

RUPTURA

Una Revista Interdisciplinaria de Análisis Jurídico

Consejo Editorial y de Dirección de la Sociedad de Análisis Jurídico
Gerardo Caffera (Presidente) (UdelaR - Uruguay)

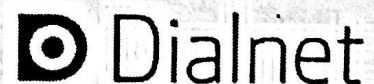
Andrés Blanco (UdelaR - Uruguay)

Oscar Sarlo (UdelaR - Uruguay)

Secretarios de Redacción

Matías Calero (UdelaR - Uruguay)

Ramiro Castro (UdelaR - Uruguay)



LA IMAGINACIÓN LITERARIA Y EL DERECHO: LA (IM)POSIBILIDAD DE UN MODELO JURÍDICO-DECISORIO EN LOS ARGUMENTOS DE A. CASTANHEIRA NEVES Y DE MARTHA C. NUSSBAUM*

Págs. 159 - 176

Antonio Sá da Silva**

(Traducción: Matías Calero/Ramiro Castro)¹

Resumen: la posibilidad de un método específico del derecho, capaz de orientar el razonamiento de los juristas y evitar un método de las decisiones, fue suscitada en el comienzo del siglo XIX; antes de esto la pregunta de los filósofos acerca del proceso deliberativo del juez, no tenía la pretensión científica que paso a tener, por ejemplo, después de la escuela de la exégesis, de la escuela histórica y de la jurisprudencia de los conceptos. El debate actual sobre esta cuestión, ha generado múltiples respuestas, algunas de ellas inclusive, admitiendo explícitamente la insuficiencia del derecho en la solución de controversias propias de nuestra vida común. El trabajo a seguir explorará una dimensión importante de este abordaje interdisciplinario, esto es, aquella que considera muy plausible una aproximación del Derecho a la Literatura. El abordaje utilizado, de naturaleza comparativa, confrontó los pensamientos de A. Castanheira Neves y de Martha C. Nussbaum. Fue posible percibir, al final, que mientras la autora americana defiende el entusiasmo esa interfase entre los dos campos de saber, sustentando que los juristas tienen mucho que aprender con los poetas, el autor portugués resiste fuertemente esa propuesta: se por un lado el distingue la racionalidad jurídica de la racionalidad literaria, por otro también advierte los riesgos de instrumentación del derecho, no apenas por la práctica literaria, pero también por todas las respuestas funcionalistas que han surgido de esa intensa discusión académica.

Palabras clave: decisión jurídica, Derecho y Literatura; autonomía del derecho.

Abstract: The possibility of a specific method for legal decision, capable of guiding jurists' reasoning and avoiding arbitrariness of decisions, was only raised in the

* Presentado en octubre de 2008 como parte integrante del I Seminario Internacional de Filosofía del Derecho de Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil, siendo publicado originalmente en COELHO, Nuno Morgadinho Santos; SILVA, Antonio Sá da (Orgs.). Teoría del derecho: derecho interrogado hoy - Jurisprudencialismo: ¿una respuesta posible? Estudios en homenaje al Doctor António Castanheira Neves. Salvador: Juspodivim, 2012, la obra colectiva del evento bajo mi coordinación e del colega y amigo Nuno Coelho, de la Facultad de la USP en Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil.

** Doutor, mestre e especialista em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Brasil. Ex-Pesquisador do Instituto de Investigação Interdisciplinar da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto dos Advogados da Bahia.

¹ Abogados, aspirantes docente de Derecho Civil, Facultad de Derecho (UdelaR).

early nineteenth century; before this, the questioning of philosophers about the deliberative process of the judge did not have the scientific pretension that came to take, for example, after the school of exegesis, the historical school and the jurisprudence of the concepts. The current debate on this issue has led to a very large multiplicity of responses, some of them even explicitly admitting the insufficiency of the legal field to resolve the controversies of common life. The work will explore an important dimension of the interdisciplinary approaches, that is, the one considers an approximation between Law and Literature very plausible. The approach compares the thoughts of A. Castanheira Neves and Martha C. Nussbaum. It is possible to see, in the end, while the American author enthusiastically defends this interface between the two fields of knowledge, arguing that jurists have much to learn from poets, the Portuguese author strongly resists this proposal: if on the one hand he distinguishes the legal rationality from literary rationality, on the other he also warns against the risks of instrumentalization of law, not only by literary practice, but also by all the functionalist responses that have arisen from this intense academic discussion.

Keywords: Legal decision; Law & Literature; autonomy of legal thinking.

1. Introducción

El derecho, cuando adecuadamente lo comprendemos desde la perspectiva jurisprudencialista de A. Castanheira Neves, es la última instancia crítica por medio de la cual los hombres se protegen de la arbitrariedad de los otros hombres y el Estado.² Más que reconocer en ese derecho un proyecto civilizatorio — europeo, de raíces greco-romanas y judaico-cristianas — y humano que se afirma hoy como posible respuesta para un problema necesario,³ el jurisprudencialismo ve en este proyecto una verdadera alternativa humana: “una dimensión capital, e irrenunciable, de la humanidad del hombre”.⁴ De esto deriva que aquella comprensión teórica, ante las implicaciones prácticas de su realización, se vuelve también — ¡y con justicia! — en un terreno metodológico para reconocer el método jurídico como un problema fundamental de la Filosofía del Derecho.⁵ En este terreno se revela como una de las muchas “imágenes del juzgador” que Aroso Linhares — testimoniando aquel *diferendo* que hoy fragmenta el pensamiento jurídico y buscando un hilo de inteligibilidad

² “Y para ser él (el derecho) aquello que verdaderamente debe ser y para que pueda cumplir su auténtica función de derecho —afirmarse como la última instancia crítica (axiológico-normativamente crítica) de la comunidad, a través de la cual el hombre se afirmará en su dignidad indispensable a la prepotencia del poder, sea del poder de otros hombres, sea del poder político” (NEVES, António Castanheira. A redução política do pensamento metodológico. In: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol.2, p.413).

³ Neves, António Catanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 146.

⁴ *Ibid.*, p. 147.

⁵ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 9.

para esta fragmentación⁶ — y Pinto Bronze — retomando la crítica del maestro a la “anestésica tranquilidad” del paradigma moderno-iluminista y acentuando el carácter análogo de la racionalidad jurídica⁷ — que a tiempo supieron comprender. Por lo tanto, propongo presentar unas breves consideraciones sobre el problema específico de la realización del derecho, especialmente sobre su (im)posibilidad desde la perspectiva de un modelo *narrativo-decisorio*.

Por encima de todo debo colocar el asunto como un *problema*, puesto que el trabajo va a lidiar con la dificultad de analizar la cuestión desde el punto de vista de dos pensamientos que si tienen alguna cosa en común también presentan profundas y visibles diferencias: el jurisprudencialismo de A. Castanheira Neves y el narrativismo ético-jurídico de Martha C. Nussbaum. Dos pensamientos que llevan a conclusiones igualmente diferentes: el primero para denunciar la impracticabilidad de un modelo narrativo en el universo propio del derecho, el segundo para convocar los presupuestos de la narratividad como instrumentos auxiliares pero decisivos para la solución adecuada de las controversias judiciales. Propuestas y conclusiones distintas que derivan, claramente, de diferentes concepciones de hombre, de comunidad, y consecuentemente, de distintas concepciones de justicia. Y esto me obliga a recorrer previamente estos caminos antes de referirme a lo que cada propuesta dice acerca del modo de cómo el juez debe decidir un caso.

2. La dimensión antropológica y la perspectiva comunitaria del derecho: proximidades y distanciamientos de las propuestas

La concepción jurisprudencialista de A. Castanheira Neves en su dimensión antropológica propone una ruptura muy profunda con aquella que se infiere del pensamiento moderno, lo que no significa tener que regresar a aquella *humanitas* que tuvo lugar en la edad premoderna. Esta ruptura nos permite distinguir el hombre en tanto *sujeto* del hombre en tanto *persona*: el hombre *sujeto* tal como en él insistía el pensamiento moderno era representado simplemente como un dato natural o

⁶ Para las señales de esa fragmentación, en la perspectiva de la decisión jurídica, comprobar especialmente LINHARES, José Manuel Aroso. A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o “testemunho” crítico de um “diferendo”? A representação metanormativa do(s) discurso(s) sobre o juiz: o “testemunho” crítico de um “diferendo”? Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Estudos e Ensaios, Lisboa, n. 12 (p. 101-120), 2008, parte I; para una exploración de aquel testimonio, comprobar la misma obra en su parte II; y más que eso: para una esperanza y para la contribución a una teoría del derecho que no se contente apenas en aumentar más un filo a la tela de Penélope que se quiere afirmar como un denuncia, en el horizonte de una propuesta radical que se interroga a sí misma y se quiere afirmar como un proyecto cultura y humano entre otros proyectos, comprobar igualmente la obra citada en toda su parte III. Para un estudio suficientemente detenido acerca del estatuto ontológico del diferendo, y todavía sobre su presencia en la composición de los litigios y en la solución de controversias judiciales, verificar conferir LINHARES, José Manuel Aroso. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade (Imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 316 y ss.

⁷ BRONZE, Fernando José. *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodológica*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, vol. LXIX (p. 177-199), especialmente p. 185 y ss.

antropológico, de ahí que el estatuto de libertad que se le atribuía no era el factor que impedía su renuncia y para la sujeción de la humanidad de uno por la humanidad de otro hombre.⁸ El hombre en cuanto *persona*, tal como lo vemos acentuado en el jurisprudencialismo, sugiere una conquista axiológica, y la dignidad que le es imputada, retomando primero a Kant con la imposibilidad de ser el hombre un medio en lugar de puro fin, se nota en el reconocimiento que le atribuía Hegel: en el *ser* persona y *ver* en el otro una persona igualmente digna de aquel reconocimiento. De otro modo, la idea del hombre *persona* sugiere una adquisición axiológica que admite varias respuestas en la dialéctica *suum/commune*, y permite con esto ver en el discurso de la modernidad una hipertrofia del *suum* en perjuicio de la *commune*.

La comprensión del hombre que se encuentra en A. Castanheira Neves no prescinde del concepto de libertad, aunque éste se diferencie del que se desprende de la modernidad iluminista y que más adelante tendré oportunidad de retomar. Y asumir el hombre en cuanto tal nos remite a un campo un poco diferente de aquel que Martha C. Nussbaum prefiere recorrer: la comprensión del hombre sin el entero rechazo de aquella dimensión trágica que encontramos en la literatura clásica. Es cierto en que no hay del todo una incompatibilidad entre los dos pensamientos, pero el énfasis y el papel que la profesora de Chicago le da a la lectura de las tragedias puede llevarnos a conclusiones muy diferentes sobre el derecho.

Me parece oportuno considerar las enseñanzas de Werner Jaeger, y veremos con esto que no existe propiamente un concepto universal de tragedia, siendo posible, sin embargo, reconocer los trazos fundamentales que los poetas clásicos le daban: "la representación clara y vívida del sufrimiento en los éxtasis del coro, expresados por medio del canto y la danza, y que por la introducción de varios locutores se convertía en la representación integral de un destino humano, encarnaba del modo más vivo el problema religioso, aún muy candente, del misterio del dolor enviado por los dioses a la vida de los hombres".⁹ Pero Martha C. Nussbaum destaca siempre una característica común de los poetas griegos, consistente en abordar la condición humana de un modo muy semejante a la de otros seres de la naturaleza: tal como las plantas somos igualmente dependientes de circunstancias ajenas a nosotros, e incluso a la belleza de la excelencia que reside en esa vulnerabilidad.¹⁰

En efecto, el abordaje antropológico que la autora de *The Fragility of goodness* nos presenta es ciertamente una concepción trágica del hombre, sin que esto signifique necesariamente una apuesta a la irracionalidad de la vida humana. Llama especialmente nuestra atención sobre el carácter complejo de nuestras decisiones, muchas veces apenas posible mediante cierto sufrimiento personal.¹¹ Sabemos que ya incluso

⁸ NEVES, António Castanheira. *Pessoa, Direito e Responsabilidade*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, jan./mar. 1996, fasc. 1º (p. 9-43), p. 33.

⁹ JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 206.

¹⁰ NUSSBAUM, Martha C. *The fragility of goodness: luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 1 y ss., y p. 70.

¹¹ *Ibid.* p. 44 y ss.

Aristóteles en su concepto de tragedia la describía como una imitación de las acciones humanas cuyo origen en la buena o mala fortuna de las personas, suscita el terror y la piedad en el auditorio, alcanzando con esto la purificación de nuestras emociones (*katharsis*).¹²

No deja de haber aquí un distanciamiento de la propuesta jurisprudencialista — y tal vez del propio derecho — una vez que se presupone una acción humana que no está totalmente inserta en un contexto de libertad y de elección, subyugada al arbitrio del destino como vemos en la angustiante decisión del Orestes de Esquilo que tendrá que matar a la madre para vengar la muerte del padre: “No, no me va a traicionar el poderoso oráculo de Lóxias, que me ordena que corra este riesgo, eleva sin cesar su voz y me anuncia desastres capaces de helarme la sangre, si yo no persigo a los responsables de la muerte de mi padre, tratándolos como ellos lo trataron, matando a quien lo mató, vengando, con la furia de un toro, la pérdida de nuestros bienes. En caso contrario, pagaré con mi propia vida en el medio de múltiples e intensos dolores”.¹³

Me parece acertada esa divergencia una vez que Castanheira Neves, de su concepción de *hombre-persona*, infiere una noción de comunidad, aunque fundada en la idea de responsabilidad, pero de forma muy diferente de la que encontramos en la tragedia. Y él mismo rechaza expresamente la posibilidad de una refundación del derecho partiendo de esa concepción arcaica “en la que la humanidad se asumía así misma en cada uno”,¹⁴ dado que en ella “el hombre respondía por las transgresiones a los dioses tutelares, y por lo tanto al *nomos* comunitario, en la imputación objetiva de la acción transgresora, con su ejemplaridad y sus efectos”.¹⁵ La apuesta del jurisprudencialismo está en aquella subjetividad que posibilita la comparación entre sujeto de derechos y obligaciones, y esto nos muestra que si ambos pensamientos tienen una visión común del derecho que propone un regreso de la comunidad en una crítica asumida a algunos de los presupuestos que heredamos de la tradición liberal, otras son, sin embargo, las consecuencias derivadas de cada uno de ellos.

De esto también se obtiene otra concepción del derecho como derecho Castanheira Neves que las condiciones de emergencia del derecho se dan por la *condición mundana* — las interrelaciones subjetivas de derechos y obligaciones en el son la *condición antropológico-existencial* mediación del mundo, por la correspondencia de derechos y obligaciones en el parto de un solo mundo para muchas personas —, la *condición ética*,¹⁶ a la — la incompetencia del hombre para lidiar con los desafíos de la supervivencia le impone la tarea de “*terminarse*”, de construir su propio mundo humano por la acción y la cultura, de abrirse al futuro y superarse a sí mismo —,

¹² ARISTÓTELES. *Poética*. Traducción Eudoro de Sousa. 6. ed. Maia: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2000, 1449b-1450a.

¹³ ÉSQUILO. *Coéforas*. In: _____. *Orestéia*. Tradución Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992 (pp. 101-172), 269-277.

¹⁴ NEVES, António Castanheira. *Pessoa, Direito e Responsabilidade*, cit., p. 12.

¹⁵ *Ibid.* p. 11.

¹⁶ NEVES, António Castanheira. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito — ou as condições de emergência do direito como direito*. Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Coimbra Editora, vol. II, p. 841 e ss.

que ya me refería anteriormente y que ahora me parece importante acentuar: el derecho solamente se comprende en la afirmación de la persona, en el reconocimiento recíproco de esa condición. Se desprende de esta observación que la juridicidad, entre los modernos habiendo sido pensada a nivel puramente de las libertades y de la más absoluta individualidad, recobra ahora aquella dimensión comunitaria que el *homo juridicus* olvidó. La concepción de hombre que se proclama no se comprende más allá de la comunidad: la responsabilidad inherente a la persona, esto es, "la persona, por la simple razón de ser, se ve investida no solo de derechos sino igualmente de responsabilidades — la persona es llamada a *respondere* en términos comunitarios — ya que los *deberes* son para ella tan originarios como los *derechos*".¹⁷

Es claro que la autora de Chicago también postula una comprensión de la justicia que se inscribe en la responsabilidad de la persona con su comunidad, de lo que puedo decir que es una negación del simple derecho sin obligaciones. Así es en la medida en que sugiere cierto regreso a las virtudes clásicas,¹⁸ pero también así lo es en la medida que rechaza un "análisis económico del derecho" y las demás comprensiones tecnicistas del derecho. Ella misma relaciona sus estudios del derecho con su compromiso personal en otras prácticas sociales, en una apelación a la comprensión de la justicia en tanto responsabilidad social,¹⁹ pero también decididamente convencida de su papel en la construcción de la dignidad de la persona humana.²⁰

Es importante destacar que la perspectiva social de la justicia en Martha C. Nussbaum la distancia de cierto modo de la propuesta de A. Castanheira Neves, no porque éste la comprenda como una realidad ahistórica y divorciada de la realidad social,²¹ sino porque hace necesaria la distinción del derecho de otras dimensiones de la racionalidad práctica. En efecto, el autor de Coimbra no insiste solamente en mostrarnos la dimensión del "ser-con-otros" instalada en el derecho,²² sino que también pone a prueba y sustenta su especificidad en tanto proyecto autónomo de realización de la experiencia humana.²³ De esto deriva que en la autora americana tenemos una

¹⁷ *Ibid.* p. 868.

¹⁸ NUSSBAUM, Martha C. Virtue ethics: a misleading category? *The Journal of Ethics: An International Philosophical Review*, Danveres, v. 3, n. 3 (p. 163-201), 1999, p. 180, así como la conclusión contenida en la p. 200.

¹⁹ "I also become involved in public life in a completely different area" (NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice: the literary imagination and public life*. Boston: Unitarian Universalist Association of Congregations, 1995, p. XV).

²⁰ *Ibid.* p. XVIII, y especialmente NUSSBAUM, Martha C. *Cultivating Humanity: a classical defense of reform in liberal education*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1997, capítulos 2, 4, 5 e 6; NUSSBAUM, Martha C. *Sex and social justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999; e NUSSBAUM, Martha C. *Women and human development: the capabilities approach*. New York: Cambridge University Press, 2000.

²¹ "El hombre habita y comulga en el mundo en una condición social..." (NEVES, António Castanheira. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito*, cit., p. 844).

²² *Ibid.*, p. 848, y siguientes.

²³ Para esta cuestión, verificar especialmente NEVES, António Castanheira. O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito. In: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol. 1º, pp. 287-310.

comprensión de la justicia que sugiere una cierta dilución del derecho en un *continuum* de experiencias de la vida práctica, el jurisprudencialismo nos advierte de los riesgos de la instrumentalización del derecho y de su invitación a justificar *cualquier* proyecto, incluso contrario al orden jurídico. Basta saber que una obra más reciente de Martha C. Nussbaum, *Frontiers of Justice*,²⁴ no solo discute las teorías actuales de la justicia partiendo de la ya conocida concepción de justicia social, mas también la aborda siempre en el límite de un territorio indiviso donde la filosofía, la política, la ecología y el derecho convergen en la construcción de un nuevo proyecto global que haga justicia a aquellas personas que física y mentalmente están excluidas de la ciudadanía, así como a los "animales no humanos" y a las personas del mundo entero.

No está de más acentuar que en la oportunidad en que esta lectura de Chicago nos conduce, hacia otra observación que la distancia de la propuesta jurisprudencialista; el problema de la universalidad del derecho. Es que nuestra autora, especificando en aquella publicación a la que referí un proyecto desarrollado en otras obras,²⁵ asume como un problema altamente relevante la extensión de la justicia para todos los pueblos de la tierra, intentando demostrar teóricamente cómo podemos elaborar un concepto universal de justicia donde las cuestiones accidentales de raza y nación no sean impedimentos para disfrutar las oportunidades de realización humana.²⁶ Es cierto que, tal como vimos en A. Castanheira Neves,²⁷ el pensamiento de Martha C. Nussbaum rechaza expresamente aquel contractualismo abstracto o aquella concepción procedimentalista que encontramos, sobre todo, en John Rawls,²⁸ pero del autor portugués aquí también se distancia. Es que para el jurisprudencialismo el derecho es una experiencia concreta, histórica y problemáticamente situada que sugiere diferentes respuestas para iguales problemas.²⁹ Con esto se puede decir que la única universalización posible en el derecho es en su problema, y nunca en las soluciones que le son presentadas.

De aquí es que diferentes métodos de realización son sugeridos para el derecho.

²⁴ NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of Justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

²⁵ Sobre la cuestión de la mundialidad, verificar de la autora especialmente, Martha C. *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial"*. Traducción Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999.

²⁶ NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of Justice*, cit., p. 2.

²⁷ NEVES, António Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, cit., p. 69 y ss.

²⁸ "I argue that the classical theory of the social contract cannot solve these problems, even when put in its Best form. It is for this reason that I focus throughout the book on Rawls, Who to my mind expresses the classical idea of the social contract in its strongest form and makes the strongest case for its superiority to other theories" (NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of Justice*, cit., p. 2).

²⁹ "Y allí se sabrá que el derecho es sólo una respuesta posible (civilizacional-culturalmente tan condicionada como frágil) a un humano-social problema necesario y la que por eso mismo no quedan excluidas respuestas diversas como eventuales alternativas al derecho - aunque se deba bien aclarar lo que por esas alternativas humanamente se ganará o perderá". (NEVES, António Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, cit., p. 14. Las itálicas son del autor).

3. La búsqueda del método: una ruptura con el paradigma moderno de la decisión judicial y las diferentes imágenes del juez que los dos autores proclaman

3.1. La concepción de la imaginación literaria

La imaginación literaria — “*the narrative imagination*” —, dice con propiedad Martha C. Nussbaum en un trabajo publicado en 1997 acerca de la educación — *Cultivating Humanity: a Classical Defense of the Reform in Liberal Education* —, es la capacidad de transportarnos a nosotros mismos para otros mundos sin renunciar a nuestra individualidad, de salirnos del sosiego provinciano de nuestras vidas para conocer otras cosas, de liberarnos de nuestra ceguera y aprender de otras formas de vida, de volvernos más comprensibles para con los que son diferentes a nosotros.³⁰ Es que según ella, solo la acumulación de conocimientos no basta para tomar una decisión cierta en nuestras relaciones intersubjetivas.³¹

Lo que la autora dice corresponde a su concepción de la racionalidad pública, desarrollada anteriormente, en 1995, en una obra titulada *Poetic Justice: the Literary Imagination and Public Life*.³² En ésta ella se esfuerza en explicar que un objetivo político no es el único que la literatura nos proporciona, pero es el adecuado y urgente, especialmente para hacernos ver con interés la situación de las personas que en un determinado momento y por circunstancias muy variadas viven muy distinto que nosotros.³³ Y parece muy convencida de que esa mirada empática sobre el otro que ocupa un lugar diferente del nuestro, nos permite observar cómo las circunstancias condicionan las acciones de las personas, sus aspiraciones, deseos, esperanzas, temores, y amor propio. Enfatiza en que abrirnos al problema ajeno permite mejorar la calidad de nuestras decisiones en relación con aquéllas sobre las que debemos emitir algún juicio.

La insistencia de Martha C. Nussbaum en el papel de la literatura en las deliberaciones públicas tienen una explicación: cree en el poder de las historias para formar nuestra conciencia moral, e incluso de hacernos buscar nuestra identidad dentro de éstas.³⁴ Aquí también está presente la adhesión de la autora al aspecto filosófico de

³⁰ “It is the political promise of literature that it can transport us, while remaining ourselves, into the life of another, revealing similarities but also profound differences between the life and thought of that other and myself and making them comprehensible, or at least more nearly comprehensible” (NUSSBAUM, Martha C. *Cultivating Humanity*, cit., p. 111).

³¹ “Marcus Aurelius insisted [...], we must not simply amass knowledge; we must also cultivate in ourselves a capacity for sympathetic imagination that will enable us to comprehend the motives and choices of people different from ourselves, seeing them not as forbiddingly alien and other, but as sharing many problems and possibilities with us” (Ibid., p. 85).

³² “It is, instead, to present a vivid conception of public reasoning that is humanistic and not pseud-scientific, to show how a certain type of narrative literature expresses and develops such a conception, and to show some of the benefits this conception might have to offer in the public sphere” (NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice*, cit., p. xviii).

³³ NUSSBAUM, Martha C. *Cultivating Humanity*, cit., p. 88.

³⁴ [...] “the moral and social aspects of these literary scenarios become increasingly complex and full of distinctions, so that they gradually learn how to ascribe to others, and recognize in themselves, not only hope and fear, happiness

la literatura que Aristóteles expresamente trató, pero también a lo que creo poder llamar una dimensión acrecentadora o de una función pública que la literatura ocupa en nuestras vidas: como dice el filósofo griego en su *Poética*, la Literatura es más filosófica que la Historia, una vez que el historiador nos enseña lo que sucedió, el poeta nos hizo pensar en aquello que podría haber sucedido.³⁵ Saber que, además, los poetas nos hacen imaginar otras formas de vida es una contribución inestimable, según la autora, al *deber-ser* que instruye a la racionalidad pública. A raíz de esto puede decirse que la literatura tiene un carácter subversivo – “*a manner that subverts that science’s norm of rationality*” – que no encontramos, por ejemplo, en la Economía de la política.³⁶

Dentro de la postura que coloca el papel de la literatura en la vida pública la profesora de Chicago busca responder también, especialmente atraída por los romances de Charles Dickens, la tesis del *por qué romance* – “*why novels*” – y de *cuáles romances* – “*which novels*”. Su objetivo es esclarecer, primero, que este género narrativo supera los demás sea porque está más ocupado en la cultura americana, sea porque nos lleva a fantasear – “*ability to see one thing as another, to see one thing another*”³⁷ –, imaginar otras realidades y experiencias posibles además de aquellas que hasta entonces conocíamos: las novelas exploran lo cotidiano de las personas comunes, contribuyendo decisivamente para el establecimiento de la igualdad democrática.³⁸ Después de esto, la autora americana busca resolver una cuestión más compleja: ¿la simple lectura de romances por sí sola sería suficiente para instruir al juez en el momento de la decisión? Pero a esta pregunta retornaré más adelante cuando intente confrontar esta idea con la comprensión jurisprudencialista del derecho como sistema.

Por ahora importa considerar una interrogante más presupuesta en el abordaje de la autora americana sobre la imaginación literaria: la racionalidad de las emociones. Se sabe que al final del siglo XX resurgieron las discusiones acerca de esta cuestión, especialmente con los descubrimientos científicos en el campo de la psicología y de la neurociencia, dentro de los que se destacan dos importantes estudios: el del neurólogo portugués António Damásio y el psicólogo americano Daniel Goleman, los autores de *El error de Descartes* y *Emotional intelligence*, respectivamente. No es propiamente de éstos que Martha C. Nussbaum elabora su tesis sobre el asunto, pero se suma a los que cuestionan el paradigma racional moderno, habiéndose vuelto por sus propios medios una respetada estudiosa de la materia.³⁹

and distress – attitudes that are ubiquitous, and comprehensible without extensive experience – but also more complex traits such as courage, self-restraint, dignity, perseverance, and fairness” (Ibid., p. 90).

³⁵ ARISTÓTELES. *Poética*, cit., 1431a39 – 1431b6.

³⁶ “Literature expresses, in its structures and its ways of speaking, a sense of life that incompatible with the vision of the world embodied in the texts of political economy; and engagement with it forms the imagination and the desires in a manner that subverts that science’s norm of rationality” (NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice*, cit., p. 1).

³⁷ Ibid., p.36.

³⁸ Ibid., p.4 y ss.

³⁹ Para una breve apreciación de la propuesta de la autora, ver especialmente Ibid., p.35 y ss, para un

En efecto, desde Platón la cultura occidental miró con desconfianza el mundo de la apariencia (*phainomena*), gobernado por los sentidos, dignificando de sobremane- ra el mundo de las esencias (*ousia*), gobernado por el intelecto. El intento de rever el papel de los sentimientos en la construcción de las decisiones es, según la autora, recuperar una tesis que Aristóteles ya suscitaba en la discusión con su maestro y con los poetas: el hombre es muy frágil para pretender de él una deliberación basada exclusivamente en criterios científicos.⁴⁰ La razón moderna hipertrofió a la razón intelectual, prácticamente desplazando a la razón práctica o *phronesis* que Aristóteles investigó minuciosamente en el Libro VI de su *Ética a Nicómaco*.⁴¹ Pero lo que aquí importa es señalar que la racionalidad narrativa, de la que habla Nussbaum,⁴² es una de las propuestas de reapertura del debate sobre la razón práctica, justificada por la crisis de la razón moderna de la que A. Castanheira Neves es actualmente uno de los críticos más autorizados dentro del campo jurídico.

3.2. La presuposición del derecho como sistema y el idéntico rechazo del sistema moderno de legalidad

Ahora analizaré este razonamiento práctico construido por la profesora de Chicago, partiendo de su tesis *filosófico-jurídica* sobre la racionalidad de las emociones (*rational emotions*). Esto significa, en primer lugar, ver cierta recuperación de la tesis del "espectador juicioso" (*judicious spectator*) de Adam Smith en el s.XVIII, y en segundo lugar, significa interrogarla dentro del universo decisorio y específico del derecho que A. Castanheira Neves insiste en convocar. Aquí parece que encontramos alguna cosa en común entre los dos autores: la preocupación de pensar la deci-

desarrollo mayor de la cuestión, ver NUSSBAUM, Martha C. *Upheavals of thought: the intelligence of emotions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, así como NUSSBAUM, Martha C. *The fragility of goodness*, cit., la parte III, dedicada al estudio de ARISTÓTELES.

⁴⁰ Para el estudio de estas conclusiones de la autora, verificar la parte III de su *The fragility of goodness*, cit., dedicado al estudio de ARISTÓTELES, especialmente el cap.8.

⁴¹ A partir de aquella investigación se ve como ARISTÓTELES realizó su ejercicio de autonomización de la praxis del discurso filosófico en su tiempo, abriendo las puertas a un abordaje completamente nuevo del discurso práctico en la tradición occidental, especialmente para su tratamiento en el universo del derecho y de la cual los juristas romanos pudieron servir. En efecto, el contrapunto "*virtudes morales / virtudes intelectuales*" caracteriza el *logos* en sus dimensiones general y específica, el primero abordando los elementos constitutivos de la excelencia humana (*arete*) y las respectivas orientaciones dadas por los hábitos (*hexis*) y por la recta razón (*ortos logos*) y el segundo atentando hacia la dualidad constitutiva de la dimensión intelectual (*dianoia*): sea por el punto de vista del tratamiento de los objetos necesarios (*epistemonikon*), sea desde el punto de vista de los objetos contingentes (*logistikon / bouleuesthain*), la imagen que el La estagirita nos da es que nuestra dimensión activa tiene sus modos específicos de realización y de fines, pero tejen entre sí una tela indisoluble de exigencias y de compromisos.

⁴² Para un conocimiento de la idea central de esta escuela, vista a partir de la idea jurisprudencialista de racionalidad práctica, en un diálogo especial con JAMES BOYD WHITE ver 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)*. Separata de: *Boletim da Faculdade de Coimbra, Coimbra*, v. LXXX, 2004, p. 59-135; para un abordaje general de esta escuela, ver MINDA, Gary. *Postmodern Legal Movements: law and jurisprudence at century's end*. New York: New York University Press, 1995, p. 149-166.

Ahora, también en Martha C. Nussbaum puedo ver esa presuposición de un sistema jurídico que toma en cuenta, principalmente, la necesidad de normas y precedentes: "*In all cases, the law must first of all be there, or no judge can anything*".⁴⁹ Después del reconocimiento de que su espectador juicioso precisa de una directriz normativa, reconoce al mismo tiempo lo incompleta e improcedente que son tales normas cuando se las interpreta en forma fría y descontextualizada.⁵⁰ En tanto, A. Castanheira Neves⁵¹ nos muestra que los hechos jurídicamente relevantes no son cualquier hecho cuyo objeto se aprehende empíricamente, pero son los hechos humanos, acontecimientos *práctico-humanos* que en tanto tales el decisor debe esforzarse para comprender — "*The relevant facts, then, are human facts of the sort the literary judge is well equipped to ascertain*".⁵² Con esto apela a Aristóteles, en su construcción teórica de la equidad, para mostrarnos que la norma jurídica no tiene en sí misma la medida apropiada para la justicia que pretende realizar,⁵³ de ahí que más allá del perfecto dominio de recursos *técnico-legales* el buen juez dispone de un buen conocimiento de los precedentes judiciales,⁵⁴ en otras palabras, de aquel "*momento de objetivación y estabilización de una ya experimentada realización problemático-concreta del derecho*"⁵⁵ (jurisprudencia) de la que habla A. Castanheira Neves. En este caso, también es posible notar una aproximación más entre los dos autores: tomando en cuenta la simpatía del autor portugués por el sistema jurisdiccional dentro de los tres tipos de experiencia jurídica — la consuetudinaria, la legislativa y la jurisprudencial — por la naturaleza *práctico-prudencial* de su juicio,⁵⁶ considerando la simpatía de la americana por el sistema del *common law* por el hecho de permitir la necesaria imparcialidad del juzgamiento,⁵⁷ puede decirse que ambos dan una gran relevancia al papel de la jurisdicción en la realización constitutiva del derecho.

3.3. El idéntico rechazo del utilitarismo económico y la divergencia respecto del problema de la autonomía del derecho

Hechas estas breves consideraciones sobre los dos pensamientos analizados, resta partir hacia la etapa final que es el momento de la decisión judicial en la perspectiva de la imaginación literaria que la autora americana nos propone. En primer lugar, debiendo aclarar que el principal propósito de su proyecto, al parecer, es el Análisis Económico del Derecho (*Law Economics Movements*), especialmente en la propuesta de Richard Posner que hace mucho declaró una guerra en bloque contra el Movi-

⁴⁹ NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice*, cit., p. 117.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 115.

⁵¹ NEVES, António Castanheira. *Entre o "Legislador", a "Sociedade" e o "Juiz" ou entre "Sistema", "Função" e "Problema"*, cit., p. 40.

⁵² NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice*, cit., p. 105.

⁵³ *Ibid.*, p. 80, 86 y 108.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 121.

⁵⁵ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica*, cit., p. 156.

⁵⁶ NEVES, António Castanheira. *Fontes do direito*. In: _____. *Digesta*, vol. 2, cit., p. 28 y ss.

⁵⁷ NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice*, cit., p. 82.

miento Derecho y Literatura (*Law and Literature Movement*). Y no puedo dejar de señalar aquí — ¡apenas señalar! — un punto más de contacto entre Martha C. Nussbaum y el jurisprudencialismo, no por los motivos que son muy distintos en este último caso, muy bien analizados ya por Aroso Linhares⁵⁸ y por el propio A. Castanheira Neves,⁵⁹ sino por el rechazo que alimenta una fuerte divergencia entre nuestros autores y la propuesta *metodológico-jurídica* del análisis económico del derecho.

Pero esta afinidad de oposición al modelo de análisis económico del derecho no coloca a A. Castanheira Neves y a la profesora de Chicago en el mismo lugar cuando tenemos que hablar de la concreta realización jurídica, vale decir, en lo que se refiere a los criterios a ser utilizados por el juez a la hora de decidir una controversia jurídica. En efecto, la *Law and Economics* es acusada por el autor portugués de reducir los problemas de la decisión judicial a problemas de eficiencia que el juez debería solucionar: “a los valores y otros factores a que tradicionalmente se imputaba la determinación del derecho se sustituye en esa misma determinación un valor o factor económico, el de la eficiencia definida por la economía”.⁶⁰ Y dirigiéndose especialmente a Richard Posner, acentúa la indiferencia de éste a los postulados de la justeza de la decisión, esto para plantearla apenas en el horizonte de los criterios maximizadores de la riqueza.

Es otra, además, la motivación que lleva a Martha C. Nussbaum a reaccionar contra el análisis económico del derecho, pero igualmente le opone serias objeciones *metodológico-jurídicas*. Se refiere a este movimiento como una forma derivada del utilitarismo que ve a las personas como lugares o cosas donde se realizan deseos, dolores, placeres..., pero difiriendo de la modalidad clásica por sustraer de él toda forma de altruismo y pensar las acciones humanas apenas desde la perspectiva de la realización de intereses personales.⁶¹ La autora también acusa a dicha escuela de colocar siempre la cantidad en lugar de la calidad, de ignorar la complejidad de la vida humana y de querer tratar nuestras decisiones como si no fuésemos personas, sino, pura y simplemente, máquinas.

Pero si así es la objeción común al modelo economicista de la decisión judicial, parece que de aquí en adelante los autores siguen caminos distintos. Primero, hay que considerar una profunda divergencia del jurisprudencialismo para con la *poetic justice*. En efecto, la racionalidad narrativa propuesta por la autora de Chicago no tiene en vista exclusivamente el derecho, pero como la misma insiste en decir, se trata de una propuesta deliberativa para todos los segmentos de la vida pública: en tanto que la justicia poética precisa de la norma legal, el legislador precisa ejercer la imaginación literaria,⁶² de modo que esta ayuda al juez a juzgar, o el legislador a

⁵⁸ LINHARES, José Manuel Aroso. *A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício: um diálogo com a Law & Economics Scholarship*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVIII, 2002, p. 65-178.

⁵⁹ NEVES, António Castanheira. *Apontamentos complementares de teoria do direito: sumários e textos*. Coimbra: Policopiado, s/d, p. 17-22.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 17.

⁶¹ NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice*, cit., p. 14 e ss.

⁶² *Ibíd.*, p. 117.

legislar y el administrador a encontrar la medida adecuada para implementar las políticas actuales y futuras en vista de la calidad de vida de las personas.⁶³

De todo esto, verifico que la carencia de un modelo decisorio que haga frente a todos los órdenes de decisiones de la vida pública no es, ciertamente, la misma que A. Castanheira Neves defiende en su clarísima *anti-funcionalización* de la *praxis* jurídica. No veo aquí la posibilidad de hablar de una auténtica instrumentalización del Derecho por la Literatura, pero tal vez una instrumentalización más de la Literatura por el Derecho cuando queda claro que nuestra autora ve en los poetas una herramienta de aquella justicia que se afirma como necesaria en los tiempos actuales.⁶⁴ No obstante, la investigación por un método específico del derecho, llevado a cabo por el jurisprudencialismo, exige que separemos los problemas de lo jurídico en relación a lo político, económico, científico, ético, etc.⁶⁵ y lo que veo en la autora americana no es exactamente esto, todavía más con la nota ya referida de la inclinación de su modelo decisorio a dirigirse más a la construcción de una justicia social, objeto que más propiamente se imputa a un orden *político-administrativo* que al derecho.

3.4. La divergencia de los autores en cuanto a la pertinencia de una racionalidad narrativa en el derecho

Otra divergencia se evidencia entre los autores estudiados, sobre la que me detendré un poco más, la improcedencia de una racionalidad narrativa para el derecho, en otras palabras, sobre lo que se puede esperar de un *espectador-juicioso* ante una controversia que deberá de decidir. De hecho, después de construidos los presupuestos *filosóficos-jurídicos* de su modelo de decisión, en el Capítulo 4 de su *Poetic Justice*, Martha C. Nussbaum analiza específicamente la figura del juez. La autora partirá del presupuesto de que el poeta es el árbitro de la diversidad, siendo tal vez el mejor juez para pasar de la universalidad y abstracción de la norma jurídica al contexto específico del litigio,⁶⁶ no estando de modo alguno comprometido con la irracionalidad como dicen las críticas contra la imaginación literaria en general. El

⁶³ "I shall focus, then, on the characteristics of the literary imagination as a public imagination, an imagination that will steer judges in the judging, legislators in their legislating, policy makers in measuring the quality of life of people near and far" (Ibid., p. 3).

⁶⁴ "[...] Here Whitman summarizes his account of the poet's democratizing mission. It is a mission of imagination, inclusion, sympathy, and voice. The poet is the instrument through which the 'long dumb voices' of the excluded come forth from their veils and into the light" (Ibid., p. 119).

⁶⁵ "[...] ante el funcionalismo, en su perspectiva macroscópica de la realidad social en que el derecho es visto sólo como un elemento de organización y de administración-dirección generales de la sociedad considerando la propia decisión concreta insertada en el marco estratégico de esas organizaciones y dirección". El jurisprudencialismo "trae al primer plano de preocupación los concretos problemas prácticos, los conflictos y las controversias prácticas-problemáticamente concretas, que en aquella perspectiva macro-social iban pura y simplemente omitidos" (NEVES, António Castanheira. Entre o "Legislador", a "Sociedade" e o "Juiz" ou entre "Sistema", "Função" e "Problema", cit., p. 34).

⁶⁶ "[...] Whitman, like Aristotle, claims that this flexible context-specific judging is not a concession to the irrational, but the most complete expression of the politically rational: not 'in him' but 'off from him' things 'are grotesque, eccentric, fail of their full returns'" (NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice*, cit., p. 80).

poeta sería, por lo tanto, el más talentoso arquitecto de la vida pública, el depositario de cierta excelencia moral que lo transforma en la más completa expresión de la racionalidad política. No está demás recordar que la autora americana, en todas sus obras, toma siempre a los poetas como portavoces de las personas que no tienen voz, que de algún modo están excluidas del proceso de toma de decisiones en el espacio público o tienen reducida esa participación: las mujeres, las lesbianas, los gays, los negros, los extranjeros, los pobres y todas las víctimas del sufrimiento humano.

Al decir de la profesora de Chicago, cuando el juez se libera de la visión *pseudo-matemática* de la decisión judicial no está arrogando para sí otro papel que no sea el de juzgar, pero observando la singularidad del caso, tal como se ve en la concepción aristotélica de la vida práctica y que preserva la riqueza de la diversidad, inherente a la vida humana en cuanto tal.⁶⁷ De hecho, la autora rechaza, al igual que A, Castanheira Neves,⁶⁸ cualquier salida *iusnaturalista* o cualquier solución *meta-histórica*, rechazando la equiparación del pensamiento jurídico con el discurso *científico-tecnológico* que resulte en una aplicación mecánica y fácil de las normas de derecho.⁶⁹ El derecho es, insiste Nussbaum, una disciplina humana, tal como Aristóteles habría mostrado cuando hablaba de la imposibilidad de la aplicación deductiva de la ley y de la necesidad del juez de observar las circunstancias históricas y la particularidad del caso. De aquí que quedaría claro que el derecho, en tanto dominio de la cultura, no podría ser inscripto en otro campo que en el de las humanidades.

Pero la búsqueda de un método de decisión extraño a lo que es propuesto por el modelo científico no significa decir que la decisión judicial habrá de inclinarse hacia el relativismo de la vida.⁷⁰ La autora americana parte del supuesto de una "*comunidad de lectura*", capaz de superar el escepticismo, que niega la ausencia de justificación de nuestras creencias políticas y jurídicas; la propia experiencia de convocatoria de los precedentes judiciales comprueba, según ella, la falacia del discurso de la indeterminación legal. Más allá de esto, el *espectador-juicioso* no decide en perjuicio de la imparcialidad que se espera de todo juicio.⁷¹ Insiste en decir que "*la justicia poética*" es un modelo casi científico que garantiza tanto la imparcialidad como el cultivo de otras actividades necesarias para el rol institucional del juez.⁷²

Lo que la experiencia trágica o de lectura muestra es que la vida está hecha de acontecimientos afortunados y desafortunados en los que todas las personas pueden estar envueltas, y la literatura nos permite ver los acontecimientos que nunca habíamos visto antes.⁷³ Esto no significa subjugar la ley a los sentimientos de quien

⁶⁷ *Ibid.*, p. 81 y ss.

⁶⁸ Para un análisis de este pasaje del derecho natural al derecho positivo, bien como de la "*súperación*" de ambos por un nuevo movimiento de rehabilitación de la filosofía práctica, ver NEVES, António Castanheira, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, cit., p. 23 y ss.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 83 y ss.

⁷⁰ *Ibid.*, p.84 y ss.

⁷¹ *Ibid.*, p.86.

⁷² *Ibid.*, p.82.

⁷³ *Ibid.*, p.86.

decide,⁷⁴ pero sí crear un mundo de posibilidades para que el juez pueda mirar con interés el problema de aquellos que sufren o sufrieron una injusticia, algo diferente a decir que el mismo deba ceder a eventuales intereses de alguna de las partes del proceso o cualquier grupo de presión. Las emociones que el *espectador juicioso* moviliza en sí mismo no son las mismas que los interesados en el caso, pero las emociones de quien va más allá de aquellos sentimientos para observar, de su propio punto de vista, el sufrimiento de aquellas personas y el impacto en sus vidas y acciones.⁷⁵ No podría ser un mejor ejemplo el de *Filoctetes*, en aquella tragedia donde Sófocles lleva el coro a percibir el sufrimiento de un hombre completamente desfigurado y vilipendiado en su dignidad personal y humana.⁷⁶

En el intento de ejemplificar las posibilidades concretas de su propuesta, la autora analiza el resultado de diferentes procesos, con un caso particularmente sorprendente: una decisión del juez Richard Posner. Es que del estudio de una sentencia que reconoció el abuso sexual sufrido por *Mary J. Carr* en su lugar de trabajo en la *Allison Gas Turbine/General Motors Corporation*, la profesora de Chicago constata que incluso su principal adversario intelectual realiza un juicio poético: el fundamento de su decisión no revela solamente el reconocimiento de las narrativas del proceso como un acontecimiento verdaderamente humano, pero igualmente aprecia empáticamente el caso, de una manera bastante especial comparando los acontecimientos con otras narrativas conocidas.⁷⁷

En efecto, desde todos los puntos de vista que puedo apreciar, veo que Martha C. Nussbaum construye un verdadero sistema de decisión, por lo que parece no ser posible imputarle un reduccionismo poético.⁷⁸ Pero es oportuno preguntarnos, como probablemente A. Castanheira Neves también se preguntaría, si el peso dado a las emociones basta para calificar una decisión judicial, especialmente ante los desafíos del presente y de la urgencia del futuro. Consecuentemente, éste interpela directamente a Ronald Dworkin mediante la siguiente pregunta: ¿es la racionalidad narrativa la más adecuada para la solución de una controversia judicial? El derecho es, según el autor americano, un proyecto *axiológico-normativo* de continua realización⁷⁹ donde tiene lugar un holismo interpretativo: "en la interpretación jurídica convergen la pluralidad de las dimensiones, y en una consideración globalmente integrada, que participa en

⁷⁴ "In none of the cases do I suggest that ordinary legal reasoning, including prominently the consideration of precedent, should be subordinated to untethered sentiment. The judge is not a legislator, and is imagination must conform to tight institutional constraints" (Ibid., p. 118).

⁷⁵ "The judicious spectator must go beyond empathy, assessing from her own spectatorial viewpoint the meaning of those sufferings and their implications for the lives involved" (Ibid., p. 90).

⁷⁶ Ibid., p. 103. Para un ligero abordaje de la imagen de *Filoctetes* en nuestro tiempo, en la persona portadora de cuidados especiales, ver mi ensayo SILVA, Antonio Sá da Silva, *Ética e Direito no Filoctetes de Sófocles: breves reflexões sobre o fundamento do cuidado e da proteção da pessoa com deficiência*. Erga Onnes: Revista da Escola de Magistrados da Bahia, Salvador, ano 8, nº 12, jan./jun., 2016, p. 156-165.

⁷⁷ NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice*, cit., p. 104 y ss.

⁷⁸ De todo lo que ya tuve oportunidad de referir, ver nuevamente Ibid., p. 82, 117 y 120.

⁷⁹ NEVES, António Castanheira, In: _____. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003 (p. 349-447), p. 363.

un todo práctico-normativo de la manifestación concreta del derecho — el caso, las normas positivas (los criterios jurídicos positivos), los principios fundamentalmente constitutivos de la normativa validez jurídica”.⁸⁰

De hecho, la escuela jurisprudencialista reconoce que el caso es ciertamente un elemento de peso en la decisión, pero no sería posible aceptar como último criterio de la decisión la tesis de la “integridad narrativa” que un *dworkiniano* juez-Hércules realizaría.⁸¹ Es que A. Castanheira Neves comienza por hacer una caracterización de aquello que se puede llamar de racionalidad narrativa: que determina los acontecimientos en un todo integral que ensancha el contexto pragmático, sin reducir al discurso científico.⁸² Su objetivo es narrar correctamente un caso y proporcionar un ejemplo paradigmático, mientras que la racionalidad jurídica es enteramente diferente: ella dispone de una intencionalidad más allá de los hechos, de la validez, del *deber-ser*, cuyo último cometido es decidir una controversia judicial. La simple comprensión de un hecho narrado no lo vuelve aceptable desde el punto de vista de la legalidad.⁸³

Ésta es, por lo tanto, una clara advertencia de la insuficiencia puramente narrativa del proceso. El autor portugués, tal como Martha C. Nussbaum afirma que el abandono de la normatividad reduciría el “*monismo narrativo*” a un fracaso absoluto, aunque el modelo silogístico y lógico-deductivo esté hoy visiblemente superado.⁸⁴ Pero por lo que acabo de expresar puedo ver una clara distancia que separa a los dos autores. Es que A. Castanheira Neves no ingresa en la imaginación literaria, del valor de la simpatía en la construcción de la decisión, tal como Martha C. Nussbaum hace. Aquél centra su análisis en la coherencia narrativa y en el problema de la validez, mientras que ésta no hace de Ronald Dworkin su principal interlocutor y consecuentemente no entra en la discusión sobre la integridad. Pero una cosa es cierta: ambos presuponen la existencia de normas válidamente integradas en un sistema de derecho, a la vez que reconocen la insuficiencia de un monismo narrativo.

⁸⁰ *Ibíd.*, p.365.

⁸¹ *Ibíd.*, p.367.

⁸² *Ibíd.*, p.370.

⁸³ *Ibíd.*, p.411.

⁸⁴ “Creemos incluso que el deliberado abandono de la intencionalidad normativa, de la axiológica normatividad que diferencia el derecho como derecho, condena aquella intención a un fracaso de raíz, en su intento de reducción narrativista. Dejemos de lado la reconocible persistencia del tradicional (y ya hoy sabidamente superado) esquema silogístico-substantivo en aquella comparación entre narrativas, en que se traduciría en su estructura la concreta decisión jurídica, no obstante la también afirmada unidad constitutiva entre ‘interpretación’ y ‘decision-making’: esa comparación puede no ser ya de tipo lógico-deductivo y las premisas a articular en la conclusión del derecho se reduciría a una de modo diferente de lo tradicional y con otra determinación, pero que la realización del derecho se reduciría a una ‘aplicación’ de reglas generales a hechos particulares, determinables en principio unas y otros con autonomía entre sí y para una relación posterior o sucesiva a esa doble y autónoma determinación, es lo que manifiestamente sigue pensando — y sin embargo hemos visto ya suficiente y fundamentalmente que no es esto válidamente pensable” (*Ibíd.*, p. 407).

4. Conclusión

Creo posible concluir recordando que es en la constatación final de la divergencia de los autores que podemos observar el principal valor de las dos propuestas: mostrar cuán lejos estamos de una pacificación de los juristas y del pensamiento jurídico en lo referente a un método para la decisión judicial. En este caso el juez no estará nunca *huérfano* de una directriz para juzgar, pero siempre estará "*relativamente incapaz*" de encontrar un camino seguro para deliberar judicialmente. Igual reconocimiento del papel de las reglas generales — las normas jurídicas y los precedentes judiciales — y de su experiencia práctica — las decisiones de los tribunales —, combinando con la presuposición de una conciencia jurídica general de la que nos habla A. Castanheira Neves, así como la combinación con aquella fragilidad de la vida humana, los límites personales, la presupuesta humildad cultural e intelectual del juez y las exigencias de ponerse en el lugar de las partes y sentir lo que cada una está sintiendo en el proceso..., todo esto es de lo que nos habla Martha C. Nussbaum, no constituye ciertamente una respuesta definitiva al problema de la decisión, pero pienso poder reconocer la legitimidad de este punto de partida. Cuya continuidad imputa a cada uno de nosotros la urgencia siempre presente de repensar.

Urgencia porque ciertamente la imaginación literaria puede hacer diferencia en el momento de juzgar,⁸⁵ tal como nos enseña la profesora de Chicago, y hay que reconocer que el poeta es de verdad genial. Pero se debe preguntar cómo quedamos delante de las lecciones de Walter Benjamin: el narrador, el auténtico narrador, es el depositario y transmisor de aquella experiencia comunitaria que anda de boca en boca.⁸⁶ Es éste una figura pública en extinción, de ahí que la romance sea el primer indicio de la muerte de la auténtica narrativa, el fruto aislamiento y de la pérdida de autoridad sobre los sentimientos.⁸⁷ Y si una primera vez la magna poesía lusa — a las realizaciones lusitanos o de *Los Lusíadas* — comenzaba el primer canto *camoniano* por invocar los propios límites del narrador para contar la grandeza de aquellos hechos,⁸⁸ pienso que es necesario prestar atención una vez más a las lecciones del jurista luso que hasta aquí intenté poner a dialogar con la filósofa americana: el mundo del derecho puede ser narrado, pero la narración por sí misma solo omite el sentido *axiológico-normativo*, amputando la decisión judicial de aquella calificativa e inamovible toma de posición frente al hecho narrado.⁸⁹ La exigencia de asumir un lugar delante de una narrativa cualquiera, ante el futuro del derecho, es lo que afirma ser de un lado y del otro la mayor demanda que cada uno de los autores nos propone.

⁸⁵ NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice*, cit., p. 117.

⁸⁶ BENJAMIM, Walter, *O narrador: reflexões sobre a obra de Nikolai Lesskov*, In: _____. *Sobre arte, técnica, linguagem e política*. Traducción Maria Amélia Cruz. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1992 (p. 27-57), p. 27 e segs., así como 48 y ss.

⁸⁷ BENJAMIM, Walter, *O narrador*, cit., p. 32 y ss.

⁸⁸ CAMÕES, Luís de. *Os Lusíadas*. 5. ed. Braga: Ulisseia, 1997, canto primero, 2 y 5.

⁸⁹ NEVES, António Castanheira, *Dworkin e a interpretação jurídica*, cit., p. 402 y ss.