dictamen preparado por Alfonso Pérez Preciado, sin apoyarse en un sistema de cuentas que legalmente ofreciera seguridad y confiabilidad, por ejemplo, en alguna de las contabilidades llevadas conforme con las prescripciones legales.</p> <p>Por lo tanto, concluye que la evidencia del daño, representado en menores rendimientos, aumento en los costos de producción y lucro cesante de tierra arrocera no cultivada, <b><u>no ofrece certeza acerca de la manera como se pudo manifestar durante el período en que se reclama la indemnización.</u></b></p> <p>(Corte Suprema de Justicia, citado en</p>
---	---

	Corte Constitucional, 2020) (Subrayado fuera del texto)
--	--

En este punto es importante hacer énfasis en la indeterminación de las palabras y cómo su uso y aplicación son determinantes en el Derecho.

Cuando la corte suprema en este cargo menciona que el dictamen pericial “*no ofrece certeza*”, realmente cabe preguntarse qué es la certeza y por qué se está condicionando la palabra certeza al sentido de verdad plena de una manera dogmática, cabe anotar que si lo solicitado es un indicio, éste en su esencia entraña la posibilidad de error, es decir, de ser un indicio que en apariencia reemplaza plenamente su objeto, pero que podría descubrirse con el avance de la ciencia o del conocimiento en general que resultó falso, y no por eso fue menos útil o sus usos fueron inadecuados. En el mundo, las proposiciones y las propensiones giran constantemente entre la imposibilidad y la certeza, pero raramente llegan a una de las dos, y lo normal es que se muevan en términos estadísticos entre una y otra.

Ahora, las reglas de jurisprudencia para determinar el daño ambiental mencionadas al inicio de este análisis indicaron que el indicio debía ser razonable, por tanto se entiende que es una discusión de valores y principios, una discusión que además no se lleva en el ámbito de la certeza matemática sino de la probabilidad matemática por lo que condicionar la palabra “*certeza*” a una seguridad dogmática, es una posición anticientífica. Parece ser, que la Corte Suprema en su motivación realiza un uso de la palabra “*certeza*” de manera ambigua, asunto que sin duda afecta la solidez de los argumentos que en la sentencia esbozan.

Tampoco se puede pasar por alto que la Corte Suprema al saltarse esta regla de jurisprudencia incurrió también en un error lógico que Perelman llama “petición de principio”, frente a este expone: “adaptarse al auditorio es, ante todo, escoger como premisas de la argumentación tesis admitidas por este último” (Perelman, 1997). Teniendo en cuenta esto, se puede decir que la “tesis admitida” en el ordenamiento jurídico Colombiano vía jurisprudencial estaba contenida en esas 5 reglas por las cuales se deriva la responsabilidad civil por daño ambiental, sin embargo, al exigir “*certeza*” para demostrar el daño ambiental, pasó por alto la regla número 4 la cuál es clara en decir

**“No se requiere certeza sobre las consecuencias del hecho contaminante,** tampoco se exige un nexo de causalidad entre el hecho generador del daño y las consecuencias del mismo; pero si se exigen indicios suficientes y razonables fundamentados en el estado del conocimiento científico, que permitan llegar a una inferencia lógica sobre lo acontecido *y, con ello, condenar a un determinado agente a resarcir integralmente el daño ambiental*” (Sentencia SU 455 Corte Constitucional).

Esto, tiene sentido si se piensa que en el derecho ambiental la mayoría de las veces las consecuencias suelen ser más evidentes con el paso del tiempo, es decir, su materialización no se presenta de forma inmediata, por lo tanto exigir un nexo de causalidad bajo estos supuestos sería imponer una carga que puede dejar en la impunidad a quienes cometen estos actos contaminantes lo cual claramente pondría en riesgo principios y derechos fundamentales mucho más importantes que un mero requisito formal, tal como lo es el derecho a gozar de un medio ambiente sano.

## Cargo 3.

Cargo accionantes	Respuesta sala de casación Civil Corte Suprema de Justicia
<p><i>3. Libertad probatoria y apreciación racional de los medios de prueba.</i> En el tercer cargo se sustentó un error de derecho por la afectación de la libertad probatoria y la apreciación racional de los medios de prueba, de acuerdo con el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, al sostener que la pérdida en la producción del arroz debía necesariamente extraerse de la contabilidad. Adicionalmente, se planteó un error de hecho, por no apreciar otros medios de prueba, <b><u>incluyendo diez testimonios que coincidían en que la contaminación generada por las cementeras había incidido en bajos rendimientos y mayores costos para las sociedades demandantes.</u></b>(Demandantes citados en Corte Constitucional, 2020)(Subrayado y negrita fuera del</p>	<p><b><u>Los distintos testimonios y los dictámenes periciales no prueban de manera adecuada el daño patrimonial individual,</u></b> sustento de la pretensión indemnizatoria propuesta por las demandantes que es desestimada en segundo grado. Las pruebas señaladas como indebidamente apreciadas, <b><u>aunque aluden a aspectos de la contaminación de los suelos con carbonato de calcio en algunas áreas de la hacienda La Palma, no evidencian aspectos concretos de los supuestos en que se apoyó la solicitud de indemnización.</u></b></p> <p>Las pruebas testimoniales que se refieren a la contaminación y a la pérdida de producción sólo representan generalidades porque no precisan las anualidades en que se</p>



texto)	<p>generaron las pérdidas, o las cosechas de arroz en que se advirtió la merma de productividad por razón de la contaminación del suelo donde se sembró, o las circunstancias que tuvieron incidencia en el incremento de costos de los insumos; por ejemplo, la clase y mayor cantidad de productos (nutrientes, plaguicidas u otros) que debían aplicarse por hectárea en las áreas afectadas por la polución, en comparación con lotes no contaminados; o las franjas de terreno destinadas de preferencia al cultivo de arroz, que se dejaban de sembrar por incidencia directa del deterioro de los suelos; o si esa afectación solo conducía a hacer rotación de cultivos, en qué consistía la pérdida, etc.</p> <p>En la contabilidad de las demandantes pudieron encontrarse datos sobre los factores antes mencionados, sin que ello signifique</p>
--------	--

	<p>restricción alguna al “principio de libertad probatoria”, sino de selección preferente de la citada fuente de información dado que, con mayor seguridad y confiabilidad, permite verificar el daño patrimonial individual de las actoras, al igual que cifras concretas para la fijación de la cuantía de la indemnización.</p> <p>(Corte Suprema de Justicia, citado en Corte Constitucional, 2020)</p>
--	---

En lo que respecta a este cargo y siguiendo a Perelman, no se trata precisamente de la ausencia de apreciación racional de los medios de prueba tal como lo aducen los demandantes, es más bien un exceso de racionalidad en la valoración de las mismas, ya que las pruebas no solo deben analizarse a la luz de la lógica deductiva sino también, debe tener en cuenta un componente razonable ya que “es la dialéctica de lo racional y lo razonable, de confrontación de la coherencia lógica con el carácter no razonable de las conclusiones, la que está en la base del progreso del pensamiento” (Chaïm, 1979) ; es entonces lo razonable, aquello que pone límites al ejercicio judicial ya que es la manifestación de lo que es conforme a la opinión o aceptación general, al contrato social, ayudando entonces a encontrar soluciones equitativas o “más justas” al objeto de litigio, previniendo el exceso de dogmática que podría desencadenar en abuso de la ley. La razonabilidad pues, busca traer consecuencias que finalmente tengan una utilidad social adecuada al contexto en el que se aplica y no que respondan simplemente a un ejercicio de subsunción norma, caso, resultado.

Es tanto así, que el juez de segunda instancia consideró que la contabilidad (..) no está llevada en forma regular, dicha contabilidad no tiene eficacia probatoria, con independencia ‘de la veracidad o no de los datos incorporados en ella’” y que “ la contabilidad de dicho ente es la fuente a la que se debe acudir para cuantificar el daño. Llegados aquí, cabe aclarar que es regla general que si la persona que reclama un perjuicio por responsabilidad civil no lleva contabilidad, pierde el derecho a reclamarlo. No, lo que acontece en este litigio es que las sociedades demandantes están obligadas a llevar la contabilidad ‘de sus negocios conforme a las prescripciones legales’ (Artículo 19-3 del Código de Comercio) (Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué citado en Corte Constitucional, 2020), he aquí una muestra de la mecanización del derecho.

Por su parte, la Corte Constitucional como lo veremos a continuación, en sede de tutela, expone que efectivamente la carga de la prueba en lo concerniente a la tasación de los perjuicios estuvo enfocada en la ineficacia de la contabilidad de la empresa demandante ya que pese a faltar unas firmas esto se subsanó a tiempo en presencia de quienes habían suscrito tales libros contables.

#### **Cargo 4.**

<b>Cargo accionantes</b>	<b>Respuesta sala de casación Civil Corte Suprema de Justicia</b>
<p>4. Falta de apreciación de pruebas. Se argumentaron errores de hecho concernientes a la falta de apreciación de los testimonios, de acuerdo con los cuales las chimeneas de las empresas demandadas, en</p>	<p><b><u>El daño de los suelos en algunas de las áreas de la hacienda La Palma</u></b> no prueba de manera concreta el perjuicio que pudiera servir de fundamento a la súplica indemnizatoria denegada por el</p>

<p>especial de la planta de Buenos Aires, son las que emiten los sólidos de carbonatos de calcio que, en buena parte, se depositan en los predios de las demandantes a donde los transportaba el viento, ocasionando, por su enorme volumen, graves daños al suelo y a los cultivos de la hacienda. Se desconocieron declaraciones de personas expertas en asuntos agronómicos y conocedores de los suelos y cultivos de la meseta de Ibagué, así como de los terrenos de la parte demandante. Además, existió falta de apreciación de la inspección judicial que demuestra la gravedad de la contaminación, así como de un dictamen pericial y la sentencia emitida dentro de la acción popular. (Demandantes citados en Corte Constitucional, 2020)</p>	<p>fallador de segunda instancia. (Corte Suprema de Justicia, citado en Corte Constitucional, 2020) (Negrita y subrayado fuera del texto)</p>
---	---

Frente a este cargo, se tiene que si bien es cierto que con el fallo de la acción popular ya se había demostrado el daño al medio ambiente e incluso condenado a las

empresas cementeras, la Corte Suprema no tiene el deber de analizar y fallar de acuerdo al a quo siempre y cuando sus argumentos sean coherentes, consistentes y a lugar; también es cierto que en las reglas de jurisprudencia se exige una inferencia razonable del daño ambiental y que por lo tanto no se requiere la demostración de un nexo de causalidad. Sin embargo, vemos como en la argumentación de la Corte Suprema se presenta una contradicción lógica al afirmar que “el daño de los suelos en algunas de las áreas de la hacienda La Palma” y a su vez que esto “no prueba de manera concreta el perjuicio que pudiera servir de fundamento a la súplica indemnizatoria denegada por el fallador de segunda instancia” (Corte Suprema de Justicia, 2018).

¿Cómo es posible que el daño en los suelos esté en algunas de las áreas pero a su vez no se encuentre probado el mismo daño al que se refiere?

La contradicción aquí presentada está pasando por alto la regla lógica del modus ponens según la cual si P implica Q y P es verdad entonces Q es verdad. Veamos en el caso concreto:

Si existe daño en los suelos de algunas áreas de la hacienda La Palma (P)

Existe responsabilidad civil por daño ambiental (Q)

ahora,

Si es cierto que existe daño en los suelos de algunas áreas de la hacienda La Palma (P) entonces es cierto que existe responsabilidad civil por daño ambiental en (Q)

**Cargo 5 y 6**

Cargo accionantes	Respuesta sala de casación Civil Corte Suprema de Justicia
<p data-bbox="285 311 775 931"><b>5. No decreto de pruebas de oficio.</b> En el quinto cargo se alegó que el juez de segunda instancia incurrió en un error de derecho al no decretar pruebas de oficio, luego de concluir que la contabilidad de las demandantes no servía como medio de convicción por los errores que contenía.</p> <p data-bbox="285 972 695 1077">(Demandantes citados en Corte Constitucional, 2020)</p>	<p data-bbox="892 311 1358 1373"><b>5. Magnitud del daño.</b> La Corte Suprema de Justicia reconoce que para la adopción de una sentencia de fondo que consulte los dictados de la justicia, el fallador debe contar con una base fáctica confiable. Si carece de ella o es insuficiente, surge la necesidad de acudir a los instrumentos necesarios y legalmente previstos, como el decreto oficioso de pruebas. Sin embargo, precisa que la misión oficiosa del juez no desplaza el principio dispositivo que, por regla general, gobierna el proceso civil.</p> <p data-bbox="892 1413 1358 1957">En la sección 2.6. señala que el reproche presenta deficiencias “toda vez que solo hace alusión al tema de la cuantía de la indemnización, sin tomar en cuenta lo atinente a que en el fallo impugnado también se echó de menos la ausencia de demostración</p>

<p><b>6. Nulidad.</b> En el sexto cargo se argumentó que el tribunal incurrió en una causal de nulidad por la omisión de una oportunidad probatoria, al abstenerse de decretar pruebas de oficio, luego de haber constatado los errores de la contabilidad de las demandantes. (Corte Constitucional, 2020)</p>	<p>del daño individual a las accionantes, y dado que sin la acreditación de este requisito, por sustracción de materia, no es factible la fijación del monto del perjuicio, aquel reparo o cuestionamiento no tiene trascendencia”.</p> <p>(Corte Suprema de Justicia, citado en Corte Constitucional, 2020)</p> <p><b>6. Nulidad.</b> La Sala reconoce que hay un deber de decretar pruebas de oficio para efectos de la condena en concreto, esencialmente cuando los medios de convicción incorporados no permiten obtener plena certeza respecto de la cuantía del perjuicio. Sin embargo, rechaza este cargo por considerar que, como se señala en la sentencia de segunda instancia, <b><u>no se probó el daño ni, mucho menos, su magnitud.</u></b> (Corte Suprema de Justicia, citado en Corte Constitucional, 2020) (Subrayado</p>
---	---

	fuera del texto)
--	------------------

Frente a este cargo, una vez más el fallador en sede de casación pasó por alto ir más allá de la norma expresa que le exigía un grado aún mayor de interpretación y análisis al ser el derecho ambiental altamente discrecional e indeterminado respecto a la tasación de perjuicios. Debió entonces, ante la presencia de dudas y en aras de llegar al convencimiento, decretar las pruebas que considerara pertinentes de acuerdo a las reglas de la sana crítica y el principio de imparcialidad.

Una vez analizados los cargos y expuestos algunos defectos en la argumentación y siguiendo el hilo del caso que nos ocupa, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, decidió mediante Sentencia SC 2758 del 16 de julio de 2018 no casar el fallo proferido por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y por el contrario, condenar en costas a las sociedades arroceras demandantes.

Este fallo sin duda despertó un sinsabor porque al parecer la argumentación tanto del tribunal como de la Corte Suprema en casación no había sido suficiente y la decisión dejaba muchas preguntas y vacíos respecto a la verdadera aplicación no solo de la norma sino también respecto al papel del juez como director del proceso. Prueba de ello fue que dos magistrados salvaron su voto: Aroldo Wilson Quiroz y Margarita Cabello Blanco.

Es entonces, como los accionantes finalmente deciden interponer acción de tutela invocando la protección al debido proceso para lo cual la corte constitucional procede a analizar el caso concreto y pronunciarse.



Primero, la corte expone que efectivamente estamos frente a un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto el cual según la misma corporación

*“se presenta cuando el funcionario judicial, por una aplicación mecánica de las formas renuncia a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de prevalencia del derecho sustancial.”* (Corte Constitucional, 2020) (Subrayado y negrita fuera del texto)

En el caso concreto fue evidente cómo el juez en su legítimo ejercicio de ser el director del proceso tenía la potestad para hacer uso de sus facultades para realizar la valoración probatoria en debida forma. No obstante, como mostramos en el cuadro anterior, los dictámenes periciales no fueron tenidos en cuenta por un error de carácter formal el cual consistió en el hecho de que cuando fueron presentados los libros contables que daban fé de las pérdidas en la producción de la empresa arrocera, los mismos no contaban con unas firmas y aparecían “transpuestas otras” (...) “entre ellas la ausencia de firmas del gerente, del contador y del revisor fiscal en los estados financieros. No obstante cabe aclarar que dichas personas estuvieron presentes en la diligencia en la que fueron exhibidos los documentos, dando cuenta de la aprobación de la información en ellos contenida y posteriormente plasmaron sus firmas, pues nunca fue cuestionado el contenido de aquellos informes contables” . (Corte constitucional)

Frente a este punto, es claro que los jueces tanto del juzgado y tribunal de Ibagué como los magistrados de la Corte Suprema de justicia, realizaron en su análisis una derivación lógica según la cual si las firmas de los libros contables no estaban, no podía tenerse en cuenta la contabilidad, al no tenerse en cuenta la contabilidad, la consecuencia era que no se tenían pruebas del perjuicio económico causado por parte

de las empresas de cemento hacia la empresa de arroz por el daño ambiental continuo ocasionado por el polvillo generado por la elaboración de cemento sin la debida utilización de filtros protectores que impidieran la salida de los mismos.

Es aquí donde la argumentación pasa a un segundo plano y los jueces en su tarea de fallar subsumen el caso a la norma y concluyen, pero de forma particular, en este caso, ya se tenía desde primera instancia como probado el hecho principal daño ambiental, para posteriormente desvirtuarse el mismo por “falta de pruebas”. Claramente vemos incongruencias y vacíos en la argumentación del porqué el tribunal consideró que debía revocar el fallo en primera instancia cuando incluso en la inspección al lugar, un perito experto confirmaba la existencia del daño.

En consecuencia, se presenta un problema respecto a la tasación del daño o lo que es lo mismo, el perjuicio monetario ocasionado por parte de la fábrica de cementos respecto a la disminución de la producción de la empresa arrocera porque si judicialmente no se tiene por cierto el hecho “daño ambiental” mucho menos se procedería con una reparación o mitigación del daño.

La corte, es clara en mencionar que las firmas eran un requisito de carácter formal que podía ser subsanado porque incluso quienes debían firmar estaban presentes, también, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué restó mérito probatorio a los testimonios y trasladó toda la carga de la prueba en los libros contables que no fueron tenidos en cuenta por lo mencionado anteriormente, entonces, en lugar de fallar, dejó el asunto sin resolver, no decretó pruebas de oficio y absolvió de responsabilidad a la empresa cementera no solo cometiendo un error procedimental, sino también vulnerando el principio de sana crítica por indebida valoración de las demás pruebas

presentadas por los accionantes como testimonios, peritajes, experticios, la sentencia de la acción popular que confirmaba el daño ambiental, etc.

La Corte Constitucional finalmente fundamenta su decisión, en tanto encontró vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de la empresa demandante (Arrocera Potrerito S.A.S), también encontró que la tasación de perjuicios económicos no pudo determinarse debido a una valoración dogmática, legalista y mecánica de las mismas, por lo tanto cuestiona que ello haya sido rectificado por la Corte Suprema en casación. Los tres errores que encontró la Corte Constitucional en la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué - llevada y rectificadas en casación - se resumen así:

- i. Defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto.
- ii. Defecto fáctico por indebida valoración probatoria, al no haber valorado otros medios de prueba.
- iii. Violación directa de la Constitución por no realizar una interpretación al resolver la responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental en consonancia con principios y reglas del derecho ambiental tales como “*quien contamina paga*”.

Finalmente la Corte Constitucional decidió primero revocar los fallos anteriores, dejar sin efecto la sentencia emitida en sala de casación y ordenarle nuevamente a la sala de casación volver a fallar pero esta vez teniendo en cuenta todas las pruebas aportadas durante el proceso y no simplemente tomando algunas con una falsa tasa judicial.

Con este análisis, se pretende mostrar cómo la argumentación deficiente en el ejercicio judicial puede resultar en un sinnúmero de instancias, procedimientos y gastos adicionales tal como se dilucida en este caso esbozado, en el cual se acudió a la acción

popular en primera y segunda instancia, luego se inició un proceso de responsabilidad civil en primera, segunda instancia, casación, revisión y finalmente en sede de tutela. Es claro entonces que el problema de argumentación existe, que por ende la congestión judicial sigue aumentando por la excesiva litigiosidad de quienes su situación jurídica se resuelve y si seguimos a Perelman “ como el *fin de una argumentación* no es deducir las consecuencias de ciertas premisas *sino producir o acrecentar la adhesión de un auditorio a la tesis que se presentan a su asentimiento*, ella no se desarrolla jamás en el vacío” (Perelman, 1997) podemos ver cómo en los fallos judiciales se centra la atención en fallar y no en adherir al auditorio a la “*tesis*” que se presenta en la parte motiva de las sentencias, por lo tanto, como la argumentación busca también la “*adhesión del espíritu de manera que pueda someterlo a su voluntad*” (ibídem), si no existe tal adhesión y solidez en los argumentos difícilmente el proceso terminará allí pues las personas involucradas no llegarán a un convencimiento tal de que lo que se falló, independientemente si fue a favor o en contra, se hizo conforme a derecho y a los principios de justicia y equidad de forma clara y legítima, disminuyendo así el espacio entre la duda y la certeza, ya que es cierto que “el orador no debe compartir las creencias, opiniones, punto de vista y valoraciones de su auditorio. Él puede argumentar legítimamente sin falacias y sin sofismas si parte de premisas aceptadas por el auditorio” (Perelman, 1997); el orador en este supuesto sería el juez.

Quedan aún muchas incógnitas por resolver, las sentencias en Colombia siguen siendo exageradamente extensas y casi nadie está dispuesto a leerlas, se podría decir que no están adaptadas al auditorio (los ciudadanos) que finalmente son quienes se verían beneficiados realmente en este ejercicio de unificación de jurisprudencia y labor académica que realiza por ejemplo la corte constitucional con casos de trascendencia económica y social; también se destinan recursos innecesariamente para enmendar

fallas atribuibles a la justicia, los jueces exponen pero rara vez argumentan y cada vez el derecho se va volviendo más mecánico y menos justo. Tal vez ya sea hora de retomar los tiempos de la retórica, de emplear el arte de persuadir y argumentar, de dignificar nuevamente el ejercicio judicial.

“Expondré primero en estas meditaciones los mismos pensamientos por medio de los cuales yo me persuado de haber llegado a un conocimiento de la verdad cierto y evidente, para ver si por las mismas razones que me han persuadido, podré también persuadir a otros  
“ (Descartes citado en Perelman, 1997).

### **Referencias**

Agudelo, C. A. (julio-diciembre de 2008). El uso de la palabra derecho: un ataque a la práctica del silogismo judicial. *Jurídicas* , 5(2), 71-88.

Austin, J. L. (1982). *Cómo hacer cosas con palabras*. Buenos Aires: Paidós.

Bedoya Sierra, L. F. (2007). *La argumentación jurídica en el sistema penal acusatorio*. Bogotá D.C: Fiscalía General de la Nacional.

Bix, B. H. (2015). *Obligación y significado Derecho lenguaje y normatividad*. Coyoacán, México: Distribuidores Fontamara S.A.

Chaïm, P. (1979). *Lo Racional y lo Razonable*. (A. M. Franco Laverde, Trad.) Ottawa, Canadá: University of Ottawa Press.

Colombia, C. d. (1887). Ley 153. Colombia.

Colombia, C. d. (2011). *Ley 1437*. Bogotá.

Constitucional, C. (1995). C-083. Colombia.

Constitucional, C. (2020). SU-455. Colombia.

Corte Suprema de Justicia. (2018). SC-2758. Rad. 73001-31-03-004-1999-00227-01. Colombia.

Constituyente, A. N. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia.

Contraloría General de la Nación. (25 de 07 de 2020). Congestión judicial en Colombia es del 50%, según la Contraloría. Obtenido de <https://www.contraloria.gov.co/es/w/elnuevosiglo.com.co-congesti%C3%B3n-judicial-en-colombia-es-del-50-seg%C3%BAAn-la-contralor%C3%ADa>

Copi, I., & Cohen, C. (2013). *Introducción a la lógica*. México: Limusa.

Corporación Excelencia de la Justicia (2021) , *Índice de Congestión de la jurisdicción ordinaria en Colombia*. Recuperado el 20 de 09 de 2022, de Corporación Excelencia de la Justicia: <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/indice-de-congestion-de-la-jurisdiccion-ordinaria-en-colombia/>

Ferrajoli, L. (2018). *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*. Madrid: Trotta.

Gadamer, H.-G. (1999). *Verdad y Método I*. Salamanca: Ediciones Sígueme.

Gómez Giraldo, A. L. (1998). El argumento por el contraejemplo entre lógica y la teoría de la argumentación. En A. L. Gómez Giraldo, M. S. Naranjo, A. Patiño, & P. Posada, *Argumentación, actos lingüísticos y lógica jurídica* (págs. 16-17). Santiago de Cali: Universidad del Valle.

Guastini, R (1988). “EL DERECHO COMO LENGUAJE, EL LENGUAJE DEL DERECHO. En EBASTIAN URBINA TORTELLA, *PERSPECTIVAS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO*, (págs. 141-203.) Palma de Mallorca; Universitat de les illes balears

Magee, B. (1982). *Los hombres detrás de las ideas*. México: Fondo de cultura económica.

Morris, C. (1985). *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona: Ediciones Paidós.

Olivecrona, K. (2007). *Lenguaje Jurídico y Realidad* . Buenos Aires, Argentina: Fontamara S.A.

Peidró Pastor, I. (1966). Lógica y Derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, 241-288.

Peirce, C. S. (2005). El ícono, el índice y el símbolo (S. F. Barrena, Trad.). Navarra, España: Universidad de Navarra. Obtenido en <https://www.unav.es/gep/IconoIndiceSimbolo.html>

Peirce, C. S. (1878). Deducción, Inducción e Hipótesis. (J. M. Ruiz-Werner Trad.) Navarra, España: Universidad de Navarra. Obtenido en <https://www.unav.es/gep/DeducInducHipotesis.html>

Perelman, C. (1997). *El imperio retórico*. Santafé de Bogotá: Norma.

Wittgenstein, L. (1958). *Investigaciones filosóficas*. Altaya.

Wittgenstein, L. (2009). *Tractatus logico-philosophicus*. Madrid: Gredos. Obtenido de [lenguajeyconocimiento.files.wordpress.com/2014/04/wittgenstein-gredos-tractatus-inves](http://lenguajeyconocimiento.files.wordpress.com/2014/04/wittgenstein-gredos-tractatus-inves)