

Artículo

**IDEALISMO Y AUTOCONSTRUCCIÓN: UNA NOTA SOBRE
MAKING THE CASE DE PAUL KAHN**

Amnon Lev¹

Traducido por Magdalena Holguín²

Resumen³

Este texto centra su análisis en la noción de auto-autoría (self-authorship), entendida como la idea base que informa la inquietud por la libertad presente en “Making the Case.” El argumento principal es que, para Kahn, la sentencia judicial sólo cumple su función de vincularnos como responsables del derecho si nos comprometemos con el universo de significados que la informa, mediante el funcionamiento de unas políticas específicas del cuerpo en la polis liberal. Esto tiene dos consecuencias: (i) se pone en juego la dinámica de la relación entre derecho y cultura, siendo esta última un limitante y a la vez un productor del primero, y (ii) en esta relación compleja Kahn utiliza la cultura de maneras muy específicas que lo confrontan con la teoría política liberal contemporánea. Por tanto, Making the Case constituye una ruptura en la relación que su autor tiene con el liberalismo en trabajos previos y problematiza su creencia en que la teoría jurídica debe mostrar al Derecho como un medio para nuestra libertad.

Palabras clave:

Cultura, políticas del cuerpo, auto-autoría, liberalismo.

Abstract:

This text centers its analysis in the notion of self-authorship, understood as the basic idea that informs the preoccupation for freedom present in

1 Amnon Lev es Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Copenhagen, realizó un PhD. en Derecho en ésta Universidad en el 2009, ha participado como profesor asistente en Seminarios de Filosofía y Derecho en varias universidades del mundo.

2 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 sus estudios de doctorado en la Universidad de Columbia.

³ Este resumen fue escrito por el comité editorial de UNA Revista de Derecho.

Making the Case. The main argument is that, for Kahn, court rulings only fulfill their function of linking us as the people responsible of the law if we commit to the universe of meaning that informs it through the functioning of a series of specific policies of the body of the liberal polis. This has two consequences: (i) it puts at stake the dynamics of the relationship between law and culture, being this last one a limitat and at the same time a producer of the first one, and (ii) in this complex relationship Kahn uses the culture in very specific ways that confront it to contemporaneous liberal political theory. For that reason, Making the Case constitutes a rupture in the relationship of its author with liberalism in previous works and problematizes his belief that theory of law has to show the law as a means to achieve our freedom.

Keywords

Culture, politics of the body, self-authorship, liberalism.

Making the Case hace muchas cosas. Ofrece al lector un análisis detallado y cuidadosamente elaborado de las sentencias judiciales, que saca a la luz complejidades, muchas de ellas insospechadas, de este elemento crucial pero, sin embargo, algo ignorado del Derecho público. El libro continúa la exploración de vieja data del imaginario político estadounidense, y se compromete, más que en cualquiera de las otras obras de Kahn, con el problema de la libertad. Las observaciones que presento a continuación se centran en cómo una inquietud por la libertad informa el análisis de Paul Kahn sobre la implicación de Derecho y cultura. En el corazón de *Making the Case* está la idea de auto-autoría (*self-authorship*), es decir, la idea de que la función específica de la sentencia judicial es persuadirnos de que somos responsables del Derecho tal como lo determina la Corte. En lo que sigue, la auto-autoría se analizará en dos niveles: primero, considero en qué forma estructura lo que podemos llamar la metodología de la sentencia judicial (Parte I). Muestro que la noción propuesta por Kahn de auto-autoría gira en torno a la tesis de que *el Estado de Derecho y la soberanía popular*— los conceptos más fundamentales de la teoría del Derecho público — significan o, más bien hacen, la misma cosa, al punto que el primero puede reemplazar a la segunda. Procederé luego a examinar cómo esta tesis informa el texto de Kahn, y en qué forma implica y compromete al lector en relación con la comunidad política regida por el Derecho. El argumento clave que quiero sostener es que, para Kahn, solo podemos hacernos autores de Derecho si nos comprometemos con el mundo de significados que lo informa; en última instancia, con el mundo en el que somos como sujetos de Derecho. Al considerar cómo hacemos esto, nos vemos llevados a poner en cuestión cómo Derecho y cultura se condicionan mutuamente, actuando la cultura como un *límite* para el Derecho y, a la vez, siendo un *producto* de él.

La segunda parte lleva más allá el análisis de la auto-autoría, al explorar sus fundamentos en una política del cuerpo que alinea la esfera de lo íntimo con el ordenamiento de la comunidad política. El paso de la sentencia judicial a la política del cuerpo, que desplaza también la exposición presentada en *Making the Case* a los trabajos anteriores de Kahn sobre el liberalismo, resulta abrupto, pero está dictaminado por la lógica interna de su pensamiento. Aquello que lleva a Kahn al estudio cultural del Derecho es el descubrimiento del papel del cuerpo en la organización de una comunidad política liberal. El punto central de su crítica al liberalismo es que, al omitir aspectos esenciales acerca de cómo nos relacionamos mutuamente como cuerpos, desconoce dimensiones enteras de significado que informan y dan sentido al Derecho. Como lo veremos, sus investigaciones sobre el erotismo descubren otra política del cuerpo, que gira en torno al sacrificio, al que entiende como una manera en que los sujetos se conectan con el Derecho. Argumentaré que la política

del cuerpo alternativa de Kahn está apoyada en las instituciones del orden social liberal y, a la vez, genera tensión entre ellas. Al desarrollar este análisis, la tercera y última parte lleva el análisis de regreso al problema de la cultura. Sostendré que la tensión en la teoría jurídica de Kahn lo lleva a invocar el papel de la cultura de maneras muy específicas, que lo confrontan con la contemporánea teoría política liberal.

A un nivel general, la pregunta, o la inquietud que quiero proponer, es si Kahn, al mostrar que el Estado de Derecho genera mundos de Derecho que son también mundos de libertad, genera mundos de vida que no son. Lo que está en juego es aquello que podríamos llamar el *idealismo jurídico* de Kahn, su creencia en que una teoría jurídica debería mostrar al Derecho como un medio para nuestra libertad. Este es el sentido de la auto-autoría. Hay otras maneras, quizás más eficaces, de criticar este idealismo, diferentes de mostrar que es aporético. Obviamente, Kahn no desconoce el hecho de que el Derecho nunca es puro; que la forma cómo se hace es, la mayor parte del tiempo, una función de intereses creados. Pero ciertamente tiene razón en que al *pensar* sobre el Derecho, al verlo como una forma distintiva de autoridad que no es reductible al poder, debemos pensar en términos idealistas; no porque, como asunto de consciencia, queramos mostrar el Derecho bajo una luz edificante a quienes los introducimos en él, sino porque no comprenderán lo que es el Derecho si no se les muestra cómo opera cuando hace lo que debe hacer.⁴

Una última observación preliminar: aun cuando *Making the Case* es el objetivo de esta nota, lo leeré dentro del contexto de las otras obras de Kahn. Se podría cuestionar esta elección al menos en dos aspectos: primero, implica introducir en el análisis elementos teóricos que ha mantenido por fuera del todo auto-contenido que ha escrito como una introducción para estudiantes y, segundo, implica el riesgo de ignorar diferencias en sustancia y tono entre sus escritos. De estas, considero la segunda objeción como la más grave. Ciertamente, hay aristas burdas e incluso abruptas en la *œuvre* de Kahn que una amplia lectura no puede ignorar. En *Making the Case*, por ejemplo, parece estar más dispuesto a aceptar (cierto) liberalismo que en sus escritos anteriores. Igualmente, la fascinación con la violencia que se transmite en otras obras está ausente en este caso. No obstante, estas diferencias, en mi opinión, son finalmente secundarias comparadas con la continuidad de su compromiso con un conjunto de problemas nucleares relacionados con cómo nosotros,

⁴ A esto, podríamos agregar otra consideración, a saber, que sólo al tomar el idealismo literalmente, y trabajarlo, podemos llegar a comprender cómo el Derecho solicita el mundo que habita, adaptándolo a sus necesidades. El idealismo jurídico es un antídoto contra la ingenuidad del positivismo jurídico, que reduce el Derecho a pretensiones de poder de actores específicos, pero se aferra firmemente a la creencia de que, en sí mismo, no está contaminado por lo que no es Derecho y no es receptivo a ello.

institucional y existencialmente, individual y colectivamente, construimos y damos sentido a un mundo en el que lo que debemos hacer nos es dado bajo la forma del Derecho. Si queremos comprender *Making the Case* o, de hecho, cualquier otra de las obras de Kahn, debemos descubrir los motivos de este incesante compromiso. Sólo así podremos evaluar la importancia de las diferencias, así como las tensiones entre distintas partes de sus escritos.

I

Making the Case trata de la libertad. Kahn concluye su libro con un llamado a favor de un lugar para los estudios humanísticos en el Derecho, pero aquello que lo motiva a considerar estos asuntos metodológicos es, en mi opinión, una preocupación por la libertad. Como nos lo dice, las metodologías humanistas son apropiadas en el Derecho como un complemento a las herramientas cuantitativas de los científicos sociales, porque el Derecho no funciona por automatización. Los hechos no existen de la manera en que los abogados habitualmente suponen, pues hay tanta materia prima a la que el Derecho, en sí mismo puro, se aplica posteriormente. Hechos y Derecho están inextricablemente relacionados. Los primeros solo existen en interpretaciones que no pueden separarse de la determinación de la ley pertinente. Únicamente en retrospectiva, cuando trabajamos inversamente de la sentencia al caso, podemos distinguirlos.

Esto significa que la sentencia está separada de los hechos, tal como los reconstruimos, por un hiato, que es el lugar de la deliberación y determinación judiciales. Si deseamos entender cómo funciona el Derecho, necesitamos herramientas capaces de indicarnos qué hace persuasivos los argumentos y, por lo tanto, puedan arrojar luz sobre cómo la deliberación pasa de los hechos a la sentencia. Es por esta razón que necesitamos las metodologías humanistas para el estudio del Derecho; ellas, y solo ellas, tienen algún dominio sobre una forma de discurso que obra a través de la persuasión.

El hecho de que la Corte se esfuerce por persuadirnos, que no se limite sencillamente a establecer el Derecho, sino que insista en que debemos persuadirnos de que el Derecho ha sido defendido, garantiza que el poder no esté exento de ataduras, sino constreñido por la capacidad de ofrecer argumentos convincentes. Esto, a su vez, implica que la manera cómo reciben el Derecho aquellos a quienes está dirigido tiene alguna incidencia sobre su validez. En otras palabras, el Derecho no está dirigido a autómatas, sino a agentes capaces de dirigirse a sí mismos. Aquello que Kahn llama la *autonomía relativa* del Derecho, el hecho de que su aplicación no sea automática, es una garantía institucional de libertad.

Qué tan lejos se extienda esta libertad – si extiende su poder hasta anular un mandato soberano – no tiene importancia. Debido a que sentencia judicial es accesoria, ella no es, estrictamente hablando, necesaria para dirimir la disputa; al emitir una sentencia se muestra que los sujetos del Derecho no son esclavos – célebremente, el significado que Hobbes atribuyó a la condición de ser un sujeto – sino que deben, en algún sentido, ser agentes libres.

Con base en esta idea muy kantiana, la libertad existe únicamente dentro del espacio circunscrito por la ley. No podemos decir qué sea la libertad. Ni siquiera podemos decir que la libertad exista. Lo que podemos hacer es mostrar que las condiciones bajo las cuales existiría son exactamente las condiciones bajo las cuales los conceptos que utilizamos para dar sentido al mundo significarían algo. Al igual que en Kant, el discurso sobre la libertad es un discurso sobre la *posibilidad* de la libertad. La antinomia entre el Derecho como mandato soberano y como persuasión, que es la antinomia entre sujeción y agencia, se resuelve al hacer de la agencia una presuposición lógica del funcionamiento del Derecho. La libertad alimenta aquello que está, o parece estar, dirigido contra ella. Vale la pena decir que esta manera de ver la sentencia judicial se vincula con la tesis de Kahn según la cual la Corte es el conducto a través del cual lo sagrado se muestra dentro de la comunidad política; como lo veremos, una noción clave en la obra de Kahn (2016, pp. 84-85).

El conducto para la resolución de la antinomia entre las dos modalidades del Derecho – mandato y persuasión – es la idea de auto-autoría. El pueblo soberano debería reconocerse a sí mismo como autor de la jurisprudencia que establece la Corte en la sentencia judicial. Al atribuirnos autoría a nosotros mismos, nos vemos como libres. Estar sujetos a mandato no limita nuestra libertad, porque nosotros somos los autores de ese mandato. Como sabemos, esta ha sido la vía regia de la filosofía política en la edad moderna. Pero la pretensión de Kahn es más ambiciosa. El Estado de Derecho no es meramente un medio para resolver la tensión entre gobernante y gobernados; es constitutivo de quienes somos como colectividad. Kahn insiste en que el Estado de Derecho es un proyecto colectivo (“... el Estado de Derecho es algo que venimos haciendo juntos durante muy largo tiempo”; Kahn, 2016, pp. xvi, cf. p. 85). Llevar de regreso al gobierno y al fundamento/constitución de la comunidad política a una única fuente – el Estado de Derecho – compromete a Kahn con la tesis de que *Estado de Derecho y soberanía popular significan o, más bien, hacen, la misma cosa*. Este constituye el la idea filosófica clave del libro, la tesis que intenta sustentar.

Intuitivamente, la conexión que establece Kahn entre soberanía popular y Estado de Derecho tiene sentido. Sabemos que, fuera del caso límite de

una sociedad que se encuentra en el estado de naturaleza, deben referirse a la misma cosa. Y, sin embargo, la tesis de que son de hecho lo mismo es desconcertante, como el mismo Kahn lo reconoce (2016, p. 85). Con independencia de qué camino nos lleve a la ecuación, no es evidente que los dos términos, con base en el significado que habitualmente les atribuimos, encajen el uno con el otro.

Al tomar primero el Estado de Derecho, no resulta claro cómo, ni hasta qué punto, comprometa al pueblo. Una consideración de la definición canónica que ofrece Dicey del Estado de Derecho quizás aclare mejor dónde reside mi desconcierto. Tal como lo define Dicey, establecer el Estado de Derecho implica satisfacer tres criterios: 1) sólo debe imponerse un castigo por violaciones distintivas de la ley establecidas mediante un procedimiento ordinario ante los tribunales ordinarios del país; 2) nadie debería ser exceptuado de la ley o de la jurisdicción de los tribunales ordinarios en razón de su categoría o condición; y 3) en lugar de confiar en principios constitucionales generales, la protección de los derechos individuales debe dejarse al cuidado de los tribunales ordinarios, como parte de su determinación de los casos que sean llevados ante ellos (Dicey, 1960, pp. 202-203). Aquello que Dicey denomina el predominio del espíritu jurídico se reduce a la creencia de que el imperio de la ley está vinculado al funcionamiento ordinario de las instituciones que han crecido en torno al Derecho, no a acontecimientos políticos extraordinarios que puedan dar forma o remodelar una comunidad política. Según esta comprensión, el Estado de Derecho opera *dentro* de la Constitución, vista como un sistema cerrado y auto-contenido. Ciertamente, tal sistema presupone la existencia de un pueblo, pero el Estado de Derecho no está atado a la manera como esté, o no esté, involucrado el pueblo en el gobierno de la comunidad política. De hecho, como antecedente a su tratamiento del Estado de Derecho, Dicey critica a Tocqueville, cuyo trabajo sobre la Constitución de Estados Unidos elogia en otros aspectos, por no haber distinguido entre el Estado de Derecho y el auto-gobierno (1960, p. 187).⁵

Podría objetarse que aquí Dicey está comprometido con un ejercicio definitorio, y que tales ejercicios implican abstraer el *definiendum* de cualquier nodo conceptual con el que se relacione. Desde esta perspectiva, debemos cuidarnos de suponer que Dicey quiera decir algo muy determinado acerca de cómo se relacionan entre sí el Estado de Derecho y la soberanía popular. Es posible que así sea. No obstante, su texto sugiere que, como concepto, el Estado de Derecho puede operar a un alto nivel de abstracción respecto a la realidad política, hasta el punto, parece, de obviar toda referencia al pueblo.

⁵ De manera dicente, la única forma de soberanía considerada por Dicey en esta obra es la soberanía parlamentaria.

Para comprender el alcance, y el carácter, de la desconexión entre el Estado de Derecho y el pueblo, debemos examinar el otro término de la ecuación de Kahn: la soberanía. Cuando consideramos las operaciones implicadas en la génesis de este concepto, encontramos que lo que sitúa al Estado de Derecho aparte del pueblo no es la ley sino el gobierno. Los términos en los que se establece el poder soberano no dirimen la cuestión acerca de a quién corresponde detentar el poder. En otras palabras, si la soberanía es siempre la soberanía *popular*, nunca es claro a quién corresponde hablar en nombre del pueblo, lo cual pone en duda la identidad del *Nosotros* colectivo.

Comprender la soberanía nos remite a los inicios del Derecho público, a la operación de dos niveles mediante la cual Hobbes sentó los fundamentos del poder. Esta doble operación consiste, por una parte, en redefinir el origen de la autoridad de manera que se lo regrese a una única fuente y, por la otra, en introducir un estado generalizado de incertidumbre radical. De éstas, la segunda operación – la introducción de un estado de naturaleza – es la que ha atraído, de lejos, la mayor parte de la atención. La incertidumbre radical de la vida en el estado de naturaleza actúa como un disolvente de los lazos sociales preexistentes y es una condición que permite la creación de una única fuente de autoridad. Para que el fundamento tenga éxito, es preciso que sea una *creatio ex nihilo*, un acto de creación que esté totalmente contenido dentro del momento de la creación (incluso si no es completamente inmanente, como sujeción política deja intacta la relación del hombre con Dios). El mecanismo de esta creación es la acreditación. Los pactos de cada hombre con todo otro hombre de someter su voluntad a la voluntad del soberano y hacerse actor de todos sus actos, siempre y cuando todos los otros hombres hagan lo mismo.

Las formas medievales de acreditación giraban en torno a la idea de transferencia entre iguales autónomos. La novedad de la concepción de Hobbes es que vincula la alienación de la libertad del sujeto con su integración al pueblo. La acreditación marca la “generación del gran Leviatán o, más bien, (para hablar con mayor reverencia) de aquel *Dios mortal* al que debemos, bajo el *Dios inmortal*, nuestra paz y protección.” Dado que la creación se da a través del acto de legitimación, y no puede prolongarse más allá de él, los elementos a partir de los cuales se configura nuestra comunidad política – los sujetos, el soberano y el pueblo – se mantienen en un estado de continua implicación. Paradójicamente, esto es lo que permite a Hobbes desprender el ejercicio del poder creado – la soberanía – de la voluntad de sus partes constitutivas. En esta estructura triádica, donde cada parte hace referencia a todas las demás, los diversos sujetos y el pueblo conformado por ellos, solo están presentes

en el acto indefinidamente repetido de entregarse a su nuevo amo. Sólo la persona artificial del soberano está *manifestamente* presente.

El nexa que establece Hobbes en torno a esta estructura tríadica tiene una serie de implicaciones, dos de las cuales son de especial relevancia para nuestros propósitos. Primero, si la soberanía es siempre soberanía *popular*, el pueblo, la fuente de la soberanía, no gobierna. Puesto que el cuerpo político está constituido en y a través de su acreditación por parte de los sujetos, su capacidad de acción, de hecho su existencia misma, está vinculada a la persona artificial del soberano. En ausencia de la sujeción, no son más que una multitud (Hobbes, 1994, p. 104). La génesis del pueblo como entidad colectiva coincide con su eclipse como sujeto capaz de agencia. El pueblo, por lo tanto, nunca establece una presencia firme dentro del orden constitucional, con el que únicamente intersecta en el momento de la fundación.

Segundo, resulta completamente indeterminado dónde, y en quién, reside el poder soberano. Sabemos que el pueblo no puede gobernar, pero no es claro en quién se deba delegar el poder que proviene del pueblo. ¿A quién correspondería encarnar el artefacto que es el Leviatán? Dado el contexto histórico-político de esta teoría de la comunidad política, no debería sorprendernos la preferencia que muestra Hobbes por el gobierno monárquico. No obstante, de manera crucial, los términos de esta teoría no dirimen la cuestión. Hobbes afirma indiscutiblemente que la democracia es el formato de toda forma de comunidad política (“Cuando los hombres se han reunido para fundar una comunidad política, son, por el hecho mismo de haberse reunido, una *Democracia*”; Hobbes, 1998, p. 94), pero es igualmente claro que, dentro de la comunidad política, los términos en los cuales se concluye el pacto social no indican ninguna distribución de poder. Qué distribuciones sean posibles es un asunto de aritmética:

La diferencia entre comunidades políticas consiste en la diferencia de soberano, o de la persona que representa a todos y a cada uno en la multitud... Pues el representante debe ser un hombre o más; y si más de uno, entonces es la asamblea de todos o solo de una parte. Cuando el representante es un hombre, entonces la comunidad política es una *monarquía*; cuando es una asamblea de todos los que se reúnen, es entonces una *democracia*, o comunidad política popular; cuando es una asamblea de solo una parte, se la llama *aristocracia*. Otros tipos de comunidad política no puede haber... (Hobbes, 1994, p. 118).

El agnosticismo de la teoría hobbesiana sobre la comunidad política respecto al problema de la forma constitucional tiene una causa

determinada, a saber, la necesidad imperativa de mantener la implicación del pueblo, los diversos sujetos, como soberano, con el fin de impedir la cristalización de una entidad capaz de agencia. En otras palabras, su agnosticismo es una función del hecho de que, al nivel de la soberanía, ningún agente puede afirmarse a sí mismo como el portador del poder. La teoría de la soberanía, tal como la desarrolla Hobbes, únicamente establece una *forma* que alguien debe llenar. Este hecho se relaciona con nuestra anterior consideración del Estado de Derecho. Si el Derecho público puede funcionar haciendo abstracción del pueblo, como lo vimos en la obra de Dicey, es porque la *teoría de la soberanía está diseñada para evitar la afirmación de una entidad*, cosa que hace al diferir indefinidamente el momento en el que alguien llena la forma. Es inevitable que alguien lo haga, pero sigue siendo una pregunta abierta si esto *nos* lleva de la soberanía popular al Estado de Derecho. Los cánones de la interpretación estatutaria pueden, como lo señala Kahn, concebir la conformación estatutaria del poder como una forma de auto-organización pero, aun cuando es inevitable que el Derecho se unifique en torno a una entidad, no es en modo alguno seguro que *nosotros* seamos tal entidad (Kahn, 2016, p. 81).⁶

Kahn no se refiere directamente a esta cuestión, pero resulta abundantemente claro en este libro, así como en otras obras, cómo respondería. Creo que argumentaría que este es un problema en y para algunas formas de la teoría, mas no para aquella que él está proponiendo. La suya no es una teoría general o universal, aplicable a todas las comunidades políticas; es una teoría sobre la comunidad política estadounidense, cuya existencia o vitalidad sirven para garantizar la existencia de las condiciones que la hacen posible. Las comunidades políticas pueden desintegrarse, pero una comunidad política donde las fuerzas de la persuasión no afianzan el Derecho no sobreviviría. Este es el punto de la observación de Kahn según la cual nos encontramos en una situación “potencialmente revolucionaria” cuando el pueblo soberano ya no reconoce su autoría del Derecho (2016, pp. 59-60).⁷

6 El carácter impersonal o, más bien, pre-personal, del Derecho público se refleja en la manera como la Corte señala, apartándola de sí misma, a una “autoridad, que siempre está en otro lugar” (2016, p. 69), punto al que regresaremos más adelante.

7 Dos tesis analíticamente diferentes, ambas sostenidas por Kahn en distintos puntos de su obra, se conjugan aquí: primero, que llenar la forma, por así decirlo, sucedió en un punto determinado del tiempo (la Revolución Americana) y, segundo, que la existencia/vitalidad de una comunidad política es un indicio de que el Derecho está afianzado en las fuerzas de la persuasión. Para nuestros propósitos, la segunda tesis subsume a la primera. El acto mediante el cual el pueblo se afirma a sí mismo como actor político tiene éxito únicamente si instituye la posibilidad de su repetición. Visto bajo esta luz, la existencia misma de la comunidad política es una demostración positiva de que sus agentes constitucionales han continuado con la tarea revolucionaria dentro de la

El propósito de llamar la atención sobre este aspecto particular de *Making the Case* no es criticar el libro en el sentido de hallar fallas en él. Al decir que los términos de la ecuación de Kahn – soberanía popular/Estado de Derecho – no se corresponden, no estoy afirmando que su argumento sea inconcluso. El punto que quiero sostener se relaciona con la forma en que funciona el texto, a qué recursos acude y qué hace con ellos. ¿Qué, podríamos preguntarnos, está haciendo Kahn al vincular dos conceptos claves de la teoría del Derecho público que la academia ha mantenido separados, hasta el punto de definir uno de ellos al separarlo del otro? Resulta trivial decir que, al unir Estado de Derecho y soberanía popular, Kahn está utilizando estos conceptos de manera no convencional. Quizás sea menos trivial decir que este giro hacia el lenguaje, si se quiere, condiciona la departamentalización estadounidense, por cuanto garantiza que una rama específica del gobierno – la Corte – pueda hablar en nombre del pueblo. En última instancia, sin embargo, para comprender lo que está haciendo Kahn, debemos mirar el texto de una manera diferente, no como un documento que contiene información, sino como un acto que, al igual que las sentencias judiciales que estudia, opera a través de la persuasión. Al poner ante el sujeto que está abordando su texto la yuxtaposición de Estado de Derecho y soberanía popular, Kahn le está asignando una tarea. Le pide al sujeto que realice un salto de fe que compromete el mundo entero de significados desde el cual desea que leamos las sentencias. No basta con que el sujeto crea que existe un *Nosotros el pueblo* en el corazón de la Constitución estadounidense; él/ella debe creer también que *nosotros* lo somos. Solamente entonces habrá conseguido Kahn unir Estado de Derecho y soberanía popular al nivel del texto.

Hacer este compromiso, en apariencia mínimo, compromete a la persona pero tiene también implicaciones a nivel metodológico. Sitúa a la sentencia judicial en la vida del Derecho que es, también, la vida de la comunidad política que gobierna. Para leer o, más bien, para comprender una sentencia, el estudiante/sujeto debe sumergirse en el mundo de significados al que hace referencia la sentencia. Esto implica un compromiso que va más allá de aceptar esta red de significados como un posible sistema de creencias, una opción entre otras. No podemos esperar comprender el Derecho sin creer que el mundo de significados dentro del que se mueve es un mundo que compartimos. Esto no quiere decir que debamos estar de acuerdo con la sentencia ni con las razones específicas dadas por la Corte. Debemos, sin embargo, creer que son el *tipo correcto* de razones. Debemos creer que la red de significados a la que hace

Constitución de tal manera que han impedido una revolución externa a ella. Unas lecturas más minuciosas revelan leves variaciones en la convicción de Kahn de que el Derecho puede interceptar e incluir todas las aspiraciones de la soberanía popular (Kahn, 2005, pp. 202-21; Kahn, 1997, p. 73).

referencia la sentencia judicial constituye el horizonte último del desacuerdo normativo en nuestra sociedad. Esta creencia fundamenta la convicción de Kahn de que el Derecho puede continuar sirviendo como la expresión a través de la cual nosotros, como comunidad política, resolvemos las condiciones de nuestra vida en común.

No debe sorprendernos lo que sucede en el texto de Kahn. Las introducciones invariablemente proceden por referencia a una preconcepción de aquello que introducen y que luego hacen más sustancioso y argumentan a medida que avanzan por los pasos requeridos para llevar al neófito al nivel de la persona que detenta el conocimiento. En efecto, incluso al nivel del análisis del Derecho consuetudinario, Kahn se basa en la posibilidad de postular aquello que es el objeto de la demostración y la explota. Su investigación se fundamenta en la creencia, constitutiva todas las formas de la hermenéutica, de que la circularidad implicada en esta operación constituye un círculo virtuoso; algo con lo que debemos comprometernos y no algo que busquemos evadir.

No obstante, vale la pena proseguir con el problema de la metodología, pues nos presenta un ángulo desde el cual vemos cómo se vinculan libertad y cultura en la obra de Kahn. Lo hace en niveles que son analíticamente diferenciados, pero tan estrechamente interrelacionados que parecen, en ocasiones, indistinguibles. Al nivel del Derecho, la cultura es un punto de referencia esencial pero no reconocido. Puesto que sus miembros no son elegidos, la Corte no puede apartarse demasiado de aquello que sería el objeto de un consenso social superpuesto, so pena de ser acusada de usurpar un poder que por derecho pertenece al pueblo. Al nivel de la teoría, la implicación mutua de Derecho y cultura se hace explícita de dos maneras complementarias: primero, como una afirmación sobre la metodología. El estudio cultural del Derecho tiene como premisa la creencia de que, solo al tomar en consideración la cultura en la que se imbrica el Derecho, podemos acceder al mapa de los puntos del consenso superpuesto en el que se basa la Corte cuando debe decidir novedosos asuntos jurídicos. Segundo, como un punto sobre agencia política o identidad. Solo al complementar las fuentes del Derecho a través del estudio de la cultura podemos aprovechar la tesis teórico-política según la cual *nosotros* somos los autores del Derecho.

La cultura está, entonces, en el centro, tanto de la teoría, como de la práctica del Derecho. Con base en la descripción que hemos ofrecido, la principal dirección de la determinación sería de la cultura al Derecho. El Derecho sería la variable dependiente. La vara con la que deberíamos medir la sentencia judicial sería determinar si tiene éxito en alinear el Derecho con la maraña de conceptos y significados implícitos que conforman la cultura de una sociedad. Desde esta perspectiva, la cultura

impondría una restricción al Derecho. Esta podría parecer una concepción reaccionaria, pero no necesariamente la es. Una sentencia puede fracasar por no elevarse al nivel de la cultura a la que pretende gobernar. *Dred Scott* es ejemplo de un fracaso semejante. Constituye una farsa de la justicia porque ni siquiera intenta persuadirnos (Kahn, 2016, p. 45). No identifica puntos de convergencia en torno a los cuales podría articular las diferencias entre las pretensiones que están siendo adjudicadas.⁸

Pero la mutua implicación de Derecho y cultura no opera solamente en una dirección. Si bien la cultura es una restricción para el Derecho, el Derecho también configura la cultura que gobierna. En cierto sentido, esto es obvio. Por las razones presentadas antes, es también una verdad incómoda. Crear un Derecho que no refleje lo que es ya un hecho social es controversial, pues invita la objeción de que la Corte está actuando por fuera de su ámbito de competencia; de que está usurpando una potestad que por derecho pertenece al pueblo. Allí donde la Corte abre nuevos caminos, debe entonces proceder con cautela. Debe situar su sentencia cerca de los puntos superpuestos de consenso que conjuntamente conforman una cultura, lo cual significa que la Corte puede fracasar en una de dos maneras: bien sea por no elevarse al nivel de estos puntos, o por avanzar demasiado más allá de ellos. Como se señaló, *Dred Scott* fue una farsa de la justicia porque no hizo lo primero. En aquel momento, una sentencia que extendiera el sufragio a las mujeres habría fracasado por lo segundo. Al leer a Kahn, quedamos con la sensación, independientemente de cuánto concuerda con el resultado, de que *Roe v. Wade* habría podido fracasar por la misma razón.

El espíritu de la ley, tal como nos lo presenta Kahn, es el de un cauteloso liberalismo que protege y constantemente empuja los límites de la narrativa impersonal acerca de cómo, sujetos a qué condiciones, vivimos juntos como colectividad. Si esto implica al arte, al arte al que hace referencia Kahn en el subtítulo de su obra, es porque no hay criterios fijos respecto a los cuales pueda hacerse la determinación. Cómo vivimos en realidad no es irrelevante para la determinación del Derecho, pero los fundamentos sobre los cuales el magistrado determina qué analogías resultan apropiadas para el caso que juzga— ¿se asemeja más una pareja del mismo sexo a la de adultos heterosexuales que consienten, o a una familia? — no pueden establecerse mediante un conteo o adelantando estudios cualitativos en profundidad. Exige sopesar las fuentes del Derecho contra desplazamientos en el equilibrio social. Es por ello que la

⁸ El predicamento, si se quiere, es que, en relación con determinados conflictos, es posible que no haya puntos globales de convergencia, lo cual no es una situación revolucionaria, no porque la auto-autoría del Derecho no esté en duda — lo está — sino porque no hay nadie que haga tal determinación.

determinación de esta cuestión, y de otras semejantes, exige una sentencia judicial.

El arte de la sentencia judicial implica una forma de agencia que, cuando tiene éxito, no es visible en sus productos. Cuando la sentencia judicial consigue persuadirnos, nos deja ver la determinación del Derecho como un acto que *Nosotros el pueblo* ejecutamos sobre nosotros mismos para realizar lo que somos como colectividad. Por consiguiente, oculta de la vista la agencia independiente del Derecho. Tal agencia ocupa el primer plano en el modo destructivo de la sentencia, cuando anula sentencias anteriores – actos que realizamos como colectividad, pero que ya no reconocemos como verdaderos recuentos de lo que (verdaderamente) fuimos. Estas sentencias pasadas continúan existiendo como documentos históricos pero, aun cuando puedan revelar algo acerca de lo que éramos, ya no cuentan como momentos constitutivos del llegar a ser lo que somos. Son históricos en el sentido trivial de haber existido alguna vez, no en el sentido de estar con nosotros en todo momento como el punto de referencia desde el cual consideramos, y juzgamos, los actos mediante los cuales nuestro ser colectivo avanza en el tiempo.⁹

Kahn está más interesado en qué se introduce en el Derecho en estos momentos de “natalidad” que la Corte, con gran frecuencia, moldea como si fuesen continuos con su casuística anterior. Este es, comprensiblemente, un libro escrito como propedéutica y, por lo tanto, centrado en lo que hace el Derecho en primer lugar y principalmente. Sin embargo, podría argumentarse, los raros momentos en los que las Cortes niegan sus precedentes son más reveladores de la agencia del Derecho. Revelan, así sea solo implícitamente, que el Derecho no solo refleja la cultura; es también *generador de mundo(s)* que, a pesar de ser configurados a partir del Derecho (que es forma antes que cualquier otra cosa), equivalen a otros artefactos culturales en su capacidad de portar significado. Al crear significado, una sentencia no siempre creará nuevo Derecho, pero ninguna determinación del Derecho podría persuadirnos, si no estuviéramos ya persuadidos de que tenía su lugar dentro de un mundo de significados que podríamos aceptar como nuestro.

Con la creación de significado hemos llegado al nivel más fundamental del arte que nos ocupa aquí. Es también en este punto que debo formular la más seria reserva que tengo sobre la manera en que Kahn vincula la libertad al Derecho a través de la cultura, más precisamente la manera en que conjuga libertad y Derecho a través de diferentes ámbitos sociales. Mi inquietud es que, *precisamente por generar mundos (de Derecho) que*

⁹ Ver Kahn, *Making the Case*, p. 118, para la distinción aristotélica entre posterioridad en el tiempo y en la sustancia.

son mundos de libertad, genera mundos de vida que no lo son. Para aclarar esta dialéctica de Derecho y libertad, debemos llevar el análisis un paso más allá, a la política del cuerpo que mantiene en su lugar el imperio de la ley.

II

El cuerpo parece estar ausente del mundo de la sentencia judicial, pero es el fundamento sobre el que descansa ese mundo. El cuerpo del ciudadano, nos dice Kahn, es el único soporte material de la soberanía popular (2005, p. 272). Las acciones no obligadas del cuerpo son demostraciones del hecho de que somos persuadidos por el Derecho. El cuerpo es, entonces, el fundamento último de la auto-autoría de la sentencia judicial y de la *auto-teoría* del estudio del Derecho (ver Kahn, 1999, pp. 86-90, 104). Aquello que debemos descubrir es, primero, cómo y en apoyo de qué teoría jurídica, el liberalismo ha enlistado el cuerpo y, segundo, cómo y con qué fin, Kahn propone desconectar al cuerpo de los dispositivos en los que lo ha insertado la teoría liberal. Como lo veremos, la disputa es sobre el amor, pero el problema es uno de sus extremos. Kahn menosprecia la concepción liberal del amor, en la cual se lo vincula a las instituciones del orden liberal, principalmente, entre ellas, a la familia. Sin embargo, no resulta claro que el amor, así liberado, contenga los recursos necesarios para confrontar seriamente la teoría jurídica liberal. Es por ello que se pasa del amor a un tipo de amor intensificado – el sacrificio – que nos lleva del ámbito de la intimidad al ámbito de la ciudad. Lo que debemos entender en este paso es cómo la indeterminación del amor condiciona la manera como Kahn sitúa al individuo en relación con el Estado. Esto, a su vez, determinará como usa la cultura para dar sentido al Derecho.

La implicación entre cuerpo y persona es clave para la crítica de Kahn al liberalismo. La teoría político-jurídica predominante no reconocería la afiliación, pues ve la existencia de un ser colectivo determinado e históricamente situado como función de una elección y, por lo tanto, de la razón. Pero, como lo señala Kahn, regresar la existencia de la comunidad política a un acto de la razón no conseguirá lo que deseamos. Dado que se remite a un acto libre, el fundamento que puede ofrecer la razón es excesivamente débil como para sustentar un ser colectivo. Cualesquiera que hayan sido nuestras elecciones, como agentes libres siempre tenemos la libertad de deshacerlas en cualquier momento del tiempo, lo cual acaba con el proyecto de fundamentar la colectividad en la elección.

En unas de las páginas más filosóficamente gratificantes de su obra, Kahn muestra cómo la teoría liberal es conducida al cuerpo para encontrar un fundamento de libre elección que sea inmune al incesante y

corrosivo trabajo de la razón. El interés del análisis de Kahn es que no se limita a yuxtaponer cuerpo y razón para celebrar el primero y revelar la falta de fundamento de la segunda. Es claro que al pasar de la razón al cuerpo, el liberalismo no avanza en absoluto: “El cuerpo mismo no ofrece un fundamento firme; está también sujeto a la crítica de la razón. El cuerpo es una formación social tanto como lo es la iglesia” (Kahn, 2005, p. 131). El blanco de los análisis de Kahn son las formaciones sociales que organizan el cuerpo y pretenden ponerlo al servicio de la razón y sustentarla. Entre ellas, la principal es la familia. Es el lugar privilegiado para la producción de significado a través del cuerpo: “Antes de que aparezca cualquier otro conjunto de significados, nos encontramos ya dentro de un mundo de familia, unidos a él a través del cuerpo mismo” (2005, p. 183, cf. p. 197). Puesto que familia y cuerpo son co-originales, no hay esperanza de hallar un punto arquimédico para la teoría en ninguno de los dos. La familia, nos dice Kahn, “puede parecer algo natural, pero esta naturalidad es en sí misma un producto del poder político. [...] No hay escape de lo político a la familia natural” (2005, p. 191).

La familia organiza el cuerpo a través de la sexualidad. La distinción entre lo público y lo privado compartimenta el cuerpo como una fuente independiente de significado. Confina al cuerpo dentro del ámbito de lo privado y su creación de significado al acto de la reproducción, haciendo de él algo doblemente reproductor del orden social liberal. El principal objetivo de la crítica de Kahn es, entonces, ir más allá de la distinción entre lo público y lo privado. Nos dice que aquello que organiza la política del cuerpo en la sociedad liberal no es, de hecho, la distinción público/privado; es la distinción entre el amor, por una parte, y la pornografía, por la otra (2005, p. 202). A primera vista, podría parecer que está sustituyendo, sencillamente, una dicotomía por otra. Sin embargo, como lo veremos luego, esto no es todo lo que hace. Aun cuando amor y pornografía, de algunas maneras, se oponen entre sí, están también mutuamente implicados de modos que no lo está la oposición entre público y privado.

Para Kahn, el interés de la pornografía es que muestra al cuerpo como una fuente independiente de significado; un significado que no es una función de su inserción en las instituciones del orden social liberal (2005, pp. 205-206). Como tal, revela la conflictiva verdad de la implicación de ser y cuerpo que la teoría liberal busca desconocer. Vista bajo esta luz, la pornografía es lo contrario del amor romántico que inserta los esfuerzos del cuerpo, sus urgencias y deseos, dentro de las instituciones de la sociedad liberal y condena las maneras y medios de su satisfacción no convencional. Pero este es únicamente un aspecto de la mutua implicación de pornografía y romance. Kahn muestra que no se oponen sencillamente la una al otro; están, para utilizar una metáfora cuestionable, unidos por la cadera. Ambos están alimentados por la

ilusión de que puede lograrse una plenitud de significado “en y a través de la singular experiencia de la presencia física del otro” (2005, p. 210). Ambos hacen referencia a una fuente de significado que se encuentra por fuera de las instituciones del orden social liberal. Igualmente, ambos terminan confirmando este mismo orden.

Al señalar la tendencia inherente de la pornografía a la edificación de la virtud, Kahn no está lamentando la pérdida de algún potencial de liberación. La domesticidad de la pornografía es lo que le permite conectarla con la concepción de la teoría liberal sobre el amor romántico y, por lo tanto, verla como algo que revela el desorden carnal que la teoría liberal desconoce. No obstante, esta opción metodológica no deja de tener problemas. A pesar del provocador atractivo del argumento, el isomorfismo sugerido por Kahn entre el amor y lo pornográfico no es algo que represente un desafío para la política del cuerpo propuesta por el liberalismo. Muestra, en efecto, las limitaciones de tal política, pero no ofrece una alternativa a la teleología que la informa. Aun cuando es consistente con la tarea de crítica interna que Kahn se propone como objetivo, su desarrollo deja en suspenso aspectos claves del proyecto general. Si los esfuerzos del cuerpo terminan invariablemente donde la teoría liberal dice que deben hacerlo, incluso cuando siguen una trayectoria distinta, tenemos derecho a preguntarnos dónde reside la diferencia entre la vida como la imagina la teoría liberal y la vida “con sentido” dedicada al “amor y al sacrificio” que Kahn quisiera que viviéramos (2005, p. 18). Tomando el cuerpo como perspectiva ventajosa, ¿dónde encontraríamos un *discrimen* para distinguir entre estas dos formas de amor?

El problema cuyo contorno estamos comenzando a percibir compromete la idea misma de una crítica al liberalismo. Si la crítica se nutre de una experiencia del amor, deberíamos, al menos, esperar una explicación acerca de cómo este amor difiere del amor que ya ha sido puesto al servicio de los esquemas de la teoría liberal y establecido según ellos. Claramente, Kahn es consciente del problema. La distinción que traza en ocasiones, pero que no desarrolla de manera sistemática, entre el amor y el amor “romántico”, es un indicio de que intenta recuperar para la teoría un significado puramente existencial, esto es, un significado fundamentado en el cuerpo, pero que no ha sido domesticado por la teoría liberal.

Argumentaríamos que si Kahn no desarrolla la distinción entre amor y amor romántico, es porque el amor no está organizado en torno a la distinción público/privado; más aún, la desborda. Obviamente, tiene razón al afirmar que la moderna teoría liberal confina el amor al ámbito privado, pero la teoría liberal está mejor equipada para tratar con el amor de lo que podría sugerir la obra de Kahn, dirigida contra los teóricos

liberales contemporáneos de la razón pública. Aquello a lo que quizás no ha prestado la debida consideración en su crítica, es al hecho de que dichos teóricos son herederos de una tradición que se remonta a John Locke, en la que el amor desempeña un papel clave. El amor es parte importante del proyecto liberal. Aun cuando esto no determina la dependencia de Kahn en el amor, sí determina, como lo veremos luego, la manera en que concibe el amor, así como la relación entre el cuerpo y la comunidad política. Significa también que tendremos que proceder indirectamente, mostrando que la teoría liberal del amor se aproxima tanto a lo que Kahn necesita que sea una política del cuerpo, que solo le queda un lugar específico de crítica. Esta manera de presentar el argumento podría considerarse innecesariamente densa, pero es una reflexión acerca de cómo la política del cuerpo y la metodología están mutuamente implicadas en los análisis de Kahn.

Volviendo a la obra de John Locke, encontramos que es el amor, o algo muy semejante a él, lo que le permite apartarse de las dificultades de la soberanía hobbesiana. Como lo recordaremos, Hobbes vinculó su teoría de la comunidad política a un caso límite de interacción social en el cual no había lazos pre-políticos. Locke evita este impase al regresar el poder a la familia. La alineación de familia y comunidad política opera como garantía de la bondad del gobierno. Trasponer las características de la autoridad pre-política familiar a la relación de sujeto y príncipe le permite sustituir la pregunta de Hobbes acerca de cómo adjudicar pretensiones de derechos mutuamente excluyentes, por la pregunta acerca de cómo interactúan los hombres en ausencia de una autoridad gubernamental legítima.¹⁰ Con base en la suposición de la autoridad paterna, los hombres ya no necesitan relacionarse en un proceso contencioso que, a falta de un poder de adjudicación, invariablemente terminará en violencia. Más bien, harán lo que hacen los miembros de una familia. El tiempo hace el resto, y el hábito traslada las formas familiares de autoridad a la sociedad política:

Por lo tanto ‘fue fácil, y casi natural que los Niños, mediante un tácito y prácticamente inevitable consentimiento, aceptaran la *Autoridad del Padre y del Gobierno*. Habían sido acostumbrados en su Infancia a seguir su Dirección y a referirle sus pequeñas diferencias, y cuando fueron Hombres, ¿quién más apropiado para gobernarlos? (Locke, 1960, p. 317)

Tan fuerte es la autoridad del padre que la transición de la familia a la sociedad política parece inconsútil. “[Mediante] un cambio insensible,” los padres llegaron a convertirse también en “*Monarcas políticos*” de su

10 Ver Dunn, 1984, p. 290. Para un brillante análisis del papel central desempeñado por Locke en desplazar la teoría política del "anti-constitucionalismo" de Hobbes hacia lo que habría de convertirse en el formato de la teoría del Derecho público británica, ver Baranger, 2008, pp. 80-93.

familia y, dado que las sucesivas generaciones continuaron su trabajo, eventualmente sentaron las bases de reinos, hereditarios y elegidos (Locke, 1960, p. 318).

Confianza, el concepto clave en la teoría política de Locke, se remite a esta relación primordial de cuidado. El grado en que el poder es confianza es una función de la capacidad del gobernante de cuidar de la sociedad como si fuese un niño dejado a su cargo. En “las Infancias de las comunidades políticas,” nos dice Locke, aquellos a quienes se confiaba el gobierno “habitualmente” utilizaban su poder de esta manera. Si hubiesen fallado en sus deberes paternales, sus hijos no habrían llegado a la madurez: “sin estos Padres tiernos y cuidadosos de la riqueza común, todos los Gobiernos habrían sucumbido a las Debilidades y Enfermedades de su Infancia; y el Príncipe y el Pueblo habrían pronto perecido juntos” (Locke, 1960, p. 342).

Locke, debemos decirlo, adopta una visión negativa de la capacidad que tendría la confianza para fundamentar el poder. A medida que crece la sociedad, cada vez resulta menos creíble que las formar familiares de autoridad, basadas en el cuidado, puedan refrenar el poder. Esto es una función de un cambio en escala, pero también de un cambio más general en la naturaleza de las relaciones sociales, el más importante entre ellos el cambio ocasionado por la introducción del dinero.¹¹ Durante la “pobre pero virtuosa Edad” en la que se iniciaron los gobiernos, la analogía de la familia se sostenía pero, con la llegada del dinero, la ambición y el lujo abrían una brecha entre el príncipe y el pueblo, enseñando al primero a tener “intereses distintivos y separados” de aquellos de sus súbditos, y recalando en ellos la necesidad de “examinar con mayor cuidado el *Original* y los Derechos del *Gobierno*” (Locke, 1960, p. 343).

Dejando de lado las reservas de Locke, el hecho es que la teoría liberal está inmersa en el amor (incluso si el descuido del amor en la posterior teoría liberal está prefigurado en su comprensión de la confianza como una provisión no renovable, que quedó atrás antes de los comienzos de la historia política). Al regresar el sentido de la vida al amor, Kahn, podríamos decir, está regresando la teoría liberal a la fuente de la que se alimentó (incluso si la teoría liberal, en todas sus formas, carece de las palabras necesarias para expresar los múltiples *aspectos del amor* que atraen su atención).

Volviendo al texto de Kahn, sostengo que la historia que tiene el amor en el liberalismo y con él explica por qué no ve el amor como la fuente más

11 Sobre este punto, ver un brillante análisis en Tully, 1980, pp. 135-147, 153-154.

poderosa de significado. El amor no es lo suficientemente determinado para funcionar como base de su crítica al liberalismo. Esto le corresponde al término con el que Kahn se asocia, a saber, el *sacrificio*. El sacrificio confiere determinación a los esfuerzos del cuerpo de una manera que no puede hacerlo el amor, al punto de imponerse como la modalidad básica o criterio de significado existencial o, de hecho, del amor mismo. En la voluntad de sacrificarse es donde reconocemos al amor. El amor es sacrificio, al menos para efectos del Derecho: “El acto paradigmático de leer el cuerpo amado es el sacrificio” (Kahn, 2005, p. 223).

Al hacer la transición del amor al sacrificio, Kahn pone al primero en segundo plano. Es posible que el amor sea sacrificio, pero es claro que lo que está en juego en el sacrificio pesa mucho más que lo que está en juego en el amor no sacrificial. La pregunta es qué es lo que está en juego, y si una teoría jurídica que pueda competir con la explicación liberal pudiera organizarse en torno a este. Para hallar una respuesta a esta pregunta, debemos delinear primero el espacio del sacrificio.

Si consideramos el lugar que ocupa en la arquitectónica del texto de Kahn, encontramos que es un contrapunto a lo pornográfico. Son opuestos; Kahn define incluso la muerte simbólica que padecemos en el orgasmo como un anti-sacrificio. Allí donde el sacrificio sublima el cuerpo, transformándolo en un signo, lo erótico niega la naturaleza simbólica del cuerpo (Kahn, 2005, p. 204, cf. p. 224). No obstante, en términos dialécticos, el sacrificio y lo erótico son lo mismo. Son solo los dos extremos en los que el cuerpo es *consumado como significado*. Son las experiencias límite entre las cuales llevamos vidas significativas. Como tales, configuran un *locus* determinado, un sitio o *lugar* al que algo que no tiene un principio inherente de demarcación – el liberalismo – puede ser referido o confinado.

El sacrificio es primario porque frustra el cálculo utilitarista mediante el cual la teoría liberal determina el valor y, en última instancia, el significado, de todas las cosas. Obviamente, el sacrificio no está solo a este respecto. Kahn señala que la teoría liberal no puede ofrecer una explicación adecuada de la familia ni del altruismo, pero lo que está en juego en el sacrificio significa que lo inadecuado de la teoría liberal se siente aquí con mayor intensidad. En efecto, podríamos decir que únicamente se siente aquí. Es posible que la teoría liberal no comprenda ninguna forma de abnegación, pero solo el sacrificio la perturba, porque el sacrificio implica posesión y consumación del cuerpo. La implicación de sacrificio y cuerpo da sentido a por qué el sacrificio implica la abdicación del discurso. Cuando a un ciudadano se le pide que se sacrifique por el Estado, “no hay excusas que ofrecer, no hay una reconsideración de la justicia o legitimidad de la exigencia. Solo hay silencio y luego el acto

mismo” (2005, p. 224).¹² Para Kahn, el sacrificio es, en primer lugar y ante todo, un cambio de registro, un signo de que, a través del cuerpo de una persona, un significado trascendente ha entrado al universo finito de la comunidad política. Este cambio de registro explica cómo puede poner al mismo nivel el acto mediante el cual un ciudadano se sacrifica a sí mismo y el acto mediante el cual un Estado tortura a una persona (Kahn, 2008, p. 134). Esta equivalencia contradice nuestras intuiciones morales más básicas pero, en ambos casos, un cuerpo es sublimado como manera de hacer presente la trascendencia dentro de la finitud.

La disposición a sacrificarse marca el punto en el que una teoría de la vida política que se nutre de las mismas fuentes que el liberalismo y está insertada en las instituciones del orden liberal, se constituye como un mundo más allá del liberalismo. Esto explica por qué Kahn toma esto como el criterio de que hemos ingresado al ámbito de lo político. Lo político, nos dice, “comienza cuando puedo imaginarme sacrificándome y matando a otros para preservar el Estado” (2005, pp. 233, 240). Comienza más allá del mundo del liberalismo al que sustenta y mantiene en existencia.

Este es el punto crucial de la crítica de Kahn al liberalismo: que no puede ofrecer una explicación de aquello que la fundamenta. El sacrificio es el cimiento de la teoría de Kahn sobre cómo vivimos juntos como colectividad, y cómo nos damos la ley a nosotros mismos. La existencia de una entidad colectiva determinada capaz de auto-autoría solo es, en última instancia, verificable a través de la disposición al autosacrificio de sus ciudadanos. La comunidad a la que refiere la sentencia judicial, – la comunidad que es *Nosotros el pueblo* – es una *comunidad sacrificial*.

Vale la pena decir que, al fundamentar la comunidad en el sacrificio, Kahn no sólo va más allá de la teoría liberal. También va más allá de la teoría de la soberanía donde no hay un lugar para el sacrificio. Su principal inquietud era inculcar en los ciudadanos costumbres que los capacitaran para vivir en una comunidad fundamentada en la sujeción. Por consiguiente, favorecía la ética burguesa del interés propio por sobre el honor aristocrático y el martirio cristiano; los dos fundamentos con base en los cuales una persona podría decidir poner en juego su vida.¹³ Esto no significa que la soberanía no pueda incluir a una comunidad sacrificial semejante a la articulada por Kahn. La teoría de la soberanía deja sin determinar la naturaleza de los lazos emocionales y compromisos que formen los ciudadanos dentro de la comunidad política. Más bien, el

¹² Curiosamente, tendríamos que decir que la teoría liberal, a la que Kahn vapulea por permanecer “sin palabras” ante el sacrificio (2005, p. 250) actúa de manera apropiada frente a lo que ha sucedido.

¹³ Sobre este punto, ver Lev, 2014, pp. 135-137.

punto es que tales lazos, que no significan nada en el estado de naturaleza, adoptan un significado determinado dentro de la comunidad política. Aquí, introducen un estado de tensión y vigilancia intensificadas que anula la dimensión de la intimidad.

No es de sorprender que Kahn se centre en el potencial para el conflicto entre familia y comunidad política. Es notable, sin embargo, que se sienta atraído por ejemplos en los cuales el conflicto entre imperativos morales y políticos, o de hecho, la naturaleza irracional del amor, termina por destruir a la familia. Esto es igualmente cierto de las lecturas que hace del Rey Lear, Antígona, y del relato de Abraham e Isaac. Al igual que Kierkegaard, únicamente ve en este último una exigencia a la que no se puede acceder a través de la razón o del deseo— los elementos que reconoce el liberalismo. Nada diferente de la fe puede dar sentido a este acto que fundamenta una comunidad política y una familia intergeneracional porque, al consumir el cuerpo de Isaac como significado, accede al ámbito de lo político (Kahn, 2005, pp. 186-187). Aquello que se pierde en este recuento es el momento de gracia con el que concluye el relato bíblico. Este es el momento en que Dios se niega a aceptar el sacrificio de Abraham de la forma como ha sido ofrecido, transformándolo de tal manera que lo saca del ámbito que cualquier política del cuerpo liberal podría ordenar. La paradoja es que la ceguera de Kahn a estos aspectos del recuento bíblico, que es una ceguera a la posibilidad de la gracia, se desprende directamente de su creencia de que, si se nos lo pide, deberíamos sacrificarlo todo por amor.¹⁴

III

El arco que hemos descrito va desde el análisis reconstructivo de la sentencia judicial ofrecido por Kahn, pasa por su crítica a la teoría liberal, y llega a su idea de sacrificio como el epítome del amor, *cómo* deberíamos vivir como ciudadanos, amantes y padres. La exposición ha sido genealógica. Hemos retirado diversas capas de la obra de Kahn, a medida que las tensiones dentro de una obra han revelado la dependencia de teoremas que se encuentran en capas anteriores, si no en el tiempo,

¹⁴ La exclusión de la gracia encuentra eco en la consideración que hace Kahn de la analogía que se establece entre Dios y el rey inglés, cuya Corte – la Cancillería – mezclaba misericordia con justicia, mientras que otros tribunales adjudicaban según la ley (Kahn, 2011, p. 36). Si la gracia es una prerrogativa real, es porque solo quien es el lugarteniente de Dios puede derogar una regla sin atraer sospechas sobre sí mismo. Donde el poder se ha convertido en algo completamente inmanente, como debe hacerlo donde los ciudadanos deciden sobre el sacrificio final, allí la gracia no tiene ningún sentido. El soberano popular solo sabe de sí mismo (Kahn, 2005, p. 230), y su completa presencia ante sí mismo no deja suficiente espacio para mostrar misericordia.

entonces según los conceptos, como diría Aristóteles. El hacer-mundo o poder generador de la sentencia al que Kahn hace discreta referencia en su análisis nos condujo a su anterior crítica al liberalismo, donde examina de dónde surge el significado existencial, y cómo, a través de qué conductos, pasa al Derecho de manera que podamos reconocernos como sus autores. La pregunta es dónde termina Kahn, a medida que regresamos sus análisis al Derecho y al estudio cultural del mismo. ¿Qué comprensión del Derecho permite el sacrificio?

La teoría liberal es ajena a este estado de tensión y vigilancia intensificadas, que la enlazaría con la creación de la comunidad política, como un *momento constitucional* o *revolucionario*, limitando así el tiempo en el que se abre la agencia. Por razones que, para ahora, deben resultar claras, este no puede ser el enfoque de Kahn. En efecto, nos preguntamos si su fascinación de larga data con la práctica de la revisión judicial no tendrá que ver con el hecho de que, por ser *ordinaria*, se resiste a las jugadas mediante las cuales los teóricos del constitucionalismo habitualmente transforman la soberanía popular en un poder constituyente, colocando así efectivamente al pueblo por fuera del teatro de la acción. Según la lectura de Kahn, el pueblo mantiene una presencia *dentro* de la Constitución como el autor del Derecho. Pero mantener al pueblo dentro de la Constitución tiene un costo. Dentro de los límites del presente trabajo, no podemos determinar la naturaleza y alcance de tal costo, pero nuestra intuición es que la identidad entre soberanía popular y Estado de Derecho en torno a la cual Kahn organiza su obra, lo compromete a preservar un sentido de ciega urgencia en la vida política que refleja el sacrificio que se nos exige hacer por amor.

Uno de los aspectos de la obra de Kahn al que tendríamos que interrogar más profundamente para desentrañar esta intuición es cómo su teoría de la auto-autoría se relaciona con el problema de la representación. Encontramos que, dado que la presencia del pueblo dentro de la Constitución está atada a una facultad ordinaria, tal presencia es solo débilmente representativa o, más bien, que la representación solo está débilmente encarnada. La Corte es la voz del pueblo, no su imagen. Esto no es accidental, algo que pudiera remediarse. Únicamente si la Corte no es vista como ejerciendo agencia al hablar por el sujeto colectivo que somos, puede señalar hacia nosotros mismos como el verdadero autor del texto legítimo (del cual la sentencia, cuando tiene éxito en persuadirnos es, en lo sucesivo, inseparable) (2016, pp. 62-64, 75). Por lo tanto, el acto de identificación requerido para atribuir *auto-autoría* tiene poco en qué sustentarse; de hecho, sólo tiene el mecanismo de la acreditación. Formalmente hablando, esto no difiere de la concepción que tiene Hobbes de la representación, según la cual, los diversos sujetos acuerdan “*acreditar y renunciar a mi derecho* de gobernarme a mí mismo a este hombre, o a esta asamblea de hombres, con la condición de que ustedes le

entreguen su derecho y acrediten todas sus acciones *de la misma manera*” (Hobbes, 1994, p. 109).¹⁵ No obstante, esta similitud formal es engañosa. Como lo sabía Hobbes, la representación siempre es más que delegación de poder. Se refiere también, y primordialmente, a la forma como se hace manifiesto el significado. Al decir que el Leviatán es una persona – siendo *persona* una *máscara* – Hobbes no solo está diciendo que podemos, para efectos del Derecho, tratar a un objeto inanimado al mismo nivel de un ser humano. Está diciendo que, para que realmente tenga existencia, el Leviatán debe aparecer bajo una forma distintiva y reconocible. Su preferencia por la monarquía por sobre otras formas constitucionales se explica, al menos en parte, por la intuición de que el poder se hace más manifiestamente presente, más encarnado, por así decirlo, en el cuerpo de un individuo que en el cuerpo de una colectividad.

Una teoría del Derecho público que se configure con base en la idea de momentos constitucionales está bien situada para explotar estas opciones estéticas. Pues al estar vinculada a una secuencia determinada de acontecimientos presuntamente extraordinarios, se la puede aplicar con facilidad a la historia política. Más importante quizás, opera bajo la presunción de que cualquier acción que se tome dentro del contexto interactivo relevante es significativa. Aun cuando esto invita controversia, facilita la representación del Derecho, al permitir su asociación con la agencia política. El poder ordinario, al que Kahn vincula la presencia del pueblo dentro de la Constitución, no goza de la misma suerte. Nos llevaría excesivamente lejos considerar por qué estas estrategias estéticas que dieron al arte culto en Europa muchos de sus rasgos distintivos no funcionan en relación con un poder como el de la Corte de Kahn, que constantemente se borra a sí misma. Basta decir que el obstáculo no reside en la evasiva presencia de la Corte, sino en cómo pone en primer plano al Derecho como una forma *ya establecida* que cierra muchos de los lugares a través de los cuales la soberanía se hacía manifiesta como significado. Al estar ya establecida, la agencia (ordinaria) del Derecho es normativamente indistinta y no se aplica con facilidad a la historia política.

Por lo tanto, la representación – un requisito para la atribución de *autoconstrucción* – se vuelve de la *agencia* del sujeto colectivo que somos a la *sustancia* de lo que nosotros, el sujeto colectivo, somos. Esto lo vemos reflejado en el surgimiento de la *cultura como complemento de la representación*. Existen precedentes en la historia de la teoría del Derecho público en los que la cultura sirve como un complemento a la representación estética de la indistinta agencia del Derecho. Indudablemente, uno de los más importantes ejemplos de ello se encuentra en la obra de Friedrich-Julius Stahl, que habría de determinar

¹⁵ Kahn señala la similitud con Hobbes (2016, pp. 60-61).

el curso de la teoría alemana del Derecho público desde mediados del siglo XIX hasta el final del período de Weimar. Al igual que Kahn, Stahl identifica al pueblo como el del Derecho, atribución que apuntala mediante referencias a los rasgos definitorios de la comunidad nacional. Tal referencia, que está dirigida al elitismo de la teoría constitucional, es tendencialmente conservadora, pues la agencia del Derecho, al ser normativamente indistinta, solo puede verse como un reflejo de las fuerzas que operan en su interior, y de conformidad con las capas más básicas de la formación social.

El giro cultural crea el escenario para los que son, quizás, los dos binarios más fundamentales de la estructura del universo de Kahn. La agencia anónima, silenciosa, de lo casi arcaico, se yuxtapone al sentido de crisis (*krinein*), entre cuyos significados principales está el de *decisión*. Así como sucedió con su análisis de las políticas del cuerpo, Kahn se ve conducido a postular un acto soberano que no es reductible a sus circunstancias, como la resolución y verdad del Derecho. La tarea de la Corte es negociar los imperativos conflictivos que surgen cuando aquello que es esencialmente humano (intimidación/amor) pasa a aquello que es más que humano (sacrificio) o inhumano (tortura). Este extraño mundo bipolar es el mundo dentro del cual se mueve la decisión judicial.

Decir que un mundo de significado está atravesado por el conflicto no equivale a decir que carezca de significado; tampoco equivale a decir que falla debido a inconsistencias. Las contradicciones de la obra de Kahn son, en un sentido fundamental, aquellas del Derecho, y solo son comprendidas por quienes tienen la audacia de permanecer fieles al ideal del idealismo jurídico, y la agudeza de visión para desarrollarlo hasta sus últimas implicaciones. Sin embargo, como teóricos jurídicos, nos corresponde preguntar cómo las metodologías que utilizamos para el estudio del Derecho nos comprometen con trayectorias específicas estéticas y políticas. Kahn tiene la costumbre de eludir el problema a través de un modesto descargo de responsabilidad cuando afirma que su trabajo es únicamente y siempre acerca de la comunidad política estadounidense. Sostenemos, por el contrario, que el conflicto que se encuentra en el centro de su obra se origina en un nivel previo a una experiencia política determinada. Kahn podría argumentar que este conflicto, de alguna manera, se presenta en y a través de la experiencia política de los Estados Unidos pero, aun cuando esto desplazaría el problema, no estoy seguro de que le ofrezca una respuesta.

Sería inútil discutir si el mundo que abre *Making the Case* aún podría describirse como un mundo *liberal*. Más bien, deberíamos centrarnos en lo que nos muestra acerca del funcionamiento del Derecho. Kahn no es el único que ha seguido la estrella del idealismo hasta el límite del

liberalismo. Pero algunos se perdieron en el camino. Uno de quienes fue hasta el límite, y más allá, fue Carl Schmitt, cuya teología política ha reconsiderado Kahn en uno de sus más recientes y más bellos libros. El caso de Schmitt ilustra la manera como este proyecto está cargado de peligros. Este es el precio que pagamos por desarrollar las implicaciones del idealismo jurídico. No podemos prescindir de él, como herramienta heurística y como elemento de civilidad. La pregunta sigue siendo cómo hemos de vivir con él.

Referencias

- Baranger, B. (2008). *Écrire la constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Dicey, A.V. (1960). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan & Co. Ltd.
- Dunn, J. (1984). The concept of 'trust' in the politics of John Locke: In Richard Rorty, Jerome B. Schneewind & Quentin Skinner (Eds.), *Philosophy in History: Essays in the Historiography of Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hobbes, T. (1994). *Leviathan*. Indianapolis: Hackett Publishing Company.
- Hobbes, T. (1998). *On the Citizen*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kahn, P.W. (1997). *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America*. New Haven: Yale University Press.
- Kahn, P.W. (1999). *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*. Chicago: Chicago University Press.
- Kahn, P.W. (2005). *Putting Liberalism in Its Place*. Princeton: Princeton University Press.
- Kahn, P.W. (2008). *Sacred Violence: Torture, Terror, and Sovereignty*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Kahn, P.W. (2011). *Political Theology: Four New Chapters on Sovereignty*. New York: Columbia University Press.
- Kahn, P.W. (2016). *Making the Case: The Art of the Judicial Opinion*. New Haven: Yale University Press.
- Lev, A. (2014). *Sovereignty and Liberty: A Study of the Foundations of Power*. Abdingdon: Routledge, 2014.
- Locke, J. (1960). *Second Treatise*. In Peter Laslett (Ed.), *John Locke. Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tully, J. (1980). *A Discourse on Property: John Locke and his Adversaries*. Cambridge: Cambridge University Press.