



REVISTA DE FILOSOFÍA

...ALEX ESPINOZA V. ... ALEXANDER ÁVILA M., NILSON F. CASTELLANOS R. Y MILTON F. DIONÍSIO L. ... ANDRÉS BETERO-BERNAL, PEDRO A. GARCÍA-OBANDO Y JUAN D. ALMEYDA-SARMIENTO ... GABRIEL ANDRADE Y MARIA S. CAMPO REDONDO ... SANDRO PAREDES DÍAZ ... VÍCTOR M. FIORINO Y ARMANDO ROJAS CLAROS ... JAVIER ROMERO ... VÍCTOR J. MORENO MOSQUERA Y JOHN F. RESTREPO TAMAYO ... JUAN C. BERROCAL DURAN, SANDRA I. VILLA VILLA Y JORGE J. VILLASMIL ESPINOZA ... HÉCTOR SEVILLA GODÍNEZ ... CRHISTIAN P. NARANJO NAVAS ... CLAUDIO CALABRESE Y ETHEL B. JUNCO ... JEFFERSON DIONÍSIO ... ANTONIO ÑAHUINCOPA ARANGO, APARICIO CHANCA FLORES Y RICARDO ARANGO OLARTE ... FERNANDO C. TERREROS CALLE Y HENRY J. DEVIA PERNIA ... GABRIEL A. TORRES DÍAZ, MAROLIN URREA CORRALES Y DERLIS A. VILLADIEGO RINCÓN ... JAIRO E. SOTO MOLINA, MILYS K. RODELO MOLINA Y WITT JAY VANEGAS ... DIOFANOR ACEVEDO-CORREA, PIEDAD MONTERO-CASTILLO Y MARLENE DURAN-LENGUA ... DIEGO A. HOYOS CARDONA, ANDRES F. ROCANCIO BEDOYA Y JOSÉ L. OSPINA AGUDELO ... CARLA G. GUANILO PAREJA, LIDIA Y. PAREJA PERA Y CARLOS E. GUANILO PAREDES ... ROBERTO C. DÁVILA MORÁN, JOSÉ L. RUIZ NIZAMA Y JOSÉ I. GONZÁLEZ GONZÁLEZ ... YICERA FERRER MENDOZA, JANYS C. HERNÁNDEZ Y ANA M. GUZMÁN VALERA ... YULY I. LIÑAN CUELLO, LORELEY MEJIA GONZALEZ Y DIANA E. OSPINO JARABA ... DIANA M. GARCÍA LEYVA ... MERCEDES I. RODRÍGUEZ S., ALEX A. CASTELLAR RODRÍGUEZ Y ORLANDO F. BARRIOS LOZANO ... PEDRO J. PACHECO TORRES Y SANDRA DE LA HOZ-ESCORCIA ... YENIFETH BLANCO TORRES, AMPARO C. VIDAL GÓMEZ Y MELANI C. VASQUEZ MAESTRE ... NANCY MALDONADO CABRERA Y MAIGUALIDA BEJAS MONZANT ... ROBERTO C. DÁVILA MORÁN ...

Universidad del Zulia
Facultad de Humanidades y Educación
Centro de Estudios Filosóficos
"Adolfo García Díaz"
Maracaibo - Venezuela

Nº 97
2021-1
Enero - Abril

Revista de Filosofía, N° 97, 2021-1, pp. 139-163

Condiciones filosóficas de la hermenéutica jurídica: un estudio de caso de derecho de familia¹

Philosophical Conditions of Judicial Hermeneutics: A Case-Study on Family Law

Víctor Julián Moreno Mosquera

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4645-3553>

Institución Universitaria de Envigado. Envigado - Colombia
vjmoreno@correo.iue.edu.co

John Fernando Restrepo Tamayo

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4561-3041>

Universidad de Medellín. Medellín - Colombia
jfrestrepo@udem.edu.co

Resumen

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4876577>

El presente artículo es derivado de una investigación doctoral, y plantea como la visión positivista del derecho distorsiona la estructura circular, explicativa y comprensiva de la hermenéutica filosófica, para convertirla en un criterio metodológico lineal incapaz de resolver una problemática compleja. Se plantean cinco condiciones filosóficas que el derecho debe integrar en sus dinámicas de interpretación. Finalmente, se formula un estudio de caso en derecho de familia donde se evidencian las inadecuaciones filosóficas de la interpretación jurídica. Se trata de una investigación cualitativa de corte hermenéutico con un enfoque racionalista inductivo en atención al estudio de caso seleccionado.

Palabras clave: hermenéutica filosófica; hermenéutica jurídica; explicación; comprensión; derecho de familia.

1 El presente artículo es derivado de una investigación doctoral más amplia, denominada: orden jurídico familiar corregido a partir del constitucionalismo colombiano contemporáneo. Financiada por la Institución Universitaria de Envigado (Colombia)

Abstract

This article is derived from a doctoral research, and proposes how the positivist vision of law distorts the circular, explanatory and comprehensive structure of philosophical hermeneutics, to turn it into a linear methodological criterion incapable of solving a complex problem. Five philosophical conditions which law must integrate to its dynamics of interpretation are stated. Finally, it is stated case study of family law, which evidences the philosophical inaccuracies of judicial hermeneutics. It is a qualitative hermeneutical research with an inductive rationalist approach in attention to the selected case study.

Key words: philosophical hermeneutics; judicial hermeneutics; explaining; comprehending; family law.

Introducción

El problema planteado en este artículo aborda a la hermenéutica como una objeción al proyecto positivista estructurado científicamente en la dimensión objeto-método que afirma su capacidad de descubrir la verdad a través de un proceso interpretativo en el contexto jurídico. Contrario a ello, desde la perspectiva filosófica de la hermenéutica, todo hallazgo es relativo y toda conclusión puede recibir una objeción, que vuelva a activar el debate.

En tal sentido, la tensión entre la óptica legalista positivista, y la reflexión antiformal que descansa en la hermenéutica con perspectiva filosófica, se verá reflejada en el estudio de caso seleccionado, donde un juez colombiano, frente a un caso complejo, se niega a cumplir el mandato legal, aduciendo argumentos privados, morales y religiosos que desconocen las condiciones básicas de la interpretación propuesta desde las dinámicas filosóficas.

Ahora, partiendo de una base conceptual, se entiende la hermenéutica como un campo de exploración de la filosofía interesado en la interpretación de textos cuyo significado es discutible, así que la pregunta permanente que plantea es: ¿cuáles son los sentidos que se le pueden asignar a un texto determinado? Por su parte, la hermenéutica jurídica acoge esta definición, particularizándola de cara a un tipo de texto específico: el normativo.

De modo, pues, que la hermenéutica jurídica no es un espectro dentro de la teoría del derecho que se ocupa de un problema de interpretación de la norma, sino que es un escenario de exploración dentro de la filosofía que se encarga de un problema del derecho, en particular, el de los sentidos que se le pueden asignar a los textos jurídicos.

Para evitar debates innecesarios sobre precedencia entre el derecho y la filosofía –que es uno de los mayores obstáculos a la hora de aprovechar lo interdisciplinario – se propone que la hermenéutica jurídica es un campo de intersección de la filosofía con el derecho en el que, a ciertos problemas jurídicos, provenientes de la redacción de los textos normativos, se les aplican ciertos mecanismos filosóficos de los que el derecho no se alcanza a apropiarse.

Los cultores del derecho positivista ven esta opción como la caída en el caos, dada la especulación que comportan algunos discursos filosóficos. Pero lo que realmente ocurre con la hermenéutica filosófica es que ella expresa una forma diferente de pensar los problemas del derecho y de, eventualmente, tomar decisiones que no por admitir su carácter provisional, carecen de rigor y de peso jurídico.

Luego, es esto lo tratado en la presente discusión: reivindicar el fundamento filosófico de los ejercicios de interpretación normativa y reprocharle al caso elegido, un doble error: forzar el derecho positivo vigente, y desestimar la exigencia de las cinco condiciones hermenéuticas de carácter filosófico, que se proponen como necesarias.

En la hermenéutica jurídica, el derecho no se limita a proponerle un problema a la filosofía, ni la filosofía se limita a prestarle un servicio al derecho. Este reduccionismo normativo del positivismo jurídico legalista, convierte a la hermenéutica en un mero tecnicismo de procedimiento que cumple unas pautas o un protocolo de verificación; sin que se haga necesario el campo de exploración y de interacción especulativo entendido en términos de estructura compleja que impacta el discurso de las ciencias sociales y humanas.

De lo anterior se desprende que, el paradigma positivista atesora el principio de la seguridad jurídica como límite a la discrecionalidad judicial, para evitar que las decisiones de los operadores jurídicos transgredan al derecho, al ser sustentadas en motivaciones personales, carentes de carga argumentativa legal. Por ello, la necesidad de reglas formales sólidas que puedan operativizarse de manera simple a modo de silogismo.

Empero, desde la perspectiva filosófica de la hermenéutica, se pretende evidenciar como esta visión clásica de interpretar el derecho, invisibiliza y desconoce la compleja realidad sobre la cual está cimentado el conflicto intersubjetivo de intereses que en la actualidad pretende modular un ordenamiento jurídico como el colombiano. Es por ello, que la aplicación de las condiciones filosóficas de la hermenéutica funciona como un criterio de legitimación frente a las decisiones judiciales y desnuda las falencias argumentativas arropadas de legalidad.

En este sentido, el estudio de caso seleccionado propone una problemática compleja que descansa en el derecho de familia, y más propiamente en el escenario

de la reivindicación de derechos fundamentales a las parejas del mismo sexo, en su calidad de población vulnerable; donde chochan la concepción positivista legalista representada en el pensamiento del Juez civil municipal de Cartagena, y sus argumentos religiosos para negarse a casar a una pareja de lesbianas; con la interpretación antiformalista y dialéctica integrada por los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana, que reconocen el derecho fundamental a conformar una familia, por la vía del matrimonio, a todas las personas, sin importar su orientación sexual.

El presente artículo tiene la siguiente estructura: i) la explicación de las cinco condiciones filosóficas de la hermenéutica, para ser aplicadas al derecho; ii) la hermenéutica en las reflexiones jurídicas, donde se realiza una exposición de la postura y la operatividad que se le asigna a la hermenéutica en las dinámicas de lo jurídico; y iii) el estudio de caso, al cual se le aplican las condiciones filosóficas de la hermenéutica en una providencia judicial en materia de derecho de familia.

1. Las condiciones filosóficas de la hermenéutica

Las cinco condiciones hermenéuticas que se proponen en este apartado se denominan, así: i) la especulación; ii) los dos componentes de la hermenéutica; iii) lo dialéctico antecede a lo lógico; iv) los problemas hermenéuticos y su carácter dialéctico y circular; y, finalmente, v) la comprensión como un acontecimiento discursivo inacabado.

1.1 Primera condición filosófica: la especulación es necesaria

Para efectos de definir esta condición, vale precisar qué se entiende por especulación. Se parte de los postulados kantianos², según los cuales el proceso interpretativo es teórico e intelectual para llevar a cabo el acomodo de una serie de conceptos que buscan una conclusión acorde y consistente, con consecuencias de carácter práctico, tal como lo exige el planteamiento moral del mismo filósofo.

En este sentido, las objeciones planteadas desde la tradición estricta del derecho, equiparan la especulación, con una suerte de vagabundeo teórico que carece de objeto y de método, una forma de delirio o de extravío propio de los que se abandonan a

2 KANT, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Mario Caimi. FCE, Ciudad de México, 2009. p. 14-36

elucubraciones mentales sin sentido y con meras ideas o ensoñaciones que carecen de utilidad en el terreno de la realidad concreta. Empero, el error de esta postura se advierte en simplificar los proceros de descriptación teórica apropiados por la filosofía en términos hermenéuticos, esto es, el desconocimiento de la separación fundamental entre los momentos de explicación y comprensión, y que serán abordados más adelante, de modo que resulta falaz la descalificación acientífica del momento especulativo, el cual en términos filosóficos, lejos de ser delirante y arbitrario, cuenta con un objeto reconocible y un método³.

Ahora bien, se propone revisar la concepción que desde el derecho, tienen algunos representantes del positivismo-legalista, sobre la interpretación. Se parte de una postura que rechaza la especulación filosófica como elemento del proceso intelectual, afectando así, la función o utilidad, que la hermenéutica puede tener para el derecho.

De ahí que, bajo esta óptica clásica, la interpretación de una norma jurídica constituye el reconocimiento de un enunciado interpretante que puede estar configurado en un lenguaje artificial que es traducido en forma indirecta desde la Teoría General del derecho generando un enunciado interpretado en clave de lenguaje natural. Ahora, bajo la lógica de una visión dual de la filosofía jurídica, una desde el positivismo y otra desde la visión antiformal del derecho, estas dos especies de filosofía tienen punto de encuentro en el objeto de estudio, mas caminan separadas, de cara a su finalidad:

“...Hay dos clases de filosofía jurídica: una, relativa al Derecho como fenómeno aislado; otra, que lo contempla como un fenómeno social, relacionado con otros fenómenos sociales. La primera, relativa al Derecho estrictamente, puede ser llamada «filosofía del Derecho en sentido estricto» o, simplemente, «filosofía del Derecho»; la segunda, que es un aspecto de la filosofía social, que es la reflexión filosófico-social aplicada al Derecho, puede ser llamada «filosofía sociojurídica» (que no debe ser confundida con la sociología jurídica).”⁴

Para Hernández, la filosofía socio-jurídica introduce elementos especulativos en la interpretación que descontrolan el canon conceptual y cientificista del derecho y que ameritan resistencia por parte de la doctrina positivista. Luego, debe preferirse la Filosofía del Derecho en sentido estricto, pues comporta criterios de seguridad jurídica y rigor formal que elimina cualquier tipo de especulación.

Ahora bien, la peculiar noción de filosofía del derecho en sentido estricto, excluye con excesiva ligereza los importantes aspectos especulativos que integran el

3 Ibidem.

4 HERNÁNDEZ, Rafael. “Concepto de la Filosofía del Derecho” *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p.175.

carácter social de las ciencias humanas. La condición filosófica de la hermenéutica, y máxime frente a problemáticas complejas, es dialéctica sin que eso signifique que se pierda en las inmensidades de un delirio improductivo. Contrario a ello, contiene la potencialidad de propiciar reflexiones oportunas y asertivas más allá de la fría mirada de un silogismo lógico racionalista.

La filosofía tiene un componente especulativo que no se puede negar o evadir, mas ello no implica un descuido o falta de rigor en la valoración argumentativa por parte del intérprete. Máxime si se trata de dinámicas de interpretación jurídica donde es necesario un componente especulativo irreductible a cualquier método que se aplique, lo cual no se debe a un fallo en el método sino a la naturaleza misma de los problemas jurídicos. La hostilidad y desprecio por la especulación tiene un afán en resolver a priori los conflictos e interrelaciones humanas, desconociendo de esta manera, la precedencia de la conducta que se aspira a regular⁵.

1.2 Segunda condición filosófica: los dos componentes de la hermenéutica

Este apartado hace referencia a la mencionada relación entre explicar y comprender. Explicar es la acción sometida a metodología; comprender es la acción de integrar lo explicado en una dinámica en la que no se encuentran solo condicionantes jurídicos, sino sociológicos, económicos y políticos. Ambas acciones están involucradas de modo circular y no lineal: la comprensión no es simplemente el resultado de la explicación, sino que también es su condicionante⁶.

El anclaje de esta dialéctica descansa en la idea de que la explicación siempre ofrecerá un método, mientras que la comprensión siempre exigirá una decisión. Explicar resuelve el problema epistemológico involucrado en la hermenéutica, mientras que comprender impone el reto ontológico de asignar un sentido. Es decir, que la explicación es insuficiente a pesar de su método y que la comprensión es necesaria a pesar de su evidente carga especulativa.

5 Baste un ejemplo de esta confusión y este debate estéril: “Se propone que la teoría analítica del derecho, la filosofía jurídica hermenéutica y la teoría del derecho natural han de complementarse para evitar el irracionalismo nihilista” ORREGO, Cristóbal. “Un juicio justo: la especificación del juicio legal en la filosofía jurídica analítica, la hermenéutica iusfilosófica y la teoría de la ley natural”. *Anuario Filosófico*. 44, 3, 2011, pp. 544. En realidad, no es necesario un mecanismo tan elaborado e intimidante como ese complemento para evitar esa suerte abismo. Solo es necesario mantener separadas la explicación y la comprensión, para que no sea necesario proponer esa titanomaquia.

6 RICOEUR, Paul. *Del texto a la acción*. Pablo Corona, traductor. FCE, Ciudad de México, 2002, p. 149-168.

Ahora bien, se deben enfrentar dos problemáticas: i) la determinación de la *pertinencia* del problema jurídico para que se le trate dentro del campo de exploración hermenéutico; y ii) la *utilidad* de la filosofía, en versión hermenéutica, para resolverlo o para al menos enfrentarlo. Estos dos problemas permiten, de entrada, inferir un par de aspectos que no se deberían perder de vista a lo largo de la discusión: no todos los debates jurídicos se tienen que llevar al campo hermenéutico, y la filosofía solo está capacitada para intervenir en ciertos problemas jurídicos. Esos debates jurídicos, que por vía de la hermenéutica se convierte en problemáticas filosóficas, siempre están relacionados con temáticas dialécticas.

Lo anterior se puede denominar test de competencia jurídica de la hermenéutica: primero, determinar si el problema jurídico necesita del soporte hermenéutico; segundo, precisar hasta qué punto puede la hermenéutica ocuparse del problema. Lo primero repugna a los juristas que no conciben fallas o fisuras en el derecho, por lo que reprochan que un asunto jurídico se abra a interpretación; lo segundo irrita a los teóricos que asumen la apertura excesiva de lo jurídico a consideraciones interpretativas demasiado amplias. Lo primero se puede denominar estrechez jurídica; lo segundo, arbitrariedad interpretativa. Por eso se debe conservar esa sana tensión entre, la confirmación de la necesidad interpretativa en derecho y, de otro lado, las necesarias limitaciones de su alcance jurídico:

“Se considera que la interpretación es legítima solo en los casos marginales de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley positiva. Aquí vale la pena observar que la misma palabra “interpretar” tiene un significado restringido, muy diverso del sentido ampliado que le dará la hermenéutica filosófica. En el sentido ampliado, todo contacto con la realidad supone mediación, y, por tanto, todo conocer es interpretar”⁷

Según lo anterior, la interpretación debe ser marginal y estar debidamente justificada. Con todo, es preocupante la afirmación propuesta de dos hermenéuticas diferentes: una jurídica y una filosófica. Esta concepción de la hermenéutica filosófica cae en el desacierto de afirmar que todo conocer es interpretar. De ese modo, se estarán confundiendo las dos funciones fundamentales ya asociadas de la hermenéutica: explicación y comprensión. El conocimiento es una función muy restringida y condicionada que está circunscrita a la explicación, por tanto, no todo conocer puede ser equivalente a interpretación.

Por tanto, vale la pena seguir el planteamiento formulado por Ricoeur⁸, según el cual, la explicación es el momento metodológico de la hermenéutica, y en él se siguen

7 ORREGO, *Ibid.*, p. 549.

8 RICOEUR, *Ibidem.*

instrucciones, se atienden protocolos y se cumplen leyes en el sentido científico positivo amplio: la matemática, la física, la química y la termodinámica son aquí tan dominantes e indiscutibles como las normas del derecho positivo que están fuera de duda y de discusión, es decir, que son, siguiendo a Descartes, claras, concisas, precisas y distintas. De eso se trata el conocimiento: no es más que el proceso de acuñación y reajuste de las regularidades por las cuales la naturaleza y el mundo tienen un sentido y por las que se pueden realizar anticipaciones razonables que, en la abrumadora mayoría de las ocasiones, funcionan correctamente.

El problema que surge aquí es el de la sobre-extensión del alcance del conocimiento: “se hablará genéricamente de conocimiento y de conocimiento práctico, dejando de lado las precisiones y distinciones acerca de la razón práctica, el intelecto práctico, el entendimiento práctico, etc., abarcando todas estas nociones con el término conocimiento.”⁹. Se regresa a Tomás de Aquino para afirmar que “lo objetivo será lo determinado desde el objeto y fundado en él, en contraposición a lo subjetivo, entendido como lo determinado únicamente por los sentimientos o consideraciones personales del sujeto”¹⁰. El denominado conocimiento práctico recibió “...importantes aunque cuestionables desarrollos y matizaciones en el pensamiento de Immanuel Kant”¹¹. Se trata de un planteamiento paradójico pues reconoce que lo práctico se refiere al problema de la acción humana¹², pero habla al mismo tiempo de que hay conocimiento práctico, lo cual es incorrecto desde la perspectiva de la separación hermenéutica de la explicación y la comprensión.

En efecto, el conocimiento es el producto de la explicación; la practicidad, que está referida a la acción humana, es asunto circunscrito a la comprensión. Por eso, volver al Aquinate como lo hace Massini, para sostener la postura del conocimiento práctico equivale a regresar a la concepción epistemológica del mundo o naturaleza como creación divina, según la cual ya todo está hecho y la mente humana solo podrá conocer en la medida en que restrinja su esfuerzo en ajustarse a una realidad que existe por fuera de ella y que se le impone. Es tanto como desentenderse de toda la discusión planteada por la filosofía entre los siglos XVII y XIX y, más importante aún para el planteamiento del presente artículo, de la concepción misma de la hermenéutica como campo de exploración filosófico que permite abordar un problema jurídico.

9 MASSINI, Carlos. “La interpretación jurídica como interpretación práctica”. *Persona y Derecho*. 52, 2005, pp. 415.

10 *Ibid*, pp. 431-432

11 *Ibid*, p. 421

12 MASSINI, Carlos. “Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 37, 107, 2007. pp. 433-435.

De modo, pues, que es un error suponer que, para la hermenéutica filosófica, todo conocimiento es interpretación. Y esto es así porque no toda la filosofía es especulación, ni la interpretación es una patente de corso para cuestionar lo que no es necesario cuestionar. Una cosa es advertir que –si se presentan los motivos adecuados– es posible cuestionar cualquier elemento que pertenezca a un sistema, a pesar de lo distinguido, tradicional o aceptado que pueda ser, y otra muy distinta asumir que por mero capricho o arbitrariedad –es decir, sin una buena razón– se pueda objetar cualquier elemento del sistema.

1.3 Tercera condición filosófica de la hermenéutica: lo dialéctico antecede a lo lógico

En este punto, partimos de la base que el derecho colombiano está íntimamente relacionado con la forma de gobierno democrático y esta realidad incide en los elementos del sistema normativo, sometiéndolo a cuestionamientos que, en sí mismos, también son cuestionables; como por ejemplo que el Congreso de la República, en 2013, no legisló sobre el matrimonio de parejas del mismo sexo, a pesar que la Corte Constitucional lo exhortó para el efecto en la Sentencia C-577 de 2011, como veremos en el caso sometido a estudio más adelante. Y esto advierte que el derecho es una ciencia social aplicada que está lejos de carecer de fallos, fisuras y ambigüedades porque está íntimamente vinculado a lógicas y dinámicas políticas y sociales, que en sí mismas son imperfectas. La hermenéutica posee estos rasgos:

“Si la hermenéutica afirma ‘un sentido inagotable’, entonces no puede ser verdad que todas las interpretaciones tengan el mismo valor o ninguno, sino que el juicio justo que el jurista debe emitir está sometido a unas exigencias de ‘valor inagotable’. El jurista está sometido a la justicia como una exigencia que él no domina, lo cual es todo lo contrario de la arbitrariedad judicial y, al mismo tiempo, lo contrario de la absoluta sumisión a las leyes positivas, que es la arbitrariedad legislativa”¹³

Es decir, que la hermenéutica en su versión jurídica tiene la ventaja de evitar dos tipos de arbitrariedades: por un lado, la judicial o subjetiva; y del otro, la legislativa u objetiva. No se trata de una técnica para manipular la norma positiva para que sirva a intereses particulares de carácter extrajurídico, sino de un campo de exploración en el que se presentan regularidades que permiten hacer el ajuste entre las aspiraciones particulares de cada involucrado y las exigencias normativas de lo procesal y lo

formal; que se tienen que respetar y acatar pero que, por exceso de celo, puede llegar a la arbitrariedad, como lo veremos más adelante con el estudio de caso.

El problema se encuentra en el “valor inagotable” de las exigencias a las que el jurista está sometido, en particular la justicia. Todos los debates respecto a la legitimidad de una decisión –es decir, a su aceptación y reconocimiento por el contexto sociopolítico dentro del que se toma– giran en torno al inevitable principio de incertidumbre asociado con esos valores. La obsesión con la validez, que no es más que el ajuste de una decisión con las reglas formales del sistema dentro del que se profiere, se confunde con la eficacia; es decir, con la capacidad de una decisión de tener efectos no necesariamente reducidos a lo jurídico, hace que encuentre reprochable cualquier vacilación o ambigüedad.

En realidad, lo que está en permanente sospecha es la posibilidad misma de la hermenéutica, pues ella opera y se hace necesaria cuando las vías de lo legítimo, de lo válido o de lo eficaz presentan un fallo o tienen un defecto. Desde la perspectiva del positivismo legalista es difícil de asimilar, que el derecho tenga fallas, fisuras o ambigüedades. Y la hermenéutica solo es útil para la ciencia social del derecho, si se admite este postulado funcional. De modo que, cuando se trata de un caso límite o complejo, las condiciones de consistencia lógica, que son internas al derecho, siempre tendrán un carácter subsidiario o posterior a los retos dialécticos, que implican condicionantes externos a los que el derecho no se puede sustraer.

1.4 Cuarta condición filosófica: el carácter dialéctico y circular de los problemas hermenéuticos

Una temática dialéctica tiene tres características, a saber: i) es una cuestión simultáneamente teórica y práctica; ii) que no se la puede cerrar; y iii) tampoco se la puede abandonar. El constitucionalismo es el campo del derecho que más aprovecha el mecanismo hermenéutico. Pero, en lo que respecta a providencias concretas, como se advertirá en caso del juez civil que se negó a casar una pareja de lesbianas, este aspecto termina reduciéndose al campo eminentemente explicativo o metodológico de la hermenéutica filosófica y, por tanto, su carácter abierto y redescrible se pierde.

Y este sentido, puede asociarse no solo con las modulaciones específicas de un operador judicial, sino que se relacionan con los documentos más importantes de las normativas estatales: las constituciones. Estos textos base pueden ser interpretables en razón a su carácter dialéctico y sentido abierto con vocación evolutiva que conecta con

“... el desempeño de la actividad hermenéutica, las nuevas circunstancias sociales, económicas, científicas, tecnológicas, culturales, además de las políticas.”¹⁴

Y no solo eso, dado que la interpretación es irreductible, y por ello está abierta, es posible volver a plantear el problema para un nuevo debate siempre y cuando existan elementos tomados de la experiencia y estén debidamente apoyados por un argumento. Con todo, la idea evolutiva es engañosa porque lleva a asumir que puede haber una superación o resolución de problemáticas que deben estar planteadas permanentemente como abiertas:

“La interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales representa también el resultado natural del criterio lógico-sistemático: criterio principal de interpretación constitucional, según el cual cada disposición debe ser interpretada a la luz del resto de todas las otras disposiciones y en especial de las más estrechamente relacionadas”¹⁵

De modo que lo que realizan las Cortes al enfrentarse a la complejidad de los casos, sin perder la rigurosidad del procedimiento, es mantener abierta la posibilidad de proponer un sentido articulador de los valores y principios normativos frente a la cambiante realidad social. “La modificación de una disposición constitucional, en efecto, impone una reevaluación del significado de las otras disposiciones constitucionales relacionadas con ella, aunque quedaran intactas”¹⁶. Sin duda, es el constitucionalismo el campo del derecho que ha permitido identificar este déficit o distancia casi que insalvable entre lo que es la hermenéutica filosófica y lo que el derecho asume como hermenéutica jurídica.

El aspecto dialéctico de la hermenéutica no es ajeno a las dinámicas de lo jurídico. En efecto, es claro que consensualismo, rigidez y elasticidad son elementos hermenéuticos en los que se fundamenta su carácter dinámico y circular. Pero son los mismos que plantean la tensión con la estructura de la hermenéutica, que no puede reducirse a un proceso lineal ni meramente explicativo:

“El mérito de la actualidad y de la vitalidad de la Constitución debe, por otra parte, atribuirse a la obra incesante y sensible de la jurisprudencia constitucional, que, mediante una interpretación sistemático-evolutiva, con frecuencia ha sabido dar cobertura constitucional a situaciones inéditas, colmando las lagunas en el sistema de las disposiciones constitucionales y resolviendo muchas contradicciones del sistema legislativo”¹⁷

14 PASTORE, Fulvio. “Constitución y tiempo”. *Revista de Estudios Jurídicos*, 14, 2014, p. 6

15 Ibidem.

16 Ibidem.

17 Ibid., p.7

Es aquí donde conviene establecer un enlace de regreso a la hermenéutica filosófica. En efecto, la triple mimesis¹⁸ y el eje tridimensional de la hermenéutica advierten que la dialéctica vuelve sobre los mismos problemas e interrogantes, pero con una estructura que es serpentina, espiralada, pues la dimensión puede cambiar como si fluctuara entre niveles o escenarios. El mismo problema se puede plantear respecto a una persona en concreto –y las minorías aquí reciben su salvaguarda, como por ejemplo la pareja de lesbianas que solicitaron ser casadas,–, una circunstancia social, política o económica específica, o en una situación extraordinaria debidamente justificada.

1.5 Quinta condición filosófica: la comprensión es un acontecimiento discursivo inacabado

La inquietud de la que surge esta condición parte de las posturas que asumen que, aun aplicando criterios hermenéuticos y de que se extraiga una decisión que se pueda considerar consistente en derecho, esto cierre o clausure las posibilidades de la interpretación, sea porque se llegue a una determinación que cierra el asunto, sea porque tal determinación se tome como la única posible a partir de los elementos que entraron en consideración en el proceso reflexivo:

“Se trata de descubrir la mediación entre hermenéutica (condicionalidad, historicidad) y crítica (incondicionalidad y universalidad), para comprender que una razón práctica condicionada históricamente es capaz de principios éticos incondicionados. Que la facticidad de la experiencia y la reflexión racional se pueden dar unidas en las «pretensiones de validez». Que la validez, para ser universalizable, no tiene que ser pura, sino que puede ser histórica y práctica, por tanto, impura.”¹⁹

Lo anterior resulta inquietante. A pesar de que se hace una propuesta de historización y practicidad de las interacciones jurídicas que necesitan de la interpretación y, por tanto, de cumplir con condiciones filosóficas de sustentación del sentido propuesto, se trata más de un esfuerzo por habilitar tal caracterización, que se asemeja más a un déficit que, a partir de lo que el rigor de la estructura, en la que la validez sí es posible, puede considerarse, o bien subsanable, o asimilable.

18 RICOEUR, Paul. *Tiempo y narración I. Configuración del tiempo en el relato histórico*. Agustín Neira, traductor. Siglo XXI, Ciudad de México, 1995, p.127

19 CONILL, Jesús. “De la ley natural al universalismo hermenéutico”. *Pensamiento*, 66, 248, 2010. p. 239.

En esa misma línea se orientan las reflexiones respecto a lo que el autor y el texto, que en la hermenéutica también son instancias de un proceso que no debe considerarse como cerrado, pueden significar en la hermenéutica jurídica contribuciones de la filosofía contemporánea siguiendo a Ricoeur²⁰, las cuales sirven para resolver casos límite que develan las fisuras del sistema normativo.

Luego, toda interpretación, hasta la jurídica, es un juego con el sentido que debe ser consistente y sólido, pero que debe concebirse como abierto a debate y a discusión. Es más, la capacidad de anticipación de las interpretaciones no puede equipararse a la de la ciencia positiva. Asociar una heurística con la hermenéutica es, o bien un abuso de lenguaje o bien un intento por convertir a la hermenéutica filosófica en una mera técnica de modulación jurídica, que la vuelve lineal. Por tanto, esta visión reduccionista refleja un procedimiento que trata de imitar el método científico, pero se queda en un simple dispositivo exegético que proyecta convicciones empotradas en el derecho positivo.

Sin embargo, la reflexión respecto a la concepción que se hace el derecho de la hermenéutica termina chocando con las rutinas que impiden ver la estructura circular de la hermenéutica y de los problemas de los que se ocupa y que tiene en común con el contexto del derecho. La fijación con el análisis y el procedimiento es lo que limita la posibilidad de que lo jurídico asocie a la hermenéutica con el aspecto complementario de la explicación, que no es otro que la comprensión:

“El problema es el de adquirir las estructuras existenciales de la comprensión y de la interpretación a partir del lenguaje: si la consideramos con alguna profundidad, la conexión lingüística fundamental que el sujeto establece con las cosas y con los demás, no puede no revelar un carácter hermenéutico-existencial. Los problemas críticos y de verificación pueden introducirse en el cuadro de la comprensión hermenéutica. Los significados deben poder ser analizados en los contextos de las situaciones interactivas e intersubjetivas: por lo tanto se presentan en el lenguaje no solamente el estado de las cosas, al que las palabras se refieren, sino también las intenciones de los hablantes.”²¹

El conflicto y el problema que esta postura le plantea al derecho no es algo que resulte desconocido. La imposibilidad de interpretar, la insistencia en que el que prevalece es el texto de la normativa vigente y no las necesarias ampliaciones y ajustes de su sentido que surgen de los casos concretos es una manifestación del predominio

20 RICOEUR, Paul. *Tiempo y narración I. Configuración del tiempo en el relato histórico*. Agustín Neira, traductor. Siglo XXI, Ciudad de México, 1995.

21 ZACCARIA, Giuseppe. “Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p.322.

que sigue teniendo el formalismo jurídico que considera que las leyes, en tanto que vigentes, tienen una capacidad incuestionable de predominar y prevalecer:

“Así, este tipo de situaciones se dan diariamente en el quehacer judicial de los jueces, magistrados y ministros, quienes aplican de manera casi mecánica algún texto normativo y argumentan con la debida fluidez y lógica matemática, pero también incurrn en conflictos interpretativos y argumentativos, por ejemplo cuando un texto lo suficientemente claro se interpreta de manera aislada, debiendo ser interpretado en relación con el ordenamiento jurídico donde se encuentra enclavado o cuando con el propósito de establecer las razones que motivan el fallo se incurre en una falacia lógica de petición de principio”²²

De lo anterior, es posible resaltar uno de los elementos que termina solapado o disminuido por el formalismo procedimental que reduce la hermenéutica a un mero procedimiento, a un mero modo de hacer, y que suprime sus capacidades de generación de sentido a través de la comprensión:

“Esta hermenéutica no olvida la necesaria positividad del derecho. Es cierto que la propuesta formalista rechaza de manera expresa la hermenéutica y la contextualización de la aplicación normativa, pero me parece que los partidarios de ese formalismo piensan en las hermenéuticas que disuelven toda interpretación en la decisión del intérprete y niegan cualquier relevancia a la textualidad puesta por el legislador... En cambio, un relativo pluralismo hermenéutico sí es armonizable con el respeto al texto y el imperio de la ley. No es una vía libre para la arbitrariedad judicial, sino el reconocimiento de la imprecisión de los asuntos humanos y la necesidad de contar con argumentos para afrontar las posibles ambigüedades del texto”²³

Empero, la inquietud por ese carácter abierto y revisable que propone el momento de comprensión del círculo hermenéutico filosófico es lo que resulta inquietante para el derecho, lo cual impone la inquietud inevitable de esta apertura del sentido que se le puede asignar a la norma a partir de los elementos concretos que contenga cada caso, así que la importancia de la narratividad se convierte en una inquietud recurrente.

Ahora, teniendo en cuenta la inquietud respecto al sentido que se le puede asignar al discurso, y considerando que el derecho mismo es un tipo de discurso en el que la normativa cumple con un papel central, la insuficiencia de la hermenéutica como

22 RIVAS, Francisco & SERRANO, José. “Escuelas de la teoría de la interpretación y argumentación jurídica”. *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, 4(8), 2015, pp. 13.

23 RODRÍGUEZ, Manuel. “La interpretación de las normas jurídicas como problema constitucional. Una reflexión desde el caso español”. *Dikaion*, 27(2), 2018. p. 193.

asume el derecho, deviene evidente en la postura de que, en tanto lenguaje, el discurso jurídico debe admitir su carácter inestable, abierto e interpretable y recurrente.²⁴

El mayor problema proviene de la *voluntad de sistema* y de la *perpetuación de prejuicios*, obsesionada con que debe ser, internamente consistente, independiente y autosuficiente, que ve cualquier externalidad como una amenaza y confunde la eficiencia funcional propia del sistema. Lo más inquietante en esta postura, como se verá en el caso elegido para análisis, es que suprime el límite sistémico cuando, a partir de un sesgo subjetivo y arbitrario, contrario la garantía de derechos inherente a la dignidad humana. La visión positivista legalista del derecho, se rehúsa a admitir el aspecto comprensivo de la hermenéutica filosófica y se conforma con su aspecto meramente explicativo.

2. La hermenéutica en las reflexiones jurídicas: entre la reserva y el rechazo

Este apartado refleja la postura y la operatividad que se le asigna a la hermenéutica en las dinámicas de lo jurídico. El tema no es apacible, pues entre las distintas corrientes doctrinales del derecho antagonizan el positivismo legalista, con la tendencia a forzar los enunciados normativos y a acomodarlos a las preconcepciones formalistas sobre pretexto de alcanzar la seguridad jurídica; y de otro lado, el constitucionalismo, en sus diversas modalidades, que busca trascender el sentido de lo jurídico para reconocer la paradójica realidad dialéctica y conflictiva de la conducta humana.

Desde la lógica positivista tradicional la explicación normativa de los enunciados generalmente avoca a la aplicación del derecho dentro de un proceso judicial, y por tanto, su finalidad es "...eliminar las contradicciones presentes en los textos jurídicos, tratando de hacer patente para el caso concreto la voluntad del legislador, mediante el uso de las técnicas de interpretación correspondientes"²⁵. Este modelo reconoce como método de aplicación el silogismo lógico y cuya conclusión o fallo es considerado la extensión del texto legal. ²⁶ Esta visión minimalista es criticada desde la jurisprudencia conceptual, en tanto considera que la interpretación es realizada de forma habitual, con las características que le suministran cada actividad profesional del derecho.²⁷

24 Ibidem

25 GALINDO, Fernando; MORENO, José; & MUÑOZ, José. "El Concepto de Derecho. De la argumentación a la comunicación". *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993. pp.232-233.

26 Ibid, p. 233

27 Ibidem.

Ahora, volviendo a la interpretación desde el ámbito judicial, se distingue entre quienes abogan por el principio de legalidad exegético, y quienes reflexionan críticamente sobre dicho principio. En últimas, este debate se concentra en cómo debe ser la función judicial: si el derecho debe ser meramente descrito²⁸, o si es posible para el juez, una interpretación amplia y casuística a partir de un sistema normativo que arroje una decisión correcta y coherente²⁹.

Esta disputa puede entenderse como una real característica de inestabilidad sistémica que se reproduce dentro del derecho, reflejando a su vez, las complejas relaciones interpersonales en la sociedad contemporánea que pretende regular. Para Habermas³⁰, siguiendo el modelo hermenéutico de Gadamer, existen una serie de instrumentos que permiten creer que un texto por más antiguo que sea, es susceptible de una interpretación racional y lo que pueda decirse de ese texto, no está abandonado a la arbitrariedad del intérprete. De ahí, que en el positivismo hay una negación de que el Derecho, pueda reflejar un tipo de sentido objetivo sobre una ley que se interpreta y reconstruye, sin que sea necesario recurrir a las convicciones del intérprete.

“La hermenéutica cobra una posición propia en el seno de la teoría del derecho porque resuelve el problema de la racionalidad en la fundamentación de las sentencias, mediante inserción contextualista de la razón en el contexto histórico de las tradiciones de que se trate. Según esto la precomprensión del juez viene acuñada y determinada por los *topoi* de un texto de tradición, es decir, de una determinada eticidad. (...) La hermenéutica convertida así en teoría del derecho, se toma, pues, en serio la pretensión de legitimidad de las decisiones judiciales.”³¹

Lo anterior, permite revisar los aportes que la filosofía proyecta a la hermenéutica jurídica y se convierte, entonces, desde el planteamiento de Radbruch, en un diálogo productivo con el estudio de la dogmática jurídica, atendiendo desde la interpretación legal seis postulados fundamentales, a saber:

“i) que la interpretación jurídica no es más que la mediación del sentido objetivo de un sistema legal; ii), que mediar es el tratamiento de la ley en tanto esencia de las normas positivas y generales de la vida social; iii), que el sentido objetivo no lo determina la intención del legislador; iv), que el sentido objetivo presupone la construcción de una institución jurídica o de un sistema legal entendido como un todo; v), que la construcción de una institución jurídica de un sistema legal se perfecciona a través de verdaderos conceptos jurídicos de carácter categórico

28 HART, Herber. *El Concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2010. p.231-242

29 DWORKIN, Ronald. *De los derechos en serio*. Ariel. Ciudad de México. 2012. P.101

30 Habermas. Jürgen. *Facticidad y Validez*. Trotta. Madrid. 2010

31 *Ibidem*, p. 269

o teleológico; y vi), que la ley, en tanto una entidad total depende, a fin de cuentas, de la decisión tomada por el único que aplica la ley orientada a uno de los propósitos objetivos potenciales de la misma.³²

La hermenéutica es, según esta postura, más un proceso de toma de decisiones que una estructura autorreferente que se ocupa de problemas abiertos que no se pueden abandonar. La propuesta parece tan clara y bien estructurada como debatible, precisamente por el uso de términos filosóficos como ciencia, esencia, concepto, objetivo, y, lo que es importante para la presente reflexión, hermenéutico. Es más, las dinámicas de la metadogmática jurídica le conceden una postura distinguida pero siempre subsidiaria:

“La filosofía del derecho de matriz hermenéutica ha realizado una oportuna y fructífera labor crítica de la teoría jurídica moderna, destacando su reduccionismo cientificista y positivista, su descriptivismo formalista y alejado de la praxis, sus excesos analítico-descompositivos y la consiguiente preterición de las dimensiones sintéticas del conocimiento práctico, así como su radical normativismo, con el consiguiente olvido de las dimensiones interpretativas del saber jurídico. Pero no obstante esta contribución positiva a la crítica del pensamiento jurídico moderno, la hermenéutica jurídica aboca a numerosas aporías y perplejidades, fundamentalmente en razón de su reduccionismo lingüístico, i.e., su pretensión de permanecer en la inmanencia del lenguaje, sin trascender a la realidad natural, con la consiguiente negación de toda la dimensión semántica del lenguaje y, en especial, de su referencialidad o carácter designativo.”³³

Lo llamativo de esta postura de la metadogmática, ante las condiciones de la hermenéutica como las plantea la filosofía, es que, paradójicamente, está dispuesta a admitir el aspecto metodológico que se le asocia, rechazando al mismo tiempo sus potencialidades de comprensión y, con ello, su capacidad de generar sentidos.

Es decir que el derecho acoge la hermenéutica como modo de hacer y, en forma curiosa, le niega su aspecto complementario en tanto modo de comprender. El derecho quiere a la hermenéutica como posibilidad epistemológica y la rechaza como exigencia ontológica. El problema es ser rigurosos según un método de interpretación, dejándole la determinación de la verdad al fundamento discursivo en las normas:

“Esto supone la negación de cualquier posibilidad de alcanzar la verdad –como adecuación, se entiende– y, consecuentemente, de reconocer el error; de aquí

32 MATOS, Saulo; MONTEIRO, Martinho. “A hermenêutica jurídica de Gustav Radbruch.” *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 8(1), 2016, pp.18. (Traducción propia)

33 MASSINI, Carlos. “Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 37(107), 2007, p. 432.

se sigue directamente la negación de la noción de “verdad práctica” y de la posibilidad de alcanzar, en el campo del derecho, interpretaciones adecuadas o inadecuadas,~ verdaderas o falsas. Esta posición aboca asimismo a serias inconsistencias en cuanto al carácter deóntico del derecho y a la necesaria fundamentación de la obligación jurídica. Todo esto en el marco de una notable falta de precisión en los conceptos –motivada probablemente por el olvido de la doctrina de la analogía de los nombres y de los conceptos– y de aquellas distinciones que resultan necesarias para la elaboración de un discurso consistente.”³⁴

El problema propuesto aquí, evoca el debate de la cientificidad del derecho, que desde está arista conceptual, aspira a configurar la hermenéutica según ciertas condiciones de empleo que en realidad, terminan reduciéndola a un modo de hacer, y que, en términos filosóficos, no es hermenéutica, sino una mera técnica de modulación de textos jurídicos orientada a toma de decisiones en una estructura de carácter lineal.

La complejidad del debate se debe en gran medida a que el derecho tiene una concepción particular de lo que considera científico. Se trata de un aspecto que la metadogmática jurídica da por sentado y en torno al cual deben girar todos los aspectos y debates asociados con la filosofía. Las pretensiones científicas del derecho llevan este debate a un punto irreconciliable:

“El ideal de ciencia jurídica positivista presuponía una peculiar concepción de las funciones de la dogmática y de los operadores jurídicos, donde tanto aquella como éstos debían limitarse a ser un fiel reflejo del orden jurídico positivo, y de ahí el estatus cognoscitivo que se atribuye a la interpretación, los dogmas de la plenitud y coherencia, la limitación de los procedimientos de integración, etc. Pero ya desde la Jurisprudencia de intereses y, sobre todo, desde la Escuela de Derecho libre, las reacciones contra la ideología exegética y conceptual, que consideraba a la ley como única fuente del Derecho y a la voluntad del legislador como único criterio para asignar significado a la ley, no hicieron más que multiplicarse”³⁵.

La consecuencia de esto es llevar a la hermenéutica a convertirse en una especie de técnica de desvelamiento, de poner a la luz lo oculto, de descubrir. La posibilidad de proponer o de generar sentidos termina descartada:

“Así, por un lado, en lo que respecta a la actividad operativa, aunque la adhesión formal al orden positivo no se cuestiona, si se hacen explícitas las consideraciones de todo tipo que influyen en las decisiones jurisprudenciales. Y por otro lado, con referencia a la actividad doctrinal, se pone de manifiesto que una función no reconocida pero importantísima de la dogmática jurídica

34 Ibid. P.433

35 Ibid. P.434

consiste en reformular el sistema legislado adaptándolo a las pautas valorativas vigentes³⁶

Pero el problema no es solo de carácter metodológico y de determinación de la verdad, sino que, haciendo más enfático aún el trasfondo filosófico de esta asunción jurídica, es que la metadogmática añade el reto de mediación entre lo explicativo y lo comprensivo, que no es otro que la necesidad de proporcionar argumentos para avalar la objetividad de las razones judiciales, "...tanto la tónica como la nueva retórica y la hermenéutica invocan una serie de discutibles principios extrasistemáticos que permiten preservar la figura del juez..., vinculado, no a la ley, pero sí a estas reglas y pautas hermenéuticas"³⁷.

Lo que propone este esfuerzo es la búsqueda de un objeto para la filosofía jurídica, así que su paradigma sigue siendo el que considera al derecho como una ciencia dura con la estructura típica de las ciencias exactas, que pretenden tener independencia total y consistencia interna completa. De ahí que comprende la objetividad como un criterio que garantiza imparcialidad, desapasionamiento y, por tanto, rigor metodológico.

Con todo, esta pretensión resulta problemática, habida cuenta que la cualidad de ser objeto o de ocupar un lugar pasivo dentro de un proceso de conocimiento, no puede asimilarse a neutralidad, sin incurrir en el error de confundir explicación con comprensión y la epistemología con la ontología.

Es decir, hay un defecto en la fundamentación filosófica que conduce a una concepción desajustada de la objetividad y que hace necesario señalar cuáles son los aspectos filosóficos de los que no se puede desprender la hermenéutica jurídica sin convertirse en un ejercicio de técnicas intralingüísticas que asumen poder dar cuenta de *las cosas como sin en sí mismas*, que es el sentido típico que se le asigna a lo real.

A partir de lo anterior, es posible afirmar que la hermenéutica jurídica apenas si tiene relación con la hermenéutica filosófica, lo que reduce drásticamente y pauperiza las posibilidades de interpretación que se pueden realizar en el contexto de las dinámicas de lo jurídico. De modo que, o bien es solo un protocolo de modulaciones que aspiran a garantizar el carácter aparentemente técnico de un proceso de argumentación que es abierto, debido a que el derecho es una ciencia social y humana, y no una ciencia dura. O bien, la palabra hermenéutica se emplea en el contexto del derecho por su prestigio, pero no por las potencialidades ofrecidas por la filosofía.

36 GASCÓN, Marina. "Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica". *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p. 200.

37 *Ibid.*, p.202

Como se verá en el estudio de caso, el extremo de esta distancia es que un operador jurídico se siente lo suficientemente facultado para proferir providencias que, apoyándose en las potestades del derecho positivo vigente, solo aspira a perpetuar las restricciones de acceso a derecho, con fundamentos carentes de juridicidad y motivados, por convicciones morales o religiosas, tal y como se verá más adelante, incluso desentendiéndose el deber de coherencia y vinculatoriedad del precedente jurisprudencial constitucional.

3. El caso de desatención de las condiciones filosóficas de la hermenéutica en una providencia judicial

En este apartado, se determinarán primero las características de la providencia. Para el efecto, se extraerán las razones de fondo que fundamentan la postura del operador jurídico, siguiendo la técnica de análisis sobre el deber de coherencia del precedente jurisprudencial propuesta por López³⁸. Luego, se interpretará la providencia a la luz de las cinco condiciones filosóficas propuestas.

3.1 Análisis de la providencia interlocutoria en Derecho de Familia

El Juez Décimo Civil Municipal de Cartagena, mediante auto interlocutorio fechado del 31 de agosto 2020, decidió rechazar la solicitud de matrimonio civil presentada por la pareja lesbiana integrada por las ciudadanas Julieth del Carmen Ramos Rivera y Guskary Alejandra Vásquez Santiago, a pesar de la competencia que la ley le otorga para celebrar esta unión familiar. Luego de revisar la providencia se extraen las razones de fondo y el sustento argumentativo de la negativa judicial así:

3.1.1 El fundamento jurisprudencial del matrimonio igualitario: reconoce que la Corte Constitucional colombiana, ha proferido las sentencias C-577 de 2011 y SU-214 de 2016, según las cuales se introdujo en el sistema jurídico el matrimonio y la adopción por parejas del mismo sexo. Vale decir, que a pesar de este reconocimiento posteriormente desconoce el valor vinculante de la jurisprudencia constitucional con fundamento en su interpretación positivista del derecho.

38 LÓPEZ, Diego. *Eslabones del Derecho: El deber de coherencia en el precedente judicial*. Legis & UniAndes. Bogotá. 2016. Pp. 184-192.

- 3.1.2 *El sustento Teológico del ordenamiento jurídico*: afirma que, en el preámbulo constitucional, y los artículos 122 y 192 de la misma obra, se hace un reconocimiento expreso a la protección de Dios y se ordena la toma de juramento a los servidores públicos con una vocación teológica. Este argumento es uno de los más potentes en su decisión, aunque la base del mismo solo se expone en forma exegética.
- 3.1.3 *La visión unitarista de Dios en la legislación*: para el juez, resulta inaceptable pensar que la idea de Dios formulada en el texto constitucional sea plural³⁹. En esta lógica interpretativa, para que el juramento de los servidores públicos sea jurídicamente exigible, es indispensable conocer la naturaleza teológica de la deidad. Se destaca que el método de conocimiento e interpretación de esta naturaleza descansa en la palabra de Dios, esto es, la Biblia.
- 3.1.4 *La creencia en Dios y los Derechos Fundamentales son iguales para todas las personas*: el juez sostiene que, los fundamentos axiológicos esenciales, y la concepción sobre Dios, debe ser los mismos para todas las personas. “Y ese Dios, y ese es el único Dios verdadero, el todopoderoso, creador de los cielos, la tierra,... es el Dios de la biblia, el Dios de Abraham, de Isaac, de Israel.”⁴⁰. Esta postura, evidentemente desconoce los preceptos y jurisprudencia constitucionales existentes sobre libertad de cultos en Colombia.
- 3.1.5 *Los principios del derecho natural como límite a la interpretación de la Corte Constitucional*: afirma que la sentencia C-350 de 1994, de la Corte, es errónea al decretar que la Constitución de 1991, permite la libertad de cultos sin límites en su ejercicio, pues esto desconoce las leyes de derecho natural, que son armónicas con la moral cristiana, y que debe orientar a la Constitución en casos dudosos, según el artículo 4 de la ley 153 de 1887.
- 3.1.6 *La inexistencia legal del matrimonio de parejas LGBTIQ*: si bien, la Corte Constitucional invitó al Congreso, para que antes del 20 de Junio de 2013, acabara el déficit legislativo en contra de la población LGBTIQ en materia familiar, especialmente, frente a la institución matrimonial; el legislativo guardó silencio al respecto. Esta postura interpretativa del juez, se reconoce en el fundamento del positivismo legalista y formal.
- 3.1.7 *La Corte Constitucional como usurpadora de las funciones legislativas*: Permitir el matrimonio de parejas LGBTIQ con base en las sentencias de la Corte Constitucional, significa vulnerar la libertad de elección de los congresistas, y ubica a la Corte, en un rol de legislador activo que atenta con el sistema de distribuciones de funciones en las Ramas del poder público, afectando la democracia y la seguridad jurídica.

39 FLÓREZ, Ramiro. Providencia Interlocutoria, Juzgado Civil Municipal de Cartagena (Col). 31 de agosto 2020, P.1

40 Ibid. p.2.

- 3.1.8 *La negativa a matrimonio gay con sustento en objeción de conciencia*: la renuencia a cumplir el mandato legal, radica en que su moral cristiana no le permite cohonestar contra de los principios esenciales del derecho natural creados por Dios. Y que ante el conflicto del derecho positivo con la ley divina, afirma: "... yo prefiero la ley de Dios, porque prefiero agradar primero a mi Señor Dios todopoderoso, antes que al ser humano.⁴¹"
- 3.1.9 *La condición laica del Estado contraría su estructura doctrinal teológica*: la invocación a Dios realizada en el Preámbulo constitucional, y el deber de juramento divino, develan que la única manera de conocer a Dios y por ende se naturaleza, es mediante el estudio de la Biblia. Luego, los argumentos ofrecidos por la Corte Constitucional en favor de la laicidad del Estado son artificiosos. Así, no casar a la pareja de ciudadanas lesbianas no constituye un acto de discriminación, sino de comprensión de las normas que rigen el orden jurídico colombiano.

3.2 Análisis de la providencia a la luz de las 5 condiciones de la hermenéutica filosófica

Luego de extraídas las razones suficientes que soportan la negativa del juez civil, para aceptar el matrimonio igualitario en Colombia, se procede a aplicar las cinco condiciones filosóficas de la hermenéutica que fueron ampliamente expuestas en el primer apartado del artículo, con el ánimo de contrastar el sustento argumentativo de su providencia:

- 3.2.1 Primera condición – La especulación: se advierte como el juez no realiza un ejercicio especulativo en términos filosóficos, dado que proyecta sus convicciones y prejuicios religiosos sobre los dictados vinculantes del ordenamiento jurídicos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sus razones contienen falacias argumentativas y lacónicas que parten de razones propias de dogma religioso, dejando de lado, la oportunidad de establecer un debate serio, más allá de la Ley Divina. Esto constituye una transgresión de las garantías fundamentales de una población vulnerable, en términos familiares, según se advierte en los argumentos 2 a 4 del aparte anterior.
- 3.2.2 Segunda condición - La explicación y la comprensión: siguiendo a Ricoeur⁴², no es posible reconocer la hermenéutica en términos filosóficos, sino se abordan estos dos momentos, necesarios y cíclicos. En relación con la providencia en cuestión, es evidente la ausencia del momento comprensivo, en el cual se debe

41 Ibid., p.3.

42 RICOEUR, Paul. *Del texto a la acción*. Pablo Corona, traductor. FCE, México, 2002, p. 149-168.

sustentar ontológicamente la decisión de rechazar la solicitud de matrimonio igualitario. Contrario a ello, el operador jurídico, considera autosuficientes los argumentos teológicos explicados en el momento metodológico en el cual se realiza una exposición moralista y sesgada, no solo de la estructura doctrinal del Estado colombiano, sino de la función interpretativa de la Corte Constitucional, como se advierte en los numerales 5 y 7 del análisis de la providencia.

- 3.2.3 Tercera condición - Lo dialéctico antecede a lo lógico: en este caso no se hace un reconocimiento de la dimensión dialéctica del problema complejo a interpretar, esto es, matrimonio igualitario. Para el Juez civil municipal, en el numeral 6° del análisis, se niega la complejidad del caso, y lo simplifica a la existencia de un vacío legal, invisibilizando la función de fuente formal de la jurisprudencia Constitucional. Incluso, ante la existencia de un vacío legal, estaría obligado a llenar ese espacio normativo con una interpretación favorable a los intereses de una población en situación de vulnerabilidad, en este caso, la pareja lesbiana en razón al principio rector de la Dignidad Humana. Sin embargo, termina sustentando su decisión en argumentos que transportan su convicción privada en un valor universal derivado de la moral cristiana y el derecho natural, como lo expone en la parte final del argumento No.9.
- 3.2.4 Cuarta condición - Los problemas hermenéuticos y su carácter dialéctico y circular: en esta condición se asume que la resolución de un caso puede constituir un insumo para otro proceso de interpretación. Pero, el Juez civil, rompe el círculo hermenéutico-filosófico, al obviar la comprensión y convertir el proceso en una explicación determinada por la convicción religiosa. Esto configura dos errores filosóficos: i) reduce la hermenéutica a un mero proceso de explicación; y ii) elimina la posibilidad de comprensión frente a las realidades sociales contemporáneas que aspiran a una justicia social. Esto, en última instancia, constituye la función del carácter ontológico que tiene la comprensión del círculo interpretativo. Lo anterior, se puede advertir con el argumento No.8 ofrecido en el análisis de la providencia.
- 3.2.5 Quinta condición – La comprensión como discurso inacabado: bajo esta condición, las verdades absolutas no existen, y el debate, a pesar de versar en este caso, sobre la reivindicación de prerrogativas de poblaciones vulnerables, no tiene una resolución definitiva en términos filosóficos. A ello se antepone, la visión interpretativa que ofrece el Juez civil en cuestión, para quien la seguridad jurídica constituye un verdadero positivismo legalista, hermético, absoluto, sólido e inamovible que niega la condición de cambio y mutación en la naturaleza humana. Lo anterior, se advierte en los argumentos No.5 y 9, ofrecidos en clave de una cosmovisión unitarista del ordenamiento jurídico moralista y cristiano.

Consideraciones finales

En efecto, el catálogo de las cinco condiciones de la hermenéutica filosófica ofrece luces para una interpretación asertiva y justa del derecho, en tanto, su propuesta estructural elude la tendencia mecanicista y lineal de reducir la complejidad de las relaciones humanas a una aplicación silogística de enunciados. Contrario a ello, postula la condición circular y dialéctica de la hermenéutica, que la comprende y reconocer como un campo de exploración en el que se presentan tensiones. La alternativa filosófica del círculo hermenéutico confronta el absolutismo del poder; pero no puede terminar con la revelación de una nueva verdad incuestionable. Su apertura lo mantienen a salvo de caer en un absolutismo disfrazado.

En este sentido, se evidencia que la hermenéutica jurídica en sentido estrecho y estricto, tiene un afán metodológico, y meramente procedimental propio del modelo positivista que soslaya e invisibiliza los elementos problemáticos de un caso difícil, como el revisado en materia de derecho de familia. En efecto, esta lógica interpretativa permite la aplicación parcial e insuficiente de una técnica argumentativa que apenas alcanza a proporcionar elementos de carácter moral, y religioso, como en el caso expuesto que negó el matrimonio de pareja lesbiana, sin lograr los requerimientos exigidos por la estructura circular de la hermenéutica filosófica.

Según lo anterior, el derecho puede generar un uso inadecuado y abusivo de la expresión hermenéutica y su función básica, es decir la interpretación, con un ánimo meramente artificial para generar la impresión de que tiene fundamentación filosófica, cuando en realidad somete a este tipo de hermenéutica a una reducción de su carácter epistemológico. Este **ánimo** formalista extremo desaprovecha las alternativas ofrecidas por la filosofía en lo que respecta a las potencialidades semánticas de la comprensión y los contenidos dialécticos de un asunto, que no pueden cerrarse, ni abandonarse de manera absoluta.

Tal es el caso, de la providencia analizada al final de este artículo, y que expresa la necesidad de que el derecho integre auténticamente la hermenéutica filosófica, pues antes de aplicar cualquier criterio lógico de orden y precisión, primero requiere reivindicar el carácter problemático del asunto. Mientras que las dinámicas del derecho positivo-legalista asumen los conflictos de interés desde la reducción a una mera estructura de rigor formal, y sobrevaloran el principio de seguridad jurídica, se hace indispensable ocuparse de la dimensión conflictiva de la relación humana que hace los casos abiertos y variables, características éstas que se corresponden con los enunciados jurídico-políticos que integran el texto constitucional.

La hermenéutica filosófica como modelo de interpretación aplicado a los discursos jurídicos abre la puerta a una teoría más acabada, en la que un juez que

conoce el sistema jurídico, sea capaz de asegurar las condiciones fácticas sobre las que habría que plantear las consideraciones jurídicas de una decisión y se apoye en la convicción de que el derecho constitucionalizado es un conjunto coherente con cargas axiológicas enmarcado a partir de un contexto social. Esta teoría más acabada, está soportada en las cinco condiciones filosóficas de la hermenéutica jurídica que ofrecen reglas de juego claras, tanto para quien interpreta el derecho, como quienes piden su aplicación.

Lo anterior, permitiría blindar el ejercicio interpretativo de los sesgos arbitrarios, tales como los morales y religiosos ofrecidos por el juez civil en el caso de familia analizado; para valorar con mayor criterio la discrecionalidad judicial. Y para la decisión de un caso delimitado en sus condiciones fácticas y planteado por los apoderados en términos jurídicos, un juez tiene el deber constitucional de atender a estos condicionamientos y reconstruir coherentemente un sistema de normas y principios que le permitan llegar a una decisión correcta, que no tiene vocación de universal, perpetua y/o veracidad absoluta.



UNIVERSIDAD
DEL ZULIA

REVISTA DE FILOSOFÍA

Nº 97-1 _____

*Esta revista fue editada en formato digital y publicada
en abril de 2021, por el Fondo Editorial Serbiluz,
Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela*

www.luz.edu.ve
www.serbi.luz.edu.ve
www.produccioncientificaluz.org