

## LA FENOMENOLOGÍA Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: ¿UNA CONEXIÓN POSIBLE?

TIAGO GAGLIANO PINTO ALBERTO<sup>1</sup>

---

**RESUMEN:** Este artículo tiene como reto desarrollar una comprensión de la argumentación jurídica desde la óptica de la teoría fenomenológica creada por Edmund Husserl en el seno filosófico, y más adelante desarrollada por otros autores ya en el ambiente del derecho. Lo que se presenta es una propuesta que, si bien sucedida y aplicada, podrá añadirle a los fallos elementos imprescindibles de la fenomenología haciendo que la argumentación desarrollada por las Cortes de Justicia se vuelva más racional. Como marcos teóricos, el artículo invoca principalmente las enseñanzas de Edmund Husserl, Adolf Reinach y Gerhart Husserl, además de otros autores directa o indirectamente referidos. De la misma forma, algunos fallos y teorías utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH y el Tribunal Constitucional alemán se utilizan como prueba para la finalidad propuesta por el artículo. Por fin, en el artículo se utiliza la metodología deductiva, siendo descriptivo en cuanto a la fenomenología y propositivo al sugerir la utilización de este aporte filosófico en la argumentación jurídica.

**PALABRAS CLAVE:** *razonamiento judicial, fenomenología, argumentación jurídica.*

**ABSTRACT:** This article aims to develop an understanding of legal argumentation under the philosophical phenomenological theory created by Edmund Husserl, and later developed in Law by other authors. What is presented is a proposal that, if successful and applied, can add essential elements of phenomenology to the Court decisions as a way to make more rational the argument developed in Jurisprudence. As theoretical frameworks, the article mainly invokes the teachings of Edmund Husserl, Adolf Reinach and Gerhart

---

<sup>1</sup> Postdoctor por la Universidad de León, España, así como de la Pontificia Universidad Católica del Paraná (PUCPR); Juez de Derecho en Curitiba, Provincia de Paraná, Brasil, y profesor de la PUCPR . Correo electrónico: <tiagogagliano@hotmail.com>.

Husserl, in addition to other authors directly or indirectly referred. Similarly, some judgments and theories used by the Inter-American Court of Human Rights and the German Constitutional Court are used as evidence for the purposes proposed by the article. Therefore, the article uses deductive methodology, being descriptive in terms of phenomenology and propositional when suggesting the use of this philosophical contribution to the legal argumentation.

**KEYWORDS:** *judicial reasoning, phenomenology, Legal argument.*

**SUMARIO:** I. Introducción; II. ¿Por qué la teoría del conocimiento en el derecho?; III. El ser y la conciencia; IV. Fenomenología y argumentación jurídica; V. Conclusión.

---

## I. INTRODUCCIÓN

**E**dmund Husserl, filósofo de comienzos del siglo XX, continuando los estudios de su maestro Franz Brentano de quien heredó y profundizó los conceptos, desarrolló un método de comprensión de la conciencia, del ser y de las cosas que produjo un verdadero cambio en la filosofía moderna. La idea hasta entonces vigente de la comprensión de las cosas a partir del objeto, que tuvo en los socráticos, y entre los más actuales David Hume, sus mayores representantes, ya había sido rebatida a partir del giro Kantiano en el que el ser pasó a ubicarse en el centro del pensamiento filosófico, pero fue solamente con Edmund Husserl que definitivamente se pudo desarrollar un método a partir del que las cosas mismas pasan a ser afectadas por una conciencia que llega más allá de sí misma: la fenomenología.

Al mismo tiempo que la fenomenología Husserliana intenta, con éxito, encuadrar los objetos bajo la comprensión de la conciencia y la conciencia misma a su propia comprensión, también cambia la forma de mirar la ciencia y la filosofía a su alrededor. Edmund Husserl plantea que la filosofía se debe comprender como ciencia y, más que eso, que todas las ciencias se deben comprender desde una mirada filosófico-fenomenológica. Su concepto de reducción fenomenológica,

con el fin de obtener una reducción eidética de las cosas a su esencia, es tan complicado como dilucidador y si bien comprendido y aplicado, puede, como sugiere el autor, aplicarse a todos los campos temáticos, científicos o no. Esto porque se trata de un método de pensamiento, a partir del que se puede poner de relieve el objeto –sea cual sea– y, a partir de la aplicación de una reducción, verlo, así como se presenta en su esencia, independientemente de cualquier prejuicio o influencia de otras miradas, naturales o científicas.

En efecto, esa forma de abordaje de la conciencia y de los objetos permite una amplia gama de aplicaciones, filosóficas o no. Desarrollando su idea en el ámbito de la teoría del conocimiento, Husserl ya lo veía, sosteniendo que la fenomenología es un método general, sin limitaciones en su campo de tematización. Así que, aunque después de Edmund Husserl la fenomenología haya sido combatida desde diversas perspectivas –del existencialismo Sartriano, del estructuralismo de Michel Foucault y también de los posestructuralistas, como Jacques Derrida, Gilles Deleuze, Jean-François Lyotard y, más recientemente, Giorgio Agamben–, tuvo una importancia indescriptible no solo por sí misma, sino también en el desarrollo de obras esenciales filosóficas como las de Martín Heidegger y Jacques Lacan.

Específicamente en el campo del derecho, el método fenomenológico tuvo su inicio en Gerhart Husserl, hijo de Edmund Husserl, a partir de la obra “*Recht und Zeit*”, en la que se discutieron principalmente el concepto de tiempo y la aplicación del derecho por el Poder Judicial, la Administración y el Legislativo, planteando el autor que la mirada del juez hacia el pasado no puede dejar de considerar la reducción fenomenológica de las cosas a la conciencia, produciendo, así, una síntesis que puede, al mismo tiempo, conformar el pasado adjudicando el derecho, producir cambios en el futuro al sugerirle al legislador temáticas nuevas o aun, nuevas visiones de temas ya, en principio, consolidados.

Todavía en la época de Edmund, otro autor que había comenzado a aplicar el método fenomenológico en el derecho y había

alcanzado éxito, aunque su pensamiento haya sido interrumpido dada su temprana muerte en la Primera Guerra Mundial, fue Adolf Reinach, que, además de traducirles buena parte de las ideas de Edmund Husserl a los alumnos y a los investigadores de la época, también tuvo tiempo de elaborar su particular visión acerca de la fenomenología, discrepando un poco del pensamiento de su maestro.

Luego vinieron otros autores que, a ejemplo de los citados, fueron fundamentales para consolidar de una vez la aplicación del método fenomenológico en el derecho, con diferentes matices temáticos: Wilhelm Schapp, Fritz Kaufmann, Fritz Scheier, Mário Brentone, Dietrich Von Hildebrand, y, más modernamente, Giuliana Stella, todos ejemplos de suceso en la difusión de la fenomenología y su intercambio temático.

Así es que, bajo este estado del arte se intentará, en este artículo, establecer una correlación del método fenomenológico con la argumentación jurídica, considerando el presupuesto del padre de la fenomenología según el que este método encuentra aplicación en todos los campos de la ciencia, natural o no.

## II. ¿POR QUÉ LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO EN EL DERECHO?

La teoría del conocimiento empezó a desarrollarse de manera coincidente con la comprensión del significado y finalidad de la filosofía; dado que si para Sócrates lo que se intentaba hacer era definir toda acción humana como acción consciente, o sea, como un acto de saber; para Platón lo que se pretendía era plantear un autorreflexión del espíritu sobre los valores correspondientes a lo bueno, bello y verdadero. Solo más tarde, con Descartes, Spinoza y Leibniz la teoría del conocimiento pasó a direccionarse hacia el conocimiento del mundo objetivo.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Johannes Hessen, *Teoría del Conocimiento*, Madrid, Espasa-Calpe, 15ªed., 1979, pp. 14-15.

Empero, parece un punto común la comprensión según la cual la teoría del conocimiento, en cuanto tal, fue sistematizada y verdaderamente desarrollada a partir del libro “Ensayo sobre el entendimiento humano”, de 1690, de autoría de John Locke, luego refutada por David Hume en “Tratado de la Naturaleza Humana” (1739-40), George Berkley, en “Tratado de los principios del conocimiento humano” (1710) y, finalmente, Leibniz, en “Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano” (1765).

La autorreflexión y la autoconcepción del espíritu no se situaban desconectadas en el momento inicial de la teoría del conocimiento en el seno filosófico, sino que se imbricaban en un campo más amplio de análisis, ahora vertido al mundo que existía alrededor del ser y que debía ser conocido y descrito bajo una teoría general que pudiese describirla de una forma metodológicamente definida y definitiva. No es que la filosofía coincida en su objeto con la teoría del conocimiento; son cosas diferentes y así se conservan, ubicándose ésta más en la descripción general de las ciencias y aquella en otros problemas más atentos a las cuestiones del espíritu y de la reflexión a partir del conocimiento. Como ha advertido J. Hessen:

Entre las funciones superiores del espíritu y de la cultura contamos la ciencia, el arte, la religión y la moral. Si ponemos en relación con ella la filosofía, ésta parece distar más de la esfera de la cultura últimamente nombrada, de la moral. Si la moral se refiere al lado práctico del ser humano, puesto que tiene por sujeto la voluntad, la filosofía pertenece por completo al lado teórico del espíritu humano. Con esto, la filosofía parece entrar en la vecindad de la ciencia. Y, en efecto, existe una afinidad entre la filosofía y la ciencia, en cuanto que ambas descansan en la misma función del espíritu humano, en el pensamiento. Pero ambas se distinguen, como ya se ha indicado, por su objeto. Mientras que las ciencias especiales tienen por objeto parcelas de la realidad, la filosofía se dirige al conjunto de ésta.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 17.

Domingo Casanova, por su parte, define la teoría del conocimiento a partir de la diferencia entre el *pensamiento* y el *conocimiento*. Lo que plantea es que el conocimiento es un pensamiento que pretende la verdad y que, para alcanzarla, la teoría del conocimiento “enfoca los problemas de la concordancia del pensamiento con su objeto, en la medida misma en que este objeto puede tener determinaciones diferentes a las del pensamiento como tal”. De tal forma que la teoría del conocimiento se convierte en epistemología, en saber científico (ἐπιστήμηπιστέμῃ, “conocimiento”, y λόγολόγος, “estudio”).<sup>4</sup>

El mismo autor enfatiza que “cualquier especie de conocimiento ha de caer dentro de la teoría”,<sup>5</sup> ya que el conocimiento está intrínsecamente relacionado con la forma cómo podemos comprender lo que entendemos de nosotros mismos y de las cosas que se ubican alrededor. Así que en las diversas fases de la comprensión del conocimiento tenemos el idealismo platónico, basado en la vida contemplativa (*biósthoreti-kós*), el nominalismo del siglo XI, el racionalismo cartesiano, que, con Descartes, puso la razón en la luz, el empirismo epistemológico, autónomo o cartesiano, el idealismo kantiano, las diversas formas de empirismo – la de Locke, “que niega que la sustancia sea un concepto claro”, la de Berkley, que “niega la existencia de las cosas materiales” y, principalmente, la de Hume, que “basándose en los argumentos y en los métodos de Berkley, niega la existencia de las sustancias espirituales, dejándonos, por consiguiente, sin sustancia alguna”;<sup>6</sup> el intuicionismo, cuyo nombre más candente fue Henri Bergson (1859-1941) con sus ideas girando alrededor del concepto en cuanto mapa y la intuición en cuanto contexto; y, principalmente, al menos para este artículo, sin descon-

---

<sup>4</sup> Domingo Casanova, *Teoría del Conocimiento*, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona Bellaterra, 1993, pp. 26-27.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 1993, p. 27.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 40.

siderar otras formas más modernas de práctica de la epistemología, el empirismo fenomenológico.<sup>7</sup>

Domingo Casanova señala que Edmund Husserl, tomando de Brentano la intencionalidad, supera el psicologismo haciendo que de la conciencia “salga la prueba de términos reales y de vigencias ideales que naturalmente la trascienden, puesto que ella misma es trascenderse”.<sup>8</sup> Señala, además, que los empiristas anteriores a Husserl exageraron un poco en la idea de la construcción del objeto a partir de los datos proporcionados por los sentidos, mediante los hábitos de la asociación, al paso que la constitución Husserliana adopta una tarea constructiva, siendo el lenguaje el mejor instrumento de la pureza fenomenológica.<sup>9</sup>

Y, en ese aspecto, lo que el método fenomenológico Husserliano intenta es, a partir del cambio en la teoría del conocimiento del ser-de-la-verdad para la-verdad-del-ser, obtener la esencia de las cosas mismas, pasando de la subjetividad hacia la objetividad de los componentes del pensamiento y de la conciencia.

Ese desarrollo, en un primer momento psicologista-descriptivo y luego sensible-transcendental, tuvo el mérito de redirigir la verdad, lo que presenta una interface con el derecho y la justicia. Y, en la discusión de la verdad, asume suma importancia el conocimiento *a priori* y *a posteriori* de las cosas. Esto, porque el conocimiento *a priori* de las cosas está necesariamente relacionado con el concepto de justificación epistémica, o de legitimación epistémica. Bajo este

---

<sup>7</sup> El autor clasifica el método desarrollado por Edmund Husserl como “empirismo fenomenológico”. No estoy muy seguro de esta clasificación, a principio porque la versión del método fenomenológico a partir de Husserl cambió de una visión descriptivo-psicológica para una visión transcendental, lo que inviabiliza ponerla en un rótulo único. Además de esto, la fenomenología es un método, lo que hizo referencia muchas veces el propio Edmund Husserl y no una categorización del pensamiento. Esta cuestión, por otro lado, está expuesta a muchas y diversas interpretaciones.

<sup>8</sup> Domingo Casanova, *op. cit.*, 1993, 52.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 52.

concepto se puede comprender que algo esté justificado de manera *a priori*, o sea sin que necesite de cualquier aporte sensible, racional o cognoscitivo.<sup>10</sup>

Es en ese punto que el derecho en su enfoque argumentativo presenta una interface con la teoría del conocimiento. Mucho se ha dicho, sostenido y planteado en el estudio de la argumentación jurídica que los jueces solo quedan legitimados si y en la medida que utilizan argumentos de índole racional. Ahora, si los utilizan y aún así no pueden lograr en sus fallos una argumentación que, en apariencia sea racional, pero en el fondo permanezca permeada de subjetividad, no están en el ámbito de la legitimación epistémica, o de los conocimientos *a priori*, sino de una aparente legitimidad argumentativa, pero que, en realidad, no trasciende el terreno de la *doxa* al contrario de la *episteme*. Es así que, entre otras manifestaciones alejadas de la racionalidad, se puede constatar la utilización de la fórmula o criterio abierto, como la ponderación bajo criterios personales, lo que no es ponderar en absoluto; y, de otro turno, los diversos matices de la justicia o de la razonabilidad.

En ese sentido, la teoría del conocimiento, con el método fenomenológico, puede auxiliar a los jueces en sus fallos, operándose una reducción de la metodología argumentativa para, captada la esencia del problema en curso, revelarse posible sostener una solución que se presente epistemológicamente legitimada.

Para cerrar este tema, creo importante decir que, sin caer en un holismo epistemológico o dejar de lado la discusión inaugurada por el Circulo de Viena, en especial con Rudolf Carnap y, después, Willard Quine, acerca de la imposibilidad de la existencia de conocimientos *a priori*, el método fenomenológico de Husserl, con su desarrollo posterior de Adolf Reinach y del propio Gerhart Husserl, ponen

---

<sup>10</sup> Olga Fernández Prat y Daniel Quesada, “Conocimiento *a priori* y conocimiento *a posteriori*”, en Daniel Quesada, *Cuestiones de Teoría del Conocimiento*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 277-278.



bases sólidas al menos para cuestionar la posibilidad de la interface argumentación jurídica-legitimidad epistémica-fenomenología.

### III. EL SER Y LA CONCIENCIA

#### 1. LA FENOMENOLOGÍA DE EDMUND HUSSERL

Lo que toca ahora examinar es el pensamiento de Edmund Husserl acerca de la fenomenología. Lo haré de forma muy sencilla y poco profundizada, pues, como se sabe, el desarrollo de su trabajo fue un proyecto de toda su vida y, por eso, con muchos matices, distinciones, conceptos, variaciones, desplazamientos y cambios.

Lo que presentamos ahora es solamente la estructura general del pensamiento Husserliano, o, al menos, de sus conceptos base con los que se podrá, más adelante, pasar a la parte propositiva del artículo.

En la primera lección de “La idea de la Fenomenología”, Edmund Husserl hace una distinción entre la ciencia natural que surge de la actitud espiritual natural sin preocuparse por la crítica del conocimiento, produciendo enunciados individuales o genéricos basados en el juicio de percepción que se tiene de las cosas que se sitúan alrededor; y la ciencia filosófica, en la que se reflexiona acerca del conocimiento que involucra el ser y el objeto.<sup>11</sup> En la ciencia filosófica, las cosas se ponen más difíciles, ya que se hace necesario investigar cuál es la relación del sujeto con el objeto. Husserl dice que en ese campo las cosas se presentan misteriosas.

Hay que buscar cuál sería la relación existente entre el sujeto que conoce y el conocimiento del sujeto propio. Para lograr este objetivo, la ciencia natural no ofrece ayuda, una vez que las percepciones, la intuición, la comprensión de las cosas a partir de la observación

---

<sup>11</sup> Edmund Husserl, *La idea de la Fenomenología. Cinco Lecciones*. Traducción de Miguel García-Baró. México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 25-27.

no permitirán elucidar cómo se desarrolla el conocimiento a partir del conocimiento mismo, o sea, la formulación de enunciados, individuales o genéricos, partiendo de percepciones o intuiciones que no resultarán en un conocimiento seguro para quien conoce. Para esto, la ciencia filosófica habrá de presentar algún método que logre hacerlo.

El conocimiento, para Husserl, es una vivencia psíquica: el conocimiento del sujeto que conoce y tiene delante los objetos conocidos. Pero, ¿cómo hacer para alcanzarlos? Y, además, ¿cómo saber que los hemos alcanzado? ¿Quizás con el apoyo del empirismo Humeano, en el que las impresiones y las ideas rigen el conocimiento, moldeándolo y poniéndolo de relieve, a la manera del principio de la copia? A Husserl no le satisface esta opción, una vez que atribuir al órgano sensorial no le parece algo que, por sí solo, pueda explicar el proceso de conocer. Y, además de esto, la tarea del conocimiento es como una tarea crítica, lo que la aparta de las experiencias sensoriales.<sup>12</sup>

Subsiste, de esa forma, la cuestión de investigar la relación entre el conocimiento, el sentido del conocimiento y el objeto del conocimiento, de una forma científicamente consistente, pero sin caer en una especie de escepticismo o solipsismo. Estas son las cuestiones que remiten a la esencia del conocimiento, a partir de una ciencia fenomenológica. “Fenomenología designa una ciencia, un nexo de disciplinas científicas. Pero, al mismo tiempo y, ante todo, fenomenología designa un método y una actitud intelectual: la actitud intelectual especialmente filosófica; el método específicamente filosófico”.<sup>13</sup> Así la define Husserl, poniendo de relieve la idea según la cual la fenomenología es capaz de ir más allá de las ciencias naturales, incluso evaluándolas (reflexión gnoseológica); es capaz de obtener la esencia del todo, incluso la esencia de la esencia y, a

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 28-31.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 33.

partir de ella, presentar consideraciones objetivas y racionales del objeto cognoscible.

Pero, ¿cómo obtener esa esencia y cuál es la forma fenomenológica para alcanzarla? La respuesta tal vez surja a partir de la segunda lección sobre la idea de la fenomenología, en la que Husserl se cuestiona cómo obtener la crítica del conocimiento de forma vacía, sin reflexión previa que pueda llevar a alguna preconcepción o prejuicio. Sí, porque si no lo hacemos de forma vacía, no será posible, a seguir, intentar realizar cualquier tipo de abordaje fenomenológico que descarte prejuicios o refutaciones naturales. Al final, en este punto, habrá vencido el naturalismo y, con él, también el empirismo al señalar que las sensaciones, obtenidas a partir de las impresiones y reflejadas por las ideas, son definitivas. El éxito de la gnoseología será infundado.<sup>14</sup>

Es entonces que, intentando establecer cómo se dará la forma de investigación del objeto a partir del conocimiento y del conocimiento mismo, Husserl se pregunta a sí mismo si la duda cartesiana se presenta como un indicio de solución. Como se sabe, la duda cartesiana está ubicada en el ambiente del *cogito*, o sea, de la conciencia y, aunque no arranque de los mismos presupuestos que la fenomenología, puede parecer una atractiva forma de examen de la conciencia de manera gnoseológica.<sup>15</sup> Esto se da porque la meditación cartesiana no pone en duda la duda misma, estableciendo como certeza que yo puedo dudar de algo y que, por eso, ese sujeto que duda, existe.

Pues bien, trayendo la misma concepción al terreno fenomenológico, es posible decir que cuando algún objeto del conocimiento se le presenta a alguien, se puede dudar de todo, pero no de la capacidad de dudar misma, lo que remite al carácter absoluto del proceso de duda y, por eso, lo aparta de prejuicios o preconcepciones. La

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 37-53.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 38.

conclusión, expuesta por Husserl a partir de la meditación cartesiana, es, por lo tanto, que “toda vivencia intelectual y en general toda vivencia, mientras es llevada a cabo, puede hacerse objeto de un acto de puro ver y captar y, en él, es un dato absoluto”.<sup>16</sup>

Y surge de allí la trascendencia, caracterizada como un “no-estar-contenido-como-ingrediente” en el acto de conocimiento donde al mismo tiempo figura como un darse de modo absoluto, o sea, darse a sí mismo de modo absoluto, presentándose por completo, sin nada a esconder en el plano de la evidencia, que, por ello, pasa a ser entendida como evidencia inmediata.<sup>17</sup>

No obstante, considerar la trascendencia como evidencia inmediata puede hacernos caer en la trampa del empirismo que Husserl intenta evitar. Eso porque la evidencia inmediata parece que solo puede ser captada por intermedio de las percepciones y, luego, por las sensaciones, o, dicho de otra manera, por las impresiones. Esto suena familiar, ¿verdad?

Bueno, ocurre que Husserl trata de evitar esta comparación planteando el siguiente ejemplo, que, aunque un poco extenso, vale la pena transcribir:

Un sordo de nacimiento sabe que hay sonidos, que los sonidos armonizan y que puede entender cómo hacen esto los sonidos, cómo son posibles obras de arte sonoras. No puede representarse cosas tales, es decir, no puede verlas y captar, viéndolas, el cómo. Su saber que existen no le sirve de nada y sería una cosa absurda si quisiera ponerse a deducir, tomando pie en su saber, el cómo del arte de los sonidos; si quisiera aclararse las posibilidades de ésta infiriendo a través de su conocimiento. No puede ser, esto de deducir de existencias meramente sabidas, pero no vistas. El ver no puede demostrarse o deducirse. Es patentemente un *nonsens* querer aclarar posibilidades (y posibilidades ya inmediatas) por derivación lógica a partir de un saber no intuitivo. Por tanto, aunque esté yo completamente seguro de que hay mundos trascendentes, aunque deje yo valer íntegras

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 45-46.

las ciencias naturales todas, nada puedo tomar prestado de ellas. No me es lícito imaginarme jamás que llego, merced a suposiciones transcendentales y argumentaciones científicas, a donde quiero ir en la crítica del conocimiento, esto es, a ver la posibilidad de la objetividad transcendente del conocimiento.<sup>18</sup>

De esa manera, Husserl aleja el empirismo, tomando la argumentación desarrollada a partir de él como un *nonsens* derivado de la imposibilidad de obtener auxilio a partir de la deducción o inducción.

Ahora bien, es importante definir cómo obtener el planteamiento de Husserl a partir de la reducción gnoseológica, o sea, la efectiva crítica de las ciencias naturales bajo el punto de vista de la filosofía comprendida como ciencia. Importante, incluso, destacar que la idea de Husserl no es solo que la filosofía se comprenda como ciencia, sino también que exista una ciencia fenomenológica desarrollada a partir de la filosofía, en la que todas las demás ciencias puedan obtener una forma y un método para alcanzar el conocimiento puro, a nivel de la esencia de todas las cosas.<sup>19</sup>

Y, para empezar la descripción de la reducción fenomenológica, el autor discute la diferencia entre el fenómeno puro y el fenómeno psicológico. La distinción que se hace en este momento sirve para que se pueda fijar la atención en el fenómeno puro, apartándolo de la mirada que se puede realizar tomando como base alguna otra rama de investigación. Es así que Husserl elige la psicología solamente porque es la rama del saber que mayor proximidad mantiene con la definición de la conciencia, pudiendo, por esto, causar alguna confusión con el fenómeno puro. La elección del fenómeno psicológico, pues, es meramente contingente.

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>19</sup> En ese sentido, considerando la filosofía una ciencia en sentido estricto, o, dicho de otra forma, una ciencia rigurosa, también la siguiente obra del mismo autor: Edmund Husserl, *La filosofía como ciencia estricta*, traducción de Elsa Tabernig, Buenos Aires, Nova, 1973, p. 33.

Y la diferencia, retomando el hilo, es que mientras el fenómeno psicológico piensa el hombre en la actitud natural, percibiendo lo que está pasando, lo que está viviendo, cuáles son sus relaciones con el medio en el que vive, las personas que eligió para pasar su vida, el fenómeno puro se aparta totalmente de esta categorización. Por el contrario, el fenómeno puro es totalmente trascendente, apartándose de la mirada subjetiva y la concepción del tiempo objetivo. Está en el contenido del fenómeno de otras categorías, por lo que exhibe su esencia, donándose por completo y de manera pura: A todo fenómeno psíquico “corresponde, pues, por la vía de la reducción fenomenológica, un fenómeno puro, que exhibe su esencia inmanente (singularmente tomada), como dato absoluto”.<sup>20</sup>

La idea materializada por el autor es que todos los fenómenos, sean cuales fueren sus orígenes, puedan, bajo la reducción fenomenológica, exhibir su verdadera forma, o, en mejores palabras, la esencia de su forma, la esencia de su inmanencia, la esencia singularmente tomada de su esencia. Es como el núcleo del núcleo, lo que, una vez alcanzada, logrará viabilizar una nueva mirada hacia el ser; una mirada sin prejuicios, sin malentendidos, sin cualesquiera influencias empíricas, sentimentales, contextuales, o, dicho sea de paso, políticas, jurídicas, económicas, externas, internas o de cualquier orden. Es como decir que se podrá obtener a partir de la reducción fenomenológica el principio fundamental del principio fundamental, lo que permitirá también el contraste gnoseológico que objetiva Husserl.

El mayor interrogante, así entendida la idea del autor, es, entonces, cómo obtener la esencia de la esencia; cómo verdaderamente eyectarla del fenómeno en sí. Para esto, parece que Husserl vuelve a la duda cartesiana, pero con algunas diferencias, entre ellas el

---

<sup>20</sup> Edmund Husserl, *op. cit.*, 1973, pp. 54-55.

“aprovechamiento y la evaluación de los conceptos y leyes de la lógica, de la ética y de la axiología”.<sup>21</sup>

Vamos a ver cómo desarrolla esto.

El *ego cogitans ergo sum*, que nos ha dejado Descartes fue, para la filosofía y la teoría del conocimiento, una mirada que le permitió al hombre apercibirse de lo que se encuentra a su alrededor, volviéndose consciente de sí mismo y de las cosas con las que se pone en contacto. El que medita, según Husserl, tomando la duda cartesiana como enfoque y objetivo, lleva a cabo una crítica metódica de lo que es cierto en la vida natural, la experiencia y los pensamientos. Pero, como contraargumento, hay que tener en cuenta la posibilidad de un cierto solipsismo de quien medita, porque el *ego* lo hace solo, buscando caminos apodícticamente definidos, sin volver su mirada alrededor, sin involucrarse, dentro de su pura interioridad y apertura para una exterioridad objetiva.

Esto es lo que el método fenomenológico Husserliano intenta corregir de la máxima *ego cogitans ergo sum*, introduciendo en esta mirada otros elementos que le permitan no sólo comprender el *ego cogito* puro, sino también desarrollarlo a partir de un método aplicable a todas las ciencias y que sea capaz de establecer verdadera forma de comprensión con una evaluación crítica de todas las cosas y los seres que nos rodean. Husserl, de esta manera, está tras la búsqueda de lo que llama el *ego* transcendental, lo que veremos a partir de ahora.

Para llegar a comprender el *ego* transcendental, tenemos, antes, que comprender el concepto de intencionalidad, que caracteriza y es caracterizada por la vivencia cognoscitiva. Es así que toda vivencia de esta naturaleza existe bajo una intención, referente a algún objeto: mientras alguien tiene conciencia, la tiene de algo. La intencionalidad, por lo tanto, es una *intencionalidad de*. Y eso es así para que se pueda obtener la esencia del *cogito*, que, por su vez,

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 65.

ahondando más el pensamiento, podrá darnos la precisa ubicación del ego transcendental.<sup>22</sup>

Ya se ha mencionado que el método fenomenológico objetiva cuestionar las ideas que se le presenten al ser, por lo que se aparta del empirismo Humeano que, bajo el principio de la copia y negando la causalidad, posiciona todo el conocimiento en la experiencia sensible, formulando los conceptos de impresiones y viendo las ideas como en un espejo. Lo que primero hace el método fenomenológico es justamente apartar de la visión de las cosas la opinión subjetiva del conocimiento objetivo, cuestionando sus presupuestos. No es que las consideraciones subjetivas dejen de tener importancia o sean de grado menos elevado que el fenómeno, o sea, el producto de la consideración después de la reducción que propone Husserl; pero las opiniones, visiones o incluso evaluaciones subjetivas serán puestas en paréntesis para que se pueda empezar la investigación que al fin nos remitirá al fenómeno de la conciencia consciente, el *cogito cogitatum*, en toda su amplitud.

Esa idea de poner entre paréntesis el conocimiento previamente existente es lo que Husserl viene a llamar de reducción fenomenológica, o sea, la *epoché*, *epokhé* (*εποχή*), idea según la cual los pensamientos y el conocimiento previamente adquirido serían puestos entre paréntesis, en una verdadera suspensión del juicio acerca de alguna cuestión, sencilla o compleja, del conocimiento. Es importante destacar que no hay una negación de la realidad, no se deja de valorar o de considerar los elementos que a la realidad le parecen objetivos bajo una mirada subjetiva. La reducción que Husserl nos propone considera que hay que poner entre paréntesis una realidad independiente de la conciencia; así que pone entre paréntesis las creencias prefilosóficas para reconducir la mirada hacia las cosas bajo la comprensión que les da la conciencia.

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 67-78.



En última instancia, la idea de la *epoché* es que la conciencia podrá constituir sus objetos de análisis y, de acuerdo con esa teoría de la constitución, la conciencia pura, o también denominada por Husserl de objetividad trascendental, podrá eyectar la comprensión de la vivencia natural para una vivencia filosófica, más cerca de la esencia de las cosas y rumbo al último grado del conocimiento, el conocimiento apodíctico.

En este punto, interesa la distinción que Husserl traza en relación con el conocimiento subjetivo, o, mejor dicho, el acto individual de pensar (*nóesis* - νόησις), que, en remisión al pensamiento de Platón,<sup>23</sup> suele traducirse, en griego, como intuición, penetración; y, por otra parte, el contenido objetivo del pensamiento (*nóema*).

Así los describe Husserl, involucrándolos con el *cogito-cogitatum*:

Si seguimos ese principio metodológico respecto del doble tópico *cogito-cogitatum* (*qua cogitatum*), se ponen de manifiesto en primer lugar las descripciones generales que han de ser en cada caso llevadas a cabo sobre las *cogitationes particulares* y en las dos direcciones correlativas. Por un lado, pues, las descripciones del objeto intencional como tal, en vista de las determinaciones que le son atribuidas en los modos propios que se presentan a la respectiva mirada a ellos dirigida (así, por ejemplo, los modos de ser tales como ser-cierto, ser-posible o probable, etc., o bien los modos temporales-subjetivos: ser-presente, pasado (futuro). Esta dirección descriptiva se llama *noemática*. Frente a ella está la dirección *noética*. Esta última atañe a los modos del *cogito* mismo, los modos de la conciencia, por ejemplo, los de la percepción, el recuerdo, la retención, con las diferencias modales que le son inherentes, como la claridad y distinción.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Para que no quede duda: no es que la fenomenología Husserliana tenga sus raíces en el pensamiento Platónico, sino que el concepto de *nóesis*(νόησις) fue recogido de la teoría Platónica del mundo de las ideas, o sea, del mundo inteligible, a diferencia del mundo sensible. La división de los mundos, como se advierte, nada tiene que ver con los presupuestos del método fenomenológico creado por Husserl.

<sup>24</sup> Edmund Husserl, *Meditaciones cartesianas*, traducción y estudio preliminar de Mário A. Presas, Madrid, Tecnos, 1986, p. 51.

Con la *epoché* trascendental se contesta la pregunta que a Husserl le pareció fundamental acerca de la conciencia y los objetos: ¿cómo puede la conciencia ir más allá de sí misma y alcanzar los objetos? Esto se responde a partir de la reducción fenomenológica, porque la conciencia no dejará de lado las percepciones u opiniones subjetivas, sino que las pondrá entre paréntesis, para que la conciencia pueda examinar y evaluar las cosas en sí, produciendo, al fin y al cabo, fenómenos que se liberen de la subjetividad, o sea, trascendentales. Esto es lo que se objetiva a partir de la teoría de la intencionalidad. Si la conciencia es la conciencia de algo, o sea, es una conciencia intencional, los fenómenos que son producidos a partir de la reducción fenomenológica, o sea, el *cogito-cogitatum*, vendrán a ser el producto de la conciencia pura, la esencia misma del objeto.

Pero esto todavía no contesta otra pregunta que le toca formular respecto a la cuestión de la conciencia: ¿cómo comprender que los objetos que existen en el mundo sean objetos que de hecho tengan correspondencia con lo que se obtiene a partir de la conciencia?

Para contestar a esa pregunta, Husserl desarrolla, en las “Meditaciones Cartesianas”, una comprensión de síntesis compleja. Para eso, empieza observando el error de Descartes al convertir el ego en *substantia cogitans*, separada, por así decirlo, del giro trascendental hacia el mundo. En Husserl, lo que se ve es un cambio de lo psicológico hacia lo trascendental que no concierne a la relación conciencia-objeto y conciencia-conciencia, esta última no abordada por Descartes.<sup>25</sup>

Y ese cambio es lo que permite el comienzo del desarrollo de la comprensión de síntesis. Así que por la *epoché* fenomenológica hay también una reducción del material humano a la vida psíquica: “Yo reduzco mi yo natural humano y mi vida psíquica – el reino de mi experiencia psicológica de mí mismo – a mi yo fenomenológico-transcendental, al reino de la experiencia fenomenológi-

---

<sup>25</sup> *Ibid.* pp. 34-35.

ca-transcendental de mí mismo”.<sup>26</sup> Lo que eso importa es que hay un intercambio permanente entre la conciencia y las cosas y la conciencia con ella propia. Eso es fundamental y quizás explique la diferencia Kantiana entre el fenómeno y el *noúmeno* (νοούμενον), una vez que el fenómeno transcendental Husserliano considera las cosas en correlación con la conciencia, poniéndolas a prueba para, por medio de la reducción, traerlas a su esencia, además de existir un movimiento de regreso a la conciencia, a partir de la síntesis.

En ese sentido, Husserl hace una diferenciación entre la reflexión natural y la reflexión transcendental: “En la reflexión natural de la vida cotidiana, pero también en la de la ciencia psicológica (o sea, en la experiencia psicológica de nuestras propias vivencias psíquicas) estamos sobre la base del mundo ya dado como existente.” El ejemplo que nos trae es que la reflexión natural se hace cuando se dice algo como “ahí veo una casa o recuerdo haber oído esta melodía”.<sup>27</sup> En la reflexión fenomenológico-transcendental, por otro lado, este tipo de abordaje se abandona en función de la *epoché* a respecto del ser o no-ser del mundo. La reflexión, hecha de esa manera, es capaz de repositionar el *cogito*, así como las cosas mismas en su función.<sup>28</sup>

Este, bajo mi concepción, es el punto en el que la argumentación jurídica se encuentra con la fenomenología Husserliana, pues el juez tendrá que reflexionar de manera fenomenológico-transcendental a fin de poder considerar los hechos en causa y, a partir de una reducción eidética, transponerlos al límite de su esencia.

Y, por curioso que parezca, la argumentación jurídica bajo la mirada del método fenomenológico exige un observador al mismo tiempo interesado y desinteresado. El primero verá con la utilización del método fenomenológico, su comprensión y límites de manera consciente, intentando hacerlo, tanto desde el punto de vista

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 48.

interno como externo; y el segundo no estará interesado en un punto de vista, pues con el método fenomenológico hay que volverse gnoseológico, investigando el carácter apodíctico de las cosas con las que se relaciona el caso y más, mirándolas como estando entre paréntesis con respecto a la realidad que las rodea.

Al carácter desinteresado ya le había dedicado su atención Edmund Husserl, como se puede comprobar en el Libro *Meditaciones Cartesianas*.<sup>29</sup> Tenemos entonces en la fenomenología y su método propio la actitud desinteresada y en el juez lo que traerá a la argumentación jurídica la actitud interesada; pero no un interés material, sustantivo, sino un interés metodológico, dejando evidente lo que quiere hacer para llegar a la correlación entre el ser que se presenta en el caso controvertido y el caso en sí, la cosa misma.

Queda, empero, conectar la fenomenología con el derecho; o sea, saltar de la teoría del conocimiento para el derecho. La ausencia de esta conexión en el presente artículo no sanaría una dificultad que a mí me parece inmensa: trasponer el abismo de la teoría del conocimiento, la *episteme*, al derecho para, con eso, poder llegar hasta la argumentación jurídica.

Para ayudar a saltar ese abismo cuento con los aportes teóricos de dos autores a los que enseguida me referiré y que han contribuido, tal vez, con los primeros materiales en el camino hacia la construcción de un puente: Adolf Reinach y Gerhart Husserl.

## 2. DE LA CONCIENCIA HACIA LO CONCRETO: EL DERECHO A MITAD DEL CAMINO

### A. ¿ES POSIBLE SALTAR DE LA CONCIENCIA HACIA LO CONCRETO? Y, SI ES POSIBLE, ¿POR QUÉ HACERLO?

Wolfgang Köhler (1887-1967), uno de los principales teóricos de la Psicología de la Gestalt, desarrolló, durante la Primera Guerra

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 49.

Mundial, un curioso experimento que consistía en poner un simio junto a un racimo de plátanos localizado fuera de su alcance. En un punto próximo a él, Köhler colocó una caja y un bastón y, después de saltar por diversas veces sin éxito intentando alcanzar los plátanos, el simio percibió que podía mover la caja hasta colocarla debajo de los plátanos y, con la ayuda del bastón, golpearlos hasta que cayesen al suelo.<sup>30</sup> Aunque su intención era definir los *insights* y la posibilidad de organización y desorganización de ambientes por quien los habitase, Köhler tuvo el mérito de describir algo que solamente algún tiempo después fue organizado y sistematizado en el derecho: la diferencia entre la racionalidad y la justificación. El caso de Köhler comprueba que los simios pudieron razonar para alcanzar los plátanos, pero no tuvieron la necesidad de justificar su razonamiento.

En el derecho, en especial en la argumentación jurídica, ya se ha hecho bien conocida la diferencia entre los contextos del descubrimiento y de la justificación, planteada primero por la teoría del conocimiento y que, en términos de decisiones judiciales, produjo el efecto de que el juez tuviera la necesidad de justificación en su fallo, o sea, de decir de forma racional y justificada las razones por las que decidió de una u otra forma.

Hay una extensa bibliografía respecto a esta temática, pero, por ahora, lo que interesa es solo poner de relieve que existe sí la posibilidad de trasladarse desde la conciencia al caso concreto y que los motivos para así hacerlo están, en la argumentación jurídica, involucrados con la necesidad de razonar y demostrar la racionalidad del pensamiento del juez al fallar.

Y, en este contexto, cada vez más se está pasando de la comprensión meramente objetiva del pensamiento traducido en los argumentos desarrollados en el fallo para la comprensión de la

---

<sup>30</sup> Wolfgang Köhler, *Experimento de Köhler*, Disponible en <<https://pt.scribd.com/doc/214510043/Experimento-de-Kohler>>, [última consulta, 15 de agosto de 2017], 1978, pp. 39-56.

intencionalidad del pensamiento como parte de la exposición argumentativamente legítima de la causa del resultado final alcanzado en una decisión judicial. Dicho de otro modo: una vez que ya se ha comprobado la necesidad de justificación en la decisión judicial, ahora lo que queda por saber es dónde se ubica ésta, si en la objetividad de los argumentos, o en la intencionalidad de los pensamientos. ¿Cómo pasar de la *doxa* a la *episteme*, sin perder el componente subjetivo de valoración de las peculiaridades de los casos?

Esta correlación racionalidad-justificación es bien relatada, en mirada más amplia, por John R. Searle, en su trabajo cuando se propone describir su teoría de las brechas:

Quando introducimos explicaciones de fenómenos intencionales, tales como acciones, creencias, deseos, esperanzas, así como guerras, políticas económicas, asuntos amorosos y novelas, introducimos un componente nuevo, la racionalidad, y con la exigencia de una explicación racional viene típicamente una exigencia de justificación. Los fenómenos intencionales están sujetos a constricciones de racionalidad, y una exigencia de una explicación de un fenómeno intencional –una creencia, un deseo, una acción etc. –es típicamente una exigencia de mostrar cómo es racional y cómo está justificado.<sup>31</sup>

Otro segmento que propone la investigación del binomio racionalidad-justificación bajo la perspectiva de la intencionalidad es la lógica de la imaginación. Experimentos y teorizaciones llevadas a cabo, entre otros, por Alexandre Costa-Leite e Ilkka Niiniluoto<sup>32</sup> han comprobado que, cada vez más, el pensamiento, o la conciencia, ofrece una amplia gama de variables capaces de conducir a la legitimidad epistémica sin perder en la *Doxa*, las opiniones y subjetividad. Este no es el momento de desarrollar estos caminos, sino

---

<sup>31</sup> John R. Searle, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, traducción de Luis M. Valdés Villanueva. Barcelona, Ediciones Nobel, 2000, p. 127.

<sup>32</sup> Ilkka Niiniluoto, *Imagination and fiction*. Journal of Semantics, 4, p. 209-222. Disponible en <<http://jos.oxfordjournals.org/content/4/3/209.full.pdf+html>>, [última consulta, 15 de agosto de 2017], 2016, pp. 209-222.

solo de indicarlos para comprobar que esta línea de investigación está cada vez más fuerte.

De cualquier forma, sea por la mirada tradicional de la filosofía dura, sea por nuevos rumbos que se han destacado en diversos matices, lo que parece adecuado poner de relieve es que la relación conciencia-caso concreto es ineludible y su comprensión está lejos de ser algo solipsista; no es solamente una forma de explicar lo que está a nuestro alrededor, sino también de justificar decisiones, judiciales o no.

Este camino de vuelta desde la facticidad hacia la conciencia puede ser no más que una nueva vuelta de tuerca, por lo que cabe examinar la relación derecho-fenomenología con mayor atención.

#### B. LA FENOMENOLOGÍA PARA ADOLF REINACH: ACTOS SOCIALES, CONCEPTOS A PRIORI Y ARGUMENTACIÓN

Aunque Husserl dijo, en su famosa frase, que “La fenomenología son Heidegger y yo”, teniendo en cuenta que Heidegger siguió otros rumbos, dado lo que después se conoció como la hermenéutica-fenomenológica, creo que fue a Adolf Reinach a quien Husserl le dejó su mayor legado, pese a su temprana muerte bajo los desgraciados tiempos de la Primera Guerra Mundial. En sus 34 años de vida, Reinach tuvo tiempo de escribir bastante, así como dictar clases que se volvieron famosas y generaron no solamente una visión propia de la fenomenología de Husserl, sino también la primera tentativa de poner el derecho y la fenomenología en contacto, como se puede observar en la obra *Los fundamentos a priori del Derecho Civil*,<sup>33</sup> en la que pudo lanzar luces a institutos jurídicos como las obligaciones, la propiedad y el derecho mismo bajo diversas concepciones como la teoría de David Hume, la teoría psicológica de Theodor Lipps, y

---

<sup>33</sup> Adolf Reinach, *Los fundamentos a priori del Derecho Civil*, traducción de Mariano Crespo, Granada, Comares, 2010.

la teoría de Wilhelm Schuppe, criticándolos en lo que le pareció no adecuado para investigar la ontología del objeto buscado, o sea, el derecho civil.

También en la obra *Introducción a la fenomenología*<sup>34</sup> pudo desarrollar algunos temas ya profundizados por Husserl, confiriéndoles, empero, su contribución personal. En lo que importa al presente artículo, siguen algunas de sus ideas principales.

Reinach creía que la mirada fenomenológica difiere de la actitud fenomenológica. Esta es mucho más interesante e importante que aquella, una vez que le permite al hombre pensar fenomenológicamente en cualesquier ramas o puntos de interés que venga a imaginar. Eso es interesante sobre todo porque basa el planteamiento que se propone en ese artículo, según el cual la mirada del juez debe ser fenomenológica para que desarrolle todo el potencial de la argumentación jurídica. Y eso porque, independientemente de la teoría de la argumentación que se adopte, el significado de las palabras, las cosas, el mundo y el ser estarán involucrados y, para Reinach, así como para Husserl, la fenomenología ofrece un sitio seguro al cual podemos acudir para analizar, examinar y profundizar todos los aspectos del caso en conflicto.

Tal vez una crítica que dirige Reinach a los filósofos y que quizás se pueda aplicar, casi como por subsunción, a los que se han olvidado de buscar la esencia de las cosas, al costo de una argumentación basada en reglas lógicas o establecidas bajo sospechosa legitimación democrática es que se “ha olvidado de mirar; tan sólo se sabe demostrar”.<sup>35</sup>

Bueno, quizás esto justifique igualmente un regreso a la fenomenología, una vez que actualmente las cosas pasan tan deprisa, los casos a examinar son tantos y variados que las esencias incluso se

---

<sup>34</sup> Adolf Reinach, *Introducción a la fenomenología*, traducción de Rogerio Rovila, Madrid, Encuentros, 1986, p. 37.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 37.



pierden.<sup>36</sup> Pero algo diferente es sostener la aplicación de la fenomenología a la argumentación jurídica, lo que no se debe hacer solo por cuestiones de cantidad o meramente pragmáticas.

Y, para eso, hay que ponerla primero en la misma ruta que el derecho, cosa que Reinach también reconoce al desarrollar su teoría de los actos sociales bajo fundamentos fenomenológicos. Al analizar el concepto de promesa (que generará, posteriormente, las obligaciones) en el derecho civil, concibe, al igual que la teoría de los juicios negativos que ya había desarrollado anteriormente, que la promesa solo es válida en cuanto tal porque al ser creada, trae consigo la creación de un acto social que contiene dos partes: una parte anímica-interna y otra corporal-externa. La primera se conecta al sentido del agente que practica el acto, a su vivencia específica, a su espontaneidad, a la intencionalidad; y el segundo a la forma que es percibida por el destinatario.<sup>37</sup>

Esa es la idea que se pretende pasar con el presente artículo, o sea, que la argumentación jurídica utilizada por el juez como instrumento de argumentación racional y, por eso, capaz de legitimarlo jurídicamente, tiene un necesario contenido social que se obtiene del pensamiento, o mejor dicho, del método fenomenológico, en el que el juez podrá realizar una reducción eidética y fenomenológica de los conceptos, reglas y particularidades involucradas en el caso, poniendo bajo la luz, de este modo, el aspecto anímico-interno (parafraseando a Reinach) y, al mismo tiempo, dejando claro para el público externo cómo lo hace.

Juntos, el aspecto interno de la argumentación – que, llevado a cabo por el juez, partirá del caso para obtener la esencia – y el aspecto externo, o sea, la argumentación jurídica propiamente dicha,

---

<sup>36</sup> Solo para que se tenga una idea, datos del Consejo Nacional del Justicia brasileño revelan que en 2015 la cantidad de casos pendientes en el Poder Judicial brasileño era de 99,7 millones, siendo 91,9 en el primer grado de jurisdicción.

<sup>37</sup> Adolf Reinach, *op. cit.*, 2010, p. 41.

conformarán un fallo que será, al mismo tiempo, racionalmente justificado y legitimado argumentativamente.

Entonces volvamos a Adolf Reinach para observar una particularidad más.

La argumentación jurídica se puede considerar como el producto del acto social practicado por el juez al momento de fallar. Esto es simple, pero sirve para un propósito que, tanto en Husserl como en Reinach se expone con profundidad. Al crear la teoría de los actos sociales que sostiene los fundamentos *a priori* del derecho civil, Reinach, considera, como ya lo había hecho Husserl, la materia y la calidad del acto como dos momentos inseparables y combinables de distintos modos. Y, para él, eso hace que el acto no deba ser considerado bajo signos aléticos de verdad o falsedad, sino más bien en cuanto formas exitosas o no exitosas de alcanzar su meta.<sup>38</sup>

Ahora bien, con la argumentación jurídica pasa lo mismo, sencillamente porque se puede considerar un ejemplo de acto social. También poco le valdrá la relación alética verdadero/falso, buscando mejor dicho el resultado exitoso o no (componentes de coherencia o consecuencialistas), y siendo permeada por relaciones bilaterales, al igual que los actos sociales, basados en la intencionalidad del emisor que se debe poner de relieve y la recepción del destinatario.

A fin de consolidar todavía más esa idea, considero importante desarrollar aún más la aplicación del método fenomenológico en el derecho, por lo que me parece importante poner de relieve el pensamiento del hijo de Edmund Husserl que se dedicó a esta empresa: Gerhart Husserl.

---

<sup>38</sup> No es este el momento de examinar a fondo la teoría de los actos sociales de Adolf Reinach, lo que por cierto remitiría a la teoría de los juicios negativos y a su forma de ver la fenomenología. Lo que intento hacer por ahora es solamente tomar de Reinach algunos marcos teóricos que pueda utilizar para desarrollar la idea que propongo en este artículo, de establecer un eslabón entre la argumentación jurídica y la fenomenología. Así que por ahora dejo de profundizar, mismo en el aspecto descriptivo, los ejes teóricos mencionados, tomándolos como presupuestos sólo para los fines dichos.

## C. LA FENOMENOLOGÍA PARA GERHART HUSSERL

Es común, entre los llamados jusfenomenólogos, realizar una división entre la fenomenología en cuanto filosofía, de línea más ortodoxa y que tuvo a Edmund Husserl como su idealizador, la fenomenología existencialista – y aquí se hace una subdivisión, distinguiendo entre una versión que se denomina existencialista alemana bajo la enseñanza de Heidegger (que rechazó esa denominación, dígase de paso) y existencialista francesa, cuyos nombres más influyentes fueron Jean-Paul Sartre, Maurice Merleau-Ponty y Simone de Beauvoir – y, finalmente, la jusfenomenología, que tuvo a Adolf Reinach, Félix Kaufman y Gerhart Husserl como sus principales autores.

La comprensión de Gerhart Husserl tuvo el mérito de trasponer al derecho muchos de los presupuestos de la fenomenología y, pese a recibir muchas críticas acerca de la falta de rigorismo formal (al contrario de lo que llevó a su padre a ser reconocido), elaborar una teoría que permitió y posibilita aún establecer un eslabón entre la fenomenología, en cuanto método y ciencia, y el derecho.

Por lo tanto, es adecuado en este momento poner de relieve algunas líneas generales de las ideas de Gerhart Husserl para, enseguida, profundizarlas en la siguiente etapa de este artículo, al describir cómo efectivamente la argumentación jurídica puede recibir un influjo fenomenológico que la legitime.

Gerhart Husserl expone, en su obra *Recht und Zeit*,<sup>39</sup> al igual que Adolf Reinach en “Los fundamentos *a priori* del Derecho Civil”, la idea de que existe algún o algunos fundamentos centrales del derecho, de carácter *a priori*, que pueden ser reconocidos bajo el método de la reducción eidética y que, por ubicarse en la misma

---

<sup>39</sup> Willis Santiago Guerra Filho, *Fenomenologia e direito*, Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, TRF 2, Região, 2008, p. 51.

senda de la comprensión social, estarían directamente legitimados por la sociedad.

Teniendo en cuenta el concepto de intersubjetividad heredado de la teoría de su padre, Edmund Husserl, Gerhart considera que, si la realidad social se muestra como una construcción intersubjetiva, así como el derecho, debe haber, casi como una conclusión deductiva, un fundamento común que los una (a la realidad social y al derecho) y que sostenga la legitimidad del ordenamiento jurídico. Pensar el derecho, según destaca, es como pensar los fundamentos que lo legitiman.

Y ese, o esos, fundamento(s) común(es) tendría(n) la importante característica de destemporalidad, es decir, no variaría(n) conforme el tiempo, presentándose siempre estable(s) y operante(s) bajo la existencia de una sociedad, o, mejor dicho, una realidad social y el derecho que la presente.

Esa construcción solo se hace posible, para Gerhart Husserl, porque en su concepción la realidad social se presenta como idéntica a la construcción intersubjetiva, por lo que parte de un intrincado término fenomenológico que posiciona la conciencia hacia afuera de sí misma y del mundo, de suerte que, involucrada con el otro que se relaciona con ella, construye tanto los objetos, como a sí misma.

No se debe olvidar, empero, que la construcción de la intersubjetividad y la conciencia hacen parte de la teoría de Edmund Husserl en una fase más madura, en la etapa en la que ya veía la intersubjetividad casi como una necesaria consecuencia de la comprensión de la expresión “mundo de la vida” que después lo llevó a cambiar algunos aspectos de su teoría original.

Gerhart Husserl parte de la intersubjetividad justamente para comprender que el derecho se ubica en el mismo nivel que la realidad social y que, por eso, así como se puede encontrar un fundamento *a priori* para esta última, también lo es para el derecho. El pensamiento es cuestionable y no parece del todo acertado, principalmente por considerar que: i) existe un fundamento *a priori* para

la realidad social; ii) el derecho podría ser equivalente a la realidad social y, por abducción, a la construcción intersubjetiva; y iii) porque existe un fundamento *a priori* para el derecho que sería el mismo que el de la construcción intersubjetiva. Pero, aunque cuestionables algunos aspectos, es posible considerar la idea de destemporalidad de Gerhart Husserl para los fines planteados en este artículo.

Como se puede percibir, la correlación derecho-realidad social-construcción intersubjetiva no es nada fácil y a esta Gerhart Husserl le añade otras dos expresiones de igual dificultad: el horizonte de significados y el mundo de la vida.

Las dos se justifican en su modo de ver para explicar que la característica de la destemporalidad del derecho no significa necesariamente que el derecho mismo no se pueda historicizar, o sea, considerar momentos históricos que puedan moldear la realidad en la que se ubica. Independientemente del carácter destemporalizador del derecho, habrá que considerar el momento en el que se aplica, ya sea el pasado, tarea del Poder Judicial, el presente, del Poder Ejecutivo o el futuro, tarea de los legisladores.

Estos poderes tienen la función de captar la historicidad de la realidad social, teniendo en cuenta el horizonte de significados que sufrirán un proceso de reducción eidética y fenomenológica para, después, convertirlos en i) normas; ii) fallos iii) actos que comprenderán en sí mismos tanto la historicidad como los fundamentos *a priori* del derecho.

Veamos, ahora, cómo las ideas de los autores pueden auxiliar en el planteamiento de este artículo.

#### IV. FENOMENOLOGÍA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

##### 1. UN EJEMPLO DE MALA APLICACIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, tratando específicamente de la temática del valor probatorio del contexto, y, con-

cretamente, de la posibilidad del juez considerarlo independientemente del requerimiento de las personas involucradas en el caso, decidió que: a) el contexto tiene efectivo valor probatorio, estando, en este punto, amparado por el reglamento que rige la aplicación de los derechos humanos en el ámbito internacional;<sup>40</sup> b) el valor probatorio del contexto es meramente indiciario, o sea, debe ser considerado en conjunto con los demás elementos probatorios existentes en el caso llevado a apreciación de la Corte;<sup>41</sup> c) considerando la construcción teórica denominada “pruebas para mejor resolver”, se admite, incluso *ex officio*, que el juez considere el contexto.

La tesis elaborada por la CIDH es muy interesante también por un detalle.

Además de haber enfrentado específicamente la cuestión del valor probatorio del contexto, lo que hasta ahora no se ha visto a no ser como *obiter dictum*, al menos en Brasil, creó una especie de evaluación del conjunto probatorio a partir de las pruebas obtenidas y producidas en el caso originario objeto de análisis por la CIDH, a partir de lo que la Corte denominó “teoría de la sana crítica”.<sup>42</sup> Es que la CIDH tiene, gracias a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, competencia para sobreponer sus decisiones a los fallos de última instancia llevados a cabo por el Poder Judicial de los países que firmaron la Convención; y claro, en estos casos originarios existió un material probatorio que llevó a determinada conclusión. Así que la operación que la CIDH realiza es la de

---

<sup>40</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Velasquez Rodriguez Vs. Honduras, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. par. 132.

<sup>41</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los 19 comerciantes Vs. Colombia, Sentencia del 12 de junio de 2002. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam, Sentencia del 4 de diciembre de 1991. Caso Gonzalez y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela, Sentencia del 28 de enero de 2009. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia del 25 de noviembre de 2006.

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mapiripan vs. Colombia, Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 15 de septiembre de 2005. Pár. 73.

considerar el elemento probatorio primario como una especie de elemento probatorio en el proceso que, bajo su competencia, se produzca. Es como si fuera una especie de prueba de la prueba.

La propuesta es interesante y de cierta manera auspiciosa, pero presenta algunos problemas, sobre todo para el método que se plantea en este artículo.

Inicialmente e, incluso, independientemente del planteamiento de este artículo, es interesante observar que el análisis de los casos en los que el contexto fue considerado demuestra que, aunque considerado formalmente como elemento indiciario, en realidad, no se lo puede caracterizar como tal. De hecho, la CIDH llegó a sus conclusiones teniendo en cuenta que el contexto había sido comprobado, lo que le atribuye carácter probatorio en dos momentos: el primero como base fáctica que motivó la causa analizada; el segundo como elemento indiciario capaz de contraste con las demás pruebas. Esta doble valoración no me parece adecuada. Esto porque, aparte de otros problemas, intercambia los criterios de inducción, necesaria para la reconstrucción del ambiente fáctico, y deducción, apta al análisis de la conclusión de la prueba.

Además, y ahora sí lo que interesa al presente artículo, confunde verdad, construcción de la verdad y consideración de la verdad. Edmund Husserl, con su concepción de la reducción fenomenológica, intenta explicar cómo la conciencia comprende un objeto de análisis, señalando que la intencionalidad tiene una crucial importancia en este punto.<sup>43</sup> La consideración del contexto como medio probatorio hace con que la conciencia que se produjo en un caso, mire al otro, sin correspondiente fáctico.

La reducción, fenomenológica o eidética, desde el punto de vista de Edmund Husserl o de otros autores, exige que las circunstancias fácticas sustantivo-deontológicas sean puestas entre paréntesis, de

---

<sup>43</sup> Edmund Husserl, *Investigaciones Lógicas*, 2, traducción de Manuel G. Morente y José Gaos, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 472-500.

manera que no puedan influenciar en la solución de un caso desde el punto de vista material. Se debe, entonces considerar, en un segundo momento, el contexto originario de cierta manera neutro a lo que se aprecia.

Pues... Lo que hace la CIDH es justamente lo contrario. Considera el contexto como una especie de prueba de la prueba, haciendo uso de la cuestionable “teoría de la crítica sana” que, más allá de cualquier duda, tiene un fondo deontológico, en la medida en que le permite a la Corte decir, bajo sus consideraciones subjetivas, cuáles son las críticas sanas y cuáles no lo son, por qué no lo son o por qué no son críticas; y, por si eso no fuera suficiente, aún considera el contexto formalmente como elemento indiciario, pero materialmente como prueba misma: una prueba de la prueba.

La comprensión de la CIDH acerca del contexto como material probatorio, indiciario o no, no atiende mínimamente al método de la reducción fenomenológica, de suerte que los fallos que adoptan las mencionadas teorías – de ‘la crítica sana’ y de ‘pruebas para mejor resolver’ – nada más hacen que estimular una argumentación que, en su aspecto interno, no se legitima en cuanto fallos que deberían estar llenos del mundo de la vida, intersubjetividad y horizonte de significados.

Hay, además, otra cuestión.

Además de no poner el contexto probatorio o los elementos de él resultantes entre paréntesis – lo que, en efecto, hace con que de hecho la Corte, por sus propias consideraciones, tome un contexto como le parezca mejor, de la forma que le parezca más adecuada, por su exclusivo y personal criterio –, la Corte, al considerar el contexto originario como la prueba de la prueba tampoco percibe la necesidad de la conciencia de ubicarse en el presente, en el caso dado, eyectada, así, de otros factores o circunstancias, principalmente las pasadas.

Así que, considerando el contexto ya ocurrido como elemento de prueba, indiciario o no, para el caso presente, se toma del pasado



una esencia que quizás no sea equivalente a la esencia del caso que ahora se pone de manifiesto para apreciación de la CIDH. El trazo decisivo de eyección de la conciencia hacia el presente no se satisface; no se satisface para nada.

Lo mejor que se podría hacer para corregir la dirección de la comprensión de la CIDH en esta situación sería, sin margen de duda, abandonar tanto la ‘teoría de la crítica sana’, que no es para nada sana, como la teoría de ‘pruebas para mejor resolver’, que, por igual, no lleva a camino alguno.

#### A. UN EJEMPLO DE CORRECTA APLICACIÓN

Entre los extractos de las sentencias más importantes del Tribunal Constitucional Alemán compiladas por Jürgen Schwabe, una de las más destacadas, a nuestro modo de ver, son las “Sentencias n°. BVerfGE 30, 1, que trata de la escucha telefónica y la Sentencia, proferida en la Segunda Sala, el 15 de diciembre de 1970 – 2 BvF1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69.<sup>44</sup>

En la primera se reconoció que “El tratamiento que los poderes públicos – al hacer cumplir la ley – brindan a las personas, debe ser considerado como manifestación de desprecio al valor de que goza el ser humano por el hecho de ser persona cuando dicho tratamiento incide en la dignidad humana”. En la segunda, por otro lado, el concepto de dignidad de la persona humana quedó mejor explicado, incluso con voto en apartado de dos jueces.

El entendimiento que prevaleció se puso así de manifiesto:

El que el art. 1 de la Ley Fundamental, conocido como el principio de la inalienabilidad de la persona humana, no pueda ser modificado mediante una reforma Constitucional, tal y como lo dispone el art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental, dependerá ante todo de las circunstancias en las

---

<sup>44</sup> Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Extractos de las Sentencias más importantes compiladas por Jürgen Schwabe*, traducción de Marcela Anzola Gil y Emilio MausRatz, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 53.

cuales se considere violada la dignidad humana. Evidentemente esto no se puede establecer en forma general, sino siempre atendiendo al caso en concreto. Las fórmulas generales, como la que prevé que los seres humanos no pueden ser degradados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto, establecen las directrices que sirven para determinar los casos en los que se da una violación de la dignidad humana. No pocas veces el ser humano se vuelve un simple objeto, no sólo de las circunstancias y del desarrollo social, sino también del derecho, en la medida en que se debe adherirse a ese sin que se tomen en cuenta sus intereses. La violación de la dignidad humana no se da por esta sola razón. Se debe añadir el hecho de que la persona haya sido sometida a un trato que cuestiona principalmente su cualidad de sujeto, o que en el tratamiento dado en el caso concreto exista una desvalorización arbitraria de la dignidad humana. El trato que afecta la dignidad humana, otorgada por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvalorización de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de ‘trato abyecto’.<sup>45</sup>

En el voto particular de los magistrados Geller, Dr. Von Schlabrendorff y Dr. Rupp, así se esclareció:

Para responder a la pregunta de lo que significa ‘dignidad humana’, uno debe guardarse de entender esa patética expresión exclusivamente en su sentido más elevado, es decir, aquel que considera que la dignidad humana únicamente se vulnera cuando el trato otorgado por el poder público – al hacer cumplir la ley – a las personas sea considerado como ‘expresión del desprecio del valor del que goza el ser humano por el mero hecho de ser persona’, y, en ese sentido, tiene también el carácter de un ‘tratamiento abyecto’. Si se hace esto, entonces se reduciría el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental a la prohibición de reintroducir, por ejemplo, las torturas, las picotas y el método del Tercero Reich. Una restricción tal, sin embargo, no corresponde a la concepción y al espíritu de la Ley Fundamental. Todo poder estatal tiene que considerar y proteger al ser humano en sus valores propios y su autonomía. No puede ser tratado de manera

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 54.

impersonal, como un objeto, aun cuando esto ocurra sin desconocer los valores personales, sino con ‘buenas intenciones’.<sup>46</sup>

Ahora vamos a sacar de las dos sentencias las premisas que se correlacionan con la discusión de este artículo.

En el primer fallo, la Sentencia n.º. BVerfGE 30, 1 se ve un ejemplo de situación en la que independientemente de la argumentación jurídica que el fallo hubiera utilizado como base, su conclusión es eminentemente subjetiva, personal y no puede pasar en el test del método de la fenomenología para la comprensión, racionalización y alteridad, de la decisión judicial.

Eso simplemente porque al invocar el principio de la dignidad de la persona humana sin más, o sea, sin establecer lo que en la fenomenología y aquí en este artículo se suele llamar de reducción eidética, la Corte, por medio de la Sentencia, lanzó una manifestación que no ultrapasó la barrera de la mera opinión, no pudiendo ser clasificada como un fallo racional.

Al decir que el poder público afronta la dignidad humana cuando emite un acto “como manifestación de desprecio al valor de que goza el ser humano”, lo que la Corte hizo fue más bien caminar en círculos, lanzando argumento defectuoso por ser circular. Podría cambiar la dignidad de la persona humana por el cielo, el infierno, las señoras, los caballeros, las rocas o cualquier otra cosa que el resultado sería el mismo. Y eso se da principalmente porque a la Corte le falta un método que efectivamente investigue lo que dice el principio y no una tendencia subjetiva o personal de emitir fallos.

Existe, pues, en el razonamiento de la Corte, un vicio intrínseco, interno, el que, como discutido en este artículo, se puede combatir por medio de un remedio también de naturaleza interna: la reducción interna, método fenomenológico planteado por Edmund Husserl y relacionado, en este artículo, a la argumentación jurídica, que traerá a la luz la esencia del caso, partiendo del concepto de la

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 54.

dignidad de la persona humana, permitiendo que el fallo se caracterice, a un solo tiempo, como racional y legitimado, porque trae en su conjunto la alteridad.

Obsérvese que esa vuelta de tuerca, independientemente de la teoría de la argumentación que se utilice, se ubica, en realidad, en la conciencia del juzgador, que, haciendo la reducción eidética, podrá encontrar lo que el caso indica como esencia a ser trabajada partiendo del principio de la dignidad de la persona humana.

Lo que falta, pues, es la reducción eidética, que en ese fallo no fue pensada.

Nótese que, para tanto, no nos cabe discutir el contenido del principio de la dignidad humana. Eso haría que la discusión se ubicase más allá del método fenomenológico, que, por medio de la reducción, objetiva poner entre paréntesis cualquier forma de pensamiento substantivo-deontológico.

Por otro lado, tampoco se discute la discutible esencia de conceptos jurídicos, una vez que de la misma forma tal discusión nos llevaría hacia el mismo problema, poner a la mesa argumentos substantivos-deontológicos para el debate. Esto no sucede con la reducción eidética (de la forma como se ha explicado en este artículo, con variaciones a la manera fenomenológica Husserliana) ya que intenta solo buscar en el caso mismo la esencia del caso para, a partir de ella, discutir la dignidad de la persona humana.

Esa falla fue, en buen momento, reparada por la siguiente sentencia, la de n.º. 2 BvF1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69, con los votos en separado.

Nótese la siguiente afirmación:

El que el art. 1 de la Ley Fundamental, conocido como el principio de la inalienabilidad de la persona humana, no puede ser modificado mediante una reforma Constitucional, tal y como lo dispone el art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental, dependerá ante todo de las circunstancias en las cuales se considere violada la dignidad humana. Evidentemente esto no

se puede establecer en forma general, sino siempre atendiendo al caso en concreto.<sup>47</sup>

Aquí no hace falta la mención a la necesidad de la reducción. Con esta afirmación, fue superada la omisión en la que incurría el fallo anterior, que, además de concebir la dignidad de la persona humana en general, abstracto, la derivaba de sí misma. En la presente Sentencia, sin embargo, no solamente hubo un reconocimiento de que la dignidad de la persona humana no suele considerarse en abstracto, en general, sino que su contenido se debería obtener a partir del caso concreto.

Ha mejorado, una vez que el fallo indica, al menos de manera implícita, la necesidad de la reducción del concepto del principio de la dignidad de la persona humana, derivable del caso concreto. Indica la reducción, o sea, reconoce, también implícitamente que faltó algo en el terreno del método de la decisión en el caso anterior, que derivó la dignidad de sí misma.

Ocurre, empero, que, aunque sea un avance, la Corte no lo hizo completamente, una vez que pretendió reducir la dignidad de la persona humana al caso concreto, para obtener con eso, su contenido material. Esto no se sostiene, bajo mi punto de vista, porque caería en el problema de considerar los contenidos substantivos/deontológicos de un concepto jurídico, término, axioma, cláusula general abiertos y todos cualesquiera otros puntos de apertura del sistema que se pueda imaginar.

Eso es justamente lo que el método fenomenológico aplicable a la teoría de la argumentación jurídica intenta evitar, incluso porque sería una especie de *contraditio in terminis* a la propia fenomenología, que se aleja de cualquier forma de discusión deontológica en búsqueda de la esencia, poniendo todas las concepciones de esta naturaleza entre paréntesis.

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, 53-54.

O sea, le faltaba al fallo del Tribunal Constitucional ubicar la reducción en el ambiente correcto, en el caso concreto, sacándolo de la discusión deontológico-valorativa que necesariamente se ubicaría si acaso permaneciera en el terreno señalado.

La decisión no percibió este punto; lo que hizo que en la secuencia de los argumentos acerca de la posible violación de la dignidad de la persona humana se tratase solamente de cuestiones genéricas, abstractas y no involucradas al caso concreto, como intentando justificar la dignidad por la dignidad misma.

Léase, para que quede claro, la secuencia de los argumentos del fallo:

Las fórmulas generales, como la que prevé que los seres humanos no pueden ser degradados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto, establecen las directrices que sirven para determinar los casos en los que se da una violación de la dignidad humana. No pocas veces el ser humano se vuelve un simple objeto, no sólo de las circunstancias y del desarrollo social, sino también del derecho, en la medida en que se debe adherirse a ese sin que se tomen en cuenta sus intereses. La violación de la dignidad humana no se da por esta sola razón. Se debe añadir el hecho de que la persona haya sido sometida a un trato que cuestiona principalmente su cualidad de sujeto, o que en el tratamiento dado en el caso concreto exista una desvalorización arbitraria de la dignidad humana. El trato que afecta a la dignidad humana, otorgada por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvalorización de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de ‘trato abyecto’.<sup>48</sup>

A buena hora, sin embargo, los votos separados esclarecieron la cuestión. Y ya en las primeras líneas percibieron el problema en el que se había envuelto la Corte, al decir “Para responder a la pregunta de lo que significa ‘dignidad humana’, uno debe guardarse de entender esa patética expresión exclusivamente en su sentido más elevado”, o sea, para decir lo que la dignidad de la persona

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 54.

humana tiene que ver con la esencia del caso se debe mirar el caso y no la dignidad humana; este y solamente este podrá poner a la luz los elementos más adecuados que constituyan el horizonte de significados trascendentales bajo los cuales se podrá efectivamente examinar si el principio de la dignidad de la persona humana fue o no violado por la conducta del Poder Público.

Esto, en la secuencia del argumento de la Corte, queda bien claro. Obsérvese:

(...) es decir, aquel que considera que la dignidad humana únicamente se vulnera cuando el trato otorgado por el poder público – al hacer cumplir la ley – a las personas sea considerado como ‘expresión del desprecio del valor del que goza el ser humano por el mero hecho de ser persona’, y, en ese sentido, tiene también el carácter de un ‘tratamiento abyecto’. Si se hace esto, entonces se reduciría el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental a la prohibición de ser e introducir, por ejemplo, las torturas, las picotas y el método del Tercero Reich (...)<sup>49</sup>

Y, también, en el siguiente fragmento:

Todo poder estatal tiene que considerar y proteger al ser humano en sus valores propios y su autonomía. No puede ser tratado de manera impersonal, como un objeto, aun cuando esto ocurra sin desconocer los valores personales, sino con ‘buenas intenciones’.<sup>50</sup>

Al hacer mención a i) situaciones en concreto que podrían justificar la violación al principio de la dignidad de la persona humana (“las torturas, las picotas y el método del Tercer Reich”) y, de la misma forma, a la necesidad de que no se desconozcan valores personales, o sea, que la dignidad de la persona humana no sea justificada, en cualesquier actos estatales solo bajo las “buenas intenciones”, el Tribunal Constitucional marcó de manera definitiva la mirada que debe tener para investigar una posible violación a la

---

<sup>49</sup> *Ibid.* p. 54

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 55.

dignidad de la persona humana: no se debe investigar su contenido, porque en último grado, este puede terminar por legitimar, bajo las “buenas intenciones”, toda una gama de conductas estatales que puedan conducir, en efecto y de hecho, a la violación de la dignidad de la persona humana.

Al contrario, lo que se debe observar cuando la Corte se propone investigar la posible violación del principio de la dignidad humana no es, en absoluto, la dignidad en sí, sino, en realidad, el caso, las circunstancias que, de hecho, puedan consistir en una violación o no.

Ahora bien, traduciendo esta consideración de la Corte para las expresiones planteadas por la fenomenología y aplicadas en este artículo.

Lo que importa, de esta forma, no es que el concepto presente validez por sí solo, sea cual sea su contenido, dado que la investigación por la deontología a la que involucra en su aspecto material no resultará en otra cosa a no ser subjetivismos, arbitrariedades o argumentos defectuosos. Lo que sí se debe, es hacer una reducción eidética para, investigando por medio del horizonte fenomenológico de significados la esencia del caso, poder contrastarlo con el concepto jurídico. *Los conceptos jurídicos no tienen forma, calidad o sustancia* (¡sobre todo en sentido Aristotélico!); son más bien aplicables gracias al contraste que la esencia del caso le muestra al juzgador.

Esto, por supuesto, no aparta al juzgador de la percepción, la estética (“aisthetiké” - αισθητική) necesaria en cualquier emisión de juicio de valor, como otrora ya advirtiera Kant, pero sí la limita, pues la esencia del caso no permitirá que el juez avance hacia el subjetivismo o la arbitrariedad, ya que sí así lo hiciera partiría para otro campo ajeno a la reducción y, por lo tanto, al método fenomenológico, perdiendo en legitimidad y creando un vacío democrático.

El ejemplo del fallo del Tribunal Constitucional Federal alemán constituye un importante caso de, en un primer momento, déficit de reducción y, en segunda etapa, corrección del camino, lo que



ha permitido, en este artículo, desarrollar en el sentido práctico un poco las ideas planteadas en la senda teórica.

## V. CONCLUSIÓN

Hace mucho la fenomenología nos brinda con criterios racionales para describir las cosas y el movimiento de la conciencia. Hubo tentativas de involucrarla en el derecho bajo diversas comprensiones y matices y ahora, lo que se ha tratado en este artículo es poner de relieve su utilidad también cómo forma de racionalizar aún más la argumentación jurídica.

Es evidente que el camino no es fácil y tampoco seguro, pero lo que se ha intentado hacer es presentar, de forma general, la posibilidad de correlación entre la fenomenología y el derecho. El asunto merece mayor desarrollo, pero si al menos ha servido para llamar la atención sobre el tema, la tarea que se proponía el artículo ya habrá sido alcanzada con éxito.