

## NOMOS Y RESISTENCIA: APUNTES PARA APRECIAR A ROBERT COVER

José Manuel Simián<sup>1</sup>

Comprenderán ustedes que luego de la impropiedad  
de ese lenguaje  
En el interrogatorio  
—*ese destinado a reprimir sus textos insurgentes*—  
tuve que hacerle pedazos  
— Bruno Vidal

“Habitamos un nomos—un universo normativo”. Pocas frases han dicho tanto sobre el derecho con tan pocas palabras, y pocas frases logran lo que Robert Cover consiguió con ella: crear una suerte de umbral conceptual. Una vez que el lector atraviesa esas seis palabras que dan inicio a *Nomos and Narrative*<sup>2</sup> (siete en el inglés original), una vez que ha pisado la trampa de su profecía, es imposible evitar ver que nadamos entre normas, que usamos las normas para relacionarnos con el mundo. El texto que sigue a esa frase pone ante nuestros ojos una poderosa visión del derecho, una en la que los seres humanos no sólo vivimos rodeados de normas, sino que no podemos evitar crearlas constantemente y darles significado como una forma de relacionarnos con el mundo.

*Nomos and Narrative* fue la respuesta de Cover —académico estadounidense cuya brillante carrera terminó tempranamente con su muerte en 1986, a pocos días de cumplir cuarenta y tres años— al enorme y prestigioso desafío que le había encomendado el *Harvard Law Review*: escribir el “prefacio” anual para el nuevo período judicial de la Corte Suprema de Estados Unidos; un texto

<sup>1</sup> José Manuel Simián ejerció de abogado (Licenciado en Derecho, Universidad de Chile, 2000; LL.M., Columbia University, 2005) en Chile, y fue brevemente profesor de Derecho en las Universidades de Chile y Diego Portales, donde impartió cursos de Derecho y Literatura en 2003 y 2004, respectivamente. En 1998 organizó una charla sobre Derecho y Literatura con escritores graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y tradujo del inglés algunos de los primeros textos de Derecho y Literatura en publicarse en Chile (ver *Derecho y Humanidades*, Núm. 8, 2001-2011). Tras radicarse en Nueva York en 2005, dejó la abogacía y la academia para dedicarse a la escritura, el periodismo y la consultoría en temas digitales.

<sup>2</sup> Cover, R “The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative”, 97 Harv. L. Rev. 4, (1983). Las citas de este ensayo, sin embargo, se remiten a la versión impresa en la colección Minow, M., Ryan, M. and Sarat, A. (eds.), *Narrative, Violence and The Law, The Essays of Robert Cover*, (The University of Michigan Press 1985), p 95-172.

que reflexiona sobre lo ocurrido en el período anterior. Cover (quien se definía a sí mismo como un “anarquista”) no desaprovechó la oportunidad y, bajo el pretexto formal de analizar el fallo del supremo tribunal en *Bob Jones University v. United States*<sup>3</sup> (un caso en que la universidad evangélica aspiraba a mantener una exención tributaria a pesar de discriminar racialmente, apoyándose en el derecho constitucional a la libertad de culto), desarrolló su particular teoría del derecho como un orden dentro del caos de las comunidades humanas, cuestionando de paso la naturaleza del poder de la corte.<sup>4</sup>

A pesar de su densidad, la teoría de Cover tiene un atractivo e influencia enormes: un estudio de 2012 ubicó a *Nomos and Narrative* en el 16º lugar de un ranking de los cien artículos jurídicos más citados de todos los tiempos en Estados Unidos.<sup>5</sup> Parte de su atractivo proviene del estilo a la vez irreverente y místico de Cover, capaz de fundar su ataque a los mitos que nos contamos sobre el derecho y las funciones legislativa y judicial en textos judaicos o en el Antiguo Testamento; o bien despacharse sin ánimo de impactar gratuitamente frases como “*los jueces son gente de violencia*”.<sup>6</sup> Pero más allá de eso, y de la voracidad intelectual que exuda (sus notas al pie podrían ser el *syllabus* de un curso de posgrado completo), *Nomos and Narrative* nos sigue fascinando porque, a pesar del desafío que es leerlo y entenderlo, desde esa oración inicial y a lo largo de su deslumbrante recorrido, la teoría que contiene suena más real y honesta que la mayoría de las que aprendemos en las facultades de derecho; teorías que terminamos arrastrando en nuestras carreras profesionales, académicas e intelectuales como trajes que siempre le quedan desajustados a la realidad.

## **Nomos y narrativa**

El concepto de “nomos” proviene de la filosofía griega (“derecho” o “costumbre”), pero en la concepción de Cover es una idea tomada de la sociología,<sup>7</sup> un “orden con sentido”, un

<sup>3</sup> 103 S. Ct. 2017 (1983).

<sup>4</sup> El ensayo usa de epígrafe el poema *Connoisseur of Chaos* de Wallace Stevens: “A. Un orden violento es desorden; y / B. Un gran desorden es un orden. Estas / Dos cosas son una. (Páginas de ilustraciones)”.

<sup>5</sup> Fred R. Shapiro & Michelle Pearse, “The Most-Cited Law Review Articles of All Time”, 110 Mich. L. Rev. 1483 (2012).

<sup>6</sup> Cover, o cit., 155.

<sup>7</sup> La fuente más evidente es *The Sacred Canopy* (1967), del sociólogo austriaco-estadounidense Peter L. Berger.

constructo social con dimensiones éticas: “*Constantemente estamos creando y manteniendo un mundo de correcto o incorrecto, de lo lícito y lo ilícito, de lo válido y lo inválido*”.<sup>8</sup> Puesta en términos rudimentarios, su concepción del derecho va mucho más allá del conjunto de las normas que tradicionalmente consideraríamos parte de un sistema jurídico. Éstas son sólo parte de un conjunto mucho más amplio de reglas y valores que, como humanos y como miembros de comunidades o grupos de interés, consideramos lo suficientemente significativas en nuestra relación con el mundo como para *comprometernos* con ellas.

La idea de narrativa es también amplia y elástica en el mundo de Cover: casi cualquier texto con un antes y un después que tenga la suficiente relevancia en un grupo humano para afectar su concepción del universo podría calificar de tal, y por ello puede afectar la comprensión y significado de las normas jurídicas. “*Ningún conjunto de instituciones o prescripciones legales existe aparte de las narrativas que le dan un lugar y le otorgan significado*”, escribe Cover.<sup>9</sup> “*Para cada constitución hay una épica, para cada decálogo, una escritura*”, anota, para luego agregar: “*Cada prescripción es insistente en su demanda de ser situada en un discurso—en su necesidad de contar con una historia y un destino, un comienzo y un final, una explicación y un final*”.<sup>10</sup>

Puesto de otra forma, necesitamos de narrativas (ya sean historias como las contenidas en la Biblia, o leyendas o mitos sobre cómo se formó nuestro pueblo o, por supuesto, las historias acerca de cómo se gestó una Constitución) para situar en un tiempo, en nuestra forma de vida, normas de otra forma excesivamente abstractas, atemporales, maleables e inasibles.

Cover detalla que estas “narrativas” no necesariamente tienen un canon oficial: su jerarquía es inestable.<sup>11</sup> Buena parte de su trabajo se abocó a mostrar la relevancia de las conexiones entre el derecho y el mundo espiritual y religioso (en particular, los textos del judaísmo), y en ese recorrido apuntó que, aunque textos como la Biblia puedan contener “material legal” combinado con textos propiamente narrativos, no es lo usual en los textos jurídicos modernos (“*La Biblia tiene algo que ofrecer en tanto ilustración de las formas en que los preceptos y las narrativas operan*

<sup>8</sup> Cover, o cit., 95.

<sup>9</sup> Cover, o cit., p 95-6.

<sup>10</sup> Íd.

<sup>11</sup> Cover, o cit., nota al pie número 3.

*juntos para fijar significado*”).<sup>12</sup> Lo normal es que ocurra todo lo contrario: que distintas “narrativas”, entren y salgan de nuestro mundo, alterando el significado de los textos legales: “Los textos prescriptivos cambian su significado con cada nueva época que escogemos hacer relevante respecto de ellos. Cada versión de cómo se redactó la Constitución crea un ‘nuevo’ texto en este sentido”.<sup>13</sup>

Esa tensión entre normas y narrativas, impredecible y en constante evolución, está en el corazón tanto de lo que el derecho es (“En este mundo normativo, derecho y narrativa son inseparables”)<sup>14</sup> como de la experiencia humana: “Una vez lo entendemos en el contexto de las narrativas que le dan significado, el derecho se convierte no sólo en un sistema de reglas que debemos observar, sino el mundo en que vivimos”.<sup>15</sup> Para Cover, este orden de cosas arroja una conclusión que es a la vez “simple y perturbadora”, una “dicotomía radical entre la organización social del Derecho como poder, y la organización del derecho como significado”.<sup>16</sup> Según él, esta dicotomía, que se manifiesta en todo tipo de culturas y sociedades, resulta más evidente en una sociedad liberal, puesto que éstas renuncian al control sobre las narrativas: “Los preceptos deben ‘tener significado’, pero necesariamente lo toman prestado de materiales creados por actividad social que no está sujeta a las restricciones de origen que llamamos creación de legislación formal”.<sup>17</sup>

La dicotomía expresada es aún más evidente cuando tomamos en consideración el derecho a la libertad de expresión:

*“Tal es el radical mensaje de la primera enmienda [de la Constitución de los Estados Unidos]: es posible hacer cumplir un sistema de obligación interdependiente, pero los patrones de significado que dan pie a control social efectivo o inefectivo quedan a merced del dominio de Babel. (...) Los estadounidenses compartimos un texto nacional*

<sup>12</sup> Cover, o cit, 113.

<sup>13</sup> Cover, o cit., nota al pie 4.

<sup>14</sup> Cover, o cit., p 95-96.

<sup>15</sup> Cover, o cit., p 95-96.

<sup>16</sup> Cover, o cit. 122.

<sup>17</sup> Id.

*en la primera enmienda, o en la decimotercera o en la decimocuarta, pero no compartimos una narrativa significativa respecto de su importancia*”.<sup>18</sup>

Finalmente, en la visión de Cover, la relación entre textos prescriptivos y narrativos es codependiente: ambos se necesitan mutuamente; ambos se complementan; ambos se determinan en un ciclo inestable y en permanente conflicto.

*“La historia y la literatura no pueden escapar a su posicionamiento en un universo normativo, así como no puede la prescripción, aun cuando existe como texto legal, escapar su origen y su final en experiencia, en las narrativas que son las trayectorias inscritas en la realidad material por nuestras imaginaciones”*.<sup>19</sup>

### **Compromisos normativos**

Para Cover, no podemos evitar vivir en uno o más nomoi, pero hay muchas formas de hacerlo: “Vivir en un nomos es saber cómo habitar en él”.<sup>20</sup> La forma de hacerlo es a través de compromisos normativos, “algunos pequeños y privados, otros inmensos y públicos. (...) Estos compromisos—de funcionarios públicos y de otros—determinan qué significa el derecho y qué será”.

Los “compromisos” de Cover van más allá de entender el significado de una norma de una determinada manera o de cómo un juez, un abogado o un ciudadano “entiende” el significado de una determinada norma. Cover expresa claramente que lo que le preocupa no es el problema “estrecho” de determinar si, como en el célebre ejemplo de Hart, un coche de bebé debe ser considerado entre los “vehículos” prohibidos en un parque—problemas de interpretación o hermenéutica sobre el significado de un concepto en particular. Lo que a Cover le interesa es algo más importante: el derecho como un asunto de vida o muerte, pero también un derecho—en tanto creación de significado jurídico—que no necesita de un estado para existir.

<sup>18</sup> Cover, o cit. 111.

<sup>19</sup> Cover, o cit., 96.

<sup>20</sup> Cover, o cit., 97.

En un ensayo posterior a *Nomos and Narrative* titulado *Violence and the Word*,<sup>21</sup> Cover ahonda en qué entiende por compromisos de interpretación: se trata literalmente de compromisos que pueden llegar a ser de vida o muerte. Así lo recuerda Cover, una y otra vez, tanto para la actividad judicial como para la interpretación que cada uno de nosotros hace del derecho: “*La interpretación jurídica, o tiene lugar en el campo del dolor y la muerte, o bien es algo menos (o más) que derecho*”.<sup>22</sup>

En el caso de quienes se comprometen con un nomos radicalmente distinto del existente, como quienes se rebelan contra el sistema político y judicial o inician una revolución, el compromiso puede incluir la ofrenda expresa de la propia vida para darle vida a este nuevo universo normativo. Este es el caso de la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*, en que los firmantes se prometieron mutuamente sus vidas para dar vida a un nuevo orden.<sup>23</sup> Otro caso de compromiso voluntario, extremo e irreversible con un nomos alternativo es el de los mártires, quienes prefieren morir antes de renunciar a su alianza con un nomos distinto. Según Cover, en el caso de los mártires, podemos ver su acción como un triunfo de un cierto universo normativo sobre el mundo material de muerte y dolor.<sup>24</sup> Muchas veces, como apunta Cover, el compromiso no solo implica el riesgo de sufrir castigo en carne propia, sino también estar dispuesto a matar o a inflijir dolor para hacer cumplir un cierto orden normativo sobre quienes no lo respetan o postulan universos normativos divergentes.

## Jurisgénesis y jurispatía

<sup>21</sup> 95 Yale Law Journal 1601-29, aunque las citas en este texto están tomadas de Minow et. al. eds., supra nota 2, p 203-38.

<sup>22</sup> Cover, *Violence and the Word*, p 210.

<sup>23</sup> Cover, *Violence and the Word*, p 208-9.

<sup>24</sup> Cover, *Violence and the Word*, p 207.

En el mundo de Cover la creación de significado jurídico no requiere de un estado, porque ocurre en un “*medio esencialmente cultural*”, a través de un “*proceso colectivo o social*”.<sup>25</sup> Un nomos se forma de tres elementos: un corpus normativo, un discurso sobre ese corpus, y una forma de comprometerse con él. Partiendo de antiguos textos judaicos, Cover describe un nomos en que la comunidad comparte dichos elementos de una manera ideal: un cuerpo común de precepto y narrativa; una forma común y personal de ser educado en este corpus; y un sentido de dirección y crecimiento que se constituye a medida que el individuo y su comunidad elaboran las implicaciones de su ley.<sup>26</sup> A ese nomos lo llama “*paidélico*” por su carácter educativo, y le asigna un patrón “*creador de mundos*”. Ese nomos es, también “*transparente*”, puesto que “*lo que debe hacerse, el significado de lo que debe hacerse y las fuentes del compromiso común para hacerlo están a plena vista, sin necesidad de explicación ni interpretación—obvios de manera inmediata y para todos*”.<sup>27</sup>

La alternativa es encontrarnos ante un nomos “*imperial*”, es decir, en donde el patrón es de mantener en vez de crear mundos normativos. Estos mundos normativos funcionan mientras son efectivos, por lo que pueden operar con discursos objetivos y compromisos interpersonales débiles. En la vida real, las sociedades combinan estas dos fuerzas—la creativa, educadora e inspiradora del nomos paidélico, y la de mantención del status quo del nomos imperial—; viven en conflicto y superposición. Lo crucial es que, aunque la existencia de un nomos perfecto y transparente sea imposible en la práctica, la mera idea de su existencia, el poder imaginar un “*instante de significado unificado*”, tiene una “*jurispotencia*” devastadora: es como “*una semilla*”, un modelo para que se produzcan miles de integraciones reales de corpus, discurso y compromiso.<sup>28</sup>

Tomando una imagen de la biología, Cover imagina este proceso inevitable de creación de nuevos nomoi inspirados por ese momento imaginario de significado unificado como una “*mitosis jurídica*”, en que constantemente se crea Derecho mediante la separación “*sectaria*” de nuevas comunidades en torno a distintas narrativas y compromisos interpretativos. Y es aquí donde el

<sup>25</sup> Cover, o cit., 103. En la nota al pie 30, ahonda en esta idea: “*El estado se vuelve central [en el proceso de jurisgenesis] sólo porque (...) un acto de compromiso es un acto central para el significado jurídico. Y la violencia es una medida y prueba de compromiso extremadamente poderosa*”.

<sup>26</sup> Cover, o cit., p 105.

<sup>27</sup> Cover, o cit., 107.

<sup>28</sup> Cover, o cit. 108.

estado y los jueces, en su función “*imperial*” y de “*mantenedores de mundos*”, emplean su poder para actuar de manera “*jurispática*”, matando posibles significados jurídicos y compromisos interpretativos. O como lo pusiera poéticamente Cover, mediante “*la expulsión y el exilio de las potentes flores de significado normativo*”.<sup>29</sup> “*Es la multiplicidad de derechos, la fecundidad del principio jurisgenerativo, lo que crea el problema para el cual el tribunal y el estado son la solución*”.<sup>30</sup>

### **Nomoi insulares y redentores**

Volvamos sobre el punto de partida de *Nomos and Narrative*: el pretexto de Cover era analizar el caso de una universidad evangélica que, amparándose en el derecho a la libertad de culto, pretendían estar exentos de una política pública que no otorgaba una exención tributaria a organizaciones que discriminaran en base al color de la piel. Cover llama a grupos como la Universidad Bob Jones postulantes de un nomos “*insular*”: pretenden que se les reconozca un universo normativo propio dentro de un mundo normativo mayor, en este caso, por la importancia que tienen para ellos sus propios textos religiosos.

El camino opuesto al de la insularidad (que no pretende crear un nomos nuevo para todos, sino uno restringido a un grupo particular) es el de la “*redención*” – un término que Cover emplea para valerse intencionalmente de su carga religiosa. Un nomos “*redentor*” es uno que puede conseguir la liberación de sujetos antes oprimidos; uno que plantea una visión de un mundo mejor, y es por eso que lo ejemplifica con las palabras del ex esclavo y líder abolicionista Frederick Douglass:

“[H]e llegado a la conclusión de que la Constitución de los Estados Unidos –establecida para “formar una unión más perfecta, asegurar la tranquilidad doméstica, asegurar la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar las bendiciones de la libertad”– no podría haber sido creada al mismo tiempo para mantener y perpetuar un sistema de

<sup>29</sup> Cover, o cit., 109.

<sup>30</sup> Cover, o cit., 139.

*rapiña y asesinato como la esclavitud, especialmente si ninguna palabra en la Constitución autoriza tal creencia.*”<sup>31</sup>

Douglass está recordando un cambio de visión respecto de la Constitución estadounidense. Antes de entender que no podía autorizar la esclavitud, su visión y la de otros había sido la de rechazar la Constitución del todo – de reclamar insularidad respecto de su texto. Pero la visión redentora de Douglass –el nomos que él y otros imaginaron y con el cual se comprometieron– terminó convirtiéndose en realidad y en la XIII enmienda al texto constitucional.

La historia reciente de Chile nos entrega un ejemplo valioso de un nomos redentor que tuvo un destino distinto al de los abolicionistas. Me refiero al gobierno de la Unidad Popular, en particular respecto de la idea del mártir esbozada por Cover y mencionada más arriba, tanto respecto del discurso final de Salvador Allende como de su posterior suicidio: con ambos actos el presidente chileno reconocía no haber logrado transformar en realidad material el nomos que había imaginado, pero ante la realidad material de esa derrota, como sugiere Cover, se anotaba una victoria imaginaria respecto de ese universo normativo.

*“Mis palabras no tienen amargura, sino decepción, y serán ellas el castigo moral para los que han traicionado el juramento que hicieron... soldados de Chile, comandantes en jefe titulares, el almirante Merino que se ha autodesignado, más el señor Mendoza, general rastlero que sólo ayer manifestara su fidelidad y lealtad al gobierno, también se ha nominado director general de Carabineros. Ante estos hechos, sólo me cabe decirle a los trabajadores: ¡Yo no voy a renunciar! Colocado en un tránsito histórico, pagaré con mi vida la lealtad del pueblo. Y les digo que tengo la certeza de que la semilla que entregáramos a la conciencia digna de miles y miles de chilenos no podrá ser segada definitivamente.”*

Ese trozo del discurso de Allende contiene todos los elementos de un nomos paidéico: un corpus (hace referencia tanto a las leyes que acusa a los militares golpistas de traicionar, como a normas no jurídicas, como la lealtad al pueblo), un discurso (de igualdad, de conciencia digna) y

<sup>31</sup> Cover, o cit. 136.

el compromiso personal máximo (la propia vida). Es por eso que a pesar de su derrota material, la visión contenida en ese nomos (sintetizada poéticamente en la idea de las “grandes alamedas”) sigue ejerciendo una potente inspiración jurisgenerativa hasta nuestros días.

### **El derecho como un texto abierto**

La visión del derecho que Cover plantea en *Nomos and Narrative* nos ofrece no sólo la idea de que habitamos un universo normativo, sino que lo hacemos en un universo de textos. Los nomoi están constituidos tanto por los textos jurídicos creados y sancionados por las estructuras del estado, como por las narrativas y textos que adquieren poder gravitacional para comunidades dentro de esa estructura de poder. En ese sentido amplio, su visión a la vez radical y realista es poderosamente seductora a la hora de plantearnos relaciones entre el derecho y la literatura. Sin embargo, el énfasis que el autor nacido en Boston pone en el carácter intrínsecamente violento del derecho, esbozado en *Nomos and Narrative* y profundizado en *Violence and the Word*, lo separa de otros autores que buscan parentescos y analogías fáciles o exageradas entre derecho y literatura, o entre la interpretación literaria y la judicial.<sup>32</sup> Su visión del derecho no es necesariamente la de jueces literarios (capaces de escribir una novela legal en serie o de matar a los “padres” de los precedentes sentados por sus antecesores), sino más bien la de comunidades y jueces que comprenden que cada compromiso interpretativo, personal o colectivo, puede crear o aniquilar mundos posibles.

Es, por lo mismo, un mundo mucho más inestable (las “potentes flores del significado normativo” nunca dejan de brotar) y menos coherente del que solemos querer ver. En su mundo de “derecho-como-violencia”, cuando miramos cómo opera en la práctica el sistema, los fallos “probablemente no sean coherentes si son comunes, y probablemente no sean comunes si son coherentes”.<sup>33</sup> Esa visión precaria e imperfecta es, también, la del derecho como un texto abierto, como un universo normativo que siempre está expuesto al cambio – es decir, que si conjuramos los elementos necesarios para crear nomoi nuevos, podemos cambiar la realidad. Parafraseando

<sup>32</sup> Ver Cover, R. *Violence and the Word*, nota al pie 15. Ver, también, Cover, R. *Nomos*, p 149-50: “La creación del significado jurídico no puede tener lugar en el silencio. Pero tampoco puede tener lugar sin la acción comprometida que distingue al Derecho de la literatura”.

<sup>33</sup> Cover, *Violence and the Word*, 237.

otra de las frases memorables contenidas en el discurso final de Allende, Cover nos recuerda que el derecho es nuestro y lo hacen los pueblos – los muchos pueblos que viven dentro de un estado.

En la última frase de *Nomos and Narrative*, Cover sintetiza todo ello diciendo que “debemos invitar mundos nuevos”.<sup>34</sup> Desde las escuelas de Derecho, si lo leemos con atención, debemos invitar textos nuevos.

<sup>34</sup> Cover, *Nomos and Narrative*, 172.