

Reseña bibliográfica: *Making the Case. The Art of the Judicial Opinion*¹

M. JIMENA SÁENZ²

“SIEMPRE HAY NUEVAS VARIACIONES A SER TRABAJADAS SOBRE EL MISMO TEMA”

La cita con la que comienzo esta reseña del libro de Paul Kahn es parte de los capítulos iniciales y también resume en un punto el proyecto entero de *Making the Case*: se trata o puede ser leído como una variación sobre el conocido tema de cómo leer un caso, y su reverso: cómo escribir una sentencia. Es una variación particular porque despliega a la vez una perspectiva particular sobre el derecho, sobre cómo entenderlo y estudiarlo –en este sentido puede leerse la doble audiencia a la que declara estar dirigido: “accesible para estudiantes y de interés para profesores y académicos” (p. xiv)– que se retoma y se vuelve clara en las conclusiones tituladas “Planteando el caso por un estudio humanístico del derecho”. Es también una vuelta sobre un viejo tema que entre nosotros, por ejemplo, ya había sido planteado por otro filósofo interesado en la vida ordinaria y práctica del derecho: el conocido trabajo de Genaro Carrió “Cómo estudiar un caso”,³ entre los muchísimos ensayos, capítulos de libros de las variadas ramas del Derecho y artículos sobre la enseñanza del Derecho. Esa vuelta hacia atrás para introducir una “variación” o, en palabras de Kahn, esa mirada “hacia atrás y hacia adelante”, es parte también de la perspectiva del autor sobre lo que se juega al escribir y leer sentencias: “inscribir una controversia particular presente en la

¹ KAHN, Paul W., New Haven, Yale University Press, 2016, 238 pp.

² Becaria Posdoctoral CONICET-UNLP. Correo electrónico: mjimenasaenz@hotmail.com.

³ CARRIÓ, Genaro, “Cómo estudiar un caso”, en *Jus. Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires*, nro. 27, 1978, pp. 13-22. Agradezco el llamado de atención sobre esta referencia a Miguel Á. Benedetti.

historia de las partes y en la historia del derecho” que tenga sentido en una comunidad, y que haga sentido en relación a quiénes somos y quiénes queremos ser (p. 16).

En esta reseña me interesa concentrarme en dos aspectos de la variación que se plantea en el libro. Uno de ellos es más general y se vincula a la cuestión de perspectiva que se pone en marcha y se retoma sobre el final conclusivo del libro: lo que allí se llama el “estudio humanístico del derecho” y que antes Paul Kahn había llamado el “análisis cultural del derecho”. El otro se vincula a un aspecto más específico sobre la lectura y escritura de sentencias, y es el énfasis que se plantea en la cuestión de los “hechos” a la par, o en pie de igualdad con las cuestiones de “derecho” que suelen dominar los libros de casos y también los análisis de jurisprudencia. Ambos puntos están vinculados al menos de una manera, ambos nos llevan a leer y pensar una sentencia más allá del momento del juicio, y dirigen nuestra mirada hacia cuestiones de voz y narrativa, en el lenguaje literario; o de carácter y percepción (o caracterización de los hechos), en un lenguaje más cercano a la filosofía moral o al tipo de ética que puede ligarse al anterior. Antes de pasar a estos puntos, repasaré la estructura y el argumento general del libro.

Making the Case despliega la idea de que “las sentencias judiciales son *performances* retóricas que toman a su cargo la tarea de persuasión en una comunidad democrática” (p. 178); otra más amplia que aparece como un subtexto todo a lo largo del libro, sobre el Derecho como un mundo de significado en el que vivimos, en el que nos reconocemos como comunidad y como agentes libres, en el que disputamos visiones sobre lo que somos, lo que fuimos y lo que queremos ser, y quizás otra más sobre la enseñanza del derecho y la vida práctica del derecho, o, vinculándola con la anterior, sobre el derecho como práctica social. En relación con esto último, el libro se propone como un contrapunto a un tipo de “libros de casos” que sintetizan y extraen de las sentencias trozos de doctrina formulados en proposiciones, y que esconden por ello “gran parte de la vida del derecho” (p. i). Esos libros de casos enseñan, en el mejor escenario, “sobre derecho”; la propuesta de Kahn, en cambio, se dirige a “enseñar cómo leer sentencias” tal como aparecen en la práctica y en la vida ordinaria, sin la estilización en forma de proposiciones simples listas para ser aplicadas a nuevos casos y situaciones. La lectura y

escritura de sentencias, el cómo leerlas y cómo escribirlas, es entonces el nodo que nuclea esta serie de intereses, y los distintos niveles de lectura estructuran los cinco capítulos que componen el libro.

El capítulo inicial “¿Por qué leer sentencias?” ofrece una primera aproximación a las sentencias judiciales como ejercicios retóricos de persuasión en una comunidad que recorre todo el libro: “la sentencia es un ejercicio colectivo de persuasión” (p. 3). Los jueces se persuaden entre sí y generan un texto que requiere de los lectores, que se dirige a ellos e intenta persuadirlos. Al requerir la lectura, las sentencias aparecen a los ojos de Kahn como algo menos definitivas de lo que usualmente consideramos, son un “borrador”, como las llama más adelante en el libro (p. 51), que invita a los ciudadanos a involucrarse –leyéndolas, interpretándolas– en la empresa común de establecer el significado del Derecho. Las sentencias también tienen un rol pedagógico y expresivo que es central para el argumento sobre la educación jurídica del libro: aprender a leerlas es empezar a entender al derecho como una “cultura viva” más que aprender a “resolver problemas”, es entrar en una conversación sobre qué tipo de comunidad somos y queremos ser y, con ello, entender al derecho se parece a aprender un lenguaje nuevo, “con su propia forma de hablar, sus reglas internas, su propia forma de ver el mundo” (p. 9). Para funcionar en este esquema, las sentencias deben leerse más allá del juicio, como un complejo entrelazado de hechos y derechos, una forma de presentar una situación que nos persuade de que esa es la mejor forma de verla: si vemos más allá del juicio, en las sentencias “se puede entender cómo los tribunales construyen un mundo de significado” (p. 10).

El capítulo 2 se enlaza a esta cuestión e introduce a las sentencias en un contexto más amplio de narrativas culturales que se construyen y reconstruyen en una comunidad para dar sentido al mundo en común. Bajo el título “Sentencias y narrativas”, la sentencia ahora aparece como “un enlace de hechos y derecho en un diseño único que se conecta con una perspectiva normativa accesible para nosotros mismos, nuestra comunidad, nuestra historia e incluso nuestro destino” (p. 20). La sentencia es un ejercicio de persuasión que resultará exitoso cuando podamos “conectar” la narrativa que propone con otras narrativas que nos son familiares y con las que “nos explicamos a nosotros mismos y nuestra

situación" (p. 21), "llama nuestra atención no solo por la aplicación formal de una regla, sino por la narrativa que ofrece" (p. 24), funcionará entonces cuando podamos reconocernos en el texto de una decisión.

El capítulo 3, "Unidad: la voz judicial", trabaja sobre las formas que asume este reconocimiento: para que la sentencia nos persuada, debemos poder mirar a través de ella hacia nuestros textos autoritativos y reconocernos como autores de la interpretación del mundo jurídico que propone. En este sentido, el capítulo se pregunta por el "quién" de la sentencia, por quién nos habla en esos textos, quién es el autor y qué tipo de voz construye. La pregunta por el quién habla en las sentencias, quién es el autor, está ligada aquí a la cuestión normativa de la legitimidad y corre la atención del conteo de "votos" hacia la cuestión de la "voz". Reconocemos una sentencia como legítima en nuestras comunidades democráticas si la sentencia llega a persuadirnos de reconocernos como sus autores. La idea de autoría de los textos legales aquí se distingue de aquella que circula por otras áreas, textos y disciplinas. Si en el ámbito de los textos literarios, los "críticos nos advierten de no confundir narrador con autor" o con el lector, en la práctica social de lectura de textos legales narrador y autor se identifican mutuamente (e idealmente, luego, también con el lector): "para nosotros el narrador y el autor es el pueblo" (p. 52). A la vez, "entender al pueblo como autor nos permite ver una importante inversión de la relación que ordinariamente concebimos entre autor y texto": el autor no precede y da existencia al texto, sino que el texto es el que llama a la vida al autor (p. 53). Un ejemplo es la Declaración de Independencia norteamericana, que podría reemplazarse por cualquier otro documento fundacional: "el pueblo que declara a través de sus representantes no es un sujeto existente en el mundo previo al acto de autoría colectiva: no deciden y luego son autores del texto, el texto es exitoso cuando es recibido como obra del pueblo" (pp. 53-54). Reconocerse autor es reconocer también la autoridad de un texto sobre nosotros: "porque somos autores de este texto, él tiene autoridad sobre nosotros" y lo consideramos legítimo (p. 55). Más allá del razonamiento formal, el peso de las sentencias se juega en la construcción de una voz judicial que logre dar unidad al texto y que nos persuada de reconocernos como autores de la decisión: "es exitosa cuando leemos a través de la sentencia la opinión de la soberanía popular" (p. 85).

Los capítulos 4 y 5 no preguntan por el quién de la sentencia, sino por el “qué”, qué dice la sentencia. Se desplaza entonces de la cuestión de legitimidad hacia las cuestiones de justicia del contenido de la sentencia. Ambos capítulos se dedican entonces a los desacuerdos sobre ese “qué” de la sentencia, el capítulo 4 a aquellos referidos al derecho y el 5 a aquellos referidos a la caracterización de los hechos. Los desacuerdos con relación al derecho se expresan a lo largo del capítulo 4 –“Doctrina legal: entre erudición y fundamentalismo”– como argumentos sobre doctrina, sobre cómo funciona y se desarrolla la doctrina a través de las sentencias. Aquí se propone una tipología de sentencias y argumentos, que es a la vez un recuento sobre la “vida de la doctrina” en ellas. Las sentencias combinan entonces en distinto grado dos tipos de argumentos: uno, se mueve en un eje vertical y recurre a los textos autoritativos; otro, en uno horizontal y recurre a las distintas opiniones sobre esos textos, sentencias anteriores y precedentes. Las posibilidades o la “vida de la doctrina” que se desarrolla en las sentencias usa estos tipos de argumentos y pueden clasificarse en: sentencias “natalistas”, que hacen surgir una línea de interpretación, “intentan un nuevo comienzo” y para ello combinan de modos aún tentativos argumentos verticales y horizontales; sentencias “progresivas”, que ofrecen un paso incremental en desarrollo de doctrina y utilizan en mayor medida argumentos horizontales; y sentencias “destructivas”, que intentan destruir una línea doctrinaria y recurren para ello a argumentos verticales, declaran que las opiniones anteriores son “meras opiniones” y que es necesario volver a leer los textos autoritativos mismos. La “erudición” del título del capítulo se pondrá en juego en los dos primeros tipos, y el “fundamentalismo” (textual), en el último. Juntos marcan las posibilidades –aún como modelos ideales– ineliminables en la empresa interpretativa, que es “tanto respetuosa a los textos como responsiva a las cambiantes circunstancias de la vida política, social y económica” (p. 155). El desacuerdo en el qué de la sentencia referido a los hechos, se trata en el capítulo 5, “Los hechos: planteado el caso”, y el libro concluye con un llamado a los “estudios humanísticos del derecho”. Ambos plantean de lleno los puntos más salientes que me interesa leer en la variación que introduce el libro sobre el viejo tema de cómo leer una sentencia judicial. Me dedicaré brevemente a ambos en los acápites siguientes.

“POR UN ESTUDIO HUMANÍSTICO DEL DERECHO”

Una de las propuestas de *Making the Case* es, como se destaca en las conclusiones, construir el caso y hacer espacio para los “estudios humanísticos del derecho”. El libro es una puesta en marcha de esa perspectiva humanística con relación a un tema tradicional y aún central en el mundo del derecho: las sentencias judiciales.

Brindar una definición propositiva y cerrada de lo que ese estudio humanístico del Derecho significa, puede resultar una tarea tan imposible como vana. En parte porque esa perspectiva se caracteriza por su no fijación o establecimiento definitivo, por la provisoriedad y el carácter abierto, y esas mismas características son las que encuentra en la práctica que analiza: en términos de Kahn, entonces la sentencia aparece como un “borrador” (p. 51); la interpretación es una empresa que no sigue una teoría única, sino que está abierta y es responsable ante la práctica (p. 133); y el mundo del derecho se parece al juego de las muñecas rusas, siempre que se abre una se descubre otra, así como en relación con la lectura de las sentencias: “cada vez que hemos creído entender ‘Marbury’ [por ejemplo], éste elude nuestro entendimiento, llevándonos atrás en la lectura hacia algo más” (p. 87). El camino que emprenderé aquí es entonces otro, y en parte sigue el rastro de Paul Kahn, sobre el final, en el capítulo de las conclusiones: lo que se intenta hacer allí para hacer espacio a los estudios humanísticos del derecho es ponerlos frente a aquello que aparece como sus alternativas. Quizás aquí haya que hacer una aclaración adicional, que también permite extraer otro rasgo que Kahn encuentra en los “estudios humanísticos”. Se trata de una alternativa no contendiente, que no pretende entrar en competencia con otras sino en un contrapunto colaborativo: así como ve al derecho como una empresa colaborativa común, y a la lectura como una conversación donde hay lugar para el desacuerdo pero donde se persigue un objetivo común, los estudios humanísticos no compiten –ni podrían, en nuestros contextos institucionales, competir con otros tipos de empresas interdisciplinarias– sino que se plantean llenando huecos que otros dejan y abriendo al derecho a la colaboración disciplinar. El contrapunto entonces se suscita en relación con dos miradas: i) la de las ciencias sociales bajo el modelo

economicista y ii) el razonamiento formal abstracto caracterizado por “aplicar” desde fuera teorías o reglas a la práctica del derecho.

La diferencia que introducen las humanidades frente a la economía en el derecho se delinea y estructura en el planteo de las conclusiones del libro. Si el paradigma de la economía está interesado en el derecho como reglas, y en los datos y estadísticas que nos ayudarán a predecir cuáles son las reglas correctas, el humanista está interesado en el derecho como mundo de significado, como práctica normativa en la que nos pensamos como comunidad, nos damos un pasado y proyectamos un futuro. El humanista se interesa entonces no en la data, que preocupaba al cientista social orientado por el paradigma economicista, sino en lo que quedaba fuera de ella: la anécdota, el evento, el detalle significativo que puede volverse objeto de su método, la “descripción densa”. Para el humanista, según Kahn, el problema del derecho no es la eficacia ni decidir cómo debería ser,⁴ es en cambio “explicar cómo vivimos con el derecho que tenemos incluso cuando discutimos entre nosotros sobre su significado” (p. 175). Si el abogado economista descartaba la anécdota en la creencia de que “seremos mal guiados si confiamos en la experiencia ordinaria” (p. 174), y pensaba que “la ciencia empieza cuando las categorías ordinarias son desplazadas por el discurso técnico que permite agregar y desagregar data”, el abogado humanista, por el contrario, se

⁴ En otro trabajo en el que Paul Kahn llama a esta perspectiva “estudio cultural del derecho”, lo distingue en especial de aquellos trabajos orientados prioritariamente hacia “la reforma” (Kahn, [1999] 2001: *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Barcelona, Gedisa, en especial la “Introducción”). Sin embargo, aunque esta actitud contestataria frente a los estudios que “corren hacia las conclusiones” y se orientan prioritariamente a la reforma persiste en el trabajo de perspectiva “humanística” o “cultural” de Kahn, también puede señalarse una flexibilización de esta posición, y sobre todo una reelaboración a partir de la crítica a perder de vista la dimensión normativa en el estudio del derecho que se le ha formulado. Sobre el refinamiento o la redefinición del punto de vista normativo en los estudios humanísticos y en la obra de Kahn, ver KAHN, “Freedom, Autonomy, and the Cultural Study of Law”, en *Yale Journal of Law & Humanities*, vol. 13, 2001, pp. 141-171. Un recuento semejante sobre su obra puede consultarse en la entrevista que le realizara Daniel Bonilla Maldonado para la revista *Isonomía*: “El análisis cultural del derecho. Entrevista a Paul Kahn” (nro. 46, abril, 2017, pp. 131-154). Una presentación temprana de las formas que puede asumir el estudio cultural del Derecho, puede consultarse en COOMBE, Rosemary, “Is there a cultural studies of law?”, en MILLER, Toby (ed.), *A Companion to Cultural Studies*, UK, Blackwell, 1989, pp. 36-62.

mantiene cerca del mundo ordinario –“sospechamos del humanista que se aleja demasiado del lenguaje ordinario” (p. 175)–, trata de ganar claridad en el idéntico mundo de significado en que se encuentra él mismo, y su “descripción densa” será “continua con los términos de autoentendimiento usados por los participantes mismos” (p. 175). Mientras que el científico social “ve la evidencia desde afuera”, el humanista lo hace “desde adentro”: registra la experiencia que tenemos en y a través del derecho. Si el abogado economista puede darnos las “tasas de mortalidad”, el humanista podrá tentar una respuesta sobre “cómo las personas entienden el significado de la vida y la muerte” (p. 176).

Vinculada a esta perspectiva que intenta comprender antes de prescribir, y se sitúa inmersa en la práctica que analiza, aparece la diferencia entre el tipo de razonamiento que impulsan los estudios humanísticos y que cruza todo el libro: son una alternativa al clásico silogismo que se pone a funcionar cuando se leen sentencias, y también presentan una diferencia frente a modelos de teoría fuerte que proponen una “aplicación” a la práctica jurídica desde fuera.

Desde el inicio, el libro se presenta como una alternativa o un complemento a la forma que asumen ciertos “libros de casos”. En este punto, los humanistas rehúyen del tipo de lectura que mina al texto de las sentencias para extraer proposiciones abstractas aplicables sin más a otros casos. La lectura que proponen es extensa, morosa, recorre el texto entero para dejarse persuadir, o buscar el punto en el que algo hace que la persuasión no prospere. Esta lectura extensa propone entonces leer a las sentencias como algo diferente o algo más que el momento del juicio: mirar solo la elección entre alternativas que realizan los jueces es perder de vista gran parte de lo que ocurre en esos textos: si se expanden las sentencias más allá del “juicio”, “se puede entender cómo los tribunales construyen un mundo de significado” (p. 10). Es que usualmente, en la práctica ordinaria de sentenciar, los jueces no se encuentran ni razonan aplicando algún silogismo –establecer los hechos, luego el derecho, arribar a una conclusión sobre la aplicación de lo segundo a lo primero– o teoría, sino que se encuentran más bien con una situación que puede ser leída de diferentes maneras, una serie de textos sobre los que discutimos, otra serie de opiniones sobre las que se podrán trazar distinciones o semejanzas, una serie de narrativas más amplias con las que damos

sentido a la vida política y social. Más allá del juicio, gran parte del trabajo de las sentencias es dar unidad a esa madeja, proponer una lectura de la situación que haga sentido con los textos, sentencias anteriores, y otras narrativas más amplias sobre cómo es el mundo, cómo nos vemos a nosotros mismos, cómo queremos ser. Por otra parte, este tipo de lectura incluye entonces un momento de inmersión: “primero nos sumergimos, luego reflexionamos sobre su poder persuasivo” (p. 87). Y de manera correlativa con relación a las prácticas que se estudian, el humanista señalará que “pensar el problema desde dentro de la práctica es distinto de teorizar en abstracto” (p. 6).

Esta cercanía con la práctica o la vida ordinaria del derecho, y el énfasis en la comprensión por sobre la aplicación de silogismos ante lo que aparece como “una cultura viva”, llevan al humanista a interesarse por la “experiencia” y a introducir ese término inusual –quizás por lo escurridizo– en los análisis jurídicos. Aquí, Paul Kahn parte de la enigmática frase de Oliver Wendell Holmes: “la vida del derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia”, que aparece como un *leitmotiv* elaborado de distintas maneras a lo largo del libro. En primer lugar, si el derecho es experiencia –o lo que vale la pena estudiar es la experiencia en y a través del derecho–, esa “experiencia debe ser contada, debe ser explicada y servir para explicar lo que es el derecho, y por qué es de esta forma” (p. 23). En las sentencias, esa explicación toma la forma de una narrativa: los jueces eligen una narrativa entre otras en la que insertar el caso particular para hacerlo hablar sobre un tema más general. Esa elección no es tampoco “una cuestión de lógica”, sino de “carácter” o “*ethos*” judicial, y aquí aparece la conexión que Kahn había explicitado como parte de su interés y de su perspectiva “humanística” o “cultural”, con un vocabulario más filosófico que antropológico, aunque compatible con él (2001:159): trae al mundo del derecho todo un vocabulario filosófico que las tradiciones que usualmente analizan al derecho han dejado de lado (cuestiones de carácter, y con ellas de narrativa, mundos normativos que exceden el momento del juicio o la elección, y cuestiones que podrían llamarse de “percepción” y que trataré en el acápite dedicado a la importancia que le otorga a la caracterización de los hechos). Los jueces entonces –y nosotros cuando hablamos de y sobre el derecho– “revelan algo de ellos mismos cuando eligen desplegar una narrativa por sobre

otra. Al elegir un marco normativo, el juez dice dónde se para, revela su carácter en estas elecciones” (p. 23). El lector de las sentencias responde a ese carácter, aumenta y disminuye su confianza, se identifica o se reconoce –es empático– con él, y decidirá vivir (o morir) de acuerdo a él.

ENFRENTAR LOS HECHOS

El otro rasgo saliente de la variación kahniana en el que me interesa detenerme aquí es en el énfasis que pone en los “hechos”. Los hechos o lo que usualmente aparece como “la premisa fáctica” ocupan en general un lugar relegado en el pensamiento jurídico sobre la tarea de los jueces, en la enseñanza jurídica y en la lectura de sentencias. Los “hechos” son rápidamente separados del “derecho” en las clases, luego se los relega para dedicar el tiempo necesario al “derecho”, que es lo que aparece como el centro del razonamiento jurídico y aquello que requiere sofisticadas formas de interpretación. De hecho, la frase que suele presentarse para resumir esta experiencia de relegamiento de los hechos es “esta es una escuela o facultad de derecho; no de hechos”. Esta frase también nuclea la resistencia en las facultades de derecho –quizás más en nuestras latitudes que en aquellas donde escribe Paul Kahn (una escuela de derecho de elite en el Norte Global)– a emparejarse con miradas de otras disciplinas en términos colaborativos. Con la entrada de los “hechos” a las facultades de “derecho”, entran con ellos la visión que bien señala Kahn de la “relativa autonomía del derecho” y la necesidad de las relaciones con otras áreas, saberes y disciplinas (p. 166).

La subordinación de los “hechos” que acompaña a su relegamiento también aparece en el nivel institucional de organización del trabajo de los jueces. Como señala Kim Lane Scheppele, la distancia en relación con los “hechos” aumenta de manera correlativa al ascenso en la estructura judicial tradicional, de manera que los jueces de las bajas instancias lidian primariamente con la materia confusa de las situaciones fácticas y responden de maneras directas ante las partes, y las instancias superiores van especializándose en el enmarque fundamentalmente jurídico. Lo mismo ocurre, en general, con los sistemas de jurados y la división del trabajo y los saberes: los legos son los encargados de los “hechos”, los jueces letrados, del derecho. La regla implícita en este esquema parece

indicar que a mayor autoridad, mayor distancia de los “hechos”, de la cara humana de los casos, la compleja historia de luchas detrás de cada derecho y los diversos contextos en los que se entran.⁵

En ese contexto, *Making the Case* plantea el caso por tomar en serio los hechos, aun en el marco de la lectura de sentencias de Altas Cortes, en las que los hechos son dejados atrás. Así, desde la estructura del libro, los “hechos” tienen un lugar en pie de igualdad con el “derecho”: el capítulo 4 se dedica al Derecho; el 5, a los hechos. Pero también en el modo de leer –y de dar a leer en ocasiones, porque el libro está plagado de “ejemplos” de lecturas de sentencias– que propone, los hechos aparecen indisociables del derecho y tienen un lugar de privilegio en las formas de razonamiento jurídico. En este sentido, Kahn intenta desmarcar su propuesta de lectura de aquella manera familiar de aproximarse a las sentencias judiciales: primero establecer los hechos, una tarea poco desafiante; luego elaborar la regla de derecho, donde se concentran la mayoría de las teorías de la interpretación; finalmente aplicar la regla a los hechos. Frente a este encadenamiento común, Kahn propone que “razonamos con los hechos, no aplicamos reglas a los hechos” (p. 172). Los hechos, a veces, “cargan con el peso persuasivo de la sentencia” y, otras tantas, “la discusión es sobre cómo mirar el caso [...] y las sentencias son competencias sobre cómo entender una situación” (p. 27). Al caracterizar los hechos, los jueces y abogados eligen primero un contexto en el que situarlos –“¿es una disputa laboral o una cuestión de crisis de seguridad nacional?” (p. 35)–; ese contexto es el que se trama en alguna de las narrativas con las que damos sentido al mundo: “la sentencia nos persuade cuando nos convence de ver el mundo de esa forma, la decisión sobre el derecho sigue ese reconocimiento” (p. 155).

En lo que Kahn llama “caracterización de los hechos”, pero que podría ligarse a lo que los filósofos morales llaman “percepción”, aparece gran parte del trabajo de las sentencias que va mucho más allá del momento del juicio o la elección.⁶ La caracterización, descripción y redesccripción

⁵ SCHEPPELE, Kim Lane, “Facing Facts in Legal Interpretation”, en *Representations*, nro. 30, Special Issue: Law and the Order of Culture (Robert Post, coord.), 1991, pp. 42-77.

⁶ No es casual que para introducir este nuevo vocabulario, los filósofos interesados en la “percepción”, el “carácter” o el “ethos”, o las emociones y la empatía a las que me referiré en unas líneas, hayan recurrido a la literatura, quizás el vértice de los “estudios

–la apertura de posibilidades sobre una situación– ocupan un lugar en donde hay tanta interpretación como en el momento de establecer el “derecho”, e incluso ambos están interrelacionados en la mirada de Kahn: “una controversia legal puede ser igualmente caracterizada como una disputa sobre el significado de normas o sobre la caracterización de los hechos” (p. 159). Allí aparecen también las emociones y disposiciones afectivas, como la empatía, como parte del arsenal que se pone en juego en el razonamiento jurídico. En la analogía –la generación de distinciones y similitudes–, con relación a las situaciones o “hechos”, los jueces ponen en marcha la imaginación empática y también la requieren de sus lectores: “no aprendemos a ver a las parejas homosexuales como a las heterosexuales leyendo textos legales, sino mirándonos a nosotros y a nuestra comunidad”, lo hacemos ejercitando la “imaginación simpatética” (pp. 159-160). Esa imaginación empática o simpatética que nos ayuda a caracterizar los hechos, es también el lugar donde se revela un carácter: “dónde y cómo vemos similitudes y diferencias es inevitable producto de quiénes somos” (p. 161).

Finalmente, el libro es un ejercicio de creatividad inusual que abre nuevas perspectivas y nos da nuevos vocabularios para pensar nuestra práctica jurídica. Quizás uno de los límites que puedan echarse en falta esté con relación a la delimitación del objeto “sentencias”: solo aparecen allí sentencias de Altas Cortes –aunque por momentos se intenta alguna ampliación y cotejo con instancias intermedias– y casos resonantes de derecho constitucional; nuevamente, también es justo decir que se intenta

humanísticos del derecho”. Así, Cora Diamond, en un trabajo donde lee otro de Martha Nussbaum sobre la relación entre filosofía y literatura, se queja de algo semejante a lo que aquí señalo en relación con el derecho: “[el filósofo tradicional] va hacia una situación con posibilidades fijas y dadas (...) el razonamiento moral consiste en aplicar principios y reglas en los hechos del caso. No se plantea que la posibilidad de que el pensamiento moral tenga lugar en lo que toma como los hechos del caso, cómo se llega a verlos, cómo se los describe. Los hechos son los hechos, descríbelos y luego vendrá el trabajo moral: aplica tus principios (...) El agente moral debe tomar las alternativas fijas y determinar cuál está apoyada por mejores razones” (DIAMOND, Cora, “Missing the Adventure: A Reply to Martha Nussbaum”, en *The Realistic Spirit. Wittgenstein, Philosophy and the Mind*, Cambridge, The MIT Press, 1996, pp. 309-318).

pensar además en interpretación de leyes, y también en comparar y establecer puntos en común entre casos de Derecho Público y Derecho Privado. Explorar esos límites puede ser también la contribución que puedan hacer culturas legales del Sur Global como la nuestra, donde las leyes y los Códigos de Derecho Privado tienen un peso singular, y la necesidad de expandir la cultura constitucional y los valores públicos a través de la divisoria Derecho Público-Derecho Privado, pero también con relación a tribunales inferiores provinciales, sobre todo en el marco del federalismo desigual, se presenta como un desafío y una prioridad.

BIBLIOGRAFÍA

- BONILLA MALDONADO, Daniel, "El análisis cultural del derecho. Entrevista a Paul Kahn", en *Isonomía*, nro. 46, abril, 2017, pp. 131-154.
- CARRIÓ, Genaro, "Cómo estudiar un caso", en *Jus. Revista Jurídica de la provincia de Buenos Aires*, nro. 27, 1978, pp. 13-22.
- COOMBE, Rosemary, "Is there a cultural studies of law?", en MILLER, Toby (ed.), *A Companion to Cultural Studies*, UK, Blackwell, 1989, pp. 36-62.
- DIAMOND, Cora, "Missing the Adventure: A Reply to Martha Nussbaum", en *The Realistic Spirit. Wittgenstein, Philosophy and the Mind*, Cambridge, The MIT Press, 1996, pp. 309-318.
- KAHN, Paul W., *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Barcelona, Gedisa, [1999] 2001.
- "Freedom, Autonomy, and the Cultural Study of Law", en *Yale Journal of Law & Humanities*, vol. 13, 2001, pp. 141-171.
- SCHEPPELE, Kim Lane, "Facing Facts in Legal Interpretation", en *Representations*, nro. 30, Special Issue: Law and the Order of Culture (Robert Post, coord.), 1991, pp. 42-77.

Fecha de recepción: 29-12-2017.

Fecha de aceptación: 6-2-2018.