



Noviembre 2007

IUS Y LEX: LA DIFERENCIABLE INDIFERENCIA ACTUAL

Guilherme Camargo Massaú*

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Camargo Massaú, G.: *M IUS y LEX: La diferenciable indiferencia actual*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, noviembre 2007. www.eumed.net/rev/cccss/

Sumario: Introducción; 1. El lenguaje en el Derecho; 2. Cuestiones históricas puntuales; 2.1. El Código; 3. El Derecho como Instrumento; Conclusión; Bibliografía.

Resumen: El texto da vuelta encendido al fenómeno de indistinción incorpora la noción del ius y del lex; indiferenciación moderna y verificada actualmente en los cuadros teóricos del análisis legal, refiriendo a todas las ramificaciones del derecho. Esta indiferenciación es resultado de los conceptos teóricos restablecidos con la modernidad y, de cierta forma, consolidados por la actualidad, con ciertos aspectos de la burocracia legal. El texto tiene el objetivo destacar la dictadura de la ley en el concepto del derecho y además evidenciar la influencia predominante de la política en el derecho.

Palabra-clave: Derecho, Ley, Contemporaneidad, Burocracia Legal, Legalismo Legal.

Introducción

La diferenciación o indiferenciación entre la *ley* y lo Legal implica la comprensión del propio Derecho y de lo que su historia produjo en relación a esas dos realidades. Aunque se puedan destacar dos realidades, importa tener en cuenta que la concepción de la *ley* deriva de la idea global de lo Legal y la contemporánea equivalencia de significación es producto de un proceso de **tratamiento** de *indiferenciación* de esas perspectivas que son diferenciables. Por tanto, la dialéctica entre *ius* e *lex* se confunde en la prerrogativa cultural de concebir lo Legal sin otro elemento caracterizante más allá de la gana política. Eso fue concretizado a lo largo del proceso histórico, con la admisión de textos que comunicaron lo Legal y, luego a las renovaciones *jurídicas*, la figura de la *ley* pasó a dominar los cuadros *jurídicos*, por contener determinadas posibilidades de expresión y manejo del propio sentido de lo

* Doctorando en Filosofía del Derecho en la Universidad Coimbra (Portugal).

Legal, que se ha vuelto a la formalidad. De esa forma, hubo la estabilización de la compleja idea del Derecho en reglas claras y precisas, proclamadas por *normas* escritas (*leyes*) que llevaron a la identificación del *ius* con la *lex*¹.

Eso acarreo consecuencias en la reductibilidad del Derecho a la *ley*, de manera a unidimensionar la constitución y manifestación *jurídica*; retiró de una esfera cultural la posibilidad de utilizar otros *mecanismos* para perseguir su intención. No implica desvalorizar la *lex*, pero reconocer la irreductibilidad del *ius* a esa única manifestación y, además, admitir otras posibilidades de manifestaciones *jurídicas*, legítimas para enfrentar la problemática natural de su concretización *práctico-normativa*. Se verifica, contemporáneamente, que la admisibilidad de otras manifestaciones, además de la ley, se tornó necesaria para ejecutar el Derecho o, por lo menos, reconocerla como tal en su problemática manifestación que se vuelve a la idea de **justicia y justeza** en lo que toca a su judicativa decisión-realización – eso envuelve una compleja cuestión de fuentes y de determinación de lo que sea (el) Derecho.

No se puede admitir que cualquier manifestación cultural sea Derecho, notadamente con el efecto de válido (y aunque *justo*). En eso se encuentra la concepción de identificación de lo Legal en su mero proceso político-formal de constitución, y, en última instancia, en su *forma*. Preliminarmente, la historia indica un proceso que condució a la *diferenciable indiferencia* del Derecho en relación a la ley, aunque se admita otras posibilidades de exteriorización del Derecho. La base de todo – por lo menos en su *validación y legitimación* – el Derecho se encuentra a ser preconizada por el Estado, que debido a diversas transformaciones, se arroga como único legitimado a crear (decir) lo Legal manifestado en la *ley*. El Estado actual posibilita – cada vez más – la admisibilidad de otras fuentes emanadoras, se destaca el mayor reconocimiento de las decisiones *judiciales*. El esquema de su *monopolio jurídico* confunde la *ley*, la fuerza-coacción y la seguridad con el propio Derecho (confusión potencializada cuando se verifica la intensa producción legislativa con finalidades dirigidas a saciar las exigencias *sociopolítico-económicas*), sin considerar cualquier otra concepción histórico-normativa de valores (principalmente de categoría ética) que concurren en el *mundo-de la-vida*, para además de esas exigencias.

Desde la laicización del Derecho, él es conducido a una dirección de mero instrumento ajeno a las necesidades del *ser-estar-ahí* del *ser humano*, en sus variables materiales y espirituales; sin un *a priori* de *deber ser* calcado en principios *éticos-normativos* para influenciar el *ser* en una práctica, también, normativa-constitutiva, a través de la realización de lo Legal, que torna facilitada la dinámica de imposición de la *ley* por su mero proceso formal-administrativo-legislativo, lo cual consigue presentar la flexibilidad de transformarse en varias posibilidades conforme la simple voluntad política del *legislador*. Se puede convocar el ápice de lo estricto *positivismo* para encontrar la concepción de interpretación *auténtica* que menosprecia la capacidad de conocimiento, dotada de libertad, determinable de una realidad *histórico-normativa*, de modo a excluir varios elementos de la consideración

¹ **MARQUES**, Mário Reis. *A Crise do Direito. A Crise da Lei. Um Regresso a Suarez?* In: O Instituto: Revista Científica e Literária. v. CXL-CXLI. Coimbra, 1980/1981. p. 176; **KAUFMANN**, Arthur. *La struttura ontologica del diritto*. Trad. Goffredo Quadri. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Anno XXXIX, Serie III, Fasc. V, Settembre-Ottobre. Milano: Giuffrè, 1962. pp. 577-578.

del *juez*, en la búsqueda de una posible y optimizada comprensión para la solución del problema jurídico concretamente puesto².

Atrelado a eso, adviene la imposición al juez de proferir una decisión a cualquier demanda que surja; eso implicaba, con mayor exigencia en el pasado, la búsqueda de una *ley*, condiciente al caso puesto, en una comprensión de un ordenamiento jurídico positivo pleno, dotado de una total abrangencia de los hechos del *mundo-de-la-vida*. Así, se explica el hecho del juez no poder excusarse de proferir una decisión, calcada en la *ley*, al caso concreto. Luego, encontrarse en el ordenamiento *positivo* lagunas, oscuridad, contradicciones y omisiones, podría él recurrir a su juicio como si legislador fuera, bajo pena de denegación de *justicia*³, con consecuencias en sanciones. Entonces puede tenerse la concepción de preponderancia del sentido de la *ley* a recaer en la vida de los hechos y en el patamar que el raciocinio debe partir para alcanzar el, ahora, sentido del Derecho, también, en su realidad práctica.

1. El lenguaje en el Derecho

La *ley*, como es posible observar en el recorrer histórico (principalmente con base en los preceptos *modernos*), se encuentra confundida con el Derecho por mera *voluntariedad* de concepciones que posibilitaron una especie de “reducción” (o simplificación) *jurídica* concurrentemente con el *ser humano*. Una suave *indiferencia* que cubre un enorme sentido de Derecho a ser *diferencial*, se fueran admitidos ciertos preceptos que concurren para su entendimiento, pues sin los cuales se esvacía su noción. Ocurre no prefigurar cualquier ontología y ni pretender rescatar otra cosa a no ser una fundamental **deontología** de la dignidad humana que, aislada, se queda sin sentido cuando se retira o se debilita la conciencia jurídica, con su problemática jurídica concreta – manifestada en el mundo-de-la-vida. Pues convocar el establecimiento de parámetros valorativos no cabe solamente a la ética de una cualquier axiología, pura y simplemente, pero necesita concretizarse en una materialidad, que se denomina Derecho o como Derecho, entonces la esfera jurídica permanecerá en las líneas abstractas-descriptivas de la ley, cubiertas por el voluntarismo político. Puesto eso, surge el lenguaje para acompañar la actividad jurídica en su expresión por medio de la ley escrita por el sesgo de la comunicación (lato sensu) esencial entre las partes envueltas, por el nexo de ligación necesario entre el deber ser y el ser, además, el lenguaje (comunicación en el mundo-de-la-vida), se particulariza por su presentación diferenciada delante de las demás esferas de las manifestaciones culturales, debido a la doctrina, la jurisprudencia, por la legislación y por los hechos de la vida. En eso, el lenguaje coloquial se convierte en lenguaje Legal que se manifiesta en un sentido único e institucional. El asumir la importancia del lenguaje, de la semiótica, no condiciente a la realidad del mundo-de-la-vida, el sendero jurídico aprobó la problemática también en sus consideraciones teórico-práctico, como estudio y aplicación de la cuestión lingüística. Conque, a partir de eso, al desarrollo a las cuestiones relacionadas a la narrativa, descripción,

² NEVES, António Castanheira. *Interpretação jurídica*. In: Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 338-339 (grifo do autor).

³ MACHADO, João Baptista. João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002. pp. 193-194.

literatura, hermenéutica, lógica del lenguaje, y todo lo demás que es posible convocar en el área de la semántica.

Se trata de considerar el Derecho como lenguaje (extendido a una analítica de ese lenguaje), lo que elevado a la racionalidad, no pasa la imagen de la estética de la literatura⁴, o de una narrativa-descriptiva, sea direccionada a los análisis de los textos legislativos o, también, principalmente, en la sentencia de los magistrados – fundamentalmente en el sistema (se resalta el anglosajónico) de la (Linguistic Turn) Common Law, en que esa corriente jurídico-literaria esta mejor desarrollada-. Por cierto la literatura contribuye en la formación, entendimiento, comunicación y evaluación del Derecho, pues fornece un amplio camino de presuposiciones e hipótesis, posiblemente concretizables, pero que no implican una siempre materialización de la literalidad. Luego, eso indica un vacío en el sentido jurídico-material, cuando se depara lo concreto de la vida con lo abstracto del texto, no por la ley que sea considerada Derecho, pero por sólo reducirse a la ley (una simple formalización del complejo jurídico). Hipótesis que deja al albedrío - intención - (dentro de determinados límites) “del autor”⁵ del texto decir el Derecho, lógicamente encuadrado en un sentido pre establecido (de técnicas de interpretación-gramaticales), y concatenado con la literatura precedente de otros autores, a través de la propia imagen (inacción) retirada del cotidiano y de la experiencia. En toda esa estructura literaria están envueltas las condiciones de un autor literario que escribe su(s) historia(s) apoyado en textos anteriores de otros autores⁶ (hay otras variantes de esa concepción) en otras sendas⁷, pero íntimamente ligado a las cuestiones de la literatura, en su especificidad literal-comunicativa, surge el empleo del vocabulario técnico en la composición de los textos jurídicos, sin embargo esa cuestión se encuentra superada o alterada para la problemática de la tecnología vernacular de otros campos científicos en el propio ámbito jurídico, además se abstrae esa problemática de las demás esferas culturales del Derecho, el propio discurso jurídico no pasa en mayor parte, la generalidad de las palabras empleadas en el cotidiano, apenas los significados son calificados con mayor rigor técnico-jurídico⁸.

El problema enfrentado al comienzo de la modernidad se radicalizó en la preponderancia del legalismo, con sus consecuencias estrictamente reductivas al *ipsis litteris*, en una mera simplificación de compresibilidad e imposición de incertezas con el sentido del pleno dominio del contingente para valerse de la simplicidad reductiva lógico-silogística (-subsuntiva-) analítica de premisas-mayores, el texto legal (genérico y abstracto) y premisas-menor. El hecho jurídicamente relevante – viable a encajes y desencajes en sus posiciones por el juzgador es

⁴ Vide: LINHARES, José Manuel Aroso. *O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos: da convergência com a literatura* (law as literature, literature as law) à *analogia com uma poiêsis-technê de realização* (law as musical and dramatic performance). In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. v. LXXX. [separata] Coimbra, 2004. pp. 59-135.

⁵ Vide: DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. pp. 229-235; DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 65-67.

⁶ DWORKIN, *Uma Questão de Princípio*. p. 238.

⁷ “Una chiarificazione della specificità fenomenologia del diritto indica, anzi, la sua non riducibilità ad altri fenomeni, che consiste nella qualità esclusiva del suo incidere nella realzione tra gli esistenti. Il diritto situa i membri della relazione nel medio del «terzo», la cui opera specifica – come si vedrà – l'intera esperienza giuridica nelle sue tre modalità dell'attività legislativa, giurisdizionale e di polizia.” ROMANO, Bruno. *Soggettività Diritto e Postmoderno: Una interpretazione con Heidegger e Lacan*. Roma: Bulzoni, 1988. p. 105 (grifo do autor).

⁸ SILVA, Joana Aguiar e. *Direito e Literatura: potencial pedagógico de um estudo interdisciplinar*. In: Revista do CEJ (Centro de Estudos Judiciários). n. 1, 2. semestre, 2004. pp. 16-18.

sometido al espacio cognitivo del texto legislativo, en una exégesis que encierra el significado del Derecho en el propio texto⁹. Eso, en parte, fue pasado cuando el desarrollo de conceptos de interpretación¹⁰ y de una renovada visión de la junción del juzgador con aspectos generales del lenguaje, del mundo-de-la-vida y principios del Derecho, con sus corrientes que implican sentidos otros, los cuales podrían ser atribuidos a cada palabra aislada y a su conjunto – en un renovar de la hermenéutica. Lo que se constituye en otra posibilidad de comprensión únicamente atribuida a las técnicas de interpretación y a los sentidos epistemológicos solamente de las palabras. La simplicidad de esa perspectiva no se hace suficiente para satisfacer las necesidades del mundo-de-los-hechos por el mundo-del-Derecho, pues sería aceptación de una condición textual más compleja que, todavía, se encuentra atrelada al texto legal, a las ganas del legislador y/o cualquier juicio técnico del hermeneuta. También, aún, se permanece en la misma admisibilidad reductiva de lo que sea Derecho, y la forma de su manifestación y consideración; empieza y se desarrolla, siempre, en la cobertura que ábrarle de la ley o inclusive de otras manifestaciones, pero restringida a las condiciones técnicas interpretativas que imponen el alcance de las finalidades emanada de la fuente jurídica. De este arte se mantiene en la esfera de la formalidad, de aquella que se valida por un proceso solamente de sentido político – y no se vale cualquier otro recurso más allá de la retórica impresa, pues si la frontera entre el Derecho, (Recht) y el No-Derecho (Unrecht) se encuentra en sus palabras, y en el conjunto de frases formadoras del cuerpo textual-legal, o, también en la interpretación de ese intento de comunicación, cualquier contenido puede ser admitido dentro de su lógica operacional y, para además de eso, bastaría constituir el Derecho con todas la oraciones dotadas de formalidades constitutivas, convocadas en el legalismo en conjunto con las técnicas interpretativas, que optimizan la comprensión de las señales a ser interpretadas, sin embargo, puramente esas señales acaban por no convocar un sentido ético-normativo alejado en el funcionalismo.

Con base en eso, no se considera superado, aún, el programa legalista (o, ahora con características de la racionalidad del funcionalismo jurídico), apenas se perfeccionó la idea de interpretación “exegética”, pues si el necesario conocimiento del Derecho se encuentra enmascarado y reducido en la entrelíneas de la lex o de cualquier expresión literaria-comunicativa), el significativo, entonces, se localiza situado en la letra de la ley y en su validez sostenida por el simple proceso legislativo, cualquier que sea, de acuerdo con la actual política. Implica una hermenéutica constituidor del Derecho con una base fundante descriptivo-analítico-narrativo (guardadas las debidas diferenciaciones intencionales de la hermenéutica y de los demás elementos utilizados por ella) de interpretaciones de textos en el sentido de una perspectiva resolutoria formal de los problemas emergentes en relación a un programa tecnológico, en la simple orientación interpretativa. Eso no invalida, sin embargo, la característica del texto y su identificación con la ley escrita y una cualquier complejidad que de ahí surge, pero en principio la hermenéutica (clásica), o mismo la nueva (con una semiótica) no consigue llegar, sin otros mecanismos de auxilio comprensivos, la idea del Derecho como tal pues esta está mas allá de un solidario lenguaje, presenta un metalenguaje que pasa la simple expresión de oración (aunque decompuesta en micro-significados) y alcanza un

⁹ **NEVES**, António Castanheira. *Metodologia jurídica: Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 97.

¹⁰ Vide: **BOBBIO**, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 2. ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1972. pp. 93-97.

sentido decisorio-normativo, a la praxis, inserida en una colectividad – también comunicante. El recorrer a las teorías del lenguaje, que fornecen los subsidios al entendimiento de la ley y su texto, optimiza su significado, pues busca maximizar su expresión y función en la realización de un finalismo programático. Convocar eso no pasa el lidiar contemporáneo (o sea, jugar¹¹) con las palabras y sus sentidos en los diversos contexto (o aún, en una filosofía del lenguaje)¹², lo que significa una insuficiencia en el laborar con el sentido del Derecho y cualquier consideración de su programática material autónoma, pues estaría sujeto a “juegos de lenguajes”, en maniobras de comprensión de la realidad-texto preconstituida por la visión-de-mundo del autor y, por otro lado, del interprete, en que nada optiman, define una búsqueda de una real manifestación de su sentido. Además de eso, los juegos de lenguaje están siempre a atribuir nuevos significados a tales sentidos¹³. Por lo tanto, no cargan por sí sólo, el aspecto material-normativo capaz de concretizar el exigible a la realización del Derecho para establecerse en el ámbito político-legalista- (aún)-literaria y funcionalista en su razón, a un procedimiento o método¹⁴ de validación de la forma considerada como Derecho.

2. Cuestiones históricas puntuales

Anteriormente la problemática contemporánea interpretativa de la letra textual, se podía remeter a las escuelas medievales (especialmente la de los Glosadores, ya la de los Comentadores superó la extensión de la *lege*)¹⁵. Todo un estudio de ese vehículo de manifestación *jurídica*, la *ley*, o mejor, el *texto legal* – aunque las discusiones permanezcan en otras esferas de cognición - con la actual problemática, envuelve cuestiones *funcionalizadas*, en el siguiente sentido: el enfocar en la discusión comunicacional tiende a no conseguir llegar a una concordancia de sentido, lo que facilita aún más operar con la flexibilidad del sistema *jurídico-funcionalista* en la búsqueda de resultados formales y materiales. Si la concordancia entre los comunicantes no posee bases sólidas de significado, cualquier interpretación o entendimiento, con lo mínimo [posible] de lógica se puede conseguir encajar un discurso en las de materialización. La indicación de todo eso lleva al manejo del lenguaje y de la interpretación a las últimas consecuencias de cualquier intención apoyada por ese discurso *funcional*. Lo destacable será apenas la lógica-

¹¹ Vide: LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-moderna*. Trad. José Bragança de Miranda. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2003. pp. 27-31 e 124-131; ROMANO, *Soggettività Diritto e Postmoderno*. pp. 62, 64, 78-79. “L’ambiguo presentarsi dell’epoca postmoderna secondo la gratuità pacifica ed innocente del giuocare – che sembrerebbe assecondare la fantasia liberatoria – si svela nel suo reale incidere: il produrre esclusione, dovuto al prevalere solo topológico dell’una o dell’altra rivendicazione, alimentata dell’offerta di scelte senza verità.” p. 80; Os jogos de linguagem não devem reduzir a arte da retórica a mera manipulação de entendimentos pp. 28-30; ROMANO, Bruno. *Relazione e diritto nel postmoderno. Una discussione iniziale*. LXV, Série IV. Milano: Giuffrè, 1988. p. 737.

¹² MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. pp. 284-286.

¹³ “Eis então aqui o gravame contra a teoria: a imanência de linguagem junta-se à perda da literalidade e à negação da hermenêutica para dispersar os nossos textos ou das nossas vidas, imersos como estão num mar de significantes que não pára de mudar.” HASSAN, Ihab. *Fazer Sentido: as atribuições do discurso pós-moderno*. Trad. João Paulo Moreira. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n. 24. Março. Coimbra, 1988. p. 63.

¹⁴ “O direito não é, não se manifesta sem uma dimensão metodológica, mas não se reduz a uma metodologia.” NEVES, António Castanheira. *O sentido actual da metodologia jurídica*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume Comemorativo*. 75. [separata] Coimbra, 2002. pp. 17-18.

¹⁵ NEVES, *Metodologia jurídica: Problemas fundamentais*. pp. 95-96.

congruencia del expresado para que se acepte, o no, la viabilidad del discurso – sea en cualquier nivel en que él se presente. En suma, esas discusiones llevan a la apertura suficiente para la inserción de la *racionalidad finalista* al mundo de la semiótica-hermenéutica en el campo *jurídico*, constituyéndose en otro factor de máxima utilización de las posibilidades retirables de esa tecnología. Aunque, y anteriormente la problemática semiótica-hermenéutica, el *positivismo* jurídico – a través del imagen de la *littera* – haya conquistado la preponderancia de los cuadros mentales del cotidiano científico social con su meta discurso, el *positivismo*, con su esquema científico¹⁶, acabó por ser absorbido por el *legalismo* de la *legislación*, y lo comprometió en decurrencia de las experiencias demagógicas de regimenes políticos autoritarios apoyados en la *formalidad* identificadora de la *ley*.

Ocorre, en la acentuación del *normativismo* para el *legalismo*, la reducción del Derecho a enunciados políticamente determinados y expresos solamente por el documento *legal*, lo que ocasiona la equivalencia reduccionista del Derecho a “pocas palabras” de la *ley* (*legalismo*¹⁷), pues de una diversificación de factores productores del sentido del Derecho, o *positivismo* pormenorizó y preponderó en oraciones elaboradas y promulgadas por el poder representativo de la sociedad, el *legislativo*. Pero anteriormente a esa reducción lingüística-legal se encontraba en el comando el *normativismo*, que adoptaba otro sentido para el Derecho. De este arte, la manifestación consistía en la figura de las *leyes*, pero el fundamento ultrapasaba la oración y atingía una especie de *consenso normativo* sin, con eso, necesitar convocar elementos *jusnaturalistas*, por lo contrario, la concepción de principios, específicamente normas, del Derecho que balizan el aspecto genérico y universal *jurídico*. A *voluntas* del legislador, en ese momento, se prende a esa meta noción. El *normativismo* se colocaba en la conducción del sistema jurídico y orientaba la formación y manifestación *jurídica*, con su aporte científico *normatizante* a través de esquemas *cognitivo* de una realidad de conductas, en esa índole de imponer racionalmente al *mundo-de-los-hechos* una estructura abstracta y general tipificadora y valideza por la abstracción de la presupuesta *volonté générale* (legislativa estatal). Por eso, fuerza una radical separación entre los *hechos* y las *normas*, para constituir dos dimensiones distintas: el *ser* y el *deber-ser*. Esa separación conduce el *pensamiento jurídico* hasta la contemporaneidad, lógicamente hubo y hay movimientos que unen esas dos dimensiones; la radicalidad, en la modernidad, de ese esquema dicotómico se encuentra en el tratamiento de forma aislada, luego se hace necesaria la admisión de que cada cual (aisladamente) no contengan los elementos suficientes para cumplir la índole del Derecho como Derecho pensado en su carácter *normativo*.

Se visualiza, en esa dicotomía, la posibilidad teórica de fundar todo el sistema *jurídico*. Conque, el *normativismo positivista*, simplemente considerado deja de lado la cuestión de hecho (del *ser*) para colocarse en el plan hipotético (del *deber ser*) y en él permanece solamente con las *normas* sin considerar efectivamente la realidad de los hechos¹⁸, pero lo adopta de imperactividad coercitiva-coactiva¹⁹ a través del

¹⁶ Vide: WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. pp. 503-504.

¹⁷ “Ridurre il problema del diritto al legalismo è non solo mutilare la realtà in cui esso ha così grande parte, ma mutilare lo spirito di cui esso è senza dubbio una *guisa*. Nè la legge è un pregiudizio democratico, perchè il concetto di norma è così antico che, tal quale noi accogliamo, (...)” PARESCHE, Enrico. *Diritto, Norma, Ordinamento*. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Anno XIII, Fasc. II, Marzo-Aprile. Roma, 1933. p. 226.

¹⁸ NEVES, António Castanehira. *Teoria do Direito*. [lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999]. Coimbra: Policopiadas, 1998. pp. 108-110.

soberano Estado, que reduce el plan del Derecho a lo hipotético del *poder ser o no ser*, o sea, la *razón* se impone de manera a normatizar *a priori* el comportamiento humano previamente previsto, en una anticipación totalizadora del comportamiento en la e de la colectividad, que debe, a través de la idea de imperactividad, tornarse *ser*, justamente para concretizar lo hipotético normativo²⁰. Para cumplir tal designio, hay la necesidad de *aplicar* los preceptos normativos abstractos con el objetivo de *realizar* su repetición en el *mundo-de-los-hechos*. En torno de eso, el *normativismo* se tornó pura norma, a través de postulados retirados de la propia norma, sin precisarse remitir a nada más allá de su existencia abstracta. En el conjunto de impulsos inherentes a la época en boga, a la política, por medio de la simple voluntad legislativa, comienza a adherir al hecho de la norma valerse por *sí misma* (calcada en la *formalidad*), lo que da oportunidad al *voluntarismo*²¹ de agregarse a la norma y tornarse el soporte de validez del proceso de reconocimiento de la norma y de la conducta *humana*.

Por cuenta de esas alteraciones, volcadas a la pura *racionalidad* cognitiva, arraigadas únicamente en el imagen de la norma (*-voluntas*)²² y organizadas por la sistemática estructurante de la lógica sin, supuestamente, dejar brechas de sentido en relación a los hechos del cotidiano, los esquemas científicos pasaron, definitivamente, para el pensamiento *jurídico* con la intención de imponer su forma de dominación racional al *mundo-de-la-vida*. La ciencia del Derecho asume la vanguardia del conocimiento en un creciente surgimiento de *corpus* jurídicos con pretenciosas adjetivaciones de complejidad y unidad *a priori*, que en cada espacio reinaba, sin considerar el hecho histórico intencional *a posteriori*. La inversión de elementos de uno *a priori* y *a posteriori* se justifica por la idea de dominio de la *conciencia científica* en el *mundo-de-los-hechos* que no llevó en cuenta una realidad que se hacía distinta e irreductible a una *norma* general y abstracta-formalizada; la metodología presentada para satisfacer esos primeros momentos *normativistas* se armonizaba con la simplicidad, la certeza y la universalidad de la manifestación jurídica, muchos de sus sentidos eran establecidos, y allí se localizaban, en el significado semántico de las palabras – característico de la **Escuela de la Exégesis** – juntamente con el siempre *lógico-sistemático* sentido del ordenamiento en su totalidad. Se encuentra, evidentemente, el movimiento científico – promovedor y prometedor de construcciones lógicas sistemáticas capaces de asegurar la seguridad jurídica, universalmente considerada, en busca de una sociedad ideal – para promover la construcción de grandes documentos sistematizados en una idea de abarcar los posibles casos de conflictos de la *vida-social*.

Los *códigos* surgieron con ese designio de todo regular a través de un esquema ordenado sistemáticamente y condensado en un único *corpus*, conteniendo todo el conocimiento, que trae al acceso de todos las leyes patrias (se destaca, principalmente, las civiles y las penales), lo que fortalece la unidad del Estado. Sin embargo, esa unidad *codicista* ocurre en detrimento de los esfuerzos de las *escuelas jurídicas* en buscar un rumbo científico para la comprensión y

¹⁹ NEVES, *Teoria do Direito*. pp. 83-87.

²⁰ MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. p. 42.

²¹ NEVES, *Teoria do Direito*. pp. 81-83.

²² “Allora ciò che sarebbe mera forma: la sovranità, la libertà, l'autorità, si concreta e s'incarna; la legge, sotto la quale io vivo e opero, è la mia legge, la legge della mia volontà, della volontà comune e definita di un corpo politico, di cui sono parte ed elemento, e, come tale, è legge assolutamente obbligatoria per me ciascuno, per tutti.” PERTICONE, Giacomo. *Regime politico e ordinamento giuridico*. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Anno XIV, Fasc. VI, Novembre-Dicembre. Roma, 1934. p. 378.

elaboración del Derecho. Debido a eso, el método exegético de esa escuela acabó por exaurirse en los análisis del texto legal, que, en determinado momento no correspondía más a las exigencias de la época, eso acabó por provocar el declínio de la propia escuela²³; aunque otras corrientes doctrinales surgieran, también, ligadas a la sistematización del Derecho y, aún, con el entendimiento de unidad-científica.

2.1. El Código

La Escuela de la Exégesis surge en decurrencia de los **Códigos**, eso marca una época (a partir del siglo XVIII), en el Derecho moderno, sin igual, pues aún, en imagen contemporánea, *resalvadas las debidas alteraciones ocurridas durante el surgimiento y el período hodierno*, esos documentos sistematizados son considerados como el tronco del sistema *jurídico*, o sea, las demás *leyes* giran en torno de ese núcleo sistemático (que cuenta con otro documento sistematizado, en el ápice del sistema: la **Constitución**), aunque en algunos aspectos sean documentos superados, cuando considerados racionalmente perfectos, completos, por otro lado, asumen una postura de *orden básica* o conceptual en relación a los documentos legales producidos aleatoria y arbitrariamente por los Poderes del Estado. Con eso, los Códigos tendieron a la *liberal* idea de proporcionar la libertad a cada *ciudadano* para la concretización de la propia felicidad. Los códigos son fruto del movimiento iluminista con matices del *jusnaturalismo-racionalista*²⁴, pues eran considerados como libros de la razón, lo que indica que las presuposiciones *ético-naturales* que gobiernan la colectividad para explicitar los criterios de un derecho justo en relación a su contenido²⁵ – eso se muestra actuante con los elementos individualistas, de seguridad y de unidad, o sea, de la unificación formadora del Estado moderno, con su método científico y de la técnica jurídica empleada con su criterio racionalizado. En los primeros intentos de codificación, los elementos dominantes se concentraban en la ordenación unitaria y en el propósito de sanar las cuestiones controversias del derecho común, sin embargo luego del surgimiento del *espíritu* iluminista, comienzan a influenciar los intentos de *codificación* de manera cabal. A partir de ahí, diversos proyectos surgen con la forma *codicista* caracterizados por conceptos generales que, en seguida, serán forjados con la aprehensión empírica de las relaciones *humanas* en sociedad y debidamente enjertados por formas concisas, rigurosas conceptualmente, las normas vueltas hacia el futuro, la exclusión de la doctrina y de las costumbres, y las lagunas pueden ser rellenas conforme la analogía y, luego, por los *principios naturales*. Los códigos precedentes al *Code Civil* de 1804 están obsoletos, en la forma y en la materia, debido al gran impacto, promovido por la revolución, por el histórico **Napoleón Bonaparte**, y por una nación-indivisible soberana popularmente. El regionalismo y particularismo feudal, fuertemente estructurados, en Francia, entre el *droit coutumier* y el *droit écrit*, fueron sustituidos por la **Revolución Francesa**, en un derecho unitario y general fundado en la razón moderna iluminista.

²³ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *O Culto do Texto da Lei na Escola da Exegese: seu sentido e limites*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. LXXIX. [separata]. Coimbra, 2003. pp. 728-732.

²⁴ “O direito passou a ser um *sistema de normas* que se havia de cumprir positivamente numa legislação sistemática, numa codificação – sabe-se como o pensamento jurídico moderno-iluminista culminou efectivamente na codificação.” NEVES, *Método jurídico*. p. 296.

²⁵ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*. p. 366; “A imagem do direito dos códigos civis é a seguinte – uma sociedade unitária e igualitária, subordinada aos princípios da liberdade de propriedade e da liberdade contratual; ...”. p. 528.

Entre la Revolución Francesa y su Constitución diversos intentos de codificación ocurrieron, pero fue con la iniciativa de **Bonaparte** (en 1800), que el proceso *codificador* ganó vigor y es que surge, en 1804, el *Code Civil des Français*, que gozó, y goza, de prestigio, debido a su clareza y precisión de conceptos, estructuración textual y en aquello que a la época *exigía de los preceptos jurídicos*. Luego el surgimiento de ese documento, hubo la creación de otros Códigos²⁶, que están de acuerdo con las demás esferas del Derecho entonces vigente. El *Code Civil* sirvió, y sirve, de modelo a los demás Códigos que surgieron en períodos posteriores²⁷. Entre varias codificaciones, merecen destacados: el BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) Código Civil Alemán y el ZGB (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*) Código Civil Suizo.

3. El Derecho como Instrumento

A partir de la realidad estatal, presionada desde el inicio del establecimiento del Estado moderno, con la necesidad de amenizar las diferencias y estandarizar el ambiente colectivo, para crear la idea de unidad cultural entre las varias regiones incluidas en un único Estado (la agremiación política, a través de los fragmentos partidarios, homogeneiza las diferencias por medio del poder materializado en el Derecho), el cientismo sistematizador acabó por promover la construcción de grandes documentos considerados capaces de contener “todas” las previsiones reguladoras del *mundo-de-los-hechos*; más allá de todas las materias reguladas, las disposiciones jurídicas estaban expuestas de manera formalmente semejantes, con contenidos universalizantes, generalizantes, y con un cuidado especial con la forma gramatical del texto legal, en el sentido de clareza y certeza de comprensión. De tal esfuerzo se juzgó elaborar documentos pretenciosamente duraderos, totalizadores, válidos atemporalmente (ahistóricamente) – debido a la creencia en la perfección de la *razón*, preteñidamente el *legislador* juzgaba haber encontrado el Derecho determinado para cada *pueblo* –, luego se verificó la imposibilidad de la atemporalidad “racionalmente planeada”²⁸ y la imperfección de la unidad totalizadora del sistema *positivo* (principalmente cuando las lagunas empiezan a ser admitidas y resaltadas por el *pensamiento jurídico*²⁹).

Para proveer ese espacio lagunoso, la doctrina evoca a otras posibilidades de integración de la *ley* (específicamente de la *norma jurídica*) en el momento de la *interpretación*, ya en una actitud activa-práctica, delante del proceso de constitución del Derecho, del juez³⁰. Las exigencias colectivas crecientes, en decurrencia de la expansión del mercado económico, con sus consecuencias, y, aún, la contraposición ideológico-económica del sistema socialista estimularon algunas “*irritaciones en el sistema*” capitalista-liberal. Eso fomentó un cambio de

²⁶ GAUDÊNCIO, *O Culto do Texto da Lei na Escola da Exegese*. pp. 681-684 e 688-690.

²⁷ Trecho sobre a *codificação* baseado em: WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*. pp. 369-395.

²⁸ “... foram ignorados pelo tradicional legalismo normativista – o qual, ao operar unicamente no plano de uma racionalidade lógico-abstracta, revestia o normativismo legal de uma subsistência atemporal a que unicamente um acto exterior (o acto da revogação formal) poderia pôr fim.” NEVES, António Castanheira. *Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. LXXIV. Coimbra, 1998. 9.

²⁹ NEVES, António Castanheira. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (extractos)*. Coimbra: Policopiadas 1971-72. p. 28.

³⁰ NEVES, *Método jurídico*. pp. 313-315.

configuración en las directivas del Estado liberal que, en crisis, acaba por asumir una otra configuración, la del Estado-Providencia. Para la realización de las metas de ese Estado, el Derecho acabó por ser reorganizado en función del comando ordenador de la totalidad del aparato estatal (las ordenes de la *política-económica*). Entonces, con todas esas implicaciones la unidad y la universalidad del Código se encuentra fragmentada (o “descodificada”) en diversas legislaciones, ya de índole estratégica funcionalmente politizada³¹.

El Derecho *positivista* ya constituía parte del monopolio del Estado³², con eso, acaba por ser envuelto en el esquema de *programación política*, o mejor, de un *condicional programa*. Los aspectos *axiológicos-normativistas* liberales no se sustentaban sobre una realidad de imperativas e inmediatas exigencias de resoluciones de problemas emergentes a todo momento. Por tanto, la *política* asume totalmente la dirección del Derecho – lo instrumentaliza – por medio del *proceso legislativo*. Las cuestiones *axiológicas* quedan relegadas al segundo momento y, en su lugar, se instala, predominantemente, la *formalidad* legitimadora de los comandos legales. Apenas la forma, en esa fase, marca la ciencia del Derecho. El Derecho es reconocido conforme la forma *Standard* presentada; el *legalismo*, entonces, ostenta el *mundo-del-Derecho* circunscrito a una imagen identificada como *ley* sin distinguirse del *ius*; si en el *normativismo* había una tenue diferenciación en los elementos *axiológicos-normativistas*, en el *legalismo* no hay diferenciación, pues se restringe al significado de *ley*; en la autonomía *legislativa* se reserva solamente a la forma de la *ley*, que se presenta como el propio Derecho. De esa manera, el contenido se establece en el albedrío³³ de la *política*. De esta arte, la significación de eso resulta en una dicotomía entre las imágenes de lo *jurídico* y de lo *justo*, pues el contenido será aquél conveniente a los designios políticos, sellados como Derecho, sin la importancia axiológica ponderativa de una concepción de *justicia*. Además de esa dicotomía, los parámetros de *justicia* pasan a ser confundidos con la *propia ley* y su proceso constitutivo de una *justicia* se localiza en la *ley*.

La *Zweckrationalität* determinó todo un proceso de confección *legislativa* a favor del alcance de los objetivos, con finalidades políticamente determinadas por los *programas políticos* de los partidos. Face a lo expuesto, el Estado atribuye a la esfera *jurídica* una especie de dirigismo, en que el Derecho (reducido a instrumento), con su imperactividad validamente legitimada por su contexto histórico, se esforzaba para tornar sus provisiones legales en realidad legítimas. La figura de la *ley* del Derecho-liberal iluminista perdió mucho o su sentido, eso decurre del alejamiento de los matices de la *voluntad general*, de una *validez racional* y de la *identificación* con el Derecho en detrimento de la valoración y empleo de la pura técnica jurídica. En su primer aspecto la *voluntad general*, en ese contexto, se tornó dependiente de partidos políticos (con intereses específicos) destacados como legisladores. Como tal, se retira la *voluntad general* de su posición de predominio de validez de todo el ordenamiento *jurídico*, es que deja a los intereses fragmentados (partidarios), no a los intereses generales, los designios de la *legislación*.

³¹ Ver: NEVES, Metodologia jurídica: Problemas fundamentais. pp. 20-21.

³² NEVES, António Castanheira. *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) I A Crise*. Coimbra: Almedina, 1967. pp. 592-593.

³³ LAZZARO, Giorgio. *Sul diritto come forma*. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Anno XXXIX, Serie III, Fasc. V, Settembre-Ottobre. Milano: Giuffrè, 1962. pp. 644-645; “Può essere, infatti, una proposizione meramente descrittiva della realtà giuridica, o – come si usa dire – un *giudizio di fatto*, e non un *giudizio di valore*.” p. 636 (grifo do autor).

Las consecuencias de esa *politización* atingen una racionalización que atribuye características al Derecho que, en seguida era reflexionada en la ley³⁴. El campo jurídico abarcaba lo político cuando había la determinación del contenido de la *ley*. Por esa razón, sin más la universalidad normativa, intencionalmente pensada de manera a esencializar todo el proceso de construcción y embasamiento del significado de la *ley* en dirección al *mundo-de-los-hechos* posibilitó, con la manifestación del *legalismo*, la movilización de la expresión jurídica reducida al plano de la gana política, en otras palabras, el *Derecho*, ahora comprendido totalmente en la figura de la *ley*, se establece como instrumentalidad de intención política para auxiliar-dirigir-y-concretizar el programa del Estado-político, por la simple prescripción formal conforme la voluntad del legislador. Se torna incontornable la identificación del Derecho con la *ley*, cuando ése se asume como un proceso de validez política basado y exteriorizado por la imagen de la *legalidad*, sin la fundamentación de un (meta-) sentido normativo de una esencialidad (*Jusnaturalista* y ni *Jusracionalista-normativista*) de antaño. Los principios incondicionados y supra-legales de un primer *positivismo* ligado, especialmente, a la *voluntad general* acabaron por ser sustituidos por otro *politizado* sin cualquier parámetro supra-legal en que la concepción de *voluntad general* no participa en la legitimación; se da, entonces, la desvinculación de la *justicia* con el Derecho, pues, en esa formatación *jurídica*, cualquier contenido se encuentra valorativo en lo que toca a la *justicia* (se puede encontrar una *norma jurídica* injusta y *válida*)³⁵ – el proceso político limitó los horizontes a la legislación y su función de *medio-fin* para cumplir las *finalidades* impuestas por la dinámica política. Por tanto, al Derecho sobra el proceso, *radicalizado*, de la formalidad y de la validez legitimadora de las decisiones *políticas-económicas-sociales*³⁶. Ese tipo de conducción socio histórico, presentado en otro grado en el *normativismo*, reduce la dinámica histórica social a establecerse en compartimientos que no respetan la radical realidad *humana*, de cambiar sus posibilidades de acuerdo con el movimiento dialéctico de la propia colectividad. Ese movimiento abre, en determinados momentos – sea de crisis –, la oportunidad del establecimiento de otros “valores-fundamentos” colectivos para estructurar el *mundo-de-los-hechos* y, en consecuencia, el *mundo-del-Derecho* que engloba el *mundo-de-la-vida*. Tal movimiento dialéctico se torna perjudicado por la imposición de técnicas reguladoras que guían esas deliberaciones *humanas* de constituciones de las novedades emergentes de la *libertad* dialéctica interaccionista colectiva³⁷.

Sin embargo, el *positivismo*, principalmente con el *legalismo*, asumió una posición de preponderancia de la voluntad expresa por la técnica, en que existe auto-legitimación de todo el proceso creativo del Derecho, a partir del Estado-político (Estado-Providencia), y sus límites que confeccionan y reducen el Derecho a la *legislación*, y esa simultáneamente, legitima el poder del Estado en la prerrogativa impositiva³⁸. La centralización dinámica de toda la esfera *jurídica*, forzada a mantenerse en el monismo, empezó a desgastarse cuando las exigencias sociales

³⁴ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ensaio Sobre a Lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. pp. 160-162.

³⁵ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*. pp. 650-651.

³⁶ Trecho baseado em: NEVES, António Castanheira. *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. [separata]. Lisboa, s.d. pp. 583-590.

³⁷ NEVES, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito...* pp. 303-304 e 307.

³⁸ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del derecho*. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Anno LXXXII, Série V, n. 1, Gennaio/Marzo. Milano: Giuffrè, 2005. p. 61.

adelantaron la posibilidad de mantener estable la relación-proyección entre el *mundo-del-Derecho* y el *mundo-de-lo-hechos*. A discrepancia entre esos dos “mundos”³⁹ puede ser medida a través de la gran producción legislativa⁴⁰, luego, con el sentido del Derecho restringido a la letra de la *ley*, solamente a ese cabe la función de realización del Derecho en el designio de suplir las expectativas sociales. La mera observación de la *ley*, se impele al juez la tarea de aplicación de la *ley*, se tornó preponderante y el *mundo-jurídico* no consigue, con sus enunciados pormenorizados, la eficacia suficiente en la intención de satisfacer las expectativas del *mundo-de-los-hechos*. En eso, surgen exigencias que van más allá a la capacidad de absorción del Derecho-*legalista*, y lo impelen a buscar otros recursos tecnológicos capaces de responder a las necesidades contemporáneas y, aún, conformarse a las situaciones siempre cambiantes y estimuladoras de la nueva realidad en los hechos, como en el Derecho, ya sometido a un tratamiento de maximización en su intervención, a fin de establecer el orden, todavía, estatal. La figura limitada de la *lex*, sin embargo en boga, estimula la inflación de diplomas legales en la búsqueda de la eficiencia de los resultados pretendidos. Se presenta una variedad de *leyes* que persiguen la regulación, detallada, del *mundo-de-los-hechos*, en face de la dinámica acelerada del contingente. Sucediendo la desactualización de la letra de la *ley* (que en ese momento histórico no tiene el carácter de generalidad en su precepto), es que su estanque naturaleza exige siempre renovados diplomas legales. Aunque con esos diplomas, la estructuración de la *ley*, como reduccionismo *jurídico*, no consigue responder a la carga contemporánea de estímulos complejos, decayendo, entonces, en situaciones de desactualización -ineficacia⁴¹. Sus elementos literales, guiados por el silogismo, por la analogía, por la historicidad y por la teleología, se ven superados por la *complejidad* colectiva, que exige del Derecho seguridad y certeza en su complejo operativo.

Ocurrió el estímulo a la apertura de la *ley* a la discricionaridad de la técnica de reglamentación de especificidades del *mundo-de-los-hechos*. La perspectiva liberal del Derecho queda en el pasado, pues a partir del Estado-Providencia el Derecho, reducido a la *ley*, regula pormenorizadamente la vida cotidiana. Así, la sociedad que oprimía al individuo, en el contexto del individualismo-liberal, pasa a ser la libertadora de él, en el contexto del Hombre-social debido al Estado-de-Bien-Estar-Social. La expresión jurídica también se modifica y pasa a contar con la *ley* viabilizadora del *condicional programa del Estado*⁴². Entonces, el texto legal se sirve del conocimiento técnico de otras áreas culturales para organizar las micro realidades técnico culturales, también, de la llamada *sociedad de riesgo*. La *ley* es confeccionada con apertura suficiente a la absorción de todas las materias consideradas *legislativamente* estratégicas y a juicios técnicamente racionalizados-burocratizados aptos a que cumplan determinadas “ordenes” del programa *socio-político-económico*, o de cualquier otro origen que imponga alguna respuesta al Derecho-*ley*; en suma, la concepción clásica de la *ley* deja algunos reflejos en la actual idea de *lex*, pero esa actualidad se distancia cuando busca organizarse

³⁹ NEVES, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito...* pp. 611-612.

⁴⁰ Vide: MONCADA, *Ensaio Sobre a Lei*. pp. 88-91, 101-110.

⁴¹ Vide: NEVES, *Metodologia jurídica: Problemas fundamentais*. pp. 28-29.

⁴² NEVES, António Castanehira. *Pessoa, Direito e Responsabilidade*. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 6, fasc. 1, Janeiro-Março. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 23.

estratégicamente, y cuando busca no expresar valores éticos⁴³ de manera genérica y amplia.

La rigidez del *pensamiento jurídico* moderno (de pureza científico-teórica) empieza a causar problemas de eficacia y de validez, en relación a las medidas que serán tomadas en consideración a las metas políticamente determinadas y otras reivindicaciones decurrentes del exterior del Derecho. De esta arte, la esfera *jurídica*, aún autónoma⁴⁴ por el *positivismo-legalista*, sin embargo, con fuerte presión política, inicia la búsqueda, con el intento de encontrar otras posibilidades metodológicas para un Derecho (necesitado de novo aliento) – principalmente después de la Segunda Guerra Mundial – de esquemas que favorecieran y cuestiones intencionalmente urgentes en el nuevo horizonte de *globalización*. Fue justamente ese cuadro socio-jurídico, posguerra, que resurgen alternativas para el Derecho, “herido” en su índole; así, se tiene dos propuestas metodológicas vueltas a admitir la vocación práctica del *pensamiento jurídico* en la constitución del Derecho. La primera propuesta releva la concepción de derecho natural con una idea de *praxis* (*prudencial*)⁴⁵, ella invocaba elementos axiológico-normativos, transpositivos que conduce al fundamento de *validez normativa*; esa situación metodológica implica un despliegue del aspecto textual de la *ley*, la valorización del caso práctico-decidiendo, el discurso jurídico que convoca y añade otros elementos en su *mundo* y proporciona un mayor rayo de acción al juicio decisorio; además de eso, se encuentran varias propuestas teóricas, pero que fundamentalmente invocan esas cuestiones (no sólo en el momento lagunoso, como delante de la propia norma)⁴⁶.

La segunda propuesta metodológica se refiere a una práctica advenida de una tecnología social, de estratégica concepción, con la función *finalista* (apoyada en la *Zweckrationalität*), con el objetivo de alcanzar – con eficiencia – determinados efectos y resultados (*socio-político-económicos*); el jurista pasa de *iurisprudente* a ser administrador que controla los instrumentos necesarios para la concretización, no de la *justicia*, pero del *bien-estar-social*⁴⁷ (políticamente considerado). Aún, se convoca la concepción de ciencia a hacer, renovadamente, parte del escenario [no-ético (o libre de valores)] jurídico en cuestiones ligadas a la estructuración y aplicación del sistema en prol de la eficiencia de resultados. Con eso, se puede destacar algunas peculiaridades del *funcionalismo jurídico*, los cuales orientan las variadas propuestas, sin embargo, sin, dejar, de lado las alteraciones de la *racionalidad* ocurrida. El *funcionalismo* empieza a estructurarse, sin perder de vista la imagen de la *ley*, con otra dinámica-tecnológica de organización y de expresión. En otras palabras, el *funcionalismo* advino para fornecer mecanismos de adaptación a las siempre innovadoras exigencias sociales sin encuadrar el Derecho en esquemas *rígidos* y cerrados como en el *positivismo normativista* y en el *legalista*. Aunque, innúmeros elementos tradicionales del derecho y de la política moderna continúen en vigor, por eso, el *funcionalismo* no deja, totalmente y en su último sentido de ser *positivista*, pero con otras peculiaridades racionales, patrones de pensar y operar con el Derecho distintos. Existe, también, una mayor interferencia de libertad-evaluativa del juez en ese proceso decisorio, a *fin* de tornar la relación jurídica más eficaz.

⁴³ MONCADA, *Ensaio Sobre a Lei*. pp. 122-132 e 133-137.

⁴⁴ NEVES, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. pp. 212-213.

⁴⁵ NEVES, *Método jurídico*. p. 321.

⁴⁶ NEVES, *Método jurídico*. pp. 316-325.

⁴⁷ NEVES, *Método jurídico*. pp. 325-326.

4. El Funcionalismo

El *funcionalismo*, con sus diversas propuestas, carga consigo la diversidad de vertientes teóricas, con sus particularidades, y, sobre un aspecto de generalidad, la *fluidez*⁴⁸ de esos esquemas está atrelada a la *Zweckrationalität*. Sus cálculos de *medio/fin* (también: *costo/beneficio*) a ser implementados por la capacidad, son dirigidos no más a la *aplicación* de normas (condicientes al normativismo), pero por la *decisión* de vislumbrar una actividad programática-fin transitiva⁴⁹. En relación a sus *finalidades*, algunas de carácter material y otras de carácter formal, ellas orientan el sistema jurídico para realizar determinados procesamientos de datos (esos datos varían conforme el tipo de *funcionalismo*) al *punto de llegar al objetivo previsto*. Con ese esquema direccionado a cualquier *finalidad*, originada en el exterior del *pensamiento jurídico* y, por eso, del propio Derecho, provoca la reducción a la *instrumentalización jurídica* y, hasta, a una posible abolición de la esfera *jurídica*. Sin embargo, esa nueva condición del Derecho se extiende a cualquier otra cosa (inclusive al *ser humano*). Pues, si el Derecho, reconocidamente, efectúa(ba) una especie de organización-y-protección *humano-social* de viabilidad del propio **Hombre**, y sus perspectivas materiales y espirituales (con una conciencia de mayor profundidad de lo que la conciencia del empleo de la técnica sin cualquier otro tipo de valoración), hace de él un instrumento a servicio de cualquier *finalidad* (sea cual sea) debilita y descaracteriza el sentido *jurídico*, con su autonomía y su índole, también esvacía la significación de **Hombre** en su sentido *ético-axiológico*. Eso se completa a través del aparato tecnológico *contemporáneo* – de la sociedad *pos-industrial* – que está más allá del lenguaje, pues llega a los esquemas de sistemas sociales y análisis jurídicos a través de la racionalidad *político-económica* de la eficiencia (lucro)⁵⁰. La mutación de lo *jurídico* se presenta latente, evidente dentro de una lógica que se presenta de manera rara a su composición cultural-histórica, al fenómeno social de busca de la satisfacción individual, que exige máxima concentración en torno de las necesidades (socio-)individuales, como en otras esferas, pero exteriorizada de manera incisiva. El Derecho acaba por absorber algunos, y determinantes, aspectos de esas orientaciones *solipsistas*, y en nada queda solícito con otras perspectivas que sobresalen de valores contrapuestos a esas orientaciones determinantes.

Actualmente, no se puede recusar el tipo de apertura para la multi-comprensión, pero, también, el reduccionismo enfrentado por el Derecho, transformándolo en un simple *aparato tecnológico*, atávico en comparación con su historia, no posibilita la resolución de la problemática *jurídico-humano-social*. Entonces, distintos aspectos deben ser llevados en consideración con la intención de descortinar la indiferencia del tratamiento jurídico, de lo político y de lo económico, siendo lo *jurídico* despreciado en su realidad por el informe científico. De esta arte, el proceso de juridicización abarca otras variables, más allá de aquellas clásicas, como una voluntad subordinada a formas para ser válida al precepto establecido por un orden de valores expresos, por una fórmula general-abstracta, *a priori*, reducida a la escrita y su fundamentación se focaliza solamente en la *práctica*, sin presentar fundamentos *materiales* normativistas – como se comprendía en la

⁴⁸ DENNINGER, Erhard. *Diritto e società tecnologica*. Trad. Michele Surdi. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. L, Serie IV. Milano: Giuffrè, 1973. p. 668.

⁴⁹ NEVES, *Teoria do Direito*. pp. 185-186.

⁵⁰ NEVES, *Teoria do Direito* [Apontamentos complementares]. pp. 65-66.

época de las clásicas concepciones metafísico-ónticas (por ejemplo)⁵¹. Tales elementos contribuyen para la justificación de la racionalidad, predominantemente, procesal *finalista* (*Zweckrationalität*), que empuja una función al Derecho-ley de rápida adaptación-legitimación con el intuïto de *auto-actualización* del sistema guiado por las necesidades inmediatas *individualistas*. Ese proceso se armoniza directamente con el *funcionalismo sistémico* de formalización y “*descomplejificación*” de la sociedad contemporánea, aunque ese esquema teórico mantenga el Derecho con una autonomía, provoca la fungibilidad de sus elementos que desempeñan apenas papeles o figuraciones personalmente indiferentes, descartándolas a la medida que su funcionalidad pierde la capacidad de absorber la complejidad. Existe la indicación de que los componentes del sistema puedan ser sustituidos, a transformados en figuraciones que amenizan el impacto y la operacionalidad del sistema, o sea, desconsideran posibles *valores* inherentes a los elementos funcionales, además de aquellos que sirven a la manutención de la eficacia⁵².

Como el Estado, ente emanador del Derecho, se encuentra sometido – por veces, como principal agente – en ese esquema *funcionalista*, el desarrollo *jurídico* marca una constante progresión para el horizonte tendencialmente *finalista*, desde que las otras áreas de la esfera cultural empezaron a conquistar cierta importancia en el *mundo-de-la-vida*. A fin de asumir el horizonte *jurídico*, el *funcionalismo* provoca una desconsideración de las posibilidades propiamente *jurídicas* de *normatizar* la consecución de la valoración *humana*, se direcciona a exaltar aquellas *finalidades de inmediata necesidad* al Hombre *individualista*, **solipsista**, y, por eso, pierde su posibilidad de *normatizar valores* que inciden en el *mundo-de-los-hechos*. Ocurre lo contrario, lo que es momentáneamente urgente – material – en el *mundo-de-los-hechos* de una sociedad (*social engineering*), la tecnología (también científica) influencia el Derecho de manera a determinar su actuación como un *Zweckprogramm*. El *jurista* se transformó en un tecnócrata regulador de *eficiencia* y estrategistas de *programas*. La política compone el cuadro latente en el Derecho para conducir y seleccionar las estrategias de mayor eficiencia al albedrío de la *voluntas*. En última instancia, se dividirá la colectividad en aquellos que se encajan en la propuesta política y los que se contraponen a ella⁵³; además, la *voluntas* política tiende a instituir un programa a ser seguido de manera a cumplir su intención. Por ser programa *finalista*, se deja de lado cuestiones *valorativas* en detrimento de la relación *medio/fin*, sin el establecimiento de aspectos relevantes a los *medios*, pues esos se concentran en el cálculo de eficiencia del *medio* a ser empleado⁵⁴, o mejor, sea cuales sean los *medios* empleados son fungibles.

El desapego de valores, en relación a la eficiencia técnica de los *medios* utilizados, realza la *instrumentalización* de todo lo que sea empleado como *medio*, sin considerar las peculiaridades pero, solamente, la potencialidad a ser retirada para la concretización *finalista*. Esa dinámica favorece la sociedad compleja, debido a alta posibilidad de reunir mecanismos-*medios*, a no encontrar obstáculos de otras índoles, a no ser la eficiencia. Así, la satisfacción de las necesidades es de fácil realización. Además, deja el sistema jurídico susceptible a los cambios efectuados

⁵¹ NEVES, *Metodologia jurídica: Problemas fundamentais*. p. 46.

⁵² NEVES, *Teoria do Direito* [Apontamentos complementares]. pp. 66-71.

⁵³ NEVES, *Teoria do Direito* [Apontamentos complementares]. pp. 59-61.

⁵⁴ DENNINGER, *Diritto e società tecnologica*. pp. 655-656; “Il diritto indirizzato o addirittura dominato dalle necessità tecniche perderebbe l'indispensabile legame con la morale, il rapporto con la coscienza umana, e dunque anche con la personale dignità dell'uomo in genere.” p. 666; ainda pp. 668-669.

por el *Zweckprogramm*, ese programa no encuentra dificultades a lo que se refiere a los *medios*, pues habrá un nuevo cálculo de eficiencia⁵⁵, en que el Derecho deberá absorber y adecuarse, para legitimar y realizar la *finalidad*. La condición *jurídica* pierde su característica de *normatividad*, se torna impotente para establecer parámetros normativos que incidan en el empleo de los *medios* en dirección a la concretización de los *fin*es (axiológicamente relevantes), los cuales, por su vez, no dependen, exclusivamente, de cualquier necesidad, y, sí, de *valores* favorecedores del *ser humano* como *fin en sí aún*. Eso implica el reconocimiento de algo además de las delimitativas fronteras de intereses de la *socio-política-economía* que actúan en el *mundo-jurídico*. Significa la admisión de la actuación de la *condición humana* en el mundo del Derecho, a lo que concierne al *ser-estar-ahí*, con todas las consecuencias de *estar-en-el-mundo-con-los-otros*, que no se reducen, simplemente, a la materialidad de las cosas (*die Sachen*) y de las necesidades inmediatas⁵⁶, envuelve elementos encontrados además del inmediato, pero en la mediata relación del **Hombre** con las cosas y con el *otro*. El *funcionalismo* desprestigia esa búsqueda *humana* (tornándolo *homo funcionalis*)⁵⁷ para el más allá del sentido de las cosas, pues establece *fin*es y solamente opera por el sesgo de una *racionalidad finalista*, que almea el objetivo, sin tener en cuenta los *medios-valores* a ser mantenidos y alcanzados y, además, estimula la *instrumentalización* (la “*cosificación*”) de los *medios* eficazmente propicios para provocar y su reducción de esos *medios* la correspondiente *utilización*⁵⁸.

Conclusión

En face de todo eso, y sumado a la noción de desarrollo histórico, es posible alcanzar la significación de la diferenciable indiferencia entre el *ius* y la *lex*. En el medio de todo se encuentra la intencional reducción del significado del Derecho a la *ley*, de manera proposital por el proceso racionalizador humano, imbuido de la pura ciencia; al Hombre cabe la facultad de escoger, dentro de su *libertad*, el camino a seguir, el considerar las hipótesis de su propio desarrollo y bien-estar participa de la constitución, responsablemente, de la idea que tiene de *sí aún* – se diga de la humanidad – y de las demás esferas culturales⁵⁹. La diferencia entre la ley y el Derecho, esferas interligadas, es tratada indiferentemente, como si una compleja esfera cultural, como es el Derecho, pudiera ser confundida por la proposición de un texto jungido, solamente, a la voluntad política del legislador, y, aún, ser reducido, significativamente, a pocas palabras formadoras de un sentido parcial *a priori* de una práctica constitutiva del propio significado *jurídico*. Aunque la cuestión entre el Derecho es la *ley* tiende a tornarse más clara en sus diferencias, con el *funcionalismo*, la esfera *jurídica* aún se mantiene reducida a la *instrumentalización*, actualmente no solamente por la *ley*.

Lo relevante está más allá de la palabra, y su sentido común también está en la última (o primera) consideración y realización de lo *jurídico*. Por eso, la indiferencia diferenciable del ocurrente permea la relación entre la *ley* (con todos los significados que se pueda arrojar) y el *Derecho* y su respectiva concretización en el

⁵⁵ DENNINGER, *Diritto e società tecnologica*. pp. 671-672.

⁵⁶ Vide: DWORKIN, *Uma Questão de Princípio*. pp. 364-365.

⁵⁷ NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (extractos)*. p. 107.

⁵⁸ Vide: NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (extractos)*. pp. 98-110; *Law and Economics* vide: DWORKIN, *Uma Questão de Princípio*. pp. 371-372 e 387.

⁵⁹ NEVES, *Teoria do Direito [Apontamentos complementares]*. pp. 53-55.

mundo-de-los-hechos; el reduccionismo politizado corrobora las necesarias adaptaciones sociales y económicas, por la voluntariedad del legislador, que retira la perspectiva de una norma meta jurídica, basada en una noción meta empírica, fundadora y posibilitadora de la estructuración plena del fenómeno *jurídico*, pues lo considerado meta jurídico no pasa la voluntad legisladora (o dominante) contingente – no decurriendo, de ese hecho, ningún resquicio de materialidad (valorativa) *comunitariamente consensual*. De esa forma, aleja cualquier elemento que impida a plena manipulación política. Luego surge la diferencia, encubierta por una indiferenciable noción reducida al Derecho-ley-funcional, cuadro pasable por las nociones jurídicas formadas por un cambio de concepción de fuente del Derecho, constituida juntamente por las decisiones judiciales, ley, *iurisprudencia*-doctrina, costumbre, con base en una *conciencia jurídica general*. La reducción de la complejidad social no se encuentra en la *ley*, pero en un conjunto complejo capaz de retomar una idea de Derecho identificada con el Derecho⁶⁰, y, además, no reconocimiento y adaptación del normal problema y de la compleja conjuntura⁶¹.

El actual cuadro exige la admisión de hechos *multiculturales* capaces de desarrollar y mantener la riqueza del *ser humano* en su *mundo-de-la-vida-ambiental*; los problemas emergentes de una sociedad compleja, sin los paradigmas ofrecidos por la modernidad, no soporta un sistema de pocos recursos (meramente legalista) sin el acompañamiento con la complejidad, lo que indica la necesidad de tener un sistema jurídico capacitado a lidiar con la problemática compleja de la actualidad; por eso la indiferencia entre la *ley* y el *Derecho* asume una simplificación orientada a guiar una política que no satisface la noción mínima de valorización del *ser humano* en el plan *jurídico*. Se hace urgente convocar la diferenciación entre el *Derecho* y la *ley*, justamente, para utilizar la riqueza *jurídica* en el tratamiento de la complejidad social y en la protección del *ser humano* conjuntamente con una idea de *justicia*.

Bibliografía

BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 2. ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1972.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Il problema delle fonti del diritto positivo*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Anno XIV, Fasc. II, Marzo-Aprile. Roma, 1934. pp. 184-198.

DENNINGER, Erhard. *Diritto e società tecnologica*. Trad. Michele Surdi. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. L, Serie IV. Milano: Giuffrè, 1973. pp. 651-674.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶⁰ “Conjuguem-se tudo isto e uma conclusão se nos impõe: que efectivamente uma restaurada distinção entre *ius* e *lex*, que numa «ordem jurídica translegal» (a expressão é de Wieacker) se manifesta inegável na experiência jurídica do nosso tempo e que assim o direito se afirma como uma dimensão autónoma, na sua especificidade intencional e constitutiva, da nossa realidade prática. Mas compreenda-se – não se trata já de uma autonomia normativística, é antes uma autonomia axiológico-normativa que se dinamiza reflexivamente num contínuo diálogo problemático-judicativo com a prática histórica dos casos decididos.” **NEVES**, António Castanheira. *O Direito Hoje e Com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. pp. 61 (grifo do autor).

⁶¹ Vide: **DEL VECCHIO**, Giorgio. *Il problema delle fonti del diritto positivo*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Anno XIV, Fasc. II, Marzo-Aprile. Roma, 1934. pp. 184-198.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *O Culto do Texto da Lei na Escola da Exégesis: seu sentido e limites*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. v. LXXIX. [separata]. Coimbra, 2003. pp. 681-733.

HASSAN, Ihab. *Fazer Sentido: as atribuições do discurso pós-moderno*. Trad. João Paulo Moreira. In: Revista Crítica de Ciências Sociais. n. 24. Março. Coimbra, 1988. pp. 47-76.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del derecho*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Anno LXXXII, Série V, n. 1, Gennaio/Marzo. Milano: Giuffrè, 2005. pp. 47-84.

KAUFMANN, Arthur. *La struttura ontologica del diritto*. Trad. Goffredo Quadri. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Anno XXXIX, Serie III, Fasc. V, Settembre-Ottobre. Milano: Giuffrè, 1962. pp. 549-582.

LAZZARO, Giorgio. *Sul diritto come forma*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Anno XXXIX, Serie III, Fasc. V, Settembre-Ottobre. Milano: Giuffrè, 1962. pp. 636-655.

LINHARES, José Manuel Aroso. *O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos: da convergência com a literatura (law as literature, literature as law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (law as musical and dramatic performance)*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. v. LXXX. [separata] Coimbra, 2004. pp. 59-135.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-moderna*. Trad. José Bragança de Miranda. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2003.

MACHADO, João Baptista. João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002.

MARQUES, Mário Reis. *A Crise do Direito. A Crise da Lei. Um Regresso a Suarez?* In: O Instituto: Revista Científica e Literária. v. CXL-CXLI. Coimbra, 1980/1981. pp. 165-193.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ensaio Sobre a Lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

NEVES, António Castanheira. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (extractos)*. Coimbra: Policopiadas 1971-72.

_____. *Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. v. LXXIV. Coimbra, 1998. pp. 1-44.

_____. *Interpretação jurídica*. In: Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Metodologia jurídica: Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *O Direito Hoje e Com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

_____. *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência. [separata]. Lisboa, s.d.

_____. *O sentido actual da metodologia jurídica*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume Comemorativo. 75. [separata] Coimbra, 2002. pp. 1-36.

_____. *Pessoa, Direito e Responsabilidade*. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ano 6, fasc. 1, Janeiro-Março. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. pp. 9-43.

_____. *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) I A Crise*. Coimbra: Almedina, 1967.

_____. *Teoria do Direito*. [lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999]. Coimbra: Policopiadas, 1998.

PARESCÉ, Enrico. *Diritto, Norma, Ordinamento*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Anno XIII, Fasc. II, Marzo-Aprile. Roma, 1933. pp. 204-228.

PERTICONE, Giacomo. *Regime politico e ordinamento giuridico*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Anno XIV, Fasc. VI, Novembre-Dicembre. Roma, 1934. pp. 707-725.

ROMANO, Bruno. *Relazione e diritto nel postmoderno. Una discussione iniziale*. LXV, Série IV. Milano: Giuffrè, 1988.

_____. *Soggettività Diritto e Postmoderno: Una interpretazione con Heidegger e Lacan*. Roma: Bulzoni, 1988.

SILVA, Joana Aguiar e. *Direito e Literatura: potencial pedagógico de um estudo interdisciplinar*. In: Revista do CEJ (Centro de Estudos Judiciários). n. 1, 2. semestre, 2004. pp. 9-35.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.