

¿A quién le habla la Corte Constitucional Colombiana? El juez y el auditorio universal¹

***Who does the Constitutional Colombian Court address to?
The Judge and the Universal Audience.***

***¿A qui parle la Cour Constitutionnelle Colombienne?
Le juge et le auditoire universel***

Pedro Antonio García Obando²

Javier Orlando Aguirre Román³

Mauricio Albarracín Caballero⁴

Resumen

El derecho es el resultado de un proceso en el que el juez (orador) debe lograr la adhesión de la sociedad (auditorio) a la cual van dirigidos sus fallos. En esta exposición se argumenta a favor de

-
- 1 Avance de la investigación No. 5231 financiada por la Universidad Industrial de Santander: "Premisas de la argumentación y técnicas argumentativas en los fallos de la Corte Constitucional Colombiana: un estudio casuístico desde la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman". Grupo de investigación *Politeia*, Colciencias, clasificación B.
 - 2 Profesor Titular de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga – Colombia. Coordinador de la Maestría en Filosofía y de la Especialización en Filosofía del Derecho de la UIS. Filósofo de la Universidad de Caldas y Magíster en Lingüística de la Universidad de Antioquia. Autor de artículos publicados en diferentes revistas nacionales e internacionales y coautor de los libros *Lógica y teoría de la argumentación*; y *¿Más allá de la filosofía Moderna?* Correo electrónico: pgarciaoster@gmail.com.
 - 3 Profesor Asistente de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga – Colombia. Abogado y filósofo de esta institución. Especialista en docencia universitaria, UIS. Actualmente adelanta sus estudios de doctorado en Filosofía en la Universidad Estatal de Nueva York. Becario Fubright 2008. Autor de artículos publicados en diferentes revistas nacionales y coautor de los libros *Lógica y teoría de la argumentación*; *Justicia y derechos en la convivencia escolar*; y *Lenguaje y derecho: Habermas y el debate iusfilosófico*. Correo electrónico: javierorlandoaguirre@gmail.com.
 - 4 Abogado de la Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga – Colombia. Actualmente adelanta estudios de Maestría en Derecho en la Universidad de los Andes. Correo electrónico: malbarracin@gmail.com.

Este artículo fue recibido el día 10 de febrero de 2009 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 9 del 24 de junio de 2009.

esta tesis y se intenta mostrar que la teoría de Chaïm Perelman es una buena descripción de nuestra realidad jurídica, al menos en lo que concierne a la justicia constitucional. En consecuencia, y para desarrollar esta idea, la exposición tendrá cuatro partes. En la primera, se describen algunas nociones básicas de la teoría de Perelman. En la segunda parte se mostrarán algunas relaciones entre el juez y su auditorio, y se brindarán argumentos para justificar las razones por las cuales la Corte Constitucional le habla a un auditorio universal. En la tercera parte, a través de un caso controvertido o “difícil”, mostraremos la forma como la Corte Constitucional usa las premisas del auditorio para el convencimiento del auditorio universal. En la cuarta parte, se sintetizan los argumentos presentados y se concluye que el auditorio es el protagonista central en la definición de lo que es el derecho, en la medida que es deber del orador adaptarse a él. En esta misma sección, y a modo de conclusión, se muestran las potencias democráticas de la teoría de Perelman, así como las implicaciones metodológicas en el análisis del derecho, en particular sobre la relevancia que adquiere la sociología jurídica.

Palabras Clave: Juez, Sistema Judicial, Administración de Justicia, Discreción Judicial, Sentencias.

Abstract

Law can be conceived as the result of a process in which the judge (speaker) must obtain society's adhesion (audience) to which his decisions are addressed. This article argues in favor of this thesis through the application of Perelman theory of argumentation to our legal reality, and particularly in the field of Constitutional law. Consequently, and to develop this idea, the text has four parts. First, some general notions of Perelman's theory are described. In the second part some relations between the judge and his audience will be exposed, as well as some arguments to justify why the Constitutional Court can be thought as speaking to a universal audience. In the third part we will show by means of a difficult case how the Constitutional Court uses the premises of the audience for convincing the universal audience. In the fourth part, the arguments presented are synthesized and it is concluded that the audience is the central protagonist in the definition of which Law is, insofar as it is the duty of the orator to adapt to the audience. In this same section, and as a conclusion, the democratic powers of Perelman's theory Perelman, as well as the methodological implications in the analysis of the Law are indicated.

Key Words: Judge, Judicial System, Administration of Justice, Judicial Discretion, Judgments.

Résumé

Le droit est le résultat d'un processus dans lequel le juge (l'orateur) doit atteindre l'adhésion de la société (l'auditoire) auquel s'adressent ses jugements. Plaidant pour cette hypothèse, nous essayons de démontrer, dans cet exposé, que la théorie de Chaim Perelman est une bonne description de notre réalité juridique, en ce qui concerne au moins la justice constitutionnelle. Ainsi, et dans le but de développer cette idée, quatre parties seront abordées : Tout d'abord, nous décrivons certaines notions élémentaires de la théorie de Perelman. Deuxièmement, nous montrerons quelques rapports entre le juge et son auditoire et nous argumenterons afin de justifier les raisons pour lesquelles la Cour

Constitutionnelle s'adresse à un auditoire universel. Dans une troisième partie, nous illustrerons, par le biais d'un cas polémique ou « difficile », la façon dont la Cour Constitutionnelle emploie les prémisses de l'auditoire pour convaincre l'auditoire universel. Enfin, une quatrième partie synthétisera les arguments présentés en tirant l'importance capitale que l'auditoire a en tant qu'acteur dans la définition de ce qu'est le droit, dans la mesure où l'orateur doit s'adapter à celui-ci. Dans cette même partie, et en guise de conclusion, il sera exposé le potentiel démocratique de la théorie de Perelman, ainsi que les implications méthodologiques dans l'analyse du droit, en particulier au sujet de la pertinence que gagne la sociologie juridique.

Mots Clés: Juge, Administration de la Justice, Système Judiciaire, Pouvoir Discrétionnaire des Tribunaux, Jugements et Arrêts.

Sumario

Introducción. I. Planteamiento del problema. II. Breves anotaciones sobre la Nueva retórica. III. La Corte Constitucional y sus auditorios: ¿auditorios particulares o auditorio universal? IV. Las premisas del auditorio: herramientas para convencer e implicaciones de la falta de razonabilidad de las decisiones. V. El auditorio como protagonista en la definición del derecho y las implicaciones de esta idea

Introducción

—Por favor, ¿querría decirme si... —empezó en voz alta, mirando algo cobibida a la Reina Roja.

—¡No hables hasta que alguien te dirija la palabra! —la interrumpió bruscamente la Reina.

—Pero si todo el mundo siguiera esa regla —objetó Alicia, que estaba siempre dispuesta a discutir un poco —y si usted sólo hablara cuando alguien le hablase, y si la otra persona estuviera siempre esperando a que usted empezara a hablar primero, ya ve: nadie diría nunca nada (Carroll, 2006, p. 168).

Algunas teorías jurídicas se podrían identificar con la Reina Roja que le habla a Alicia. La disociación entre quien tiene el poder de decir el derecho (el soberano) y el receptor de la norma (quien debe obedecerlo) es una de las consecuencias del positivismo. Pensar que el derecho está aislado de la sociedad y que la única función de ésta es obedecerlo, es una tesis rechazada por Perelman, razón por la cual él hace parte de la revuelta antipositivista⁵ (1988, p. 96). En efecto, según Perelman: “en una sociedad democrática, es imposible mantener la visión positivista según la cual el derecho no es otra cosa que la expresión arbitraria de la voluntad del soberano. Para funcionar eficazmente, el derecho debe ser aceptado, y no sólo impuesto por medio de la coacción” (1988, p. 231). Hacia mediados del siglo XX, el filósofo y jurista Chaïm Perelman retomó el carácter amplio que Aristóteles le había dado a la lógica y señaló que, en materia de derecho, las decisiones de los jueces estaban más encaminadas a la persuasión que a la demostración. En Colombia, el cambio sustancial de la Constitución de 1991, junto con los cambios históricos del siglo

5 Perelman usa esta expresión en la *Lógica jurídica* para designar un conjunto de teorías relacionadas con las funciones teleológica, funcional y sociológica del derecho.

XVIII que instauraron la obligatoriedad de motivar las decisiones judiciales, han llevado a un estudio de la obra de este autor y de las implicaciones de sus planteamientos en el orden de lo jurídico.

La teoría de la argumentación de Perelman viene a señalar una vez más la obligación que tiene el juez de justificar razonablemente sus decisiones a partir de los componentes que abarca toda decisión judicial. En este sentido, junto con las premisas de la argumentación y las técnicas argumentativas empleadas en todo proceso argumentativo, Perelman hace gravitar en el concepto de auditorio el modelo de sociedad que debe tener en cuenta el orador (léase juez) al momento de tomar sus decisiones. Esta idea de auditorio es de por sí bastante compleja, como mostraremos en el siguiente apartado. Sin embargo, deudora como lo es de la retórica aristotélica, la teoría de Perelman no podía pasar por alto este concepto, uno de los más ricos pero también uno de los más complejos de su teoría y sin el cual una teoría de la argumentación jurídica sería incompleta. En efecto, ¿cómo ignorar la idea según la cual todo orador debe tener en mente un auditorio al cual se dirige y del que espera la adhesión a las tesis que se le presentan? Como se recordará, Aristóteles determina tres formas de argumentación a partir de la idea de auditorio, valga decir, el discurso epidíctico dirigido en el ágora; el discurso deliberativo de las asambleas; y el discurso forense o legal que se expresaba en los tribunales. Cada uno de estos tres discursos, como queda dicho, es una función del auditorio.

Ahora bien, si trasladamos la idea de discurso forense o legal, tal y como lo llamaba Aristóteles, a nuestra realidad democrática, bien vale la pena preguntarnos por la idea de auditorio que está presente en los jueces constitucionales al momento de proferir sus fallos; pues si como dijimos, es deber del orador adaptarse al auditorio, tal adaptación debe revelarse cuando, en el ejercicio democrático de la participación, la sociedad reclama que los fallos de los jueces sean acordes a las necesidades y a las exigencias de justicia que demanda un determinado grupo de personas de esas misma sociedad.

En este avance de investigación que ahora presentamos examinaremos, a partir del caso particular de los movimientos de género, cómo el auditorio al cual se dirigen los jueces en decisiones pasadas no es el mismo que hoy se ha configurado a partir de los movimientos que reclaman igual tratamiento a la diversidad sexual, y cómo, en este sentido, se ha configurado un auditorio universal que atiende a

requerimientos de justicia y equidad amén de las nuevas realidades nacionales e internacionales en cuestiones de género.

El espectro de la aplicación de este artículo de investigación podría ampliarse a otros casos en los cuales se avienen nuevas realidades y comprensiones de la igualdad, por ejemplo, en temas como el aborto y la salud. Por lo tanto, deberá entenderse esta presentación como una aproximación teórica y práctica a un tema que hoy aparece con el nombre de nueva retórica o teoría de la argumentación, y a uno de los conceptos más importantes dentro de esta teoría: el concepto de auditorio.

I. Planteamiento del problema

El análisis que aquí adelantaremos puede incluirse en la perspectiva de los llamados “hard cases”. Estos casos, de “penumbra” o “difíciles”, pueden ser asumidos como casos de colisión entre principios (Dworkin, 1997), como casos de ponderación (Alexy, 1997), o simplemente como casos “fáciles” en los que se hace necesaria la discrecionalidad de los jueces (Hart, 1997). En estas tres posibilidades de análisis de los casos difíciles hay un alto nivel de imponderabilidad, debido en gran medida a los ejemplos que se suelen usar en el marco de estas teorías y a las concepciones epistemológicas subyacentes a sus enfoques. La opción teórica de Duncan Kennedy (1999), para quien el juez tiene en mente una decisión judicial de manera anticipada a la permitida en las leyes, puede también incluirse como un ejemplo del tema de las decisiones judiciales y puede por ello mismo rivalizar también con la teoría de la argumentación jurídica de Perelman, para quien el auditorio es elemento fundamental de la argumentación de los jueces.

Ahora bien; ¿Cómo determinar que no hay propiamente discrecionalidad en los jueces, a la manera como sugiere Hart, pero que tampoco la ley colisiona por principio con la decisión a la que quiere llegar el juez, como sugiere Kennedy (1999), sino que es el auditorio la fuente última de la decisión judicial? Estas preguntas pasan por esta otra: ¿Cómo determinar si un auditorio, universal o particular, acepta tales premisas como puntos de partida de una argumentación?

Sabido es que la teoría de la argumentación de Perelman es una teoría descriptiva, es decir, una aproximación teórica y empírica a los procesos argumentativos, ora a

partir del análisis de las premisas de la argumentación, ora a partir del análisis de las técnicas argumentativas empleadas en los discursos. No obstante, esta teoría tiene un elemento prescriptivo: el orador *debe* adaptarse al auditorio; de lo contrario, su discurso no tendrá ningún efecto. Pero de nuevo, ¿cómo saber cuáles son las premisas que acepta el auditorio a partir de las cuales el juez debe proyectar sus fallos?

Expresada de esa manera, una exigencia como ésta puede muy bien servir para apoyar cualquier decisión, pues sólo bastaría argumentar que el auditorio estaba dispuesto a aceptar tales puntos de partida y no otros. Pero, así las cosas, resulta a todas luces claro que todo fallo quedaría inmune a la crítica bajo esta idea de auditorio. Perelman es claro en establecer que el auditorio es una representación hipotética del orador que no se relaciona, como mostraremos ahora, con el conjunto de personas reales afectadas directamente en una argumentación. Como veremos en el análisis que nos compete, aquello que ha cambiado con respecto a la diversidad sexual no es otra cosa que un cierto activismo político que ha permitido a los jueces y a la sociedad en general valorar los derechos de una comunidad específica, comunidad que antes no aparecía como representación mental en la ciudadanía y hasta en los mismo jueces por diversas razones. Pero, además, ciertas leyes de orden global que obligan a los países a comprometerse con principios de orden universal, han ido generando representaciones nuevas, que luego, no pueden ser desconocidas ni por la sociedad ni por quienes deben velar por la igualdad en ella, por ejemplo, las cortes constitucionales.

II. Breves anotaciones sobre la nueva retórica

Como se advierte en la obra de Perelman (1997), la retórica es el arte de persuadir y convencer⁶. Por esta razón, Perelman ha afirmado que el objeto de estudio de la nueva retórica es “el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento” (1988, p. 139). Esta rehabilitación de la retórica hace parte del proyecto de Perelman en relación con la razón práctica y con su recuperación de un método para discutir sobre los juicios de valor. La razón práctica no puede ser deducida por la lógica formal, lo cual no significa que ésta deje de ser razonable.

6 La definición de Aristóteles es muy similar “sea pues la retórica la facultad de considerar en cada caso lo que puede ser convincente” (2000, p. 52).

Lo razonable no es idéntico a lo calculable. Esta afirmación, a juicio del autor, ha traído como consecuencia que “los problemas de acción han sido reducidos a problemas de conocimiento, es decir, la verdad o probabilidad, o simplemente han sido considerados como irrelevantes para la razón” (1997, p. 27). Por el contrario, la teoría de la argumentación busca abordar los problemas prácticos a través de los argumentos, en otras palabras, la nueva retórica busca la adhesión por medio del discurso. Por esta razón, el concepto de auditorio es central en la teoría de Perelman debido a que “el orador, si quiere obrar eficazmente con su discurso, debe adaptarse a su auditorio” (1997, p. 43).

Antes de presentar la tesis que establece la relación entre el juez y el auditorio, es importante hacer algunas observaciones sobre las características de este último. En primer lugar, el auditorio se define como “el conjunto de aquellos sobre los cuales el orador quiere influir con su argumentación” (1997, p. 43). En consecuencia, el auditorio es una construcción mental e hipotética del orador y no se relaciona, por ello mismo, con las personas reales a las cuales se dirige el orador. Por ejemplo, el senador que habla dirigiéndose al presidente del senado no tiene a éste como su auditorio, o el clérigo que se dirige en la homilía dominical a los asistentes a la Iglesia. La segunda observación se relaciona con la variedad de auditorios existentes. En particular, Perelman diferencia entre auditorios particulares y el auditorio universal, asunto sobre el cual se profundizará en la próxima sección. Además, debe recordarse como tercera observación que el proceso de adaptación entre el orador y su auditorio consiste en tener la capacidad de reconocer las premisas del auditorio. Este último proceso es indispensable para determinar la adhesión del auditorio a las conclusiones de la argumentación.

Teniendo como marco de referencia los planteamientos de Perelman, podemos deducir que el juez tiene una relación “directa” y determinante con su auditorio. En este sentido, el auditorio de la actividad judicial es el protagonista central en el proceso de la construcción del derecho. Ahora bien, esta tesis sólo tiene validez si se pretende que el derecho sea razonable, contrario al derecho impuesto por la fuerza, la lógica formal y la divinidad.

La gran mayoría de explicaciones sobre el derecho eliminan al auditorio del razonamiento judicial, especialmente aquéllas que fundamentan el derecho en la coacción o en principios del derecho natural o divino. No obstante, el auditorio

tiene un papel importante en la mayoría de democracias contemporáneas, debido a que la soberanía reside en la nación. En este sentido, los receptores del derecho tienen un papel importante en la creación del mismo, a través de la rama legislativa a la cual eligen, o por medio de la aprobación de normas de forma directa. Sin embargo, no juegan ningún papel en la interpretación del derecho que realizan los jueces. Esto se debe a la concepción según la cual “el juez es la boca de la ley” y debe aplicar lo establecido previamente en la ley escrita (Perelman, 1988, pp. 24-29). Ahora bien, las teorías realistas omiten también al auditorio porque concentran sus explicaciones en la ideología y la subjetividad del juez. El giro producido por las tesis de Perelman radica principalmente en recordar la existencia del auditorio receptor del discurso jurídico y darle el papel protagónico que éste adquiere en la definición de lo que el juez *dice que es el derecho*⁷.

Siendo así, si el derecho producido por los jueces es un discurso dirigido a un auditorio, ¿cuál es exactamente el auditorio del juez? En este caso concreto, ¿cuál sería el auditorio de la Corte Constitucional? ¿cuáles son las transformaciones argumentativas que debe hacer el discurso constitucional para lograr la adhesión de su auditorio?

III. La Corte Constitucional y sus auditorios: ¿auditorios particulares o auditorio universal?

Perelman distingue entre los auditorios particulares y el auditorio universal. Los auditorios particulares son infinitos y variados. Por su parte, el auditorio universal lo constituyen todas las personas competentes y razonables. Según el autor, esta distinción no es de orden cuantitativo, sino que está relacionada con la intención del orador, la cual puede estar dirigida a persuadir o a convencer⁸. En palabras de Perelman: “el discurso dirigido a un auditorio particular busca persuadir, mientras

7 Existe un vínculo importante entre la nueva retórica y el derecho, como lo recuerda Perelman: “De este modo, una teoría general de la argumentación, es decir, una nueva retórica, concebida en su sentido más amplio, parece el paso previo de cualquier exposición consagrada al razonamiento jurídico” (1988, p. 151; 1997, pp. 210-211).

8 Como se indica, es el concepto de auditorio universal el que marca la diferencia, en la teoría de Perelman, entre “persuadir” y “convencer”. En efecto, mientras la argumentación sólo pretenda servir para un auditorio particular, será una argumentación persuasiva; pero, si es una argumentación realizada para obtener la adhesión de todo ente de razón, dicha argumentación recibirá el calificativo de convincente si efectivamente logra su cometido.

que el dirigido al auditorio universal busca convencer” (1997, p. 39). Es preciso traer a colación que el auditorio universal determina en cada momento la idea de lo razonable. No obstante, esta idea no es estática. Lo razonable puede cambiar de una época a otra, debido a que el auditorio universal es una variable dependiente de las condiciones sociales, económicas y culturales en las cuales se insertan los oradores. Entonces, cabe preguntarnos lo siguiente: ¿La Corte Constitucional Colombiana le habla a un auditorio particular o a uno universal? En la *lógica jurídica*, Perelman parece responder a esta pregunta: “no hay que olvidar que las decisiones de la justicia deben satisfacer a tres auditorios diferentes: las partes en litigio, los profesionales del derecho y la opinión pública, que se manifiesta a través de la prensa y de las reacciones legislativas que se suscitan frente a las sentencias de los tribunales” (1988, p. 228).

Los auditorios del juez son múltiples tal como lo sugiere Perelman. No obstante, esto no constituye un obstáculo para que cada orador determine el auditorio al cual quiere influir. A nuestro juicio, la Corte Constitucional toma decisiones que están dirigidas al auditorio universal e institucionalizado⁹. Varias razones justifican esta afirmación.

En primer término, la Corte busca crear un discurso convincente, en el sentido en que “las premisas y argumentos son universalizables, es decir, aceptables, en principio, por todos los miembros del auditorio universal” (Perelman, 1997, p. 39). De esto modo, la Corte busca convencer y hacer que sus argumentos sean admitidos por todos. En palabras de Perelman, “(...) el juez no puede considerarse satisfecho por haber podido motivar su decisión de una manera aceptable: debe precisar también el valor de esta decisión y decidir si le parece justa o, por lo menos, razonable” (1983, p. 97). Lo anterior se relaciona con la búsqueda de legitimidad política por la vía de demostrar que sus decisiones son “equitativas, oportunas y socialmente útiles” (Perelman, 1988, p. 207). Además, la Corte cumple una función que se relaciona con un valor universal: la justicia. Como si lo anterior no fuera suficiente, la Corte interpreta con autoridad y decide asuntos

9 La relación de pertenencia de una persona a auditorios particulares y universales es variable, debido principalmente a que el orador es quien define su auditorio. Perelman señala que “una filosofía retórica constata no solamente la existencia de diversas concepciones del auditorio universal, sino también el hecho de que cada hombre razonable es no sólo miembro del auditorio universal, sino también de una pluralidad de auditorios particulares a las tesis a las que él se adhiere con una intensidad variable” (Perelman, 1970, pp. 225-226, citado en Beuchot, 1994, pp. 301-316).

relacionados con los derechos humanos, normas que son consideradas parte de la conciencia universal de la humanidad.

A lo planteado, se suman los aspectos relacionados con las particularidades de las instituciones y reglas del discurso jurídico. El derecho se expresa ante un auditorio institucionalizado¹⁰ en razón de las reglas de procedimiento, en particular, las de jurisdicción y competencia (Perelman, 1988, p. 163). Algunas reglas, como las relacionadas con los plazos y la cosa juzgada, son importantes debido a que imponen a los jueces obligaciones para que sus decisiones garanticen la “paz judicial”. Existen además disposiciones normativas que fomentan la universalización de las decisiones. Por ejemplo, nuestra legislación establece que “las sentencias de la Corte Constitucional se pronunciarán ‘en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución’”¹¹. En consecuencia, la Corte se pronuncia en nombre del pueblo y tiene como destinatario al pueblo, conglomerado del cual deriva su poder de decidir. Por ende, la Corte debe lograr la adhesión del auditorio, so pena de socavar su legitimidad y no cumplir sus deberes constitucionales¹². Una derivación interesante de las reglas de procedimiento consiste en que la resolución de casos hace que la Corte aplique las disposiciones generales y abstractas a situaciones reales y concretas¹³, lo cual lleva a que la eficacia de los argumentos, es decir su adhesión, pueda ser evaluada a mediano plazo por el juez y, por lo tanto, corregida en casos posteriores.

10 La idea de que el auditorio del derecho es un auditorio universal institucionalizado ha sido desarrollada por el grupo de investigación *Politeia* de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Articulando lo expresado en el *Tratado de la Argumentación* y en la *Lógica Jurídica* de Perelman, argumentamos en un reciente artículo en proceso de publicación que “todo juez debe resolver sus casos pensando siempre que cualquier persona razonable, con la formación jurídica necesaria que lo lleva a conocer las posibilidades y limitaciones que tiene, debería resolver el caso de la misma manera como él lo está haciendo y, en ese sentido, debería aceptar su decisión. (...) Una decisión que, cualquier persona que aceptara la autoridad de la ley colombiana, podría entender y aceptar. Es en este sentido que podemos decir que se trata de un auditorio que, a pesar de mantenerse como universal, se encuentra también institucionalizado y, por ende, tiene ciertas limitaciones” (Aguirre, García y Pabón, 2009).

11 Art. 20 del Decreto 2067 de 1991 y Art. 55 de la Ley 270 de 1996.

12 El artículo 241 de la Constitución establece que “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”.

13 Para Perelman esta cualidad le otorga al Derecho una superioridad sobre la filosofía: “la superioridad del pensamiento jurídico sobre el pensamiento filosófico consiste en que así como este último puede contentarse como fórmulas generales y abstractas, el derecho está obligado a contemplar la solución de las dificultades que surgen cuando se trata de aplicar las fórmulas generales a la solución de problemas concretos” (Perelman, 1988, p. 159).

Los argumentos presentados nos llevan a concluir que la Corte Constitucional de Colombia es un juez que se caracteriza por hablarle más a un auditorio universal, y menos a auditorios particulares, lo cual la contrapone a otros jueces, especialmente de la jurisdicción ordinaria, quienes se concentran en hablarle a un auditorio particular conformador por las partes y la comunidad jurídica. Hablarle a un auditorio universal implicaría, al menos en sus intenciones, que las decisiones tengan mayor adhesión, en la medida en que los discursos deben ser convincentes, y no meramente persuasivos. Lograr el convencimiento de una sociedad frente a las decisiones de sus tribunales es lo más conveniente y democrático.

IV. Las premisas del auditorio: herramientas para convencer e implicaciones de la falta de razonabilidad de las decisiones

Bajo la idea de adaptación del orador a su auditorio, sostiene Perelman, “la argumentación buscará efectos diferentes y utilizará cada vez métodos apropiados, tanto para el objeto de un discurso como para el tipo de auditorio sobre el cual se quiere actuar” (1997, p. 33). En este sentido, la Corte Constitucional ha introducido elementos nuevos a los debates jurídicos que vale la pena evidenciar a través de un ejemplo controvertido al interior de la Corte Constitucional y de la sociedad en general. Se examinará brevemente el uso de los argumentos de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, para evidenciar cómo el discurso de la Corte parte de las premisas admitidas por el auditorio.

Durante casi diez años, la Corte sostuvo una línea jurisprudencial¹⁴ según la cual no existía una obligación constitucional de proteger a las parejas del mismo sexo, ya que la protección de la pareja era exclusiva de la pareja heterosexual y estaba amparada en el artículo 42 de la Constitución. Además, aseguraba que no existía discriminación porque la distinción se basaba en criterios objetivos y razonables que permitían otorgar derechos a la familia heterosexual y negárselos a las parejas del mismo sexo.

14 Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-098 de 7 de marzo de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia SU-623 de 14 de junio de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil; Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia T-725 de 30 de julio de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil; Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia T-349 de 5 de mayo de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

Esta línea jurisprudencial fue cambiada en la Sentencia C-075 de 2007, en la cual la Corte tomó una decisión que consideró más justa y equitativa, y que abría paso a una serie de decisiones sobre la protección de las parejas del mismo sexo¹⁵. En la Sentencia mencionada, la Corte determinó, según lo impone el principio a la dignidad humana, que el Estado debía dar la misma protección constitucional a las parejas del mismo sexo, siempre y cuando existieran necesidades análogas con relación a las parejas heterosexuales. En palabras de la Corte: “la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho, al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución”¹⁶. Más allá de la discusión sobre este caso particular, quisiéramos mostrar algunas premisas¹⁷ del discurso tomadas de la Sentencia¹⁸. La Corte usó cinco premisas que el auditorio había construido en la última década:

1. La familia constitucionalmente protegida es la familia heterosexual.
2. La existencia de un “nuevo contexto social y jurídico en el que se desenvuelve el régimen patrimonial de los compañeros permanentes” es hoy una realidad.
3. Las parejas del mismo sexo existen en la sociedad y se encuentran desprotegidas patrimonialmente.
4. Según el derecho nacional e internacional la discriminación en razón de la orientación sexual está prohibida.
5. Existe la necesidad de reconocimiento jurídico de la pareja homosexual.

15 Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia T-856 de 2 de octubre de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-811 de 3 de octubre de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-336 de 16 de abril 2008. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández; Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-798 de 20 de agosto de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño; Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-029 de 27 de enero de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

16 Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-075 de 2 de febrero de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

17 Perelman (1997, p. 45) divide entre premisas relacionadas con lo real (hechos, verdades y presunciones) y las relacionadas con lo preferible (valores, jerarquías y lugares comunes).

18 La interesante discusión argumentativa desarrollada por los demandantes y los intervinientes también valdría la pena ser desarrollada, pero esta cuestión desborda los límites de esta exposición.

La Corte recogió premisas anteriores (premisas 1), seleccionó una nueva premisa que antes no había usado en la definición de este caso (premisas 4) y le dio *presencia* a tres premisas que siempre omitía en sus razonamientos (premisas 2, 4 y 5). La Corte realiza un ejercicio de argumentación en el cual se seleccionan los argumentos, se presentan y se interpretan de tal modo que puedan adaptarse al caso para posteriormente lograr la adhesión del auditorio. De las premisas mencionadas se dedujo que las parejas del mismo sexo existían jurídicamente y merecían igual protección.

Por otra parte, la Corte también realiza una apreciación explícita en relación con el auditorio y el cambio que se presenta en torno a lo razonable¹⁹. En la Sentencia se expresa: “en ese contexto jurídico la realidad homosexual se ha hecho más visible, en un marco más receptivo de la diversidad en el campo de las preferencias sexuales y que implica, por consiguiente, la apertura efectiva de nuevas opciones que, con anterioridad, en un ambiente hostil mantenía vedadas”²⁰.

Como podemos ver, la argumentación de la Corte no se realiza en el vacío. Por el contrario, ella atiende a los contextos en los cuales se desarrolla y tiene en cuenta diversas justificaciones con el fin de encontrar un consenso entre auditorios diferentes; todo esto con el fin de buscar el convencimiento del auditorio universal. A nuestro juicio, el juez constitucional analiza diversos discursos que le presentan oradores participantes en el litigio. Las posiciones de los litigantes y quienes actúan ante el juez siempre tienen la pretensión de ser universalizables, incluso cuando se encuentran en pugna y son radicalmente opuestas. Así pues, el ejercicio del juez es la conciliación o selección de alguna de las posiciones en pugna para hacerla universal²¹. Este proceso no puede ser arbitrario ni subjetivo,

19 Sobre este particular Perelman afirma con lucidez: “lo más frecuente es que los cambios de opinión que llevan una transformación de los cuadros en los cuales se desarrollan los debates judiciales se operen lentamente, fuera del tribunal, en la sociedad misma” (Perelman, 1988, p. 230).

20 Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-075 de 2 de febrero de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

21 Una crítica a la universalización como forma de lo convincente, podría citarse a partir de Bourdieu, quien caracteriza la universalización como un rasgo de funcionamiento del campo jurídico: “El trabajo jurídico, así inscrito en una lógica de conservación, es uno de los mayores fundamentos del mantenimiento del orden simbólico mediante otro rasgo de su funcionamiento: a través de la sistematización y la racionalización que impone a las decisiones jurídicas y las reglas invocadas para fundarlas o justificarlas, otorga el sello de la universalidad, factor por excelencia de la eficacia simbólica, a un punto de vista sobre el mundo social que se ha visto no se opone en nada al punto de vista de los dominadores” (Bourdieu, 2005, p. 209).

ni atender solamente a la legalidad. Por el contrario, las decisiones del juez deben ser razonables y aceptadas por el auditorio.

En caso de que el auditorio no acepte las decisiones del juez por no considerarlas razonables, se generan dos consecuencias. En primer lugar, la decisión del juez no será obedecida y su legitimidad se verá socavada²². En este sentido, si un juez obra de tal forma que ignore su auditorio, sus decisiones serán inútiles por cuanto que su discurso no logrará derivar en la acción esperada por su auditorio. Desobedecer sus decisiones se traduce en una falta de acción por parte del auditorio. Sobre este particular, vale la pena recordar que la argumentación, según Perelman, busca “incitar a la acción, o, por lo menos, crear una disposición a la acción” (1997, p. 32). En este mismo orden de ideas, un discurso que no genere adhesión, podría generar una reacción contraria de rechazo, lo cual perjudicaría al juez, ya que pierde su calidad como orador competente y razonable.

En segundo lugar, si la decisión no es razonable, el debate judicial seguirá existiendo. Es por esto que no es posible desligar la argumentación de las fuerzas sociales y del contexto. Perelman aporta una definición importante de paz judicial aplicable a este caso: “la paz judicial sólo se restablece definitivamente cuando la solución más aceptable socialmente va acompañada de una argumentación jurídica suficientemente sólida” (1988, p. 185). Si aplicamos esta definición al caso de estudio, podemos ver que la posición de la Corte, sostenida por años sobre las parejas del mismo sexo, demuestra que una decisión que no se ajusta a las premisas del auditorio tarde o temprano tendrá que ser corregida por el juez, incluso por el Parlamento cuando no se ajuste a la voluntad del auditorio (1988, p. 196), debido a que no logra la paz judicial y provoca la acción de quienes consideran que la decisión es arbitraria y subjetiva²³.

22 El juez no está exento de responsabilidad política ante su auditorio, como lo afirma Perelman: “si los poderes no emanan de Dios, sino de la nación, a ésta deben rendir cuentas los que los ejercen en su nombre” (1988, p. 231).

23 Gran parte de las acciones de activistas de derechos humanos corresponde a una lucha contra la arbitrariedad en las decisiones estatales.

V. El auditorio como protagonista en la definición del derecho y las implicaciones de esta idea

En resumen, el auditorio es un protagonista en la definición del derecho creado por los jueces. La adaptación entre el juez y su auditorio es necesaria, debido a que la adhesión es indispensable para la obediencia del derecho y la legitimidad del juez. En este caso particular, se argumentó que la Corte Constitucional ha dado pasos importantes para hablar a un auditorio universal.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha incorporado en sus análisis premisas del auditorio, tanto de lo real como de lo preferible, que incluyen elementos relevantes en torno a los contextos sociales en los cuales se desarrolla la argumentación. El juez decide cuál de los argumentos es mejor y atiende en mayor medida a las premisas del auditorio que, por tanto, podrían ser universalizables. También se mostró que cuando el juez no logra la adhesión de las decisiones por su auditorio, las consecuencias son: la desobediencia al derecho, la pérdida de legitimidad del juez y la falta de garantía sobre la paz judicial.

Antes de finalizar esta exposición, es importante anticiparnos a una crítica. Podría argumentarse que el juez está encadenado a su auditorio. Y si éste es profundamente injusto, las decisiones deberán ser injustas. Esto no es posible por varias razones. En primer lugar, el juez debe partir de las premisas del auditorio, no de todas sus consideraciones. En este sentido, el juez no debe someter sus decisiones a la regla de la mayoría, pero sí debe atender a las premisas del auditorio. No debe confundirse las premisas (punto de partida) con las conclusiones (punto de llegada). La argumentación es un proceso dinámico donde el orador busca **producir o acrecentar** la adhesión por parte de su auditorio a través de premisas que sean **universalizables en principio**. En otras palabras, el juez debe buscar una solución justa y equitativa, basada en las premisas del auditorio, las cuales son seleccionadas, interpretadas, relacionadas y ponderadas. El proceso debe tener como resultado una solución convincente, que no necesariamente coincide con las interpretaciones de la mayoría política. Por último, el auditorio tiene una estrecha relación con el contexto. En este sentido, las luchas y fluctuaciones que ocurren en la realidad pueden y deben ser tenidas en cuenta por el juez con el fin

de buscar un consenso que tenga en cuenta la pluralidad de opiniones que existe en una sociedad²⁴.

El giro hacia el auditorio es una teoría que explica el derecho de una forma más apropiada. Además, es una posición muy compatible con una idea democrática que permite la participación a la gente en la definición de lo que el *derecho es*. Participar en la definición de lo que *el derecho dice* es fundamental para la construcción de un mundo realmente igualitario y pluralista en interpretaciones. Finalmente, el análisis de Perelman rehabilita de forma poderosa un lazo entre el derecho y la sociedad, ¿significa esto que el giro de Perelman nos conduce a la sociología del derecho? El autor pareciera responder afirmativamente a esta pregunta: “como el derecho tiene una función social que cumplir no se le puede concebir, de manera realista, sin hacer referencia a la sociedad que debe regir. Como el derecho, en todas sus manifestaciones, se inserta en el medio social, la sociología de derecho adquiere en nuestra concepción del derecho una importancia creciente” (1988, p. 231).

24 Según Perelman (1997, p. 58), la pluralidad ayuda a mejorar el sentido crítico y a diferenciar mejor entre lo objetivo y lo subjetivo.

Bibliografía

- Aguirre, J.; García, P. y Pabón, P. (2009). *Demostración v/s argumentación: Un caso de debate entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombianas*. Manuscrito en preparación.
- Aikin, S. (2008). Perelmanian Universal Audience and the Epistemic Aspirations Of Argument. *Philosophy and Rhetoric*, 41 (3).
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Aristóteles. (1988). *Tratados de lógica*. Madrid: Editorial Gredos.
- (2000). *Retórica*. Madrid: Alianza.
- Beuchot, M. (1994). Filosofía y retórica en Chaim Perelman: el auditorio universal razonable. *Éndoxa: Series Filosóficas*, (3), 301-316.
- Bourdieu, P. (2005). *Elementos para la sociología del campo jurídico*. En P. Bourdieu y T. Gunter, *La fuerza del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del hombre editores.
- Caroll, L. (2006). *Alicia a través del espejo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-098 de 7 de marzo de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Bogotá. Sentencia SU-623 de 14 de junio de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Bogotá. Sentencia C-814 de 2 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Bogotá. Sentencia T-725 de 30 de julio de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Bogotá. Sentencia T-349 de 5 de mayo de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Bogotá. Sentencia C-075 de 2 de febrero de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Bogotá. Sentencia T-856 de 2 de octubre de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Bogotá. Sentencia C-811 de 3 de octubre de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Bogotá. Sentencia C-336 de 16 de abril 2008. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

----- Bogotá. Sentencia C-798 de 20 de agosto de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

----- Bogotá. Sentencia C-029 de 27 de enero de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Graff, R. & Winn, W. (2006). Presenting “Communion” In Chaim Perelman’s New Rhetoric. *Philosophy and Rhetoric*, 39 (1).

Gross, A. (2000). Rhetoric As A Technique And Mode Of Truth: Reflections On Chaïm Perelman. *Philosophy and Rhetoric*, 33 (4).

Hart, H. L. A. y Dworkin, R. (1997). (*El debate*). *La decisión judicial*. Bogotá: Ediciones siglo del Hombre y Universidad de los Andes.

Kennedy, D. (1999). *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: El debate con la Teoría Crítica del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

León, A. (2001). *Seis Lecciones sobre Teoría de la Argumentación*. Cali: Alego Editores.

Maneli, M. (1994). *Perelman’s new rhetoric as philosophy and methodology for the next century*. Boston: Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.

Noe, M. (2005). The Real and The Preferable: Perelman’s Structures of Reality in Jonson’s Bartholomew Fair. *Rhetoric Review*, 24 (4), 421-437.

Perelman, C. (1963). *The idea of justice and the problem of argument*. New York: Humanities Press.

----- (1979). *The New Rhetoric and the Humanities: Essays on Rhetoric and its Applications*. Boston: D. Reidel Pub.

----- (1988). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.

----- (1997). *El imperio retórico*. Bogotá: Norma.

Perelman, C. y Olbrechts – Tyteca, L. (1988). *Tratado de la argumentación*. Madrid: Editorial Gredos

Tindale, C. W. (1999). *Acts of arguing: a Rhetorical Model of Argument*. Albany: State University of New York Press.

