

## Fenomenología del derecho: el cambio como horizonte de la mundanidad

### Fenomenologia da lei: a mudança como horizonte de mundanização

DOI:10.34117/bjdv8n10-150

Recebimento dos originais: 12/09/2022

Aceitação para publicação: 13/10/2022

#### Adilson Silva Ferraz

Máster en Filosofía por la Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Institución: Autarquia de Ensino Superior de Arcoverde (AESA)

Dirección: Avenida Paris, nº 166, Maria Gorete, Caruaru - PE

Correo electrónico: adilson\_ferraz@hotmail.com

#### Mickael Ferreira Alves

Máster en Dirección de Empresas

Institución: Centro Universitário UniFBV (UNIFBV)

Dirección: Rua Benjamin Constant, nº 294, São Pedro, Belo Jardim - PE,

CEP: 55155-370

Correo electrónico: mickaeltimao52@gmail.com

#### RESUMEN

El presente artículo estudia el cambio del derecho desde una perspectiva fenomenológica, partiendo de algunos conceptos centrales de la obra de Husserl y Heidegger. Objetiva discutir la inserción del derecho en el horizonte de la mundanidad y rescatar su relación intrínseca con el Dasein.

**Palabras-clave:** fenomenología del derecho, mundanidad, husserl, heidegger.

#### RESUMO

O presente artigo estuda a mudança do direito desde uma perspectiva fenomenológica, partindo de alguns conceitos centrais da obra de Husserl e Heidegger. Objetiva discutir a inserção do direito no horizonte da mundanidad e resgatar sua relação intrínseca com o Dasein.

**Palavras-chave:** fenomenologia do direito, mundanidade, husserl, heidegger.

### 1 INTRODUCCIÓN

“It is often thought illuminating to define law as a set of rules or norms – rules of conduct or ethical norms. In reality, this just moves the problem further into the background, and comes to projecting darkness onto a shadow!”<sup>1</sup>

<sup>1</sup> AMSELEK, Paul. Law in the Mind. In: AMSELEK, Paul; MACCORMICK, Neil. **Controversies about Laws's Ontology**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991, p. 13.

Los análisis sobre el cambio del derecho parten muchas veces de una incompreensión acerca de lo que es el propio derecho y obviamente conclusiones que parten de premisas falsas concurren a equívocos, a veces consagradas como verdades en la cultura jurídica. Obviamente la pregunta sobre el cambio del derecho reclama previamente la difícil cuestión sobre lo que es el derecho. ¿Cómo hablar del cambio de lo que uno no conoce? Pues bien, ¿qué es el derecho? como veremos, la respuesta sobre el *quid* contesta igualmente la pregunta sobre el derecho como proceso histórico.

Seguramente hay muchas posiciones distintas y a veces antagónicas cuando se contesta a esa cuestión; es decir, no hay únicamente una forma de comprender el derecho, aún más porque éste se presenta como un fenómeno aparentemente plural – normativo, lógico, económico, social, etc. Sin embargo, la pluralidad de opiniones no lo exime a uno de acreditar que haya una suerte de esencia jurídica, de modo que la verdad que alcanzamos sobre el fenómeno jurídico seguiría a pesar de nuestra incompetencia para lograrla. Según esa perspectiva el acceso a la verdad oculta sería básicamente una cuestión cognoscitiva. Hay aún los que creen que hay verdades, pero son radicales en afirmar que estas son inalcanzables, es decir, no están dentro de los límites de lo que es conocible por el hombre.

En cambio, podemos pensar como los cétricos (los retóricos principalmente) y acreditar que no hay verdades en el mundo (¿Hay mundo? ¿Yo existo?), o que estas son (en sentido débil) transitorias y mutables pues son constituidas por convenciones lingüísticas, lo que inmediatamente afecta la posición anterior acerca de la existencia autónoma del derecho como una verdad *per si*. Desde una perspectiva retórica no radical, lo que llamamos derecho sería nada más que el fruto de nuestras preferencias sedimentadas alrededor de la historia, el resultado de luchas de poder subliminales a lo que dicen los diversos actores sociales. El derecho cambiaría entonces en función de los argumentos presentados en arenas lingüísticas (en el discurso intersubjetivo cotidiano, asociaciones, parlamentos, tribunales, etc.) no habiendo una esencia jurídica por detrás de la praxis jurídica cotidiana.<sup>2</sup> Pero si dejamos atrás el inconveniente del dogmatismo ontológico de los realistas<sup>3</sup> nos quedamos con el aspecto no conclusivo de la retórica

---

<sup>2</sup> Los retóricos necesitan ver su existencia como producto único de la propia realidad humana para mantener la coherencia lógica de su pensamiento. Así que la existencia humana no puede estar sometida a la naturaleza: 1 – El Hombre es producto de la naturaleza; 2 – El lenguaje es producto del hombre; 3 – Luego, el lenguaje es producto de la naturaleza. (A = B, B = C, ==> A = C) Si el lenguaje es producto de la naturaleza independe de la existencia humana, existiendo como forma pura o esencia.

<sup>3</sup> Entendidos como aquellos que defienden la existencia de una esencia jurídica y un dualismo entre la verdad jurídica y nuestro conocimiento acerca de ella. Los realistas, radicales y moderados, se ubican en la tradición metafísica.

jurídica, que no contesta efectivamente la pregunta sobre lo que es derecho – que puede ser prácticamente cualquier cosa, bastando un acuerdo previo proveniente del discurso.

Hay incluso los que señalan un aspecto del fenómeno jurídico, como Kelsen (normatividad), o los que dicen que el derecho es tres cosas en una (hecho/conducta, valor y norma), como Miguel Reale y Goldschmidt, y aún Carlos Cossio, que afirma en su egología que el derecho es “conducta en interferencia intersubjetiva”.

Como podemos observar, las posiciones ontológicas y no ontológicas sobre el derecho parecen haber acompañado las posiciones desarrolladas por las principales corrientes del pensamiento filosófico – la historia del derecho tiene sus deudas con la historia filosófica. No obstante, para una respuesta segura a la cuestión sobre que es derecho sería necesario un análisis desde el exterior al fenómeno, pero ¿qué criterio utilizar para saber cuando uno sale de esta esfera? Así que un entendimiento correcto sobre el fenómeno jurídico puede partir únicamente desde adentro del proceso que hace que el fenómeno se revele, desde la mundanidad – este punto se va aclarar con la exposición de las tesis fundamentales de la fenomenología del derecho.

Ahora bien, parece claro que todo este desorden sistemático y sintomático de los juristas en comprender la “realidad” del derecho contribuye a la manutención de una concepción centralizada del fenómeno jurídico. El mundo jurídico ha heredado de la tradición la radicalidad de los extremos: o el derecho es puro objeto, racionalizado por el espíritu humano, o está ahí donde residen los hechos. Hablando más poéticamente: o está en las alturas inalcanzables de las ideas platónicas o en la punta del dedo indicador de Aristóteles.

Heredamos más precisamente de Parménides la tradición racionalista que afirma que el conocimiento es inmanente y está en la naturaleza racional humana. No imaginamos que debamos en gran parte a este filósofo antiguo la elaboración de las ideas de Habermas, Alexy, Dworkin, Rawls, que afirman fundamentalmente que hay criterios correctos que conducen a decisiones jurídicas o morales correctas – si, la modernidad jurídica tuvo su cuna en Grecia. Al mismo tiempo, heredamos de Heráclito de Éfeso (el oscuro) la concepción cética de mundo como cambio (no dualidad de mundos o no existencia de esencias) que va desembocar en el empirismo de Locke, Berkeley, en la retórica jurídica y en las ciencias empíricas en general. Heráclito está presente hoy en el constructivismo jurídico, en la dogmática jurídica, en el realismo jurídico (*the great dissenter*, Oliver Holmes: “La vida del derecho no ha sido la lógica, ha sido la experiencia.”), etc.

La existencia de estas dos concepciones de derecho, que llamamos “posiciones centralizantes”, se debe principalmente al proceso natural que nos permite crear generalidades. Los antiguos así como Kant estaban de acuerdo con el hecho de que hay algo que persiste (*Ovσία, Ding an Sich*) a pesar de un mundo que se presenta irracional y heterogéneo. Como bien esclarece Adeodato, el tema es aún más difícil: las abstracciones que los individuos hacen desde el mundo circundante parecen no seguir un patrón, además de que la “razón” compartida entre ellos parece ser puramente ilusoria (doble solipsismo).<sup>4</sup> O sea, hay una incompatibilidad no solamente entre nosotros y el mundo sino entre todas las personas. ¿Cómo lidiar con esto? Con relación al derecho el problema del doble solipsismo parece haber encontrado una solución débil con el positivismo jurídico: “es necesario unificar el derecho como “algo”, que sea plenamente racional, identificable y controlable como un objeto. Que sea mínima la participación del sujeto. Que sea purificado el derecho.” Esa es la paradoja histórica de cómo “prescribir el ser del derecho”, prescribir lo prescriptible, de decir lo que debe ser lo que debe ser – podríamos decir, de política-ontológica-jurídica.

Ahí reside una importante cuestión de fondo. ¿Desde donde el derecho es objeto? ¿Hasta dónde es subjetivo? No hay un criterio seguro para contestar estas preguntas. Sin caer necesariamente en un naturalismo jurídico de contenido variable, no se debe descartar la posibilidad del derecho de manifestarse como fenómeno, al mismo tiempo en que el sujeto participa de la construcción de su existencia – algo como una dialéctica mundo/sujeto-sujeto. ¿Cómo negar que el derecho esté en la ley y en la jurisprudencia, en las normas? ¿Cómo negar que ese mismo derecho es producto del espíritu humano? Una concepción fenomenológica de derecho por lo tanto no sólo critica posiciones que centralizan el fundamento (el ser) del derecho en el objeto o sujeto sino suspende la propia pregunta sobre qué “es” el derecho, o por lo menos busca suspender las respuestas previamente dadas asumiendo la “contaminación” originaria del análisis, como interpretación sobre el fenómeno jurídico.

## 2 ¿QUÉ PRETENDE UNA FENOMENOLOGÍA DEL DERECHO?

¿La fenomenología del derecho pretende contestar la pregunta sobre que es el fenómeno jurídico? La respuesta más correcta es “sí” y “no”. ¿Qué quiere esto decir? Que bajo la perspectiva fenomenológica subyace una interpretación sobre la cuestión del

---

<sup>4</sup> ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. São Paulo: Noesis, 2011, p. 32-35.

doble solipsismo, la de que no hay objeto sin sujeto y sujeto sin objeto y de entender lo que llamamos verdad de modo distinto a la tradición. Si por un lado uno puede decir desde ese entendimiento que el derecho “es” algo y que se puede decir algo sobre el derecho, en cambio la fenomenología desde la crítica de Husserl al psicologismo no tiene la pretensión de decir lo que debe ser el mundo (*Weltanschauung*) sino de ofrecer las herramientas metodológicas (no estáticas y diluidas en el pensamiento fenomenológico) para la descripción de los fenómenos que se presentan a la consciencia. Así la pretensión de la fenomenología no es normativa sino descriptiva<sup>5</sup> - por ende la fenomenología del derecho no se confunde con el propio derecho o la moral. En este sentido, los fenomenólogos del derecho rechazan la tradición metafísica por negar la existencia de esencias puras (y la verdad como correspondencia) y adoptan una posición intermedia cuanto a la problemática relación sujeto-objeto.

### 3 LA TAREA Y LOS FUNDAMENTOS DE LA FENOMENOLOGÍA DEL DERECHO

Aunque uno pueda clasificar la fenomenología del derecho como un área propio a la filosofía del derecho, fundamentalmente es fenomenología aplicada a la región ontológica que llamamos derecho. La consecuencia es que a los juristas les puede parecer raro atar el derecho a los conceptos y premisas que provienen de una tradición ajena a las explicaciones usuales de la teoría del derecho acerca del fenómeno jurídico. Uno de los retos para los que buscan hacer fenomenología del derecho es por lo tanto dominar un conjunto de premisas teóricas sin las cuales uno acaba por acercarse más o menos a una de las posiciones anteriormente mencionadas y que son rechazadas por esa tradición.

El fenomenólogo del derecho posee entonces el reto de estudiar el fenómeno jurídico como algo no distinto de su vivencia inmediata, lo que contraría cualquier calidad de pureza ontológica relacionada al fenómeno. La tarea de una fenomenología del derecho es entonces describir las vivencias del derecho (según Husserl, la intuición [*Anschauung*] es una “visión” [*Erschauung*] de la esencia donadora) como estas se presentan al Dasein. Presentamos así cuatro tesis fundamentales de una fenomenología del derecho: 1) El derecho es fenómeno; 2) Abandono de la actitud natural; 3) No existe derecho objetivamente puro, no existe derecho subjetivamente puro; 4) La existencia del

---

<sup>5</sup> Según Husserl el método fenomenológico no se mezcla con aspectos normativos aunque posibilite bajo sus directrices la investigación sobre la axiología, derecho y ética. Sin embargo, su última obra es conocida como su “testamento político” y cada vez más se llevan a cabo estudios sobre una posible ética normativa en los pensamientos fenomenológicos (Husserl, Heidegger, Merleau-Ponty, Levinás, Henry, Marion, etc.).

derecho es parte de la “existencia” (*Dasein*). A continuación una explicación de cada una de ellas.

### 3.1 EL DERECHO ES FENÓMENO

“É esencial, por conseguinte, proceder-se ao estudo da questão numa atitude de objetividade fenomenológica, para verificar se efetivamente há no conceito de “experiencia jurídica, ou, por outras palavras, no conceito de direito como experiencia algo de universalmente válido para o jurista, ou se se trata apenas de um conceito, *não apenas problemático, mas polémico*, peculiar às épocas de transição ou de crise de estrutura.”<sup>6</sup>

Lo que llamamos derecho parece ser una y muchas cosas al mismo tiempo (norma jurídica, decisión judicial, jurisprudencia, ley, etc.), pero ¿las singularidades que componen esta generalidad o abstracción poseen una fenomenalidad que preserva su carácter eidético? La tensión entre unidad y pluralidad, la verdad sobre el fenómeno jurídico debe resolverse en la ipseidad propia al modo de donación del fenómeno. ¿Qué fenómeno entonces podemos llamar derecho? Seguramente tendríamos grandes problemas si eligiéramos como criterio las cualidades presentadas por los objetos jurídicos pues vendrían juntos los problemas inherentes a la inducción (universalización desde el particular). Uno debe comprender inicialmente lo que es un fenómeno. Heidegger reinterpreta las ideas de fenómeno presentes en la cultura griega antigua: *logos*, *phainomenon* y *alétheia*. *Logos* significa volver manifiesto aquello de lo que uno habla, *phainomenon* es aquello que se muestra por sí mismo (*das sich-an-ihn-selbst-zeigende*) y *alétheia* es verdad como ocultamiento y no ocultamiento. El ser verdadero coincidiría con lo que es (no el ente - *to òn*) como presencia (*Anwesenheit*). El fenómeno es el ser que viene a la luz, lo que se dona en su presencia.

Cada ente tiene un modo propio de venir a la luz, así que la fenomenología (principalmente en Husserl) busca distinguir las distintas regiones ontológicas (el dominio del percibido, de lo imaginario, de la naturaleza física, de la región de la consciencia, de los objetos materiales, de los objetos culturales, etc.), que permiten estudiar el ser de los entes. Como explica Husserl: “a toda región y categoría de presuntos objetos corresponde fenomenológicamente no sólo una especie fundamental de sentidos o de proposiciones, sino también una especie fundamental de consciencia que da

---

<sup>6</sup> REALE, Miguel. **O Direito como Experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica)**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 5.

originalmente tales sentidos, y como inherente a ella un tipo fundamental de evidencia originaria que está esencialmente motivado por un darse originalmente de tal especie.”<sup>7</sup>

Por lo tanto, no hay un fenómeno jurídico como si fuera un objeto o cosa, hay forma(s) de ser derecho desde los modos por lo cual este viene a la luz en su relación intrínseca con el Dasein. Así que el fenómeno jurídico no puede ser solamente “conducta en interferencia subjetiva”. El término conducta no expresa la riqueza de los modos de la presencia jurídica inserta en la presencia (Dasein) – por ejemplo, en los modos de la percepción, imaginación, recuerdo, aburrimiento, etc. Además, en el proceso de abstracción de la conducta hacia la normatividad hay un salto que preserva la dualidad entre el mentado y no mentado, factual e ideal, y en la egología de Cossio “fenomenalidad” y “conducta” parecen tener sentidos distintos, por ende ¿cómo se explica el proceso por lo cual se identifica el derecho al mismo tiempo con la conducta humana empírica y el fenómeno conducta de la consciencia? ¿Todas las conductas no serían intersubjetivas (el *Sein* como *Mitsein*)? ¿Cual el criterio para distinguir las conductas que son derecho y las que no son derecho? El mantenimiento del término “egología” por Cossio marca igualmente la dificultad de escapar del solipsismo, de la centralidad de un “yo”, a pesar de la conducta de que habla ser intersubjetiva. ¿Cuál es el lugar del otro en la conducta? Tampoco un “dimensionamiento” como propone Reale explica el ser del derecho en la actualidad de su historicidad (además de otros problemas más profundos del idealismo). Lo que busque una investigación “objetiva” del ser del derecho acaba por encontrar una síntesis racionalizada coherente (teoría o clasificación) pero pobre en la explicitación de los sentidos pre-reflexivos que terminan por ocultar.

Por supuesto, una explicación fenomenológica sobre el derecho que logre resolver los problemas anteriormente señalados sigue problemática. La fenomenología adquiere sentido únicamente si estamos de acuerdo *prima facie* con la identificación entre apariencia (presencia) y ser, y la correlación entre el acto intencional (*nóesis* o *cogitatio*) y el objeto intencional (*nóema* o *cogitatum*), además de otras proposiciones que los fenomenólogos parecen sedimentar por vía de una argumentación autofundante (*petitio principii*). Para una base más sólida sería necesario hacer fenomenología de la fenomenología o lo que llamamos meta-fenomenología, como una instancia crítica que evalúa la coherencia de las premisas de la metodología aplicada.

---

<sup>7</sup> HUSSERL, Edmund. **Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica.** México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 332.

### 3.2 ABANDONO DE LA ACTITUD NATURAL

La historia del pensamiento jurídico se ha mezclado en el cruce de caminos de la historia del pensamiento, incorporando parcialmente teorías y sistemas filosóficos, quizá algunas veces por no verse como parte de esa misma historia – por necesitar legitimarse. De la cultura el derecho parece heredar los valores, de la religión históricamente la metafísica (principalmente), de la filosofía argumentos y conceptos, de las ciencias premisas y tendencias, de modo que el ser del derecho parece apuntar a su modo de no ser una cosa que nos muestra con seguridad lo que él mismo es. Husserl propone un regreso a las cosas mismas” (*ZudenSachenselbest*), que significa que debemos nos abstener de hablar de la realidad como si fuera la realidad misma, una práctica que suele estar presente en el pensamiento jurídico, lo que implica una ruptura con la vida ordinaria y un abandono de lo que llama “actitud natural” reemplazándola por una “actitud fenomenológica.

### 3.3 NO EXISTE DERECHO OBJETIVAMENTE PURO, NO EXISTE DERECHO SUBJETIVAMENTE PURO

La fenomenología no busca estudiar los objetos sino los “objetos en el Como” (*Gegenskunde im Wie*)<sup>8</sup>, es decir, no investiga los fenómenos en sí sino el modo de donación de su aparecer. La descripción fenomenológica no objetiva decir que “es” una cosa sino interpretar su presencia (*alétheia*), buscando abandonar cualquier pensamiento pre-dicativo a la experiencia misma – la efectividad de ese abandono es cuestionable y es un punto a ser siempre problematizado. Como explica Michel Henry: “La cuestión del aparecer del propio aparecer, de la donación de la propia donación, de la fenomenalización efectiva de la fenomenalidad como tal, es aquello de que se ocupa la fenomenología, es su “cosa misma”.<sup>9</sup> De modo resumido, podemos afirmar que la fenomenología, según Husserl, es el intento de fundación del saber humano por el retorno a la autodonación del ente, por medio de la elucidación sistemática de las correlaciones noético-noemáticas de la consciencia. Heidegger a su vez disuelve la relación sujeto-objeto y la idea de intencionalidad reemplazándola por la idea de mundanidad. Según esa perspectiva podemos decir que solamente en la mundanidad y desde la mundanidad sería posible pensar verdaderamente el derecho.

<sup>8</sup> HUSSERL, Edmund. **Sur la Phénoménologie de la Conscience Intime du Temps**. Grenoble, Million, 2003, p. 157.

<sup>9</sup> HENRY, Michel. **Phénoménologie non intentionnelle: une tache pour une phénoménologie à venir**. Phainomenon, Vol. 13, 2006, pp. 169.

### 3.4 LA EXISTENCIA DEL DERECHO ES PARTE DE LA “EXSISTENCIA” (DASEIN)

Heidegger rompe con la fenomenología husserliana inaugurando una fenomenología hermenéutica. Según ese filósofo no hay como uno comprender la realidad sino percibiéndose como inmerso definitivamente en el mundo y más radicalmente, comprendiéndose constituido como mundo y temporalidad. El Dasein somos nosotros mismos en la medida que nos volvemos a la cuestión de ser. Los otros entes que están ahí (una piedra, el pizarrón, el auto, etc.) ocupando un espacio, no tienen la capacidad de comprenderse, son seres simplemente-dados. Así que la existencia del hombre es *existere*, un estar afuera, un ultrapasar la realidad hacia la posibilidad. Para Heidegger existir (*existenz*) es estar en relación con la apertura original que somos nosotros, es ser posibilidad y interpretación (primado de la existencia frente a la esencia) y en el mundo el encuentro con el otro nunca ocurre por medio de la actividad teórica de un sujeto aislado, pairando junto a todas las cosas mundanas, pues el otro es ya siempre reconocido como otro Dasein. El otro no puede ser percibido como cosa, un ser simplemente dado, sino como otro que constituye con nosotros un mundo.

Nuestra primera relación con el mundo no es cognoscitiva, de modo que los entes se vuelven presentes en su modo de ser propio en esa experiencia ante-predicativa. En algunos casos el ser de los entes se insinúan como presencia como relación de disponibilidad o como entes a mano (*Zuhande*) – el bosque es parque forestal, la montaña una pedrera, el río una usina hidroeléctrica, el viento es sople en las velas de un barco. En la mundanidad el derecho es una herramienta, un tipo de ente a mano, y las herramientas adquieren su sentido en la referencialidad simbólica de su utilización (por ejemplo, los faroles de un auto solamente sirven desde el mundo que torna la herramienta posible). La tesis positivista de que el derecho es una estructura formal éticamente no determinada *a priori* es por lo tanto inconsistente con la idea de derecho como herramienta pues las herramientas hacen parte del horizonte de la mundanidad de Dasein – la instrumentalidad del derecho antecede incluso la normatividad.

Una de las principales tesis del pensamiento de Heidegger es que el ser fue olvidado por el hombre, que no se da cuenta que el olvido que se da por medio de su propio ser. En “La Pregunta por la Técnica” el filósofo presenta la técnica como una forma de desocultación de la verdad distinta de la griega antigua (*alétheia*), que tiene el sentido de “dejar que se muestre” el fenómeno, de donación. La actitud técnica moderna (de la metafísica occidental moderna) provoca y “pone” la naturaleza, convirtiéndola en

un “fondo disponible” que él llama “engranaje” (*Gestell*) o “estructura de emplazamiento”. Para asegurar el fondo es necesaria más técnica, cerrándose en un círculo vicioso de olvido del ser. Según Heidegger, la amenaza de la civilización técnica no está en las máquinas o industrias, sino en la destinación técnica de la esencia del hombre. Desde la modernidad predomina una forma de pensamiento calculador y de planificación generalizada del mundo, es una forma técnica de ser:

¿Qué es la técnica moderna? También ella es un hacer salir lo oculto. [...] Con todo, el hacer salir lo oculto que domina por completo la técnica moderna, no se despliega ahora en un traer-ahí-delante en el sentido de la *poiesis*. El hacer salir lo oculto que prevalece en la técnica moderna es una provocación que pone ante la Naturaleza la exigencia de suministrar energía que como tal pueda ser extraída y almacenada. Pero ¿no es esto válido también para el antiguo molino de viento? No. Sus aspas se mueven al viento, quedan confiadas de un modo inmediato al soplar de éste. Pero el molino de viento no alumbraba energías del aire en movimiento para almacenarlas. A una región de tierra, en cambio, se la provoca para que saque carbón y mineral. El reino de la tierra sale de lo oculto ahora como cuenca de carbón; el suelo, como yacimiento de mineral. De otro modo aparece el campo que cultivaba antes el labrador, cuando cultivar significaba aún abrigar y cuidar. El hacer del campesino no provoca al campo de labor. En la siembra del grano, entrega la sementera a las fuerzas de crecimiento y cobija su prosperar. Ahora hasta el cultivo del campo ha sido arrastrado por la corriente de un cultivar de otro género, un cultivar (encargar) que emplaza a la Naturaleza. La emplaza en el sentido de la provocación. La agricultura es ahora industria mecanizada de la alimentación. Al aire se lo emplaza a que dé nitrógeno, al suelo a que dé minerales, al mineral a que dé, por ejemplo, uranio, a éste a que dé energía atómica, que puede ser desatada para la destrucción o para la utilización pacífica.<sup>10</sup>

La era de la técnica es caracteriza entonces no por el dejar-que-se-muestre sino por el provocar la naturaleza. Cuando jurídicamente es discutido una posible reificación o cosificación (de un feto, de células, de personas, de la naturaleza<sup>11</sup>, etc.) el Dasein incluye como posibilidad la forma impropia de ser lo que no es, es decir, de ser como pura disponibilidad, de ser como un ente que está a mano. El derecho juega pues en todos sus casos con el ser de los entes. El derecho, con caída de la metafísica, acaba por volverse la instancia más importante en lo “decir lo que es el mundo”, legitimada a proyectar una estructura (*Gestell*) en el horizonte de la mundanidad – entendida como condición de posibilidad de desocultamiento de los entes intramundanos. La excedencia del fenómeno jurídico contribuye directamente para una apropiación técnica del derecho en la medida

<sup>10</sup> HEIDEGGER, Martin. HEIDEGGER, Martin. La Pregunta por la Técnica. In: **Conferencias y Artículos**. Barcelona: Serbal, 2001, p. 58

<sup>11</sup> El ser de la naturaleza está inserta en el mundo de los sentidos humanos y puede ser cosificada – o sea, la cosa puede ser cosificada. Cuando uno protege la naturaleza no está protegiendo solamente un conjunto de objetos que desde siempre están ahí, está protegiendo fundamentalmente la humanidad del mundo, la naturaleza que en ese momento se vuelve espejo del hombre.

que esta demanda la existencia de lo que no es inicialmente y se excede a sí mismo, es siempre más de lo que él mismo parece ser como fenómeno.

¿Cuál la relación entre derecho y técnica? ¿Estaría ya el derecho cooptado en sus modos de ser por la era de la técnica? ¿Sería el derecho una respuesta a la técnica? Según Heidegger, seguramente no hay un camino seguro: “Cuanto más nos acerquemos al peligro, con mayor claridad empezarán a lucir los caminos que llevan a lo que salva, más intenso será nuestro preguntar. Porque el preguntar es la piedad del pensar.”<sup>12</sup>

#### 4 CONCLUSIONES

Una perspectiva fenomenológica del derecho es capaz de engendrar cambios en su entendimiento y posiblemente en su práctica. Surgen algunos interrogantes como potenciales caminos a seguir: ¿Cuales serian las implicaciones de una concepción fenomenológica de decisión jurídica? ¿Cual el significado para el derecho de la supresión fenomenológica del tiempo objetivo<sup>13</sup> con relación a actos jurídicos (*tempus regit actum*) y los plazos? ¿Si el tiempo actúa como factor fundador del Dasein cambia existencialmente y teleológicamente el significado de las penas privativas de libertad? ¿Qué fenómeno es el conflicto? ¿La mediación de conflictos es un camino para el respeto a la alteridad<sup>14</sup>? ¿Qué interpretación daría la fenomenología a la idea de “posesión” de un derecho y derecho subjetivo? ¿Cuál la relación entre técnica (en sentido Heideggeriano) y el derecho? ¿Qué podría decir la fenomenología sobre la justicia?

En cambio, podemos enumerar proposiciones como base de una fenomenología del derecho: 1) El derecho no es solamente una estructura lógica porque el Dasein existencialmente no es puramente lógico, tampoco es solamente conducta intersubjetiva o un conjunto limitado de dimensiones (tesis de la contaminación originaria y excedencia del fenómeno jurídico); 2) El derecho está inserto en el horizonte existencial del que hace parte el Dasein (mundanidad), y existe como vivencia; 3) Es necesario reconducir la teoría del derecho al mundo de la vida (*Lebenswelt*); 4) Un análisis fenomenológico del derecho importa en la supresión de la dualidad objeto (ley) – sujeto (interpretación); 5)

---

<sup>12</sup> HEIDEGGER, Martin. La Pregunta por la Técnica. In: **Conferencias y Artículos**. Barcelona: Serbal, 2001, p. 66.

<sup>13</sup> Cf. HUSSERL, Edmund. **Sur la Phénoménologie de la Conscience Intime du Temps**. Grenoble: Million, 2003.

<sup>14</sup> Es importante resaltar que la cuestión del otro es unos de los retos de la tradición fenomenológica, que va desde las tentativas de Husserl en superar el solipsismo hasta un retorno a la metafísica en los pensamientos de Jean-Luc Marion y Michel Henry.

El tiempo existencial (no cronológico) debe ser considerado más seriamente en la teoría y práctica como criterio para las decisiones jurídicas.

Por fin, resaltamos que hay obviamente muchos puntos por aclarar, tales como la relación entre derecho y lógica, y la contribución de los existenciales y temples de ánimo en los modos de ser que participan de la experiencia jurídica. Además, las controversias entre los filósofos alrededor de los conceptos centrales de la fenomenología revelan la dificultad de practicar el método fenomenológico y por ende profundizan el reto de elaborar una fenomenología del derecho.

## REFERENCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo, Noesis, 2011.

AMSELEK, Paul. Law in the Mind. In: AMSELEK, Paul; MACCORMICK, Neil. **Controversies about Law's Ontology**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991.

HENRY, Michel. **Phénoménologie non intentionnelle: une tâche pour une phénoménologie à venir**. Phainomenon, Vol. 13, 2006.

HEIDEGGER, Martin. La Pregunta por la Técnica. In: **Conferencias y Artículos**. Barcelona: Serbal, 2001.

HUSSERL, Edmund. **Sur la Phénoménologie de la Conscience Intime du Temps**. Grenoble, Million, 2003.

\_\_\_\_\_. **Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica)**. São Paulo, Saraiva, 1968.