

# Lineamientos para una renovación de la fenomenología del derecho



Jorge Roggero (UBA-CONICET)  
jorgeluisroggero@gmail.com

En *Naturaleza y función de la filosofía del Derecho*, Norberto Bobbio distingue entre filosofía del derecho de los juristas y filosofías del derecho de los filósofos (Bobbio, 1962: 91).<sup>1</sup> La filosofía de Kelsen es una filosofía de juristas, pues su propuesta intenta dar respuesta a problemas propios del jurista. Este antecedente fundacional fija una deriva para el tratamiento general de la filosofía del derecho, que tiene dos consecuencias: 1) los problemas de la filosofía del derecho parecen circunscribirse únicamente a los problemas que enfrenta el operar jurídico en la práctica concreta y 2) la filosofía del derecho asume, sin mayor cuestionamiento, una fundamentación y un método que proviene de la concepción positivista de la ciencia. Esta concepción científica es la que se advierte en la búsqueda de la *Reinheit* kelseniana que, como bien destaca Juan Ruiz Manero, se caracteriza 1) por una justificación hobbesiana del derecho que se traduce en la reducción del derecho a la norma como enunciado del deber ser coactivo, y 2) por una restricción de lo racional a la racionalidad científica, en la que se asume la tesis del emotivismo ético (Ruiz Manero, 2010: 39).

En esta ponencia pretendo esbozar algún mínimo lineamiento para una tarea que entiendo que la teoría crítica del derecho debería emprender: la de una fundamentación de su propuesta más allá de la matriz epistemológica de raigambre positivista y analítica. Con este fin, propongo revisar la tradición fenomenológica, incorporando a su propuesta algunos de los aportes más recientes de los fenomenólogos actuales. La idea de fenomenología tiene la ventaja de ser capaz no solo de ofrecer un fecundo y

<sup>1</sup> Agradezco a Eduardo Héctor Méndez por la referencia bibliográfica.

riguroso fundamento a los estudios de la crítica jurídica, sustraído de las restricciones del cientificismo, sino también de proporcionar una metodología eficiente para el acercamiento a las problemáticas jurídicas concretas. En este sentido, un enfoque fenomenológico de la filosofía del derecho permite articular la perspectiva del jurista con la perspectiva del filósofo.

La fenomenología del derecho registra importantes antecedentes históricos. Aunque Husserl demostró escaso interés por la fenomenología jurídica, pueden encontrarse en su obra algunos lineamientos básicos. En su curso de 1897, “Ethik und Rechtsphilosophie”, Husserl destaca que el estudio del derecho debe ser realizado desde una disciplina *a priori* (cfr. Hua XXVIII: 382). Esta disciplina será una eidética material, una ontología regional que trabaja con *a priori* materiales. La eidética del derecho estudiará las vivencias de conciencia que se dan en la esfera jurídica y las objetividades que surgen de esas vivencias. Esta esfera tiene su especificidad y no puede ser reducida a la esfera moral, axiológica o antropológica.

El más importante de los discípulos de Husserl que continuó la labor de una fenomenología jurídica es sin duda Adolf Reinach. En *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, Reinach sostiene que existen leyes *a priori* que dan cuenta de un conjunto de conexiones esenciales en ciertas instituciones jurídicas, más allá de que estas sean o no reconocidas en la legislación positiva. Se trata de indagar en el estatuto ontológico de ciertas objetividades, tales como pretensiones u obligaciones surgidas de actos sociales como la promesa.

La fenomenología del derecho de Reinach es continuada por Dietrich von Hildebrand. Es destacable el aporte de este autor para diferenciar la propuesta de un derecho *a priori* de la del iusnaturalismo. Hildebrand distingue con claridad la esfera de lo jurídico de la esfera de lo moral. No hay que confundir la “obligación jurídica” (*rechtliche Verbindlichkeit*) de cumplir una promesa, que se tiene solo frente a la contraparte, con la “obligación moral” (*moralische Verpflichtung*), que se funda en un valor (conf. 1974: 404).

Ahora bien, luego de estos importantes desarrollos ¿qué ocurrió con la fenomenología del derecho? ¿Mantuvo un diálogo con las ideas de otros fenomenólogos, además de Husserl?

Ciertamente podemos nombrar algunas propuestas interesantes posteriores a la obra de Reinach y de von Hildebrand. El filósofo francés Paul Amselek, desde la publicación de su primera obra *Méthode phénoménologique et théorie du droit* (1964) hasta hoy, continúa trabajando en el proyecto de una fenomenología del derecho de cuño husserliano, capaz de eliminar todo resabio metafísico en su consideración de lo jurídico y lo ético. También en Francia, Simone Goyard-Fabre, en su *Essai de critique phénoménologique du droit* (1972), reflexionando sobre el mundo de la vida y siguiendo el método husserliano de modo riguroso, propone que el sentido de derecho surge de experiencias prejurídicas.

En 1982, David Schiff hace un balance de los diversos recorridos de la fenomenología jurídica hasta ese momento, destacando la importancia de considerar a este enfoque en su aspecto crítico y su aporte al sentido, más que a la definición del derecho (conf. Schiff, 1982: 6).

Por su parte, el profesor italiano Sergio Cotta, recogiendo los aportes de la fenomenología de Husserl, pero también los de la fenomenología hermenéutica de Heidegger, propone una “ontofenomenología perspectivística del Derecho” (Cotta, 1987: 28) buscando el fundamento de lo jurídico en la estructura ontológica del existente humano.

Finalmente, en nuestro ámbito latinoamericano, contamos con un importante antecedente en la fenomenología jurídica: la teoría egológica del derecho, reconocida internacionalmente, formulada por Carlos Cossio. Siguiendo los lineamientos de una fenomenología existencial basada en Husserl y Heidegger, Cossio propone, como punto de partida, una “fenomenología de la sentencia”, que toma el lugar del juez como lugar central del sujeto cognoscente. Frente al racionalismo, que prescinde del contacto con la experiencia, y frente al empirismo y el historicismo, que falsifican ese contacto, la teoría egológica hace de la experiencia su “punto de apoyo” (Cossio, 1944: 25). La sentencia judicial es el “objeto” privilegiado para estudiar la experiencia jurídica.

La teoría egológica del derecho está estructurada en cuatro partes, que responden a los diversos aspectos del fenómeno jurídico estudiado: 1) Ontología Jurídica, 2) Lógica Jurídica Formal, 3) Lógica Jurídica Trascendental, 4) Axiología Jurídica. 1) La Ontología indaga –a partir de la concepción husserliana de ontologías regionales– en el ser del derecho. 2) La Lógica Formal examina la lógica propia del jurista en relación al *lógos* de la norma. 3) La Lógica Trascendental constituye una teoría del conocimiento normativo. 4) La Axiología se detiene en la estructura de la experiencia jurídica en tanto conducta.

Sin embargo, más allá de estos aportes fundamentales, el despliegue de la fenomenología del derecho no ha reparado en los planteos de la llamada *nouvelle phénoménologie*. La radicalización de la fenomenología hermenéutica llevada a cabo por Jean-Luc Marion no solo reviste de especial interés metodológico en lo atinente al problema jurídico de la interpretación, sino que a través de la distinción entre una fenomenicidad objetual y otra acontecencial hace posible repensar el estatuto del fenómeno jurídico y su relación con la justicia y la otredad. Estos rasgos permiten trazar los lineamientos para un replanteo de las bases mismas del estudio del derecho.

Marion reconoce explícitamente una función para la hermenéutica en la fenomenología de la donación. Ella es la encargada de “gestionar la distancia entre lo que se da y lo que se muestra” (Marion, 2016: 98 y 97). Asimismo, Marion sostiene que la articulación entre fenomenología y hermenéutica debe ser entendida en los términos en los que la plantea Romano: “la hermenéutica auténtica es una fenomenología y la fenomenología solo se cumple como hermenéutica” (Marion, 2016: 97 n. 2 y Romano, 2010: 874). La posibilidad última de la fenomenología de la donación está dada por el despliegue de una “hermenéutica del amor” capaz de acceder a los fenómenos en su acontecencialidad (conf. Roggero, 2019). Ahora bien, esta hermenéutica acontecencial exige reflexionar respecto del modo en que puede emprenderse la tarea de la *Auslegung* prescindiendo de una inscripción en un horizonte o mundo previo. Las fenomenologías hermenéuticas acontecenciales (Marion y Romano) operan a partir de una instancia antepredicativa originaria en la que se verifica un *logos* sensible, un sentido preconceptual inmanente a la experiencia, que debe ser analizado en sus propios términos. Ante el dogmatismo de un sentido que se impone sin considerar sus condicionamientos históricos y ante la arbitrariedad de un sentido establecido convencionalmente

(“idealismo lingüístico”), confundiendo las necesidades conceptuales con las necesidades reales, las propuestas de Marion y de Romano continúan otorgando el privilegio a la instancia antepredicativa.

Como ya habían advertido Reinach y Hildebrand, este punto abre una vía para la filosofía del derecho, podríamos decir que abre una tercera vía entre el iusnaturalismo y el positivismo, que converge con la vía de la teoría crítica. Esta cuestión clave reviste una nueva complejidad en estos autores actuales porque no solo se trata de establecer objetividades, sino también de determinar las necesidades reales, los *a priori* materiales, que pueden regir la contraexperiencia del acontecimiento.

El sentido que se expresa en estas instancias no objetivables es el levinasiano sentido ético previo a todo sentido objetivo. Sostengo como hipótesis que esta apertura a la acontecibilidad del darse del fenómeno, como apertura a la otredad, exhibe un talante ético y político que puede ser traducido en términos jurídicos. La contraexperiencia responde a la estructura hermenéutica de la pregunta y la respuesta que –como bien señala Marion– debe ser entendida como una modalidad de la estructura de la llamada y la respuesta. La *Sprachlichkeit* de la contraexperiencia constituye el núcleo originario de todo lenguaje, su exigencia ética. Y esta exigencia no se circunscribe solo al rostro humano, sino que debe ser ampliada a todo fenómeno (incluso el jurídico). He aquí la tarea a realizar para una actualización de la fenomenología del derecho que no olvide su relación con el acontecimiento de la justicia.

## Bibliografía

- Amselek, P. (1964). *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. París: L.G.D.J.
- (1973). The Phenomenological Description of Law. En M. Natanson, *Phenomenology and Social Sciences*, vol. 2 (pp. 367-450). Evanston: Northwestern University Press.
- (2013). Pour une phénoménologie du droit et de l'éthique sans mirages. *Revue de la Recherche Juridique*, 5, 1983-1996.
- Bobbio, N. (1962). Naturaleza y función de la filosofía del Derecho. En N. Bobbio, *Contribución a la teoría del Derecho*. Valencia: Fernando Torres Editor.
- Cossio, C. (1963). *La teoría egológica. Su problema y sus problemas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (1944). *La teoría egológica y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Losada.
- (1961). La gnoseología del error. *La Ley*, 101, 1079.
- Cotta, S. (1987). *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*. Pamplona: EUNSA.
- Goyard-Fabre, S. (1972). *Essai de critique phénoménologique du droit*. París: Klincksieck.
- Hildebrand, D. von (1974). Die rechtliche und sittliche Sphäre in ihrem Eigenwert und ihrem Zusammenhang. En D. von Hildebrand, *Gesammelte Werke, Band VII. Idolkultur und Gotteskultur* (pp. 399-415). Regensburg: Josef Habbel Verlag.

- Husserl, E. (1988). *Husserliana. Edmund Husserl Gesammelte Werke. Band XXVIII. Vorlesungen über Ethik und Wertlehre*. Dordrecht: Kluwer.
- Marion, J.-L. (1991). *La croisée du visible*. París: Éditions de la Différence.
- (2016). *Reprise du donné*. París: PUF.
- Reinach, A. (1989). *Sämtliche Werke. Textkritische Ausgabe in 2 Bänden*. Munich/ Hamden/Viena: Niemeyer.
- Roggero, J. L. (2019). *Hermenéutica del amor: la fenomenología de la donación de Jean-Luc Marion en diálogo con la fenomenología del joven Heidegger*. Buenos Aires: SB Editorial.
- Romano, C. (2010). *Au cœur de la raison, la phénoménologie*. París: Gallimard.
- Ruiz Manero, J. (2010). Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*: sobre el trasfondo de la teoría pura del Derecho y sobre lo que queda de ella. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 37-46.
- Schiff, D. (1982). Phenomenology and Jurisprudence. *The Liverpool Law Review*, IV(1), 5-18.