

LO PASADO ES PRÓLOGO: EL PRECEDENTE EN LA LITERATURA Y EN EL DERECHO

por KENJIYOSHINO

Profesor Escuela de Derecho, Universidad de Yale, EE.UU.

Traducción de José Manuel Simian L.

El 29 de junio de 1992, el voto conjunto (*joint opinion*)* de Planned Parenthood vs. Casey¹ (en adelante "Casey") "fracasó estrepitosamente en revertir"² el dictamen de Roe vs. Wade (en adelante "Roe")³. Los redactores del voto conjunto sugirieron que el *stare decisis*, o la doctrina

* La voz "opinion" tiene variados y trascendentes significados en el lenguaje jurídico de los Estados Unidos. De manera resumida y siguiendo al *Black's Law Dictionary*, podemos decir que una *opinion* es: 1) un informe en derecho preparado por un abogado a petición de su cliente; 2) la declaración de un juez o una corte de la decisión alcanzada en relación a un caso, exponiendo la aplicación de la ley y detallando los fundamentos del fallo, y 3) la expresión de las razones por las cuales se falló en una forma determinada. Es esta tercera acepción la que nos interesa para este artículo, la que podemos traducir como el "voto" de un juez en un tribunal colegiado, o bien la parte considerativa del fallo de un juez. Dentro de esta acepción, hay muchos tipos de *opinion*, entre los que podemos destacar: *majority opinion* (se redacta normalmente por un juez, pero representa a la mayoría de los integrantes del tribunal, y tiene mayor peso como precedente que cualquier otro tipo de *opinion*), *separate opinion* (escrita por uno o más jueces, que concurren o disienten de la *majority opinion*), *concurring opinion* (concuere con el resultado alcanzado por la mayoría, pero disiente del razonamiento), *dissenting o minority opinion* (disiente tanto del resultado como del razonamiento), *plurality opinion* (la que no tiene mayoría en el razonamiento, pero sí en el resultado), y *joint opinion* (que se refiere a un voto redactado en conjunto por varios jueces, pudiendo constituir mayoría respecto al resultado y ser a la vez, por ejemplo, parte de una *plurality opinion*; lo hemos traducido como "voto conjunto"). (n. del trad.)

¹ 112 S Ct. 2791 (1992). En el caso "Casey" se discutían cinco disposiciones de la Ley de Control de Aborto de Pennsylvania de 1982 (*Pennsylvania Abortion Control Act*), reformada en 1988 y 1989. Dicha Ley (1) exigía que un practicante de abortos le diera a la mujer determinada información por lo menos 24 horas antes del aborto y que obtuviera el consentimiento informado de la mujer con anterioridad al procedimiento; (2) exigía que una menor obtuviera el consentimiento de uno de sus padres antes de que se le practicara un aborto, a menos que la menor calificara para una autorización judicial supletoria; (3) exigía que un doctor, antes de practicarle un aborto a una mujer casada, obtuviera de ella una declaración firmada de que le había notificado a su marido; (4) definía los parámetros de una "emergencia médica" que eximiría del cumplimiento de los requerimientos de autorización y de notificación; (5) ordenaba que los establecimientos que practicaran abortos cumplieran determinados requerimientos de informes. Antes de que estas disposiciones tuvieran efecto, los demandantes habían iniciado una acción legal que cuestionaba la constitucionalidad de cada disposición de esta ley y que buscaba reparación por medio de una declaración judicial y una orden judicial. 112 S Ct. en 2803. La corte del distrito declaró que las cinco disposiciones de la ley eran inconstitucionales y dictó una orden judicial permanente (*permanent injunction*) contra su cumplimiento. *Planned Parenthood v. Casey*, 744 F. Supp. 1323 (E.D. Pa. 1990). La Corte de Apelaciones lo confirmó en parte y lo revocó también en parte, manteniendo todas las disposiciones, excepto el requerimiento de notificación al marido. *Planned Parenthood v. Casey*, 947 F.2d 682 (3d Cir. 1991). La Corte Suprema emitió cinco votos distintos por parte de sus miembros (*opinions*). El voto mayoritario, de los ministros O'Connor, Kennedy y Souter, mantuvo todas las disposiciones, excepto el requerimiento de notificación al marido. 112 S. Ct. en 2803-38 (voto de O'Connor, Kennedy y Souter, J.J.). Los otros cuatro votos concurrían y disintían en parte de este resultado. El ministro Stevens sostuvo que las partes del primer requerimiento (relativas al asesoramiento basado en ciertos valores y al período de espera de 24 horas) eran inconstitucionales y debían ser derogados, pero que la Ley era aplicable en el resto de sus partes. Id. en 2838-43 (Stevens, J., concurriendo en parte y disintiendo en parte). El ministro Blackmun argumentó que las cinco disposiciones eran inconstitucionales y debían ser abolidas. Id. en 2843-55 (Blackmun, J., concurriendo en parte al fallo). El Presidente de la Corte, Rehnquist (junto a los ministros Scalia, Thomas y White) argumentó que las cinco disposiciones eran constitucionales y debían ser mantenidas. Id. en 2855-73 (Rehnquist, C.J., concurriendo en parte al fallo y disintiendo en parte). El ministro Scalia (acompañado del presidente Rehnquist y a los ministros Thomas y White) defendieron idéntico resultado (Scalia, J., concurriendo al fallo en parte y disintiendo en parte).

² Kathleen M. Sullivan, "Foreword: The Justices of Rules and Standards", 106 Harv. L. Rev. 22, págs. 24-25 (1992).

³ 410 U.S. 113 (1973).

legal que ordena que el precedente debe ser obedecido, disciplinaba su análisis, y que estaban limitados por el dictamen de Roe, sin importar sus opiniones personales acerca de si la Constitución protege o no la decisión de una mujer a abortar⁴. Por el contrario, el voto del Presidente de la Corte Suprema (*Chief Justice*), Ministro Rehnquist, afirmaba que el *stare decisis* no obligaba a respetar Roe, y postulaba que dicho precedente debía ser revertido⁵. El voto de Rehnquist implicaba, además, que el voto conjunto invocaba la doctrina del *stare decisis* como una manera conveniente de implementar las predilecciones políticas de los jueces y permitirles al mismo tiempo eludir la responsabilidad emanada de sus controversiales visiones sobre el aborto.

Este artículo plantea que el movimiento de derecho y literatura puede verter alguna luz sobre la forma en que los votos de Casey tratan al precedente. La parte I provee el marco teórico para una comparación del precedente en el derecho y la literatura. Primero, sitúa brevemente a este artículo en el movimiento de derecho y literatura; en segundo lugar, esboza dos teorías acerca del tratamiento del precedente, una que proviene de la literatura (la "ansiedad de influencia" de Harold Bloom⁶) y otra que proviene del derecho (*stare decisis*); finalmente, describe un intento anterior de aplicar la ansiedad de influencia al campo legal de David Cole⁷. La parte II critica la teoría de Cole y muestra cómo el resto de este artículo otorga una síntesis más precisa de las teorías legal y literaria. La parte III describe dos de las estrategias subversivas desarrolladas por Bloom: apophrades y clinamen. La parte IV aplica estas dos estrategias a dos textos literarios: "Rosencrantz y Guildenstern Are Dead", de Tom Stoppard⁸, y "Une Tempete" de Aime Cesaire⁹. La parte V muestra que estas dos estrategias subversivas son aplicables, con algunas calificaciones, a los votos del caso Casey. La parte VI contrasta las consecuencias de estas estrategias en los campos literario y legal.

I. El precedente en la literatura y el derecho

A. El Movimiento de Derecho y Literatura

El movimiento de derecho y literatura tiene sus antecedentes angloamericanos en el siglo diecinueve. En ese período, los abogados ingleses escribieron acerca de la descripción del sistema legal por Shakespeare, Dickens y otros escritores famosos; Wigmore planteó que los abogados debían leer literatura para aprender sobre la naturaleza humana; y Cardozo analizó el estilo literario de los votos judiciales¹⁰. Sin embargo, no fue sino hasta la publicación de *The Legal Imagination* por James Boyd White en 1973¹¹ que el movimiento de derecho y literatura surgió

⁴ 112 S. Ct. pág. 2812 (voto de O'Connor, Kennedy y Souter, J.J.).

⁵ Íd., pág. 2855 (Rehnquist, C.J., coincidiendo en parte con el fallo y disintiendo en parte).

⁶ Harold Bloom, *The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry* (1973).

⁷ David Cole, "Agon at Agora: Creative Misreadings in the First Amendment Tradition", 95 Yale L.J. 857 (1986).

⁸ Tom Stoppard, *Rosencrantz and Guildenstern are Dead* (1967). (Para esta traducción se utilizó la versión española, titulada *Rosencrantz y Guildenstern Han Muerto*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Edicusa, Madrid, 1969. En adelante se utilizará el nombre en español para referirse a ella. [n. del trad.])

⁹ Aime Cesaire, "Une Tempete" (1969). (Para esta traducción se utilizó la versión española titulada "Una Tempestad", que aparece en el libro *La Tragedia del Rey Christophe/Una Tempestad*, Barral eds., Barcelona, 1972. En adelante se utilizará el nombre en español para referirse a ella. [n. del trad.])

¹⁰ Richard A. Posner, *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, pág. 12 (1988).

¹¹ James B. White, *The Legal Imagination* (1973).

como un campo diferenciado y consciente de sí mismo¹². Más adelante, Robert Weisberg dividió el movimiento de derecho y literatura en dos ramas: derecho-en-la-literatura y derecho-como-literatura¹³. Esta distinción ha sido adoptada ampliamente¹⁴. El derecho-en-la-literatura se ocupa de la literatura "sobre" temas legales (p.e., *El Proceso* de Kafka, *El Extranjero* de Camus o *To Kill a Mockingbird* de Lee), y del derecho "sobre" literatura (p.e., las leyes sobre difamación, obscenidad o derechos de autor)¹⁵. El derecho-como-literatura, por su parte, se divide en dos áreas: el estudio de la retórica en la escritura legal y la aplicación de la teoría literaria al derecho¹⁶. White, por ejemplo, describe cómo el desarrollo de la literatura sobre recursos tales como metáfora, ambigüedad e ironía, mejora la comprensión de un argumento legal¹⁷. De la misma forma, Dworkin plantea que, ya que la teoría literaria está más desarrollada que la legal, puede ofrecer nuevas lecturas de los textos legales¹⁸.

La ansiedad de influencia de Bloom, tal como se muestra más abajo, es tanto una taxonomía de los recursos retóricos que usan los autores para subvertir al precedente, como una teoría acerca de la relación que tienen los escritores con sus predecesores. Al considerar las aplicaciones de esta teoría al derecho, este artículo se encuadra dentro del movimiento de derecho-como-literatura.

B. *La Ansiedad de Influencia y el Stare Decisis*

El precedente habita el campo literario y el legal en forma de dos teorías diferentes: la teoría literaria de la ansiedad de influencia y la teoría legal del *stare decisis*. Harold Bloom formuló la ansiedad de influencia en una tetralogía: *The Anxiety of Influence*¹⁹, *A Map of Misreading*²⁰, *Kabbalah and Criticism*²¹, y *Poetry and Repression*²². La teoría postula que todos los poetas luchan con la ansiedad de que todo lo que escriben está influenciado por sus poderosos predecesores. Bloom afirma que, para lograr la grandeza, los poetas deben liberarse de esta influencia realizando "intensas malas interpretaciones" (*strong misreadings*) de sus predecesores, esto es, subvirtiendo el significado de los textos de sus predecesores para hacer sus propias contribuciones. Bloom, "malinterpretando" a Freud, le da al predecesor-poeta el papel del padre y al usurpador-poeta el de "hijo tardío" (*belated son*)²³.

¹² Posner, *op. cit.* en nota 10, pág. 12.

¹³ Robert Weisberg, *The Law-Literature Enterprise*, 1 Yale J.L. & Human. 1, 1 (1988).

¹⁴ Ver discusión y fuentes citadas en Gretchen A. Craft, Nota, "The Persistence of Dread in Law and Literature", 102 Yale L.J. págs. 521, 523-24 (1992).

¹⁵ Ver Weisberg, *op. cit.* en nota 13, en 1; ver también Posner, *op. cit.* en nota 10, págs. 5-6, 18.

¹⁶ Craft, *op. cit.* en nota 14, pág. 524, n. 7.

¹⁷ White, *op. cit.* en nota 11, págs. 56-77; id., pág. 81 ("Mientras los medios tradicionales de controlar un lenguaje—por medio de metáfora, ironía y ambigüedad—tienen más bien poca utilidad para nosotros como abogados, o son utilizables sólo en formas especiales, puede que seamos capaces de aprender mucho de ellos..."); ver también Posner, *op. cit.* en nota 10, pág. 272 ("Incluso en atención a los comparativamente modestos especímenes de escritura legal, tales como testamentos, escrituras, inventarios y contratos; ahí, la repetición, e incluso el arcaísmo, pueden servir para recordar a los signatarios la gravedad de su compromiso y para dar determinados énfasis que luego ayuden a la interpretación... [los votos de los jueces] son inevitablemente retóricos...").

¹⁸ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, pág. 148 (1985) ("No todas las batallas dentro de la crítica literaria son edificantes o siquiera comprensibles, pero han sido defendidos muchos más teóricos de la interpretación en la literatura que en el derecho...").

¹⁹ Bloom, *op. cit.* en nota 6.

²⁰ Harold Bloom, *A Map of Misreading* (1975).

²¹ Harold Bloom, *Kabbalah and Criticism* (1975).

²² Harold Bloom, *Poetry and Repression: Revisionism from Blake to Stevens* (1976).

²³ En discusiones posteriores del marco teórico de Bloom, este artículo se refiere al usurpador como el hijo y al precursor como el padre para retener las resonancias freudianas (y edípicas) de dichos términos. El uso de estos términos no pretende implicar que las mujeres no puedan ocupar cualquiera de los roles.

La teoría de Bloom es una teoría literaria que describe cómo un poema adquiere significado. Helen Vendler sostiene que la teoría de Bloom le permite a los lectores ver los poemas como lo que son, parte de un perpetuo diálogo de lucha entre generaciones, temperamentos, intenciones y percepciones, todo situado en una fraternidad de lenguaje compartido y disputado, ininteligible a menos que los usos comunes de dicho lenguaje y los problemas que provoca, sean percibidos, evaluados y apreciados... Cada poeta produce un cambio a su paso, y hace “discursos de despedida” hacia sus predecesores, usando y revisando los lenguajes que le han heredado, al tiempo que condena a sus sucesores a continuar a partir del lenguaje que las musas le han inspirado²⁴.

Según Vendler, Bloom plantea que los poemas adquieren significado al situarse a sí mismos en una genealogía estética, proveyendo a su vez de una historia a sus sucesores. El sistema es al mismo tiempo comunitario y adversarial: los poetas se proveen mutuamente de un contexto mientras rivalizan unos con otros por la supremacía.

La ansiedad de influencia es también una taxonomía de las diversas posiciones retóricas que puede tomar el texto de un poeta en relación al de su predecesor. Bloom delinea seis relaciones que puede tener con sus precedentes, todas las cuales acarrearán una “mala interpretación” de lo que las antecede, que le permiten al poeta crear un lugar para sí mismo. Estas “relaciones revisionarias” (*revisionary ratios*), incluyen: *clinamen* o desvío, en donde el poeta busca corregir un error en el texto precedente; *tessera* o complemento, en donde el sucesor llena una laguna en el trabajo del predecesor; *kenosis* o vaciamiento, en donde el hijo iconoclasta desmitifica al padre deiforme mostrándole que es tan falible como él; *demonización*, en donde el sucesor adopta la antítesis del precursor; *askesis*, en donde el poeta minimiza su talento para truncar el logro del precursor, en una forma más suave de *kenosis*; y *apophrades*, en donde el sucesor supera de tal manera al predecesor que invierte la relación padre-hijo²⁵.

El término y concepto de precedente están situados de manera más confortable en el discurso del derecho de lo que lo están en la literatura. “Precedente” es un término técnico, definido por el *Black's Law Dictionary* como:

“Un caso juzgado o decisión de un tribunal, considerado como proveedor de un ejemplo o de autoridad respecto de un caso idéntico o similar que surja con posterioridad sobre una cuestión legal similar. Los tribunales intentan fallar los casos sobre la base de principios establecidos en casos anteriores. Los casos anteriores que son parecidos en los hechos o en los principios legales al caso bajo consideración son llamados precedentes. Un principio legal (*rule of law*) establecido por primera vez por un tribunal para un tipo de caso en particular y al cual se hace referencia de ahí en adelante para decidir casos similares”²⁶.

La doctrina que establece que las cortes deben adherir al precedente se llama *stare decisis et non quieta movere*²⁷, o *stare decisis*. A diferencia de la ansiedad de influencia, la doctrina de *stare decisis* es más bien prescriptiva que meramente descriptiva. Mientras la ansiedad de influencia sólo detecta una relación existente, el *stare decisis* inventa una, ordenando a los tribunales que sigan las decisiones previas.

²⁴ Helen Vendler, “Defensive Harmonies: on Harold Bloom”, en *The Music of What Happens: Poems, Poets, Critics*, 49, págs. 56–57 (1988).

²⁵ Bloom, *op. cit.* en nota 6, págs. 14–16.

²⁶ *Black's Law Dictionary*, pág. 1176 (6ª ed. 1990).

²⁷ “Para adecuarse a los fallos y no alterar puntos establecidos...” Robert A. Sprecher, “The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which It Should Be Applied”, 31 A.B.A.J. 501, 501 (1945)

La doctrina del *stare decisis* se desarrolló en la infancia del common law inglés; “los historiadores concuerdan en que el Cuaderno de Notas de Bracton (*Bracton's Note Book*), que contiene una de las primeras colecciones de fallos ingleses, dio un impulso temprano a la doctrina”²⁸. Ya en 1454, el *Chief Justice* Priscot afirmó que debiera seguirse el precedente en un caso particular, argumentando que “si se juzgara incorrectamente esta demanda ahora... ello sería con seguridad un mal ejemplo para los jóvenes aprendices que estudian los libros de fallos (*yearbooks*), porque ellos nunca tendrán confianza en sus libros si vamos a fallar en contra de lo que a menudo se ha fallado en ellos”²⁹. Blackstone articuló formalmente la doctrina en sus comentarios de 1765, afirmando que “es una regla establecida el guiarse por los precedentes anteriores, ahí donde los mismos puntos surjan nuevamente en litigio”³⁰. La doctrina ya estaba asentada de manera sustancial a fines del siglo dieciocho³¹.

En su forma desarrollada del common law inglés, la doctrina del *stare decisis* requería que el precedente fuera seguido por: (1) todos los tribunales inferiores tras el dictamen de un tribunal superior; (2) la House of Lords tras su propia decisión previa; (3) la Corte de Apelaciones (*Court of Appeal*) tras sus propias decisiones; y (4) tribunales tras decisiones de tribunales de autoridad paritaria³². Históricamente, sin embargo, la doctrina ha permitido determinadas excepciones. Específicamente, el precedente no debe ser seguido, si: (1) la regla establecida en el caso anterior era claramente irracional e inconveniente; (2) otro tribunal de igual autoridad ha pronunciado una decisión conflictiva; o (3) la parte citada del precedente no era un principio necesario para la decisión del caso³³.

Tras la Revolución Americana, uno de los mayores objetivos de los educadores legales estadounidenses era liberar a los jueces americanos de la necesidad de seguir los precedentes ingleses³⁴. Se modificó la doctrina del *stare decisis* para exigir una estricta adherencia a los precedentes establecidos por las cortes americanas, a la vez que se permitía cuestionar los precedentes ingleses³⁵. Esta modificación ejemplifica el argumento de que hay dos tipos de *stare decisis*: estricto y relajado³⁶. Bajo la forma estricta, los jueces son forzados a seguir las decisiones previas de determinados tribunales³⁷. La doctrina relajada, por el contrario, requiere únicamente que los jueces “le den algún peso a las decisiones previas sobre el mismo tema”³⁸.

Con el paso del tiempo, la doctrina estadounidense se ha vuelto cada vez más relajada, incluso con respecto a los precedentes estadounidenses, incorporando dos nuevas excepciones a las conservadas de la doctrina inglesa. Primero, la Corte Suprema estableció que la decisión de si el *stare decisis* “debe ser seguido o dejado de lado es una cuestión que está completamente dentro de la discrecionalidad del tribunal”³⁹. Al ejercitar esta discrecionalidad, la Corte Supre-

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Y.B. 33 Hen 6, pl. 41 (1454), citado en Sprecher, *op. cit.* en nota 27, pág. 502.

³⁰ William Blackstone, “Commentaries”, 69 (Thomas M. Cooley ed., Chicago, Callaghan & Co., 3^a ed. 1884) (1765), citado en Sprecher, *op. cit.* en nota 27, pág. 502.

³¹ Sprecher, *op. cit.* en nota 27, pág. 502.

³² *Ibid.*

³³ *Id.*, pág. 503.

³⁴ Craig E. Klafter, “Reason Over Precedents: Origins of American Legal Thought”, pág. 67 (1993).

³⁵ *Íd.*, págs. 67-68.

³⁶ Ver, p.e., Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pág. 24 (1986) (reconociendo y discutiendo la distinción).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Íd.*, pág. 25.

³⁹ *Hertz v. Woodman*, 218 U.S. 205, 212 (1910), citado en Sprecher, *op. cit.* en nota 27, pág. 503.

ma ha estado particularmente dispuesta a suspender los requerimientos del *stare decisis* en casos que involucren la Constitución de los Estados Unidos, porque el corregir errores de interpretación constitucional por medio de acción legislativa es casi imposible⁴⁰. Segundo, la doctrina estadounidense del *stare decisis* llegó a permitir a los jueces considerar “el espíritu de los tiempos”⁴¹. Así, se acepta bajo la doctrina estadounidense que el juez funcione como un legislador que puede considerar el cambio social, económico y político⁴².

Gradualmente fueron agregándose más excepciones, a tal punto que en 1935 dos comentaristas afirmaron que “la tendencia actual se caracteriza por la revocación y la distinción de los precedentes a un nivel que impactaría a un juez o abogado inglés por revolucionario”⁴³. Hay cierta discusión acerca de la intensidad con que la doctrina moderna del *stare decisis* obliga a las decisiones judiciales. En un extremo, los tribunales inferiores se han rehusado a seguir el precedente establecido por la Corte Suprema, como sucedió en un caso en donde el Juez de Distrito Brevard Hand rechazó el dictamen de la Corte Suprema de que, en el contexto de la oración escolar, la Cláusula de Establecimiento (*Establishment Clause*) de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos* obligaba sólo al gobierno federal, pero no a los gobiernos estatales⁴⁴. En el otro extremo, los tribunales han adherido a los precedentes, a pesar de criticarlos⁴⁵. Sin embargo, la doctrina del *stare decisis* es usualmente anulada por medio de subterfugios menos visibles⁴⁶. En palabras del ministro O'Connor, los jueces “saben cómo pronunciar las reglas legales correctas con irónica solemnidad y, al mismo tiempo, evitar las consecuencias lógicas de dichas reglas”⁴⁷.

C. La aplicación de Cole de la ansiedad de influencia al Derecho

El influyente lugar que ocupa el precedente en la literatura y en el derecho invita a una comparación de la función del precedente en ambos campos. El primero en aplicar la teoría de la ansiedad de influencia al derecho fue el profesor Paul Gewirtz, en su artículo “Remedies and Resistance”⁴⁸. Posteriormente, David Cole exploró más extensamente la teoría, en su artículo “Agon at Agora: Creative Misreadings in the First Amendment Tradition”, el que provee el marco teórico que este artículo critica. Cole plantea primeramente que la teoría de la ansiedad de influencia se aplica a todos los escritores, no sólo a los que escriben literatura:

⁴⁰ Sprecher, *op. cit.* en nota 27, págs. 593–04.

⁴¹ *Id.*, pág. 504.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Id.*, pág. 503 (citando a Albert Kocourek & Harold Koven, “Renovation of the Common Law Through Stare Decisis”, 29 Ill. L. Rev. 971, 976 (1935)).

* Según el *Black's Law Dictionary*, es la cláusula que dispone que “el Congreso no podrá dictar leyes que establezcan una religión o prohíban el ejercicio de alguna...” Tal lenguaje prohíbe a un Estado o al gobierno federal establecer una iglesia o dictar leyes que ayuden a una o a todas las religiones, o den preferencia a una religión, o fuercen a creer o no creer en cualquier religión. (n. del trad.)

⁴⁴ *Jafree v. Board of Sch. Comm'rs*, 554 F. Supp. 1104, 1128 (S.D. Ala.) (“La revisión independiente de los documentos históricos relevantes realizada por esta Corte... la convence de que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha errado en su lectura de la historia”), confirmado en parte y revocado en parte sub nom. *Jafree v. Wallace*, 705 F.2d 1526 (11th Cir. 1983), certificación denegada, 446 U.S. 926 (1984), citado en Evan H. Caminker, “Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?”, 46, Stan. L. Rev. 817, 819 (1994).

⁴⁵ Ver *United States v. Childress*, 715 F.2d 1313 (8th Cir. 1984) (criticando pero siguiendo a *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202 (1965), citado en Caminker, *op. cit.* en nota 44, pág. 863.

⁴⁶ Camiker, *op. cit.* en nota 44, pág. 819.

⁴⁷ *Ibid.* (citando a *TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 113 S. Ct. 2711, 2742 (1993) (O'Connor, J., disintiendo)).

⁴⁸ Paul Gewirtz, *Remedies and Resistance*, 92 Yale L. J., págs. 585, 666–67 (1983).

“Las relaciones revisionarias de Bloom no necesitan limitarse a las relaciones poéticas. La ansiedad de influencia aflige a todos los escritores que buscan establecer una voz o una identidad. Más aun, todo acto de interpretación requiere la articulación de un punto de vista perteneciente al lector individual. El modelo de Bloom implica que todos los puntos de vista son, en algún sentido, revisionarios, y que aquellos individuos a quienes consideramos ‘grandes’, ‘fuertes’ o ‘influyentes’, son aquellos cuyas visiones aparecen como más revisionarias”⁴⁹.

Ya que las relaciones revisionarias de Bloom son simplemente mecanismos retóricos para superar al precedente, no están limitadas exclusivamente al campo literario. El argumento de Cole se apoya en la afirmación de Bloom de que su teoría de influencia poética representa “una parte del fenómeno mayor del revisionismo intelectual”⁵⁰, que incluye “la teoría política, la psicología, la teología, el derecho [y la] poesía”⁵¹.

Más adelante Cole sostiene que, dada la aplicabilidad general de las relaciones revisionarias a toda retórica, no es sorprendente que las seis relaciones revisionarias sugieran paralelos entre las funciones poética y judicial. El movimiento corrector más suave (*clinamen*) parece describir el tipo de desarrollo contemplado por la incorporación de precedentes; la revisión más extrema (*apophrades*) describe el momento de victoria en la lucha antitética, la revocación del precedente. Hay dos métodos de “mala interpretación” ubicados dentro de estos extremos que tienen también especial relevancia para el modelo legal⁵².

Cole reconoce que las estrategias retóricas especificadas por Bloom tienen análogas en el derecho; así, los jueces pueden aplicar estas relaciones tanto como los poetas. Sin embargo, el decir que los actores de ambos campos pueden aplicar las relaciones no implica decir que las apliquen de la misma manera. Cole señala que los jueces y los poetas tienen, por lo general, relaciones diametralmente opuestas respecto al precedente:

Las demandas de estabilidad social y predecibilidad legal ponen a la ansiedad de influencia de cabeza; ahí donde el poeta sufre de ansiedad frente al hecho de que no escapará a la sombra del precursor, la ansiedad básica del juez surge de la amenaza de que sus dictámenes no serán aceptados a menos que parezcan conformes con el precedente. El trabajo del poeta es liberarse del pasado; el deber del juez, en cambio, es ajustarse a él⁵³. De esta forma, Cole afirma que la sociedad demanda cosas distintas de los jueces y de los poetas, lo que afecta sus relaciones con el precedente. Al poeta la sociedad le exige originalidad, apoyándolo en su propósito subversi-

⁴⁹ Cole, *op. cit.* 7, pág. 865; ver también Gewirtz, *op. cit.* en nota 48, pág. 666.

⁵⁰ Bloom, *op. cit.* en nota 6, pág. 28.

⁵¹ Íd., pág. 29 (énfasis agregado).

⁵² Cole, *op. cit.* en nota 7, pág. 865. Debiera tomarse en cuenta que Cole implica incorrectamente que Bloom enuncia las relaciones revisionarias en orden ascendente de subversividad:

“En un extremo, el joven poeta simplemente se desvía de la línea establecida por su precursor; el nuevo texto aparece como un gentil movimiento corrector, desarrollando la idea del precursor a lo largo de una línea sutilmente diferente. En el otro extremo, la ‘mala lectura’ del efébo es tan fuerte que el trabajo del precursor es visto de ahí en adelante sólo como una elaboración de aquél. El nuevo poeta recaptura la prioridad sobre su precursor, de manera que la poesía ahora se lee como si estuviera en deuda desde siempre con el trabajo del nuevo poeta. El texto posterior revela con tanta fuerza la esencia del trabajo anterior, que el precursor parece haber imitado al efébo; el hijo se convierte en padre del padre.” Íd. en págs. 864-65 (notas al pie omitidas). Nada en el análisis de Bloom sugiere que el *clinamen*, la primera relación descrita arriba, es más “gentil” que el *apophrades*, la segunda relación descrita arriba, ni que las relaciones intervinientes se pongan más radicales a medida que se alejan de la primera hacia la segunda. En efecto, como se muestra más abajo, el *clinamen* puede ser una estrategia de subversión tan radical como el *apophrades*.

⁵³ Íd. en pág. 867.

vo. Por el contrario, al juez, la sociedad le exige estabilidad a través de la doctrina del *stare decisis*, frenando el deseo del juez de fallar de acuerdo a sus predilecciones.

Así, mientras el poeta debe luchar sólo contra la ansiedad de influencia, el juez debe hacerlo tanto con la ansiedad de influencia como con la ansiedad de ilegitimidad, creada por la doctrina del *stare decisis*:

“Debido a que la autoridad del poeta descansa explícitamente en la originalidad, el poeta puede buscar evadirse de la ineludible influencia de sus precursores a través de una abierta ‘mala interpretación’. El juez, en cambio, debe ‘malinterpretar’ para dar espacio a su propia contribución, y no aparecer como un ‘mal intérprete’, para apoyarse en la autoridad del precedente”⁵⁴.

De esta forma, Cole plantea que lo que distingue al gran juez del gran poeta es que, a diferencia del poeta, el juez no puede rebelarse abiertamente contra sus precursores, sino que debe actuar de manera encubierta.

Finalmente, Cole afirma que, irónicamente, la sociedad celebra a los jueces que revierten con éxito el precedente, venciendo los obstáculos que la misma sociedad les ha puesto en el camino:

“Así como valoramos el orden y la predecibilidad en el derecho, también celebramos a aquellos jueces cuyas visiones fuertes y creativas eventualmente capturan la fidelidad de la cultura social y legal. Probablemente, un juez que lidera a una mayoría (con su voto, en un fallo colegiado) al adoptar una interpretación que no hace ningún aporte, no será recordado como un gran juez; para llegar a serlo, un juez debe ser capaz de liberarse del precedente y, a la vez, de lograr que su visión sea aceptada”⁵⁵.

Bajo esta formulación, el juez debiera preocuparse sólo de la percepción social sobre su fidelidad al precedente, y no de su verdadera fidelidad a los casos anteriores: La apariencia de legitimidad es fungible con la legitimidad misma. El “gran” juez es aquel que actúa como el motor del derecho mientras aparenta ser su espejo.

El argumento de Cole puede resumirse como sigue: La ansiedad de influencia se aplica a todos los escritores y, por consiguiente, se aplica tanto a los jueces como a los poetas; debido a las diferentes expectativas sociales de sus roles, los jueces están más restringidos por el precedente que los poetas; sin embargo, los grandes jueces no pueden apartarse abiertamente del precedente, porque deben adherir a él de manera aparente. La síntesis de Cole es poderosa, porque muestra que la distinción entre el derecho y la literatura no es tan acentuada como puede haber parecido originalmente⁵⁶. Más específicamente, en su aplicación de la teoría de la ansiedad de influencia al derecho, el análisis de Cole muestra que la teoría de Bloom sobre la poesía puede caracterizar con precisión la lucha a la que se enfrentan los jueces al tratar con los precedentes legales.

⁵⁴ *Íd.* en pág. 868; ver también Gewirtz, *op. cit.* en nota 48, en pág. 667.

⁵⁵ Cole, *op. cit.* en nota 7, en pág. 867; ver también Gewirtz, *op. cit.* en nota 48, en pág. 667.

⁵⁶ Cole, *op. cit.* en nota 7, en pág. 858.

II. Una nueva aplicación de la ansiedad de influencia al Derecho

A. *Crítica de la aplicación de Cole*

Cualquier síntesis de las teorías de dos campos distintos debe tener cuidado de no caer en la trampa que amenaza a todos los estudios interdisciplinarios: el forzar a ambos campos a estar más cerca o más lejos de lo que actualmente están. Posner delinea este peligro en el contexto del movimiento de derecho y literatura:

“A pesar de que ha aparecido alguna doctrina de calidad, el grado en el que se han iluminado mutuamente el derecho y la literatura es modesto. Algunos de sus practicantes han exagerado las similitudes entre ambos campos, sin prestar suficiente atención a las profundas diferencias entre el derecho y la literatura. En sus manos, la teoría literaria u obras literarias determinadas, son manipuladas para hacer que la literatura parezca relevante al derecho, y el derecho es manipulado para hacerlo parecer una misma cosa con la literatura. Al mismo tiempo, se han pasado por alto importantes oportunidades de iluminación mutua entre el derecho y la literatura”⁵⁷.

Así, en el movimiento de derecho y literatura, como en todos los movimientos interdisciplinarios, los académicos deben examinar cuidadosamente los puntos en que convergen y divergen las distintas disciplinas, para que la relación entre ambos campos no se simplifique en exceso.

Mientras la síntesis de Cole es una contribución original y valiosa al movimiento de derecho y literatura, es víctima de los dos males señalados por Posner. Primero, Cole pasa por alto importantes oportunidades de iluminación mutua entre el derecho y la literatura, al no desarrollar una comparación rigurosa de las aplicaciones de la ansiedad de influencia en ambos campos. Segundo, Cole exagera las similitudes entre los dos campos, al transferir al derecho, sin ninguna calificación, la connotación positiva que la subversión tiene en la literatura.

La comparación que Cole hace de la ansiedad de influencia en la literatura y en el derecho carece de rigor, porque utiliza la teoría de Bloom en un nivel de generalidad inapropiadamente alto y porque no analiza los textos literarios. La teoría de Bloom es mucho más que una enunciación general acerca de una relación freudiana entre los autores y sus predecesores: le da una forma más específica a la ansiedad de influencia, al describir seis relaciones revisionarias. Cole reconoce la importancia de estas relaciones al considerar cómo debieran aplicarse al derecho⁵⁸. Sin embargo, Cole no logra aplicar estrategias retóricas individuales a los textos legales; se vuelve, en cambio, hacia la teoría general de la ansiedad de influencia⁵⁹. Más aun, a

⁵⁷ Posner, *op. cit.* en nota 10, en págs. 13-14.

⁵⁸ Mientras la aplicación de las razones de Cole al derecho muestra el correcto instinto analítico de intentar dibujar paralelas entre los campos del derecho y la literatura, la aplicación es simplista. Por ejemplo, Cole argumenta que el *clinamen* parece describir el tipo de desarrollo contemplado por la incorporación de los precedentes, mientras el *apophrades* describe la revocación del precedente. Tales correspondencias de uno-a-uno, sin embargo, no existen entre ambos campos. Las relaciones revisionarias son estrategias retóricas que pueden ser usadas con varios fines en el derecho. Así, el voto de Rehnquist usó el *clinamen* para defender la revocación del precedente, mientras el voto conjunto usó el *apophrades* para incorporar el precedente. Ver *infra* parte V.

⁵⁹ El lector debiera ser cauto frente a este nivel de generalidad, ya que es mucho más fácil trasladar una teoría de un campo a otro si se expresa en su forma más general. Despojada de su particularidad, la teoría de Bloom es más fácilmente “torcida para hacer parecer a la literatura relevante para el derecho”. Posner, *op. cit.* en nota 10, en pág. 13. En efecto, si Cole hubiera aplicado sus caracterizaciones de las relaciones revisionarias a textos particulares, podría no haber fallado en caracterizar los paralelos entre las relaciones y las estrategias legales.

pesar de plantear repetidamente el argumento de aplicar la teoría tanto al derecho como a la literatura⁶⁰, Cole no aplica la ansiedad de influencia a las obras literarias en ningún nivel de generalidad. Por consiguiente, los lectores deben creer y tomar por cierto su argumento de que la ansiedad de influencia opera de manera similar en ambos campos.

Cole ha sido también víctima del segundo mal enunciado por Posner, el exagerar los puntos en común entre ambos campos. Cole postula incorrectamente que la grandeza en los ámbitos poético y judicial está basada en la creatividad subversiva. Cole afirma que un juez que “lidera a una mayoría (en un fallo colegiado) adoptando una interpretación que no cubre nuevas áreas no será probablemente recordado como un gran juez; para serlo, un juez debe ser capaz de liberarse del precedente y, al mismo tiempo, hacer que sus puntos de vista sean aceptados”⁶¹. Al moverse de la primera parte de esta oración a la segunda, Cole equipara aquellos jueces que son “recordados como grandes jueces” con aquellos que lo son efectivamente. Esta equiparación puede aproximarse a la verdad en lo literario, en donde la subversión es un requisito previo de la grandeza. Sin embargo, es claramente errónea en el derecho, ya que la restricción a que está sometido un juez puede hacerlo un gran juez, sin producir necesariamente que sea recordado como tal.

B. *Una fuerte mala interpretación de Cole*

Dentro de la tradición Bloomiana, la discusión planteada por este artículo sobre el precedente en la literatura y el derecho será una fuerte mala interpretación de Cole. Este artículo intentará alcanzar un balance más equitativo entre los campos del derecho y la literatura, para mostrar las regiones en donde convergen y divergen con respecto al precedente. Primero, este artículo aplica las relaciones revisionarias de Bloom tanto a obras literarias como legales. En vez de afirmar simplemente que la ansiedad de influencia opera de manera similar en ambos campos, este artículo muestra cómo dos de las relaciones, *apophrades* y *clinamen*, se emplean de la misma forma en dos textos literarios y en dos textos jurídicos⁶². Este análisis plantea la posibilidad de que el vocabulario desarrollado por Bloom en el contexto literario pueda proveer una forma útil de hablar más generalmente sobre los fundamentos de los fallos. Ignorar esta posibilidad es no saber explotar el trabajo que Bloom ha hecho para crear una taxonomía de los tipos retóricos.

El artículo concluye, en base a los resultados de atentas lecturas, que la subversión no tiene necesariamente las mismas connotaciones positivas en el derecho que en la literatura. En otras palabras, mientras las estrategias retóricas empleadas en ambos campos son las mismas, las consecuencias del uso de dichas estrategias son diferentes. La grandeza en el derecho no es necesariamente lo mismo que la grandeza en la literatura, debido a que el respeto al precedente puede tener un valor en el primer campo que no tiene en el segundo.

⁶⁰ Ver, p.e., Cole, *op. cit.* en nota 7, en pág. 863.

⁶¹ Íd. en pág. 867.

⁶² Mientras otras relaciones pueden aplicarse también, están más allá del alcance de este artículo.

III. Dos relaciones revisionarias: Apophrades y Clinamen

Mientras las seis relaciones revisionarias de Bloom se aplican tanto al derecho como a la literatura, este artículo se centra en dos de ellas, apophrades y clinamen, ya que describen dos estrategias usadas en los votos del caso Casey.

A. *Apophrades*

Bloom usa el término apophrades para describir la siguiente dinámica:

“Apophrades, o el regreso de los muertos; tomo la palabra de los lúgubres o infortunados días atenienses, en que los muertos regresaban para rehabilitar las casas en que habían vivido. El poeta sucesor, en su fase final, ya apesadumbrado por una imaginativa soledad que es casi un solipsismo, vuelve a abrir de tal manera su propio poema al trabajo del precursor que, a primera vista, podríamos creer que se ha cerrado el círculo, y que hemos regresado a la ‘inundada’ época de aprendizaje del poeta sucesor, antes de que su fuerza comenzara a afirmarse en las relaciones revisionarias. Pero el poema está ahora abierto al precursor, ahí estuvo abierto una vez, y el efecto extraño es que el logro del nuevo poema hace que no nos parezca escrito por el precursor, sino más bien que ha sido el poeta sucesor quien ha escrito el trabajo característico del precursor”⁶³.

Esta dinámica está compuesta por tres partes secuenciales. La primera fase, apophrades, involucra al poeta en su imaginativa soledad. Sin embargo, esa soledad no está nunca completa, porque Bloom presume que todos los escritores son rondados continuamente por los fantasmas de sus predecesores, que los “poetas fuertes siguen regresando de los muertos, y sólo por medio de la actuación cuasi-voluntaria de otros poetas fuertes como médiums”⁶⁴. Esta conciencia de los “muertos fuertes” es particularmente aguda “en poemas que buscan una claridad final, que pretenden ser declaraciones definitivas, testamentos de aquello que es exclusivamente el don del poeta fuerte (o lo que él desea que recordemos como su don exclusivo)”⁶⁵. En la segunda fase de apophrades, el poeta es “inundado” de tal forma por estos fantasmas, que los logros de los fantasmas aplastan a los del poeta. Si el poeta se queda en esta fase, sucumbe frente a la ansiedad de influencia. Esto quiere decir que, si los fantasmas “regresan intactos, entonces el regreso empobrece a los poetas posteriores, condenándolos a ser recordados, si lo son de alguna manera, como si hubieran terminado en la pobreza, en un estado de necesidad imaginativa que no pudieron satisfacer”⁶⁶. En la tercera fase, sin embargo, el poeta puede reafirmarse, demostrando que la “inundación” ocurrió porque él se abrió de manera deliberada a sus precursores para triunfar finalmente sobre ellos. En un apophrades positivo⁶⁷ hay un movimiento revisionario grandioso y final que purifica incluso este último influjo. “[Algunos poetas pueden] lograr un

⁶³ Bloom, *op. cit.* en nota 6, en págs. 15-16.

⁶⁴ *Íd.*, en pág. 140-41.

⁶⁵ *Íd.* en pág. 140.

⁶⁶ *Íd.* en pág. 141.

⁶⁷ Bloom distingue entre apophrades positivo y negativo. En la forma positiva, el poeta entra a la tercera fase y triunfa sobre su predecesor. En la forma negativa, el poeta se mantiene abierto al predecesor deliberadamente, pero, en vez de superarlo, es superado. Bloom cita los trabajos de Yeats, Stevens, Browning y Dickinson, como ejemplos de apophrades positivo, y trabajos de Roethke como un ejemplo de apophrades negativo. *Id.* en págs. 141, 142. A menos de que se indique lo contrario, el término apophrades se refiere en este artículo a la forma positiva.

estilo que capture y, extrañamente, mantenga una prioridad sobre sus precursores, de manera que la tiranía del tiempo sea casi derribada, y uno puede creer, por asombrosos momentos, que ellos están siendo imitados por sus ancestros⁶⁸. Así, apophrades es una dinámica encubierta, en la que el poeta aparece controlado por su precursor, pero posteriormente revela que es él quien lo controla.

B. *Clinamen*

La segunda relación revisionaria, *clinamen*, se describe así:

“*Clinamen*, que es una ‘mala interpretación’ poética o rebeldía adecuada (*misprision proper*); tomo la palabra de Lucrecio, en donde significa un ‘viraje brusco’ de los átomos, que hace posible el cambio en el Universo. Un poeta se aparta bruscamente de su precursor al leer su poema de manera tal que realiza un *clinamen* respecto de él. Esto aparece como un movimiento correctivo de su propio poema, lo que implica que el poema del precursor llegó específicamente hasta un cierto punto, pero entonces debió haber girado bruscamente, precisamente hacia la dirección en que se mueve el nuevo poema⁶⁹.”

Bajo el *clinamen*, el poeta “sigue la doctrina recibida hasta un cierto punto, y luego se desvía, insistiendo en que (su precursor) tomó la dirección equivocada justo en ese punto, y no en otro⁷⁰. De esta manera, *clinamen* es una forma más directa de subversión que *apophrades*, ya que no involucra un doble estándar. Sin embargo, el poeta que utiliza el *clinamen* enfrenta una misión atemorizante, en la que debe mostrar su propio movimiento como “correctivo”. Debe identificar el punto en el que las cosas comenzaron a ir mal para su predecesor y legitimar su propia desviación del precedente.

Una forma en que puede lograrse el *clinamen* es hacer aparecer al texto original, que puede haber aparecido a la vez poderoso y normativo, como arbitrario:

“El poeta sitúa de tal manera a su precursor, modifica de tal manera su contexto, que los objetos visionarios, con su altísima intensidad, se funden en el continuo. El poeta tiene, en relación al heterogéneo universo del precursor, un estremecedor sentido de lo arbitrario, de la igualdad o igual azarosidad de todos los objetos. Este sentido no admite reducción, porque es el continuo, el contexto estacionario, el que es revisitado y transformado en el visionario; es traído a la intensidad de los objetos cruciales, los que entonces se ‘fundan’ con él...”⁷¹.

En esta forma de *clinamen*, el texto posterior despoja al precedente de su autoridad, al exponer sus opciones como arbitrarias. Sin embargo, esta revelación de arbitrariedad no puede conducir a un sentido general de nihilismo, porque entonces el texto usurpador sería considerado igualmente arbitrario. Por consiguiente, el poeta que emplea el *clinamen* no degrada la calidad visionaria de su precursor, sino que dota a su propio texto de una cualidad visionaria igual o mayor que la del precedente. Al situarse a sí mismo en idéntico contexto que el precursor, el texto posterior muestra que la prioridad temporal (el hecho de que el precursor estuviera

⁶⁸ Íd. en pág. 141.

⁶⁹ Íd. en pág. 14.

⁷⁰ Íd. en pág. 29.

⁷¹ Íd. en pág. 42.

primero) no implica prioridad visionaria (el significado superior del precursor). El texto posterior se embarca, de esta manera, en un debate sobre los méritos de la posición del precursor.

IV. Las relaciones aplicadas a la literatura

A. *Literatura Revisionista*

Las relaciones de apophrades y clinamen de Bloom pueden ser ejemplificadas por dos textos literarios: *Rosencrantz y Guildenstern Han Muerto* de Tom Stoppard y *Una Tempestad* de Aime Cesaire. Estos textos literarios provienen de un conjunto de textos "revisionistas"; es decir, textos que aluden explícitamente y responden a precedentes canónicos. Dentro de la ficción, dichos textos incluyen "Foe" de J.M. Coetzee⁷², que es una reescritura de *Robinson Crusoe* de Daniel Defoe⁷³, y *Wide Sargasso Sea* de Jean Rhys⁷⁴, una reescritura de *Jane Eyre* de Charlotte Bronte⁷⁵. En poesía, el subgénero revisionista incluye a *The Dover Bitch* de Anthony Hecht⁷⁶, que es la respuesta de la persona amada y en tono de apóstrofe a *Dover Beach* de Matthew Arnold⁷⁷, y *The Nymph's Reply to the Shepherd* de Sir Walter Raleigh⁷⁸, que hace lo mismo con *The Passionate Shepherd to His Love* de Christopher Marlowe⁷⁹. El teatro modernista ha producido importantes revisiones de Shakespeare, incluyendo aquellas que se discuten en este artículo: "Rosencrantz..." de Stoppard (revisando *Hamlet*) y *Una Tempestad* de Cesaire (revisando *La Tempestad*)⁸⁰.

B. *Rosencrantz y Guildenstern han muerto*

La obra "Rosencrantz...", de Stoppard, ejemplifica la relación revisionaria apophrades atravesando las tres fases discutidas arriba⁸¹. Comienza con incertidumbre acerca de su relación con Hamlet; luego es inundada por Hamlet, apareciendo como nada más que un parásito de la obra original; al final, sin embargo, logra una subversión respecto de la obra de Shakespeare.

1. *Incertidumbre y Precedente*

"Rosencrantz..." comienza con incertidumbre, con dos hombres más esperando a Godot. Rosencrantz y Guildenstern son vistos al principio lanzando monedas al aire, las que siempre

⁷²J.M. Coetzee, *Foe* (1986).

⁷³Daniel Defoe, *Robinson Crusoe* (Michael Shinagel ed., Norton 1975) (1719).

⁷⁴Jean Rhys, *Wide Sargasso Sea* (1966)

⁷⁵Charlotte Bronte, *Jane Eyre* (New York Univ. Press 1977) (1847).

⁷⁶Anthony Hecht, "The Dover Bitch", en *Collected Earlier Poems* 17 (1990).

⁷⁷Matthew Arnold, "Dover Beach", en *The Norton Anthology of Poetry* 794 (Alexander W. Allison et al. eds., 3ª ed. 1983) [de aquí en adelante, *Norton Anthology*].

⁷⁸Sir Walter Raleigh, "The Nymph's Reply to the Shepherd", en *Norton Anthology*, *op. cit.* en nota 77, en pág. 105.

⁷⁹Christopher Marlowe, "The Passionate Shepherd to His Love", en *Norton Anthology*, *op. cit.* en nota 77, en pág. 185.

⁸⁰El subgénero revisionista es útil para el propósito de examinar modos literarios de subversión, porque los textos revisionistas claramente se identifican y luchan cuerpo a cuerpo con sus predecesores. Bloom argumenta que todos los textos literarios subvierten a sus predecesores, pero los textos revisionistas son, por su sola naturaleza, más conscientemente subversivos que otros. Mientras pueden cuestionarse las deudas de ciertos autores con sus predecesores, las deudas de Stoppard y Cesaire con Shakespeare no pueden ser cuestionadas. Así, los textos revisionistas no pueden simplemente apartarse de sus predecesores; deben enfrentar la ansiedad de influencia de manera directa. La necesidad de esta confrontación hace que los textos de este subgénero sean más parecidos a textos legales, los que deben también prestar atención al precedente, debido a la doctrina de *stare decisis*.

⁸¹Ver supraparte III.A.

caen de cara. Desafiando todas las leyes de la probabilidad, el fenómeno de las monedas es un emblema de lo extraño. Guildenstern extrapola quejumbrosamente este fenómeno a sus vidas:

GUIL: Prácticamente, empezar de cero... Un despertar, un hombre a caballo aporrea las ventanas, grita nuestros nombres en el alba inminente, un mensaje, un emplazamiento... Un nuevo récord a cara o cruz. No nos han... arrancado de la cama...; simplemente para abandonarnos..., dejarnos perdidos y tener que encontrar a tientas nuestro camino... Tenemos derecho a alguna dirección... Me parece⁸².

Los personajes deben luchar con el grado en que el precedente da la dirección de la que habla Guildenstern. A pesar de lo que él dice, Rosencrantz y Guildenstern no están “empezando de cero”⁸³. Por el contrario, Shakespeare ha dado ya un resumen de sus vidas en *Hamlet*. El título de la obra de Stoppard indica esta conexión, y la primera escena revela que el título es más que una simple alusión. Así “Rosencrantz...” establece rápidamente su fe en ciertos elementos de la narración original: Stoppard no sólo se ha apropiado de los nombres de los personajes de *Hamlet*, sino también de la trama. Por ejemplo, en *Hamlet*, Claudio emplaza a Rosencrantz y Guildenstern a adivinar la naturaleza del mal de Hamlet. Como sugieren más arriba las líneas de Guildenstern, los personajes de Stoppard han sido también emplazados. El darse cuenta de que “Rosencrantz...” es, al menos en parte, fiel a su precedente, es un hecho perturbador, ya que Rosencrantz y Guildenstern mueren en *Hamlet* sin luto. La fidelidad completa al texto original suena como un presagio de muerte para los Rosencrantz y Guildenstern de Stoppard. Si el precedente da la “dirección” a la que los dos personajes “tienen derecho”⁸⁴, esa dirección es sombría.

Rosencrantz y Guildenstern son comprensiblemente conscientes acerca de si el precedente les afecta o no. Stoppard no puede, lógicamente, permitirles dirigirse a la obra *Hamlet* misma, ya que *Rosencrantz y Guildenstern Han Muerto* ocurre conjuntamente con la obra de Shakespeare –los dos mundos existen en el mismo instante temporal–. Así, más que poner a sus personajes principales a discutir sobre su carga de precedentes, Stoppard enfrenta el tema del precedente oblicuamente, discutiendo en términos más generales la ansiedad de influencia en el teatro. Para lograr este objetivo, Stoppard se apropia de la compañía de teatro itinerante de *Hamlet*.
ACTOR: ¿Que por qué? Habíamos empezado a enmohecernos y nos cogéis en el mismo umbral de la decadencia, quizás mañana a estas horas hubiéramos olvidado todo lo que siempre hemos sabido. Curioso, ¿verdad? (*Ríe generosamente.*) Nos encontrarías de nuevo donde comenzamos –improvisando.

ROS: ¿Sois acróbatas?

ACTOR: Podemos ofrecer alguna acrobacia si os place, y en los tiempos que corren... Además, por un tintineo de moneda recitaremos una selección de romances sangrientos, llenos de bellas cadencias y de cadáveres, pirateados a los italianos...⁸⁵

El actor le da a Rosencrantz dos alternativas: improvisación u obras “pirateadas a los italianos”⁸⁶. La improvisación se equipara a la decadencia, la amnesia y la regresión. El precedente

⁸² Stoppard, *op. cit.* en nota 8, en pág. 20.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Id.*, pág. 22.

⁸⁶ *Ibid.*

(el pirateo de historias antiguas) es igualado a lo sangriento (los cadáveres). Claramente, Rosencrantz y Guildenstern deben elegir no sólo *para* el actor, sino *para* sí mismos. Pueden improvisar anárquicamente o seguir el precedente hacia la sangre de las muertes escritas para ellos en *Hamlet*.

El hecho de si Rosencrantz y Guildenstern tienen realmente una opción entre estas dos alternativas es un tema que ronda la obra. Luego de que los actores pierden una apuesta, ofrecen a uno de los miembros de su compañía, Alfred, como prenda. La conversación de Guildenstern con Alfred introduce explícitamente el tema del precedente:

GUIL: ¿Te gusta ser... actor?

ALFRED: No, señor.

(GUIL mira a su alrededor, hacia el público.)

GUIL: Tú y yo, Alfred, podríamos crear aquí un precedente dramático.

(Y ALFRED, que ha estado a punto de llorar, empieza a hacer pucheros.)

Vamos, vamos, Alfred, así no se llenarán los teatros de Europa⁸⁷.

La obra entera gira en torno a si Guildenstern será capaz de “crear un precedente dramático”⁸⁸, en vez de ser simplemente creado por el precedente dramático de Shakespeare. La esperanza de Guildenstern no es infundada; después de todo, Shakespeare mismo tenía pocas tramas originales, pero logró crear un precedente en vez de ser creado por uno⁸⁹. Aun así, es difícil no aceptar como racional el lloriqueo de Alfred frente a las adversidades que encara. Como Rosencrantz y Guildenstern, se presenta a sí mismo como un amateur a quien se le pide que se pruebe a sí mismo en “los teatros de Europa”⁹⁰.

2. El precedente parece obligar

“Rosencrantz...” resuelve el problema de si el precedente obliga a Rosencrantz y Guildenstern cuando *Hamlet* como obra irrumpe en la trama de Stoppard. Rosencrantz y Guildenstern intentan escapar a la llegada de Claudio y Gertrudis, pero no pueden:

(ROS y GUIL se han inmovilizado. GUIL es el primero en ponerse en marcha. Se vuelve con violencia a ROS.)

GUIL: ¡Vamos!

Pero se oye un brusco ruido de trompetas (entra Claudio, seguido de Gertrudis.)

CLAUDIO: Sed bienvenidos, querido Rosencrantz...

(Levanta la mano a GUIL, mientras ROS se inclina. GUIL se inclina tarde y precipitadamente)... y Guildenstern.

(Levanta la mano a ROS, mientras GUIL le hace la reverencia. ROS está aún levantándose de su inclinación anterior y todavía inclinado, vuelve a hacer otra reverencia. Con la cabeza baja, mira furtivamente a GUIL, que ya se está levantando.)

Aparte de lo mucho que ansiábamos veros, la necesidad que tenemos de vuestros servicios nos ha impulsado a llamaros precipitadamente.

⁸⁷ Íd., pág. 32.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Ver, p.e., *Narrative and Dramatic Sources of Shakespeare* (Geoffrey Bullough ed., 1961).

⁹⁰ Stoppard, *op. cit.* en nota 8, pág. 32.

(ROS y GUIL todavía están componiendo sus ropas por la presencia de CLAUDIO).
(...)

ROS: Vuestras Majestades tienen soberana autoridad sobre nosotros para expresar sus respetables deseos más como mandato que como súplica.

GUIL: Con todo, obedecemos ambos, y en este punto nos ofrecemos hasta donde alcancen nuestras fuerzas, poniendo incondicionalmente a vuestros pies nuestros servicios para lo que gustéis mandarnos⁹¹.

Las líneas dichas por Claudio, así como las respuestas de Rosencrantz y Guildenstern, están tomadas directamente de *Hamlet*⁹². La obra canónica habla a través de su revisión advenediza con violencia ventrilocua: Rosencrantz y Guildenstern, que han hablado previamente en idioma moderno, son forzados temporalmente a hablar un dialecto renacentista. Súbitamente se dan cuenta de que ambos están “escritos y enrolados” (*scripted and conscripted*) por *Hamlet*. La ironía completamente aprovechada de sus primeras líneas en *Hamlet* aumenta este efecto (“ROS: Vuestras Majestades tienen soberana autoridad sobre nosotros para expresar sus respetables deseos más como mandato que como súplica”⁹³). La obsequiosa respuesta de Rosencrantz al rey y la reina reconoce que la súplica de los reyes podría también ser, y es por consiguiente el equivalente funcional de una orden. Reconoce que lo que se presentó como una opción puede no serlo en ningún sentido.

La existencia contemporánea de los mundos de “Rosencrantz...” y *Hamlet* se hace finalmente explícita en esta escena en que los personajes salen de “Rosencrantz...” entran a *Hamlet*, y viceversa. Aun así, no son dos mundos iguales. *Hamlet* es el modo de existencia dominante; se presenta como una realidad rígida a la cual Rosencrantz y Guildenstern deben adecuarse cada vez que las obras se intersectan. Incluso si las vidas de “Rosencrantz...” parecen estar en la escena principal, Rosencrantz y Guildenstern son percibidos sólo como personajes incidentales en historias de otras personas, y no como héroes de la suya. Están llenos de la sensación de que, como dice Guildenstern, “todo eso nos precedió”⁹⁴. Así, en esta escena, Stoppard parece haber vuelto al estado de “aprendizaje inundado”⁹⁵, en donde estaba completamente esclavizado por su poderoso predecesor.

3. Subversión

El hecho de que Rosencrantz y Guildenstern deban ceder su propia realidad frente a la de *Hamlet* cada vez que los personajes importantes de la obra de Shakespeare se entrometen en el mundo de Rosencrantz, hace que las vidas de los personajes parezcan tan irracionalmente repetitivas como los resultados del cara y sello en la primera escena: no importa cuántas veces gire la perspectiva, siempre cae en *Hamlet*. Sin embargo, tras un examen más detallado, “Rosencrantz...” aparece deliberadamente abierto a *Hamlet*, para que Stoppard pueda revertir su precedente. Rosencrantz y Guildenstern subvierten al precedente tanto al omitir como al agregar elementos de la obra precedente —cometen pecados de acción y omisión.

⁹¹ Id., págs. 35–36.

⁹² Compárese *ibid.* con William Shakespeare, *Hamlet*, acto 2, escena 2, 11. Págs. 1–32 (Harold Jenkins ed., 1982).

⁹³ Stoppard, *op. cit.* en nota 8, pág. 36.

⁹⁴ Id. pág. 39.

⁹⁵ Bloom, *op. cit.* 6, pág. 16.

“Rosencrantz...” subvierte por medio de acción al extrapolar más allá de su precedente, más notablemente al humanizar a Rosencrantz y Guildenstern y alterar el tono de su predecesor. Estas subversiones se ejemplifican más abajo, cuando Rosencrantz y Guildenstern pierden las esperanzas en la habilidad de Claudio para distinguirlos:

ROS: El [Claudio] no iba a establecer discriminaciones entre nosotros.

GUIL: Aunque hubiera podido.

ROS: No habría podido nunca.

GUIL: No podría siquiera estar seguro de estarnos confundiendo.

ROS: Sin confundirnos.

GUIL: (*volviéndose furioso hacia él*): ¡Por qué no dices algo original! ¡No me extraña que estemos tan estancados! No me conduces a nada, te limitas a repetir las cosas en distinto orden.

ROS: No puedo pensar en nada original. Sólo soy un buen soporte.

GUIL: Estoy harto de ser el conductor.

ROS (*humildemente*): Debe ser tu dominante personalidad⁹⁶.

Aquí está la falla fundamental de cara al precedente: el hijo débil (Rosencrantz) colapsando bajo el peso de su predecesor (Guildenstern). Pese a que Rosencrantz admite su incapacidad de ser original debido a la personalidad dominante de Guildenstern, el lector se da cuenta de que ha llegado a distinguir entre los dos personajes en “Rosencrantz...”, aun cuando Claudio no puede. Los personajes indiferenciados (*Tweedledum and Tweedledee*) de *Hamlet* se han vuelto dos seres humanos diferenciados en la obra de Stoppard. Al darle dimensión humana a estos personajes, Stoppard refuta la presunción existente en *Hamlet* de que eran prescindibles. Más aun, el tono irónico que invade estas líneas y, ciertamente, toda la obra, subvierte el tono trágico de *Hamlet*. Mientras “Rosencrantz...” puede ser una comedia negra, es sin embargo una comedia, y altera el tono de la tragedia más famosa de Shakespeare.

Stoppard subvierte también su precedente por medio de la omisión. Mientras pretende por un lado ser fiel al precedente, por otro elige cuidadosamente qué partes del precedente seguirá. Stoppard omite los discursos canónicos hechos por Hamlet, Claudio y Ofelia, así como los parlamentos de Rosencrantz y Guildenstern⁹⁷. Esta incorporación selectiva del precedente es más evidente cuando Rosencrantz y Guildenstern salen por última vez. Horacio inicia el soliloquio final escrito para él en *Hamlet*, pero antes de que pueda terminarlo, es interrumpido por la instrucción de escena:

ROS: De acuerdo, entonces. No me importa. Ya he tenido bastante. Para ser sincero, me siento aliviado.

(*Y desaparece.*)

(GUIL *no lo nota.*)

GUIL: Nuestros nombres gritados..., cierto amanecer..., un mensaje... un emplazamiento. Debí haber un momento, en el principio, en donde podríamos haber dicho no. Pero de alguna forma lo perdimos.

(*Mira en torno suyo y ve que está solo.*)

¿Rosen-?...

⁹⁶ Stoppard, *op. cit.* en nota 8, pág. 104.

⁹⁷ Ver, p.e., Shakespeare, *op. cit.* en nota 92, acto 2, escena 2, 11., págs. 224-381.

¿Guil—?...

(*Se sobrepone.*)

Bien, lo haremos mejor la próxima vez. Ahora me ves, ahora no...

(*Y desaparece.*)

(...)

HORACIO: ...y, como remate, de maquinaciones fallidas cayendo por descuido sobre la cabeza de sus inventores, he aquí lo que fielmente he de contaros.

(*Pero durante esta réplica la obra se ha ido desvaneciendo, alcanzada por la oscuridad y la música.*)⁹⁸

Rosencrantz y Guildenstern salen con una sensación de desesperanza espiritual, pero es una desesperanza temperada por el entendimiento, incluso por el consuelo. Hay un autoconocimiento en la frase de Guildenstern de que “debió haber un momento, al principio, en el que podríamos haber dicho no. Pero de alguna forma lo perdimos”⁹⁹. Es decir, incluso si hubo un punto en el que Rosencrantz y Guildenstern pudieron haber escogido no ser inundados por su precursor, ese momento pasó. Sin embargo, esto no implica que sean incapaces de subvertir a *Hamlet*; el apophrades les otorga los medios para hacerlo. Mientras la pareja parece sucumbir al precedente, dándole a *Hamlet* la última palabra, la misma obra de Shakespeare es superada por la oscuridad y la música. El logro de la obra original es truncado por su revisión, apoyando la prevalencia definitiva de la realidad de “Rosencrantz...” sobre la de *Hamlet*.

4. Conclusión

La marca definitiva de un apophrades exitoso es que el trabajo del predecesor (el padre) parece haber sido escrito por el autor de la revisión (el “hijo tardío”). El lector bien puede cuestionar si Stoppard tuvo éxito en usar este mecanismo. A pesar de que el lector puede no ser capaz de leer sobre Rosencrantz y Guildenstern en *Hamlet* sin pensar en las vidas escritas para ellos por Stoppard, puede también pensar si Shakespeare puede ser percibido alguna vez como escrito por alguien que no sea Shakespeare. Stoppard, como Alfred, Rosencrantz o Guildenstern, ha tomado una tarea que puede ser insuperablemente difícil. Dependiendo de la efectividad de los pecados de comisión y omisión, la obra puede ser vista como un emblema de apophrades “negativo”¹⁰⁰.

Dada la estatura del predecesor de Stoppard, el lector puede bien preguntarse por qué Stoppard eligió emplear el apophrades contra *Hamlet*, en vez de cualquier otro mecanismo, o bien en contra de cualquier otra obra. “Rosencrantz...” da una respuesta para esta pregunta. Pese a estar aterrizados por el precedente, Rosencrantz y Guildenstern reconocen también sus beneficios. Junto a su violencia, el precedente es una fuente de confort y orden en un mundo que, de otra forma, carecería de sentido. Así, cuando Guildenstern dice “sólo tienes su palabra como garantía”¹⁰¹, Rosencrantz responde “pero dependemos de ella”¹⁰². El precedente no es sólo una carga, sino que también provee un entorno establecido en el que los personajes pueden vivir sus vidas con seguridad. El confort de las palabras previas se explicita cuando Rosencrantz y Guildenstern encuentran a un hijo menos tardío dentro de la compañía de teatro itinerante:

⁹⁸ Stoppard, *op. cit.* en nota 8, págs. 125-126.

⁹⁹ *Ibid.*, pág. 125.

¹⁰⁰ Ver *op. cit.* en nota 67.

¹⁰¹ Stoppard, *op. cit.* en nota 8, pág. 110.

¹⁰² *Ibid.*

GUIL: Eres, evidentemente, un hombre que conoce su camino.

ACTOR: He estado aquí antes.

GUIL: Nosotros estamos aún buscando la huella de nuestros pies.

ACTOR: Procurad concentraros, no vayáis a perder vuestras cabezas.

GUIL: ¿Habláis en base a conocimiento?

ACTOR: Precedente¹⁰³.

Los dobles significados —dramáticos y metadramáticos— son la tónica. Guildenstern está tratando de encontrar sus pies métrica y emocionalmente; el actor les advierte que no pierdan sus cabezas, tanto metafórica como físicamente; más importante aún, el actor ha “estado ahí antes”, tanto en *Hamlet* como en “Rosencrantz...”. El precedente, por supuesto, es un tipo de conocimiento; aquí el actor sabe por el precedente de *Hamlet* que Rosencrantz y Guildenstern deberían temer por sus cabezas. Mientras el contenido de este precedente en particular es tétrico, el precedente mismo es generalmente confortable y estabilizador.

De manera similar, el precedente de Stoppard puede también ser estabilizador. Mientras Stoppard puede estar comenzando una batalla perdida al colocarse en el contexto de *Hamlet*, la batalla es, por lo menos, contra un adversario conocido y respetable. Stoppard se beneficia de la estatura incomparable de *Hamlet*: en efecto, el lector podría también preguntarse si estaría leyendo “Rosencrantz...” de no estar tan abiertamente aliado con la obra de Shakespeare.

C. “Una Tempestad” (“Une Tempête”)

Los críticos han reconocido desde hace mucho que *La Tempestad* de Shakespeare refleja la inversión de la Inglaterra isabelina en la expansión colonial¹⁰⁴. En la obra de Shakespeare, Próspero, el duque italiano, llega a una isla y esclaviza a sus dos habitantes, Ariel y Calibán. Pese a que Shakespeare presenta por momentos a Calibán de una forma compasiva, muchos elementos del paradigma colonialista no son cuestionados. La respuesta postcolonialista de Cesaire a *La Tempestad*, ejemplifica la relación de clinamen, en la que un texto “gira bruscamente” con respecto a su predecesor, ya sea mostrando que el original era arbitrario, o bien corrigiendo un error del original. *Una Tempestad* emplea ambas estrategias, revelando primero la arbitrariedad del paradigma colonialista, y luego corrigiendo la representación que Shakespeare hace de él.

1. Arbitrariedad

Como “Rosencrantz...”, *Una Tempestad* comienza con incertidumbre. Cuando la obra comienza, es como si la cortina se hubiera levantado un momento antes de lo debido. La audiencia ve a los actores en una compañía de improvisación, no a los personajes. Estos actores están en un estado de limbo muy parecido al experimentado por Rosencrantz y Guildenstern al inicio de la obra de Stoppard. En la obra de Cesaire, sin embargo, la incertidumbre se resuelve inmediatamente, por medio de los buenos oficios de un Maestro de Ceremonia.

¹⁰³ Íd., pág. 66.

* De aquí en adelante se empleará *La Tempestad* para referirnos a la obra de Shakespeare y *Una Tempestad* para referirnos a la obra de Cesaire, por ser éste el nombre de su traducción al español, a pesar de las confusiones que ello pueda causar al lector. En el texto original, el profesor Yoshino emplea el título en francés (*Une Tempête*) para referirse a la creación de Cesaire (n. del trad.).

¹⁰⁴ Paul Brown, “This Thing of Darkness I Acknowledge Mine: The Tempest and the Discourse of Colonialism”, en *Political Shakespeare*, p. 48 (Jonathan Dollimore & Alan Sinfield eds., 1985).

(Ambiente de psicodrama. Los actores entran de a uno, al azar, y cada uno escoge para sí una máscara de su agrado.)

MAESTRO DE CEREMONIAS: Vamos señores, sírvanse. A cada uno su personaje, y a cada carácter su disfraz. ¿Próspero? ¿Por qué no? Hay ambiciones de poder que se ignoran. ¿Tú, Calibán? Bueno, eso es revelador. ¿Tú, Ariel? No veo inconveniente. ¿Y Esteban? ¿Y Trínculo? ¿Nadie? ¡Ah, justo a tiempo! Todo es necesario para formar un mundo.

...¡Dios, estaba olvidando a los dioses! Eshu te va como un guante. Con respecto a los otros personajes, tomen el que quieran y trabájlenlo entre ustedes. Pero decídanse... Hay un personaje que tengo que elegir por mí mismo: ¡Tú! Es para la parte de la *Tempestad*, y necesito a la madre de todas las tormentas... Necesito un tipo realmente grande para que haga el viento. ¿Harías eso? ¡Bien! Y luego alguien de mano dura para ser el capitán de la nave. Bueno, adelante. ¿Listos? Comiencen. ¡Que soplen los vientos! ¡Lluvia y truenos, a discreción!¹⁰⁵

Cada actor escoge un rol de *La Tempestad*¹⁰⁶ e interpreta al personaje por el resto de *Una Tempestad*. Sin embargo, al mostrar que la asignación de los roles es azarosa, *Una Tempestad* insinúa que son posibles muchos otros cambios. Así Cesaire presenta a su audiencia “*Une Tempête*” y no “*La Tempête*” —“Una Tempestad” en vez de “La Tempestad”— con la implicancia subsiguiente de que *La Tempestad* misma puede ser sólo una permutación azarosa.

En una escena posterior, *Una Tempestad* reconoce y rechaza a *La Tempestad* aun más explícitamente:

GONZALO... Es obvio: una tierra maravillosa no puede contener más que criaturas maravillosas.

ANTONIO: ¡Sí! *Hombres cuyos cuerpos son delgados y vigorosos.[.]Y mujeres cuyos ojos son abiertos y francos... ¡Oh mundo feliz el que tiene tal gente sobre él!*

GONZALO: ¡Algo de eso hay! Veo que conoces tus clásicos¹⁰⁷.

Este intercambio muestra que el Gonzalo de *Una Tempestad* ha leído *La Tempestad*. La línea, ya apropiada por Aldous Huxley¹⁰⁸, es la de Miranda cuando dice “¡Oh mundo feliz, / el que tiene tal gente sobre él!”¹⁰⁹ La línea de Gonzalo pone a la obra de Cesaire en contra de su predecesora. A diferencia de “Rosencrantz...”, que tiene lugar simultáneamente con *Hamlet*, *Una Tempestad* tiene lugar tras *La Tempestad*. Por consiguiente, mientras “Rosencrantz...” debe ser fiel a *Hamlet*, *Una Tempestad* tiene la libertad de alterar a su precursor.

2. Giro brusco (Swerving)

Una Tempestad intenta legitimar su rechazo del precedente al dilucidar las falencias del paradigma colonialista presentado por su predecesor. Específicamente, *Una Tempestad* cuestiona la representación que hace *La Tempestad* del lenguaje y religión de Calibán. Al mostrar cómo la

¹⁰⁵ Cesaire, *op. cit.* en nota 9, pág. 1.

¹⁰⁶ El único rol escogido por un actor que no es un rol de *La Tempestad* es el del personaje de Eshu. La inclusión de este nuevo nombre en el prólogo es una temprana indicación de que *Una Tempestad* (la obra de Cesaire) puede diferir significativamente de su precedente.

* Así en el original, haciendo alusión al título original en francés de la obra de Cesaire. (n. del trad.)

¹⁰⁷ Cesaire, *op. cit.* en nota 9, pág. 29.

¹⁰⁸ Aldous Huxley, *Brave New World* (Harper & Row 1969) (1932).

¹⁰⁹ William Shakespeare, *The Tempest* acto 5, escena 1, 11., págs. 183-84 (Frank Kermode ed., 6ª ed. 1958). Compárese con Cesaire, *op. cit.* en nota 9, pág. 29.

obra de Shakespeare distorsionó la historia para legitimar el gobierno colonial, Cesaire destruye la legitimidad de dicho gobierno. Debido a que Cesaire empleó una abierta estrategia de subversión, su tarea parece más simple que la subversión encubierta de Stoppard. Sin embargo, pese a que el texto usurpador se aparta del precedente, no puede prescindir de él: liberado del imprimátur del precedente, el texto usurpador debe justificarse a sí mismo.

La Tempestad muestra continuamente que el éxito de Próspero en su empresa colonizadora se basa en el lenguaje. Su magia, que produce la tempestad, libera a Ariel, hace dormir a Miranda e incapacita a Fernando, depende de un libro de magia, sin el cual, como dice Calibán a Esteban y Trínculo, “no es sino un zote, como yo / un espíritu para ser dirigido”¹¹⁰. A pesar de que Calibán puede ser desechado como narrador por poco confiable, este testimonio en particular proviene del mismo Próspero, quien equipara la renuncia a la magia con el acto de sumergir su libro¹¹¹. La magia de Próspero parece también ser dependiente de la retórica; debe explicar el efecto que su poder tendrá sobre los auditores antes de que el impacto se produzca. Ariel no recuerda su liberación de un tormento hasta que Próspero le dirige un recordatorio ofensivo; Miranda debe oír que ella “cede a la modorra” y que “no puede resistirla”¹¹² antes de dormirse, y Fernando no reconoce el poder de Próspero sobre él hasta que el encantador le dice que sus “músculos tornaron a la infancia nuevamente”¹¹³.

Una Tempestad disuelve el poder lingüístico de Próspero antes de que él renuncie a dicho poder (como hace en la obra de Shakespeare). En *La Tempestad*, Calibán pronuncia las famosas líneas: “Tú me enseñaste el lenguaje; gané con ello / *Poderte maldecir*”¹¹⁴. El Calibán de Shakespeare no sólo ha aprendido de manera útil el lenguaje de Próspero, sino que parece haber olvidado el suyo. En la obra de Cesaire, sin embargo, Calibán retiene su lenguaje aborigen:

CALIBÁN: ¡Uhuru!

PRÓSPERO: ¿Qué dijiste?

CALIBÁN: Dije ¡Uhuru!

PRÓSPERO: De vuelta a tu lenguaje nativo otra vez. Ya te he dicho que no me gusta¹¹⁵.

“Uhuru”, la palabra en swahili para “libertad”, era la contraseña de los alzamientos Mau Mau en Kenya en la década de los '40¹¹⁶. El grito de Calibán representa una rebelión contra el Próspero de *Una Tempestad*, la obra de Cesaire; también caracteriza la rebelión que dicha obra presenta frente a la de Shakespeare. En *La Tempestad* nunca se oye el “lenguaje nativo” de Calibán, y Miranda dice que él “graznaba como una cosa bestial”¹¹⁷. Este intercambio de la obra de Cesaire, sin embargo, vacía a su frase del contenido valorativo. Al mostrar el lenguaje de Calibán como inteligible (Swahili), Cesaire explora la posibilidad de que la Miranda de Shakespeare pueda haber entendido el lenguaje de Calibán tan poco como él haya entendido el de ella¹¹⁸.

¹¹⁰ Shakespeare, *op. cit.* en nota 109, acto 3, escena 2, 11., págs. 91-92.

¹¹¹ *Íd.* acto 5, escena 1, 1., pág. 57

¹¹² *Íd.* acto 1, escena 2, 11., págs. 185-186.

¹¹³ *Íd.* acto 1, escena 2, 1., pág. 487.

¹¹⁴ *Íd.* acto 1, escena 2, 11., págs. 365-66.

¹¹⁵ Cesaire, *op. cit.* en nota 9, pág. 13.

¹¹⁶ Janis L. Pallister, Aime Cesaire, pág. 89 (1991).

¹¹⁷ Shakespeare, *op. cit.* en nota 109, acto 1, escena 2, 11., págs. 358-59.

¹¹⁸ A diferencia de los Rosencrantz y Guildenstern de Stoppard, el Calibán de Cesaire nunca es forzado a ningún dialecto—del Renacimiento u otro— que no sea el suyo propio.

El segundo tipo de rebelión abierta contra el paradigma colonialista codificado en *La Tempestad* se refiere a la religión de Calibán. En *La Tempestad*, Próspero ya ha exorcizado la isla del poder de la madre de Calibán, Sícórax. La obra de Cesaire cuestiona si Próspero logró realmente dicho destierro.

CALIBÁN: ¡Muerta o viva, es mi madre, y no la negaré! Además, la crees muerta porque crees que la tierra es algo muerto... ¡Muerta, entonces, se la pisa, se la ensucia, se la rechaza de un puntapié vencedor! Yo la respeto porque sé que vive, y que Sícórax vive (...) A menudo, en sueños, me habla y me advierte...¹¹⁹.

Nuevamente, *Una Tempestad* invoca una fuente de poder que fue reprimida en la obra original. En *La Tempestad*, derrotar a Sícórax era la base del dominio de Próspero sobre la isla; resucitarla, cuestiona dicho dominio.

Como si la invocación de Sícórax no fuera suficiente, Cesaire introduce también el nuevo personaje de Eshu, quien aparece durante la farsa del matrimonio. Los estudiosos de Shakespeare no han encontrado una explicación convincente para la irrupción de la farsa en el Acto IV de *La Tempestad*, que introduce una nota disonante en una de las obras más estructuradas de la última etapa de Shakespeare¹²⁰. En *La Tempestad*, Próspero interrumpe ostensiblemente la farsa del matrimonio, porque recuerda el plan de Calibán para matarlo, a pesar de que la amenaza de Calibán es tan insignificante que llega a ser cómica. Aun si hay una motivación más profunda para su agitación, Próspero no la comparte ni con los otros personajes ni con la audiencia.

Cesaire corrige a su precursor al dar cuenta de la irrupción no explicada de la farsa: Agrega el personaje de Eshu, una forma más potente y revisada del dios de Calibán, Setebos, en *La Tempestad*. Eshu devela la ansiedad sexual de la farsa del matrimonio, hablándole lascivamente a los participantes. Las diosas de la fiesta lo encuentran “obsceno, desagradable e intolerable”¹²¹, e incluso el intento de nombrarlo les disgusta. Cuando Iris alega que es como “¡Liberto o Príapo!”¹²², Juno declara, “¡No pronuncies ese nombre delante de mí!”¹²³.

3. Conclusión

Como la obra de Stoppard, *Una Tempestad* parece reconocer que “debió haber un momento, al principio, en el cual pudimos haber dicho no”¹²⁴. A diferencia de “Rosencrantz...”, sin embargo, *Una Tempestad* no desperdicia este momento. Su elección del clinamen en vez del apophrades como relación revisionaria significa que se niega a seguir abierta al precedente. El prólogo indica que la asignación original de nombres en la obra de Shakespeare puede haber sido arbitraria; el resto de la obra refuerza esta implicación al atacar puntos de debilidad lógica en *La Tempestad*, algunos de los cuales fueron reconocidos previamente por estudiosos de Shakespeare. Al construir un relato que resuelve algunas de estas dificultades lógicas (p.e., otorgando una visión alternativa del lenguaje de Calibán, de la farsa interrumpida, o del abandonado Próspero), la obra de Cesaire elude el nihilismo.

¹¹⁹ Cesaire, *op. cit.* en nota 9, pág. 15.

¹²⁰ Francis Barker & Peter Hulme, “Nymphs and Reapers Heavily Vanish: The Discursive Contexts of the Tempest”, en *Alternative Shakespeares*, 191, 202 (John Drakakis ed., 1985).

¹²¹ Cesaire, *op. cit.* en nota 9, pág. 54.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Stoppard, *op. cit.* en nota 8, pág. 125

Un texto que emplea el clinamen parece más libre del precedente al no haber duplicidad envuelta en su rechazo del precursor. Al realizar el clinamen, sin embargo, Cesaire debe aislar los elementos del precedente que lo hicieron poderoso y mostrar que fueron elegidos arbitraria y erróneamente. Al dirigir esta abierta rebelión, Cesaire, a su manera, está tan atento al precedente como Stoppard.

V. Los paradigmas aplicados al derecho

A. *El voto conjunto del Caso Casey*

Como en “Rosencrantz...”, el voto conjunto de Casey utiliza el apophrades para subvertir a su precursor. El voto conjunto avanza a lo largo de tres fases: en la primera, siente el peso del precedente frente a su incertidumbre autoconsciente sobre la legalidad del aborto; en la segunda fase, parece restringirse por dicho precedente; en la tercera, sin embargo, subvierte de manera encubierta al precedente. A lo largo del voto, este movimiento se complica por las diferentes posiciones que el precedente ocupa como una norma institucional en el derecho, tal como se expresa en la doctrina del *stare decisis*.

1. *Incertidumbre y precedente*

La cuestión presentada en Casey es si seis disposiciones (*provisions*) de la Ley de Control del Aborto de Pennsylvania de 1982 (*Pennsylvania Abortion Control Act*) son constitucionales¹²⁵. Pero la verdadera cuestión es si el aborto es un derecho fundamental, una cuestión que ha engendrado no poca incertidumbre. En palabras del voto conjunto:

“La libertad no encuentra amparo en una jurisprudencia dubitativa. Aún tras 19 años de nuestro dictamen de que la Constitución protege el derecho de una mujer a terminar su embarazo en sus primeras etapas, aquella definición de libertad sigue siendo cuestionada. Uniéndose a los demandados como *amicus curiae**, los Estados Unidos, tal como lo han hecho en cinco otros casos en la última década, piden nuevamente revertir el dictamen de Roe”¹²⁶.

Es esta duda la que los autores del voto conjunto se sienten obligados a clarificar en Casey. El voto del ministro Blackmun llama al voto conjunto un “acto de coraje personal y de fundamentos constitucionales”, contrastándolo con decisiones previas en las que los jueces O’Connor y Kennedy pospusieron la reconsideración de Roe¹²⁷.

Como en “Rosencrantz...”, hay poca duda de que existe un precedente para Casey: Una mención de Roe y los cinco intentos de anularlo directamente siguen a la cuestión presentada.

¹²⁵ Ver *op. cit.* en nota 1.

* Literalmente, amigo de la corte. Persona que es invitada a dar su opinión frente al tribunal en un asunto en el que no tiene interés directo, pero sí autoridad para opinar. En Estados Unidos, para que sea admisible su opinión, los requisitos son variables, dependiendo de la naturaleza del asunto o jerarquía del tribunal; los requisitos pueden ser que se solicite la opinión por todas las partes de común acuerdo o que lo autorice el tribunal, aunque la autorización no es necesaria cuando el *amicus curiae* es, como en este caso, el gobierno federal o una de sus agencias. (n. del trad.)

¹²⁶ 112 S. Ct. 2791, 2803 (1992) (voto de O’Connor, Kennedy y Souter, J.J.) (citaciones omitidas).

¹²⁷ Íd., pág. 2844 (Blackmun, J., concurriendo en el dictamen en parte, concurriendo en parte y disintiendo en parte).

El tema que debe decidir el voto conjunto es si el *stare decisis* ordena que se aplique este “fantasma fuerte”¹²⁸.

“La obligación de seguir el precedente comienza con una necesidad, y una necesidad contraria marca su límite exterior. Junto a Cardozo, reconocemos que ningún sistema judicial podría hacer el trabajo que una sociedad le demanda si analizara cada tema a partir de cero en cada caso que lo planteara. En efecto, el mismo concepto de estado de derecho (*rule of law*)... requiere tal continuidad a lo largo del tiempo, que un respeto al precedente es, por definición, indispensable. En el otro extremo, una necesidad distinta se haría sentir si un dictamen judicial anterior llegara a verse tan evidentemente erróneo que su ejecución fracasara por esa misma razón”¹²⁹.

La doctrina del *stare decisis* se invoca en su forma relajada¹³⁰, una forma que equilibra el precedente con la razón. La forma relajada permite la posibilidad de que el precedente pueda no obligar, aun de aplicarse la doctrina del *stare decisis*. Así, la cuestión de si uno puede elegir no adherir al precedente obsesiona a los autores del voto conjunto, de la misma forma en que obsesiona a Rosencrantz y Guildenstern.

2. El precedente parece obligar

Teóricamente, la diferencia crucial entre la ansiedad de influencia, al operar en el derecho y en la literatura, es *el peso agregado* dado al precedente en el derecho por medio del mandato prescriptivo de la doctrina del *stare decisis*. Mientras autores como Stoppard y Cesaire pueden elegir dirigirse a un precursor en particular, los jueces están ostensiblemente forzados a luchar con precedentes determinados. Como cuestión práctica, sin embargo, la presión ejercida por el *stare decisis* no es clara. Al luchar contra el *stare decisis*, el voto conjunto otorga una revisión autoconsciente de su propia lucha con la doctrina.

Al determinar si adherir o no al precedente, el voto conjunto toma en cuenta una “serie de consideraciones pragmáticas y prudenciales”¹³¹. Se requiere adherencia al precedente si: (1) el dictamen del precedente no ha demostrado ser impracticable; (2) la desviación del precedente violaría un interés en resguardo (*reliance interest*); (3) no ha habido cambio doctrinario desde el precedente; y (4) no ha habido cambio fáctico tal que su dictamen central no se justifique más¹³². El voto conjunto discute cada uno de estos factores en el contexto de *Roe* y concluye que, debido a que cada una de las condiciones existe, debiera aplicarse el *stare decisis*. Sobre este análisis, el voto conjunto concluye que “dentro de los límites del análisis normal de *stare decisis*... el argumento más fuerte está por confirmar el dictamen central de *Roe*, a pesar de cualquier grado de resistencia personal que alguno de nosotros pueda tener frente a esta decisión”¹³³. Esta observación es el equivalente de Claudio y Gertrudis caminando hacia la obra de Stoppard por primera vez: muestra el terrible peso del precedente en el texto posterior al implicar que por lo menos un autor del voto conjunto está siendo obligado por el *stare decisis*,

¹²⁸ Ver *op. cit.* texto acompañando nota 64.

¹²⁹ 112 S. Ct., p. 2808 (voto de O'Connor, Kennedy y Souter, JJ.) (citaciones omitidas).

¹³⁰ Ver *op. cit.* texto acompañando notas 36-38.

¹³¹ 112 S. Ct. en 2808 (voto de O'Connor, Kennedy, y Souter, JJ.).

¹³² Íd., págs. 2808-08.

¹³³ Íd., pág. 2812 (énfasis agregado).

a pesar de que sus predilecciones personales pudieran haber conducido al resultado contrario. Al apoyarse en los cuatro factores “pragmáticos”, el voto conjunto implica que su rol es detectar, más que inventar, el grado en que el precedente debe prevalecer.

Considerando la composición de la Corte, éste es un resultado sorprendente. Una mayoría de ella había sido nominada por dos presidentes republicanos que eran declaradamente antiaborto, dando pie a la presunción de que Casey revocaría a Roe¹³⁴. Esto condujo a un comentarista a registrar su sorpresa frente a la decisión del voto conjunto de la siguiente manera:

“La doctrina del *stare decisis* ha tenido una importancia decreciente en los fallos constitucionales por bastante tiempo. Retóricamente, las apelaciones al precedente siguen siendo aspectos importantes de los votos de la Corte Suprema. Sin embargo, para un número de observadores, ha parecido que ningún precedente —particularmente un precedente que se refiera a un tema cargado políticamente— está a salvo si cinco jueces de la Corte están en desacuerdo con sus fundamentos.

Dado este entorno, la estructura del análisis en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* es sorprendente. En el concluir que la Constitución prohíbe a los estados imponer ‘cargas indebidas’ sobre el derecho de una mujer a abortar, el voto mayoritario de Casey se apoyó fuertemente en la doctrina del *stare decisis* al negarse a revocar *Roe vs. Wade*. Más aún, hay grandes indicios de que, al menos para algunos de los jueces, la apelación al precedente fue más que mera retórica, teniendo en verdad un impacto sustantivo sobre sus votos”¹³⁵.

Bajo esta interpretación, el precedente era obligatorio y no sólo conveniente. Obligaba a los jueces a ejercitar su poder de coerción en una forma negativa de apofrades; los redactores del voto conjunto parecen haber sido inundados por *Roe*.

¿Es esta la lectura más plausible del voto conjunto? A pesar de basarse el voto en el *stare decisis*, sus redactores parecen reacios a permitir que la doctrina resuelva por completo el caso en vez de ellos. Si el *stare decisis* fuera dispositivo, la discusión habría terminado con la determinación de que los cuatro factores “pragmáticos” indicaban que debía seguirse el precedente; el contenido del precedente y las ramificaciones de su aplicación deberían haber sido inateriales. Aun así, según muestra la discusión del voto conjunto sobre las libertades individuales, el contenido del precedente claramente importa. El voto conjunto es cuidadoso al establecer que apoya su confirmación de *Roe* en una consideración de “las cuestiones constitucionales fundamentales resueltas por *Roe*, principios de integridad institucional, y la regla del *stare decisis*”¹³⁶, más que únicamente en una consideración del *stare decisis*.

La cuestión se convierte entonces en cuánto de la decisión de confirmar el precedente de *Roe* se apoya en la doctrina del *stare decisis*. El voto conjunto deja la respuesta deliberadamente ambigua, sin jerarquizar la fuerza de los tres argumentos en ningún momento (cuestiones constitucionales resueltas por *Roe*, integridad institucional y *stare decisis*). La falta de voluntad del voto conjunto para identificar la relevancia que el análisis del *stare decisis* tuvo en este

¹³⁴ Ver Sullivan, *op. cit.* en nota 2, págs. 24-25.

¹³⁵ Earl M. Maltz, “Abortion, Precedent and the Constitution: A Comment on *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*”, 68 *Notre Dame L. Rev.* 11, pág. 11 (1992) (notas al pie omitidas).

¹³⁶ 112 S. Ct. pág. 2804 (voto de O’Connor, Kennedy y Souter, JJ.) (énfasis agregado). El voto conjunto afirma que “las reservas que cualquiera pueda tener en reafirmar el dictamen central de *Roe* son superadas por la explicación de la libertad individual que hemos dado, combinada con la fuerza del *stare decisis*.” *Íd.* pág. 2808 (énfasis agregado).

proceso de toma de decisiones, fuerza a los lectores a cuestionarse si la doctrina fue obligatoria en alguna medida.

3. Subversión

El voto conjunto puede ser leído de una manera plausible como un caso en que el *stare decisis* fue más conveniente que obligatorio —un ejemplo de apophrades positivo más que negativo—. Tal como “Rosencrantz...” cometió pecados de omisión y de comisión contra el precedente mientras pretendía serle fiel, el voto conjunto agrega y a la vez sustrae del dictamen de Roe, a la vez que profesa estar restringido por él.

El voto conjunto comete primeramente pecados de omisión, rechazando el marco trimestral (*trimester framework*)* y el estatus de derecho fundamental del derecho a abortar. El voto conjunto es muy detallado al establecer “al principio y con claridad” la naturaleza del dictamen de Roe¹³⁷:

“En primer lugar es un reconocimiento del derecho de una mujer a elegir abortar antes de la viabilidad y a obtener dicho aborto sin la interferencia indebida del Estado. Antes de la viabilidad, los intereses del Estado no son lo suficientemente fuertes como para sustentar una prohibición del aborto o la imposición de un obstáculo sustancial al derecho efectivo de la mujer a elegir el procedimiento. En segundo lugar, es una confirmación del poder del Estado para restringir los abortos después de la viabilidad fetal, si la ley contiene excepciones para los embarazos que pongan en peligro la vida o la salud de la mujer. Y en tercer lugar, es el principio de que el Estado tiene intereses legítimos desde el principio del embarazo para proteger la salud de la mujer y la vida del feto que puede llegar a ser un niño”¹³⁸.

El marco trimestral está notablemente ausente de esta formulación del fallo de Roe, el que es, razonablemente, un componente integral del dictamen central de Roe¹³⁹. En efecto, el voto conjunto reconoce sólo posteriormente su repudio del marco trimestral:

“Rechazamos el marco trimestral, al cual no consideramos parte del dictamen esencial de Roe. Las medidas que apuntan a asegurar que la elección de una mujer tome en consideración las consecuencias para el feto, no necesariamente interfieren con el derecho reconocido en Roe, a pesar de que dichas medidas han sido consideradas inconsistentes con el rígido marco trimestral declarado... El marco trimestral sufre de estas fallas básicas: en su formulación, no conceptualiza correctamente la naturaleza del interés de la mujer embarazada; y en la práctica subvalora el interés del Estado en la vida potencial...”¹⁴⁰.

Aquí el voto conjunto afirma que el marco trimestral no es parte del dictamen central de Roe, sin articular por qué dicho marco es en forma alguna menos central que otras partes de Roe. La afirmación del voto conjunto de que el marco trimestral está fallado, no lo distingue de otras

* Se refiere al período de tres meses durante el cual es permitido el aborto. (n. del trad.)

¹³⁷ *Id.*, pág. 2.804.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ El voto del ministro Scalia dice que “el arbitrario marco trimestral que la Corte hoy desecha, era tan central en Roe como el arbitrario test de viabilidad, que la Corte hoy mantiene”. *Id.*, pág. 2881 (Scalia, J., concurriendo al fallo en parte y disintiendo en parte).

¹⁴⁰ *Id.*, pág. 2818 (voto de O’Connor, Kennedy y Souter, J.J.) (citaciones omitidas).

partes controversiales de Roe que fueron confirmadas. Más aún, el voto rechaza al marco sin considerar, y mucho menos refutar, el posible beneficio de tener una regla que marque la línea con claridad, tal como la otorgada por el marco trimestral¹⁴¹.

Luego, el voto conjunto rechaza la noción de que Roe aseguraba el aborto como un derecho fundamental. Desafortunadamente para el voto conjunto, los casos posteriores a Roe, incluyendo a *Thornburgh vs. American College of Obstetricians and Gynecologists*¹⁴² y *Akron vs. Akron Center for Reproductive Health*¹⁴³, se habían basado en, y reiterado, dicha visión. La manera en que el voto conjunto revoca este derecho es necesariamente complicada.

“Cualquier acto judicial que marque una línea separadora puede parecer arbitrario en cierta forma, pero Roe fue un dictamen razonado, elaborado con sumo cuidado. Lo hemos confirmado dos veces en contra de gran oposición. A pesar de que debemos revocar aquellas partes de *Thornburgh* y [*Akron*] que, en nuestra visión, son inconsistentes con el dictamen de Roe de que el Estado tiene un legítimo interés en promover la vida o la vida potencial de los que están por nacer, la premisa central de dichos casos representa un compromiso, que no ha sido violado por esta Corte, con el dictamen esencial de Roe. Es aquella premisa la que reafirmamos hoy”¹⁴⁴.

El voto conjunto aplica la misma visión selectiva a *Thornburgh* y a *Akron* que aplica a *Roe*. En tanto *Thornburgh* y *Akron* apoyen la visión del aborto que tiene el voto conjunto, ellos están reafirmados; en tanto contradigan dicha visión, son rechazados. Sin embargo, la postura del voto conjunto hacia *Thornburgh* y *Akron* y su postura hacia *Roe*, difieren en que el voto conjunto revoca explícitamente las partes de *Thornburgh* y *Akron* que no apoyan su visión del aborto. El voto conjunto nunca revoca explícitamente parte alguna de *Roe*, porque esto podría debilitar su pretensión de que estaba restringido por el *stare decisis*.

El voto conjunto se involucra también en dos pecados de comisión. Primero, agrega un estándar de “carga indebida” (*undue burden*)* como medio para implementar *Roe*, afirmando que existe una “carga indebida” cuando “una regulación estatal tiene el propósito o el efecto de poner un obstáculo sustancial en el camino de una mujer que busca abortar a un feto inviable”¹⁴⁵. El test de la carga indebida no tiene antecedentes en la jurisprudencia relativa al aborto —en palabras del Presidente Rehnquist—, este estándar es “creado completamente a partir de una sola tela” (“*created largely out of whole cloth*”)¹⁴⁶. En segundo lugar, la discusión del voto conjunto acerca de la libertad individual reescribe y refuerza el análisis de *Roe* sobre el dere-

¹⁴¹ El voto del ministro Scalia hace notar que el marco trimestral era lo único que hacía que *Roe* funcionara. *Íd.*, pág. 2881 (Scalia, J., concurriendo al fallo en parte y disintiendo en parte). Ya que la aplicabilidad es uno de los factores del *stare decisis* considerados por el voto conjunto, *í.d.*, pág. 2808 (voto de O'Connor, Kennedy y Souter, J.J.), el silencio del voto conjunto respecto a este punto es sorprendente.

¹⁴² 476 U.S. 747 (1986).

¹⁴³ 462 U.S. 416 (1983).

¹⁴⁴ 112 S. Ct. págs. 2816-17 (voto de O'Connor, Kennedy y Souter, J.J.) (citaciones omitidas).

* El estándar de “carga indebida” que el voto conjunto dio al derecho de una mujer a abortar es un tipo de escrutinio legal sobre las normas jurídicas más débil que el *strict scrutiny*, que *Roe* le había dado al derecho a optar por el aborto de las mujeres, por considerarlo un derecho fundamental emanado de la Constitución de los Estados Unidos, derivado del derecho a la privacidad. (n. del trad.)

¹⁴⁵ *Íd.*, pág. 2820.

¹⁴⁶ *Íd.*, pág. 2866 (Rehnquist, C.J. concurriendo al fallo en parte y disintiendo en parte).

cho a abortar. Como observó Laurence H. Tribe, el voto conjunto ubicó “al derecho a abortar sobre bases jurisprudenciales más fuertes que las que nunca tuvo con anterioridad”¹⁴⁷.

Dadas estas adiciones y omisiones, el argumento del juez Scalia de que el voto conjunto no aplicaba correctamente la doctrina del *stare decisis* puede tener mérito:

“Me parece que el *stare decisis* debiera aplicarse incluso a la doctrina del *stare decisis*, y confieso no haber oído jamás de que esta nueva versión conserva-lo-que-te-guste-y-tira-el-resto... Supongo que la Corte está autorizada a llamar ‘dictamen central’ a lo que quiera llamar ‘dictamen central’ —la que es, pensémoslo, quizás una de las dificultades que tiene esta versión modificada del *stare decisis*”¹⁴⁸.

En esta perspectiva, el voto conjunto usó el *stare decisis* para excusarse de examinar las partes de Roe que dicha doctrina favorecía, a la vez que no la aplicó a las partes que ella desfavorecía.

4. Conclusión

La marca de un apophrades exitoso es que el texto posterior parece reescribir a su precursor. Bajo este estándar, el voto conjunto fue claramente exitoso —mientras estaba ostensiblemente atado por Roe, ha reescrito a su precedente¹⁴⁹. La motivación para usar esta estrategia en particular puede ser la legitimación institucional que el *stare decisis* le confiere a una decisión de un tribunal. La apariencia de fidelidad al precedente, sea genuina o no, tiene beneficios mucho más tangibles en el derecho que en la literatura. El voto conjunto reconoce explícitamente los beneficios del precedente:

“Como correctamente se les dice a los estadounidenses de cada generación, la Corte no puede comprar apoyo para sus decisiones por medio de dinero y, salvo por un grado menor, no puede hacer cumplir coercitivamente sus decisiones de manera independiente. El poder de la Corte reside, en cambio, en su legitimidad...”

...La Corte debe ser cuidadosa de hablar y actuar en formas que le permitan a la gente aceptar sus decisiones en los términos que la Corte exige para ellas, como basadas realmente en principios, no como compromisos con presiones sociales y políticas, y, como tales, no apoyándose en las elecciones de principios que la Corte está obligada a hacer”¹⁵⁰.

Debido a que el *stare decisis* asegura la legitimidad, la que a su vez garantiza el poder, la Corte siempre cosechará los beneficios de seguir, al menos aparentemente, al precedente. El peligro emerge cuando la Corte se ve tentada, como aquí, a subvertir el precedente bajo el disfraz de fidelidad, de manera que pueda tener los beneficios de la adherencia y escapar a la vez de sus inconvenientes.

¹⁴⁷ David J. Garrow, “Justice Souter Emerges”, N.Y. Times, 25 de Septiembre de 1994, § 6 (Magazine), págs. 36, 39 (citando a Laurence H. Tribe).

¹⁴⁸ 112 S. Ct. pág. 2881 (Scalia, J., concurriendo al fallo en parte y disintiendo en parte).

¹⁴⁹ El suceso es calificado, porque el voto conjunto es sólo una *plurality opinion* (aquel voto que es acordado por menos de la mayoría en cuanto al razonamiento, pero por mayoría en cuanto al resultado, n. del trad.) y porque incluso los ministros Blackmun y Stevens, que adhieren en gran parte a él, critican su lectura de Roe. Ver supranota 1.

¹⁵⁰ 112 S. Ct. pág. 2814 (voto de O’Connor, Kennedy y Souter, J.J.).

B. El voto del presidente Rehnquist

Como *Una Tempestad* (la obra de Cesaire), el voto de Rehnquist emplea una estrategia de subversión directa. Tal como el prólogo de Cesaire indica que el precedente será subvertido, el voto de Rehnquist declara al principio que “los auténticos principios del *stare decisis* no requieren que porción alguna del razonamiento de Roe se mantenga intacta”¹⁵¹. Como en la obra de Cesaire, el voto de Rehnquist revela a su precedente como arbitrario y se desvía de sus debilidades sustanciales.

1. Arbitrariedad

El prólogo de la obra de Cesaire muestra a *La Tempestad* como arbitraria al levantar la cortina cuando los actores no se han convertido aún en personajes. El recurso es metadramático, ya que centra la atención sobre la obra como obra, más que pretender, como la mayoría de las obras teatrales, que representa a la realidad. Así, la obra de Cesaire atrae una atención consciente de sí misma a la forma en que el teatro produce significado, a los trabajos normalmente sumergidos de la institución teatral. Mientras el clinamen no requiere tal gesto, quizás lo sugiere —una forma de mostrar que un texto es arbitrario es comenzar con las normas institucionales que le dan su significado—. De manera similar, el voto de Rehnquist intenta mostrar que Roe es arbitrario al embarcarse en una discusión metalegal sobre el *stare decisis*. Más que simplemente atacar los fundamentos de Roe, el voto del Presidente de la Corte considera que ha sido la doctrina subyacente del *stare decisis* la que le ha dado poder a Roe sobre casos posteriores.

El *Chief Justice* Rehnquist afirma que Roe fue arbitrario al compararlo con *Plessy*¹⁵² y *Lochner*¹⁵³, recordándole de esa forma al lector que la Corte no es infalible. Al hacerlo, sin embargo, el voto debe ser cuidadoso en evitar que la responsabilidad que está defendiendo aquel precedente pueda ser revertida cada vez que un juez esté en desacuerdo con ella. Como el voto conjunto afirma, “(E)l poder de la Corte radica... en su legitimidad”¹⁵⁴, y “una frecuente revocación de los precedentes podría exigirle demasiado a la creencia del país en la buena fe de la Corte”¹⁵⁵. El voto de Rehnquist intenta superar esta objeción argumentando que la legitimidad no está radicada en la percepción pública, sino en el reino de la razón. Primero, el voto aísla su propia concepción de la legitimidad de la Corte de la percepción pública, argumentando que “es dudoso que los miembros de esta Corte, manteniendo sus cargos como lo hacen durante la ‘buena conducta’ constitucional, sean proclives a ser intimidados por... protestas públicas”¹⁵⁶. Habiendo separado así la legitimidad de la percepción pública, el voto de Rehnquist basa dicha legitimidad en principios, argumentando que las revocaciones basadas en principios incrementan la legitimidad de la Corte. Específicamente, el voto mantiene que en *Plessy* y en *Lochner*, “la Corte incrementó su estatura al reconocer y corregir su

¹⁵¹ *Id.*, pág. 2860–61 (Rehnquist, C.J., concurriendo al fallo en parte y disintiendo en parte).

¹⁵² *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) (dictaminando que la segregación racial ordenada por ley en el transporte público no constituye negación de igual protección ante la ley, y rechazando argumento de que la separación racial legislada trata a la raza negra como inferior).

¹⁵³ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) (imponiendo limitaciones sustantivas a la regulación del bienestar y de la riqueza que restringía la autonomía económica).

¹⁵⁴ 112 S. Ct. pág. 2814 (voto de O'Connor, Kennedy y Souter, J.J.).

¹⁵⁵ *Id.*, pág. 2815.

¹⁵⁶ 112 S. Ct., pág. 2862 (Rehnquist, C.J., concurriendo al fallo en parte y disintiendo en parte).

error, el que aparentemente violaba el principio de ‘legitimidad’ manifestado en el voto conjunto”¹⁵⁷.

Segundo, el voto de Rehnquist muestra que Casey siguió a Roe de una forma arbitraria, al mostrar que el *stare decisis* no ordenaba que dicho precedente fuera seguido¹⁵⁸. El voto de Rehnquist interpreta las “consideraciones prudenciales y pragmáticas”¹⁵⁹ de manera diferente que el voto conjunto. El voto de Rehnquist establece que el argumento de confianza (*reliance*) del voto conjunto es defectuoso porque: (1) al afirmar la importancia de los intereses de confianza (*reliance interests*), el voto conjunto no hace más que “afirmaciones generalizadas” de que los estadounidenses han “ordenado su pensamiento y forma de vivir en torno a” Roe¹⁶⁰; (2) el voto conjunto desarraiga el marco trimestral¹⁶¹, y (3) el simple hecho de que una o más generaciones hayan crecido acostumbradas a las reglas establecidas en decisiones trascendentes no ha impedido que la Corte corrija errores en otros casos, tales como Plessy o Lochner¹⁶². Luego, el voto de Rehnquist critica la invocación que el voto conjunto hace del cambio doctrinario como un factor para determinar si el *stare decisis* debe o no obligar, estableciendo que “con certeza no hay necesidad, al considerar si apartarse o no del *stare decisis* en un caso constitucional, de que una decisión sea más errónea ahora de lo que fue al tiempo en que se dictó”¹⁶³. Finalmente, el voto de Rehnquist establece que los constantes “apuntalamientos” fácticos de Roe (que las mujeres se embaracen, los fetos sean viables, las mujeres den a luz) no obligan a invocar el *stare decisis*¹⁶⁴.

2. *Viraje brusco* (Swerving)

En el clinamen, el poeta sigue “la doctrina recibida hasta un cierto punto, y luego se desvía, insistiendo en que se tomó una dirección errónea justo en ese punto y no en otro”¹⁶⁵. *Una Tempestad* (la obra de Cesaire) se aparta de *La Tempestad* al enfatizar debilidades en la obra de Shakespeare, afirmando que la descripción histórica fallaba en su retrato del lenguaje y religión de Calibán (entre otras cosas). El voto de Rehnquist emplea una estrategia similar, argumentando que Roe fue situado erróneamente en la historia nacional y jurisprudencial. Señala primero que las tradiciones históricas de los estadounidenses no apoyan la visión de que el derecho a terminar un embarazo es un derecho fundamental. El voto dice:

“El common law que heredamos de Inglaterra hacía un delito del aborto posterior al «*quickening*» (estado del embarazo en el que se siente el movimiento del feto). Al tiempo de

¹⁵⁷ Íd., pág. 2863.

¹⁵⁸ Mientras Roe es el precedente bajo escrutinio, el voto de Rehnquist también reconoce que el voto conjunto será precedente para casos futuros. El voto de Rehnquist argumenta así, no sólo que Roe estaba equivocado, sino también que el voto conjunto incluso lo distorsionó.

¹⁵⁹ Íd., pág. 2808 (voto de O’Connor, Kennedy y Souter, J.J.).

¹⁶⁰ Íd. en pág. 2862 (Rehnquist, C.J., concurriendo al fallo en parte y disintiendo en parte) (citando el voto de O’Connor, Kennedy y Souter, J.J., íd. pág. 2809). El voto de Rehnquist no se refiere al tema de la practicabilidad. El voto de Scalia afirma que la única razón por la que Roe era practicable era su marco trimestral, el que Casey abandonó. Íd., pág. 2881 (Scalia, J., concurriendo al fallo en parte y disintiendo en parte).

¹⁶¹ Íd., pág. 2860 (Rehnquist, C.J., concurriendo al fallo en parte y disintiendo en parte).

¹⁶² Íd., pág. 2862.

¹⁶³ Íd., pág. 2861.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Bloom, *op. cit.* en nota 6, pág. 29 (énfasis omitido).

la adopción de la Decimocuarta Enmienda, las prohibiciones o restricciones legales al aborto eran un lugar común; en 1868, al menos 28 de los entonces 37 Estados y 8 Territorios tenían leyes que prohibían o limitaban el aborto... [Veintiuna] de las leyes restrictivas del aborto vigentes en 1868 estaban aún vigentes en 1973 cuando se falló Roe, y una abrumadora mayoría de los Estados prohibió el aborto a menos que fuera necesario para preservar la vida o la salud de la madre”¹⁶⁶.

Segundo, el voto de Rehnquist sugiere que Roe fue un hijo “malnacido” en la genealogía jurisprudencial, trazando la evolución de la construcción de la frase “libertad” en la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. El voto de Rehnquist enumera los casos anteriores a Roe que ampliaron el significado de la frase más allá de la libertad de restricción física: *Pierce vs. Society of Sisters* (el derecho de enviar a un niño a una escuela privada), *Meyer vs. Nebraska* (el derecho a enseñar un lenguaje extranjero en una escuela parroquial), *Loving vs. Virginia* (el derecho a casarse), *Skinner vs. Oklahoma* (el derecho a procrear), *Griswold vs. Connecticut* (el derecho a usar anticonceptivos) y *Eisenstadt vs. Baird* (el derecho a usar anticonceptivos)¹⁶⁷. Luego distingue a Roe de su extensa lista sobre la base de que “a diferencia del matrimonio, la procreación y la anticoncepción, el aborto involucra la terminación de vida potencial con fines determinados”¹⁶⁸. Debe, por consiguiente, “ser reconocido como *sui generis*, diferente en especie de los otros que la Corte ha protegido bajo la regla de la autonomía y privacidad personal o familiar”¹⁶⁹. Nuevamente, Roe es retratado como una desviación injustificada de una genealogía que sería, de otro modo, aceptable. De esta forma, el voto de Rehnquist se presenta a sí mismo como un sucesor más viable de esta genealogía que Roe.

3. Conclusión

Como *Una Tempestad*, el voto de Rehnquist muestra como arbitrario al precursor al tiempo que saca provecho de su debilidad sustantiva. Para mostrar que Roe es arbitrario y evitar a la vez el nihilismo, el voto de Rehnquist afirma que la razón otorga una mejor base para la legitimidad de lo que lo hace una adherencia esclavizada al precedente para agradar a la opinión pública. Luego considera la debilidad del derecho a abortar tanto en la historia como en la jurisprudencia constitucional. En ambas rebeliones del *Chief Justice* Rehnquist, la explicitación evita la necesidad de adherirse aparentemente al precedente. No evita, sin embargo, la necesidad de ajustarse al marco de argumentación del precedente. Como en la obra de Cesaire, este marco debe ser aceptado, no a pesar, sino más bien debido a la naturaleza abierta de la subversión.

¹⁶⁶ 112 S. Ct. pág. 2859 (Rehnquist, C.J., concurriendo al fallo en parte y disintiendo en parte) (citación omitida).

¹⁶⁷ *Ibid.* (citando a *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972)).

¹⁶⁸ *Id.*, pág. 2859 (citando a *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 325 (1980)).

¹⁶⁹ *Ibid.* (citando a *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747, 792 (1986) (White, J., disintiendo)).

VI. La divergencia de la literatura y el derecho: Reconsiderando el voto conjunto de Casey

Hasta este punto, este artículo ha argumentado que el derecho y la literatura están más próximos de lo que Cole hizo parecer, en el hecho de que los recursos retóricos usados en la ansiedad de influencia pueden ser aplicados, sin calificaciones, al derecho. Esta sección sugiere que los campos del derecho y la literatura están más apartados de lo que Cole percibió. Específicamente, Cole toma el beneficio que la creatividad individual tiene en la literatura y lo transfiere sin calificación al derecho. Sin embargo, debido a que el derecho y la literatura varían en sus consecuencias, el valor de la creatividad en el derecho no puede ser apreciado según parámetros literarios. Los votos que utilizan explícitamente la creatividad literaria, tales como los dictámenes judiciales redactados parodiando a la poesía o al cine, muestran que tal creatividad no tiene un valor presumiblemente positivo en el derecho. Muy por el contrario, la creatividad de esta especie está fuertemente desfavorecida. Formas más sutiles de creatividad, tales como la usada en el voto conjunto de Casey, pueden tener también connotaciones negativas. A pesar de que la creatividad judicial no es dañina *per se*, no debiera ser alabada sin calificación. Al presentar una visión tendenciosa de la creatividad legal, el marco teórico de Cole oscurece los inconvenientes potenciales de la innovación irrestricta.

En la visión de Cole, todos los escritores, incluyendo a los poetas y los jueces, tienen egos que los impulsan a “malinterpretar” a sus predecesores. La sociedad, sin embargo, tiene intereses independientes en los roles de los poetas y los jueces, que dan forma al grado en que este egotismo puede expresarse. Sin embargo, ya que la sociedad valora en los jueces la consistencia y la estabilidad, ellos experimentan una tensión entre la expectativa social y el ego personal.

Mientras Cole caracteriza con precisión la tensión entre la creatividad y la legitimidad en el rol del juez, implica incorrectamente que la creatividad debiera ser siempre valorada por sobre la legitimidad. Cole alaba la “grandeza” en su sentido poético, refiriéndose al encumbramiento del artista sobre un pasado restrictivo, afirmando que “la grandeza requiere de un quiebre respecto al precedente y de una habilidad para dirigir a quienes lo sigan; reverenciar a la autoridad simplemente no calza en ninguna definición de ‘grandeza’”¹⁷⁰. Así, Cole usa la “grandeza” para describir la creatividad por sí sola, evitando en consecuencia, de manera efectiva, el logro de la grandeza por jueces que exhiban cualquier grado de restricción.

Cole podría replicar a ello afirmando que al llamar “grandeza” a la creatividad está simplemente tomando una definición de la literatura y aplicándola a su análogo más similar en el derecho; así, su uso de la palabra “grandeza” para describir la creatividad podría no significar que la creatividad es superior a la legitimidad. Este argumento fallaría, sin embargo, de dos formas. Primero, Bloom presenta la creatividad como la esencia de la gran literatura: El término “creatividad” no puede transferirse a otro campo sin su connotación poderosamente positiva. Segundo, Cole toma prestada la terminología de Bloom para darle a la legitimidad legal una connotación negativa, afirmando que “el juez encuentra legitimidad en un tipo de avance pesado y demoroso”¹⁷¹.

La conversión simple que Cole hace de valores literarios en valores legales es reductiva, porque pasa por alto una diferencia fundamental en los efectos de los esfuerzos de los escritores

¹⁷⁰ Cole, *op. cit.* en nota 7, pág. 867 n. 33.

¹⁷¹ *Íd.*, pág. 866.

en el derecho y la literatura. Margaret Jane Radin hace una advertencia “contra cualquier ecuación metafórica del derecho y la literatura, debido a su tendencia a oscurecer la violencia del derecho... Las regulaciones provistas de autoridad ordenan, no invitan”¹⁷². La distinción aparece con más claridad en las raras ocasiones en que los jueces infunden a sus dictámenes la variedad literaria de la creatividad, tal como un fallo¹⁷³ escrito como una parodia en verso al poema “El Cuervo” de Edgar Allan Poe¹⁷⁴, o un dictamen¹⁷⁵ que contiene líneas de la película *Wayne’s World*¹⁷⁶. A diferencia de las parodias literarias de textos literarios¹⁷⁷, estas parodias legales de textos literarios provocan una ansiedad específica al derecho: el miedo de que la creatividad haya surgido a expensas del debido proceso. Como si para responder a esta ansiedad, el juez en el caso de “El Cuervo” señalara que el dictamen es favorable a la única parte existente en el procedimiento de quiebra, de manera que su fallo es comparativamente inofensivo. En el caso de *Wayne’s World*, habían dos partes adversariales, asegurando por consiguiente que el dictamen sería adverso a una de ellas. Sin embargo, el juez se protege a sí mismo al presentar el tema como una simple cuestión de prescripción (*statute of limitations*). Si un fallo de este género tratara un tema legal más ambiguo, tal creatividad podría aparecer inapropiada, incluso cruel, ya que su tono poco serio no sería acorde a la función judicial y a la gravedad de la situación.

Todos los fallos de este género, en diferentes grados, ponen en relieve las distinciones entre los textos literarios y legales. La distinción es entre los textos literarios, que no son coercitivos y que pueden, por lo tanto, “malinterpretar” sin restricciones, y los textos legales, que sí son coercitivos y que deben por consiguiente restringir cualquier “mala lectura”. Como dice Gewirtz:

“Cuando los poetas ‘malinterpretan’ o distorsionan el pasado como parte del proceso creativo, la condena moral no es apropiada, descartando todo plagio. El resultado poético generalmente se justifica a sí mismo; podemos ser iluminados por el hecho de entender el proceso que produjo el resultado, pero la calidad del resultado normalmente ratifica el proceso. El derecho es diferente: el proceso es tremendamente importante. El derecho implica poder, y el poder está justificado y limitado por el proceso”¹⁷⁸.

Así, un texto legal nunca puede limitarse ni justificarse a sí mismo, como ocurre con algunos textos literarios.

La Corte Suprema tiene todavía que producir un fallo poético; probablemente no es la poesía el tipo de creatividad que la nación debe temer de sus magistrados superiores. Sin embargo, como demostró la discusión de Casey anteriormente expuesta, la Corte ha usado variedades más sutiles de creatividad legal. El voto conjunto de Casey fue una instancia de ese tipo de creatividad: como “Rosencrantz y Guildenstern...”, el voto conjunto pareció fiel al precedente y al mismo tiempo lo revirtió. Como en el caso de la parodia en rima, el apophrades

¹⁷² Margaret Jane Radin, “After the Final No There Comes a Yes: A Law Teacher’s Report”, 2 Yale J.L. & Human. Págs. 253, 265 (1990), citado en Craft, *op. cit.* 14, pág. 525

¹⁷³ En respuesta Love, 61 B.R. 558 (Bankr. S.D. Fla. 1986) (“Now my motion caused me terror / A dismissal would be error. / Upon consideration of § 707 (b) in anguish loud I cried / The court’s sua sponte motion to dismiss under § 707 (b) is denied.”).

¹⁷⁴ Edgar Allan Poe, “The Raven”, en *Complete Poems and Selected Essays*, pág. 71 (Richard Gray ed., 1993).

¹⁷⁵ Noble v. Bradford Marine, Inc., 789 F. Supp. 395, 397 (S.D. Fla. 1992) (fallando que el “más bien *trucho*” [most bogus] intento de remoción del acusado “no vale” [not worthy] y es “bien descuidado” [way improvident], y argumentando que el acusado debe “seguir la fiesta” [party on] en la corte estatal).

¹⁷⁶ *Wayne’s World* (Paramount 1992).

¹⁷⁷ Ver, p.e., Hecht, *op. cit.* en nota 76.

¹⁷⁸ Gewirtz, *op. cit.* en nota 48, pág. 667.

tiene diferentes implicaciones en la literatura y en el derecho. Mientras “Rosencrantz...” simplemente persuadía a algunos lectores a ver *Hamlet* de otra forma, Casey removió las protecciones que rodeaban al aborto, previamente otorgadas a un país completo¹⁷⁹.

Cole reconoce que la persecución de la creatividad en el derecho a menudo alienta a una falta de franqueza, debido a la doctrina del *stare decisis*: “El juez... debe al mismo tiempo ‘leer mal’, para hacerle espacio a su contribución, y ‘no leer mal’ en apariencia, para extraer la autoridad del precedente”¹⁸⁰. Como se vio arriba, sin embargo, Cole alaba esta falta de franqueza sin distinciones, en tanto sea exitosa. Dadas las consecuencias de Casey, la celebración de Cole de esta falta de franqueza es sospechosa. Como afirma Guido Calabresi en el contexto de la interpretación de leyes:

“No debiéramos olvidar... que el lenguaje de los categóricos, de subterfugios, es particularmente propenso a la manipulación. Le permite a aquellos que están en determinada posición emplear absolutos para enmascarar lo que están haciendo, para esconder de quién son los intereses que están comerciando. Y demasiado a menudo tal encubrimiento se convierte en autoserviente o en un tipo de explotación. Si un tribunal niega que está modificando o forzando la revisión de una ley que en su opinión ha perdido sentido, ese tribunal está en una posición más normalmente apta para servir a sus propios fines que un tribunal que debe admitir abiertamente lo que está haciendo y justificar su conducta racionalmente”¹⁸¹.

Este análisis tiene claras implicaciones para el voto conjunto, el que puede ser visto como utilizando la doctrina del *stare decisis* para evadir la revisión de sus innovaciones. Esto no es para decir que la falta de franqueza del voto conjunto era inevitablemente mala. Puede haber situaciones en las que la franqueza, o la creatividad en general, debieran negociarse con otros valores: El voto conjunto podría haber sacrificado racionalmente alguna franqueza para conservar la legitimidad de la Corte.

El análisis de Cole falla porque impide al lector siquiera preguntar acerca del valor de la franqueza en dictámenes como el del voto conjunto. Mientras un juez puede no errar al actuar solapadamente, en tanto tenga razones correctas para hacerlo, un académico yerra con seguridad si no señala que se está llevando a cabo un intercambio de esa naturaleza¹⁸². El aspecto más dañino del análisis de Cole es que toma la connotación presumiblemente positiva de la que la creatividad disfruta en la literatura y la aplica al derecho. Esta apropiación acrítica oscurece las ramificaciones negativas que la creatividad tiene en el derecho.

¹⁷⁹ Pese a que el explorar los efectos de Casey está más allá del alcance de este artículo, dichos efectos son claramente poderosos y potencialmente amplios. En donde el aborto era un derecho “fundamental”, los Estados pueden ahora restringir las decisiones de aborto chequeadas sólo por el muy ambiguo estándar de “carga indebida”. Más aun, la clarísima regla del sistema trimestral ha sido abandonada.

¹⁸⁰ Cole, *op. cit.* en nota 7, pág. 868.

¹⁸¹ Guido Calabresi, “A Common Law for the Age of Statutes”, pág. 179 (1982); ver también Gewirtz, *op. cit.* en nota 48, pág. 667 (“Así, el ‘leer mal’ y otras deshonestidades en las consideraciones de los fallos, son generalmente más que fallas en el oficio; la inocencia en el razonamiento judicial es parte de la moralidad del oficio.”).

¹⁸² Ver, p.e., Calabresi, *op. cit.* en nota 181, pág. 180.

VII. Conclusión

El precedente ocupa un lugar primordial tanto en la literatura como en el derecho, tal como se reflejaba en las teorías de la ansiedad de influencia y del *stare decisis*. La descripción de Cole acerca de cómo puede usarse la ansiedad de influencia para describir al derecho es una contribución valiosa para la rama de derecho-como-literatura del movimiento derecho y literatura. Este artículo ha buscado refinar el análisis de Cole de dos formas. Primero, consideró las seis relaciones revisionarias de Bloom, así como la dinámica freudiana general de “malas interpretaciones” desarrollada por él. Este análisis aplicó dos de las relaciones tanto a textos literarios como legales, examinando cómo el apophrades trabajaba tanto en “Rosencrantz...” como en el voto conjunto de Casey, y cómo el clinamen funcionaba tanto en *Una Tempestad* (la obra de Cesaire) como en el voto del Ministro Rehnquist. Dicho análisis va más allá de la observación general de Cole acerca de que las similitudes entre el tratamiento legal y literario existen, para mostrar que la teoría de Bloom puede funcionar de maneras similares tanto en la literatura como en el derecho. El análisis sugiere también que la taxonomía de las estrategias retóricas desarrollada por Bloom puede proveer un vocabulario para describir y analizar los fundamentos de los fallos colegiados. Debido a que el derecho no ha desarrollado un vocabulario similar propio, estos términos pueden ser empleados útilmente para identificar y discutir las estrategias retóricas en el derecho.

Este artículo ha buscado también distinguir cómo opera la ansiedad de influencia en la literatura y en el derecho, señalando las diferentes funciones y consecuencias de textos en ambas disciplinas. No se puede transponer el valor positivo de la creatividad en la literatura al derecho, en donde la creatividad debe equilibrarse con el debido proceso. Al no hacer esta distinción entre literatura y derecho, Cole aplaude irreflexivamente la falta de franqueza exhibida por determinados votos en tribunales colegiados. Al modificar el esquema de Cole, este artículo ha recalcado la importancia de mantenerse alerta frente a potenciales abusos, así como a los usos, del precedente.

En un sentido más amplio, este ensayo ha sido tanto una extensión del análisis de Cole como una crítica a él. El movimiento de derecho y literatura ha sido criticado por su falta de implicaciones prescriptivas. El juez Posner ha dicho que:

“La relación entre la literatura y el derecho es menos regular [que aquella entre el derecho y la economía], porque no hay una teoría central de la literatura que pueda tomarse y ser aplicada a un cuerpo legal (*body of law*); porque no hay un impulso programático central, sea positivo o normativo, para el movimiento de derecho y literatura...”¹⁸³.

A pesar de que este artículo ha hecho ajustes necesarios al marco teórico de Cole, se une a este autor en sostener que la teoría literaria tiene implicaciones prescriptivas para el entendimiento del derecho. Mientras ciertas convergencias entre el derecho y la literatura pueden ser poco más que accidentales, las inquietudes retóricas y teóricas desarrolladas por Bloom pueden ayudar a los lectores a identificar cómo ciertos casos subvierten a sus precedentes para adquirir significado. A través de dicho proceso, un texto –literario o legal– dirige e invita a realizar intensas “malas lecturas”. Este artículo ha intentado hacer lo mismo.

¹⁸³ Posner, *op. cit.* en nota 10, pág. 1.