

Artículo

EL ANÁLISIS CULTURAL DEL DERECHO DE PAUL KAHN: ALGUNOS INTERROGANTES TEÓRICOS

Magdalena Holguín¹

Because I know that *time* is always *time*. And
place is always and *only* place. And what is actual
is actual *only for one time*. And *only for*
one place.

T.S. Eliot, *Ash
Wednesday*

Resumen²

En este artículo se presentan algunos problemas teóricos y metodológicos que surgen al analizar *Making the Case* a la luz del trasfondo teórico presentado por Paul Kahn en *El análisis cultural del derecho*. La autora parte por establecer que hay una interpretación de Kant por parte de Kahn que no encuentra asidero en los postulados de aquel, sino que, por el contrario, invalidaría lo que Kant demostró. Además, fundamentándose en Wittgenstein, la autora demuestra que hay una proliferación de significados y sentidos posibles para los conceptos utilizados en el análisis cultural del derecho de Estado de Derecho, Derecho y Cultura, los cuales, en últimas, resultan vacíos de contenido y en una infinita indeterminación. Finalmente, la autora afirma que la descripción de la práctica jurídica como narrativa, propuesta por Kahn en *Making the Case*, lleva a problemas metodológicos, pues resulta en la

¹ Magdalena Holguín realizó sus estudios de pregrado en filosofía la Universidad de Georgetown en Washington, Estados Unidos. Cuenta con una maestría en filosofía de esa misma universidad y con una maestría en derecho de la Universidad de los Andes. Además, adelantó cursos de doctorado en filosofía en la Universidad de Columbia.

² Este resumen fue elaborado por los miembros del Comité Editorial Estudiantil de UNA Revista de Derecho.

paradójica exclusión de los estudios jurídicos como área del conocimiento para el análisis cultural del derecho.

Palabras clave

Construyendo el Caso, análisis cultural del derecho, Estado de derecho, Immanuel Kant, Paul Kahn.

Abstract

This article presents some theoretical and methodological problems that arise when analyzing *Making the Case* in the light of Paul Kahn's *The Cultural Study of Law*. The author starts by establishing that there is a misinterpretation of Kant in Kahn's work that would contradict Kant's main tenets. Besides, based on Wittgenstein, the author shows that there is a proliferation of meanings and senses for the concepts used in cultural analysis of law, such as rule of law, law, and culture, which are, finally, devoid of meaning due to their endless indetermination. Finally, the author contends that the description of the practice of law as narrative, proposed by Kahn in *Making the Case*, leads to methodological problems, as it ends with the paradoxical exclusion of the studies of law as an area of knowledge for the cultural analysis of law.

Key words

Making the Case, cultural analysis of law, rule of law, Immanuel Kant, Paul Kahn.

En este artículo, quisiera concentrarme en algunos aspectos del *Análisis cultural del Derecho* propuesto por Paul Kahn (2001). La discusión se basará principalmente en este libro, en la medida en que caracteriza el trasfondo teórico de los análisis presentados en *Making the Case* (Kahn, 2016). El primer aspecto es más estrictamente filosófico y se refiere al uso que hace Kahn de Kant. En segundo lugar, ofreceré un breve recuento de los conceptos de cultura, Estado de Derecho, significado y narrativa, e intentaré mostrar cómo sus diferentes sentidos pueden generar problemas teóricos. Finalmente, me centraré más específicamente en *Making the Case*, principalmente en su conclusión, para discutir la dicotomía entre las humanidades y las ciencias sociales. A este respecto, quisiera brevemente identificar algunas tensiones metodológicas que surgen de contrastar estas posiciones posteriores con algunas de sus tesis anteriores. En estas dos últimas secciones, recurriré primordialmente a Wittgenstein, tanto en relación con el análisis conceptual como en relación con la pragmática, y sugeriré cómo este enfoque filosófico diferente podría contribuir otra dimensión de los estudios culturales del Derecho.

Respecto al uso que hace Kahn de Kant, sostendré que hay una diferencia sustancial entre lo que Kant dice y la manera como se lo interpreta en el análisis cultural. En su entrevista con Daniel Bonilla (2017), Kahn afirma que, en su aproximación “al objeto para el cual la teoría jurídica ofrece una narrativa justificativa”, él formulará la misma pregunta propuesta por Kant en su “analítica de la imaginación”.

En la *Crítica de la razón pura*, Kant (*trad.* Norman Kemp Smith, 1965) se propone responder a la primera de sus tres preguntas generales – qué puedo saber, cómo debo actuar, qué puedo esperar— al mostrar que hay condiciones *a priori* de toda experiencia posible, tales que pueda haber un conocimiento objetivo de ella, como lo ejemplifica la física. Considera sucesivamente aquello que entiende como elementos trascendentales de la experiencia, la estética y la lógica. La Estética trascendental se refiere al espacio y el tiempo como formas *a priori* de toda intuición sensible. La Lógica trascendental incluye la Analítica y la Dialéctica trascendentales. La Analítica es también doble: la Analítica de los Conceptos, donde se

propone demostrar que hay conceptos puros *a priori* del entendimiento, a los que llama, siguiendo a Aristóteles, categorías. Sin embargo, no basta con deducir conceptos puros; es necesario explicar también cómo se aplican *a priori* estos conceptos a los fenómenos sensibles. Esta es la tarea que realiza en la *Analítica de los Principios*, descrita como una doctrina transcendental del juicio, pues el juicio decide qué cae y qué no bajo una regla dada. Es en este lugar de la *Crítica* donde aparece la imaginación. La imaginación transcendental media entre la sensibilidad y el entendimiento a través de la producción de “esquemas”, que son determinaciones *a priori* de la forma universal de la sensibilidad – el tiempo.³ Aplicar la regla categorial de la causalidad, por ejemplo, requiere una determinación transcendental del tiempo como sucesión, donde tal sucesión está sujeta a una regla y es, por lo tanto, necesaria y no contingente. En Kant no hay, entonces, una “analítica de la imaginación”.

Kahn continúa diciendo que el análisis cultural del Derecho, siguiendo a Kant, investiga las formas elementales del imaginario jurídico, a saber, las categorías dentro de las cuales organizamos la percepción y los argumentos jurídicos. Para él, estas categorías son espacio y tiempo, sujeto y objeto, representación e identidad. Para Kant, sin embargo, ninguna de estas son categorías. Espacio y tiempo son las formas universales y necesarias de la sensibilidad, mientras que el sujeto es la condición lógica de la objetividad. Las representaciones son aquello en lo que consiste nuestro conocimiento, y la identidad es el resultado de las síntesis cognitivas. De acuerdo con la interpretación de Kahn, Kant “insiste en que nuestra experiencia de un mundo fenoménico es una construcción de nuestra imaginación”, relacionando así “la idea misma de objetividad a la unidad de apercepción del sujeto: el mundo es siempre un mundo para alguien”.

Desde luego, es posible sustituir los presuntos “espacio y tiempo euclidianos vacíos”⁴ de Kant por el territorio y la historia, y el sujeto

³ El tiempo es la forma universal de todos los fenómenos, pues el espacio es sólo la forma del sentido externo. Como representación, sin embargo, toda afección externa es, a la vez, interna, y por esta razón solo el tiempo es la forma universal de la sensibilidad.

⁴ En Kant, el tiempo y el espacio no pueden estar llenos o vacíos, porque son formas.

trascendental por un sujeto individual o colectivo, ambos empíricos y contingentes. Pero esto ya no guarda ninguna relación con Kant, para quien suscribir la construcción imaginaria del mundo derrotaría el propósito mismo de la *Crítica*, que reside en mostrar las condiciones *a priori* de la experiencia *objetiva*. Más aún podría argumentarse plausiblemente que el proyecto kantiano no es construccionista sino más bien lo contrario, pues implica una deconstrucción analítica de la experiencia para identificar sus condiciones *a priori* de posibilidad.

No obstante, esta particular forma de usar a Kant es consistente con el papel primordial – y, en mi opinión, bastante problemático – que Kahn desea dar a la imaginación, sobre el que regresaremos más adelante. Podría argumentarse que, en la larga tradición neokantiana, es posible encontrar interpretaciones que quizás, de alguna manera, sustenten parcialmente las controvertidas posiciones de Kahn. Tales interpretaciones, sin embargo, se basarían más bien en *La crítica del juicio*⁵. Como quiera que sea, el texto kantiano no sustenta en manera alguna estas interpretaciones de Kahn; por el contrario, parecería que contradicen el propósito explícito de la primera *Crítica* e invalidarían lo que el propio Kant cree haber logrado demostrar. Si, por otra parte, consideramos que los libros de Kahn están dirigidos primordialmente a estudiosos del Derecho y no a profesionales de la filosofía, considero que hay un grave riesgo de generar confusión sobre el proyecto kantiano a menos de ofrecer justificaciones adicionales.

Dejando a Kant a un lado, quisiera ahora examinar una serie de problemas teóricos relacionados con los conceptos utilizados en el análisis cultural del Derecho. En esta sección, adopto una perspectiva filosófica diferente, la del análisis conceptual propuesto por Wittgenstein. Desde este punto de vista, encuentro que las diferentes definiciones que ofrece Kahn de cultura, Derecho y Estado de Derecho pueden dar lugar a una serie de dificultades. Por una parte, no es claro en qué forma se relacionan estas diferentes definiciones entre sí, o cuál de ellas debe primar en el análisis. Por otra parte, la diversidad de contextos en los que aparecen estos

⁵ En este texto, Kant presenta sus ideas sobre la estética, donde a la imaginación se atribuye un papel muy diferente, y donde no se trata de los problemas concernientes al conocimiento objetivo, tema central de la *Crítica de la razón pura*.

conceptos pueden dar lugar a problemas metodológicos, en la medida en que cada uno de ellos exigiría enfoque diferenciados.

La cultura se define como “el carácter sustantivo del imaginario social”, y como “un logro de la imaginación”. La cultura es análoga al lenguaje, una red de significados que solo tienen sentido cuando se relacionan entre sí. Estos significados pueden hacer parte también de narrativas paradigmáticas según las cuales organizamos nuestra experiencia. Las variaciones en el uso de tales narrativas son infinitas, como lo es también la posible yuxtaposición de diferentes conceptos, lo cual lleva, como él lo dice, a una interminable “proliferación de significados”. Aun cuando podemos imaginar con facilidad cómo la cultura podría ser una especie de medio incluyente como el lenguaje, los lenguajes tienen reglas según las cuales se forman combinaciones significativas de sus elementos. En el caso de la cultura, sin embargo, no es claro cuáles serían tales elementos, ni cómo se relacionan entre sí y es allí donde la analogía deja de funcionar: una interminable proliferación de significados elimina los contextos específicos donde los signos adquieren significado⁶. La infinita auto-referencia es siempre circular.

Podríamos pensar, entonces, que no hay un lugar externo a la cultura, como no hay uno externo al lenguaje. Pero luego vemos que hay muchas culturas: la cultura jurídica es una de las culturas totalizantes, la otra es la ciencia. Supongo que entonces podríamos agregar muchas otras, el arte, la literatura, la antropología, etc. Más aún, dentro de estas culturas hay una pluralidad de culturas, siendo la estadounidense una de muchas.

Cuando analiza las sentencias jurídicas en *Making the Case*, en particular aquellas relacionadas con el aborto y la segregación, Kahn muestra persuasivamente cómo ciertos cambios en las creencias y prácticas culturales de Estados Unidos inciden sobre la lectura de tales sentencias. Se podría argumentar, entonces, que Kahn está usando “cultura” al menos en tres sentidos diferentes, siendo el primero de ellos este “mundo” de significaciones, un imaginario social, un conjunto de narrativas. Según el segundo, “cultura” se usa

⁶ El problema que surge aquí es similar al de los presuntos lenguajes privados. Wittgenstein muestra convincentemente que la arbitraria asignación de significados sólo tiene como resultado la imposibilidad del significado en general.

en un sentido más general, que diferenciaría diversas comunidades históricas entre sí. Tal uso es semejante al de los antropólogos sociales y sociólogos, donde designa el conjunto particular de creencias, conceptos y prácticas propias de una comunidad histórica determinada. En este sentido hay, de hecho, muchas culturas. Pero, en este caso, diferentes disciplinas no se consideran diferentes “culturas”; por el contrario, estas comunidades pueden tener sistemas jurídicos diversos, o ninguno, y distintas concepciones del Derecho.

Más aún, incluso dentro de la cultura estadounidense, puede decirse que distintas generaciones y diversos sectores de la sociedad difieren culturalmente. Podría argumentarse, por ejemplo, que las más recientes generaciones tienen más en común en diversas culturas, o que las creencias de los estadounidenses sobre asuntos de raza o de género no son en absoluto compartidas por todos. Por otra parte, afirma Kahn, muchas comunidades forman parte todas de la cultura occidental, a pesar de las diferencias que puedan existir entre sus sistemas sociales o jurídicos. Aquí regresamos, entonces, al segundo sentido de cultura, pues debemos suponer que el concepto distingue la cultura occidental de la oriental. Es posible que compartamos algunas tradiciones comunes en Occidente, ¿pero puede afirmarse lo mismo del Oriente?

Más importante aún, si toda práctica humana es concebida como un producto de la imaginación y, por lo tanto, como un constructo cultural, el concepto de “cultura” lo incluye todo y ya no resulta ser una herramienta útil para identificar o distinguir entre ellas.

De acuerdo con Wittgenstein (1968), los conceptos tienen significado cuando se usan para hacer algo con ellos, esto es, al menos para identificar o distinguir. Un concepto que no tiene contrario es lo que él denomina un “concepto metafísico” o pseudo-concepto: parece tener significado, pero en realidad no desempeña ninguna función en el lenguaje. Podríamos decir que la manera como se usa un concepto como el de “cultura” en el análisis cultural del Derecho no tiene un contrario concebible salvo, quizás, el de naturaleza. Pero la manera como concebimos la naturaleza debe ser también, según los principios de Kahn, un constructo cultural. Para ponerlo en términos muy sencillos, si “cultural” se predica de todo, deja de ser un concepto significativo.

Surge una dificultad análoga cuando se definen el Derecho y el Estado de Derecho como prácticas culturales. ¿Cómo puede haber una práctica que no sea cultural? ¿Cuál es la diferencia entre una práctica cultural y una práctica social, que es otra definición del Estado de Derecho? Si al agregar "cultural" se pretende señalar un aspecto o dimensión diferente de estas prácticas, ¿cuál es el propósito de tal adición y cómo afecta la práctica?

El análisis cultural del Derecho, por otra parte, ofrece ulteriores descripciones del Estado de Derecho que apuntarían más bien a desarrollos políticos e históricos, tales como, “[u]na forma de organización social bajo un conjunto de creencias constitutivas de la identidad de una comunidad y de sus miembros individuales”(Kahn, 2001, p. 15), “[e]l proyecto de una comunidad democrática, una manera de ver y de mantener nuestro mundo social común” (Kahn, 2016, p. 32), “[u]na manera de imaginar la política” (Kahn, 2001, p. 53), “[e]l logro de un ideal político particular que fue realizado en una comunidad, la nación, y desplazado de su lugar en la gran cadena del ser y reconstruido como el producto de la razón y la voluntad redificadas en el pueblo como soberano” (Kahn, 2001, p. 117). No me resulta claro si esta es una descripción del Estado de Derecho en Estados Unidos, en toda nación sometida al Estado de Derecho, ni *quiénes* integran este mundo social común. Más aún, no entiendo cómo un ideal político pueda ocupar un lugar en “la gran cadena del ser” pues esta idea, aparte de sus connotaciones medievales⁷, no tiene mucho sentido cuando se la aplica al Estado de Derecho. Este sentido más restringido de Estado de Derecho lo ubicaría en un contexto específico, histórica y geográficamente circunscrito, y la serie de análisis que ofrecerían una mejor comprensión de este proyecto incluirían, presumiblemente, referencias a desarrollos históricos y a teorías políticas concretos. Esto resulta evidente en las explicaciones presentadas en *Making the Case*, pero entonces los resultados de tales análisis no podrían generalizarse y sólo nos permitirían una mejor comprensión de la práctica contemporánea del Derecho en Estados Unidos.

⁷ Algunos filósofos cristianos medievales se referían a “la gran cadena del ser” para indicar que no puede haber vacíos o saltos en la realidad, pues hay una estructura jerárquica que comienza con Dios y sigue con los ángeles, demonios, estrellas, la luna, reyes, príncipes, nobles, gentes del común, animales, etc.

Además de las caracterizaciones anteriores, hallamos asimismo una definición más existencial del Estado de Derecho como una manera de ser en el mundo que conlleva un conjunto determinado de creencias. Es un “mundo de significados”, pero también una “experiencia de significado”, “un conjunto de significados a través de los que vivimos y nada más” (Kahn, 2001, p. 124, 131, 134). El problema con este uso del concepto de “significado” es análogo a aquel que se da con el uso de “cultura”. Los significados no son entidades independientes; son el significado de conceptos, ideas, acciones, y no veo cómo podrían ser experimentados o vividos. Más aún, si el Estado de Derecho no es más que un conjunto de significados, desprovisto de todo referente y contexto, eventualmente puede significar cualquier cosa para cualquier persona.

Finalmente, en *Making the Case*, Kahn describe la práctica jurídica como una narrativa, que quizás sea parte de una narrativa más amplia, y emitir sentencias judiciales, en su opinión, no es más que ofrecer el relato más persuasivo. El Derecho, según lo anterior, debería considerarse más bien como un género literario.

La dificultad con esta diversidad de sentidos es que cada una de las concepciones anteriores del Estado de Derecho exigiría, para su análisis, un enfoque metodológico diferente. Si por “cultural” debe entenderse que todas estas diversas perspectivas deben ser incluidas, el problema con la aplicación de un método semejante es la imposibilidad de establecer criterios que permitan decidir qué aspectos de nuestra tradición cultural y cuáles no son pertinentes para el análisis. Esto puede ejemplificarse en la manera como Kahn utiliza los relatos bíblicos como fuente de conceptos jurídicos. La justificación para hacerlo es que todos pertenecemos culturalmente a la tradición judeo-cristiana. No obstante, podríamos pensar también en los mitos y tragedias griegas, que forman parte también de nuestra tradición occidental común, y llevarían a conceptualizaciones muy diferentes.

Evidentemente, las herramientas requeridas para un análisis cultural (de la práctica jurídica actual en Estados Unidos, por ejemplo) provendrían de una diversidad de métodos. Los desarrollos históricos y políticos se basarían en la historia y las ciencias

políticas. El análisis de las narrativas y de los géneros literarios recurriría a la literatura y a la retórica. El análisis cultural implicaría, entonces, un conocimiento de distintas áreas del conocimiento (historia, teoría política, experiencias vividas y teorías literarias) con la paradójica exclusión de los estudios jurídicos. No es claro si tales investigaciones deban adelantarse por separado y luego, tomadas en su conjunto, ofrecerían una mejor comprensión de la práctica jurídica tal como se lleva a cabo.

A pesar de estas dificultades conceptuales y metodológicas, *Making the Case* ofrece un análisis esclarecedor e interesante de las sentencias judiciales que examina. Ciertamente, muestra persuasivamente que aquello que podría llamarse la historia de las ideas (“genealogía”), amplía el marco dentro del cual pueden entenderse conceptos y procedimientos jurídicos. No obstante, este marco incluye principalmente desarrollos históricos y la evolución de la teoría política, que pueden verse como presuposiciones ideológicas que operan en la mayor parte de los sistemas jurídicos constitucionalistas. El mérito del texto reside en mostrar aspectos específicos de estas ideas que inciden en contextos jurídicos particulares.

Sin embargo, no creo que las conclusiones que se extraen de este muy sugerente análisis estén del todo justificadas. Aun cuando es evidente que la práctica jurídica no se reduce a la racionalidad y a la aplicación de silogismos lógicos, esto no hace de ella un ejercicio en ficción, donde los recursos jurídicos sean principalmente la hermenéutica y la retórica. Quizás esto resulte más plausible en los sistemas de Derecho consuetudinario. En los sistemas de Derecho civil, sin embargo, la interpretación está mucho más restringida, y apartarse sustancialmente de los textos escritos es incluso un delito. Más aún, esta caracterización minimiza el papel de los conceptos y las reglas en la práctica jurídica; finalmente, así no esté suficientemente sustentado, el mejor relato gana.

Es en este punto donde, de nuevo, surge la pregunta por el método. En lugar de la “genealogía” y la “arquitectura”, como se propone en *El análisis cultural del Derecho*, parecería que las herramientas que deben utilizarse serían más bien aquellas de la literatura. Los abogados y, en este caso, los jueces, se beneficiarían más de un

entrenamiento en retórica y narrativa que en las áreas especializadas del Derecho.

Finalmente, la dicotomía entre las humanidades y las ciencias sociales resulta problemática, porque se la hace depender de la causalidad. Para el humanista, según Kahn, el Derecho es un mundo imaginado, mientras que para el científico social, es un mundo de hechos causalmente relacionados. Creo que ninguna de las dos descripciones es correcta. Aquí vuelvo de nuevo a Wittgenstein. Un error conceptual común, para él, consiste en confundir causas y razones. El origen de esta confusión es que ambas son respuestas a la pregunta “Por qué”. Las primeras – las causas – son siempre empíricas y objeto de juicios hipotéticos; las segundas no son empíricas y consisten en mostrar un proceso o una regla mediante los cuales se llegó a determinado resultado. La razón por la cual un homicida va a la cárcel es porque el Derecho especifica penas para el asesinato. Una causa, por el contrario, explicaría qué aspectos físicos llevaron a la muerte de la víctima.

Creo que la mayor parte de las ciencias sociales contemporáneas, con excepción de algunas tendencias muy específicas dentro de ellas, no buscan explicar los acontecimientos de los que se ocupan como meros hechos desnudos sujetos a la causalidad. Ni siquiera las llamadas “ciencias duras” pretenden ahora buscar causas universales y necesarias de la naturaleza, y es evidente que la matemática no es una disciplina basada en leyes causales.

Como filósofa, no puedo dejar de suscribir la afirmación según la cual las disciplinas humanistas pueden hacer valiosas contribuciones a nuestra comprensión del Derecho. El análisis conceptual es siempre una opción interesante cuando se abordan estas disciplinas. Este tipo de análisis debe ser siempre contextual, pues el significado de los conceptos no puede establecerse aparte de su uso regulado. La pragmática podría verse, entonces, como una herramienta útil en el análisis jurídico. No impediría incluir dentro del contexto la historia de las ideas; de hecho, lo hace a menudo. Pero sí nos impediría concebir la práctica jurídica exclusivamente como ficción o narrativa. Finalmente, quisiera señalar que las presuposiciones filosóficas que operan en ambos libros, *El análisis cultural del Derecho* y *Making the Case* no parecen ser consistentes. Mientras que el primero se

basa presuntamente en Kant y quizás en Foucault, el segundo estaría más en la línea del post-estructuralismo francés, particularmente la de Lyotard, y en la de una versión radical de la Hermenéutica. Puesto que no se las reconoce explícitamente, podrían llevarnos a pensar que todo esto hace parte del análisis cultural del Derecho. Más aún, resulta difícil ver cómo podrían conciliarse las tesis de tan diversas y contrastantes posiciones teóricas sin incurrir en graves problemas conceptuales y metodológicos.

Referencias

- Bonilla, D. (2017). Entrevista a Paul Kahn, *Isonomía*, No. 46, pp. 131-154
- Kahn, P. (2001). El análisis cultural del Derecho. Barcelona: Gedisa, 2001.
- Kahn, P. (2016). Making the Case. New Haven and London: Yale University Press.
- Kant, I., (1965). *Crítica de la razón pura*. (P. Ribas, Trad.). Madrid: Alfaguara (Trabajo original publicado en 1781) .
- Wittgenstein, L. (1968). *Los cuadernos azul y marrón*, Madrid: Tecnos.