

UNA CUESTIÓN DE INCOMPLETITUD

A Matter of Incompleteness

Mirian dos Santos y Ana Carolina de Faria Silvestre *

RESUMEN: Este artículo procura relacionar la incompletitud del lenguaje con la incompletitud del sistema jurídico. Sabedoras de que ambos se enfrentan con la movilidad, intentamos demostrar nuestro objetivo investigando el lenguaje a partir del silencio fundador explorado por Eni Orlandi y de la doble condición, que es la parte inherente al lenguaje, abordada por Santaella. En el sistema jurídico nos apoyamos en la concepción jurisprudencialista de Castanheira Neves que asume el sistema jurídico y el problema jurídico, ambos, como problemas. Para sustentar nuestra pesquisa, hemos tomado como base a teóricos del lenguaje como Santaella y Orlandi y a teóricos del Derecho, como Castanheira Neves, Barak y Hart.

ABSTRACT: *This article aims to relate the incompleteness of the language with the incompleteness of the legal system. Aware that both of them deal with mobility, we try to demonstrate our objective by investigating the language from the founder silence reported by Eni Orlandi and the double condition, which is an inherent part of language, suggested by Santaella. In the legal system we focused on rules, principle, problem, jurisprudence, legal dogmatics, trying to establish a dialectical relationship between the system and the problem. To support our research, we focus on language theorists, such as Santaella and Orlandi and theorists of law as Castanheira Neves, Barak and Hart.*

PALABRAS CLAVE: Incompletitud, lenguaje, silencio fundador, sistema jurídico, relación dialéctica entre el sistema y el problema jurídico.

KEY WORDS: *Incompleteness, Language, Legal System, Founder Silence, Relationships among the legal system parts.*

Fecha de recepción: 07-05-2012

Fecha de aceptación: 15-01-2013

1. LA INCOMPLETITUD DEL LENGUAJE

Al concebir el lenguaje como forma de acción interindividual, orientada por una finalidad específica, tenemos ese fenómeno, eminentemente humano, que es el proceso de interlocución que nos permite realizar las prácticas sociales.

* Mirian dos Santos es Doctora en Comunicación y Semiótica (Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil PUCSP), profesora de Maestría en Ciencias del Lenguaje en la Universidad del Valle del Sapucaí, Univas en Pouso Alegre, Minas Gerais, Brasil y profesora de Lenguaje Jurídico en la Facultad de Derecho del Sur de Minas, FDSM, en Pouso Alegre, Minas Gerais, Brasil. miriandossantos@hotmail.com. Ana Carolina de Faria Silvestre es Doctoranda y maestra en Filosofía Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Portugal. Profesora de Filosofía General, Filosofía Jurídica y Tópicos Humanísticos en cursos de Derecho, Administración y Sistemas de Información. Profesora investigadora de la Facultad de Derecho del Sur de Minas. fariasilvestre@yahoo.com.br

Caben al lenguaje diversas acciones tales como dar sentido a las cosas, llevar valores e ideas, manifestar conflictos y confrontaciones, expresar relaciones de mando y sumisión, establecer relaciones interpersonales anteriormente inexistentes, constituir **identidades. Como afirma Orlandi, "El lenguaje es transformador. Acción sobre la naturaleza y la acción acordada con el hombre"**¹.

Ubicado en el seno de una comunidad, el lenguaje permite mucho más que apenas definir el mundo o ser sencillamente un amontonado de reglas que delimitan lo cierto y lo errado en la lengua. El lenguaje es una práctica social inherente a la propia constitución de la especie.

El lenguaje no es tan solo un instrumento de comunicación y expresión del pensamiento y tampoco es transparente. Al contrario, carga opacidad y espesura y esto se da por el íntimo relacionamiento entre lenguaje e ideología, nociones estrechamente vinculadas y mutuamente necesarias: la primera es una de las instancias más significativas en que la segunda se materializa. La ideología es inherente al lenguaje. El lenguaje es la materialidad en que se encuentra la ideología.

La verdad es que el lenguaje es una mediación necesaria entre el hombre y la realidad natural o social. Es el elemento indispensable de ligazón entre un hombre y otro –u otros hombres–, dada la imposibilidad humana de entrar en contacto con alguien sin mediación.

Y es esa capacidad del lenguaje la que hace de nosotros, los seres humanos, seres simbólicos, o sea, seres que necesitan elementos simbólicos, representantes de las cosas para entrar en contacto con sus semejantes. Solo podemos aproximarnos a los objetos a través del lenguaje; solo haciendo representaciones podemos aprehender, en parte, la realidad.

Esos elementos simbólicos que nos permiten la aproximación con los demás actúan en duplicidad. Ellos no son las cosas, pero ocupan –en el lenguaje– el lugar de las cosas. Son siempre fragmentos incompletos que representan algo que no son y que, de cierta forma y dentro de ciertos límites, representan lo real, siendo, por lo tanto, siempre parciales.

¹ Orlandi, Eni P. *Discurso e leitura*. São Paulo Editora Cortez; Campinas:, SP: *Editora da Universidade Estadual de Campinas*, 1999.

Lúcia Santaella², analizando este aspecto del lenguaje y usando como sinónimo de lenguaje la palabra signo, nos advierte que hay:

La imposibilidad de subvertir el carácter del signo como duplo, visto que si este, el signo, fuera capaz de alcanzar la más absoluta identidad y completitud en relación al objeto que representa, entonces no sería más el signo, sería el propio objeto y este objeto estaría condenado a desaparecer. Es debido a esa grieta de diferencia que la realidad, en su completitud compleja, resiste como realidad. Es debido a esta grieta entre querer ser el objeto, sin, no obstante, serlo, que el signo insiste en su parcialidad e incompletitud de signo.

Según la autora, el ineludible carácter doble del lenguaje señala **que entre lo "real" y el lenguaje, se abre una brecha. Esto significa** que el lenguaje no agotará jamás todas las potencialidades de la realidad. Por más que se hable y se escriba al respecto de un objeto sencillo, nunca agotaremos todas sus posibilidades significativas. Esto sucede porque en cada atribución de significado dado a un objeto interfieren, entre otros elementos, las condiciones de producción, las formaciones discursivas y la memoria.

De esta forma, entre lo real y el lenguaje, existe un estado pulsante, preñado de posibilidades, abierto a las más variadas interferencias. Ignorar este aspecto es comportarse como Narciso en el mito.

Según Santaella, Narciso, al mirar su reflejo en las aguas del río, se encantó con su propia imagen. Pero la imagen no era él, era su doble y al intentar adueñarse de la imagen, apropiarse del lenguaje que a él se refería –pero que no era él–, Narciso se destruyó. Consideró la imagen de sí mismo como si fuera la real y se disipó. Para Santaella, Narciso se perdió porque no consideró que entre el lenguaje (su propia imagen) y la realidad (él mismo) había una grieta, que evidencia la incompletitud del lenguaje. Querer transformar el lenguaje en objeto tiene consecuencias serias: aniquila el objeto y el lenguaje; los destruye a ambos. El lenguaje engulle la vida y la vida engulle el lenguaje.

Para Santaella, Narciso se perdió por no percibir a la imagen – lenguaje– como fragmento parcial e incompleto que, como todo lenguaje solo puede estar en el lugar de algo, pero no puede ser el objeto a que se refiere. Todavía en las propias palabras de la autora:

El signo no es ni puede ser aquello que representa. El objeto de la representación, el real, solo es parcialmente capturado por el signo. Lo real, en su verdad, por lo tanto, es siempre algo inalcanzable, pero, en menor o mayor medida, es siempre asequible por la mediación del

² SANTAELLA, Lúcia. *Cultura das mídias*. São Paulo: Experimento, 1996.

signo. Es en esa aproximación como meta que reside nuestra responsabilidad ética con el lenguaje³.

Si reflexionamos sobre los paradigmas de la filosofía establecidos por Habermas⁴, esta concepción del lenguaje nos inserta en el paradigma del lenguaje que es el predominante en la actualidad.

Para Platón y Aristóteles, el pensamiento tiene acceso directo al ser –esencia– sin mediación. El mundo existente es aquel que es. Conocerlo es desvelar el ser de las cosas. Así el lenguaje tiene un papel secundario en el acceso al conocimiento. Según ellos, primero se conoce, después se dice. El lenguaje tiene la mera función de definición. Es el paradigma del ser.

El segundo paradigma es el del conocimiento, de la conciencia o del sujeto. Aquí el único mundo existente es aquel que puede ser conocido. Este paradigma elige a la razón como la diosa del universo. Solo la razón debe comandar las acciones del pensamiento y todo lo que puede intuir la razón es considerado verdadero. Este paradigma tiene como figuras principales a Descartes y Kant, siendo Kant quien cierra el paradigma del sujeto al enunciar que el límite del conocimiento consiste en la experiencia interpretable por la razón.

Con Wittgenstein nace el paradigma del lenguaje que afirma que solo lo que puede ser dicho es conocido. Es de ese autor la **famosa frase** “Los límites de mi lenguaje son también los límites de **mi pensamiento**”. Ese paradigma afirma que el único mundo existente es aquel exprimible por el lenguaje. Con Wittgenstein se da inicio a la concepción de que el lenguaje se ubica en el quid del proceso de interacción social. Para ese autor el lenguaje es un proceso siempre abierto.

Wittgenstein propone que el lenguaje solo puede ser entendido a partir de los diferentes contextos en que las personas lo utilizan efectivamente. Con eso se supera el dualismo kantiano cuerpo-espíritu, porque lo que determina el sentido de las palabras es su uso real, presente, en los juegos lingüísticos que son hechos de materialidad; de interlocutores, aliados del acto comunicativo, y la situación; de forma de vida. Es el contexto quien determina las reglas de uso de los otros elementos.

En ese sentido, el lenguaje no es un fenómeno natural, sino algo históricamente adquirido. El lenguaje es un juego. Y en un juego las personas interactúan en consonancia con las normas que ellas

³ SANTAELLA, Lúcia. *Cultura das mídias*. São Paulo: Experimento, 1996, p. 64.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

mismas han establecido; sin embargo, nadie juega del mismo modo. Los sentidos del lenguaje siempre serán receptivos a nuevas experiencias de interacción social. Sobre esa postura, Oliveira afirma⁵:

Arrojado el lenguaje dentro de la situación, Wittgenstein percibe que el diferente lenguaje es parte de la totalidad de esa situación de vida humana, que ella es parte de la actividad humana, o, en su expresión, **una "forma de vida" del hombre (IF23)**. Es por esa razón que la significación de las palabras solo puede ser aclarada por intermedio del examen de las formas de vida, de los contextos en que estas palabras ocurren, ya que es el uso el que decide sobre la significación de las expresiones lingüísticas (IF 432). **"La significación de una palabra", dice Wittgenstein en el número 43 de sus *Investigaciones Filosóficas*, "es su uso de lenguaje". Solo se puede entender el lenguaje humano a partir del contexto en que los hombres se comunican entre sí.**

Vivimos en un mundo de lenguaje. Somos seres de lenguaje. Esas son afirmaciones serias que implican en la aceptación de que nuestros pensamientos, nuestra aprehensión de las cosas del mundo, el mundo de nuestra imaginación, nuestras comunicaciones y nuestra rica cultura son tejidos en los telares del lenguaje. El lenguaje es nuestro medio. No hay humanidad sin mediación. No encontramos lo vivido en estado puro, pues todo lo vivido es inevitablemente interpretado en el mismo acto de ser vivido. No hay medios ni lenguajes completos en sí mismos. Entre lo real y el lenguaje, entre lo vivido y la memoria, entre la memoria y sus registros, hay siempre disparidad, desencuentros, desacuerdos, omisiones e inserciones que son inevitables.

El lenguaje, según Orlandi⁶, tiene una relación directa con el silencio. El silencio no es la ausencia de sentido, sino la posibilidad de significación. El silencio nos remite a palabras como: virtualidad, posibilidad, indefinición, potencialidad, inminencia. A este tipo de silencio, Orlandi le dio el nombre de silencio fundador. Y es en ese espacio de silencio donde está la significación posible. Lo que se hace es retirar de ese limbo una significación X y hacerla aceptable, dentro de determinadas condiciones de producción. En ese sentido, el lenguaje es la domesticación del silencio fundador. Cabe a ella la tarea de disciplinar lo disperso, categorizar, organizar, estabilizar el movimiento de los sentidos. Todavía según la autora:

El silencio es la "respiración", (el aliento) de la significación; un lugar de retiro necesario para que se pueda significar, para que el sentido tenga sentido. Reducto de lo posible, del múltiplo, el silencio abre espacio para

⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

⁶ ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4ª Ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1997.

lo que no es uno, para lo que permite el movimiento del sujeto. [...] Silencio como horizonte, como inminencia del sentido⁷.

La autora utiliza dos metáforas significativas –mar y eco– para explicar mejor el silencio y el lenguaje. El silencio sería como el mar: incalculable, disperso, profundo, inmóvil en su movimiento monótono. El lenguaje sería como el eco: repetición, no finitud, movimiento continuo.

Segundo Orlandi, si las palabras y los sentidos fueran completos, si no estuvieran limitados por el silencio, hace ya mucho se habría dicho todo y no habría espacio ni necesidad de hablar. Pero como vivimos la incompletitud no hay un punto final. Mientras más se diga, más habrá que decir. Esa irreductible incompletitud del sentido produce la multiplicidad.

El silencio es constitutivo, el sentido es múltiple. El silencio se instala y los sentidos se hacen posibles. Además de eso,

la relación dicho/no dicho puede ser contextualizada socio-históricamente, en particular en relación a lo que **llamamos el 'poder decir'**. Pensando esa contextualización en lo que se refiere a la relación al silencio fundador, podemos comprender la historicidad discursiva de la construcción del poder decir, atestado por el discurso⁸”.

Volviendo a lo anteriormente dicho sobre el carácter histórico e ideológico presente en la materialidad lingüística, vemos que esa abertura, dada por el silencio fundador, se inserta en el carácter social del lenguaje que nace y se desarrolla en el seno del contacto con las organizaciones sociales. Siendo el lenguaje un elemento de mediación e interacción, no hay como esquivarse de la sociabilidad y solo puede ser pensada contextualmente. En cada contextualización y tomando en cuenta las condiciones de producción, se dibuja la sociedad de los hombres que utilizan el lenguaje, se abren las cortinas del proscenio de la determinación histórica, se anuncia la formación ideológica que rige ese enunciado, en fin surgen los valores ideológicos de aquellos que se manifiestan verbalmente. Valores que son mutantes; valores que provienen de la memoria y de la sujeción.

Debido a la incompletitud del sentido y del sujeto, en vista de que sujeto y sentido se constituyen al mismo tiempo; debido a la inevitable heterogeneidad constitutiva que caracteriza al lenguaje, Orlandi⁹ nos advierte que si no hubiera esa incompletitud, habría la

⁷ ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4^a Ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1997, p. 13.

⁸ ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4^a Ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1997, p. 75.

⁹ ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4^a Ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1997, pp. 81-82.

asfixia de ese mismo sujeto e a rarefacción de los sentidos. "El sujeto no podría atravesar ni ser atravesado, por los diferentes discursos ya que no podría recorrer los desplazamientos (los límites) de las diferentes formaciones discursivas". En este punto, la autora vuelve al mito de Narciso para mostrarnos que "Narciso fija su sentido: él no deja atravesar (ni atraviesa) 'otros' discursos. Él llena su lugar de sujeto sólo. No hay en él movimiento, no hay borrado posible: tan solo un discurso".

Si existe ese silencio fundador que actúa como posibilidad de llegar a ser de la significación, surge el siguiente planteamiento: ¿Cómo se relaciona ese proyecto significante con el sistema jurídico? Entremos, por lo tanto, al terreno del Derecho.

2. LA INCOMPLETITUD DEL SISTEMA JURÍDICO

El sistema jurídico es el espacio de la normatividad informada-conformada por el silencio.

Este sistema no es un dato que se deba asumir como el Ser; compuesto por un número finito de materiales jurídicos cuyos sentidos y significados podrían ser aprehendidos a través de un ejercicio racional comprometido y, posteriormente –resuelta la cuestión de la elección del sentido (una opción asumida como inevitable) más adecuado bajo la luz del caso-problema concreto–, aplicado a los casos concretos.

La búsqueda de un sentido estabilizado para las normas no resuelve el problema de la realización práctica del derecho y, tenemos que hacer hincapié, no enfrenta la incómoda, pero verdadera, asunción del sistema jurídico –¡éste también!–, como un quehacer abierto a la intencionalidad problemática de los casos-problemas jurídicos.

El sentido de un dado sistema jurídico está dialécticamente sobrepuesto a la intencionalidad problemática de los casos jurídicos concretos e irrepetibles. Se establece entre sistema y caso, una relación de tipo dialéctico que no se debe ignorar, pero eso sí, relevar para que seamos capaces de comprender lo que es el sistema jurídico y el papel metodológico de los casos-problemas jurídicos en el ámbito de la realización práctica del derecho.

El sistema jurídico es un problema (siempre) abierto que se realiza a la luz (bajo la orientación que cuestiona o la interrogación que interpela) de la intencionalidad problemática de los casos-problemas jurídicos surgidos en el mundo de la vida; siempre en movimiento. Esto no implica necesariamente en la asunción del sistema jurídico como un producto exclusivo del genio de los jueces,

sino en el reconocimiento inequívoco de la incompletitud esencial de ese sistema (característica que debe ser asumida como rasgo identificador y no como falla).

En esta etapa es menester aclarar lo que pretendemos comunicar cuando afirmamos que el sistema jurídico está marcado *ab initio* por la incompletitud. Ella no se refiere a la dimensión hermenéutica de la realización práctica del Derecho, pero tiene cimiento en la dimensión normativa de esa misma realización.

Entender que el sistema jurídico es incompleto no nos lleva forzosamente a asumirlo como un conjunto finito de materiales **jurídicos significativamente indeterminados cuya "aplicación", en el horizonte del caso jurídico concreto, debe estar orientada por voluntades y aspiraciones de orden político, económico o social (intencionalmente extrañas al Derecho).** Sin embargo, esa afirmación nos obliga a problematizar su papel e importancia en el ámbito de la realización práctica del derecho. Entonces veamos lo que es el sistema jurídico, de qué manera debemos asumirlo como incompletitud y las consecuencias prácticas de esa inevitable asunción.

3. LA BÚSQUEDA DEL SENTIDO Y DEL SENTIDO DEL SISTEMA JURÍDICO

La búsqueda del sentido estabilizado (*a priori*) del sistema jurídico –como cuerpo finito de materiales jurídicos cuyo sentido podría ser determinado-definido a través de investigaciones dogmáticas, jurisprudenciales, sociológicas, filosóficas, etc.– han alimentado fructíferas investigaciones en el ámbito de la teoría y de la filosofía del Derecho.

Determinar el sentido de una ley es, aún en los días actuales, aspiración-objetivo de investigaciones jurídicas comprometidas, aunque no explícitamente, con una cierta concepción del sistema jurídico como un conjunto de normas, reglas, principios, doctrinas y jurisprudencia finito significativamente, cuyo sentido se podría aprehender y aplicar según una operación de cariz lógico-subsumtivo. El sistema jurídico les aparece como dato aprehensible, por lo menos en un determinado momento socio-económico-cultural de una sociedad históricamente situada; de ahí surge la posibilidad de proceder metodológico-instrumentalmente a su interpretación (que definiría sentidos concretos posibles) y, consecuentemente, a la aplicación de un cierto sentido determinado al caso-problema jurídico.

Sin embargo, habrá que preguntarse, ¿el sentido del sistema jurídico permanece incólume ante la pregunta escudriñadora del caso-problema jurídico? Antes de internarnos en el ámbito específico

del Derecho, con sus especificidades y particularismos, preguntémonos (como nosotros, hombres-personas localizados en un determinado espacio cultural y marcados de forma indeleble por las vivencias que tuvimos la oportunidad de experimentar en el curso de nuestras existencias): ¿Cuál es la relevancia de las experiencias personales en la conformación de lo que somos, en el modo como vivemos (y como experimentamos el mundo) y en las decisiones que tomamos? De forma más específica, ¿salimos siempre ilesos a la inquisición indagadora de un problema? O bien ¿serán los problemas capaces de alterar nuestra percepción acerca de algo y de transformarnos?

El momento de la resolución de un problema es también un momento de potencial tensión entre lo viejo y lo nuevo; entre conceptos sedimentados y provocaciones actuales que nos obligan a un ejercicio de síntesis, poco o muy complejo, que puede desembocar en una necesaria (re)significancia o (re)constitución orientada a partir de la intencionalidad problemática del caso. El sentido es incompleto y debe ser, entendido como una tarea que se ejecuta y se (re)significa en concordancia con los casos-problemas concretos.

Pero, en lo que se refiere al sistema jurídico, ¿Cuál será el rol de la experiencia problemático-jurídico ubicada para la dotación de sentido del sistema? Antes de plantear esa cuestión, se hace necesario aclarar lo que es el sistema jurídico y cuál es el tipo de relacionamiento que se establece entre sistema jurídico y problema jurídico. Nuestra investigación escoge, como horizonte privilegiado, la propuesta jurisprudencialista de Castanheira Neves.

4. ¿QUÉ ES EL SISTEMA JURÍDICO?

Al hablar de "sistema jurídico", no nos referimos a un conjunto de materiales jurídicos finitos en el horizonte del cual fuera posible determinar, aunque de forma provisoria, lo(s) sentido(s) de esos materiales –en un esfuerzo hermenéutico más o menos complejo, más o menos demoroso. El sistema jurídico no es un dato (acabado, aunque sea circunstancialmente) del que se pueda extraer lógico-deductivamente una respuesta previamente determinada para tipos ejemplares de casos– los llamados casos fáciles, en el ámbito de los cuales la aplicación de la regla al caso (reducido a un conjunto de hechos jurídicos) se operaría silogísticamente. El sistema jurídico no se reduce a un conjunto de materiales jurídicos disponibles –cuya adquisición estaría mediada y condicionada por un ejercicio lógico-racional antiemotivo¹⁰ de índole específicamente exegético-teorética.

¹⁰ Para una discusión detallada sobre la imposibilidad de pensar la realización del derecho como ejercicio racional aséptico, libre de las emociones y de la urgencia en asumir las emociones en el segmento de la realización práctica del Derecho. Cf. SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. "Las emociones racionales y la realización

No hay uno (o varios) sentido(s) estabilizado(s) de la norma o del sistema, que se pueda(n) convocar de forma inmediata (núcleo de sentido¹¹) o a costa de un ejercicio racional lento, aunque comprometido¹² –Un núcleo duro de sentido aprehensible y, en consecuencia, aplicable a casos familiares¹³–, del cual se parta en dirección a la dimensión del caso jurídico concreto. Así, sostenemos que solo será posible hablar de **“sentido de la norma”**, si esa **“búsqueda” interrogativa partiera de la dimensión del caso jurídico** y no del sistema jurídico. La resolución del problema jurídico localizado tiene que estar orientada por la intencionalidad problemática de los casos jurídicos –siempre únicos e irrepetibles– que indagan exhaustivamente en todo el sistema jurídico en busca de una o más respuestas provisoriamente asumidas como correctas, y cuya adecuación solo será asumida o rechazada en el momento de su experimentación.

El sistema jurídico debe ser asumido como una **“unidad de totalización normativa”**¹⁴ –siempre abierta a la intencionalidad problemática de los casos jurídicos– constituida, estructuralmente, por diferentes estratos: las normas, los principios, la dogmática y la jurisprudencia.

4.1. Los principios

En el estrato de los principios encontramos los principios normativo-jurídicos positivos, transpositivos y suprapositivos¹⁵. Los principios positivos se encuentran explicitados en la legislación constitucional e infraconstitucional. Confieren inteligibilidad a un determinado instituto y orientan su interpretación.

práctica del Derecho a la luz de la proposición de Martha Nussbaum –; el papel de las obras literarias y de las emociones racionales en el proceso de toma de decisión **judicial” en *Revista de Estudios Jurídicos da Unesp*, a. 15, n. 22, 2011.**

¹¹ Según Herbert Hart las leyes, así como los precedentes, son el principal instrumento de control social. Ellos son los principales expedientes para la comunicación de padrones generales de conducta. A la par de las diferencias que los separan –como comunicación (ejemplar o lingüística) de reglas– tendrían un núcleo central de sentido indiscutible. C.f. HART, *O conceito de direito*.

¹² **“La facilità e la velocità della digestione sono esattamente da prova della leggerezza del cibo”** TEDESCHI apud BARAK, *La discrezionalità del giudice*, p. 42.

¹³ Herbert Hart asume el binomio: casos fáciles, casos difíciles. A menudo, se refiere a los casos fáciles como casos familiares. Casos claramente abarcados por el ámbito intencional de la norma (precedente o ley). Los casos simples o familiares, por lo tanto, en términos generales, tendrían en común el hecho que no necesitan **ser interpretados, por ser “automático” el reconocimiento de la aplicación de una determinada regla a aquel caso.** C. f. HART, *O conceito de Direito*, 2005.

¹⁴ **“Es una unidad de totalización normativa que se analiza en cuatro elementos –los elementos constitutivos de su normatividad, organizados en cuatro estratos distintos y relacionados entre sí dentro de un todo integrante”.** NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 155.

¹⁵ En este sentido, NEVES, *Metodologia Jurídica...*, p. 155.

Los principios transpositivos incluyen las cláusulas generales de mayor relevancia, construidas a través de un ejercicio racional inductivo, cuyo punto de partida y límite es la orden jurídica. Los principios transpositivos se localizan en el ámbito de la ciencia del derecho, como abstracciones posibles (y necesarias) de los materiales jurídicos.

Los principios suprapositivos manifiestan la regulativa validez que lanza los fundamentos del sistema o la subjetividad en un sentido ontológico¹⁶. No todos los principios suprapositivos se encuentran explicitados en la legislación –constitucional o infraconstitucional–, en la doctrina o la jurisprudencia. La existencia de un determinado principio suprapositivo puede ser constatada después de la experiencia práctico-jurídica ubicada en un determinado momento histórico-cultural, cuya intencionalidad problemático-jurídica – siempre específica– es potencialmente capaz de revelar-constituir principios jurídicos que deberán ser agregados al sistema jurídico a través de un ejercicio de “síntesis integrativa” (al sentido precariamente concebido).

Hay que destacar que los principios jurídicos no son normas de derecho, debiendo ser correctamente asumidos como fundamentos del sistema jurídico¹⁷. Los principios jurídicos no deben ser objetivados como criterios metódicos de solución para el caso jurídico. Solamente las normas legales pueden ser invocadas como criterios hipotéticos de resolución de los casos-problema jurídicos en el ámbito de un sistema de *civil law* como lo es el sistema jurídico brasileño. En el horizonte de la inteligibilidad jurídica de Brasil, las normas deben ser vistas con la perspectiva de fuerzas vinculantes de autoridad jurídico-política, constituyendo, por lo tanto, el núcleo de nuestro sistema¹⁸.

4.2. Las normas

Las normas son prescripciones que tienen por objeto una opción político-estratégica. Las normas, en el ámbito de un Estado democrático de Derecho, son concretizaciones a las que se debe

¹⁶ “Principios normativo-jurídicos *positivos, transpositivos* (en que se incluirán las «cláusulas generales» más relevantes) y *suprapositivos* – que manifestaran el momento de «subjetividad» del sistema, en el sentido ontológico del término. El momento en que la intención axiológico-normativa se asume y, por lo tanto, el verdadero momento normativo o de regulativa validez fundamentadora”. NEVES, *Metodología Jurídica...*, p. 155.

¹⁷ “En el sistema jurídico, son fundamentos... los principios”. NEVES, *Metodología jurídica...*, p. 143.

¹⁸ “Pueden desempeñar la función metódica de criterio y porque tienen a su favor la fuerza vinculante de *autoridad* (autoridad jurídico-política) (...) da ahí que se pueda decir que las normas legales constituyen el «núcleo duro» de esos sistemas”. NEVES, *Metodología jurídica...*, p. 143.

reconocer (por lo menos *ab initio*) legitimidad, autoridad y un vinculante valor normativo¹⁹.

Hay, entre las normas y los principios, una relación de posibilidad²⁰. El derecho tiene una ineludible dimensión de orden, o sea, no dispensa determinaciones y lo regulativo de la validez emanada por el principio puede ser determinada de formas diferentes²¹. Sin embargo, el derecho positivo es una respuesta normativa a la contingente realidad histórico-social, esa respuesta debe ser normativamente válida (fundamento)²². Para sintetizar podemos decir que las normas son el resultado de opciones político-estratégicas validadas, en el horizonte de un Estado democrático de Derecho, por la voluntad popular y deben ser, *ab initio*, siempre cumplidas. En el ámbito de los sistemas de *civil law*, solamente las normas (comprendidas restrictivamente como leyes positivas) deben ser asumidas como criterios hipotéticos de resolución de los casos jurídicos. Sin embargo, en ese mismo horizonte de inteligibilidad democrático y regido por el Derecho, las normas deben ser objetivaciones posibles a la luz del estrato de los principios.

4.3 Jurisprudencia

El tercer estrato lo ocupa la jurisprudencia. La jurisprudencia traduce la realización concreta del derecho a la cual se le reconoce corrección. Eso no significa que no pueda ser cuestionada, falsificada y apartada (según una lógica popperiana de falsificación-exclusión) por una nueva experiencia práctico-concreta. La pretensión de corrección de la jurisprudencia implica sólo la obligatoria necesidad de que un fuerte peso de contraargumentación sea desarrollado y se presente a las conciencias como el más justo, comparativamente²³.

El estudio de la jurisprudencia es, ciertamente, decisivo para que se pueda decir con propiedad cuál es la intencionalidad normativa constituida (siempre de forma provisional) por un determinado sistema jurídico. La jurisprudencia tiene una presunción de corrección que sirve de guía –a la par que las discusiones más actuales sobre la deseada fuerza vinculante de los posicionamientos y

¹⁹ NEVES, *Metodología jurídica...*, p. 155.

²⁰ "La relación entre la validez y el derecho positivo no es... una relación de necesidad, sino una relación de posibilidad: el derecho positivo no se deduce de la validez normativa, no es ante ella un resultado necesario, aunque se haya mostrado que está fundado por la validez normativa y debe ser posible ante ella". NEVES, *Metodología jurídica...*, p. 156.

²¹ En este sentido, NEVES, *Metodología jurídica...*, p. 156.

²² "Por lo que de nuevo hay que distinguir entre *fundamento* (validez normativa) y *justificación* (político-social o teleológico-estratégica)". NEVES, *Metodología jurídica...*, p. 156.

²³ En este sentido, NEVES, *Metodología jurídica...*, p. 157.

decisiones jurisdiccionales– especialmente en lo que dice respecto a las manifestaciones de nuestras más altas cortes constitucionales.

4.4. Dogmática jurídica

En el cuarto estrato tenemos la dogmática jurídica que es una elaboración racional, sistemática y creativo-integradora que tiene por objetivo comprender las leyes y la jurisprudencia como un todo unívoco de inteligibilidad.

Su normatividad no está basada en la *auctoritas* jurídica (jurisprudencia), no se sustenta en la regulativa validez fundante del sistema (principios), ni en la autoridad político-prescriptiva (normas), sino en su propia racionalidad²⁴.

5. EL PROBLEMA

El problema jurídico no es el resultado necesario de un conjunto finito, identificable y analizable (*a priori*) de hechos jurídicos. No nos cabe aquí desarrollar ese tema, sin embargo, nos resta aclarar, aunque sea groso modo, lo que esa afirmación nuclearmente pretende comunicar.

La relación hecho jurídico – prescripción normativa subsumible al hecho es tan natural y sencilla, como rasa e engañadora. En el mundo de la vida o en el horizonte de la realidad fáctica, nosotros, los operadores del derecho, no nos enfrentamos con hechos jurídicos problemáticos, sino con casos jurídicos problemáticos que encierran en su experiencia problemático-intencional un siempre e irremediable *novum*²⁵.

La objetivación de un problema considerándolo un problema jurídico no está relacionada solamente con la precomprensión de la normatividad presunta del sistema, ya que, como hemos estado destacando, es también el sistema una dimensión problemática.

El problema jurídico interpela al objeto cuestionado según un sentido de derecho²⁶, pero este sentido de derecho no está acabado ni es fijo.

²⁴ En este sentido, NEVES, *Metodología jurídica...*, p. 157.

²⁵ El problema... traduce la intencionalidad problemática de los casos a decidir... y para cuya solución se exigen los concretos juicios decisorios que movilizarán, como su fundamento y su criterio racionalmente materiales, la normatividad del sistema. NEVES, *Metodología jurídica...*, p. 157.

²⁶ "Problema jurídico, porque su preguntar tiene una presuposición de juridicidad, i.es, porque el sentido por qué pregunta al objeto preguntado es un *sentido de derecho*". NEVES, C., *Metodología jurídica...*, p. 160.

De ahí que sea necesario considerar problemáticamente la relevancia jurídica de este caso-problema concreto, ubicado en un determinado momento histórico-social –delimitando y determinando el ámbito y el contenido de su relevancia jurídica²⁷. En resumen, podemos decir, convocando las breves y esclarecedoras palabras de Castanheira Neves, que el primer momento de la cuestión de hecho **coloca “en la cuestión metodológico-jurídica, determinación y comprobación de los «datos» del problema jurídico concreto²⁸”**.

La comprobación del ámbito de relevancia compete al segundo momento estructural-constitutivo de la cuestión de hecho. El problema metodológico, colocado en este momento, es fundamentalmente el problema de la prueba. No se trata de la busca de una verdad teórico-científica –que empobrece analíticamente a las situaciones de la vida a fin de alcanzar lo constante; lo universal. La verdad pretendida por el Derecho no se restringe a una verdad práctica (que nos encerraría en un *continuum* ético-comunitario diluyente de las especificidades del fenómeno jurídico), ni tiene –o no debe tener– aspiraciones de tornarse una verdad científico-analítica, pero debe ser concebida como verdad correlativa de una *praxis* jurídico-social²⁹.

La respuesta para el caso –el objetivo final de la realización práctica del Derecho –debe ser una respuesta práctico-normativamente adecuada a la intencionalidad problemática concreta de ese caso. Solo así se podría decir que la respuesta del caso goza de la pragmática corrección normativo-decisoria³⁰.

6. LA RELACIÓN DIALÉCTICA ENTRE SISTEMA Y PROBLEMA

El sentido del sistema no es estático, está en constante cambio debido, precipuamente, a la actividad legiferante del legislativo, pero no es solo eso. Más allá del ejercicio creativo-innovador inherente a la atribución típica del poder legislativo, hay que reconocer la facultad innovadora y creativa del poder judicial. Ciertamente que esa creatividad, en el ámbito de un Estado democrático de Derecho, no debe ser ejercitada sin algunos límites. Sin embargo, no hay como no

²⁷ NEVES, C., *Metodología jurídica...*, p. 163.

²⁸ NEVES, C., *Metodología jurídica...*, p. 163.

²⁹ La expresión “verdad correlativa de la praxis jurídico-social” fue cuñada por Castanheira Neves. C. f. NEVES, C., *Metodología jurídica...*, p. 163.

³⁰ “El problema, por su lado, traduce la intencionalidad problemática de los casos a decidir... para cuya solución se exigen los concretos juicios decisorios que movilizarán, como su fundamento y su criterio racionalmente materiales, la normatividad del sistema... pero solución que también solo será concluyentemente correcta, bien sabemos, si fuera normativamente adecuada a la concreta problematicidad de los mismo casos –lograrse relativamente a estos una pragmática corrección **decisoria**”. NEVES, C., *Metodología jurídica...*, p. 157.

reconocer que la actividad jurisdiccional está, al mismo tiempo, impregnada de creatividad.

Cuando hablamos del "sistema jurídico", no estamos refiriéndonos a un sistema cerrado de normatividad, sino de un sistema abierto cuya normatividad se ha ido constituyendo sobremanera a través de la interpelación interrogante de casos.

Si bien es cierto que el sistema se inicia delimitando y predeterminando el campo y el tipo de problemas que aborda. No es menos verdadero que esta afirmación no nos lleva necesariamente a **la conclusión de que los "problemas jurídicos" son únicamente** problemas vistos desde una perspectiva previamente determinada por el sistema como problemas jurídicos (conclusión fruto de la unilateral valoración del sistema). La normatividad sistemáticamente previa refleja la asimilación intencional de una determinada experiencia concreta, única e irrepetible, que está limitada, en igual medida, por esa experiencia³¹.

La intencionalidad problemática del sistema no está constituida previamente, en vista de la cual tan solo nos resta un ejercicio lógico-**exegético de aprehensión de lo "dicho"** y la posterior subsunción de la regla en el caso. El sentido normativo del sistema está inmediatamente superpuesto a otra dimensión; la dimensión del problema presentado por el caso concreto.

Hay, entre el sistema y el problema una relación dialéctica. Se puede decir que la normatividad está estabilizada en función de las preguntas o interrogaciones dirigidas del problema para el sistema. No obstante, nuevos problemas, surgidos en el mundo de la vida, pueden colocar nuevas preguntas o revelar la inadecuación de viejas respuestas. Los nuevos problemas pueden traer nuevas intenciones (valoraciones, principios) que pueden demandar la relativización de intenciones previamente establecidas; trayendo consigo a exigencia de ordenarlas de tal forma que constituyan un todo congruente³². La congruencia, hay que aclarar, no debe ser entendida como un límite a la constitución y reconstitución del sistema y de la normatividad jurídica. Coherencia, según las enseñanzas de Castanheira Neves, no

³¹ NEVES, C., *Metodología jurídica...*, p. 158.

³² "Las intenciones (valoraciones, principios y criterios normativos) anteriores subsisten, pero ahora relativizados a las nuevas intenciones (con sus otras valoraciones también, principios y criterios normativos), entretanto constituidas, de modo que se pone la exigencia de «ordenar» las nuevas con las antiguas –aunque abstractamente antinómicas–: es lo mismo que decir, la exigencia de integrarlas en un todo congruente". NEVES, C., *Metodología jurídica...*, p. 158.

se traduce en coherencia lógica lineal o mera coherencia deductiva, sino en totalización integrante³³.

Es por eso por lo que se puede decir que el problema jurídico – a través de la interpelación interrogante que dirige al sistema en busca de una respuesta práctico-normativa adecuada– va constitutivamente promoviendo la superación de aquel sistema previamente constituido y de su sentido³⁴. Sin embargo, esta interrogación no siempre resultará en el encuentro de un criterio práctico-normativo adecuado a la luz de las especificidades problemáticas del caso-problema. Cuando el problema interroga al sistema sin respuesta, éste deja de ser la expresión interrogante de la respuesta-solución disponible, para transformarse en una experiencia aporética³⁵ (porque todavía no fue absorbida por un ejercicio sistemático-dogmático fundante)³⁶.

El sistema jurídico es aquí percibido como una labor, un objetivo que se va realizando a través de la mediación interrogante del caso. Podemos –y debemos– tener en mente que el sistema tiene una normatividad estabilizada. Sin embargo, y en primer plano, hay que reconocer que esta normatividad está marcada por la provisionalidad y la incompletitud.

El caso jurídico puede presentar al sistema problemas hasta entonces desconocidos –**la comprensión de la "insuficiencia" de la ley** general y abstracta para responder satisfactoriamente a todos los casos problemáticos no es, ciertamente, novedad. Busquemos en la memoria, ejemplarmente, las sabias y siempre actuales enseñanzas de Aristóteles y la posibilidad de corregir las injusticias de la pura aplicación subsuntiva de la ley a través de la equidad³⁷ –y esa **"laguna" (asumida tradicionalmente como efecto e no como causa)** nada más nos muestra que la esencia problemática del sistema jurídico y la necesidad de asumirlo, como una tarea. Y es solamente

³³ NEVES, C., *Metodología jurídica...*, p. 158.

³⁴ "El surgimiento de nuevos problemas es correlativo al enriquecimiento del contexto intencional, aunque indecisa e indeterminadamente asumido o tan solo precomprendido –en el modo justamente problemático (el saber de no saber)–, y que, por otro lado, ha de culminar con la constitución de nuevas intenciones-soluciones integradas, esto es, en la superación del problema por el sistema (por un nuevo sentido del sistema). NEVES, C., *Metodología jurídica...*, p. 158.

³⁵ Esa interrogante se nos presenta como experiencia aporética solamente porque aún no fue absorbida por la intencionalidad dogmática acabadamente fundante. La interpelación *por el* problema y la necesidad de respuesta *para* este problema va a culminar con la superación de la previamente estabilizada intencionalidad dogmática.

³⁶ NEVES, C., *Metodología jurídica...*, p. 158.

³⁷ "La naturaleza de equidad es, entonces, ser rectificadora del defecto de la ley, defecto que resulta de su característica universal". Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 130.

en la perspectiva del caso y para el caso-problema que podemos efectivamente hablar de significación concreta de la norma.

7. CONSIDERACIONES

La realización judicial-decisoria del derecho es una tarea que se realiza bajo el prisma del caso a decidir (orientada por el propio caso, asumido como *prius* método nomológico) y para este caso.

Los casos jurídicos son siempre únicos aunque aparentemente iguales. Podemos hablar de semejanza, ciertamente, y es exactamente esa semejanza la que le permite al juez ofrecer respuesta a los casos-problemas jurídicos, tanto si se trata de casos *ex novo* como si no. La racionalidad del pensamiento jurídico es necesariamente analógica, lo que implica considerar, con Bronze, que la reflexión método-nomológicamente comprometida –se reconozca o no– tiene como operador método-nomológico decisivo a la analogía.

La dialéctica sistema-problema presupone, no una relación de identidad, sino una relación de semejanza. Solamente una reflexión de carácter analógico será capaz de orientar al juzgador en el momento de la elección (identificación) o constitución del criterio hipotético de resolución para el caso a decidir que deberá ser experimentado (falsificada o confirmada su adecuación para el caso) prácticamente.

El sistema jurídico –por los elementos que lo componen– se realiza en el lenguaje. Volviendo a Wittgenstein vemos que el lenguaje es un proceso siempre abierto en el cual las condiciones de producción desempeñan papel decisivo. El sentido no es fijo. El sistema no es cerrado ni finito. Ambos, sistema jurídico y lenguaje, se hermanan en esa búsqueda de un sentido que será siempre reconstruido porque es dependiente de innumerables factores que pueblan el mundo y la vida.

8. BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal ed. 2004.

BARAK, Aharon. *La discrezionalità del giudice*. Milão: Dott. A. Giuffrè editore, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 4. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 1993.

NUSSBAUM, Martha. *Poetic Justice: the literary imagination and public life*. Boston: Breacon Press, 1995.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

ORLANDI, Eni P. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4ª Ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1997.

_____. *Discurso e leitura*. São Paulo Editora Cortez; Campinas: , SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1999.

SANTAELLA, Lúcia. *Cultura das mídias*. São Paulo: Experimento, 1996.

SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. "As emoções racionais e a realização prática do Direito à luz da proposta de Martha Nussbaum – ; o papel das obras literárias e das emoções racionais no processo de tomada de decisão judicial" in *Revista de Estudos Jurídicos da Unesp*, a. 15, n. 22, 2011.