



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía
del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de
México
México

Bonilla Maldonado, Daniel

EL ANÁLISIS CULTURAL DEL DERECHO. ENTREVISTA A PAUL KAHN

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 46, abril, 2017, pp. 131-154

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363652130006>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL ANÁLISIS CULTURAL DEL DERECHO. ENTREVISTA A PAUL KAHN

The Cultural Analysis of Law. Interview to Paul Kahn

Daniel Bonilla Maldonado*

Paul W. Kahn, profesor de la facultad de derecho de la Universidad de Yale, ha sido uno de los principales impulsores de los estudios culturales del derecho en los Estados Unidos.¹ Esta aproximación a la investigación jurídica, poco discutida en América Latina, tiene como principal objetivo examinar las estructuras simbólicas que constituyen la imaginación jurídico-política de los individuos. Busca, más precisamente, explorar la manera como el derecho construye nociones de sujeto, tiempo y espacio sustantivas con las que los individuos dan forma a sus identidades e interpretan la realidad en la que están inmersos. El derecho, para esta forma de investigación jurídica, por tanto, es parte de la cultura, no una consecuencia de ella. El derecho hace parte del horizonte de perspectivas dentro del cual se localizan los individuos; provee las categorías que permiten crear las narraciones que dan significado al mundo en el que viven. El análisis

Daniel Bonilla Maldonado, Universidad de los Andes. Correspondencia: Cra. 1 N° 18A- 12, 1111711, Bogotá, Colombia. dbonilla@uniandes.edu.co.

* La traducción al español de la entrevista es también de Daniel Bonilla.

¹ Entre sus principales publicaciones se encuentran las siguientes: *Making the Case: The Art of the Judicial Opinion*, Yale University Press, 2016; *Finding Ourselves at the Movies: Philosophy for a New Generation*, Columbia University Press, 2013; *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, Columbia University Press, 2011 (traducción al español: *Teología política: cuatro nuevos capítulos sobre el concepto de soberanía*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2012); *Sacred Violence: Torture, Terror, and Sovereignty*, 2008 (traducción al español: *Violencia sagrada: tortura, terror y soberanía*, Universidad de Palermo, 2013); *Out of Eden: Adam and Eve and the Problem of Evil*, Princeton University Press, 2006; *Putting Liberalism in its Place*, Princeton University Press, 2004; *Law and Love: The Trials of King Lear*, Yale University Press, 2000; *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, University of Chicago Press, 1999 (traducción al español: *El análisis cultural del derecho*, Siglo del Hombre Editores, 2001); *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America*, Yale University Press, 1997; *Legitimacy and History: Self-Government in American Constitutional Theory*, Yale University Press, 1992.

cultural del derecho quiere, en consecuencia, contribuir a entender quienes somos en tanto sujetos construidos, al menos parcialmente, mediante el derecho.

En esta entrevista Kahn discute aspectos centrales de la aproximación al estudio del derecho con la que está comprometido. Por un lado, reflexiona sobre la identidad de esta forma de investigación del mundo jurídico. A este respecto, señala cómo se distingue de otras formas de investigación legal, en general, y de otras perspectivas culturales del derecho, en particular. Asimismo, hace explícita la tradición filosófica dentro de la cual está inmersa e identifica sus principales influencias teóricas. Por otro lado, discute el método del análisis cultural del derecho, esto es, la genealogía y la arquitectura. Indica como estas se distinguen de otras formas de hacer historia y los aspectos del mundo jurídico que ayudan a iluminar. Finalmente, reflexiona sobre los fines que persigue el análisis cultural, así como sus contribuciones a la descripción y examen del derecho, y responde a algunas de las principales objeciones que se le han hecho a esta perspectiva. En particular, precisa las razones por las cuales el análisis cultural del derecho es una perspectiva descriptiva y analítica, y no una normativa. También, porque no es una aproximación explicativa, que busca precisar las causas de los fenómenos, sino una interpretativa que se hunde en una tradición humanista de investigación.

1. ¿Qué es el análisis cultural del derecho (ACD)?

El ACD ofrece una aproximación particular a la naturaleza de la experiencia y a nuestra fundamental sociabilidad. Parte de la premisa de que vivimos en un mundo de significados que heredamos y construimos. No hay acceso a la humano antes o fuera de este trabajo de la imaginación. El único mundo que tenemos es el que aparece en nuestras narrativas de quiénes somos, qué estamos haciendo, qué hemos experimentado y qué podemos esperar. Kant habló del conocimiento, la moralidad y la fe, en cada uno de los cuales la imaginación crea las condiciones de nuestra experiencia. El ACD sigue esta línea de pensamiento.

El ACD parte, entonces, de una posición dentro de la filosofía: de un argumento sobre la naturaleza de la experiencia en todas sus formas e instanciaciones. Es un esfuerzo por dar cuenta del significado de esta posición dentro del campo del derecho y los estudios jurídicos. Claro, cuando empecé mis investigaciones no tenía una teoría completamente desarrollada sobre el ACD. Lo que tenía era una sensibilidad bien entrenada en la historia de la investigación filosófica y una preocupación por el carácter plural de los paradigmas que estructuran la investigación, esto es, una preocupación por lo que entonces llame los “modelos conceptuales del orden.” Con esta terminología quería ubicarme en una tradición neokantiana comprometida con la idea de que hay diversas formas de comprender la realidad, cada una de las cuales busca su propio orden. Junto con el mito, la ciencia y la estética, propuse que consideráramos al derecho como una forma autónoma de comprender lo social.

Era bastante evidente para mí que en el desarrollo del pensamiento estadounidense sobre el derecho público estos paradigmas habían cambiado dramáticamente. En “Legitimidad e historia” pregunté cómo la investigación jurídica tomó la forma que tomó al final del siglo XX. Mi respuesta fue dialéctica en su estructura y ambición al argumentar que nuestra comprensión del derecho se había movido por distintas etapas, cada una de las cuales respondía a las aporías conceptuales de su predecesora. El estado actual de la investigación, argumenté, representaba el fin de esta historia, en tanto que por ahora la tensión irresoluble entre los aspectos dialógicos y decisionistas del derecho había sido completamente expuesta.

Esta perspectiva descansaba en dos presuposiciones. Primero, entendía que hacer el derecho y explicar el derecho eran dos elementos de la misma práctica. El derecho es una empresa deliberativa y autoconsciente. Una teoría del derecho se vincula con todos los actos de creación y aplicación del derecho. A esta conexión de teoría y práctica se le da una forma dramática en la decisión judicial. Un juez decide pero también explica porque entiende el derecho de la forma en que lo hace. Lo mismo es cierto de aquellos que escriben una constitución, redactan leyes o argumentan en un proceso judicial. No hay derecho fuera de la narrativa del derecho, que es solo otra forma de decir que todo acto jurídico puede dar cuenta de sí mismo, una explicación que es siempre disputable. El derecho, entonces,

es tanto una práctica argumentativa como una de la decisión. Su desarrollo es impulsado por la tensión entre estos dos aspectos.

Segundo, asumí que el imaginario jurídico podía ser examinado fructíferamente como un campo narrativo autónomo. Con esto quería decir que los cambios en la naturaleza de la teoría jurídica habían de ser explicados endógenamente. Hoy, diríamos que el estado de derecho (*rule of law*) es autopoietico. Eso no significa que el derecho no responda a los desarrollos que se dan fuera de él. Más bien significa que esos eventos heterogéneos no tienen efecto alguno hasta que no son traducidos a categorías y explicaciones jurídicas. El punto también se puede exponer al revés: no hay evento o desarrollo al que la imaginación jurídica no se pueda vincular. No hay una categoría de lo ajurídico. La autonomía del derecho, por tanto, no es un campo aislado de objetos sino una forma de imaginar el rango entero de las experiencias sociales posibles.

“Legitimidad e historia” introdujo la idea de la genealogía endógena de la teoría jurídica. “El reino del derecho” introdujo la idea de investigación arquitectónica. Mi aproximación era ahora fenomenológica, preguntaba cómo es que la imaginación construye el objeto para el que la teoría jurídica ofrece una narrativa justificativa. El argumento no era que el objeto es independiente de la teoría o que es universal. Sin embargo, el objeto de percepción jurídica ha permanecido relativamente estable en el curso de la historia estadounidense aun cuando la narrativa justificativa haya cambiado. Para aproximarme a este objeto hice las preguntas que Kant presentó en su analítica de la imaginación. Empecé con el espacio y el tiempo: ¿cómo construye la imaginación jurídica el espacio y el tiempo? Pasé luego a examinar al sujeto jurídico, que es al mismo tiempo ciudadano y soberano. Finalmente, examiné la comprensión jurídica de las formaciones sociales alternativas en contra de las cuales se define.

Solo después de haber terminado estos dos trabajos de investigación genealógica y arquitectónica traté de formular una perspectiva metodológica comprehensiva en “El análisis cultural del derecho”. Este trabajo enmarcó la nueva forma de estudios jurídicos dentro de una crítica amplia a la investigación jurídica existente. El análisis cultural del derecho es, por ende, una empresa crítica tanto en el sentido kantiano como en el

sentido contemporáneo de hacer explícitos los predicados ideológicos de una práctica.

2. ¿Cuáles son las diferencias entre el ACD y otras aproximaciones académicas al estudio del derecho?

Uno de los argumentos controversiales del ACD es que la mayor parte de la investigación jurídica es parte de la práctica del derecho. El académico no está “estudiando” el derecho desde afuera. Más bien, él o ella está practicando el derecho en y mediante la investigación. Esto no sucede simplemente porque la investigación la producen abogados con agendas reformistas. Tampoco porque los académicos quieran usar su trabajo para promover sus carreras jurídicas, aunque estos dos puntos puedan ser verdad. Más bien, el argumento del ACD es que la investigación es una forma de práctica que se basa en el lugar que ocupa la razón en el derecho. El académico del derecho busca guiar la toma de decisiones jurídicas mostrando la razón que hay dentro del derecho. El derecho siempre está acercándose a lo que “debería ser”.

No hay ningún punto en el que el imaginario jurídico se base en la autoridad desnuda para decidir. Una explicación que señale nada más que a esta autoridad no es un acto jurídico sino fuerza bajo la apariencia de derecho. Si cada decisión jurídica hace referencia a una teoría, cada decisión, entonces, invita al discurso: podemos pedir una justificación de la decisión. Luego de hacer la pregunta cuestionamos la respuesta. Estos discursos no están fuera del derecho; no son un cuestionamiento externo al derecho. Por el contrario, expresan la comprensión del estado de derecho como una práctica entre ciudadanos libres que se imaginan a sí mismos como la fuente y el objeto del derecho.

La investigación jurídica continúa con esta práctica discursiva dentro del derecho. Es por eso que tanto de ella es un comentario sobre las decisiones judiciales, que son la expresión más directa de esta práctica de justificación. El derecho se propone poner la razón en lugar de los intereses o del poder. La razón es un valor interno del orden jurídico, lo que significa

que el académico que pretende ofrecer la interpretación “más razonable” del derecho está envuelto en la misma práctica que el juez. Considere, por ejemplo, el examen de proporcionalidad: ¿cuál es la diferencia entre el juez y el académico cuando evalúan lo que la proporcionalidad exige? Si están en desacuerdo en el resultado no es porque estén haciendo algo diferente. Más bien, es un desacuerdo amigable sobre la aplicación de una misma metodología.

Los estadounidenses no están tan interesados en el método de la proporcionalidad pero están comprometidos con la idea de que el derecho es un desarrollo de la razón dentro de las instituciones políticas. Una ley que es vista ampliamente como exigiendo un comportamiento irracional será evaluada como inconstitucional, esto es, como una ley que no es realmente derecho. En consecuencia, el orden jurídico está siempre abierto a la reforma en cuanto que es fruto de la razón.

El académico del derecho quiere influenciar al juez no por razones de interés político sino más bien como una afirmación de lo que el derecho es. Cuando la investigación se aparta de esa práctica de mostrar la razón del derecho, los jueces la critican no solo porque es errada sino porque no es realmente derecho. Están en lo correcto: este trabajo académico no es parte de la práctica del derecho. El ACD toma el derecho como su objeto de estudio pero de manera resuelta se resiste a ser capturado por la práctica del derecho. Se para frente a la práctica del derecho como una forma de estudio crítico en el sentido kantiano: no de crítica política sino más bien de crítica como una exploración de las condiciones de posibilidad conceptuales del derecho.

3. ¿En qué se diferencia el ACD de otras formas de estudios culturales del derecho?

Cuando la gente hable de la cultura y el derecho usualmente se refiere a la manera como el derecho se ocupa de los objetos de producción cultural, por ejemplo, libros, arte, patentes y cine. Estos son, claro, temas importantes en nuestra era digital pero no tienen una relevancia especial para el análisis cultural del derecho.

El derecho ha sido por un tiempo largo ya un objeto de estudio sociológico y antropológico. Estas tienden a ser áreas de especialización débiles en los Estados Unidos porque todavía no han encontrado su lugar dentro de las facultades de derecho. El derecho se estudia muy poco afuera de la escuela profesional, cuya misión fundamental es la producción de abogados. Aún más: como ciencias sociales, trabajan bajo el dominio de la economía, que es la ciencia social paradigmática hoy en día. Eso significa que hay mucha presión para poner en práctica los métodos empíricos positivistas de la economía dentro de estas amplias investigaciones socio-lógicas. Hay, por tanto, una tendencia a hacer estudios empíricos, ofrecer estadísticas y emplear métodos cuantitativos. Cuestiones relacionadas con la cultura, por ende, se convierten en cuestiones de comportamiento, por ejemplo, votos de los jueces, prácticas de la policía, y logros legislativos. La cultura aparece como aquello que las correlaciones cuantitativas harán explícito y, viceversa, como aquello que implícitamente explica el comportamiento. La cultura es una especie de *Deus ex machina*.

El ACD es primero que todo una investigación humanística, no una ciencia social. Las ciencias sociales buscan, de una forma u otra, hacer explícitas las causas de los fenómenos que investigan. El ACD es una práctica interpretativa que tiene sus raíces en la filosofía. No está bajo la influencia de la economía; se preocupa poco por la información cuantitativa. Su método interpretativo tiende a concentrarse en un solo artefacto jurídico, por ejemplo una sentencia, antes que en agregados de estos artefactos. Busca construir el macrocosmos del imaginario jurídico mediante el microcosmos de la sentencia. No está interesado en los resultados sino en iluminar la forma en la que el resultado se sitúa dentro del mundo de significado.

4. ¿Cómo entiende el ACD la relación entre cultura y derecho?

El ACD no piensa que la cultura sea la causa del derecho; no piensa que el derecho es simplemente epifenomenal mientras que la cultura es el fundamento de la realidad o la realidad misma. Más bien, el ACD entiende el derecho como cultura. La cultura, desde esta perspectiva, se refiere al carácter sustantivo del imaginario social. La cultura no es algo que “añadi-

mos” a un mundo al que ya tenemos acceso. No es algo que podemos dejar de tener, como si pudiéramos llegar a la cosa en sí misma.

El ACD parte de la idea que la imaginación es plural, construye múltiples formas de experimentar un mundo con significado. El derecho es una de estas culturas; la ciencia sería otra. Cada una de estas culturas es totalizadora: puede darle sentido a todos los fenómenos que aparezcan dentro de su mundo. En consecuencia, sobre cualquier acto podemos preguntarnos si es jurídico; sobre cualquier cosa podemos preguntar a quién pertenece; sobre cualquier lugar podemos preguntar quién tiene jurisdicción.

El doble carácter de la imaginación, totalizante y plural, nos abre un camino para entender la naturaleza de la investigación dentro del ACD. Primero, el ACD investiga lo que podríamos llamar las formas elementales del imaginario jurídico, esto es, las categorías dentro de las cuales organizamos la percepción legal y los argumentos jurídicos. Estas categorías tienen que ser suficientemente amplias para ser comprehensivas. Tienen que ser, por tanto, categorías de espacio y tiempo, de sujeto y objeto, así como perspectivas sobre la representación y la identidad. Los argumentos legales formales agregan otra capa de categorías a estas formas elementales de percepción jurídica. El ACD investiga la naturaleza de la persuasión jurídica, que incluye el estudio de la hermenéutica jurídica: ¿cómo interpretamos los textos y nos persuadimos unos a otros para ver el derecho de una forma y no de otra?

Las formas plurales del imaginario social apuntan a una segunda dimensión del ACD: la comparativa. El imaginario jurídico reconoce esta diversidad de formas. Por tanto, el derecho siempre se construye en oposición a un otro. El otro puede ser la naturaleza, como en el estado de naturaleza anterior al derecho, o puede ser un orden post jurídico como en la idea cristiana del amor. Uno no puede hacer uso del ACD, entonces, sin estudiar también las construcciones culturales que compiten con el derecho. Las he investigado cuando toman la forma de la acción política y el amor pero las cuestiones comparativas son más amplias. También está la cuestión de las culturas legales comparadas. La cultura estadounidense del derecho ocupa un lugar dentro de la familia de concepciones occidentales del derecho. Cada una de ellas enfatiza diferentes aspectos de una herencia común.

Comprender la cultura como el trabajo, pero no el efecto, del imaginario social sitúa al individuo en una perspectiva adecuada. Sin duda, el derecho le puede ser impuesto al individuo como una fuente de orden ajena. Esto, sin embargo no es el estado de derecho, aun si esto es gobernar mediante el derecho. El estado de derecho como una formación cultural existe en el uso que hace el individuo de sus categorías y conceptos en su experiencia. Las creencias y prácticas del derecho son, entonces, constitutivos del individuo al mismo tiempo que sostienen a la comunidad política. Nos imaginamos a nosotros mismos como ciudadanos con derechos y responsabilidades jurídicos, como miembros de comunidades políticas definidas por sus derechos y como comprometidos con la defensa del derecho como una forma de defender quienes somos.

5. ¿Por qué la distancia frente al objeto de estudio y la libertad son tan importantes para el ACD?

Yo pondría el punto de manera un poco diferente. La distancia frente al objeto de estudio es necesaria si el ACD ha de ser un ejercicio de la libertad. La aspiración es aproximarse a la investigación como una práctica libre.

El problema de la libertad proyecta una sombra sobre cualquier investigación que se haga sobre el imaginario social. En cuestión está si los argumentos totalizantes del imaginario social incluyen también al trabajo del académico. ¿Enfrentamos una especie de regresión infinita en la que no hay escape de las formas de comprensión aun cuando las investigamos? Este es un problema especialmente para la investigación jurídica por la razón que presenté arriba: la mayor parte de la investigación legal no aspira a ser algo distinto a una sección de la práctica jurídica.

No hay nada de malo con esta forma de investigación más de lo que habría con la práctica del derecho. Claro, las dos pueden ser evaluadas desde varias perspectivas normativas. Podemos llegar a concluir que el derecho necesita reformarse seriamente. Hay investigadores reformistas tal y como hay abogados y jueces reformistas. Las injusticias e inefficiencias identificables son un problema para el derecho. Así, cuando digo que

no hay nada de malo con este tipo de investigación no estoy apoyando el *statu quo*. Simplemente estoy anotando que el impulso por examinar la cultura del derecho como un objeto de estudio en sí mismo no viene desde dentro del derecho.

Si esta aproximación tiene que llevarse al derecho nos encontramos entonces en la extraña posición de preguntar ¿“traerla desde donde”? Podemos decir que la aproximación tiene que estar anclada en un imaginario alternativo, piense, por ejemplo, en el estudio del derecho que hace el economista o aquel del científico político positivista. El o ella simplemente aplican las herramientas conceptuales de otra disciplina a los artefactos jurídicos. Eso no es el ACD, por lo que me resisto a pensar sus indagaciones como un aspecto de la investigación sociológica o antropológica.

El ACD, pensando en sus raíces filosóficas, es una práctica de reflexión deliberada y autoconsciente. Es en sí misma una práctica existencial en el sentido que le pide a quien la practica que interprete la investigación como un acto libre de apropiación intelectual. Es una meditación sobre las creencias y las prácticas de la investigadora misma como ciudadana dentro de lo que Dworkin llamó la “república del derecho”. El ACD, por tanto, instancia la misma idea de libertad que estaba en cuestión en la confrontación socrática y que siempre ha estado en juego en la reflexión filosófica. La posición del ACD es siempre la de una suspensión temporal de las creencias mientras estas sean el objeto de estudio. Esta suspensión es la capacidad de pensar libremente con respecto al yo y a la comunidad a la que se pertenece.

Al hacer la pregunta sobre como es posible el ACD, este proclama la posibilidad de una forma de investigación que es también una práctica de la libertad. Hacer la pregunta es establecer distancia, que es el espacio de la libertad. Hacer la pregunta es reconocer el carácter inagotable del sujeto libre que no es capturado completamente por las formas del imaginario.

6. ¿La distancia y la libertad implican neutralidad?

La distancia, como lo he expresado en la respuesta a la pregunta anterior, implica un cierto tipo de neutralidad, en tanto que su objetivo no es la

reforma del derecho. No implica practicar el derecho de ninguna forma. Acá, la neutralidad es un concepto erróneo. El ACD no tiene una perspectiva sobre lo que el derecho debe ser en tanto que está investigando una estructura de la imaginación que puede revertirse a sí misma en cualquier proposición jurídica particular. Vemos esto con especial claridad en casos controvertidos. Cuando un caso va a la Corte Suprema de los Estados Unidos, se puede escribir un memorando que apoye cualquier lado, aunque uno de ellos terminará como la declaración “correcta” del derecho una vez la corte decida. Advertimos la misma cosa cuando un magistrado salva su voto. No podemos distinguir el salvamento de voto de la decisión de la mayoría al identificar factores que son parte de la percepción y el argumento jurídicos. Los distinguimos contando los votos.

El ACD, entonces, investiga un imaginario social; no determina los resultados de casos controvertidos. Examina las estructuras del imaginario que darán forma al resultado, cualquier que sea el lado que reúna la mayoría de los votos.

La neutralidad del ACD solo llega hasta acá. No dice nada sobre las creencias reformistas o conservadoras del académico en cuanto participante del orden jurídico. Hay una suspensión de estos compromisos dentro de la práctica interna del ACD. Esto, sin embargo, es solo una forma de investigación, no una forma de vida. El ACD no es un movimiento político dentro de los estudios jurídicos, aunque no se opone a esos movimientos.

7. Si la respuesta a la anterior pregunta es negativa, ¿puede el ACD distinguir entre proposiciones descriptivas y normativas? ¿Las descripciones no son todas realmente argumentos normativos? Si es así, ¿cómo puede el ACD argumentar que es una aproximación meramente descriptiva y analítica al estudio del derecho?

Tenemos que ser cuidadosos cuando decimos que los argumentos descriptivos no son independientes de los compromisos normativos. Esto es verdad con respecto al ACD, pero este no hace parte de la práctica del derecho. Consecuentemente, las descripciones del ACD no dependen de ar-

gumentos normativos dentro del orden jurídico. No hay razonamiento que vaya de las investigaciones del ACD a las respuestas de preguntas sobre lo que el derecho debe ser.

Los compromisos normativos del ACD van en dirección de la afirmación del valor de acto libre que se concreta en el ACD mismo. Este, como lo he dicho, es una forma de investigación humanística o filosófica. No lo ponemos en acción sin dejar de afirmar el valor del sujeto que se toma a sí mismo como un objeto de estudio y, por tanto, crea la posibilidad de dar cuenta del yo. El valor de esta perspectiva no se mide mediante el mercado. Es el valor de un compromiso existencial con el yo, un yo que está ya formado por múltiples formas culturales. En tanto que las posibilidades políticas surgen todas dentro de los límites de este mundo, la actitud existencial del ACD no dice nada sobre como resolver controversias contemporáneas. Esa sigue siendo una obligación de la ciudadanía, que ha de resolverse haciendo uso de los recursos culturales que están a la mano.

Esta perspectiva del carácter normativo del ACD no es lo bastante completa. Hay aun un valor más profundo envuelto en la afirmación existencial del ACD. En tanto empresa interpretativa, el ACD necesariamente trae una actitud afirmativa a su tema de investigación. La interpretación requiere un tipo de simpatía y respeto por el objeto de interpretación, aun si ese objeto es el yo. La cultura, cree el ACD, es un logro de la imaginación. Informa una forma de vida que está llena de significado para aquellos que se encuentran dentro de sus límites. Esto exige cierto respeto, aun si desaprobamos moralmente las formas mediante las cuales ese significado se materializa. Estoy en desacuerdo, por ejemplo, con el racismo que dio forma a buena parte de la práctica jurídica estadounidense en el siglo XIX pero aun así experimento una especie de admiración por el hecho de que tantos estadounidenses estuvieron dispuestos a sacrificarse por el orden constitucional. La capacidad de la imaginación para crear significado trascendente no está menos en juego en el derecho que en la religión. En los dos casos, enfrentamos cuestiones difíciles sobre como reconciliar el desacuerdo con el respeto.

Esta actitud de respeto es consecuencia del rechazo a las perspectivas reduccionistas o causales por parte del ACD. No se “da cuenta” del trabajo de la imaginación, la cultura, apuntando a algo distinto. Así como no

es causada, no está tratando de lograr algo distinto a sí misma. Es libre en un sentido literal: un trabajo libre de la imaginación. En verdad, no podemos reconocer un individuo si no respetamos el mundo que constituye su identidad. No hay dignidad en un sujeto al que se le quita su mundo, en cuanto que ese sujeto no sería nadie en particular. La dignidad que es el fundamento de los derechos humanos tiene aquí su fuente, en el trabajo libre de la imaginación que es constitutivo de los mundos que habitamos como propios. Esta es la actitud normativa inseparable del ACD en la medida en que expresa la libertad que está en juego cuando esta disciplina se pone en operación.

8. ¿No se beneficiarían el ACD de los varios métodos de investigación participativa que se usan en las ciencias sociales? Algunos dirían que le permitirían hacer un mejor balance entre distancia frente al objeto de estudio y compromisos políticos del investigador.

Hay una división disciplinaria entre el ACD y las ciencias sociales. La investigación humanística no se “beneficia” de las ciencias sociales. Más bien, la investigación humanística puede no hacer aparición alguna dentro de las ciencias sociales.

En tanto ciencia, las ciencias sociales investigan las causas de los fenómenos, incluyendo los fenómenos culturales. En contraste, el ACD es una investigación interpretativa. Las explicaciones causales son reduccionistas: buscan una parsimoniosa perspectiva que de cuenta de las condiciones necesarias para la producción de un fenómeno. Las perspectivas interpretativas se mueven en la dirección opuesta. No tienen límite, se vuelven mejores en tanto se vuelven más ricas y más amplias. La interpretación tiene una forma dialógica, empieza con la experiencia de preguntarle al otro qué quiere decir con una afirmación o acción. La respuesta invita más preguntas y más respuestas. Este es un ciclo sin fin, lo que significa que la idea de una interpretación final es un error de categoría.

Esto no significa que cada interpretación que hace el ACD sea literalmente un diálogo, pero sí significa que cada una imagina un tipo de con-

versación con aquellos que tienen las creencias y prácticas que son el objeto de estudio de la investigación. Estas creencias y prácticas empiezan con las de la investigadora misma. No explico el significado de mis compromisos cuando apunto a sus causas. No entiendo cómo ocupo un mundo de significado cuando busco información empírica sobre quien más cree lo que yo creo o bajo qué circunstancias es probable que surjan estas creencias. No hay duda de que las ciencias sociales son mejores para predecir el comportamiento que el ACD pero no avanzan de ninguna forma en la explicación del mundo de significado creado y sostenido por la imaginación.

Esta es una proposición que se hace perfectamente obvia cuando giramos del imaginario social al estético. Nadie pensaría que podemos entender una obra de arte mediante las ciencias sociales, aunque pudiéramos aprender mucho sobre las condiciones bajo las cuales los artistas la producen o sobre el mercado de sus trabajos. Estas perspectivas no piensan que estén ofreciendo una interpretación del arte. No se preocupan, por ejemplo, por ubicar el trabajo en una historia de la representación, mediante la pregunta sobre cómo se secularizaron los temas religiosos o por explorar la visión, liberadora o no, del artista. La situación no es diferente con respecto al imaginario social. Sus productos también son trabajos de la imaginación que han de ser interpretados, en tanto que la interpretación es nuestra forma de ocupar el mundo producido por la imaginación. El ACD, por tanto, tiene que trabajar con un método que sea adecuado para su trabajo de interpretación. En esto, las ciencias sociales pueden contribuir muy poco.

9. ¿Por qué sujeto, espacio y tiempo son categorías clave para el ACD?

Estas categorías son centrales en la “Crítica de la razón pura” porque Kant entiende que enmarcan nuestra representación de los eventos que se dan el mundo. Todo lo que pasa tiene un tiempo y un lugar; toda representación se da en la conciencia de un sujeto. Al insistir que nuestra experiencia de un mundo fenoménico es un constructo de nuestra imaginación, Kant vincula la idea misma de objetividad con la unidad de la percepción del sujeto: el mundo es siempre un mundo para alguien.

Estas mismas ideas sobre el carácter construido de nuestra experiencia del mundo son centrales para el ACD. Ahora, sin embargo, la investigación se concentra en cómo estas categorías enmarcan el imaginario jurídico. No estamos ya hablando de lo que Kant imaginaba como un espacio y tiempo euclíadiano vacíos. Más bien, estamos hablando del territorio y la historia de una comunidad. Esta historia da significado al territorio que la comunidad ocupa, tal y como ese territorio apunta a la historia que cuenta para la toma de decisiones jurídicas. Vemos la centralidad de estos conceptos inmediatamente cuando, en respuesta a una controversia jurídica, hacemos preguntas sobre la jurisdicción y los precedentes.

Al responder estas preguntas, construimos un sujeto. Así como Kant se dio cuenta de que tiene que haber un sujeto unitario para unir la percepción a través del tiempo, tiene que haber un sujeto unitario colectivo si hemos de entender cómo las decisiones pasadas pueden tener autoridad en el presente. Los precedentes son decisiones de y para una comunidad que ocupa una jurisdicción particular. En ausencia de este sujeto colectivo unificado, las apelaciones al tiempo y al espacio parecerían arbitrarias.

Estas categorías se vuelven extremadamente complejas cuando uno investiga como operan en el imaginario jurídico. El derecho no solo tiene un pasado, tiene también un futuro. El pasado incluye no solo precedentes específicos sino el origen de todo el ordenamiento jurídico, la revolución en el imaginario estadounidense. El espacio incluye el territorio entendido como jurisdicción pero también la propiedad entendida como tener dominio sobre algo. La manera como el territorio se relaciona con la propiedad es otra cuestión compleja de interpretación. Finalmente, el sujeto colectivo que es la comunidad tiene que ser conectado con el sujeto individual entendido como ciudadano. Este sujeto, por tanto, es la fuente del derecho y el sujeto que se regula jurídicamente. Esto, igualmente, está unido a ideas de lo público y lo privado, lo que nos lleva de vuelta a las ideas de territorio y tiempo.

Estas ideas de sujeto, tiempo y espacio no son cuestiones de definición. No existen como un menú de opciones desde el cual procedemos a construir un orden jurídico. Más bien, ofrecen una familia de conceptos relacionados que están unidos entre sí mediante narrativas que circulan en la comunidad. Nos decimos a nosotros mismos y uno al otro lo que el

derecho es y porque estamos unidos a él. Mas frecuentemente, estas narrativas se construyen en un esfuerzo por persuadir: discutimos constantemente sobre lo que el derecho es. Al discutir, construimos las categorías de nuestra experiencia, incluyéndonos, aun si nos basamos en las categorías que están ya a la mano. El ACD es una forma de reflexionar e interpretar estas narrativas.

10. ¿Por qué la genealogía y la arquitectura son métodos relevantes para el ACD?

Empecemos con la genealogía. ¿Por qué no hablar simplemente de historia? Que el derecho necesita ser investigado desde una perspectiva histórica es un presupuesto del que parten muchas formas de investigación. Queremos saber cuándo, dónde y por qué se aprobó una ley o se llegó a una decisión. Organizamos las decisiones jurídicas en orden cronológico en las varias Gacetas Judiciales. En los Estados Unidos, tendemos a enseñar derecho históricamente: les describimos a los estudiantes la forma en las que doctrinas jurídicas particulares se desarrollaron a lo largo del tiempo; las ubicamos en contexto histórico. No enseñamos derecho como una abstracción que surge de la razón eterna. Más bien, como un fenómeno que emerge como respuesta a necesidades particulares impulsadas por diversos grupos de interés que ejercen todo el poder que tienen para crear derecho.

La historia en tales perspectivas adopta implícita, si no explícitamente, una metodología causal. Las perspectivas sobre los orígenes son perspectivas sobre quién hizo qué y qué efectos generó. La perspectiva histórica precisa la influencia de varios grupos, eventos e individuos, cree que el derecho emerge como consecuencia de estas causas.

La “genealogía” gira hacia la historia sin adoptar la idea de que la causalidad es su mecanismo. Una cultura del derecho, como cualquier otro producto de la imaginación, nos llega como una especie de herencia. Da forma al mundo al que entramos en la misma forma en que el lenguaje da forma al mundo. No entendemos un lenguaje al mirar sus causas. Más

bien, cuando rastreamos los significados y usos el lenguaje hacemos una investigación interpretativa. Nos mantenemos dentro de los límites de la práctica lingüística; no damos cuenta de esa práctica al apuntar a fenómenos que están fuera de ella. Lo mismo es verdad con respecto al trabajo de la imaginación jurídica: la genealogía es el trabajo de interpretar prácticas y creencias pasadas.

La genealogía es esencial porque los conceptos y categorías del derecho son más estables que los significados que sostienen. A estas formaciones jurídicas se les dan diferentes usos a lo largo del tiempo. Acumulan significados que cargan aun cuando se les da nuevos usos. Piense, por ejemplo, en cómo el concepto de soberanía se mueve de un significado religioso a uno monárquico y de ahí a uno referente al pueblo. Lleva remanentes de todos los usos anteriores. Para explorar el significado de la soberanía popular necesitamos rastrear la forma en el que este concepto secular continúa nutriéndose de un sentido de lo sagrado, de ideas del misterio y de la admiración del poder.

Los remanentes de los significados pasados perduran no porque estén incluidos en definiciones de diccionario sino porque respondemos a ellos. Se usan en reclamos, narrativas y argumentos. Permanecen en tanto que nos persuadan, esto es, en tanto que respondamos a ellas. Se conectan con otros significados al ser usados en nuevos contextos. Con el tiempo, puede que simplemente dejen de movernos.

Al pensar la genealogía como legado, no causación, se evidencia la importancia de la segunda clavija metodológica: la arquitectura. Mi ejemplo del concepto de soberanía se malinterpretaría si se interpreta como refiriéndose a un sujeto que acumula significados como si fueran atributos accidentales. El significado de la soberanía se produce solo por el lugar que ocupa en la red imaginativa de usos posibles. No tenemos primero palabras individuales con significados definidos que luego conectamos de acuerdo a reglas gramaticales. Más bien, el lenguaje es una red de relaciones que constituye significados. Sabemos el significado de las palabras cuando sabemos cómo usarlas en proposiciones y el de las proposiciones cuando sabemos cómo usarlas en narrativas.

La cultura es como el lenguaje: una red de significados en el que los elementos obtienen su significado de los usos que se les da cuando se ponen

en relación con otros elementos. Algunas veces esos usos son opositoriales, esto es, distinguimos un significado del otro. Algunas otras veces hay narrativas completas: tenemos formas narrativas paradigmáticas mediante las cuales organizamos nuestra experiencia. Las variaciones posibles en el uso de estas narraciones son infinitas tal y como las posibilidades de yuxtaposición de diferentes conceptos son infinitas.

Para entender la cultura del estado de derecho, entonces, debemos estar dispuestos a rastrear esta constante proliferación de significado. Este es el método arquitectónico. Cambios de significado en cualquier parte de la red pueden tener efectos en otras partes: encontramos que ya no creemos en lo que antes parecía obvio o hacemos distinciones donde no veíamos una previamente. Piense en la manera en que nociones de igualdad han cambiado durante los últimos cincuenta años. Nuevamente, estos cambios de significado no son causales; son interpretativos. Nos movemos en nuestras vidas persuadiendo y siendo persuadidos. Encontramos nuestro camino entre los recursos de la cultura. Claro, no lo hacemos solos sino con todos aquellos con los que entramos en contacto directo o indirecto.

En cuanto que los significados se mueven en y a través de un red completa de significados, no podemos nunca hacer genealogía sin hacer arquitectura. En tanto que nunca construimos significados desde una posición original sino siempre estando dentro de prácticas y creencias heredadas, nunca podemos hacer investigación arquitectónica sin genealogía.

11. ¿De qué forma Cassirer y Foucault han influido el ACD? ¿Hay otras influencias relevantes en el ACD?

El ACD se para firmemente dentro de la tradición de investigación humanística. Más precisamente, se para dentro de la larga tradición de investigación filosófica en occidente. La filosofía, entendida como una meditación sobre las propias prácticas y creencias, empieza con la manera como Platón da cuenta de las actividades disruptivas de Sócrates en el ágora. El ACD busca una disrupción similar: una pausa para el autoexamen dentro de las prácticas del derecho.

En su énfasis en el imaginario social, el ACD se para en la tradición kantiana. Se nutre de la primera y tercera críticas de Kant. De la primera, se nutre de su interés por las categorías con las que organizamos nuestra experiencia; de la tercera, de su comprensión de la imaginación como el lugar en el que se da una práctica interpretativa libre. Cassirer es particularmente relevante por la expansión que hace de la aproximación kantiana, una expansión en donde se incluyen las distintas formaciones culturales. Cassirer muestra que el carácter sistémico de la imaginación toma formas plurales, cada una de las cuales necesita ser pensada críticamente. El ACD es esta crítica que gira ahora hacia el estado de derecho.

Al final del siglo XX, la filosofía, con la significativa excepción de Charles Taylor, había en su mayor parte tomado direcciones diferentes. El interés por investigar las formas de la imaginación se movió a los campos de la antropología cultural y la sociología. De ahí mi interés por Clifford Geertz y Michel Foucault. La comprensión que tiene el ACD del poder como creador de la imaginación se nutre de ellos. La preocupación del ACD por la libertad, sin embargo, apunta de vuelta a la dimensión filosófica antes que a la sociológica de la disciplina. El poder solo nos llevará hasta cierto punto en la comprensión de lo que decimos y de cómo juzgamos. El juicio, el nuestro y el de las cortes, sigue siendo un espacio irreducible de libertad. Si esto no fuera cierto, no habría entonces fundamento para respetar aquellas producciones culturales que son el objeto de investigación del ACD.

12. El ACD busca describir las estructuras simbólicas que controlan nuestra imaginación política y jurídica ¿Dónde están localizadas esas estructuras? ¿Dónde deben buscarlas los académicos que hacen ACD?

Mi trabajo ha tratado de promover la idea de que el ACD tiene que moverse mucho más allá de los lugares donde ordinariamente se produce el derecho. Encontramos derecho donde sea que miremos en el Estado moderno. El ACD debería mirar hacia todas partes. Mis propios trabajos se han expandido progresivamente. Empecé con el corpus judicial pero rápi-

damente encontré que en lo que estaba realmente interesado era en el imaginario de aquellos que estudian y escriben sobre el derecho. No se puede hacer una distinción grande entre jueces, abogados y académicos. Por qué los académicos se nutren de las mismas prácticas y creencias que aque-llos a los que estudian fue una de las primeras preguntas que me planteé.

Estudiar la imaginación jurídica me llevó a darme cuenta de lo importante que era distinguir el derecho de otras formas de la experiencia. Esto me llevó a buscar un texto que explorara la idea del otro del derecho. Lo encontré en el Rey Lear, que me llevó a escribir *Law and Love*. El trabajo de analizar el otro del derecho difícilmente está hecho. Al respecto he examinado las ideas de naturaleza y revolución, junto con las de gracia y utopía. En algún momento espero girar, por ejemplo, hacia la revolución. No obstante, hay otros que están mucho mejor preparados que yo para examinar las ideas cristianas de un orden más allá del derecho o las ideas marxistas de un orden después del derecho.

Si estoy en lo correcto sobre la amplitud y rango de las formaciones culturales, estas tienen que operar entonces en los productos de la imaginación popular así como en el imaginario jurídico profesional. Esta idea me llevó a explorar el cine popular en *Finding Ourselves at the Movies*. Hay todavía infinitas posibilidades para examinar la cultura popular: cine, teatro, novelas, arte o aun la poesía.

A estas fecundas fuentes de la imaginación agregaría también el examen de otras formas de producción política. Cada rama del gobierno, no solo las cortes, usa una idea del derecho. Me gustaría mucho trabajar en el análisis de los grandes discursos presidenciales para, por ejemplo, ver cómo los presidentes imaginan una nación sometida al derecho. En ocasiones, he tenido razones para trabajar sobre Lincoln, nuestro más grande retórico del derecho. Pero aun los presidentes más ordinarios encuentran que tienen que expresarse en formas que respondan a la comprensión popular del significado que tiene el proyecto nacional.

He hablado de todas estas investigaciones como si fueran parte de mi proyecto de investigación sobre el imaginario jurídico estadounidense, pero, claro, todos ellas tienen también dimensiones comparativas. Espero con interés el encuentro con lo comparado. Hay otros académicos, algu-

nos de los cuales fueron mis estudiantes, que adelantan este tipo de estudios en sus países.

13. ¿Cómo deben justificarse las descripciones de estas estructuras? ¿Las referencias a sentencias, películas o novelas específicas no son ineludiblemente parciales?

Siempre se objetará que los textos o trabajos que se examinan se escogieron precisamente porque se destacaban, sobresalían. Son, por tanto, cualquier cosa menos ordinarios. La crítica sería entonces que fueron escogidos precisamente por los argumentos que permiten articular. En tanto que el ACD es una investigación interpretativa, no causal, no hay forma de derrotar esta crítica con una prueba objetiva. La objeción es fácil de presentar pero no representa más que un error de categoría.

Toda investigación humanística puede ser objeto de esta forma de crítica. Si no podemos decir nada sobre una cultura no podremos entonces navegar nuestra propia historia, en realidad, no tendríamos ninguna. Cuando hablamos del sentimiento revolucionario o el legado de la Guerra Civil o la Era Progresista o los valores victorianos estamos haciendo exactamente este mismo movimiento, uno que va de la interpretación de textos, eventos, políticas o acciones particulares al argumento de que estos representan una más amplia formación de la imaginación.

El problema es nuevamente exigir causas donde solo están disponibles interpretaciones. El ACD responde a esta objeción buscando persuadir al crítico de que la interpretación que se ofrece es convincente, que da sentido a un dominio de la experiencia. El esfuerzo interpretativo tiene éxito cuando nuestros interlocutores se encuentran a sí mismos haciendo uso de las categorías y formas de explicación que hemos articulado. Tiene éxito, en otras palabras, cuando persuade. Acá, el derecho ofrece un excelente paradigma: la interpretación de una ley o una sentencia tiene éxito cuando persuade. Sabemos que ha persuadido cuando se usa.

La interpretación es una conversación que no tiene fin. Cada posición que se presenta es parcial. Señalarlo no es una crítica sino un inicio. La

respuesta correcta para aquellos que piensan que están criticando el ACD es preguntarles qué es lo que consideran parcial: ¿qué es lo que le falta a la interpretación? El verdadero trabajo que hay que hacer está en este intercambio de miradas interpretativas: una interpretación solo puede ser derrotada por otra. Argumentos abstractos sobre el carácter parcial de las interpretaciones son muy frecuentemente usados como excusas para evitar el único intercambio que cuenta: presentar y defender las propias formas de entender el significado de nuestras prácticas y creencias. Insistir en este intercambio es imitar en el contexto contemporáneo el encuentro socrático en el ágora ateniense con el que se inicia la filosofía. Esta es la ambición discursiva del análisis cultural del derecho.

14. El principal objetivo del ACD es examinar las estructuras simbólicas de culturas específicas. No obstante, en respuestas pasadas mencionó el derecho comparado. ¿Cómo se conectan el derecho comparado y el ACD? ¿No son incompatibles?

Está en lo correcto al sugerir que aquí hay una tensión, pero va demasiado lejos al sugerir que hay una incompatibilidad. La principal preocupación del ACD es promover una reflexión sobre las formas del imaginario jurídico y político con las que uno realmente opera en el mundo. Hoy en día, cuando mucha gente experimenta formas de pluralismo legal, puede que no haya una sola historia que contar con respecto al imaginario jurídico de una comunidad específica. Parte de mi trabajo, por ejemplo, ha examinado el derecho internacional y las muy diferentes estructuras de la imaginación que allí operan. Las mismas personas, además, pueden estar comprometidas con las dos, la nacional y la internacional, aun si hay una brecha considerable entre las dos. Recientemente publiqué un ensayo en donde examino las claramente diferentes interpretaciones que tiene el presidente de la Corte Suprema de Justicia John Marshall del derecho constitucional y del derecho de las naciones. Aquí se puede ver el inicio de un proyecto de derecho comparado de las culturas, aun antes de que uno haya dejado los recintos de la Corte Suprema.

Muchos de los motivos para el estudio contemporáneo del derecho comparado no tienen mayor peso en el ACD. Como sucede con otras formas de estudios jurídicos, el trabajo comparado frecuentemente busca la reforma del derecho. Uno compara las aproximaciones que diferentes jurisdicciones tienen frente a problemas similares para determinar si existen mecanismos jurídicos y reglas que deberían tomarse prestados de otra jurisdicción para mejorar la propia. O uno puede mirar la manera como el examen de proporcionalidad se puso en operación en un problema similar en otra jurisdicción para aprender sobre la fuerza que tienen diferentes intereses en la ponderación. Como elementos de un programa de reforma jurídica estos no son factores que le interesen al ACD.

El trabajo comparado es atractivo para el ACD solo en cuanto agudiza el análisis del imaginario jurídico que funciona realmente en una jurisdicción. Contribuye a este proceso de dos maneras. Una es completamente anodina: mirar hacia otro lado es una forma de reconocer la contingencia de la propia situación. Claro, de aquí no se deriva necesariamente el reconocimiento de la diferencia. Por un tiempo muy largo, los occidentales miraron hacia otro lado y solo vieron versiones primitivas o menos civilizadas de ellos mismos, como si el mundo entero estuviera en camino de convertirse en lo que nosotros somos. El imperialismo del imaginario jurídico no está completamente en el pasado pero está suficientemente distante como para que el reconocimiento de la diferencia pueda contribuir a desarrollar la actitud crítica, desapegada, que es una condición del ACD.

La segunda forma en la que el trabajo comparado contribuye al ACD es sustantiva. Una manera de pensar sobre la relación entre genealogía y arquitectura es que la primera provee los materiales que son continuamente reformados por la segunda. La genealogía se remonta a los orígenes mismos de las creencias judeocristianas. Siempre he pensado que el imaginario jurídico estadounidense es un género dentro de la amplia especie del estado de derecho occidental. Estos diferentes géneros comparten aspectos amplios de una genealogía común. Para empezar, nunca estamos muy lejos de las ideas judaicas del pacto y de las ideas cristianas del sacrificio. El trabajo comparado, por tanto, es una forma de explorar la relación entre arquitectura y genealogía, de aclarar qué es lo que contribuye la genealogía y observar cómo las formas plurales del derecho emergen al usar de maneras diferentes varios aspectos de esta herencia común.

Recepción: 5/8/2016

Aceptación: 15/11/2016