

LOS CÁNONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL*

J. M. BALKIN y Sanford LEVINSON**

I. Introducción

En marzo de 1860, Frederick Douglass se dirigió a un auditorio en Glasgow, Escocia.¹ Douglass, el hijo de un hombre blanco y una esclava parcialmente india que se había escapado hacia la libertad, aprendió a leer y escribir por su cuenta y, hacia 1860, se había convertido en uno de los más prominentes abolicionistas en los Estados Unidos. Su tema ese día en Glasgow fue cómo interpretar la Constitución de los Estados Unidos.² En particular, Douglass cuestionó si la Constitución protege la institución de la esclavitud o bien, por el contrario, la correcta lectura de la Constitución, la hacía un documento anti-esclavista.³

Douglass habló tres años después de la vergonzosa decisión de la Corte Suprema en *Dred Scott v. Sandford*,⁴ en la cual el Presidente del Tribunal Roger Taney sostuvo que los americanos negros, aún siendo negros libres, no eran ni podían ser ciudadanos de los Estados Unidos.⁵ Buscando encontrar un significado que se apoye en la interpretación originaria de las personas que redactaron y ratificaron la Constitución de 1787, Taney argumentó que, desde 1787, un siglo de consenso sostuvo que los negros "no tenían derecho alguno que el hombre blanco estuviese obligado a respetar y que el negro podría, justa y legalmente,

* Traducción al castellano del texto en inglés realizada por Luciana EKMEKDJIAN (Abogada, UBA) y Sergio Nicolás MOHADER (Estudiante de Abogacía, UBA). Publicado originalmente en *Harvard Law Review*, Volumen 111, N° 4, febrero 1998, págs. 964-1024. Agradecemos a los autores la autorización para publicar la traducción en esta revista.

** J. M. BALKIN es Profesor en la Escuela de Leyes de la Universidad de Yale. Sanford LEVINSON es W. St. John GARWOOD y St. John GARWOOD, Jr. Regents Chair in Law, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas. Estamos agradecidos a Akhil AMAR, Bruce ACKERMAN, John LANGBEIN, Carol ROSE y a Reva SIEGEL por sus valiosos comentarios sobre un primer borrador de este comentario. Una versión más abreviada de este trabajo, aparecerá como la introducción de una colección de originales ensayos acerca del canon jurídico que estamos actualmente editando.

¹ DOUGLASS, Frederick, Conferencia en Glasgow: ¿La Constitución de los Estados Unidos: es pro-esclavitud o anti-esclavitud? (26 de marzo de 1860), en 2 FONER, Phillip S., *The life and writings of Frederick Douglass* 467-80 (1950).

² Ver DOUGLASS, Frederick *Life and Times of Frederick Douglass*, en DOUGLASS, Frederick, *Autobiographies* 453, 526-28, 532, 642-46, 661-64 (Henry Louis Gates Jr. Editores, First Library of Am. College Edition 1996) (1994); DOUGLASS, Frederick, *My Bondage and My Freedom* 44-45, 113-15, 248-58 (Johnson Publ'g CO. 1970) (1855); DOUGLASS, Frederick, *Narrative of the Life of Frederick Douglass* 16, 40, 57-58, 60 (David W. Blight editores, 1993) (1845); 1 *The Life and Writings of Frederick Douglass*, supra nota 1, en 11, 16-18; ver también William Mc FEELY, *Frederick Douglass* 8 (1991) (discutiendo la identidad racial de Douglass).

³ Véase DOUGLASS, *Life and Times of Frederick Douglass*, supra nota 2, p. 467.

⁴ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857)

⁵ Véase idem, p. 432.

ser reducido a esclavo en su propio beneficio"⁶. Además Taney insistió en que el Congreso carecía del poder de prohibir la esclavitud en el territorio de los Estados Unidos.⁷ Desde el punto de vista de Taney, la Constitución de los redactores estaba claramente a favor de la esclavitud.⁸

Douglass disintió. Él no le discutió a Taney la lectura de la historia norteamericana, pero insistió que las intenciones originales de los redactores eran irrelevantes. Los fundadores estaban muertos hace tiempo, "pero la Constitución perdura por siglos".⁹ El significado de la Constitución debe ser hallado en su texto, "porque sólo el texto, y no otros comentarios o creencias escritos por aquellos que quisieron asignar al texto un significado distinto del literal, fue adoptado como Constitución de los Estados Unidos".¹⁰ La Constitución, Douglass arguyó, "no es vaga, indefinida, flotante, insustancial, algo ideal, coloreada acorde a la fantasía y de cualquier persona, hoy una comadreja, hoy una ballena, hoy nada." Más bien se trata de un simple documento escrito, "lleno y completo en sí mismo".¹²

⁶ Véase *idem*, p. 407.

⁷ Véase *idem*, p. 451-52. De esta manera, la opinión de Taney, en efecto tornó inconstitucional la plataforma del nuevo Partido Republicano. Véase FEHRENBACHER, DON E., *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law and Politics* 202 (1978) (indicando que la Plataforma de 1856 del Partido Republicano afirmaba los "poderes soberanos" del Congreso sobre los territorios de los Estados Unidos, y declaraba que el Congreso debería ejercer esos poderes para prohibir la esclavitud en sus territorios).

⁸ La *Harvard Law Review* nos ha informado que su práctica asentada es referirse siempre a los Ministros de la Corte Suprema de los Estados Unidos por sus títulos ceremoniales. Véase *A Uniform System of Citation* 52 (16ª edición 1996). De este modo, hemos cometido una falta al protocolo de la revista al referirnos a "Taney" en lugar de "Chief Justice Taney" en el párrafo anterior. Sin embargo, en este artículo algunas veces nos alejamos de la práctica de la revista por razones teóricas. Uno de nuestros grandes temas es que la interpretación constitucional está demasiado centrada en la adoración a la Corte Suprema y sus pronunciamientos. El manual de estilo de la *Harvard Law Review* es un maravilloso símbolo de cuán extensiva esta idolatría se ha vuelto. Uno podría pensar que el uso de los títulos de ceremonia para los ministros era parte de una práctica más general de respeto, pero de hecho, la cortesía parece estar enfocada particularmente en los miembros judiciales. Así, por ejemplo, mientras Roger Taney debe estar siempre descrito como "Chief Justice Taney" en los artículos que aparecen en la *Harvard Law Review*, aparentemente Abraham Lincoln puede ser mencionado si añadir su título ceremonial de Presidente. Estamos agradecidos a la *Review* por permitir que nos alejemos de su costumbre en este comentario, y por lo tanto permitimos sugerir, aunque sea en forma simbólica, que Frederick Douglass está en —por lo menos— el mismo nivel de autoridad interpretativa que Roger B. Taney.

⁹ DOUGLASS, nota 1 *supra*, p. 469.

¹⁰ *Idem*. Sin embargo, Douglass sugirió que no había un conflicto serio entre el texto y la inteligencia original, y enfatizó que "las intenciones de los creadores de la Constitución eran buenas, no malas," con respecto al futuro de la esclavitud en América. *Id.* en p. 473.

¹¹ *Idem* en p. 468. La referencia de Douglass es a la burla de Hamlet a Polonio concerniente a la apariencia de una nube. Véase SHAKESPEARE, William, *Hamlet*, acto 3, secc. 2, ll. 358-68 (G.R. Hibbard ed., Oxford Univ. Press 1987).

¹² DOUGLASS, *supra* nota 1, p. 468.

En ningún lugar de su texto —Douglass señaló— las palabras "esclavo" o "esclavitud" aparecen explícitamente.¹³ En consecuencia, la Constitución difícilmente pueda ser interpretada como pro-esclavitud. En realidad, es anti-esclavitud. "En todas las materias donde se enseña que las leyes son creadas como medios de opresión, crueldad y maldad", Douglass tronó, "yo estoy en favor de una construcción restrictiva".¹⁴ Donde su texto fue poco claro o abierto, la Constitución debería siempre ser interpretada estrictamente a favor de maximizar la justicia y expandir los derechos humanos.¹⁵ De esta manera, nada impide al Congreso o a los Estados eliminar la esclavitud por medio de la legislación.¹⁶

Además, Douglass sostuvo que había fuertes argumentos fundados en una lectura literal, para pensar que la esclavitud por sí misma, era inconstitucional. "La Constitución, Douglass notó, prohíbe sancionar una 'ley confiscatoria', es decir, una ley que implique traspasar a los hijos las mismas incapacidades y cargas impuestas sobre sus padres".¹⁷ Por lo tanto "cada ley de esclavitud en los Estados Unidos debería ser derogada sobre esta base".¹⁸

No mencionamos el discurso de Douglass en Glasgow con el mero fin de apoyar sus particulares argumentos constitucionales, ni siquiera para adherir a su enfoque de la interpretación constitucional.¹⁹ La cuestión que nos interesa es la siguiente: dado que los famosos comentarios de Roger Taney en 1857 acerca del significado de la Constitución aparecen y han aparecido por décadas en los libros norteamericanos de casos, ¿debería la conferencia de Douglass en Glasgow en 1860 aparecer allí también, quizás yuxtapuesta? ¿Es su discurso tan valorable o su presencia tan importante en los libros de casos como *Dred Scott* o alguna otra docena de casos de la Corte Suprema estadounidense que normalmente aparecen en los cursos introductorios de derecho constitucional?

¹³ Véase *idem*, pág. 471.

¹⁴ *Ídem* en págs. 475-6.

¹⁵ Véase *idem*.

¹⁶ Véase *idem*, pág. 478.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ Notamos, sin embargo, que la regla interpretativa central de Douglass, aquella "[D]onde una ley es susceptible de tener dos significados, el primero haciéndole cumplir un inocente propósito, y el otro haciéndole cumplir un propósito malvado debemos en todos los casos adoptar aquel que la haga cumplir un propósito inocente" *id.* p. 476 —tiene un paralelo interesante con las teorías de académicos contemporáneos como Ronald Dworkin—. Véase DWORKIN, Ronald, *Law's Empire* 313-14 (1986) (apoyando la idea de que la interpretación legal debería hacer del derecho "el mejor derecho posible").

La opinión de Taney fue escrita por el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la más alta magistratura en el territorio. En contraste, la conferencia de Douglass fue dada por un ex-esclavo —quien como resultado de lo decidido en el propio caso Dred Scott— ni siquiera tenía el título de ciudadano de los Estados Unidos, y mucho menos era un abogado entrenado en su profesión o un funcionario de gobierno. Incluso más, la opinión de Taney, aunque inmediatamente atacada y vilipendiada por los opositores de la esclavitud, fue a pesar de ello, la ley suprema del país en aquel tiempo; requiriendo no una sino dos enmiendas constitucionales para ser modificada.²⁰ En cambio, la conferencia de Douglass en Glasgow consistió en un discurso político que nunca tuvo efecto legal y vinculante alguno. En efecto, lo que hace al discurso de Douglass tan interesante es precisamente el hecho de que estaba fuera del consenso de opiniones legales de aquel tiempo. Aunque muchos abolicionistas seguramente estaban de acuerdo con el punto de vista de Douglass en cuanto a que la Constitución prohibía la esclavitud²¹ —probablemente la mayoría eran abogados con experiencia en 1860, y ciertamente todos ellos podrían haber sido candidatos políticamente viables para ser nombrados en el poder judicial federal— consideraron sus argumentos como "extraños" o engañosas interpretaciones de la Constitución.²²

¿Pero, cómo, precisamente, estos hechos son relevantes, si es que lo son? ¿Debería alguno de estos textos, o ambos, o ninguno, aparecer en los

²⁰ La decimotercera Enmienda abolió la esclavitud pero no resolvió la cuestión de la ciudadanía. Véase Constitución de los Estados Unidos, Enmienda XIII. La decimocuarta enmienda garantizó que todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos eran ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en el cual residían. Véase *id.* enmienda XIV. § 1.

²¹ Véase WIECZK, William M., *The Sources of Antislavery Constitutionalism in America, 1760-1848*, p. 269 (1977). El más notable constitucionalista anti-esclavitud fue Lysander Spooner, quien casi seguro influenció en algunos de los argumentos de Douglass's. Para una discusión sobre el trabajo de Spooner, véase BARNETT, Randy E., *Was Slavery Unconstitutional Before the Thirteenth Amendment?: Lysander Spooner's Theory of Interpretation*, 28 PAC. L.J. 977 (1997).

²² Seguramente, aun muchos abolicionistas hubiesen acordado que los argumentos de Douglass eran engañosos, incluyendo en forma prominente a los seguidores de William Lloyd Garrison. Garrison acordaba con Taney que la Constitución protegía la esclavitud. Él lo denunció como "un pacto con la muerte y un acuerdo con el infierno" e insistió que los estados norteros tenían un deber moral y político de secesión de la Unión. MERRILL, Walter M., *Against Wind and Tide: A Biography of Wm. Lloyd Garrison* 205 (1963). Douglass comenzó como un Garrisoniano, pero más tarde se separó; su conferencia de Glasgow es un claro rechazo tanto a los pensamientos separatistas de Garrison como a su pesimismo acerca del significado político práctico de la Constitución. Véase DOUGLASS, *supra* nota 1, págs. 478-80; 2 *The Life and Writings of Frederick Douglass*, *supra* nota 1, págs. 48-66. Para un intercambio acerca del significado legal y político de la conferencia de Douglass en Glasgow, véase BALKIN, J.M., *Agreements with Hell and Other Objects of Our Faith*, 65 Fordham L. Rev. 1703, 1709-10 (1997). y ROBERTS, Dorothy E., *The Meaning of Blacks' Fidelity to the Constitution*, 65 Fordham L. Rev. 1761, 1766-69 (1997).

libros de casos contemporáneos?²³ ¿Cuál de ellos debería el estudiante norteamericano estudiar y debatir, cuál deberían los ciudadanos educados conocer, y cuál debería conformar el trabajo de los expertos juristas en la actualidad? ¿Cuál de estos dos escritos, en resumen, debería componer el "canon" del material legal norteamericano?

Para algunos lectores, la discusión acerca de los "cánones legales" podría sugerir un tratado sobre derecho canónico o, quizás para lectores creativos, una discusión sobre el manejo de armas de fuego!. El objeto de nuestro estudio es de algún modo distinto. Se refiere a lo que es y lo qué debería ser canónico en el estudio del derecho. Desde nuestro punto de vista, no hay mejor forma de entender una disciplina —sus temas básicos, sus actuales inquietudes e intereses— que estudiar qué es lo que sus miembros piensan que es canónico para esa disciplina. El estudio de los cánones y la *canonicidad* es la llave a los secretos de una cultura y sus modos de pensamiento característicos.²⁴

En las humanidades, los debates sobre el "canon occidental" se han ido sucediendo por algún tiempo, a veces a través de controversias sobre qué textos deben ser asignados en los cursos básicos de humanidades.²⁵ También hubo debates análogos acerca de la *canonicidad* en las academias de derecho, pero con otros nombres y usando un vocabulario diferente. Han existido debates sobre

²³ En el interés de una plena revelación, reportamos que la conferencia de Douglass en Glasgow es actualmente reimpressa en uno (y sólo uno) de los libros estándar de casos de derecho constitucional, un libro de casos que es, no por nada en forma coincidente, co-editado por uno de los co-autores de este comentario. Véase Paul BREST & Sanford LEVINSON, *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials* 207-11 (3^a ed. 1992).

²⁴ La palabra "canon" proviene del Griego *kanon*, significando "vara" o "regla" y originalmente significaba una "regla, ley, o decreto de la Iglesia." *The Oxford English Dictionary* 83B (2^a ed. 1989). Más tarde vino a significar un "estándar de juzgamiento o autoridad [o] un examen, criterio, [o] medios de discriminación." Íd. En consecuencia uno habla de los "cánones" de la sociedad educada. Históricamente, una de las más importantes formas de discriminación fue la decisión de si contar un texto particular como Escritura Sagrada e incluirlo en la Biblia. Así, la palabra "canon" vino a significar una colección que es seleccionada y organizada de acuerdo con una regla o un conjunto de reglas, como los libros de la Biblia o el canon de santos en la Iglesia Católica. Los cánones musicales, por ejemplo, son composiciones organizadas de acuerdo con una estricta regla de imitación.

¹ [Nota de los traductores: hace alusión al significado de "canon", que también significa "cañon" en inglés.] Véase *The American Heritage Dictionary of The English Language* 281 (3^a ed. 1992). De estos varios usos, la palabra canon ha adquirido la connotación adicional de autenticidad y cualidad de lo sagrado.

²⁵ Véase DENBY, David, *Great Books: My Adventures With Homer, Rousseau, Woolf and Other Indestructible Writers of the Western World* (1996); GATES, Henry Louis Jr., *Loose Canons: Notes on the Culture Wars* (1992); LEVINE, Lawrence W., *The opening of the American Mind: Canons, Culture, and History* (1996). Un particularmente notable (y para algunos notorio) debate tuvo lugar en la University de Stanford acerca de, entre otras cosas, lecturas requeridas en sus cursos básicos de civilización occidental. Véase PRATT, Mary Louise, *Humanities for the Future: Reflections on the Western Culture Debate at Stanford*, en *The Politics of Liberal Education* 13 (Darryl J. Gless & Barbara Herrnstein Smith editores, 1992).

interdisciplinaria, sobre narrativa, sobre identidad política y sobre la preservación de los precedentes liberales de la Corte *Warren* y la temprana Corte *Burger*, como íconos normativos. Los expertos del derecho tienen su propio modo de debatir acerca de lo que es canónico, aún si no emplean ese término en particular.

Las cuestiones sobre la *canonicidad* del derecho han florecido en momentos de inquietud y agitación en la academia jurídica norteamericana. En los últimos veinticinco años, los estudiantes de derecho han sido testigos de la entrada (algunos la llamarían 'invasión') de enfoques interdisciplinarios, del ascenso del análisis económico del derecho, del desarrollo del feminismo, de la teoría racial crítica, y los estudios 'gay' del derecho y la creciente influencia tanto de la metodología de actores racionales como del postmodernismo. La demografía de las facultades de derecho también ha cambiado dramáticamente: más y más mujeres y minorías han asistido a las facultades de derecho y, en forma lenta pero firme, han obtenido el ingreso a las filas del profesorado. Simultáneamente, la comparativamente insular, escuela legal norteamericana está "yendo a lo global". Después de muchos años de orgullosa auto referencia, la escuela de derecho norteamericana está mostrando interés por los sistemas jurídicos y los problemas constitucionales de otros países. De seguro que este nuevo interés es parte de la exportación de la cultura legal norteamericana hacia otras tierras, pero también refleja una creciente curiosidad de cómo las cosas podrían ser hechas de otra manera aquí en los Estados Unidos.

Es precisamente en aquellos tiempos de agitación, crecimiento, cambio e innovación que las inquietudes sobre los cánones surgen en cualquier disciplina. La disciplina busca ya sea reconstituirse o cerrar sus filas, al considerar que cualquier cosa puede ser considerada canónica en sus prácticas, sus métodos, o sus materiales de estudio. En las discusiones sobre los cánones legales, las analogías con los debates que tuvieron lugar en Stanford y otras universidades son demasiado tentadoras para resistirse.²⁶ Después de todo, los debates

²⁶ Véase, pág. ej., ANSLEY, Frances Lee, *Race and the Core Curriculum in Legal Education*, 79 Cal. L. Rev. 1512, 1513 & n.3 (1991); Francis J. Mootz III, *Legal Classics: After Deconstructing the Legal Canon*, 72 N.C. L. Rev. 977, 978-80 (1994); RESNIK, Judith, *Constructing the Canon*, 2 YALE J.L. & HUMAN. 221, 221 (1990). El canon constitucional fue el tema de un panel en 1993 en la Conferencia sobre Derecho Constitucional de la Asociación de Escuelas de Derecho Americanas (AALS) en la Universidad de Michigan. Véase AALS Conference Program, *Conference on Constitutional Law* (Ann Arbor, Mich., June 12-16, 1993). La cuestión más general "¿Tenemos un canon legal?" fue el tema de la sesión plenaria de la Convención de la AALS de 1993. Para una recopilación de los informes presentados en este encuentro., ver Symposium, *Do We Have a Legal Canon?*, 43 J. Legal Educ. 1, 1-26 (1993).

en los colegios de humanidades han suscitado una considerable controversia y cobertura de prensa, con algunos de sus participantes sugiriendo por momentos que nada menos que el futuro de la civilización occidental depende de aceptar su posición particular en el debate.

No obstante, esas comparaciones ocultan tanto como lo que revelan. En este comentario queremos considerar tanto las similitudes como las diferencias en los debates acerca de los cánones literarios y jurídicos. Más importante, queremos considerar qué hay en juego realmente, al preguntar si todo campo del derecho está constituido por un canon. A la pregunta de qué es canónico debemos aproximarnos tanto desde el plano sociológico como prescriptivo. No podemos debatir el contenido "del canon" hasta que entendamos los propósitos por los cuales se formula la pregunta y las razones por las cuales se formula en un momento específico del desarrollo de la cultura jurídica. Además, debemos entender los debates sobre los cánones en referencia a un contexto institucional específico, pues estos debates son parte de formas más generales de desarrollo y lucha cultural. Debido a que somos profesores de derecho constitucional, empleamos muchos ejemplos en nuestro comentario pertenecientes a ese campo, pero esperamos que el lector los entienda como demostrativos de funciones más generales de los cánones jurídicos.

En la segunda parte de este comentario, debatimos los diferentes modos de constituir o definir un canon. Sostenemos que lo que se considera como un canon en derecho depende mucho de la audiencia y los propósitos para los cuales el canon se construye. Por ejemplo, el material jurídico puede ser canónico porque es importante para educar a estudiantes de derecho, porque asegura una necesaria cultura general para los ciudadanos de una democracia, o porque sirve como parámetro para evaluar teorías académicas sobre el derecho. Dado que los materiales legales tienen múltiples audiencias y funciones, no hay razón para pensar que el derecho, o cualquier campo del derecho, tenga un único canon. En contraste, diferentes formas de *canonicidad* tienen una vinculación más cercana con alguna otra en las humanidades que con el derecho, y esta vinculación les otorga la apariencia de un canon unificado sobre el cual los participantes luchan. Finalmente, sostenemos que algunas de las más importantes formas de *canonicidad* tienen menos que ver con la elección de los materiales que con las herramientas para el entendimiento que las personas usan, a fin de pensar sobre el derecho —el trasfondo estructural del "habla jurí-

dica" que conforma las conversaciones dentro del derecho y que conciernen a éste—. ²⁷ Estos elementos de "profunda canonicidad" incluyen formas características de discusión jurídica, aproximaciones características a los problemas, estructuras narrativas subyacentes, formas inconscientes de categorización y el empleo de ejemplos canónicos.

En la tercera parte, explicamos cómo los rasgos canónicos de la pedagogía y de la teoría académica determinan, para bien o mal, cómo los estudiantes aprenden el derecho y cómo los académicos lo estudian y teorizan sobre él. En particular, aseveramos que el canon pedagógico en derecho constitucional está demasiado centrado en las opiniones de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Este foco en las opiniones de la Corte Suprema y la creciente subdivisión del plan de estudios del derecho constitucional han afectado sutilmente el contenido de la teoría constitucional. También pensamos que, como en las humanidades, pueden existir algunas ventajas en la expansión del rango de materiales incluidos para el estudio del derecho, pero nuevamente pensamos que las razones para expandir o cambiar el canon pueden ser diferentes en el derecho respecto de las humanidades. La cuarta parte es una breve conclusión.

II. Los diferentes significados de la *canonicidad*

A. *Pedagogía, cultura general y teoría académica*

Cuando pensamos en los debates sobre el canon en las humanidades, normalmente enfocamos en la cuestión de qué libros o autores deberían ser asignados y leídos en los cursos universitarios. Pero de hecho, muchos de los libros que son asignados en los cursos de humanidades son colecciones de materiales preseleccionados en la forma de antología. Considérese una muestra de los libros ofrecidos por la Compañía Editora Norton: *The Norton Anthology of American Literature*,²⁸ *The Norton Anthology of Short Fiction*,²⁹ *The Norton Anthology of English Literature*,³⁰ *The Norton Anthology of World Masterpieces*,³¹

²⁷ Para una discusión del concepto "law-talk", ver J. M. BALKIN & Sanford LEVINSON, *Constitutional Grammar*, 72 Tex. L. Rev. 1771, 1774-78 (1994).

²⁸ *The Norton Anthology of American Literature* (Nina BAYM, Wayne FRANKLIN, Ronald GOTTESMAN, Laurence B. HOLLAND, David KALSTONE, Arnold KRUPAT, Francis MURPHY, Hershel PARKER, William H. PRITCHARD & Patricia B. WALLACE eds., 4^a ed. 1994).

²⁹ *The Norton Anthology of Short Fiction* (R. V. CASSILL ed., 3a. ed. 1986).

³⁰ *The Norton Anthology of English Literature* (M. H. ABRAMS ed., 5^a ed. 1986).

³¹ *The Norton Anthology of World Masterpieces* (Maynard MACK ed., 5^a ed. 1985) (en adelante *World Masterpieces*, Quinta Edición).

The Norton Anthology of Modern Poetry,³² *The Norton Anthology of Literature by Women: The Tradition in English*,³³ and *The Norton Anthology of African American Literature*,³⁴ Estas antologías evitan el acoso a la energía y al tiempo de los profesores de humanidades, en elegir qué libros y poemas asignar y en editar los trabajos elegidos, y esa es la razón por la cual son tan utilizados. Ni esta economía es accidental. Ofrecer a la gente categorías prefabricadas con las cuales reflexionar y textos con los cuales pensar, son algunas de las más importantes funciones cumplidas por la construcción del canon.

Este ahorro de esfuerzo se debe al trabajo de los editores de antologías, quienes cuidadosamente filtran y seleccionan los materiales relevantes proveyendo actualizaciones a medida que son requeridas. De hecho, ha habido múltiples ediciones de varias de estas antologías sugiriendo tanto que esta categoría de "obras maestras del mundo" no es estable en su conjunto³⁵ o, más felizmente, que las nuevas "obras maestras del mundo" son publicadas cada año.³⁶

³² *The Norton Anthology of Modern Poetry* (Richard ELLMANN & Robert O'CLAIR eds., 1973).

³³ *The Norton Anthology of Literature By Women: The Tradition In English* (Sandra M. GILBERT & Susan GUBAR eds., 1^a ed. 1985).

³⁴ *The Norton Anthology of African American Literature* (Henry Louis GATES, Jr. & Nellie Y. McKay eds., 1997).

³⁵ Es interesante comparar las tablas de contenidos de la cuarta y quinta ediciones del Volumen II de la *Norton Anthology of World Masterpieces*, la que incluye literatura del siglo diecisiete hasta el presente. Entre los autores de la cuarta edición que son omitidos en la quinta, se encuentran François, Duc de la ROCHEFOUCAULD, cuyas máximas son incluidas, ver 2 *The Norton Anthology of World Masterpieces* 128-31 (Maynard MACK ed., 4th ed. 1979) [en adelante *World Masterpieces, Fourth Edition*], Jean de la FONTAINE, ver id. at 132-36, Lord BYRON, cuyo *Don Juan-Canto II* está incluido, ver id. at 504-52, François René de CHATEAUBRIAND, ver id. pág. 567-88, André GIDE, cuyo *The Return of the Prodigal Son* está incluido, ver id. en págs. 1371-84, Anna AKHMATOVA, cuyo *Requiem* está incluido, ver id. en págs. 1599-1605, Vladimir NABOKOV, cuyo *Cloud, Castle, Lake* está incluido, ver id. en ps. 1785-92, Jean-Paul SARTRE, cuyo *No Exit* está incluido, ver id. en ps. 1793-1825, y Richard WRIGHT, cuyo *Big Boy Leaves Home* está incluido, ver id. en págs. 1826-56. Aún más, algunos de los autores quienes están incluidos en ambas ediciones ahora son sojuzgados habiendo escrito diferentes "obras maestras". De allí, William FAULKNER está representado en la cuarta edición por *Old Man*, ver id. en págs. 1648-1720, cuando la quinta edición ofrece *Barn Burning*, ver 2 *World Masterpieces, Fifth Edition*, *supra* note 31, en p. 1781-95, y *Spotted Horses*, ver id. en págs. 1796-1815. Camus *The Renegade* de Camus, ver *World Masterpieces, Fourth Edition*, *supra*, en págs. 1857-70, es ahora aparentemente inferior a *The Guest*, ver 2 *World Masterpieces*, quinta edición, *supra* nota 31, en págs. 1895-1906. La quinta edición, aún más, recibe a un contingente de nuevos autores dentro del canon, incluyendo a Jorge Luis BORGES, Samuel BECKETT, R. K. NARAYAN, Ralph ELLISON, Alexander SOLZHENITSYN, Doris LESSING, Alain ROBBE-GRILLET, Yukio MISHIMA, Gabriel GARCÍA MÁRQUEZ, y Wole SOYINKA. Ver id. págs. xvi-xvii. Todos estos autores habían publicado significantes trabajos con anterioridad a la cuarta edición, la cual fue publicada en 1979, entonces lo que sea que explique su inclusión, no puede ser la existencia de flamantes nuevas obras disponibles para los editores de la edición de 1985.

³⁶ También está la posibilidad de que los editores de los libros de textos, como NORTON, esperasen de sus editores que produzcan nuevas ediciones cada tantos años o entonces cerrar el mercado para las copias usadas de las ediciones previas. Esta posibilidad le asigna un nuevo significado a la expresión "mercado de ideas".

En todo caso, las decisiones de los editores, acerca de cuál entre muchos potenciales candidatos deben ser considerados canónicos en estas antologías, pueden hacer necesario un juzgamiento estricto.³⁷ Como Sandra Gilbert y Susan Gubar descubrieron cuando publicaron la Antología Norton de literatura escrita por mujeres pretendiendo ofrecer "la tradición en la lengua inglesa",³⁸ los editores de antologías a menudo están sujetos a una severa crítica, tanto por sus elecciones y por aquellas elecciones que pretenden un *status* hegemónico.³⁹

Los profesores de derecho también confían en las antologías, aunque las llamamos "libros de casos". En efecto, seguramente no hay parte del ambiente académico que confíe más en las antologías que las escuelas de derecho norteamericanas. Enérgicos profesores algunas veces agregan materiales suplementarios de su propia invención y pueden hasta recomendar una recopilación o dos, pero la mayor parte de los estudiantes de derecho norteamericanos son alimentados con una dieta crecientemente gruesa (y crecientemente cara) de libros de casos.⁴⁰

Tal como los profesores de literatura deciden qué poemas y novelas enseñar, los editores de los libros de casos deciden a qué "casos y materiales" los estudiantes deberían ser expuestos en su trayecto intelectual, desde que son simples no iniciados hasta que llegan a ser abogados bien educados y "disciplinados". No tenemos dudas de que los propósitos y la agenda de las personas que crean estas colecciones usualmente difieren; estamos igual-

³⁷ Ver, p ej. Henry Louis GATES, Jr., "The Master's Pieces: On Canon Formation and the African-American Tradition", en *The Politics of Liberal Education*, *supra* nota 25, en págs. 95, 107-08.

³⁸ The Norton Anthology of Literature By Women: The Tradition in English, *supra* nota 33 (énfasis agregado). Quizá en respuesta a la crítica, el título de la segunda edición ha sido ligeramente alterado. Ver The Norton Anthology of Literature by Women: The Traditions In English (Sandra M. GILBERT & Susan GUBAR eds., 2ª ed. 1996).

³⁹ Por ejemplo, Gail Godwin se quejó de que GILBERT and GUBAR le dieron demasiado espacio a "trabajos poco conocidos de significativo contenido feminista" mientras ignoraron escritoras "cuya prosa o poemas no siempre concuerdan con la experiencia femenina o bien no son aptas para una explicación feminista" Gail Godwin, *One Woman Leads to Another*, N.Y. Times, 28 de abril, 1985, 67, en p. 13. De allí, de acuerdo con Godwin, la antología debería haber sido titulada "La tradición feminista" antes que "La tradición" de escritoras en inglés. Íd. Joyce Carol OATES notó que la antología "tuvo quizá el efecto imprevisto de polarizar las escritoras en dos campos rivales: aquellas que negaron los reclamos del género y aquellas que los reconocieron". Joyce Carol OATES, (*Woman*) *Writer: Occasions And Opportunities* 30 (1988). Las críticas a la antología, Oates sugirió, a veces vinieron desde "escritores cuyo sentido de sí mismas "no tiene la perspectiva del género" a pesar de que sus escritos apuntaron hacia una específica audiencia femenina y sus reputaciones literarias, se desarrollaron, en gran parte, por el apoyo feminista. Íd.

⁴⁰ Enfatizamos aquí en la práctica americana, a diferencia de Gran Bretaña y la Europa continental (como en cualquier otro lado) donde los libros de casos al estilo americano no han sido fácilmente popularizados. A veces, los profesores en estos países asignan a sus estudiantes tratados o simplemente les dan listas de casos y leyes para buscar en la biblioteca y ponerlos en su feliz camino.

mente seguros de que la academia se beneficiaría con un debate por lejos más explícito (y más controvertidos) que la apagada discusión actual sobre qué visión del derecho subyace en cada libro de casos dado. De esta manera, uno de los propósitos de este comentario es provocar una larga y postergada discusión entre quienes serían los constructores del canon jurídico, acerca de las razones para sus peculiares decisiones —una discusión que no abarque simplemente qué textos ellos incluyen y excluyen— sino también *por qué* estos textos son incluidos o excluidos.⁴¹

Comenzamos, no obstante, con un documento jurídico que no genera oposición alguna: la opinión de John Marshall en *McCulloch v. Maryland*,⁴² que estableció una visión expansiva del poder federal bajo la Constitución de los Estados Unidos. Al menos dentro del campo del derecho constitucional, casi todos parecen acordar que *McCulloch* es canónico. En realidad, en un estudio reciente de los once mayores libros de casos de derecho constitucional titulado "¿Existe un canon en derecho constitucional?", *McCulloch* fue uno de los diez casos incluidos en todos los libros de casos.⁴³ Esta unanimidad sólo confirma la intuición de que cada estudiante de derecho debería conocer a *McCulloch*, y

⁴¹ A pesar de que este debate está largamente pospuesto, existen precedentes. Ver STONE, Christopher D., *Towards a Theory of Constitutional Law Casebooks*, 41 S. Cal. L. Rev. 1 (1968). Más recientemente, han habido ocasionales discusiones acerca del rol de la raza en la currícula legal, ver, por ej. ANSLEY, *supra* nota 26, en págs. 1515 & n.8, acerca de la selección sobre la base del género de materiales en libros de casos de contratos, ver, por. ej., FRUG, Mary Joe, *Re-reading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook*, 34 AM. U. L. Rev. 1065, 1076-1113 (1985), y acerca de los presupuestos subyacentes en la estructura de los libros de casos de procedimientos civiles ver, por ej., MULLENIX, Linda S., *God, Metaprocedure, and Metarealism at Yale*, 87 Mich. L. Rev. 1139, 1556-65 (1989). Incluso existe literatura la famosa aproximación Hart and Wechsler a la jurisdicción federal. Ver AMAR, Akhil Reed, *Law Story*, 102 Harv. L. Rev. 688 (1989) (revisando Paul BATOR, Daniel J. MELTZER, Paul J. MISHKIN & David L. SHAPIRO, *Hart and Wechsler's the Federal Courts and the Federal System* (1998)); FALLON, Richard H., Jr., *Comparing Federal Courts "Paradigms"*, 12 *Const. Commentary* 3 (1995); WELLS, Michael, *Who's Afraid of Henry Hart?*, 14 *Const. Commentary* 175 (1997).

⁴² 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

⁴³ Ver GOLDMAN, Jerry, *Is There a Canon of Constitutional Law?*, *Am. Pol. Sci. Ass'n Newsl.* (Law and Courts Section of the Am. Political Science Ass'n), Spring 1993, at 2-4. La lista de GOLDMAN de casos verdaderamente canónicos, ver id. en pág. 3, es la siguiente (en orden alfabético):

- (1) *BROWN v. BOARD OF EDUC.*, 347 U.S. 483, 495 (1954) (juzgando inconstitucional la segregación de las escuelas públicas).
- (2) *GARCIA v. SAN ANTONIO METRO. Transit Auth.*, 469 U.S. 528, 555-57 (1985) (confirmando la regulación federal de los empleados estatales bajo la cláusula de comercio).
- (3) *GIBBONS v. OGDEN*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 221-22 (1824) (interpretando la cláusula de comercio y definiendo el concepto de comercio interestatal).
- (4) *GRISWOLD v. CONNECTICUT*, 381 U.S. 479, 485-86 (1965) (reconociendo el derecho constitucional a la intimidad e invalidando ley que prohibía la venta de anticonceptivos a personas casadas).
- (5) *LOCHNER v. NEW YORK*, 198 U.S. 45, 64-65 (1905) (invalidando una ley de jornada máxima para los empleados de panadería).

debería ser capaz de ofrecer algún comentario sustancial sobre su *holding* y sus argumentos.⁴⁴ Sin embargo raramente aparecen artículos sobre *McCulloch* en las revistas de derecho norteamericanas.⁴⁵ Si uno intentase determinar qué es

(6) *MARBURY V. MADISON*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177-80 (1803) (invocando el poder de controlar judicialmente a la legislación del congreso).

(7) *McCULLOCH V. MARYLAND*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 425 (1819) (ratificando la constitucionalidad del Segundo Banco de los Estados Unidos).

(8) *NEW YORK TIMES CO. V. UNITED STATES* (El caso de los papeles del Pentágono), 403 U.S. 713, 714 (1971) (per curiam) (rechazando un pedido de que se dicte una orden judicial que impida la publicación de materiales que alegadamente comprometerían intereses de seguridad nacional).

(9) *ROE V. WADE*, 410 U.S. 113, 164-67 (1973) (extendiendo el derecho a la intimidad de una mujer al derecho de ésta de abortar).

(10) *YOUNGSTOWN SHEET & TUBE CO. V. SAWYER*, 343 U.S. 579, 582, 588-89 (1952) (Invalidando la revisión de las revisiones del Presidente Truman a las acerías por violentar la separación de poderes).

Goldman nota, incidentalmente, que si él hubiese omitido el libro de casos con la menor cantidad (BREST & LEVINSON), la cual por el momento no abarca una total cobertura de la Primera Enmienda, al menos cinco casos adicionales hubiesen sido agregados a la lista de los diez casos comunes de todos los once libros estudiados, ver *id.* pág. 4.

(11) *DENNIS V. UNITED STATES*, 341 U.S. 494, 516-17 (1951) (confirmando la condena de los líderes del Partido Comunista por conspiración al intentar enseñar la necesidad del derrocamiento violento del gobierno estadounidense).

(12) *HEART OF ATLANTA MOTEL, INC. V. UNITED STATES*, 379 U.S. 241, 261-62 (1964) (confirmando la validez de la Ley de Derechos Civiles de 1964 en virtud del poder del Congreso de regular el comercio interestatal)

(13) *MILLER V. CALIFORNIA*, 413 U.S. 15, 24 (1973) (ofreciendo una prueba en tres fases para la definición de lo que es obsceno).

(14) *NEW YORK TIMES CO. V. SULLIVAN*, 376 U.S. 254, 288-92 (1964) (estableciendo un estándar constitucional para la Ley de difamación al Estado).

(15) *NLRB V. JONES & LAUGHLIN STEEL CORP.*, 301 U.S. 1, 30-32, 49 (1937) (confirmando la validez de la Ley Nacional de Relaciones Laborales como un adecuado ejercicio de poder del congreso de regular el comercio interestatal).

Finalmente, como Goldman nota, hay otros tres posibles candidatos incluidos en BREST & LEVINSON aunque omitidos por uno de los otros libros estudiados, ver *id.* págs. 3-4.

(16) *PLESSY V. FERGUSON*, 163 U.S. 537, 551-52 (1896) (confirmando la doctrina de "separados pero iguales" cuando fue aplicada a la segregación de los vagones de ferrocarril que hacen viajes interestatales).

(17) *HOME BLDG. & LOAN ASS'N V. BLAISDELL*, 290 U.S. 398, 447-48 (1934) (confirmando la validez de una ley moratoria de las hipotecas en Minnesota por ser compatible con la Cláusula sobre Contratación).

(18) El caso de los Mataderos, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 74 (1873) (interpretando restrictivamente la cláusula de los privilegios o inmunidades de la enmienda decimocuarta *construing the Privileges* para ser sólo aplicada los derechos de los ciudadanos nacionales).

⁴⁴ Vale la pena destacar que Daniel A. FARBER, William N. ESKRIDGE, Jr., y Philip P. FRICKEY, en su autoconscientemente actualizado *Cases and Materials on Constitutional Law: Themes for the Constitution's Third Century* (que no fué incluido en el estudio de Goldman), le dedica una docena de páginas a *McCulloch*, aún dado su victorioso intento de crear un libro de casos que es por lejos más corto que el de sus competidores Ver FARBER, Daniel A., ESKRIDGE, William N., Jr. & FRICKEY, Philip P., *Cases And Materials On Constitutional Law: Themes For The Constitution's Third Century* 774-86 (1993). El libro cuenta con 1.206 páginas, incluyendo el prefacio, las tablas de contenidos, y los casos, materiales anexos, e índice. Más típica es la más reciente edición del que se ha dicho que es el libro de casos más extensamente adoptado en el campo, STONE, Geoffrey R., SEIDMAN, Louis M., SUNSTEIN, Cass R. & TUSHNET, Mark V., *Constitutional Law* (3^a ed. 1996), que totaliza 1.917 páginas y le dedica sólo dos páginas más a *McCulloch* que el libro de casos de Farber, ver *id.* págs. 57-71. Tanto el libro de casos de Farber como el de Stone editan *McCulloch*. Paul Brest y Sanford Levinson son los únicos en reimprimir una versión no editada del caso. Ver BREST & LEVINSON, *supra* nota 23, págs. 19-31, 42-47.

⁴⁵ Más aún, los expertos legales contemporáneos, raramente encuentran necesario explicar o justificar *McCulloch*. Sin embargo, las poderosas oleadas de política conservadora de la cual estamos siendo testigos en Norteamérica pueden rápidamente cambiar todo eso. Las cambiantes corrientes políticas de nuestro tiempo han abierto un

canónico mediante el examen de la producción académica que se manifiesta en las revistas de derecho norteamericanas, *McCulloch* no dejaría casi huellas.

En suma, podemos encontrar una amplia divergencia entre aquello que los profesores de derecho enseñan y aquello sobre lo que escriben. Los profesores de humanidades están en alguna medida en una posición distinta. Contrátese el tratamiento del profesor de derecho a *McCulloch* con el tratamiento de un profesor de literatura hacia una obra de Shakespeare. Estas obras no son sólo enseñadas a los jóvenes, sino que también continúan siendo comentadas con gran entusiasmo por miembros muy importantes de la academia literaria, hasta —y quizá especialmente— cuando estos expertos aplican los en boga contemporáneos métodos de interpretación como deconstructivismo, el nuevo historicismo, y la teoría psicoanalítica lacaniana.⁴⁶ Las metodologías van y vienen, pero cada una es aplicada a Shakespeare a su turno.

Lo que es "canónico" en derecho varía de acuerdo con cómo el canon es definido, y el modo en que éste es definido depende del propósito del canon. Por ejemplo, considérense tres formas diferentes en que la pregunta relativa al canon puede ser articulada en el campo del derecho constitucional. Primero, podríamos preguntar qué casos y materiales deberían ser enseñados en los cursos de derecho constitucional y reimpresos en los libros de casos de derecho constitucional. Llamamos a éste el "canon pedagógico". Segundo, podríamos preguntar sobre qué casos claves y materiales debería estar advertida una persona educada en un debate serio sobre el desarrollo constitucional americano. Llamamos a este el "canon de cultura general". Tercero, podríamos preguntar qué casos claves y materiales, cualquier académico serio —a diferencia del abogado ordinario o la persona bien educada— debería saber y cualquier teoría seria del derecho constitucional debería tomar en cuenta. Llamamos a este al "canon teórico académico".

El ejemplo de *McCulloch* sugiere que estos cánones pueden divergir, y de hecho lo hacen. En el diseño de un libro de casos, un editor preocupado por preparar

espacio para posiciones crecientemente radicales sobre los derechos y los poderes de los estados, y han animado tanto a jueces como académicos a hacer argumentos federalistas que hubiesen sido por completo desechados sólo algunas décadas atrás, aún por muchos conservadores. Véase *PRINTZ v. UNITED STATES*, 117 S. Ct. 2365, 2383-84 (1997); *U.S. TERM LIMITS, INC. v. THORNTON*, 514 U.S. 779, 845-926 (1995) (Thomas, J., dissenting); *UNITED STATES v. LOPEZ*, 514 U.S. 549, 584-602 (1995) (Thomas, J., concurring); Randy E. BARNETT, *Necessary and Proper*, 44 *UCLA L. REV.* 745, 758-59, 788-93 (1997); Gary LAWSON & Patricia B. GRANGER, *The "Proper" Scope of Federal Power: A Jurisdictional Interpretation of the Sweeping Clause*, 43 *DUKE L.J.* 267, 271-74 (1993).

⁴⁶ Ver, e.g., GREENBLATT, Stephen J., *Learning To Curse: Essays In Early Modern Culture 80-98* (1990); Stephen Greenblatt, *Shakespearean Negotiations: The Circulation Of Social Energy In Renaissance England passim* (1988).

abogados para litigar en temas contemporáneos puede elegir enfocar en temas corrientes del derecho constitucional a expensas de los que contribuyen a la cultura general. Por ejemplo, asumimos que, como un asunto de cultura general, los estudiantes de la Constitución (y de la Corte Suprema) deberían saber algo sobre *Dred Scott v. Stanford*—un caso que ayudó a precipitar una guerra civil—. Esto es así a pesar de que *Dred Scott* es casi completamente irrelevante para el litigio contemporáneo en asuntos constitucionales. De modo similar, muchos casos y materiales que son valiosos para los propósitos de cultura general no son necesariamente cruciales para explicar cualquier teoría académica seria. Pocos académicos creen que los principios o el *holding* de *Dred Scott* sean importantes para la moderna teoría constitucional (excepto quizás como un símbolo para ser vilipendiado continuamente).⁴⁷

B. Audiencia y función

Cada una de nuestras formulaciones de un canon de derecho constitucional implícitamente asume una "audiencia" para el canon. La audiencia es el grupo de personas que se supone serán formadas o instruidas por el canon o (en el caso del canon académico teórico) quienes se supone utilizarán el canon como un conjunto de problemas estándares o materiales que necesitan ser explicados y justificados. Nuestra primera descripción del canon pedagógico, por ejemplo, presumió que la audiencia apropiada eran los estudiantes de derecho; nuestra definición del canon teórico asumió que la audiencia relevante eran los juristas académicos. Pero éstas no son las únicas posibilidades, y en la medida en que variamos la audiencia proyectada para un canon determinado, los contenidos del canon pueden también variar. Los casos claves y los materiales de derecho constitucional que cada politólogo debería saber, por ejemplo, no son necesariamente los mismos de aquellos con los cuales deberíamos esperar que los ciudadanos ordinarios estén familiarizados.

Además, los contenidos del canon pueden variar dependiendo de la función específica del canon para una audiencia particular. Considérese el canon pedagógico, por ejemplo. ¿A qué precisamente—nosotros, profesores de derecho constitucional— estamos preparando para hacer a nuestros estudiantes? Si estamos interesados solamente en la preparación de estudiantes para la práctica

⁴⁷ Este ataque proviene especialmente de "originalistas contemporáneos" quienes son naturalmente interesados en separarse de la metodología originalista auto-consciente adoptada por Taney. Ver, e.g., BORK, Robert H., *The Tempting Of America: The Political Seduction of The Law 28-34* (1990) (encontrando en *Dred Scott* los orígenes de un ilegítimo e indeseado debido proceso sustantivo).

jurídica diaria, ¿debería importarnos si los estudiantes conocen acerca de *Prigg v. Pennsylvania*⁴⁸, en el cual Pennsylvania intentó crear la protección del debido proceso para los negros acusados por los cazadores de esclavos de ser esclavos fugitivos?⁴⁹ Después de todo, como rápidamente muchos estudiantes señalan a quienes se les asigna *Prigg*, la esclavitud desde hace largo tiempo está prohibida en este país. Dedicar tiempo a un caso de 1842, obviamente significa menos tiempo para dedicar a los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema, los cuales por lejos probablemente interesen más a los jueces ante los cuales nuestros estudiantes pueden algún día ejercer la profesión. En efecto, si la preparación para las cosas prácticas es el objetivo central de la pedagogía, ¿por qué los estudiantes de derecho deberían dedicar tanto tiempo a asunto constitucional alguno, siendo que la mayoría raramente se enfrentará con esos asuntos?

Si los profesores de derecho piensan que es importante introducir a sus estudiantes en temas no económicos de derecho constitucional —o, expresándolo de otra forma, si estos temas forman parte del canon pedagógico para los estudiantes de derecho— entonces, debe ser al menos en parte porque los educadores jurídicos creen que los abogados deben desempeñar (o deberían desempeñar) una especial función de "ciudadanía" en una democracia. Presumiblemente, esta función de ciudadanía requiere que los abogados sepan algo sobre el sistema legal americano, incluyendo la constitución de los Estados Unidos. En consecuencia, los educadores jurídicos, como profesores de abogados, deberían estructurar sus cursos con este rol en mente. Por supuesto, cuando las funciones del canon pedagógico son fijadas de esta forma, predeciblemente se superpone con el canon de cultura general.

Luego, considérense las funciones posibles a las que sirve el canon de cultura general —los materiales que cualquier persona educada debería conocer a fin de participar y contribuir a discusiones serias y generales sobre el derecho norteamericano—. Es importante reconocer que estas discusiones son usualmente normativas antes que meramente descriptivas, especialmente cuando son llevadas a cabo entre los propios norteamericanos; éstas discusiones generalmente tratan lo concerniente a si ciertos aspectos particulares de su derecho son de hecho provechosos para EE. UU. y si ciertos cambios radicales podrían no ser deseables.

⁴⁸ 41 U.S. (16 Pet.) 536 (1842).

⁴⁹ Ver id. en págs. 550-55; (discutiendo el texto del texto de Pennsylvania de 1826 "Ley para efectivizar las disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos relativas a los trabajos forzados, a la protección de las personas libres de color, y para prevenir los secuestros").

Además, la gente podría pensar que la cultura general en asuntos constitucionales es importante porque ella fomenta orgullo y adhesión a la comunidad política norteamericana. Al menos algunos casos pueden formar parte del canon porque parecen promover un atractivo retrato de la "Buena América". Incluso más, el deseo de engendrar orgullo puede llevar a la omisión del canon de cultura general de ciertos casos y eventos jurídicos porque ellos presentan una imagen menos atractiva del debido proceso en los Estados Unidos.

Por el contrario, si la función del canon de cultura general es ayudarnos a aprender sobre las transgresiones y errores del pasado americano y a aprender cómo estos han conformado irrevocablemente el mundo en el que hoy vivimos, podríamos incluir una selección diferente de casos y materiales: por ejemplo, casos y materiales sobre esclavitud, discriminación racial, controles sobre la inmigración y libertades de los trabajadores obreros chinos, y el maltrato a los Nativos americanos. Ese canon de cultura general podría ser el suplemento de iconos supuestamente positivos como *Brown v. Board of Education*⁵⁰, y *New York Times Co. v. Sullivan*⁵¹ con casos menos inspiradores como *Dred Scott*⁵²,

⁵⁰ 347 U.S. 483 (1954).

⁵¹ 376 U.S. 254 (1964).

⁵² 249 U.S. 211 (1919). *Debs* confirmó una condena sobre la base de que sus afirmaciones implicaron que *Debs* aprobaba la objeción de conciencia al servicio militar en violación a la Ley de Espionaje de 1917. Ver *id.* at 216-17. Debido a que Oliver Wendell Holmes acuñó el test del peligro claro y presente en el caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919). *Schenck* casi siempre ha tenido un lugar de privilegio en los libros de casos, al tiempo que a veces se relega a *Debs* a una nota al pié de página. Ver, e.g., William COHEN & Jonathan D. VARAT, *Cases And Materials On Constitutional Law* 1200-01 & n.2 (10th ed. 1997) (describiendo a *Debs* simplemente como "un socialista prominente"). De allí, que nos preguntemos cuántos estudiantes nunca aprenden que los Estados Unidos encarcelaron a Eugene V. Debs, indudablemente el socialista más importante de su época, quien recolectó casi el seis por ciento de los votos (sobre 900.000 votos) para la presidencia en la elección de 1912 (y quien recibió el mismo número aproximado de votos en 1920 cuando estaba cumpliendo una condena de diez años que había sido confirmada en forma unánime por la Corte Suprema). Ver *Brest & Levinson*, *supra* nota 23, ps. 330-32; *The Reader's Companion To American History* 270 (Eric FONER & John A. GARRITY eds., 1991); *Stone, Seidman, Sunstein & Tushnet*, *supra* nota 44, ps. 1096-97. En su lugar, el énfasis sobre *Schenck* y sobre *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), conduce a muchos estudiantes a asumir que la opresión gubernamental a los disidentes fue en efecto restringida a lo que Holmes memorablemente llamó "pequeños anonimatos" *id.* p. 629 (Holmes, J., en disidencia). Entonces, nosotros pensamos que hay buenas razones para revertir el tratamiento que se le otorga a *Schenck* y *Debs*, aún en aquellos libros de casos que actualmente le reconocen lo significativo de *Debs*. Véase Gerald GUNTHER & Kathleen M. SULLIVAN, *Constitutional Law* 1038-40 (13^a ed. 1997); William B. LOCKHART, Yale KAMISAR, Jesse H. CHOPER, Steven H. SHIFFRIN & Richard H. FALLON, Jr., *Constitutional Law* 617-18 (8th Ed. 1996); *Stone, Seidman, Sunstein & Tushnet*, *supra* nota 44, at 1096-97. El libro de casos de Lockhart apropiadamente cita la declaración de Harry Kalven: "Colocar el caso en el contexto moderno, es algo así como si George McGovern hubiese sido enviado a prisión por sus críticas a la Guerra [de Vietnam]" *Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin & Fallon*, *supra*, págs. 617 n.a (second alteration in original) (citando a Harry KALVEN, *Ernst Freund and the First Amendment Tradition*, 40 U. CHI. L. REV. 235, 237, 1973 (citas internas omitidas)). Por supuesto, su necesidad de identificar la guerra entre corchetes también sugiere, que pronto, la mayoría de nuestros estudiantes necesitará que les indiquen quién fue George McGovern.

*United States v. Debs*⁵³, *Korematsu v. United States*, y el *Caso Chinese Exclusion*⁵⁴.

El canon teórico puede todavía tener otras funciones. Éste dicta el material que constituye el foco central de los teóricos de profesión en el derecho constitucional. Esto es, lo concerniente a los materiales que un joven profesor asistente debe estudiar si aspira a ser reconocido como un participante activo del campo.⁵⁵ A causa de que esta función del canon teórico académico se encuentra tan cercanamente vinculada a la búsqueda de solidaridad disciplinaria, status, y respeto dentro de la profesión de la academia jurídica, no deberíamos sorprendernos de que dicho canon difiera en gran medida del canon pedagógico dirigido a abogados inexpertos. La academia jurídica se ha convertido cada vez más en interdisciplinaria, aún cuando las escuelas de derecho todavía desempeñan su profesional y tradicional función de entrenar futuros miembros del colegio de abogados. Como resultado, la audiencia experta en derecho se ha convertido en otra forma de academia jurídica, distinta a los estudiantes (la audiencia del canon pedagógico) o conciudadanos (la audiencia presumida para el canon de cultura general).

El canon académico teórico hoy ciertamente incluye "materiales" al igual que "casos"; de modo más importante, incluye en forma creciente el trabajo de académicos no juristas. Algunos familiares ejemplos incluyen los trabajos del filósofo John Rawls y del economista Ronald Coase⁵⁶. A pesar de que ninguno de estos académicos es abogado, el desconocimiento de su trabajo sería un signo de incompetencia en un profesor de derecho que enseñara en

⁵³ 323 U.S. 214 (1944). *Korematsu* ratificó la constitucionalidad del confinamiento en tiempos de guerra de los ciudadanos americano-japoneses. Ver id. págs. 223-24.

⁵⁴ *Chae Chan Ping v. United States* (El caso de la exclusión china), 130 U.S. 581 (1889). *El caso de la exclusión china* confirmó los plenos poderes del gobierno federal para expulsar extranjeros chinos que trabajaban como obreros en los Estados Unidos. Véase id. págs. 610-11.

⁵⁵ Previamente hemos considerado un aspecto de este tema en nuestro comentario sobre la lista de Fred Shapiro de los cien casos más citados de todos los tiempos en las revistas jurídicas. Véase J.M. BALKIN & Sanford LEVINSON, *How To Win Cites and Influence People*, 71 Chi.-Kent L. Rev. 843, 854-56, 860-66 (1996) (debatido el artículo de Fred R. SHAPIRO, *The Most Cited Articles Revisited*, 71 Chi.-Kent L. Rev. 751 (1996)). Hemos sugerido, por ejemplo, que alguien que desee convertirse en un "jugador" en la academia legal está bien aconsejado en convertirse en un adepto de la jurisprudencia sobre la Primera y la Decimocuarta Enmiendas, antes que estudiar y escribir sobre el poder del Presidente para incursionar en aventuras en el extranjero sin la previa aprobación del Congreso. Véase id. págs. 854-56. Si esta asignación de energías es socialmente útil es otra cuestión. Pero no hay razón para pensar que los cánones siempre son socialmente útiles, al menos fuera de los confines de sus respectivas disciplinas.

⁵⁶ Ver, e.g., RAWLS, John, *Political Liberalism* (1993); RAWLS, John, *A Theory of Justice* (1971); COASE, R. H., *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960).

ciertas áreas. En efecto, sospechamos que el trabajo de Rawls y Coase es más canónico —al menos dentro del mundo de la academia jurídica que se esfuerza por el éxito profesional— que otros materiales claramente legales, como la opinión de la Corte Suprema en *Prigg v. Pennsylvania*.

Este es, por supuesto, un postulado empírico, y uno podría intentar probarlo contando laboriosamente las citas en artículos publicados en revistas "líderes" de derecho (como la *Harvard Law Review*). En efecto, Fred Shapiro ha hecho precisamente esto, y determinó que el artículo más frecuentemente citado de todos los tiempos, en artículos publicados en revistas jurídicas, (y supuestamente dirigidos a académicos del derecho) es *El problema del costo social*⁵⁷ de Coase. A causa de que Shapiro no contó las citas en los libros, no sabemos la frecuencia real de las citas a la *Teoría de la Justicia* de Rawls, pero apostaríamos fuertemente a que de verdad aparecen muy a menudo.

Sin embargo, un simple experimento mental debería probarlo de un modo igualmente convincente. La canonicidad no es una simple cuestión de lo que uno piensa que es importante; es también una cuestión de lo que uno piensa que otros piensan que es importante. En su clásica novela académica *Changing Places*, David Lodge describe el juego académico de la "Humillación", en el cual un jugador nombra un trabajo que él o ella *no* ha leído y gana un punto por cada otra persona que *sí* lo ha hecho⁵⁸. El ganador del juego es la persona mejor capacitada para demostrar cuan ignorante es, sojuzgado por el hábito colectivo de lectura de sus colegas. Por tanto, ganar requiere un conocimiento tanto de lo que uno ha leído (y no leído) y de lo que es probable que otros consideren suficientemente importante leer. Lodge describe un joven especialmente competitivo, miembro del Departamento de Inglés de la Universidad del Estado Eufórico quien no pudo resistir ponerse por encima de cada uno al admitir que el nunca había leído *Hamlet*.⁵⁹ Él ganó el juego, a pesar de que luego le fue denegada la titularidad como consecuencia.⁶⁰

Una forma de construir un canon teórico para académicos, entonces, es jugando un juego imaginario de "Humillación". El ganador sería la persona que no ha leído trabajos del canon vigente. Así, para entender el corriente rol del

⁵⁷ Ver SHAPIRO, *supra* note 55, ps. 759, 767.

⁵⁸ Ver LODGE, David, *Changing Places: A Tale of Two Campuses* 135 (Penguin Books 1992) (1975).

⁵⁹ Ver *id.* pág. 136.

⁶⁰ Ver *id.*

saber interdisciplinario del canon teórico académico, pregúntese a sí mismo qué sería más embarazoso para un profesor de derecho: confesar en un encuentro profesional que no ha leído la *Teoría de la Justicia* o *El problema del costo social* por un lado, o *Prigg v. Pennsylvania*, por otro.⁶¹

Como este ejemplo sugiere, el canon de interés para los académicos puede ser bastante diferente del canon que es importante para el abogado practicante.⁶² Una razón para las significativas diferencias en la formación del canon entre varios grupos socio-legales es que cada grupo constituye una comunidad diferente con diferentes presupuestos interpretativos, propósitos y prácticas. De este modo, una creciente divergencia en la construcción del canon entre estos grupos puede ser un síntoma de una creciente división entre comunidades interpretativas y una creciente diferenciación en de propósitos entre los académicos, abogados y jueces (además de la diferenciación profesional que siempre ha existido entre abogados y ciudadanos). Cada comunidad interpretativa puede tener su propio canon (o conjunto de cánones), y si bien estos cánones seguramente se superponen, ellos pueden divergir en ciertos aspectos.

Esta divergencia sugiere un punto al cual volveremos más adelante en este comentario. Una razón para el renovado interés en los cánones y en cuestiones de canonicidad puede ser un deseo de restablecer un denominador común dentro de una imaginaria comunidad interpretativa de jueces, abogados y académicos que muchos temen se está separando.⁶³ La imposición de los cánones es invariablemente una suerte de acción de vigilancia, no importa cuán

⁶¹ Otros lectores podrían imaginar cuál confesión de ignorancia en los comités de selección de las facultades de derecho, o cuál sería menos gravosa si constase en el propio legajo. Con las adecuadas reformas, el juego puede ser empleado para discernir el canon de casos y materiales que cualquier abogado practicante debería saber. Por ejemplo, imagine el siguiente intercambio en una discusión oral: Juez Federal: Bueno, ese es un argumento muy interesante, doctor, pero ¿No entra en conflicto con *Marbury v. Madison*? Abogado: mmmm... [Nota de los traductores: interjección que puede indicar ignorancia, sorpresa, desconcierto].

⁶² El canon de interés para los académicos puede diferir también del canon que es importante para un juez que busque oficiales competentes. Véase Harry T. EDWARDS, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 91 *Mich. L. Rev.* 34, 34-42 (1992) (arguyendo que la brecha entre los académicos del derecho y los jueces debería ser completada por medios de enseñanza "práctica" que combine teoría con doctrina); Sanford LEVINSON, *Judge Edwards' Indictment of "Impractical" Scholars: The Need for a Bill of Particulars*, 91 *Mich. L. Rev.* 2010, 2012-18 (1993) (En coincidencia con el Juez Edwards en cuanto a que la brecha entre la academia y la profesión legal existe, pero disintiendo con sus conclusiones).

⁶³ Ésta parece ser ciertamente la base del sincero ataque del Juez Edwards contra la academia legal contemporánea. Véase GLENDON, Mary Ann, *A Nation Under Lawyers: How The Crisis In The Legal Profession Is Transforming American Society* 199-229, 288 (1994); EDWARDS, *supra* nota 62, at 61-63.

benignas sean sus motivaciones,⁶⁴ y la policía frecuentemente aumenta su control cuando teme que el orden social se está desmoronando.

C. Cánones jurídicos y literarios

Sostuvimos que hay múltiples cánones en derecho que varían según la audiencia y la función. Hay múltiples maneras de definir el canon y hay múltiples comunidades interpretativas que pueden, cada una, tener un canon, cada cual crecientemente separada de la otra. Reconocer estos rasgos de la cultura jurídica nos ayuda a entender por qué es especialmente probable que las comparaciones entre los debates acerca del canon en literatura inglesa y en las humanidades en general, estén mal encaminadas.

Primero, el canon pedagógico de las humanidades, muy a menudo *está* vinculado estrechamente al canon de cultura general y al canon académico teórico. La pregunta qué se debería enseñar en los departamentos de inglés está mucho más conectada con las cuestiones respecto de qué debería saber la gente culta-educada, cuál es la "mejor" literatura (incluyendo qué literatura produce mejores efectos en sus lectores), qué obras literarias debe tomar en cuenta cualquier teoría sobre la grandeza artística, y sobre qué clase de cosas (incluyendo obras de literatura) los críticos literarios deberían escribir. Muchos (pero ciertamente no todos) los educadores de humanidades ven a la función de cultura general —la noción de que cada persona educada debería saber algo sobre Dante o (desde otra perspectiva) debería tomar contacto con la literatura que describa la opresión racial— como directamente conectada al objetivo pedagógico de producir personas cultas, si no virtuosas. Así como William Bennet piensa que enseñar a los jóvenes literatura clásica producirá mejores ciudadanos⁶⁵, así también sus críticos de la izquierda buscan introducir novelas y poemas sobre la raza y el género para formar e iluminar sus cargas educativas.

En resumen, tenemos la fuerte sospecha de que los cánones pedagógicos, de cultura general, y académico teórico, están más estrechamente relacionados

⁶⁴ Hay después de todo, una razón, que uno refiere a la "disciplinas." Véase el debate en J.M. Balkin, *Interdisciplinarity as Colonization*, 53 *Wash. & Lee L. Rev.* 949, 952-57 (1996). Hemos hecho una observación similar al evaluar la pretensión de Philip Bobbitt que la abogacía constitucional está constituida por el uso de una gramática legal determinada. Véase BALKIN & LEVINSON, *supra* note 27, p. 1775 (postulando que Bobbitt es un "gramático de nuestra cultura constitucional, determinado a identificar, —y vigilar— los límites de lo que cuenta como el particular... lenguaje del 'habla jurídica' constitucional").

⁶⁵ Ver BENNETT, William J., *The Book of Virtues: A Treasury Of Great Moral Stories* 11 (1993). ("Este libro... es un 'how to' para la literatura sobre moral").

con los debates acerca del canon en la currícula de las humanidades de lo están en el derecho académico. Transferir por entero estos debates al ambiente jurídico probablemente confunda las cosas. Como estudiosos que hemos explorado las analogías entre los modos de pensamiento artístico y legal⁶⁶, juzgamos importante enfatizar que uno no puede explorar útilmente estas analogías sin notar diferencias significativas cuando aparecen. Las analogías con los debates acerca del canon literario pueden ser de ayuda sólo si desagregamos problemas que los debates literarios (por razones institucionales) pueden tender a plegar.

Una segunda diferencia deriva de la primera. Los profesores de inglés, a diferencia de los profesores de derecho, no suelen ofrecer en sus cursos literatura mal escrita o mal razonada a fin provocar el debate.⁶⁷ Los profesores de derecho, sin embargo, regularmente incluyen ese tipo de textos en su canon pedagógico. Los libros jurídicos de casos en los Estados Unidos a menudo contienen casos que los autores del libro consideran erróneamente decididos o, aun si presentan la solución correcta, muestran formas de razonamiento que los autores desearían cuestionar o criticar. Los libros de texto del primer año, especialmente en las asignaturas del *common law*, a menudo contienen conjuntos de casos aparentemente contradictorios y materiales seleccionados para introducir consideraciones de competencia política o, de otro modo, estimular la discusión y provocar el pensamiento. Por lo tanto, hay sólidas razones educativas por las cuales el canon pedagógico de casos que debería enseñarse a los estudiantes de derecho, puede contener algo más que los materiales del canon académico.⁶⁸

De hecho, los profesores de derecho habitualmente incluyen casos y materiales que no sólo están razonados erróneamente, sino también injustamente, porque son insensibles al pobre y al oprimido, porque justifican violaciones a las libertades civiles, o porque son racistas o sexistas. El caso *Plessy v. Ferguson*,⁶⁹ que dio la bendición constitucional a la discriminación racial,⁷⁰ es probablemente el ejemplo canónico de ese tipo de casos. Los profesores de

⁶⁶ Ver, e.g., Sanford LEVINSON & J.M. BALKIN, *Law, Music, and Other Performing Arts*, 139 U. Pa. L. Rev. 1597 (1991).

⁶⁷ Un curso avanzado podría ofrecer lo que nosotros hoy en día consideramos material mal escrito, pero el propósito sería revelar las vastas diferencias en gusto y sensibilidad entre nuestra época y las anteriores.

⁶⁸ Por el contrario, el canon pedagógico puede contener muchos menos materiales que los que los académicos del derecho debaten en su trabajo, porque las consideraciones pedagógicas (más la escasez de tiempo) a menudo impiden a un profesor de derecho enseñar por entero el canon teórico en uso.

⁶⁹ 163 U.S. 537 (1896).

⁷⁰ Ver id. págs. 550-51.

inglés a veces sí ofrecen textos que ellos consideran racistas o sexistas, pero usualmente no los consagran en el canon. El propósito es preferiblemente revelar el racismo y el sexismo en lo que actualmente es considerado canónico. En efecto, se percibe una urgencia en algunos grupos para expulsar del canon (o al menos restar importancia) a trabajos famosos que ahora son vistos como irremediabilmente racistas o misóginos.

Quizá la diferencia más impactante entre las academias jurídicas y literarias sea institucional. Una parte importante de los cánones del derecho está compuesta por los materiales producidos por los tribunales y las legislaturas. Estas instituciones influyen fuertemente en el contenido que los profesores de derecho enseñan y los estudiantes de derecho aprenden. Por ejemplo, sería en cierto grado extraordinario si un libro de casos de derechos sociales omitiese la Ley de Reforma Social de 1996 simplemente porque los autores lo encontrasen espantoso en términos normativos u objetable estilísticamente. En efecto, un profesor de derecho que ignorase completamente los pronunciamientos de las legislaturas y de los tribunales no sería simplemente excéntrico; estaría cometiendo *mala praxis* profesional.

En cambio, la academia literaria no tiene una única institución o conjunto de instituciones que exitosamente proclamen su derecho de producir nuevos textos que *deben* ser objeto de estudio cuidadoso por los académicos literarios o su derecho de ofrecer interpretaciones autorizadas de los textos "clásicos". Los integrantes de ciertos departamentos de literatura bien pueden considerarse a sí mismos "supremos" y a los miembros de otros departamentos como "inferiores".⁷¹ Pueden considerar su propio trabajo como válido e insistir en que sea aceptado por aquellos a los que consideran menos brillantes. Pero aun el más megalómano de estos profesores concederá que, para bien o para mal, no existe una designación oficial de una autoridad en materia de interpretación. Ningún experto o grupo de ellos pueden reclamar plausiblemente un poder de decisión "final" para interpretar si Hamlet estaba fingiendo locura o qué quiso realmente decir William Blake en su famoso poema sobre el tigre.⁷²

⁷¹ Cf. U.S. Const. art. III, 61 (distinguiendo a la Corte Suprema de "aquellos tribunales inferiores como aquellos que el Congreso puede regularmente ordenar y establecer").

⁷² Conforme *COOPER v. AARON*, 358 U.S. 1, 18 (1958) (afirmando la supremacía del poder judicial y de la Corte Suprema en materia de interpretación constitucional). Para una reciente defensa de tal superioridad jerárquica en el Derecho, véase Larry ALEXANDER & Frederick SCHAUER, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 Harv. L. Rev. 1359, 1372-86 (1997).

Tampoco podría alguna "legislatura literaria" publicar poemas o novelas que se conviertan automáticamente en el centro de interés de la academia

El derecho, por otro lado, tiene la suerte —o la desventaja, dependiendo del punto de vista de cada uno— de poseer instituciones que proclaman el *status* privilegiado de sus propios pronunciamientos. Esta es la razón más obvia de por qué las opiniones judiciales (y especialmente las opiniones de la Corte Suprema de los Estados Unidos) predominan en los libros de casos norteamericanos. Pocos académicos del derecho creen ahora que quienes conforman la Corte Suprema sean tan sabios que sus posiciones merezcan el privilegio de colocarse por encima de las opiniones de los académicos. (En todo caso, cada vez más las opiniones de los jueces están escritas por sus relatores, quienes apenas salieron hace un año de las facultades de derecho). Inclusive algunos profesores de derecho insisten en que los pronunciamientos de la Corte Suprema no son interpretaciones autorizadas del verdadero significado de la Constitución.⁷³ Pero todos estos expertos pasan valioso tiempo en sus clases y utilizan el valioso espacio de sus materiales de estudio para analizar los pronunciamientos de la Corte. Es casi imposible, por una cuestión práctica, superar la visión de que la Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es y que el derecho es lo que los tribunales, las legislaturas y los órganos administrativos dicen que es.

Sería fácil y erróneo, pensamos, explicar esta diferencia solamente sobre las bases de que el estudio del derecho es el estudio del poder y el estudio de la literatura no lo es.⁷⁴ Hay suficiente poder en juego en cualquier institución académica. Las carreras (profesionales) se crean y destruyen, las reputaciones se elogian y difaman, los fondos se colectan y distribuyen y las mentes de los estudiantes pueden devenir más refinadas pero también menos originales. El poder sustancial que puede ejercerse por medio de la aparentemente inofensiva "búsqueda de conocimiento" es la principal razón que explica por qué los críticos contemporáneos de la academia están tan alarmados por lo que ocurre dentro de sus torres de marfil. La cuestión no es la presencia o ausencia de

⁷³ Ver, e.g., LEVINSON, Sanford, *Constitutional Faith* 9-53 (1988); PAULSEN, Michael Stokes, *The Most Dangerous Branch: Executive Power To Say What the Law Is*, 83 *Geo. L.J.* 217, 220-22 (1994).

⁷⁴ Esta distinción es, por supuesto, un tropo familiar en el estudio del Derecho y literatura. Véase, e.g., WEST, Robin L., *Adjudication Is Not Interpretation: Some Reservations About the Law-as-Literature Movement*, 54 *Tenn. L. Rev.* 203, 205, 207 (1987); cf. COVER, Robert M., *Violence and the Word*, 95 *Yale L.J.* 1601, 1609-10 (1986) (afirmando que la adjudicación involucra una violencia que está "por completo fuera de lo real" como opuesta a aquella violencia que se encuentra en la literatura). Para una crítica a esta distinción en el contexto de la ejecución musical, véase *Levinson & Balkin, supra* nota 66, págs. 1612-14.

poder, sino la forma de ese poder y los modos por los cuales ese poder se organiza. El estudio del sistema legal en los Estados Unidos está organizado en derredor de instituciones que están separadas de la academia y pueden reclamar status canónico sin la ayuda de los profesores que los estudian. Dudamos que cualquier conjunto de instituciones políticas o culturales tenga la misma relación con el trabajo de los profesores de humanidades.

D. *Canonicidad profunda*

Podemos aproximarnos a la cuestión de la canonicidad de otra manera. Nuestros tres ejemplos de cánones en el derecho constitucional presuponen que lo que hace canónico a un canon jurídico son los "casos y materiales", del mismo modo que el canon occidental es una colección de libros, obras teatrales y poemas. Sin embargo, los educadores que defienden el canon occidental no están interesados en estas obras meramente en su propio beneficio; quieren que los estudiantes las lean a fin de que éstos accedan a las aproximaciones básicas y a las cuestiones que han sido centrales para la cultura occidental desde los griegos en adelante. Esto implica una noción muy diferente de canonicidad: la canonicidad de ciertos modos de pensar, hablar y argumentar que son características de una cultura. Nosotros llamamos a estos modos de pensar, hablar y argumentar "canonicidad profunda".⁷⁵ Configuran una parte importante de lo que hace a los cánones constitutivos de una cultura o disciplina en particular. Por razones de conveniencia, distinguimos cuatro diferentes formas de canonicidad profunda.

1. *Argumentos canónicos.* —La primera forma de canonicidad profunda está constituida por el tipo de argumentos que los miembros de una cultura o disciplina en particular emplean de forma característica. Phillip Bobbit, por ejemplo, sostiene que la cultura constitucional norteamericana se distingue y legitima por formas de argumentación características.⁷⁶ Bobbit plantea que existen seis modalidades —textual, estructural, histórica, prudencial, doctrinal y ética— que subyacen en toda interpretación constitucional; que cada estilo de argumento tiene igual *status* constitucional; y que seguir estas modalidades —y no otras— le otorga su legitimidad a la argumentación cons-

⁷⁵ Debemos esta expresión a Stanley Fish.

⁷⁶ Ver BOBBIT, Philip, *Constitutional Interpretation* 8-10 (1991).

titucional.⁷⁷ Nosotros somos de algún modo escépticos respecto de los planteos de Bobbit acerca de la exclusividad y la legitimidad; sin embargo pensamos que su aproximación general a la retórica jurídica es tan sólida como importante.⁷⁸ La "charla jurídica" que abogados, jueces, políticos y ciudadanos emplean al discutir la Constitución está estructurada en un conjunto de *topoi* (tópicos para argumentos) retóricos repetibles, como texto, estructura, intenciones, consecuencias, justicia natural, y así sucesivamente.⁷⁹ Estos *topoi* proveen la base común a partir de la cual los norteamericanos hablan y razonan sobre la Constitución. Una gran parte del aprendizaje del derecho es adquirir la habilidad de memorizar, reconocer y manejar estos *topoi* y hacer de su uso en la argumentación y discusión, una costumbre arraigada. El canon de los *topoi* constitucionales permitidos -un canon que cambia a través del tiempo- es uno de los determinantes centrales de nuestra cultura constitucional.

2. *Problemas y aproximaciones canónicos.* —Una segunda variedad de canonicidad profunda está constituida por las aproximaciones y preguntas que una cultura o una disciplina emplea o se formula a sí misma. Estas aproximaciones y preguntas incluyen las clases de asuntos que la cultura o disciplina encuentra interesantes, en oposición a aquéllos que vé como tediosos o irrelevantes. También incluyen aquellas ideas tan básicas que ni siquiera aparecen en la "pantalla de radar" de la imaginación. Este canon incluye tanto lo que es problematizado de forma manifiesta como aquello considerado tan importante que ni siquiera es necesaria su explicitación para los miembros de la cultura. Llamamos a esto el "canon de problemas y aproximaciones". Del mismo modo en que Thomas Kuhn lo señaló, al manifestar que ciertas generaciones de científicos comparten "paradigmas" comunes de investigación,⁸⁰ así también los miembros de una cultura o disciplina pueden tener su propias problemáticas distintivas y métodos de encuadramiento y resolución de problemas.

⁷⁷ Ver BOBBITT, Philip, *Constitutional Fate: Theory of The Constitution* 5-8 (1982); BOBBITT, *supra* nota 76, en p. 11-22.

⁷⁸ Ver BALKIN & LEVINSON, *supra* nota 27, en p. 1774-78.

⁷⁹ Sobre la aproximación "tópica" a la interpretación legal en general, ver VIEHWEG, Theodore, *Topics And Law: A Contribution To Basic Research In Law* (W. Cole DURHAM, Jr. trans., 1993) y BALKIN, J. M., *A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason*, en *Law's Stories: Narrative And Rhetoric In The Law* págs. 211-24 (Peter BROOKS & Paul GEWIRTZ eds., 1996).

⁸⁰ Ver KUHN, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions* 43 (2ª ed. 1970).

El canon de problemas y aproximaciones es tan característico de una disciplina como la cuestión relativa al asunto propuesto. Diferentes grupos de académicos —por ejemplo, politólogos de orientación racional y antropólogos culturales— suelen tener diferentes vías de aproximarse a una cuestión y encuentran a menudo cosas de importancia muy diferentes en una determinada situación. Por cierto, ellos pueden tender a caracterizar la situación en formas bastante disparatadas y aun contradictorias. Al ser el derecho una disciplina académica, ella también tiene sus modos característicos de formular y aproximarse a las distintas cuestiones. Pierre Schlag, por ejemplo, ha intentado demostrar que los académicos del derecho suelen enmarcar las cuestiones en términos de lo que Schlag llama "pensamiento jurídico normativo".⁸¹ En otras palabras, para los académicos del derecho, el punto en análisis es desarrollar normas que podrían ser seguidas por algunos tribunales o legislaturas, u ofrecer métodos para decidir casos correctamente. Aun cuando las académicos del derecho evadan reformas políticas específicas, Schlag insiste, ellos todavía hablan en términos de desarrollo de posiciones político normativas determinadas, un estilo retórico que es muy similar y en definitiva deriva de sus hábitos jurídicos de debatir reglas y políticas.⁸²

De este modo, señala Schlag, los académicos del derecho norteamericanos intentan habitualmente convertir la enseñanza de otras disciplinas en un conocimiento que pueda ser utilizado en un test doctrinal u ofrecido como autoridad en una argumentación jurídica ante un juez o legislatura.⁸³ Dado que las otras disciplinas no buscan preguntas ni producen información con estos objetivos en mente, el pensamiento jurídico normativo inevitablemente delinea y (en la visión de Schlag) domestica su trabajo.⁸⁴ Sin embargo, en la medida en que los académicos del derecho sean definidos por sus aproxi-

⁸¹ SCHLAG, Pierre, *Normativity and the Politics of Form*, 139 U. Pa. L. Rev. 801, 808 (1991).

⁸² Ver SCHLAG, Pierre, *Normative and Nowhere To Go*, 43 Stan. L. Rev. 167, 177-80, 184-85 (1990); SCHLAG, *supra* nota 81, en págs. 808-10. La aproximación canónica resulta evidente en la típicas "charlas/ debate de trabajo/ laborales" en las cuales los aspirantes que buscan un lugar en la academia jurídica suelen sentir la necesidad de la citada aproximación a los fines de ofrecer propuestas de reforma legal que puedan corregir algunas de las deficiencias identificadas en el cuerpo central de la charla/ del debate. Pocos son los candidatos que se atreven a eliminar tal prescripción normativa, y mucho menos sostener la irrelevancia de la normatividad respecto de la academia jurídica exitosa. (Tal vez por la misma razón son aún menos los que quieren reconocer la mas modesta posición que aún no tienen la suficiente formación o experiencia para atreverse a ofrecer soluciones a problemas de importancia del derecho o de la sociedad en general).

⁸³ Ver SCHLAG, Pierre, *Clerks in the Maze*, 91 Mich. L. Rev. 2053, 2059-60 (1993).

⁸⁴ Ver *id.* en p. 2060.

maciones canónicas —por cierto, siempre que la práctica académica del derecho esté constituida por estas aproximaciones— los académicos del derecho continúan imaginando, interrogando y respondiendo preguntas, precisamente de este modo. Las suposiciones del pensamiento jurídico normativo resultan de tal forma centrales para el trabajo de los académicos del derecho, que habitualmente ellas no son siquiera debatidas; tales suposiciones aparecen sin decirlo.

3. *Narraciones canónicas.* —Una parte igualmente importante y penetrante del canon retórico está constituida por las "narraciones canónicas". Cada sociedad tiene un conjunto de historias acerca de sí misma, las cuales son repetidas constantemente y eventualmente adquieren un *status* de mito.⁸⁵ Estas historias explican a los miembros de esa sociedad quiénes son y cuáles son los valores que más aprecia. Estas historias tradicionales son tanto descriptivas como prescriptivas: ellas no sólo enmarcan nuestro sentido de lo que ha pasado y cómo los eventos se desarrollarán en el futuro, sino que también explican cómo esos eventos deberían desenvolverse.⁸⁶

La interpretación constitucional está llena de esas historias tradicionales. Hay historias acerca de los norteamericanos como pioneros con coraje que ganaron el Oeste, historias acerca de Norteamérica como una nación de inmigrantes que vinieron a estas tierras en busca de libertad e igualdad de oportunidades, e historias acerca de Norteamérica como un país peculiar que siempre ha existido libre de aquellas formas de feudalismo y jerarquía social características del Viejo Mundo o, al menos, se ha desprendido conscientemente de ellas.⁸⁷ Estas historias y otras como ellas, son tan centrales para la interpretación constitucional como las opiniones de cualquier jurista. Verdaderamente, son tan familiares que usualmente no reconocemos las muchas formas en que son invocadas para enmarcar y justificar argumentos jurídicos.

⁸⁵ Acerca del debate sobre las "historias tradicionales" en el derecho, ver LÓPEZ, Gerald P., *Lay Lawyering*, 32 *Ucla L. Rev.* 1, 5-9 (1984).

⁸⁶ Sobre el papel de las construcciones narrativas en la configuración de las creencias, ver BALKIN, J. M., *Cultural Software: A Theory of Ideology* (a publicarse en 1998) (manuscrito en cap. 9, en archivo por los autores); BRUNER, Jerome, *Acts of Meaning* 35-36 (1990); LARUE, L.H., *Constitutional Law As Fiction: Narrative In The Rhetoric Of Authority* (1995); and SLOTKIN, Richard, *Gunfighter Nation: The Myth Of The Frontier In Twentieth-Century America* 10-21 (1992).

⁸⁷ El argumento canónico acerca de la peculiaridad de Norteamérica está en HARTZ, Louis, *The Liberal Tradition In America: An Interpretation Of American Political Thought Since The Revolution* (1st ed. 1955). El *locus classicus* para el mito del límite -pese a no estar señalado como un mito sino como un hecho- es TURNER, Frederick Jackson, *The Frontier In American History* (1920).

Considérese, por ejemplo, el más canónico de los casos constitucionales, *McCulloch v. Maryland*. En *McCulloch v. Maryland* encontramos al presidente del tribunal, John Marshall, fundamentando una concepción expansiva del poder del estado federal no sólo mediante una interpretación textual y estructural, sino también al contar una historia acerca de lo que América era y en lo que se convertiría. "A lo largo de esta vasta república, desde St. Croix hasta al Golfo de México, desde el Atlántico hasta el Pacífico", Marshall sostuvo, "el ingreso debe ser recaudado y gastado, los ejércitos deben marchar y ser abastecidos... ¿Debe preferirse aquella construcción de la constitución que vuelva estas operaciones dificultosas, riesgosas y costosas?"⁸⁸ Es particularmente notable que Marshall elija atribuir a los Estados Unidos fronteras más amplias que aquellas en verdad existentes en 1819, cuando *McCulloch* fue escrito. En la narración de Marshall —aquella que sería repetida incontables veces bajo el nombre más familiar de "Destino Manifiesto"— los Estados Unidos estaban destinados a convertirse en un gran país, no sólo en espíritu sino también por sus recursos y su extensión; y los grandes países necesitan constituciones que les otorguen la flexibilidad para crecer y alcanzar su prometida grandeza.

Como Lewis Henry LaRue ha señalado, es esta narración familiar del destino norteamericano, mucho más que cualquier otra cosa, lo que sostiene y justifica la interpretación constitucional expansiva del poder federal en *McCulloch*.⁸⁹ La narración no es todo, pero seguramente es algo. Si contamos una historia diferente —una historia Jeffersoniana sobre una tranquila tierra de granjeros agrarios que esperaban evitar la corrupción producto de la ambición y avaricia de las monarquías europeas, que sólo buscaban vivir sus vidas en paz y armonía en pequeñas y cerradas comunidades—bien podríamos imaginar que para el gobierno federal debería resultar "dificultoso, riesgoso y costoso" recaudar ingresos, conformar ejércitos, desplazarse a lo

Richard Slotkin ha reinterpretado la tesis de Turner sobre el límite como parte de una gran serie de mitos norteamericanos de cierre profundamente arraigados en la cultura norteamericana, incluyendo los mitos of "La Guerra Salvaje", de "Bonanza" y "Regeneración mediante la violencia." SLOTKIN, Richard, *The Fatal Environment: The Myth of The Frontier In The Age of Industrialization, 1800-1890*, en p. 51-63 (1985); SLOTKIN, *supra* nota 86, en p. 1-21; cf. SLOTKIN, Richard, *Regeneration Through Violence: The Mythology of The American Frontier, 1600-1860*, en págs. 563-65 (1973) (describiendo el mito de la regeneración mediante la violencia en la historia, cultura y retórica norteamericanas).

⁸⁸ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 408 (1819).

⁸⁹ Ver LARUE, *supra* nota 86, en págs. 88-90. Larue lo denomina "historia de cambio y crecimiento."

largo del continente y conquistar todo en su camino. Si contásemos una historia que contrapusiese la depravación y el amplio alcance de los codiciosos monarcas y sus primeros ministros a las virtudes simples de una ciudadanía confiada de sí misma, bien podríamos detener la marcha de cualquier potencial mecanismo de exaltación nacional.

De igual manera, una historia tradicional acerca de los disidentes protestantes que huían de la persecución religiosa en Gran Bretaña parece delinear gran parte del derecho de libertad de culto en este país. Esta historia tradicional retrata a la religión como un elemento peligroso y potencialmente opresivo en la sociedad civil que fomenta la intolerancia y el conflicto social y que por ello debe estar estrictamente separada de los órganos de poder estatal. De acuerdo con esta historia tradicional, cuanto más ferviente sea una creencia religiosa, y cuanto más determinante sea un movimiento religioso al hacer valer su autoridad sobre sus seguidores, más amenazante es: por un lado, las formas fanáticas o exóticas de entusiasmo religioso y, por el otro, la jerarquía de la iglesia católica, se convierten en ejemplos representativos de los rasgos más divisivos y opresivos de la religión. A la inversa, la expresión religiosa es más bienvenida cuando ella se asemeja a versiones diluidas o domesticadas de la línea principal del protestantismo. En el pasado, esta historia tradicional, ha sido usada para justificar la opresión de los mormones y los católicos en nombre de la protección de los gobiernos norteamericanos (a pesar de que, irónicamente, las persecuciones que originalmente llevaron al éxodo de Gran Bretaña fueron llevadas a cabo por protestantes). En el presente, el mito es invocado contra los protestantes evangélicos, los conservadores cristianos, judíos ortodoxos, y todas las formas de cultos y religiones contemporáneas⁹⁰.

La historia tradicional de la huida de los primeros europeo-norteamericanos de la persecución religiosa está siendo disputada por un nuevo mito de pluralismo y multiculturalismo. No es sorprendente que, este nuevo mito ayude a generar muy diversas conclusiones doctrinales: dado que los americanos son personas profundamente religiosas con diferentes formas de espiritualidad, el Estado debería tomar en cuenta la religión y debería reconocer e incluso ayudar a fomentar nuestros valores espirituales. La diferencia entre

⁹⁰Ver id. en págs. 16-31.

este nuevo mito y el anterior está simbolizado por la diferencia entre la hostilidad expresada por los jueces Black, Douglass y Brennan hacia el apoyo del Estado a las escuelas parroquiales y la relajación de aquellas restricciones en las opiniones de la actual Corte Suprema⁹¹.

Quizás, las historias básicas utilizadas en la interpretación constitucional norteamericana sean historias acerca del progreso de la nación norteamericana y sus leyes. Robert Gordon ha observado que "el argumento jurídico norteamericano desde la Independencia en adelante, reposó firmemente sobre un núcleo narrativo de progreso liberal y la historia de la modernización liberal —por la cual el derecho seguía y facilitaba la evolución de la sociedad lejos de la tiranía feudal y la superstición, hacia una creciente libertad—".⁹²

En razón de que la narrativa del progreso está tan profundamente enraizada en la cultura norteamericana, no es sorprendente que se hayan servido de ella tanto los liberales como los conservadores. La historia del progreso inevitable ha permitido a los progresistas armonizar las injusticias del pasado con sus aspiraciones para el futuro. En la imaginación progresista, principios inmanentes al tiempo de la Revolución (o bien la Independencia o la Reconstrucción) se despliegan y se realizan mediante las luchas históricas, emergiendo y manteniéndose puros del localismo y las injusticias del pasado.⁹³

Gordon propone la teoría de Abraham Lincoln de la Declaración de la Independencia como un ejemplo de esta narrativa progresista.⁹⁴ Por medio de un relato narrativo del inevitable progreso de la libertad norteamericana, Lincoln resolvió la tensión inmanente en un documento que "declaró que todos los hombres son iguales al mismo tiempo que estableció una política que legalizaba la esclavitud".⁹⁵ Los autores de la Declaración, explicó Lincoln, no intentaron sostener la evidente mentira según la cual en aquel momento todos estaban realmente gozando realmente de esa igualdad, ni tampoco que ellos estaban a punto de conferirla inmediatamente sobre ellos. De hecho no tenían poder para conceder esa gracia. Ellos simplemente intenta-

⁹¹ Ver *Agostini v. Felton*, 117 S. Ct. 1997, 2016-17 (1997) (rechazando *Aguilar v. Felton*, 473 U.S. 402 (1985)); *Rosenberger v. Rector of the Univ. of Va.*, 515 U.S. 819, 845-46 (1995).

⁹² Robert W. Gordon, *The Struggle Over the Past*, 44 Clev. St. L. Rev. 123, 129-30 (1996).

⁹³ Ver id. en págs. 128-29.

⁹⁴ Ver id. en pág. 130.

⁹⁵ Id.

ron declarar el *derecho*, de modo que su *realización* pudiera seguir tan rápido como las circunstancias lo permitieran. Ellos intentaron construir una máxima estándar para una sociedad libre, la cual debería ser familiar a todos y reverenciada por todos; que fuera constantemente observada, por la cual se trabajara constantemente y, a pesar de que nunca fuera perfectamente alcanzada, constantemente aproximada y, a partir de allí, extendiendo constantemente y profundizando su influencia, y aumentando la felicidad y el valor de la vida a todas las personas de todos los colores en todas partes.⁹⁶ Sin embargo, la narrativa del progreso (ya sea que fuera inevitable o fruto de una lucha dura) puede también funcionar en una dirección conservadora. La gente puede invocar comparaciones entre el presente y las injusticias del pasado como prueba de que el país ha dejado atrás la supremacía blanca o la denegación de libertades civiles, y que otras reformas mayores resultan innecesarias o bien desviaciones de la senda del progreso. Precisamente porque no vivimos más en la era Mc Carthy, debido a los triunfos pasados de los Movimientos de Derechos Civiles y de los Movimientos de Mujeres, las alegaciones de racismo profundamente enraizado, sexismo y otras injusticias que subsisten, pueden ser desestimadas o dejadas de lado como exageraciones o, al menos, vistas con un ojo escéptico. En esta dirección, la narrativa progresista puede volverse en contra de las causas progresistas. Como Reva Siegel señaló, regímenes jerárquicos de injusticia no desaparecen como resultado de las reformas legales pero a menudo se reconfiguran a sí mismos para prosperar en nuevos ambientes legales.⁹⁷ La feliz historia de la reforma legal progresista puede enmascarar los elementos de injustos *status* jerárquicos que aún subsisten, ayudados e instigados por las mismas reglas que pretendieron eliminarlos.⁹⁸

Tal vez con motivo del triunfo de los usos conservadores de la narrativa progresista, es que muchos progresistas y críticos radicales del derecho norteamericano han ofrecido una contranarrativa de permanencia, estaticidad o inevitable retorno. Esta narrativa es usualmente pesimista: sostiene que

⁹⁶ LINCOLN, Abraham, "The Dred Scott Decision: Speech at Springfield, Illinois" (June 26, 1857), en *Abraham Lincoln: A Documentary Portrait Through His Speeches And Writings* 88, 91 (Don E. Fehrenbacher ed., 1964).

⁹⁷ Ver SIEGEL, Reva, *Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action*, 49 *Stan. L. Rev.* 1111; 1113; 1119; 1129-31 (1997).

⁹⁸ Ver SIEGEL, Reva B. I., "The Rule of Love": *Wife Beating as Prerogative and Privacy*, 105 *Yale L.J.* 2117, 2179-81 (1996); SIEGEL, *supra* nota 97, en p. 1147-48.

la sociedad americana ha sido, y siempre continuará siendo, racista o sexista o, de otro modo, profundamente injusta. Desde el punto de vista de la narrativa estática, las decisiones sucesivas, las leyes y las reformas aparecen como nuevas formas mediante las cuales se preservan los *status* jerárquicos, se confirman los intereses de los poderosos, se debilitan las buenas intenciones y se perpetúan las injusticias.⁹⁹

Sin embargo, las narrativas de permanencia pueden ser también efectivas herramientas de la retórica conservadora. La gente puede justificar el *statu quo* argumentando que la naturaleza humana permanece constante, que nuestras tradiciones permanecen esencialmente inalteradas desde sus primeros días o que, como la Corte Suprema aseveró en *Plessy v. Ferguson*, el derecho "es impotente para erradicar instintos raciales o para abolir distinciones basadas en diferencias físicas".¹⁰⁰ En nuestros días, la palabra "culturales" puede ser sustituida por la palabra "físicas", con similar efecto.

Un tercer y muy familiar tipo de narraciones canónicas se sirve del cambio antes que de lo estático, pero sostiene que el cambio implica un empeoramiento. Entre los ejemplos se incluyen las narrativas de la Era Dorada, frente a las cuales el presente aparece devaluado y corrompido, y las historias acerca del momento en que la Constitución era entendida de forma adecuada, un parámetro del cual los tribunales y políticos posteriores se han apartado reiteradamente. Estas narrativas nos impulsan a reconocer nuestras fallas, a confesar nuestros pecados y a retornar a las viejas formas. A primera vista, estas construcciones narrativas, en su sustancia, parecen exclusivamente conservadoras. La vívida comparación de Robert Bork entre la cultura americana contemporánea (y la jurisprudencia constitucional contemporánea) y

⁹⁹ Tal vez la representación más elocuente de esta forma narrativa sea Derrick Bell, cuyas sentidas reflexiones acerca de la subsistencia del racismo norteamericano fueron recogidas en varios trabajos. Ver BELL, Derrick, *And We Are Not Saved: The Elusive Quest For Racial Justice* (1987); BELL, Derrick, *Faces At The Bottom Of The Well: The Permanence of Racism* (1992); BELL, Derrick, *Race, Racism And American Law* (1970). Los académicos de izquierda a menudo procuran complicar las cuestiones al usar la narrativa de permanencia a la narrativa del progreso. Pese a que el racismo y el sexismo son persistentes y penetrantes, han sido debilitados a través del tiempo; sin embargo, debemos estar atentos en todo momento respecto de su constante presencia en nuestras vidas y su posible resurgimiento. El argumento de Reva Siegel —según el cual los injustos *status* jerárquicos alcanzan una "preservación mediante la transformación"— modifica la narrativa de permanencia al enfatizar los rasgos dinámicos de las clases sociales y al aceptar elementos significativos del progreso, pero esta historia conserva, no obstante, una profunda ambigüedad acerca de las perspectivas de reforma. SIEGEL, *supra* nota 98, en pág. 2180; SIEGEL, *supra* nota 97, en p. 1113.

¹⁰⁰ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551 (1896).

Sodoma y Gomorra son sólo los ejemplos más recientes.¹⁰¹ Sin embargo los progresistas también han apelado a eras doradas y han llamado a un retorno a un pasado más justo y sensato. Inclusive los revolucionarios encuentran provechoso llamar a una restauración de una tradición inventada. Un buen ejemplo es la historia de la Cláusula Comercial como fue contada por quienes apoyaban al *New Deal*. De acuerdo con esta historia, la teoría limitada y formal de la Corte Suprema sobre el poder regulatorio federal durante la era anterior al *New Deal* fue un abandono de la sensata y pragmática aproximación de Marshall y la generación fundadora.¹⁰² Por lo tanto, la concepción del *New Deal* sobre la facultad de comerciar de rango amplio y flexible no fue una deformación judicial de la Constitución sino, antes bien, un retorno a un correcto entendimiento de la relación entre poder federal y estadual.¹⁰³

4. *Ejemplos canónicos*. —La forma final de canonicidad profunda opera sobre un nivel en cierta forma algo diferente del resto. Ella se refiere al tipo de ejemplos que los juristas, abogados, jueces y estudiantes de derecho toman como característica de una categoría o problema en particular. Denominamos a este fenómeno como de selección de "ejemplos canónicos".

Psicólogos cognitivos desde Eleanor Rosch en adelante han notado que los seres humanos tienden a focalizar sobre ciertos componentes de categorías que ellos reconocen como los más representativos o destacados. Rosch llamó a estos ejemplos "prototipos".¹⁰⁴ Los "prototipos" son *sinécdoques*ⁱⁱ para

¹⁰¹ Ver BORK, Robert H., *Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism And American Decline* (1996).

¹⁰² El ejemplo canónico de esta historia se halla en Robert L. STERN, *The Commerce Clause and the National Economy, 1933-1946*, 59 Harv. L. Rev. 645 (1946).

¹⁰³ La teoría de Bruce Ackerman sobre los momentos constitucionales es una historia por momentos interrumpida de auto-definición y auto-descubrimiento popular (cuando no progreso); concibe a la narrativa del *New Deal* acerca del retorno como una hipocresía. Ver 1 ACKERMAN, Bruce, *We The People: Foundations 159-62* (1991) [En Adelante ACKERMAN, Foundations]; 2 ACKERMAN, Bruce, *We The People: Transformations* (a publicarse en 1998) [en adelante ACKERMAN, Transformations]. Según Ackerman, la Corte de la era Lochner era mas probablemente la autentica heredera del entendimiento originario. Ver ACKERMAN, Foundations, *supra*, en p. 153-56. Sin embargo es importante reconocer que la generosa interpretación de Ackerman sobre la era Lochner resulta crucial para su propia narrativa: ayuda a establecer la necesaria ruptura con el pasado (y los tintes de ilegalidad), que Ackerman considera característica de los momentos constitucionales.

¹⁰⁴ Ver ROSCH, Eleanor, *Cognitive Reference Points*, 7 Cognitive Psychol. 532, 544-46 (1975); ROSCH, Eleanor, *Cognitive Representations of Semantic Categories*, 104 J. Experimental Psychol. Gen. 192, 193-94 (1975); ROSCH, Eleanor, *Principles of Categorization*, en *Cognition and Categorization* 36 (Eleanor Rosch & Barbara B. Lloyd eds., 1978) [en adelante ROSCH, *Principles of Categorization*]; ELEANOR ROSCH & CAROLYN B. MERVIS, *Family Resemblances: Studies in the Internal Structure of Categories*, 7 Cognitive Psychol. 573, 574 (1975).

ⁱⁱ [Nota de los traductores: el término sinécdoque tiene una raíz latina cuyo significado sería 'recibir juntamente'. El significado actual es: "Tropo que consiste en extender, restringir o alterar de algún modo la significación de las palabras para designar un todo con el nombre de una de sus partes o viceversa; un

categorías, es decir el clásico tropoⁱⁱⁱ por el cual se considera que una parte representa el todo. Estos son los ejemplos canónicos por los cuales y mediante los cuales los individuos razonan acerca de las categorías, y de aquí que sean ejemplos por los que se desarrolla gran parte del razonamiento humano. Rosch encontró que los individuos tienden a recordar prototipos más fácilmente que ejemplos no prototípicos y que más probablemente los usen para extraer inferencias acerca de otros miembros de la categoría.¹⁰⁵ Rosch llamó colectivamente a estos varios hábitos psicológicos de pensamiento "efectos de prototipo".¹⁰⁶

Una de las más importantes formas de comprender la cultura jurídica es estudiar los ejemplos canónicos a los que los miembros de una cultura habitualmente apelan para formular problemas y discutir asuntos. Situaciones, categorías, hipótesis de hecho, y aún los problemas mismos pueden ser los ejemplos canónicos alrededor de los cuales los académicos del derecho y demás pensadores jurídicos tienden naturalmente a focalizar y organizar su pensamiento.¹⁰⁷

Por consiguiente, ofrecemos dos ejemplos de lo que entendemos como ejemplos canónicos en el pensamiento jurídico (a pesar de que no estamos seguros de que nuestros ejemplos de ejemplos canónicos no sean ellos mismos ejemplos canónicos de ejemplos canónicos). Ante todo, creemos que hay ciertos tópicos que son canónicos en los debates de la teoría jurídica. Cuando los estudiosos de la jurisprudencia hablan acerca de cómo funciona el razonamiento jurídico, a menudo toman sus ejemplos canónicos de tópicos del *common law* y, aun más frecuentemente, del derecho constitucional. Estos asuntos son canónicos probablemente porque son centrales para la

género con el de una especie o al contrario, una cosa con el de la materia de la que está formada, etc.". Fuente: Diccionario de la Real Academia Española, 21^a edición, Madrid, 1992.]

ⁱⁱⁱ [Nota de los traductores: el significado de tropo es: "Empleo de las palabras en sentido distinto del que propiamente les corresponde pero que tiene con este alguna conexión o semejanza. El tropo comprende la metonimia, la sinécdoque y la metáfora en todas sus variaciones." Fuente: Diccionario de la Real Academia Española, 21^a edición, Madrid, 1992.]

¹⁰⁵ Ver LAKOFF, George, *Women, Fire, And Dangerous Things: What Categories Reveal About The Mind* 40-43 (1987) (resumiendo las frases del trabajo experimental de Rosch).

¹⁰⁶ ROSCH, *Principles of Categorization*, *supra* nota 104, en p. 37; ver también Lakoff, *supra* nota 105, en p. 40-45 (describiendo las contribuciones de Rosch a la teoría cognitiva).

¹⁰⁷ Cf. Jed RUBENFELD, *Reading the Constitution as Spoken*, 104 *Yale L.J.* 1119, 1122 (1995) (ofreciendo una teoría normativa de la interpretación constitucional basada en la aplicación de "casos paradigma"); Steven L. WINTER, *Transcendental Nonsense, Metaphoric Reasoning, and the Cognitive Stakes for Law*, 137 *U. Pa. L. Rev.* 1105, 1107 (1989) (enfatisando la importancia del modelado cognitivo para el pensamiento jurídico).

formación de los estudiantes en el primer año de la carrera de derecho y porque muchos académicos norteamericanos que enseñan teoría jurídica también enseñan alguna forma de derecho constitucional. Por cierto, el hecho de que extraigamos del derecho constitucional muchos de los ejemplos que formulamos en este artículo, no es otra cosa que una gran evidencia de la influencia que ejerce el derecho constitucional en gran parte de las personas interesadas en la teoría jurídica. Los tópicos del *common law* y del derecho constitucional se han convertido, para bien o para mal, en los ejemplos canónicos de derecho para los teóricos jurídicos norteamericanos. En otros lugares hemos notado que la mayoría de los artículos más frecuentemente citados de todos los tiempos se refieren a asuntos de derecho constitucional, aun cuando existen muchos más temas de igual o mayor importancia para los responsables de las políticas gubernamentales y para los letrados de la matrícula.¹⁰⁸ Cada año la *Harvard Law Review* comienza su número inicial con palabras introductorias de algún académico notable acerca del período de la Corte Suprema correspondiente al año precedente. Estos publicitados ensayos casi nunca tratan de temas como antimonopolio, seguridad social o los problemas regulatorios de la corporación de seguro y el depósito federal. Casi siempre tratan acerca del derecho constitucional, incluso en años en los cuales la gran mayoría de la tarea de la Corte Suprema involucra casos no constitucionales. Estas palabras introductorias simbolizan la hegemonía del derecho constitucional en la imaginación tanto de los académicos que las leen y escriben, como de los estudiantes que las editan. Sin embargo, al demostrar cómo los abogados razonan, o cuán penetrante es la indeterminación del derecho, incluso sobre la naturaleza del deber jurídico, la utilización de ejemplos basados en el derecho constitucional puede resultar engañoso. Los problemas de derecho no siempre son los problemas del derecho constitucional. El Código Comercial Uniforme, la Ley Federal de Comunicaciones, o las reglas de Texas de Procedimiento Civil podrían resultar mejores ejemplos. Aunque ante otras audiencias y para otros propósitos, cualquiera de estos cuerpos normativos o bien todos ellos podrían proveer ejemplos canónicos. Pero ello no es sino una evidencia más del rol que los ejemplos prototípicos cumplen en la estructuración del pensamiento. Cuando nosotros decimos que

¹⁰⁸ Ver BALKIN & LEVINSON, *supra* nota 55, en p. 854.

el derecho constitucional tiende a proveer ejemplos canónicos para los teóricos del derecho, no estamos sosteniendo que esta tendencia sea algo bueno. Simplemente estamos advirtiendo lo que muchos profesores de derecho comercial y societario han reconocido por años: los teóricos del derecho parecen estar muy interesados en el derecho constitucional a pesar de que la vasta mayoría de las fuentes del derecho —y los problemas que necesitan tratamiento por el derecho— se ubican en otra parte.

Este mismo campo canónico nos provee, no de forma sorprendente, nuestro segundo ejemplo. Debido a la lamentable historia norteamericana de esclavitud y racismo, los afroamericanos se han convertido en el ejemplo canónico de una minoría desaventajada u oprimida, el ejemplo canónico de un grupo social merecedor de protección legal y, por cierto, el ejemplo canónico de un grupo racial. Las Enmiendas de la Reconstrucción fueron escritas pensando principalmente en los negros, y los afroamericanos seguramente constituían el ejemplo canónico de lo que el juez Stone denominó "discreta e insular minoría".¹⁰⁹ Desde que los movimientos sociales han buscado obtener gradualmente la igualdad para otros grupos desaventajados -incluyendo mujeres, hispanoamericanos, discapacitados y, más recientemente, homosexuales- las analogías han sido efectuadas habitualmente con relación al problema de discriminación hacia los afroamericanos. En suma, los afroamericanos constituyen el ejemplo canónico cuando se piensa sobre cuestiones de igualdad en los Estados Unidos. Sin embargo la discriminación racial y de género difieren en varios aspectos.¹¹⁰ Puede efectuarse una

¹⁰⁹ *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938) s.

¹¹⁰ Sobre el debate canónico acerca de las diferencias entre la discriminación racial y de género *The canonical discussion of the differences between racial and gender discrimination* ver Richard A. WASSERSTROM, *Racism, Sexism, and Preferential Treatment: An Approach to the Topics*, 24 *Ucla L. Rev.* 581 (1977). Cf. Sylvia A. LAW, *Rethinking Sex and the Constitution*, 132 *U. PA. L. REV.* 955, 965 (1984) (señalando que los argumentos sobre las diferencias físicas categóricas pueden ser invocadas más plausiblemente en casos de género que en los de raza, en razón de la capacidad reproductiva de la mujer). Obviamente, las mujeres no encajan en la definición de "discreta e insular minoría" desde que, entre otras cosas, ellas constituyen la mayoría de la población. Ver ELY, John Hart, *Democracy And Distrust* 164-70 (1980). Estos argumentos sobre las diferencias entre discriminación de género y discriminación racial fueron esgrimidos antes de la amplia aceptación de las exposiciones razonadas de antisubordinación para la protección igualitaria. Desde una más reciente perspectiva, podría señalarse que las mujeres y los negros pueden estar subordinados de muchas maneras diferentes. En efecto, sus diferentes formas de subordinación se vuelven más complejas en el caso de las mujeres de color. Ver Kimberley CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 1989 *U. Chi. Legal F.* 139-40; Angela P. HARRIS, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, 42 *Stan. L. Rev.* 581, 586-90 (1990).

observación similar respecto de la discriminación contra los gays y los discapacitados. Aún dentro de la clase de minorías étnicas, los hispanoamericanos y los norteamericanos asiáticos enfrentan diferentes problemas que los que enfrentan los afroamericanos.¹¹¹

El recurso a los afroamericanos como ejemplo canónico de un grupo racial en el pensamiento jurídico tiene otros muchos efectos interesantes e importantes. Tiende a hacer bipolares los debates sobre las relaciones raciales, aún cuando el *status* norteamericano multicultural y multirracial se está volviendo cada vez más evidente. Además, el hecho de ver a los afroamericanos como el ejemplo de grupo racial tiende a hacer invisible la identidad racial blanca. Al ver a los negros como el ejemplo más representativo de una raza se hace parecer a los blancos como un ejemplo mucho menos adecuado, y refuerza la idea de que pertenecer a una raza significa ser de raza negra y no una persona blanca.

Cuando reconocemos esta forma de canonicidad, nos damos cuenta de que la cultura jurídica norteamericana está llena de ejemplos canónicos. Considérese el uso de las disputas entre granjeros y estancieros para explicar el funcionamiento del teorema de Coase, el empleo de los accidentes automovilísticos para debatir acerca del funcionamiento del derecho de daños, y el aprovechamiento de la exigencia de edad mínima de treinta y cinco años para el cargo de presidente a fin de ilustrar un "caso fácil" que simbolice la determinación propia de los textos legales. Cada época también tiene sus ejemplos canónicos de activismo judicial que inciden en su visión del rol de la magistratura: *Lochner v. New York*¹¹² en una época, *Brown v. Board of Education* en otra, *Roe v. Wade*¹¹³ en otra más.

Los ejemplos de ejemplos canónicos pueden multiplicarse, pero dos son los puntos importantes para nuestros fines. Primero, la selección de los ejem-

¹¹¹ Ver TAKAKI, Ronald, *Strangers From a Different Shore: A History Of Asian Americans* 474-84 (1989); Richard DELGADO, *Rodrigo's Fifteenth Chronicle: Racial Mixture, Latino-Critical Scholarship, and the Black-White Binary*, 75 TEX. L. REV. 1181, 1197 (1997); Jerry Kang, *Negative Action Against Asian Americans: The Internal Instability of Dworkin's Defense of Affirmative Action*, 31 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 1, 20 (1996); Deborah RAMIREZ, *Multicultural Empowerment: It's Not Just Black and White Anymore*, 47 Stan. L. Rev. 957, 959-60 (1995); Frank H. Wu, *Changing America: Three Arguments About Asian Americans and the Law*, 45 Am. U. L. Rev. 811, 812 (1996); Frank H. Wu, *Neither Black Nor White: Asian Americans and Affirmative Action*, 15 B.C. Third World L.J. 225, 281-84 (1995); Nota, *Racial Violence Against Asian Americans*, 106 Harv. L. Rev. 1926, 1930-33 (1993).

¹¹² 198 U.S. 45 (1905).

¹¹³ 410 U.S. 113 (1973).

plos canónicos opera con frecuencia en un segundo plano antes que como una opción consciente; ello se debe precisamente a que estos ejemplos son formas de canonicidad profunda. Segundo, el uso de estos ejemplos canónicos tiene con frecuencia importantes efectos ideológicos —efectos que pueden ser tan poderosos y tan importantes como la elección de cuáles casos y materiales estudiar en el curso canónico de primer año—.

E. Aproximaciones prescriptivas y sociológicas

La idea de canonicidad profunda sugiere que gran parte de la formación del canon se gesta más allá de la aprehensión consciente de los miembros de una cultura o disciplina. Mucho de lo que es canónico no es el resultado de un planeamiento consciente sino del desarrollo casual de los contornos constantemente cambiantes de una cultura, de una disciplina o una comunidad interpretativa. Seguramente, individuos y grupos pueden discrepar vigorosamente acerca de lo que es canónico, pero lo que surge puede ser muy diferente de lo que ellos desean. Parafraseando a Marx, individuos y grupos construyen cánones, aunque no como ellos quieren. Más aún, las partes contendientes pueden acordar sobre cosas ya tomadas por ciertas y, de esta forma, ya son tan canónicas para su pensamiento que ni siquiera aparece la idea de cuestionarlas. En definitiva, los cánones y lo canónico son emprendimientos colectivos que involucran tanto los elementos conscientes como los inconscientes de una cultura. Ellos son creaciones históricas en las cuales el diseño racional y la ingeniería de precisión son el pensamiento deseado.

Al comienzo describimos la cuestión de la canonicidad en términos prescriptivos: preguntamos qué casos y materiales *deberían* ser incluidos en una versión particular del canon, sea pedagógico, de cultura general o teórico. Por supuesto, la noción de lo que debe ser canónico supone la posibilidad de constituir el canon más próximo a los deseos de nuestro corazón. Sin embargo, podemos preguntar cómo una determinada comunidad interpretativa forma de hecho su canon y por qué. En cuanto a este último, estamos especialmente interesados en saber por qué la gente coincide o disiente respecto de su idea de lo que es canónico y cómo y por qué sus juicios cambian a lo largo del tiempo.

El estudio sociológico del canon —qué fuerzas sociales explican la creación de un determinado conjunto de materiales canónicos— y el estudio prescriptivo del canon —qué materiales uno deber leer o asignar a otros— pue-

den coincidir. Una vez que entendamos cómo se construye un canon, podemos ser capaces de ofrecer una crítica ideológica de su sustancia y de los procesos por los cuales se forma. Por ejemplo, podemos descubrir que determinada construcción del canon brinda poca atención a cierto tipo de cuestiones (por ejemplo, el modo en que la propiedad de esclavos estaba integrada a cada aspecto del derecho norteamericano)¹¹⁴ y que como resultado de ello, esta construcción le otorga un determinado sesgo normativo a las cuestiones que la gente considera que son importantes para todo aquel que teoriza acerca del derecho.¹¹⁵ Si uno cree que fijar agendas y demarcar preguntas afecta significativamente la forma en que se responden estas preguntas, entonces una aproximación sociológica a la formación del canon puede tener una considerable importancia normativa para el estudio del derecho.

En realidad, una aproximación sociológica nos conduce a una cuestión de la canonicidad más esencial que los contenidos específicos de determinados cánones: ¿por qué los debates acerca de los cánones del derecho deberían emerger en este momento de la historia de la academia legal? Los debates acerca del canon emergen cuando lo que es canónico no es más tomado por seguro, sino que pasa a ser controvertido de alguna forma significativa. Tal como se dijo con anterioridad, los debates también pueden suscitarse cuando una imaginaria unidad de pensamiento y práctica parece desmoronarse. Pueden surgir cuando las fuerzas de la reproducción cultural, que aseguran la replicación de las suposiciones interpretativas en las sucesivas generaciones de cultores de una disciplina, ya no operan más como alguna vez parecieron hacerlo. Cuando una generación previa no puede reproducir cierta uniformidad de suposiciones interpretativas en una nueva generación —ya sea por cambios en la demografía, por una experiencia recalcitrante, o por factores económicos— se suscita una crisis de confianza que se manifiesta en los debates acerca de los propósitos del emprendimiento común. Una de las formas mediante la cual esta crisis sale a la luz es en las controversias sobre lo que es canónico. Estas controversias surgen reiteradamente en la historia de cualquier disciplina. Allí es el turno para que la academia legal sea condimentada por sus propios disconformes.

¹¹⁴ La respuesta general es demasiado convencional. Ver el análisis magistral en MORRIS, Thomas D., *Southern Slavery And The Law, 1619-1860*, en p. 61-65 (1996).

¹¹⁵ Para un debate sobre este punto, ver LEVINSON Sanford, *Slavery in the Canon of Constitutional Law*, 68 *Chi.-Kent L. Rev.* 1087, 1087 (1993).

Una clave para entender el origen de la preocupación acerca del canon, en definitiva, está constituida por los cambios demográficos en la composición de la academia jurídica y los correspondientes cambios en la formación y prácticas de las organizaciones profesionales. Una academia cada vez más "diversa" generará, casi con seguridad, diversas nociones acerca de qué vale más la pena enseñar, estudiar y discutir. Por cierto, el mismo fenómeno ha ocurrido en los *colleges*^{iv} norteamericanos de humanidades, a medida que un grupo cada vez más variado de gente de la pasada generación ganaba un lugar en el mundo académico, produciendo predecibles luchas sobre el canon en los departamentos de humanidades. De esa forma, con motivo de los cambios en la demografía, economía y política, los miembros de la academia jurídica pueden empezar a preguntarse a sí mismos si los libros de casos debiesen incluir materiales provenientes de "nuevas" o "diferentes" perspectivas —por ejemplo, citas a la literatura de teoría feminista y racial crítica, extractos de novelas y obras, cobertura de la esclavitud, y así sucesivamente—.

Un segundo origen posible de la preocupación acerca del canon jurídico es el surgimiento del academicismo interdisciplinario. El ingreso de otras disciplinas al estudio del derecho amenaza con cambiar el canon pedagógico, el canon de cultura general y el canon académico teórico de un solo golpe. En cierto punto, la hermenéutica, la teoría de la elección pública y la teoría feminista, amenazan con convertirse en cuestiones tan importantes para la academia legal como la *dormant commerce clause*^v o los refinamientos doctrinarios del *promissory estoppel*.^{vi} (Quizá este punto ya haya sido alcanzado). Por supuesto, el surgimiento del estudio interdisciplinario puede ser no tanto la cau-

^{iv} [Nota de los traductores: en el sistema educativo estadounidense, la educación universitaria posterior a la escuela secundaria (*high school*) tiene dos fases. La primera fase se denomina *college*, y en general dura alrededor de cuatro años, otorgando el título de bachiller (*bachelor*). La segunda fase se denomina *graduate school*, y equivale a nuestras facultades, o más bien a los cursos superiores de nuestras facultades.]

^v [Nota de los traductores: doctrina jurisprudencial norteamericana por la cual se limita a los Estados la facultad de legislar en materia de comercio interestatal, facultando para ello al Congreso. Se trata de una doctrina que la Suprema Corte extrajo de la actual "*Commerce Clause*", contenida en el artículo I, 6 8 de la Constitución norteamericana. Fuente: *Black's Law Dictionary* 6th Ed., West Publishing Co., Traductores Paul Minnesota, 1990 (4th reprint - 1995).]

^{vi} [Nota de los traductores: por la doctrina del "*promissory estoppel*" se establece un impedimento a una conducta, derecho o pretensión, que se deriva de una promesa formulada por quien es objeto de ese impedimento. Se crea así una excepción a la regla por la cual una promesa unilateral no crea una obligación exigible, al impedir escapar a esa promesa si la otra parte se basó razonablemente en ella, modificando su conducta en consecuencia, de forma que el incumplimiento de lo prometido causaría un daño injustificable. Fuente: Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS y Eleanor C. HOAGUE, *Diccionario Jurídico*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1990.]

sa de la preocupación actual, con el canon como un síntoma de cambios sociales e institucionales más generales que, a su turno, han dado cabida a los cuestionamientos acerca de la canonicidad. En cualquier caso, cuando un distinguido jurista y ex académico escribe una publicación sobre teoría del derecho titulada *Overcoming Law*,¹¹⁶ uno podría creer que las visiones tradicionales de qué es canónico para el estudio del derecho están en problemas.

Una tercera razón del creciente interés en la conformación del canon constitucional en particular, está relacionada con la percibida amenaza a los tan amados precedentes de la tan amada Corte Warren, que parecen ser a diario atacados por los actuales miembros de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Visto desde esta óptica, el problema del canon constitucional parece centrarse en establecer si casos como *Miranda v. Arizona*¹¹⁷ y *Brown v. Board of Education* son vacas sagradas que no pueden ser tocadas o si son revisables como cualquier otra cosa. Un canon constitucional se convierte en un medio para asegurar su continua vitalidad. Por ejemplo, Cass Sunstein, un reconocido teórico constitucional liberal, ha afirmado que "una aproximación a la interpretación constitucional" es inaceptable si implica la incorrección de *Brown v. Board of Education*.¹¹⁸ Esto es más que la exigencia de que *Brown* debe ser enseñado a los estudiantes de derecho; después de todo, ese es también el caso de *Lochner v. New York*. Mas bien, Sunstein sostiene que *Brown* es normativamente canónico. Uno puede criticarlo tanto como puede sugerir que Mozart es un salvajemente sobreestimado compositor de música para los banquetes del siglo dieciocho. Una persona se reconoce como culta al afirmar la genialidad de Mozart; un abogado se reconoce como debidamente formado al afirmar la corrección de *Brown*.

Es de señalar que en este debate acerca de la canonicidad los liberales son quienes defienden el canon académico teórico contra los "bárbaros" de la derecha. Hay aquí una cierta ironía. Aferrarse a la idea de que estos casos de la Corte Warren y los de la temprana Corte Burger son conocidos es "funcionalista", en el sentido de que los liberales de izquierda en la academia actual podrían desdeñar si la cuestión fuese planteada en términos epistemológicos. En el estudio sociológico del canon constitucional, enton-

¹¹⁶ POSNER, Richard A., *Overcoming Law* (1995).

¹¹⁷ 384 U.S. 436 (1966).

¹¹⁸ SUNSTEIN CASS R., *In Defense of Liberal Education*, 43 J. Legal Educ. 22, 26 (1993).

ces, podríamos considerar la curiosa relación entre el pragmatismo antifundacionalista que asevera que todo conocimiento es revisable si son provistas suficientes buenas razones y los teóricos constitucionales quienes exigen que cualquier teoría de derecho constitucional debe explicar y justificar *Roe v. Wade*, a la vez que debe expresar las razones por las que *Bowers v. Hardwick*¹¹⁹ está decidido de forma incorrecta. Existe algo inevitablemente fundacionalista acerca de los cánones y lo canónico, lo cual tomamos para incluir en todos los postulados de la fórmula: "una aproximación a la interpretación constitucional es inaceptable si involucra la incorrección de X". La idea de un canon *verdaderamente* antifundacionalista, si no es un oximorón, debe crear al menos un perpetuo estado de tensión intelectual.¹²⁰

F. Contextos institucionales y extraños compañeros

Los intentos de los liberales por canonizar los precedentes liberales nos recuerdan que debemos entender los debates acerca del canon en su contexto institucional. Por cierto, los factores institucionales ayudan a producir algunas de las más significantes diferencias en los debates literarios y jurídicos sobre el canon. Ambos debates involucran una lucha por la autoridad pero los términos de esta lucha son diferentes en cada caso porque el contexto institucional difiere. Las diferencias en el significado político del ataque al canon provienen en gran parte de las diferencias sobre cómo la autoridad es creada en derecho y en las humanidades y en quién tiene el control sobre los respectivos cánones.

En los departamentos de humanidades los cánones tradicionales están siendo atacados primariamente desde la izquierda del espectro político. Sin embargo, los cánones de la teoría pedagógica y académica en derecho constitucional son discutidos tanto por la izquierda como por la derecha. No es sorprendente que la teoría crítica de la raza y el feminismo deseen desafiar partes del canon pedagógico con reminiscencias de los debates sostenidos en los departamentos de humanidades. Menos análogo es el ataque al canon teórico —el con-

¹¹⁹ 478 U.S. 186 (1986).

¹²⁰ Obviamente, estos debates sobre cómo debería ser el canon de la teoría académica pueden también incidir en la construcción del canon pedagógico. Por ejemplo, dependiendo de nuestros principios fundamentales, debemos poner atención en Miranda o bien en los escritos de los antifederalistas. Ésta es una de las muchas formas en que la construcción del canon de la teoría académica afecta el contenido del canon pedagógico y el canon de cultura general.

junto de casos correctamente decididos que cualquier teoría seria del derecho constitucional debe explicar— desde la derecha política. Aquí encontramos liberales de izquierda defendiendo un canon normativo que incluye casos como: *Roe v. Wade* contra los ataques de la derecha política, encabezada y simbolizada por el ala derecha de la Corte Suprema y los tribunales del periodo de Bush y de Reagan.

Esta guerra bifronte en el ámbito del derecho puede producir ciertos cambios de roles interesantes. Cuando el académico constitucional liberal Cass Sunstein declaró la perdurable certeza de *Brown v. Board of Education*, estaba jugando un rol que no difiere del de los conservadores en materia cultural Donald Kagan y E. D. Hirsch, quienes han intentado preservar el canon occidental de los grandes libros de la arremetida del multiculturalismo y la reconstrucción.¹²¹ De manera análoga, uno podría imaginar a los académicos liberales defendiendo a *Roe* o *Regents of the University of California v. Bakke*¹²² contra los gustos de Antonin Scalia o William Rehnquist. Sin embargo, la defensa del canon sostenida por Sunstein no estaba dirigida hacia algún juez conservador con la esperanza de causar estragos a los precedentes liberales; sino que, antes bien, apuntaba a un académico aún más de derecha: Stanley Fish.¹²³ La política reúne a compañeros extraños, pero los creados por los cánones pueden ser aún más extraños.

Este curioso estado de cosas se debe, en gran parte, a las diferencias institucionales entre la educación jurídica y la de humanidades y, en particular, a diferencias en las formas en que se crea la autoridad y se la defiende en las academias de humanidades y de derecho. Debemos señalar previamente que los ataques al canon en las humanidades han provenido primeramente de "la izquierda". Sin embargo, esta expresión combina muchas líneas de pensamiento diferentes. La primera tendencia, que puede ser denominada como "izquierda política", promueve el igualitarismo radical en asuntos de raza, clase, género y orientación sexual. La segunda tendencia, que podríamos llamar "izquierda metodológica", es un ataque epistemológico y metodológico a todas las formas recibidas de canonicidad y objetividad; puede tomar la forma de antifundacionalismo, postestructuralismo, posmodernismo, estudio de la cul-

¹²¹ Ver SUNSTEIN, *supra* nota 118, 26.

¹²² 438 U.S. (1978)

¹²³ Ver SUNSTEIN, *supra* nota 118, 22.

tura como forma de poder/saber, etc.¹²⁴ Sea o no sea esta postura verdaderamente relativista en lo cultural, suele ser retratada de esta forma por sus oponentes. Ahora bien, se puede estar metodológicamente "a la izquierda" sin estar políticamente "a la izquierda" y viceversa, pero en la actual academia de humanidades, las dos tendencias parecen ir de la mano. Por el contrario, los ataques a la derecha metodológica y al compromiso con el canon parecen estar identificados, si no con el conservadurismo político, por lo menos, con fuerzas políticas más moderadas. (Sin embargo, en el invernadero de la academia de humanidades contemporáneas, uno puede ser bastante liberal y aun así encontrarse en la delantera de estos debates.)

Como resultado, los ataques contemporáneos al canon de las humanidades por parte de "la izquierda", a menudo sirven *tanto* a una determinada agenda política como a una agenda metodológica, la cual en el presente contexto parece servir a esa agenda política.¹²⁵ No obstante, uno de los más importantes rasgos de las alianzas —incluyendo las alianzas intelectuales— es que ellas nunca son permanentes y carentes de contexto, sino que toman su fuerza de los contextos políticos e institucionales en los cuales se verifican. Si en algún momento uno cambia tal contexto aun levemente, a veces se pueden encontrar variaciones sorprendentes y, de allí, extraños compañeros.

Así es con la academia jurídica, al menos cuando es vista desde la perspectiva de la academia de humanidades. Los liberales de izquierda que desean defender el *status* canónico de los precedentes liberales de la Corte Warren deben resguardarse de los ataques desde la derecha política y la izquierda *metodológica*, pero no necesariamente de la izquierda *política*. Los estudiosos de la teoría racial crítica (*Critical Race Theory*)—quienes presumiblemente están aún más a la izquierda política que los profesores Sunstein o Fish— también reputarían la defensa de *Brown v. Board of Education* como una condición indispensable de cualquier teoría constitucional seria. Ellos pueden sostener que *Brown* representa algo bastante diferente de lo que Antonin Scalia cree que representa, pero esto apunta a su significado y no a su *status* canónico.

¹²⁴ Para una perspectiva crítica de estas tendencias en la academia legal, véase SHERRY, Suzanna, *The Canon in Constitutional Law* 3-12-26-29 (abril 1997) (manuscrito inédito, en archivo con los autores).

¹²⁵ Sin embargo, véase BALKIN J.M., *Transcendental Deconstruction, transcendent justice*, 92, Michigan Law Review, 1131, 1138, 1149-57, 1159-62, 1174-76 (1994) (argumentando que esta conexión está sobreestimada porque los usos políticos progresistas de la deconstrucción pueden ser manipulados para servir a una política diferente).

En sentido contrario, el Profesor Fish ha estado jugando un juego por completo diferente. Al sugerir que todos los cánones pueden ser historia-dos,¹²⁶ Fish ha advertido simplemente la tensión inherente entre las actuales metodologías de moda y los fundamentalistas de la Corte Warren. Raspe a un pragmático liberal —Fish parece decir— y encontrará un fundamentalista de la Corte Warren. A pesar de que muchos de los académicos de la generación más joven reconocen (y proclaman a viva voz) que la Corte Warren está muerta y ausente, ellos quieren preservar todavía muchas partes del canon de la Corte Warren.

Pero, ¿está la preservación del canon realmente en las manos de los profesores de derecho? Estos nos conduce a nuestro segundo punto acerca de la importancia del contexto institucional. Las diferencias en los debates sobre el canon entre los cuerpos de los profesores de derecho y de humanidades nacen de las diferencias existentes respecto del control de la autoridad en el ámbito del derecho y en el de las humanidades. Los académicos de las humanidades tienen mayor control sobre el canon académico teórico de su disciplina que los académicos del derecho. Ellos enseñan en los cursos, asignan los libros y se convierten en árbitros de calidad y gusto en la producción intelectual y en partes significativas de la "alta cultura". De allí, por ejemplo, aquello que es estudiado en los departamentos de historia y que es considerado bueno o malo es, no sorprendentemente, definido en gran parte por lo que los historiadores quieran enseñar, lo que ellos piensen que vale la pena estudiar, y qué historia consideran que está bien hecha y bien escrita. Por supuesto, en razón de que los doctos de humanidades no tienen el control sobre la cultura popular, ellos no controlan todo lo canónico en sus disciplinas; aún así poseen una considerable autoridad.

En cambio, los profesores de derecho constitucional tienen mucho menos control sobre el contenido del canon teórico académico de su disciplina. Este canon está ampliamente conformado y controlado por fuerzas que están más allá de su control directo: los tribunales y los órganos políticos. Los profesores de derecho ejercen su control primariamente a través de la influencia sobre sus estudiantes y sus colegas académicos y a través de su trabajo como

¹²⁶ Ver FISH, Stanley, *Not of an Age, But for All Time: Canons and Postmodernism*, 43 J. Legal Educ. 11, 20 (1993) (destacando que "la percepción de que los cánones están socialmente construidos, antes que socavar sus postulados, nos conduce a mirar la historia en cuyo curso se establecieron esos postulados").

asesores jurídicos y abogados. Esta influencia no es insignificante: gran parte de este comentario está dedicada a mostrar que el modo en el que se enseña el derecho constitucional puede incidir en el desarrollo de la doctrina constitucional. No obstante, el poder de los profesores de derecho sobre el canon académico teórico de derecho constitucional languidece en comparación con el control que los historiadores tienen sobre la cuestión de establecer qué es considerado apropiado como historia o tema de estudio histórico.

De esta forma, los teóricos constitucionales liberales de izquierda son defensores de un canon académico teórico sobre el cual ellos tienen comparativamente escaso control. Cuando las fuerzas políticas que los rodean exigen una reconsideración de los precedentes liberales, ellos son empujados hacia una postura jurisprudencial que celebra el *stare decisis*^{vii} y el *rule of law*,^{viii} en definitiva, una postura que celebra la naturaleza canónica de estos precedentes. No es así para el profesor de humanidades de izquierda: el poder de cambiar los cánones académico teórico, pedagógico y de cultura general en su disciplina está ampliamente dentro de su propio control. Puede tomar la ofensiva, sabiendo que triunfar es al mismo tiempo ganar el control del aparato que genera el canon. Los académicos de humanidades en una era conservadora deben, por otro lado, enfrentar continuamente una acción de retaguardia hasta que jueces con su misma concepción asciendan al estrado. Aún en ese punto, no adquieren el control del canon teórico académico sino que una vez más se encuentran a sí mismos como los animadores del equipo que se ha convertido en ganador. En cualquier caso, durante los momentos más urgentes de su lucha para preservar el trabajo de la Corte Warren y sus precedentes atemporales, la última cosa que sientan necesitar probablemente sea un bromista del departamento de inglés señalando que todo es socialmente construido. De allí que, al comparar las diferencias institucionales entre el derecho y las humanidades, podemos señalar que los cánones pueden crear los más extraños compañeros de habitación cuando apenas se tiene la opción de decidir dónde pasar la noche.

^{vii} [Nota de los traductores: obligatoriedad de los precedentes judiciales. Principio jurídico conforme al cual los tribunales deben basar sus decisiones en las reglas jurisprudenciales preexistentes. Fuente: Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS y Eleanor C. HOAGUE, *Diccionario Jurídico*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1990.]

^{viii} [Nota de los traductores: régimen de derecho; principio de legalidad. Fuente: Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS y Eleanor C. HOAGUE, *Diccionario Jurídico*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1990.]

III. Cánones constitucionales y pensamiento constitucional

Las peleas sobre el canon en la literatura parten —en su gran mayoría— de la base de que existe cierta conexión entre el material que constituye el canon y la forma de pensar de los individuos. El material con el que se topan más frecuentemente estudiantes y profesores establece los criterios para determinar qué es normal y qué es anormal, qué es lo esperado y qué es fuera de lo común y cuáles son los buenos y malos ejemplos en la práctica. Sin embargo —tal como lo hemos señalado— lo más canónico, en sentido profundo, son los hábitos de razonamiento. Éstos son los responsables de guiar la selección y retención del material denominado canónico. El contacto con el citado material, a su turno, ayuda a reproducir y reforzar los hábitos de la mente que establecen qué elemento es considerado parte del canon. Así las cosas, es falso afirmar que el material considerado canónico determine por sí mismo al pensamiento, ya que aquél puede simplemente reflejar el tipo de razonamiento que guía su continua selección. Desde que el material considerado canónico es a la vez causa y efecto del razonamiento, la trama de causalidades que establece cómo los cánones ejercen influencia en nosotros es, inevitablemente, un asunto complejo.

Al hablar de un "canon", nos estamos refiriendo en realidad a un proceso de reproducción: se trata de la reproducción de las herramientas de comprensión, el "*software* cultural" que utiliza la gente para formular problemas y comprender el mundo, así como sus propias acciones.¹²⁷ Desde esta perspectiva, lo que hace canónicos a los cánones es, precisamente, el hecho de que ellos se auto-reproducen a lo largo de las distintas generaciones de la mente humana. El establecimiento de un determinado canon dirige la atención hacia determinado material, en contraposición a otros. Dado que tanto el espacio como la atención que pueda prestar la mente humana son limitados, la transmisión frecuente de trabajos referidos a un determinado canon ayuda a prestarles mayor interés y así asegurar su perpetuación y proliferación. Sin embargo su efecto es aún más profundo. Al acaparar cada vez más porciones del limitado espacio de las mentes humanas e imaginaciones, las obras canónicas comienzan a definir la verdadera naturaleza de lo que merece ser materia de debate o razonamiento. Su efecto es arrollador, lo que contribuye a asegurar su rol cen-

¹²⁷ BALKIN, c. nota 86, en 3-4, 25.

tral así como un éxito multiplicador en el futuro.¹²⁸ Así, las cosas no devienen canónicas simplemente por el hecho de ser importantes: a menudo suelen convertirse en importantes por ser consideradas canónicas.

A. Comparativismo y protagonismo de los tribunales

Hemos identificado al canon pedagógico o de enseñanza en derecho constitucional como el conjunto de casos y materiales (ejemplos históricos, historia legislativa, discursos de presidentes y legisladores, etc.) regularmente enseñados y leídos en los cursos de derecho constitucional o que, al menos, deberían serlo. Toda indagación acerca del canon pedagógico no sólo debe interesarse en el contenido, sino también en la forma. No sólo debe referirse a los temas que se estudian, sino que debe además concernir al tipo de material utilizado para ello, ya sea que se trate de casos, leyes, debates académicos o estudios prácticos. Esta última cuestión formal tiende a ser dejada de lado. La cuestión no consiste en establecer cuáles casos de la Corte Suprema deberían estudiarse, sino, antes bien, si debieran estudiarse los casos de la Corte Suprema, en lugar del primer discurso inaugural de Lincoln o las palabras de James Madison acerca de la constitucionalidad del Banco de los Estados Unidos.

Los cuestiones sociológicas se fusionan aquí con las normativas. Una de las razones por las que el canon constitucional es construido -casi en su totalidad- en términos de lo establecido por los casos de la Suprema Corte, radica en el protagonismo de los tribunales en el estudio del derecho. En realidad, más que el protagonismo de los tribunales se trata del protagonismo de la Suprema Corte. Pese a que gran parte de lo decidido en materia de derecho constitucional es establecido en las cortes de circuito o de distrito,¹²⁹ los libros de casos de derecho constitucional tienden a enfatizar exclusivamente las decisiones de la Suprema Corte.

La confrontación entre las decisiones de la Corte Suprema y las interpretaciones efectuadas por distinguidos estadistas tales como James Madison,

¹²⁸ Hemos hecho una afirmación similar respecto de las citas de doctrina jurídica, a través de lo cual también se intenta establecer grupos de material canónico. Véase Balkin y Levinson, nota 55, pág. 845.

¹²⁹ Véase por ej. *Action for Children's Television v. FCC*, 58 F.3d 654, 659-70 (D.C. Cir. 1995) (en banc) (declarando constitucional una norma que prohibía la emisión de programas "indecentes" entre las seis de la mañana y las diez de la noche); *Mozert v. Hawkins County Bd. Of Educ.*, 827 F.2d 1058, 1063-70 (6^o Cir. 1987) (rechazando una demanda por la *Free Exercise Clause* iniciada por padres católicos practicantes que intentaban evitar la exposición de su hijo a material secular).

Wendell Phillips, Frederic Douglass y Abraham Lincoln brinda una visión diferente del pretendido rol asignado a la Corte Suprema de ser el único intérprete autorizado del significado de la Constitución. La preponderancia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los cánones pedagógicos del derecho constitucional tiene importantes efectos ideológicos. Tiende a reforzar el poder de decisión final de la Corte Suprema en materia de interpretación constitucional. A la inversa, tiende a desalentar la posibilidad (y la deseabilidad) de las interpretaciones "protestantes" de la Constitución, que consideran que cada ciudadano tiene el deber de interpretar aquélla por sí mismo.

Por otra parte, el protagonismo de la Corte Suprema en el canon constitucional implica que los estudiantes de derecho nunca lleguen a considerar, de manera sistemática, aquellos aspectos de la Constitución que jamás son materia de debate, tales como los períodos establecidos entre elecciones, el bicameralismo, la limitación impuesta a la reelección del presidente, o las considerables dificultades que debe afrontar todo aquel que desee enfrentarse a una reforma constitucional según lo establecido en el artículo V. Estas cuestiones estructurales de la Constitución son —cuanto menos— tan importantes como la *dormant commerce clause* o la protección brindada por la primera enmienda a la libertad de expresión en materia comercial, aunque casi nunca forman parte del contenido de la enseñanza a los estudiantes de derecho.

Ello no representaría mayormente un problema si la pedagogía legal estuviese solamente interesada en la preparación de los estudiantes para el ejercicio de la profesión. Casi ningún abogado que ejerza la profesión se verá obligado a plantear en un litigio si es o no defendible el hecho de que Vermont tenga el mismo número de senadores que Texas. (Claro que muchos de los estudiantes de derecho rara vez llegan a intervenir, incluso, en aquellos casos en los que está en juego la *dormant commerce clause* o la Primera Enmienda). Sin embargo, muchos profesores de derecho creen que su función es formar a ciudadanos-abogados tanto como abogados-practicantes, especialmente porque los Estados Unidos continúa tomando una excesiva parte de sus líderes de las filas de abogados entrenados profesionalmente. Debemos reconocer que, al desatender estos importantes rasgos estructurales de la Constitución, estamos causando un daño a la nación con graduados cuya ignorancia respecto de cuestiones fundamentales los inhabilita para el debate de muchos asuntos vitales

de gobierno. Nuestros estudiantes de derecho, entrenados en las universidades para tener plena fe en la Constitución sin considerar ninguna de sus manifestaciones imperfecciones —a decir verdad, lisas y llanas tonterías—¹³⁰, tendrán pocas herramientas para analizar la adecuación de las instituciones que nos fueron legadas por nuestros padres fundadores.

Así como el canon pedagógico es inocente respecto de estos importantes asuntos, también parece estar completamente desinteresado en las comparaciones con las constituciones de otros países y épocas. Excepcionalmente algunos pocos libros de casos de distintas asignaturas incluyen material proveniente de sistemas jurídicos extranjeros. Esta ausencia resulta particularmente notoria en los cursos de derecho. Por supuesto que si uno está interesado en el comparativismo, casi no se necesita atravesar nuestras propias orillas. La primera comparación a realizar podría efectuarse respecto de otras constituciones locales, incluyendo los desechados Artículos de la Confederación, las cincuenta constituciones estatales que complementan la Constitución de los Estados Unidos,¹³¹ e incluso la Constitución de los Estados Confederados de América, que presenta varias diferencias importantes respecto de la Constitución anterior a la guerra. Más allá de nuestras fronteras, uno podría también prestar atención a las constituciones escritas de más de cien países distintos,¹³² la Carta de las Naciones Unidas y el Tratado de Roma.¹³³ Esta lista, por supuesto, ni siquiera incluye las opiniones judiciales de los tribunales constitucionales de otros países. A través de estas opiniones podríamos no sólo comparar el tratamiento de asuntos estructurales específicos o cuestiones vinculadas a los derechos humanos, sino también los métodos de interpretación empleados por los citados tribunales. Así como existe más de una forma de definir la democra-

¹³⁰ V. Symposium, *Constitutional Stupidities*, 12 *Cons. Commentary* 39 (1995).

¹³¹ Los jueces de los tribunales estatales alguna vez han interpretado las prescripciones de las constituciones locales de distinto modo que la Suprema Corte en sus decisiones. A modo de ejemplo, luego de que la Corte se negara a reconocer la esencia de un derecho al acceso igualitario a la educación en *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 54-55 (1973), algunos tribunales estatales hallaron el referido derecho en sus constituciones locales, incluyendo a Texas, estado en el que se inició el caso *Rodriguez*, véase *Edgewood Indp. Sch. Dist. v. Kirby*, 777 S.W. 2d 391, 397 (Tex. 1989) (en el que se interpretó la constitución de Texas en el sentido de que ella protegía el derecho a la "igualdad sustancial de oportunidades para acceder a los fondos educativos").

¹³² V. *Constitutions of the countries of the world* (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz eds., 1997).

¹³³ Véase, por ejemplo, J.H.H. Weiler, *The transformation of Europe*, 100 *YALE L.J.* 2403 (1991), un fascinante artículo que compara el desarrollo obtenido bajo el Tratado de Roma con los precoces avances en la historia de la Constitución de los Estados Unidos.

cia, seguramente hay más de una forma de interpretar una disposición constitucional.¹³⁴ Tanto el análisis histórico, como el generalmente llamado "comparado" (por ej. el estudio de otras culturas jurídicas) son verdaderos casos especiales de comparativismo. El comparativismo opera tanto temporal como espacialmente: incluso nos transporta atrás en el tiempo o hacia a otros lugares. En ambos casos el fin perseguido es el mismo. Se trata de hacer que el objeto de nuestro estudio —en este caso la Constitución de los Estados Unidos— nos resulte "ajeno" (los críticos literarios conocen la técnica similar de la "desfamiliarización"). Esperamos ver cómo un problema resuelto de una manera determinada puede ser solucionado de otra forma, o cómo se ve un aspecto específico de nuestra vida política cuando es separado de otros asuntos concomitantes que descuidadamente mezclamos con aquél.

La omisión habitual por parte de los académicos del derecho norteamericano al no considerar las demás constituciones y doctrinas constitucionales como pedagogía constitucional tiene dos efectos ideológicos significativos. En primer lugar, tiende a reforzar la idea de que la Constitución de los Estados Unidos es el modelo de constitución escrita; por lo tanto, las demás constituciones serán analizadas según sus semejanzas o diferencias respecto de aquélla. En segundo lugar, convierte a la Constitución de los Estados Unidos no sólo en una norma descriptiva, sino también prescriptiva para el diseño constitucional. Esta tendencia se manifiesta cada vez que los constitucionalistas norteamericanos ofrecen con vehemencia asesoramiento a los sistemas políticos en desarrollo que procuran elaborar una Constitución. Como la mayoría de sus profesores, los estudiantes de derecho raramente lidian con la posibilidad de

¹³⁴ Por desgracia observamos que la Suprema Corte actual parece decidida a colaborar y a favorecer la ignorante desatención hacia las constituciones de otros países. La reciente insinuación del Justice Breyer en el caso *Printz v. United States* de que la Corte tiene en cuenta la experiencia de la Unión Europea, fue desechada contundentemente por la opinión -mayoritaria- del Justice Scalia: "Creemos que semejante análisis es inapropiado para la tarea de interpretación de una constitución aunque, por supuesto, haya sido relevante a los fines de la redacción"; *Printz v. United States* 117 S. Ct. 2365, 2377 n. 11 (1997). Inclusive, los propios padres fundadores se sirvieron del comparativismo, uno podría pensar que un seguidor de la interpretación histórica debería demostrar un interés similar, al menos como guía para la comprensión de sus más grandes fines. Sin embargo, Scalia sostiene, en un arranque de fervor nacionalista, que tales requerimientos son completamente innecesarios, desde que "nuestro federalismo no es como el de Europa". Íd. en 2378 n. 11. Se trata de "la contribución original de los autores de la constitución a la ciencia y la teoría política" Íd. (citando *United States v. Lopez*), 514 U.S. 549, 575 (1995) (voto concurrente de J. Kennedy) (citando a Henry J. FRIENDLY, *Federalism: a foreword*, 86, Yale L.J. 1019 (1977)) (han sido omitidas las marcas de citas internas). Esta puede ser verdadera o no, pero resulta realmente irrelevante desde el punto de vista del comparativismo, conforme al cual es mejor comprendernos a través de la comparación con los otros. En contraposición, lo que Scalia nos propone es el tipo de jactancia autocomplaciente, llamada chauvinismo.

que existan otras formas de estructurar un gobierno o de resolver los problemas propios de las instituciones democráticas: tal es el caso, por ejemplo, de la elección entre sufragio por representación proporcional y las elecciones en las que "el vencedor se lleva todo", o bien entre modelos parlamentarios y aquellos que dan especial importancia a la separación de poderes.¹³⁵

B. Preocupaciones prácticas y "Problemas Atemporales"

Las preocupaciones de la "práctica legal" ejercen una influencia algo diferente sobre el canon pedagógico. Los autores de libros de casos suelen considerarlas relevantes para proyectar la forma en que la doctrina jurídica es "realmente" puesta en práctica. En la medida en que los libros de casos definen la forma en que se analizan, determinados problemas, podríamos estar frente a una profecía que se autorrealiza. Sin embargo, no resulta de ninguna manera claro que los libros de casos muestren la práctica legal. Más bien, ellos tienden a reflejar la práctica tal como es imaginada por los académicos. La mayoría de ellos apenas tienen idea de cuántos casos se litigan en las diferentes áreas, o cuanta atención prestan los abogados litigantes a ciertas cuestiones —y no a otras—. Sin perjuicio de ello, los académicos del derecho establecen un criterio

¹³⁵ En efecto, uno de elementos más penosamente desatendidos dentro del actual canon constitucional es la preocupación por los hechos. Los libros de casos de derecho difícilmente ofrezcan el tipo de información empírica que pueda permitir a los estudiantes evaluar la exactitud de los a veces llamativamente arrogantes pronunciamientos de la Suprema Corte sobre el mundo exterior.

Considérese, por ejemplo, el "efecto desalentador" que los estudiosos del derecho de tendencia liberal temen que producirá la regulación de la prensa. ¿Acaso tenemos acaso alguna razón para creer que el temor a un proceso por calumnias tiene un efecto mayor en el comportamiento de la prensa que, por ejemplo, el temor a la represalia de un anunciante principal de la publicación? Véase Frederick SCHAUER, *Liars, Novelists, and the Law of Defamation*, 51 *Book L. Rev.* 233, 246-47 (1985); Frederick SCHAUER, *Uncoupling Free Speech*, 92 *Colum L. Rev.* 1321, 1329-1330 (1992).

Considérense luego las odas de los conservadores a las virtudes del federalismo. Al derribar un esquema federal regulador de los desechos radioactivos, la *Justice O'Connor* sostuvo: "La soberanía estatal no es un fin en sí mismo: 'Antes bien, el federalismo asegura a los ciudadanos las libertades que derivan de la difusión del poder soberano'" *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 181 (1991) (citando a *Coleman v. Thompson*, 591 U.S. 722, 759 (1991) (Blackmun, J., en disidencia). Sin embargo, tal como señala Larry Kramer, son pocos los estudiosos, sin mencionar a los miembros de la Suprema Corte, que se hayan dedicado lo suficiente a justificar alguno de tales confiados pronunciamientos acerca la relación entre federalismo y libertad. Véase Larry Kramer, *Understanding Federalism*, 47 *Vand L. Rev.* 1485, 1490, 1561 (1994). Hay muchos tipos de federalismos diferentes y muchas libertades que pueden ser protegidas en mayor o menor grado por estas diferentes formas. Por otra parte, si la descentralización es la clave para promover la libertad, en modo alguno resulta claro que el poder deba estar concentrado a nivel estadual y no de los condados o municipalidades.

Los estudiantes que leen estos y otros confiados pronunciamientos rara vez están informados de cuán dudosas son muchas de las descripciones judiciales del mundo fuera del tribunal. Probablemente no se debería esperar que los jueces entrenados en facultades de derecho sean especialistas en análisis empírico y social, pero, si así fuera, ello generaría importantes cuestionamientos acerca del rol de los jueces.

—tal vez derivado, con demasiada frecuencia, de las opiniones de la Suprema Corte— en lo relativo a qué asuntos son "calientes" y, por lo tanto, dignos de ser impuestos a sus estudiantes.

Esta necesidad de delinear la práctica según la forma en que es imaginada por los académicos, lleva a enfatizar los "problemas actuales". Nuevamente aquí, el protagonismo de los tribunales —y, en particular, de la Suprema Corte— juega un papel importante. Es por ello que se ve gran cantidad de material dedicado a las áreas en las cuales la doctrina jurídica virtualmente cambia con cada término de la Suprema Corte. En el ámbito de la protección igualitaria, por ejemplo, los casos sobre eliminación de la segregación racial^{ix} en las escuelas han sido seguidos por casos de acciones afirmativas,^x y, ahora, la atención parece estar dirigida considerablemente hacia los derechos electorales. Se puede rastrear la inventiva cambiante de los académicos al advertir cuándo ciertos temas adquieren un espacio significativo relevante en los libros de casos de derecho constitucional. Es posible, por ejemplo, prestar atención al número de páginas dedicadas al discurso racista antes y después del caso *R.A.V. v. City of St. Paul*¹³⁶. Por otra parte, el crecimiento de ramas particulares de los estudios académicos (por ejemplo, doctrina legal feminista) puede modificar el contenido de los libros de casos, aún cuando la Corte Suprema ya no reciba una gran cantidad de casos de discriminación de género. El canon pedagógico seguramente obedece a las fuerzas de mando tanto en la cultura jurídica y académica como en los tribunales.

Aun así, la noción de "canonicidad" suele oponerse a los asuntos del momento y colocarse dentro de los considerados "atemporales". Esto conduce a un inevitable conflicto entre dos posibilidades: estudiar los "*leading cases*" o bien los problemas que resuelven (o deberían resolver) los abogados y jueces y que desde la óptica del académico son verdaderamente importantes.

El deseo de atemporalidad suele relacionarse con aquel deseo de enseñar casos de "buena doctrina". Habitualmente, son casos y materiales que se transforman en lo que la comunidad docente considera como que son asuntos importantes (y "atemporales") del derecho constitucional. Sin embargo, la

^{ix} [Nota de los traductores: *desegregation*: eliminación de normas o conductas que impliquen segregación racial.]

^x [Nota de los traductores: *affirmative actions*, programas o normas que exigen una acción positiva para eliminar o evitar conductas, actitudes o situaciones discriminatorias.]

¹³⁶ 505 U.S. 377 (1992).

atemporalidad del canon puede ser parcialmente ilusoria; puede que refleje las inquietudes del momento disfrazadas de preocupaciones eternas. Después de todo, la noción de lo que es "importante" y "atemporal" es construida por la cultura jurídica, y se encuentra en constante cambio. Si el estudio histórico del canon nos enseña algo, es que la atemporalidad ya no es lo que solía ser.

El concepto de atemporalidad, nos conduce sin embargo hacia la idea de transmitir una tradición, que nos remite a una concepción distinta de la canonicidad. El "canon de cultura general" está compuesto por aquellos casos y materiales mejor diseñados para formar al estudiante en la "tradición" del discurso constitucional norteamericano, e introducirlo en aquello que todo miembro de una determinada comunidad interpretativa debería conocer. ¿En qué consiste esta comunidad interpretativa? Es una comunidad interpretativa tal como la imagina otra comunidad interpretativa compuesta por académicos del derecho. Los académicos imaginan una comunidad de abogados, jueces y estudiosos del derecho inteligentes y formados. (Podríamos comparar esta comunidad con la comunidad imaginaria integrada por hombres y mujeres instruidos, que se supone que es producida por la educación en humanidades).

Todo lo que hemos dicho sobre la forma *versus* el contenido (qué tipo de materiales frente a qué otro tipo de asuntos) también es aplicable a esta tradición. El protagonismo de los tribunales y, en particular, de la Suprema Corte, es sin duda un aspecto central de las actuales definiciones de cultura general. A juzgar por los libros de casos de derecho constitucional existentes, aparentemente todo el mundo debe conocer el caso *Marbury c. Madison*,¹³⁷ pero no el "Bank Veto" de Andrew Jackson,¹³⁸ la Carta Europea de Derechos Humanos, o la Ley Fundamental Alemana.

¹³⁷ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). De hecho, uno de nosotros (Levinson) confiesa haber dejado de enseñar para siempre el caso *Marbury* porque toma demasiado tiempo de clase explicarlo en relación a las ventajas que arrojaría su enseñanza. Esta confesión es, simplemente, otra forma de articular el aspecto cuasi Darwiniano desarrollado con anterioridad, por el cual todos los cánones deben ser entendidos en términos "competitivos" y "económicos". Los cánones están compuestos por materiales que compete por el espacio—dentro de los escasos recursos del conocimiento experto—y por el tiempo—dentro de las limitadas horas que son dedicadas a un curso determinado—. Si tuviéramos tiempo y memoria infinitos, no habría necesidad de cánones; podríamos leer y absorber *todo*. De hecho, vivimos en condiciones de cada vez mayor imposición de conocimientos y escasez temporal, en donde la sola idea de "mantenerse en armonía con" su propio campo o darles a sus estudiantes un vistazo "comprensivo" de aquel campo, parece ser cada vez más ridículo. El docente debe decidir qué merece ser enseñado en un curso que, usualmente, no dura más de cuarenta y dos horas. El editor de un libro de casos se enfrenta inevitablemente a un límite de páginas que requiere, como mucho, una edición vigorosa de los textos y, en el peor de los casos, la cruel exclusión de materiales—que en otras circunstancias sería meritorio—.

¹³⁸ Véase BREST & LEVINSON, *supra* nota 23 p. 49.

Esta tradición, como muchas otras, es una "tradición inventada". Aparece en un momento determinado de la historia y luego se refiere a ella misma como si siempre hubiese estado allí. Podemos descubrir la invención de esta tradición averiguando cuándo ciertos materiales ingresan o abandonan el canon de cosas que cada abogado, juez, estudiante o académico del derecho constitucional debería saber, y conectando estos cambios con los problemas políticos y sociales del momento. Aquí se detallan sólo algunos ejemplos de las preguntas que uno podría hacer sobre el canon de cultura general en derecho constitucional:

- (1) ¿Cuál es la relación entre el desarrollo de los libros de casos jurídicos y el protagonismo de los tribunales en la tradición cultural? En el siglo XIX y en los albores del siglo XX, la teoría constitucional fue de más de incumbencia de los politólogos antes que de los profesores de derecho.¹³⁹
- (2) ¿Cuándo los artículos de las revistas de derecho se convirtieron en partes esenciales de canon de la teoría académica? Sospechamos que la respuesta es que es un fenómeno reciente. ¿Cuándo los tratados se volvieron importantes para el canon y cuándo empezaron a perder su importancia? Los tratados de Joseph Story y Tomas Cooley seguramente fueron influyentes a lo largo del siglo XIX, así como los tratados de Williston, Corbin y Wigmore fueron en años posteriores. Sin embargo, las revistas de derecho editadas por estudiantes han reemplazado gradualmente a los tratados como el lugar de reunión para los comentarios de los expertos contemporáneos.¹⁴⁰ Es inte-

¹³⁹ Esta situación empezó a cambiar con James Bradley Thayer, un profesor de derecho cuyo trabajo en revistas de derecho devino altamente influyente. Véase Jay Hook, *A Brief Life of James Bradley Thayer*, 88 Nw. U.L. Rev. 1, 5-6 (1993).

¹⁴⁰ Este cambio tuvo lugar a medida que muchos de los destinatarios de la doctrina de los autores de derecho son otros académicos, antes que jueces o profesionales litigantes. Los dos últimos grupos son en la actualidad los destinatarios principales de los tratados de derecho.

Mary Ann Glendon, en su crítica a la academia legal contemporánea, elige "el declive en el prestigio del tratado legal" como motivo de crítica. GLENDON, *supra* nota 63, en 204. "Hasta mediados de los años '70", escribe Glendon, "tratados como el de (Louis) Loss sobre regulación de *securities*, el de (Phillip) Areeda de defensa de la competencia, el de (Charles Alan) Wright y (Arthur) Miller sobre derecho procesal civil, y el de (John H.) Wigmore sobre prueba, han sido considerados durante mucho tiempo como la expresión más elevada de la erudición legal. Sus autores eran las súper-estrellas de la academia jurídico".

Según la visión de Glendon, este feliz estado de cosas fue modificado hacia fines de los años '70, cuando la academia jurídica fue alcanzada por "una nueva generación de profesores" quienes "comenzaron a evitar el saber puramente 'doctrinal' y se apartaron de las más antiguas tradiciones de redacción de tratados". Íd. Como resultado, Glendon afirma, "la proporción entre ensayos prácticos y teóricos publicados en las publicaciones de derecho principales cayó de 4.5:1 en 1960 a 1:1 en 1985". Íd. Ella contrasta su inclinación por la tradición tratadista con la dura opinión del profesor George Priest, quien en 1983 proclamó que la redacción de tratados "ha sido abandonada a los practicantes" y que "el tratado ya no

resante observar que en el derecho constitucional, hay una importante excepción: la obra *American Constitutional Law*, de Laurence Tribe.¹⁴¹

- (3) ¿En qué momento el caso *Marbury* adquiere particular importancia en la cultura general y en los cánones pedagógicos? Una suposición es que *Marbury* adquirió particular importancia en el siglo XX. Sería interesante examinar el peso dado al caso *Marbury* durante el período que precedió a las controversias derivadas del *New Deal* cuando la supremacía judicial era una preocupación importante. Seguramente, *McCulloch* y *Gibbons v. Ogden*¹⁴² debieron haber adquirido nueva importancia en una época en que se expandió el poder legislativo federal.
- (4) En el mismo orden de ideas, podríamos preguntarnos cuándo *Calder v. Bull*¹⁴³ —que contiene una de las primeras discusiones acerca del derecho natural— devino central para el canon constitucional. ¿Siempre fue visto como trascendente o su importancia surgió al mismo tiempo en que fueron dictados los casos *Griswold v. Connecticut*¹⁴⁴ o *Roe v. Wade*? De igual forma, sospechamos que los problemas actuales le están otorgando nueva trascendencia e importancia a la disidencia del Justice Harlan en el caso *Lochner v. New York*. La disidencia más famosa en el caso *Lochner* siempre ha sido la del Justice Holmes, condimentada como lo está con aforismos memorables y eslóganes dignos de ser citados. Sin embargo, mientras el disenso canónico de Holmes ofrece poco más que un implacable mayoritarismo, el cuidadoso análisis de Harlan de las actuales propuestas y verosímiles efectos de la legislación, probablemente coincida más profundamente con los constitucionalistas liberales contemporáneos que buscan distintos acercamientos al escrutinio judicial. En una época anterior, al tratar de liberarse de los excesos de *Lochner*, la aceptación por parte de la voluntad de la mayoría resultó sin duda heroica y merecedora de integrar el canon. Pero en una época en la cual las condiciones inconstitucionales, las libertades positivas, las acciones afirmativas y los derechos de los homosexuales forman

constituye siquiera un crédito para aquellos que compiten por el liderazgo del pensamiento jurídico". Íd. en 204-05 (citando a George L. Priest, *Social Science Theory and Legal Education: The Law School and the University*, 33 J. Legal Educ. 437, 441 (1983)) (fueron omitidas las marcas internas de la cita).

¹⁴¹ TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law* (2ª ed. 1988).

¹⁴² 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).

¹⁴³ 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798).

¹⁴⁴ 381 U.S. 479 (1965).

parte de la agenda de los estudiosos, el enfoque más medurado de Harlan podría resultar cada vez más relevante y atractivo.

Estas preguntas presuponen una cuestión mucho más amplia: algunos casos y materiales pueden languidecer en relativa oscuridad durante décadas o, incluso, siglos —excepto, tal vez, para algunos entendidos— y luego, repentinamente, pueden transformarse en asuntos centrales para los cánones pedagógico, teórico o de cultura general. Este cambio de suerte, por lo general no es casual sino que está relacionado con los problemas constitucionales del momento actual. En otras palabras, los casos y las opiniones se vuelven atemporales cuando llega el momento adecuado.

En realidad, muchos de los primeros libros de casos no comenzaban con lo que muchos consideran hoy la joya de la corona del canon constitucional, *Marbury v. Madison*; en cambio, comenzaban con los procesos de reforma previstos en la V Enmienda.¹⁴⁵ Esto podría reflejar los asuntos de interés de los politólogos, quienes aún dominaban la materia en la primera parte del siglo. También podría reflejar una forma más continental de pensar acerca del derecho constitucional: el estudiante debería comenzar por los aspectos estructurales y la regla de reconocimiento, preguntándose, en primer lugar, cómo sabemos que algo es parte de la Constitución y cómo se incorporan cosas a ésta. En muchos de estos primeros libros de casos, las cuestiones relativas a los derechos individuales son consideradas secundarias,¹⁴⁶ mientras que son consideradas centrales por el derecho constitucional de hoy.

¹⁴⁵ Véase e.g. Noel T. DOWLING, *Cases on American Constitutional Law 1-20* (1937) (comenzando por "The Constitution; and the Amending Process"); Oliver Peter FIELD, *A Selection of cases and Authorities on Constitutional Law 1-18* (1930) (comenzando por "The Formulation and Modification of the Constitution of the United States"); HALL, James Parker, *Illustrative Cases on Constitutional Law 1-17* (2^a ed. revisada y ampliada, 1927) (comenzando por la sección sobre "Establishment and Amendment of Constitutions"). Uno podría comparar estos libros de casos con aquel de Harvard publicado durante el apogeo de la era del Proceso Legal, véase FREUND, Paul A., SUTHERLAND, ARTHUR E., DE WOLFE, Mark & BROWN, Ernst J., *Constitutional Law: Cases and other problems 3-39* (1954). Este libro de casos comienza, tal como muchos de los libros de casos contemporáneos, con las bases históricas de la revisión judicial. En su 4^a edición en 1950, Dowling lanzó las observaciones introductorias a la reforma y las reemplazó con el "Origen de la Doctrina de la Revisión Judicial". DOWLING, Noel T., *Cases on Constitutional Law 1-69* (4^a ed. 1950). Interesante y simbólicamente, este material aparece incluso antes del texto de la propia Constitución. Para el sucesor del libro de casos de Dowling, véase Noel T. DOWLING & Gerald GUNTHER, *Cases and Materials on Constitutional Law* (7^a ed. 1965), que reaparece en su última reencarnación como GUNTHER & SULLIVAN, *supra* nota 52. El debate acerca de las reformas constitucionales y el artículo V ha sido relegado hasta ahora a una simple nota al pie de página en "Other Congressional Powers". Íd. en 250 n. 1.

¹⁴⁶ Véase, e.g. HALL, *supra* nota 145, en xiii-xiv (tabla de contenidos dedicada a la cobertura primaria de los asuntos estructurales); ROTHSCHAEFER, Henry, *Cases on Constitutional Law vii-viii* (1932) (igual).

C. Pedagogía y teoría académica

A pesar de que los cánones pedagógico y de cultura general son conceptualmente distintos de los cánones de la teoría académica, seguramente afectan la estructura de la teoría constitucional normativa. La selección de casos y materiales en los libros de casos y otros materiales de enseñanza reflejan y perpetúan particulares (algunos dirían anticuados) modos de entender las cuestiones jurídicas. A través de decisiones estructurales, el canon pedagógico puede dirigir nuestra atención hacia ciertos problemas y asuntos, alejarnos de otros, o hacernos ver determinadas situaciones como paradigmáticas y otras como secundarias.

El tratamiento de la Primera Enmienda es un buen ejemplo. Durante muchos años, el paradigma de la difamación sediciosa efectuada por un disidente político ha sido tomado como el ejemplo canónico para la teoría de la libertad de expresión; esta concepción alcanzó la apoteosis en *Brandenburg v. Ohio*,¹⁴⁷ en donde la Corte Suprema abandonó las doctrinas sobre defensa de la sedición que protegían fuertemente al discurso disidente.¹⁴⁸ Algunos profesores que se concentraron en el canon clásico de los casos de libertad de expresión parecen reconocer que hoy muy pocos disidentes extremos enfrentan la posibilidad del castigo penal por lo que dicen. Esto podría ser el resultado de las propias doctrinas jurídicas liberales, o podría ser la consecuencia de cambios más profundos en nuestra cultura. En cualquier caso, las verdaderas controversias centrales de nuestra era alrededor de la Primera Enmienda —financiamiento de las campañas políticas, expresión del gobierno, regulación de los medios de comunicación y establecimiento de requisitos inconstitucionales—, no encajan fácilmente en el paradigma del disidente aislado emitiendo opiniones impopulares. Como resultado, los libros de casos no hallaron una forma totalmente adecuada para lidiar con ellos.¹⁴⁹ Un ejemplo particularmente notorio de este

¹⁴⁷ 395 U.S. 444 (1969) (*per curiam*).

¹⁴⁸ Véase *id.* en 447.

¹⁴⁹ En contraposición, los problemas del discurso racista y de la pornografía han sido asimilados en la organización del canon pedagógico con mucha menos dificultad; encajan perfectamente en el paradigma tipo del individuo aislado (o grupo de individuos) que dice cosas que disgustan a otros. Después de todo, uno de los primeros casos sobre discurso racista fue *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), e incluso el propio *Brandenburg* podría estudiarse como un caso de este tipo. En verdad, el caso de discurso racista más prominente de nuestra era, *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), consiste en una acción penal anticuada. Del mismo modo, los autores de libros de casos pueden (y así lo hacen) simplemente incorporar debates sobre feminismo y pornografía luego de materiales tradicionales sobre obscenidad. Véase e.g. GUNTHER &

fenómeno se presenta en el conocido libro de casos de Gerald Gunther, el cual, durante muchos años, dividió el universo de la libertad de expresión en: expresiones sediciosas, regulaciones de tiempo, lugar y modo, expresión simbólica y "Problemas Adicionales".¹⁵⁰ Cuando casi todas las cuestiones claves de la libertad de expresión de nuestro tiempo se han convertido en "problemas adicionales", se percibe que los abordajes teóricos centrales de la Primera Enmienda necesitan un replanteo urgente.

Un segundo tipo de efecto sobre la imaginación especulativa se relaciona con la creciente especialización del derecho constitucional, que es una resultante del incremento de casos de derecho constitucional y de demandas fundadas en derechos constitucionales que deben ser protegidos mediante el control judicial. Podríamos entender esto como la victoria de los casos excepcionales descritos en la nota número cuatro al pie de página del caso *United States v. Carolene Products Co.*¹⁵¹ por encima del caso típico de control judicial descrito en el texto de esa opinión.¹⁵² Cuantas más oportunidades haya para el control judicial en materia de derechos individuales, mayor será la especialización.

Por ejemplo, especialmente a partir de la década de 1960, los libros de casos de derecho constitucional comenzaron a abreviar el material referido al procedimiento penal por razones de espacio. En la actualidad, solamente el libro de casos editado por William Lockhart, Yale Kamisar, Jesse Choper, Steven Shiffrin y Richard Fallon conserva una cantidad importante de este tipo de materiales, seguramente, sospechamos, porque uno de sus editores es el profesor Kamisar, un reconocido especialista en derecho procesal penal.¹⁵³ En síntesis, el derecho procesal penal, desafortunadamente, se ha convertido en una espe-

SULLIVAN, *supra* nota 52, ps. 1126-55. No dudamos de que sería mejor tratar estos materiales en forma diferente —por ejemplo, como parte del estudio sobre la cláusula de la protección igualitaria ("Equal Protection Clause")—. Más bien, nuestra idea consiste en que los libros de casos han tenido muchas menos dificultades para encajar estos casos dentro del esquema tradicional, aun cuando éste esté equivocado.

¹⁵⁰ GUNTHER, Gerald, *Cases and Materials on Constitutional Law*, 1105-1343 (10ª ed. 1980). Estos problemas "adicionales" de la Primera Enmienda incluían la difamación, la obscenidad, la censura previa, la publicidad comercial, los piquetes de trabajadores, la libertad de asociación y el financiamiento de campañas políticas. Véase *id.* en lviii-lxxiv. Sin embargo, agudamente, Gunther incluyó los siguientes fallos junto con los casos de foro público: *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969), y *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974). Véase GUNTHER, *supra*, ps. 1302-05.

¹⁵¹ 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

¹⁵² Éste es el argumento de BALKIN, J. M., *The Footnote*, 83 Nw. U.L. Rev. 275, 301 (1989).

¹⁵³ El libro de casos de Lockhart también es el único que todavía incluye material sustancioso sobre la pena capital. Véase LOCKHART, KAMISAR, CHOPER, SHIFFRIN & FALLON, *supra*, nota 52, en 555-81. Sin embargo, entre los demás típicos libros de casos, solo BREST & LEVINSON incluye como caso importante a *McCleskey v. Kemp*,

cialidad que ha dejado de ser enseñada por la mayor parte de los "especialistas" en derecho constitucional (incluyendo a los autores de este artículo). Ello trae aparejado dos consecuencias desafortunadas.

En primer lugar, los teóricos del derecho constitucional tienden a desatender los variados espectros de interpretación constitucional que aparecen en los casos sobre procedimiento penal y que pueden afectar o ayudar a predecir las opiniones de los jueces —ordinarios o de tribunales superiores— en otro tipo de casos. Por ejemplo, el debate entre los *Justices* Black y Frankfurter sobre "*incorporation*" fue ampliamente sostenido en el área del derecho procesal penal.¹⁵⁴ En nuestros días, la interpretación del *Justice* Scalia de la "*confrontation clause*"^{x1} parece vinculada a sus interpretaciones formalistas de otras partes de la Constitución.¹⁵⁵

En segundo lugar, si los teóricos del derecho constitucional no prestan atención a los problemas del procedimiento penal, éstos tenderán a ser concebidos como asuntos propios de la administración de justicia antes que como cuestiones de interpretación constitucional. Las enmiendas referidas al proceso penal serán, en breve, ajenas a la formación jurídica de una generación entera de estudiosos del derecho constitucional.¹⁵⁶

Hemos presenciado en nuestro tiempo el "encogimiento" del *Bill of Rights* de tal manera que en la percepción de los profesores de derecho constitucional éste sólo llega a abarcar la Primera Enmienda, la "*Takings Clause*"^{xii} y la Cláusula del Debido Proceso. Esta forma de ver las cosas destruye la idea de que las partes que componen el *Bill of Rights* están interrelacionadas.¹⁵⁷ Sólo los espe-

481 U.S. 279 (1987), en el que se rechazó el cuestionamiento al proceso de pena de muerte fundado en la discriminación racial. Véase *id.* en 290-91; BREST & LEVINSON, *supra* nota 23 en 678-86 (versión editada de McCLESKEY). El hecho de que la voz "muerte" en la entrada del índice temático del libro de casos de Gunther & Sullivan remita al lector al tema "derecho a morir", resulta significativo relevante a los fines del canon actual. GUNTHER & SULLIVAN, *supra* nota 52, en 1-2. Esto se debe, sin lugar a dudas, a que el derecho a morir encaja fácilmente en las categorías del debido proceso sustantivo, las que aún son centrales para el canon pedagógico, mientras que el derecho a ser libre de la muerte está conceptualizado bajo la Cláusula de Castigos Crueles e Inusuales y de la Octava Enmienda y, de ese modo, es relegada a cursos sobre procedimiento penal.

¹⁵⁴ Véase e.g. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952); *Adamson v. California* 332 U.S. 46 (1947).

^{x1} [Nota de los traductores: esta expresión se refiere al derecho del acusado de confrontar con quienes testifican en su contra, de conformidad con la enmienda sexta.]

¹⁵⁵ Véase KANNAR, George, *The Constitutional Catechism of Antonin Scalia*, 99 Yale L.J. 1297, 1330-34, 1355 (1990).

¹⁵⁶ Sin embargo, véase AMAR, Akhil Reed, *The Constitutional and Criminal Procedure* (1997) (abordando las previsiones del procedimiento penal del *Bill of Rights* a través de la lente de la interpretación textual y estructural de la Constitución).

^{xii} [Nota de los traductores: puede entenderse como el equivalente de la "cláusula de la expropiación".]

¹⁵⁷ El trabajo de Akhil Amar sobre el *Bill of Rights* constituye uno de los pocos intentos de leer las enmiendas de forma conjunta como partes de una sola Constitución. Véase AMAR, Akhil Reed, *The Bill of Rights: Creation and*

cialistas en el proceso penal siguen y comentan críticamente las interpretaciones efectuadas por la Corte Suprema sobre buena parte del *Bill of Rights*. Por lo tanto, entre los estudiosos del derecho se pierde la usual cultura de la discusión acerca de la tarea llevada a cabo por la Corte Suprema al interpretar las distintas partes de la Constitución. Un problema vinculado a ello podría estar surgiendo ahora, en la medida en que los cursos sobre libertad de expresión se sigan dictando separadamente de los cursos sobre la cláusula de igualdad y el debido proceso.

En efecto, incluso en las restantes áreas de los libros de casos de derecho constitucional, ciertos pasajes de la Constitución son tratados como periféricos y suelen ser dejados fuera de los programas de estudio (por ejemplo, los impuestos interestatales y la inmunidad intergubernamental) o bien son solo enseñados en cursos especializados (por ejemplo, los derechos electorales).¹⁵⁸ La marginación o exclusión de ciertos temas contenidos en la Constitución bien podría afectar la decisión acerca de cuáles son los paradigmas que dominan el debate de la teoría constitucional y cuáles conforman la imaginación de los estudiosos del derecho constitucional.

En otras palabras, a medida que la especialización crece aceleradamente, los estudiosos dedicados a la "gran teoría" constitucional observan cómo su tarea se reduce a explicar una parte cada vez menor del derecho constitucional. Si esto sucede, sus visiones teóricas podrían resultar cada vez más limitadas o cada vez más sujetas a las anteojeras y limitaciones que surgen siempre que una teoría es confrontada solamente con una serie limitada de situaciones.

Habitualmente, la selección de casos y materiales en un libro de casos de derecho constitucional refleja una narrativa del desarrollo de la Constitu-

Reconstruction (editado en 1998). De forma similar, uno de nosotros (Levinson) cree que un textualismo irresponsable ha conducido a los profesores que enseñan "la Primera Enmienda" a incluir en el mismo curso de derecho constitucional a las expresiones sediciosas y el sostenimiento federal de las escuelas religiosas —dado que tanto la Cláusula de Libertad de Expresión como las Cláusulas de Religión aparecen en el texto de la citada enmienda—, mientras se ignoran las profundamente interesantes implicancias de la Segunda Enmienda. Estas implicancias deberían ser especialmente importantes para todo aquel que ponga de relieve el "valor como control al poder" que subyace en las disposiciones de libertad de expresión y de prensa contenidas en la Primera Enmienda, ya que hay pocas dudas de que muchos integrantes de la generación fundadora veían a la posesión de armas por el pueblo como el último "control" sobre los gobiernos corruptos. Véase LEVINSON, Sanford, *The Embarrassing Second Amendment*, 99 Yale L. J. 637, 648-50 (1989); véase también L. A. Powe, Jr. *Guns, Words, and Constitutional Interpretation*, 38 Wm. & Mary L. Rev. 1311 (1997) (elaborando conexiones posibles entre las doctrinas de la Primera y la Segunda Enmiendas).

¹⁵⁸ Estos nuevos cursos, a su turno, dan lugar a nuevos y más especializados libros de casos. Véase e.g. Samuel Issacharoff, Pamela S. Karlan & Richard H. Pildes, *The Law of Democracy: Legal Structure of the Political Process* (1993).

ción y del derecho constitucional. Por ejemplo, el autor de un libro de casos puede presentar los materiales como la evolución histórica de la doctrina frente a un objetivo específico: la "situación actual". Ésta puede ser retratada como algo bueno o como algo negativo, pero el objeto de la narración consiste en concebir al derecho constitucional como trabajando hacia un determinado estado de cosas. La evolución del derecho constitucional puede transformarse en una historia del progreso o el relato del declive gradual desde una edad dorada anterior, ya sea que se trate de la era de los Fundadores, la Reconstrucción, el *New Deal* o los apacibles días de la Corte Warren.¹⁵⁹ Se podrían acomodar los casos y materiales como una dialéctica de principios y contra-principios que luchan entre sí en cada uno de los materiales del derecho.¹⁶⁰ Finalmente, si uno quisiera hacer un abordaje predominantemente genealógico, los casos podrían simplemente presentarse como un reflejo de las inquietudes políticas y culturales de sus respectivos tiempos, mostrando cómo la ley fue distinta en un momento previo y, sin duda, cambiará en el futuro nuevamente. Cada libro de casos cuenta una historia, si sabemos escucharlo; en realidad, es casi imposible organizar un libro de casos que no cuente historia alguna.

D. Expandiendo el canon

En los debates acerca de la formación del canon de las humanidades, los participantes han disentido menos sobre si los escritores canónicos como Shakespeare u Homero deben ser mantenidos y más sobre la posibilidad de expandir el canon de modo de incluir nuevos materiales escritos por mujeres, minorías u otros escritores que no provengan de Europa occidental. En el derecho la cuestión análoga consiste en determinar si en sus cursos de derecho los estudiantes deben conocer las "voces marginadas". Los ejemplos de estas "voces marginadas" del discurso constitucional contemporáneo podrían con seguridad incluir a mujeres, homosexuales y minorías raciales y étnicas. Pero también se podría incluir dentro de los grupos relegados a los legos de cualquier raza, género u orientación sexual ya que, por su falta de *status* profesional, casi siempre son excluidos de los debates constitucionales serios. El estudioso del

¹⁵⁹ Véase Robert W. GORDON, *The Struggle Over the Past*, 44 CLEV. ST. L. REV. 123, 127-31 (1996)

¹⁶⁰ Un ejemplo excelente lo constituye la obra de Friedrich KESSLER & Grant GILMORE, *Contracts: Cases and Materials* (2^a ed. 1970), que más recientemente fue editado como Friedrich Kessler, Grant Gilmore & Anthony T. Kronman, *Contracts: Cases and Materials* (2^a ed. 1986).

canon debería preguntarse hasta qué punto esta exclusión del debate es sectaria o injusta.

La marginación es una cuestión tanto normativa como descriptiva. Muchas personas han sido olvidadas o marginadas de los debates jurídicos actuales. Todo revisor de los cánones referentes a estas materias debe elegir entre ellos y luego estar en condiciones de ofrecer razones convincentes de su elección. Para los relatos de esclavos y mujeres votantes podría considerarse la incorporación de las siguientes voces marginadas: los colonos mormones de Utah —quienes fueron compelidos a abandonar principios centrales de su religión (incluyendo la poligamia) para que el territorio de Utah pudiera incorporarse a la Unión—;¹⁶¹ los fundamentalistas religiosos contemporáneos¹⁶² —quienes suelen ser despreciados o tratados con condescendencia por la Norteamérica laica—; los miembros del movimiento "*militia*" contemporáneo —quienes han desarrollado visiones distintivas sobre la interpretación del derecho constitucional y del *common law*—;¹⁶³ William Lloyd Garrison —quien sostuvo que el Norte debería separarse del Sur porque la Constitución era "un pacto con la muerte y un acuerdo con el infierno"—¹⁶⁴ y John C. Calhoun —quien no sólo fue defensor incondicional de la esclavitud, sino que fue también un teórico del derecho constitucional de gran imaginación, cuya doctrina de las mayorías concurrentes es sorprendentemente apropiada para el debate actual sobre los derechos electorales y la constitucionalidad de la redistribución de los distritos electorales tomando en consideración la raza—.¹⁶⁵ Muchos de estos ejemplos podrían sugerir que la marginación es merecida en ciertos casos; sin embargo, difícilmente pueda negarse que las decisiones acerca de cuáles de estos grupos relegados debieran ser reconocidos y cuáles dejados de lado, se encuentran muy politizadas.

La "marginación" abarca cuestiones de forma y de contenido. Desde la perspectiva de los profesores de derecho concentrados en la actividad de los

¹⁶¹ Véase *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333, 348 (1890); *Murphy v. Ramsey*, 114 U.S. 15, 42-47 (1885); *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 166-167 (1878); Thomas G. ALEXANDER, *Mormonism in Transition: a History of the Latter-Day Saints 1890-1930*, en p. 3-15, 60-73 (1996) (detallando la persecución a los Mormones); Leonard J. ARRINGTON & DAVIS BITTON, *The Mormon Experience: a History of the Latter-Day Saints 185-205* (2ª ed. 1992) (idem).

¹⁶² Véase, e.g., *Mozert v. Hawkins County Bd. of Educ.*, 827 F.2d 1058 (6º Cir. 1987).

¹⁶³ Véase e.g., KOMIAK, Susan P., *When Law Risks Madness*, 8 *Cardozo Stud. L. & Literature* 65, 67-68 (1996); David C. WILLIAMS, *The Militia Movement and the Second Amendment Revolution: Conjuring with the People*, 81 *Cornell L. Rev.* 879 (1996).

¹⁶⁴ Véase MERRILL, *supra* nota 22, en pág. 205.

¹⁶⁵ Véase e.g., 4 *The Works of John C. Calhoun* 338-47 (R. Crallé ed., 1851).

tribunales, los ejemplos más claros de materiales "nuevos" que podrían ser incorporados al canon jurídico son los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos más antiguos y olvidados; de este modo, la gente podría discutir si los casos sobre esclavitud como *Prigg v. Pennsylvania* o *The Antelope*¹⁶⁶ debieran ingresar en el canon pedagógico y si, a la inversa, se perdería realmente algo si se dejaran de enseñar en el primer año de la carrera los casos sobre impuestos al comercio interestadual o, incluso, sobre regulación de la pornografía para hacer lugar a otros temas. Otra cuestión igualmente importante consiste en decidir si las resoluciones de los tribunales debieran ser complementadas por otros materiales no judiciales. Uno de nosotros (Levinson) es coeditor de un libro de casos en el que se ha decidido conscientemente eliminar varios de los casos típicos,¹⁶⁷ a la vez que se decidió incluir discursos emitidos por James Madison y Frederick Douglass, el veto de Andrew Jackson al proyecto de ley de reforma de la carta del (Segundo) Banco de los Estados Unidos, una opinión del *Attorney General* de los Estados Unidos referente a la entrega de correspondencia abolicionista en el estado de Mississippi, juntamente con pasajes del texto del debate entre Lincoln y Douglas sobre el debido acatamiento de la decisión de la Corte en *Dred Scott*.¹⁶⁸

Una razón para incluir en el canon los debates entre Lincoln y Douglas, reside en el hecho de que ellos son importantes para la cultura general. Pero además plantean cuestiones fundamentales sobre la teoría constitucional y el rol de los materiales canónicos en la elección de uno u otro modo de aproximación a la Constitución. Creemos que es de vital importancia enfatizar el rol

¹⁶⁶ 25 U.S. (12 Wheat.) 546 (1827).

¹⁶⁷ Un estudio reciente de Jerry Goldman muestra que el libro de BREST & LEVINSON tiene una cantidad de casos menor (98) a la del resto de los más importantes libros de casos utilizados en las facultades de derecho. El libro de casos de Gunther contiene la cantidad mayor (129), y no muy lejos se encuentra el de Stone con 122. Véase GOLDMAN, *supra* nota 43, en pág. 4.

¹⁶⁸ Estas selecciones reflejan el punto de vista según el cual estos materiales son mucho más merecedores de ser incluidos en el canon que, por ejemplo, *Carter V. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936), una blanquecina reliquia perteneciente a la era de la Corte del malvado y viejo *Lochner* y uno de los casos omitidos en la tercera edición de BREST & LEVINSON.

Dado que el libro de BREST & LEVINSON ya no se dedica al estudio acabado de la Primera Enmienda, omitió el tratamiento de materiales tales como el clásico *New York Times Co. v. Sullivan* y todo el conjunto de casos sobre pornografía y financiamiento de las campañas electorales. Sin embargo, la omisión de la Primera Enmienda tiene además otras repercusiones. Nosotros dos creemos que el tema del financiamiento de las elecciones es uno de los temas más importantes del derecho constitucional contemporáneo y, por lo tanto, la omisión de los cuestionamientos a la legislación sobre financiamiento de las campañas basados en la Primera Enmienda, constituye un claro ejemplo de que los intereses pedagógicos de introducir a los estudiantes al estudio del derecho y la interpretación constitucional deben prevalecer sobre los intereses de la teoría académica y los intereses de los abogados practicantes.

crucial de los funcionarios no judiciales (e, incluso, la ciudadanía en su totalidad) en la interpretación constitucional. Pocos jueces de la Corte Suprema han ejercido una influencia teórica y práctica en nuestro orden constitucional tan importante como Abraham Lincoln. Sin embargo, debido a que muchos de los libros de casos y cursos actuales están rigidamente concentrados en la Corte Suprema, terminan por ofrecer una comprensión sumamente distorsionada del sistema constitucional norteamericano a los desafortunados estudiantes expuestos a esos materiales. Estos estudiantes, inevitablemente, terminarán por creer que la interpretación constitucional es competencia exclusiva del Poder Judicial —y, en particular, de la Corte Suprema— tanto como propuesta teórica como empírica. Como propuesta teórica, esto resulta pernicioso. Como propuesta empírica, resulta absurdo. Este desconocimiento intencional de los intérpretes no judiciales constituye una forma de marginación bastante distinta de aquella a la que estamos acostumbrados, aunque no por ello menos seria.¹⁶⁹

De forma análoga es desatendido en la mayoría de los libros de casos el fenómeno que, después de todo, explica lo sucedido entre 1861 y 1865: la existencia de un sistema jurídico de *chattel slavery*^{xiii} en los Estados Unidos. Pensamos que existen muchas razones para incluir materiales sobre esclavitud en el canon de la pedagogía constitucional.¹⁷⁰ Un propósito podría consistir, simplemente, en señalar que la tradición constitucional norteamericana —y, aún más allá, el *rule of law* en sí mismo— a menudo se ha entrelazado y ha promovido el fortalecimiento de males tales como la esclavitud. En el periodo previo a

¹⁶⁹ Sin embargo, ningún libro de casos, incluso el de Brest & Levinson, ha prestado la atención suficiente al problema de las enmiendas (ya sean legales o ilegales) fuera del Artículo V. Esta cuestión, que resulta central en el reciente trabajo de Bruce Ackerman, (véase ACKERMAN, *Foundation*. *Supra* nota 103, en págs. 53-54; ACKERMAN, *Transformation*. *Supra* nota 103), todavía tiene que ser adecuadamente asimilada por el canon constitucional. Pese a que los libros de casos dedican innumerables páginas a las variadas interpretaciones de la Enmienda Decimocuarta, ninguno consagra más que una limitada atención al estado problemático de la ratificación de la Enmienda Decimocuarta. En orden a garantizar una mayoría de dos tercios en favor de la Enmienda, el Congreso de la Reconstrucción se negó a poner en sus asientos a senadores y representantes sureños. Véase *id.* en p. 99-119. Más aún, el Congreso se opuso a volver a convocar a aquellas delegaciones de congresales sureños y a reconocer la legitimación de los gobiernos de los estados del sur —incluyendo gobiernos que se creían necesarios para la ratificación de la Decimotercera Enmienda— hasta que aquellos gobiernos confirmaron la referida Enmienda. Véase *id.* ACKERMAN, en contraposición, sostiene que el cuestionamiento más profundo de la teoría constitucional norteamericana reside en determinar cómo desarrollar un relato verdaderamente satisfactorio sobre la legitimación de esta necesaria pero problemática Enmienda. Véase *id.* Creemos que confrontar seriamente las preguntas de Ackerman implicaría desgarrar en todos los cánones del derecho constitucional: pedagógico, de cultura general y teórico.

^{xiii} [Nota de los traductores: se hace alusión con ello a una suerte de "derecho de propiedad sobre los esclavos".]

¹⁷⁰ Véase generalmente Levinson. *Supra* nota 115, en p. 1094-95 (discutiendo las justificaciones por las cuales incluir materiales sobre esclavitud en los cursos universitarios de derecho constitucional).

la guerra —etapa formativa del pensamiento constitucional norteamericano— los abogados hábiles fueron capaces (y, por cierto, eso era lo deseado) de ofrecer cualquier cantidad de argumentos legales concernientes a la esclavitud, de la misma forma en que ofrecían fundamentos sobre el *status* constitucional de la navegación, la inmigración de indigentes o la regulación del comercio interestadual. Al concentrarse sobre el tema de la esclavitud se pone en evidencia que el registro de la Constitución y los constitucionalistas respecto de esta cuestión es considerablemente más confuso de lo que muchos admiradores de la Constitución pueden admitir. De modo más general, los estudiantes deben reconocer, a pesar de su natural admiración hacia la Constitución, que la tradición constitucional está repleta de racismo y sexismo en total coincidencia con lo que Holmes inolvidablemente denominó "las necesidades percibidas del momento".¹⁷¹ Cuando estas "necesidades percibidas" incluyeron la supresión despiadada de lo que en nuestra era consideramos "derechos humanos básicos", los "intérpretes autorizados" y abogados de *elite* de Washington —y de otros lugares— no tuvieron dificultad alguna en acomodar sus interpretaciones de la Constitución a aquellas necesidades.

Esta justificación para la inclusión de materiales sobre esclavitud es historicista. Se espera con ello demostrar al estudiante que, en los diferentes momentos de la historia, los argumentos constitucionales han sido evaluados y contruidos en distintas formas y que la Corte Suprema ha cambiado frecuentemente de opinión acerca de lo reputado como análisis constitucional correcto. Por otra parte, el enfoque también es crítico, dado que intenta hacer presente a los estudiantes que la Corte Suprema, al querer hablar en nombre de la Constitución, hizo a menudo cosas muy perversas cuyos efectos aún perduran entre nosotros. Si reconocemos el pasado con altibajos de la Constitución podemos entender mejor que las interpretaciones constitucionales de nuestro propio tiempo también pueden ser cómplices de males a los que muchos de nosotros no queríamos enfrentarnos.¹⁷²

A primera vista, este enfoque crítico o historicista parece tener mucho en común con las críticas feministas y de las minorías sobre el canon literario. Sin embargo, sus acercamientos difieren en varios aspectos de importancia. En la literatura, los creadores del canon son mucho menos propensos a rastrear

¹⁷¹ HOLMES, JR., O. W., *The Common Law* 5 (Mark DeWolfe Howe ed., Harvard Univ. Press 1963) (1881).

¹⁷² Véase, BALKIN J. M., *Agreements with Hell and other Objects of Our Faith*, 65 *Fordham L. Rev.* 1703, 1720 (1997).

novelas racistas olvidadas del siglo diecinueve para su inclusión en el canon que a concentrarse en demostrar el racismo inherente a las obras aceptadas en la actualidad que conforman el canon literario vigente, y sugerir la inclusión de escritores afro-americanos injustamente dejados de lado. De la misma forma, los teóricos del feminismo literario podrían estar interesados en elementos sexistas o machistas habituales en la literatura popular del pasado, pero probablemente no procurarían la inclusión permanente de la literatura sexista dentro del canon, como manera de instar a la gente a leer y cuestionarlo. Así, los propósitos de expansión del canon son bastante diferentes en el derecho y en la literatura. Tanto un historicista constitucional como un crítico literario feminista intentarían revelar la historia del sexismo y el racismo en sus respectivos ámbitos. Sin embargo, en el caso del derecho el resultado consistiría en atesorar estos ejemplos en el canon de modo que los estudiantes puedan cuestionarlos y aprender sobre la historicidad de las visiones constitucionales de lo bueno y lo justo. Por el contrario, un crítico literario feminista podría descartar estos textos luego de revelarlos como ejemplos de las injusticias del pasado (que perduran en la ideología actual). Tal como sucede con la inclusión de la esclavitud en el canon constitucional, el ataque feminista al canon literario está concebido con el fin de revelar la ideología. Pero ello se ha hecho por diferentes razones y con diferentes consecuencias para el proceso educativo.

E. La simbiosis entre teorías y cánones

El canon de la teoría académica no incluye todos los casos y materiales utilizados regularmente por los abogados y los tribunales en la defensa de los argumentos constitucionales. Estos materiales tienden a ser comparativamente más recientes y están guiados por consideraciones doctrinales específicas. Por el contrario, el canon de la teoría académica está constituido por los casos y materiales que resultan tan importantes para los árbitros de este canon (los académicos del derecho) que cualquier teoría de derecho constitucional deba dar cuenta de ellos. Aquí el canon es como un conjunto de puntos doctrinales que toda teoría de derecho constitucional debe estar en condiciones de conectar. Por lo tanto, también podemos llamarlo el canon de la "construcción teórica". Es el canon utilizado para construir y poner a prueba las teorías más relevantes del derecho constitucional y de los pronunciamientos constitucionales. El clásico ejemplo de un caso que resulta "de explicación obligada" es, desde luego, *Brown v. Board of Education*.

La construcción de un canon de la teoría académica está acompañada por la formación de un "anti-canon" de casos, que toda teoría que se precie de tal debe demostrar que han sido resueltos incorrectamente. Son ejemplos de ello: *Lochner v. New York*, *Plessy v. Ferguson* y *Korematsu v. United States*. Nuestra noción de lo que es canónico nos indica que debemos justificar el fallo *Brown* (un buen caso) y refutar *Lochner* (un mal caso). En contraposición, nadie considera importante explicar por qué *Bunting v. Oregon*¹⁷³ o *Hebe Co. v. Shaw*¹⁷⁴ han sido resueltos correcta o incorrectamente.¹⁷⁵ Por cierto, estas nociones gemelas de canonicidad y anticanonicidad normativa también resultan centrales para los cánones pedagógicos y de cultura general. Los casos resultan trascendentes para ser enseñados y rememorados puesto que sirven de íconos (y demonios) de una tradición constitucional inventada.

Los problemas "canónicos" de la justificación de *Brown* o la desvalorización de *Lochner* se presentan constantemente a medida que nos formamos en derecho constitucional. Los héroes y villanos doctrinales se nos presentan ya identificados y a la espera de que los confrontemos. Por cierto, el típico curso modelo de derecho constitucional bien puede ser visto como estructurado alrededor de una justificación y una demonización ritual de casos canónicos específicos. (¿Cuántos cursos de derecho constitucional han adoptado como tema central "El fantasma de *Lochner*"?). En ocasiones puede sentirse que toda la teoría constitucional moderna está llevada por el deseo de justificar (o condenar) cinco casos (y todos sabemos cuáles son).

Uno de los rasgos más interesantes del canon de la teoría académica consiste precisamente en su tendencia a obligarnos a reconocer ciertos casos como "héroes" o "villanos": de modo que un libertario seguramente pueda ser considerado "fuera de la corriente dominante" si —como es el caso con Richard Epstein— aprueba realmente un caso como *Lochner*. Este punto no es de poca importancia. Muestra al canon y a la canonicidad como vehículos para la normalización de creencias e hipótesis interpretativas y, por tanto, instrumentos del control social para la comunidad interpretativa relevante. Un teórico del

¹⁷³ 243 U.S. 426 (1917).

¹⁷⁴ 248 U.S. 297 (1919).

¹⁷⁵ En *Bunting v. Oregon* se obligó al uso de casco en horario de trabajo y se ordenó una paga más alta para las horas extras. Véase *Bunting*, 243 U.S. en p. 438-39. En *Hebe Co. v. Shaw* se exigió regulación para los comestibles adulterados. Véase *Hebe*, 248 U.S. en p. 302-03. Ambos casos son interesantes porque han sido fallados en la "era" *Lochner*, durante la cual la Corte Suprema era tenida por hostil a ese tipo de legislación.

derecho constitucional debe explicar por qué *Dred Scott* o *Plessy v. Ferguson* constituyen derecho constitucional incorrecto (además de ser moralmente atemoradores) o, de lo contrario, está fuera de juego.¹⁷⁶ De esta forma, resulta central en toda discusión acerca del canon constitucional la demarcación de los iconos y demonios del derecho constitucional, e inherentemente a esta delimitación se halla la unificación de las posiciones que pueden entonces ser usadas para unificar el discurso (y el pensamiento) sobre el derecho constitucional.

En efecto, la evidencia más notable de esta unificación se relaciona con el texto constitucional en sí mismo. Los materiales ajenos a la Corte Suprema no sólo son inexorablemente excluidos del canon pedagógico y del canon de cultura general, sino que además resulta indiscutible que el propio texto completo de la Constitución es parte necesaria de estos cánones. Hay partes significativas del texto constitucional que ningún académico del derecho considera importante para explicar; dentro de esta comunidad interpretativa estas partes del texto constitucional han sido expulsadas de la Constitución. A modo de ejemplo, podrían citarse: la Segunda Enmienda, la Cláusula de la Forma Republicana de Gobierno y la Cláusula de Privilegios o Inmunidades contenida en la Enmienda Decimocuarta.¹⁷⁷

Se desafía al canon de la teoría académica ofreciendo un contra-canon: esto es un conjunto diferente de casos y materiales. Se presenta un contra-canon (como el pedagógico o el de cultura general) para redescubrir casos, materiales y pasajes del texto constitucional que han sido desatendidos y que apuntan a direcciones opuestas, o bien resultan incómodos para las

¹⁷⁶ Michael Klarman ha formulado una crítica extremadamente provocativa a tal "normativismo" del saber constitucional. Véase Michael J. KLARMAN, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, 82 Va. L. Rev. 1, 25-31 (1996). Mark Graber ha señalado recientemente que "la teoría constitucional contemporánea descansa en tres premisas: (el fallo) *Brown v. Board of Education* era correcto, *Lochner v. New York* era incorrecto y *Dred Scott v. Stanford* también era equivocado". Mark A. GRABER, *Desperately Ducking Slavery: Dred Scott and Contemporary Constitutional Theory*, 14 Const. Commentary 271, 271 (1997).

¹⁷⁷ Uno de los textos no debatidos en la mayoría de los cursos de derecho constitucional es el Preámbulo, en el cual, entre otras cosas, se establece que la Constitución debe ser empleada para promover el "bienestar general" y "para establecer la Justicia". U.S. Const. preámbulo. Es posible que la razón por la cual el Preámbulo no ha figurado más prominentemente en la interpretación constitucional reside en que no se presenta como una norma operativa. Sin embargo, esto plantea la pregunta de por qué no debería ser interpretada de esa forma. Aun cuando el Preámbulo no establece ningún derecho ni poder nuevo, podría ser considerado, al igual que las Enmiendas Novena y Décima, como una regla de interpretación aplicable al documento en su totalidad. La mejor analogía se plantea tal vez con la Segunda Enmienda, la cual contiene una cláusula referida a la necesidad de milicias bien organizadas, lo que presumiblemente explica por qué está garantizado el derecho a portar armas. Del mismo modo uno podría sostener que las disposiciones de la Constitución deben ser liberalmente interpretadas en orden a promover los fines fijados en el Preámbulo.

teorías académicas actualmente en boga que han sido creadas para explicar el canon existente.

Por lo tanto, una razón importante para expandir el canon pedagógico o el de cultura general es la de criticar las teorías normativas vigentes en el derecho constitucional. Ello así porque las teorías constitucionales tienden a ser adaptadas con el fin de resolver ciertos problemas canónicos: por ejemplo las teorías del proceso legal fueron adaptadas para considerar los intereses del federalismo y la separación de poderes. Sin embargo, la adaptación de estas teorías a otro tipo de problemas suele resultar difícil. Por lo tanto, aplicar una teoría famosa —por ejemplo, el principio de competencia institucional, la noción de derecho como integridad, las teorías del tipo de *Carolene Products* sobre garantías en el proceso— a una área "diferente" de adjudicación constitucional —por ejemplo, la esclavitud— puede resultar un ejercicio tan entretenido como instructivo. Cuando se comienza a hablar acerca de hacer la mejor ley sobre esclavitud que sea posible, de preservar la deliberación democrática en la regulación de la esclavitud, o de la importancia relativa de la determinación de la competencia estadual o federal en materia de esclavitud, comienzan a verse las limitaciones y la estrechez de las teorías constitucionales contemporáneas.

En particular, estos ejercicios de pensamiento nos ayudan a ver cómo las teorías constitucionales realmente tienden a evitar que se ponga en duda la justicia básica del sistema jurídico, al ofrecer formas intrincadas e intelectualmente exigentes de análisis jurídico para sustituir o desviar las investigaciones que pudieran deslegitimar nuestro sistema constitucional. Cuando estas teorías son aplicadas a prácticas universalmente censurables, podemos entender más claramente el modo en que incentivan un apartamiento de la realidad.

Por lo tanto, no debería sorprendernos el hecho de que las teorías constitucionales dominantes existan en una relación simbiótica con los cánones pedagógico y de cultura general, cuyos materiales describen y justifican: las teorías constitucionales normativas ayudan a establecer qué partes de la tradición constitucional deben ser exploradas y destacadas (dado que estas teorías funcionan mejor en relación con estas áreas). Al mismo tiempo, los cánones pedagógico y de cultura general tienden a otorgar a estas teorías constitucionales mayor solidez y plausibilidad que la que podrían obtener de cualquier otra forma. La construcción de los cánones pedagógico y de cultura general

permite a las teorías constitucionales contemporáneas evitar momentos de incomodidad y proseguir con su proyecto de legitimación.

IV. CONCLUSIONES

Comenzamos este comentario preguntando si el discurso de Frederick Douglass en Glasgow debería formar parte del canon, posiblemente en yuxtaposición con la vergonzosa opinión de Roger Taney en *Dred Scott*. Pensamos que así debiera ser; de hecho creemos que es, particularmente, un buen ejemplo de cómo debiera expandirse el canon constitucional.

Al decir esto, reconocemos en todo sentido que no podemos crear o hacer valer un canon constitucional por nuestra cuenta. Esa tarea no pertenece a una sola persona ni a un grupo de personas. Por el contrario, los cánones son creados por todos nosotros, del mismo modo en que —a su vez— nuestras formas de pensar son delineadas por ellos. Aun así, nosotros participamos en la construcción del canon que legaremos a las generaciones futuras y, por ello, ofrecer nuestros puntos de vista es para nosotros tanto un derecho como un deber, con la esperanza de que ellos puedan influir en otros. Por lo tanto, afirmamos de buen grado que el discurso de Douglass en Glasgow merece un lugar en los cánones de la pedagogía constitucional; por cierto, creemos que es algo que todo abogado instruido y todo teórico del derecho constitucional debería conocer. Creemos esto por tres razones.

En primer lugar, el discurso de Douglass es importante porque está elaborado por una persona que no es miembro de ningún cuerpo gubernamental y ni siquiera es un abogado profesional. En este orden de ideas, demuestra a los estudiantes que todos los norteamericanos, incluso aquellos que hasta ahora han sido excluidos de la ciudadanía, tienen el derecho —y el deber— de interpretar la Constitución y decidir por ellos mismos qué significa ese documento.

En segundo lugar, el discurso de Douglass es importante porque fue pronunciado por una prominente figura de un movimiento social: el movimiento contra la esclavitud. Creemos que el desarrollo constitucional norteamericano es con demasiada frecuencia, enseñado como la historia de decisiones adoptadas por jueces que, aún cuando están hasta cierta punto influenciados por las circunstancias que los rodean, se manejan de conformidad con normas jurídicas autónomas o de una forma inusual o misteriosa. La historia del derecho

constitucional es pensada alternativamente como la historia de grandes juristas que muestran a los demás el camino, ya sea por su sabiduría o su insensatez. Imaginar al desarrollo constitucional de esta forma deja de lado el hecho de que los cambios constitucionales —incluso los cambios en la interpretación constitucional— son a menudo resultado de acciones políticas de grupo, lo que luego es reconocido y santificado por distintas elites jurídicas y judiciales.¹⁷⁸

Los miembros de la Internacional de Trabajadores del Mundo tuvieron una presciencia mucho mayor sobre el significado de la Primera Enmienda que Oliver Wendell Holmes o, incluso, Louis Brandeis.¹⁷⁹ A la inversa, el relato estándar que destaca el "liderazgo" de la Corte Suprema en *Brown v. Board of Education* suele pasar por alto el limitado impacto de esa sentencia en la década que siguió a su dictado.¹⁸⁰ Asimismo, ignora la importancia de la voluntad del Presidente Truman al desafiar a los líderes militares norteamericanos en 1947 y ordenar también la integración racial en las fuerzas armadas. La elección del año 1948, entre otras cosas, confirmó que el electorado en general —aún tal vez no en el "Sur Profundo"—^{xiv} estaba dispuesto a recompensar a un Presidente que se comprometió con los derechos civiles. También, por supuesto, la voluntad de Truman de adoptar tales decisiones reflejó cambios en la demografía política norteamericana y el surgimiento de un progresivo aumento del electorado negro cada vez más activista.

Los académicos del derecho que ven a la Corte Suprema como guía de la opinión pública deben explicar, entre otras cosas, las razones por las que el Presidente habría propuesto, y el Senado confirmado, personas fuertemente discrepantes con el saber convencional vigente al momento de su selección. Sospechamos firmemente que es la opinión pública la que más frecuentemente maneja a la Corte Suprema —aun cuando lo hace de formas convenientemente

¹⁷⁸ Para el debate acerca del rol central de los movimientos sociales en la conformación del discurso de *elite* sobre la Constitución, véase J. M. BALKIN, *The Constitution of Status*, 106 YALE L. J. 2313, 2338-42 (1997).

¹⁷⁹ Véase RABBAN, David M., *Free Speech in its Forgotten Years 77-128* (1997). Allí Rabban sostiene: "el comentario generado a raíz de las luchas de la Internacional de Trabajadores del Mundo (IWW) por la libertad de expresión refuta la creencia generalizada según la cual los norteamericanos antes de la Primera Guerra Mundial no prestaron mucha atención al significado de la libertad de expresión. Este comentario tuvo lugar de forma abrumadora fuera del sistema judicial. En su mayor parte el comentario fue más analíticamente sofisticado, y más sensible a las preocupaciones por la libertad de expresión que las típicas decisiones judiciales del periodo. Íd. en p. 128

¹⁸⁰ Véase e.g., ROSENBERG, Gerald N., *The Hollow Hope* 39-41 (1991).

^{xiv} [Nota de los traductores: "Deep South" (subregión del sur de Estados Unidos. El término también es utilizado para hacer referencia a la cultura y las costumbres del sur).]

complejas— y no al revés.¹⁸¹ Si prestáramos mayor atención a las realidades empíricas de la política norteamericana —algo que es inusual en los libros de casos de derecho constitucional— podemos tener una visión muy distinta de la denominada "dificultad contramayoritaria" como *la* cuestión teórica central del derecho constitucional.¹⁸² Los académicos del derecho suelen preguntarse si los tribunales deberían consentir o esperar que los nuevos derechos sean establecidos por la legislación o una enmienda al texto constitucional. Lo que en realidad deberían preguntarse es si las decisiones judiciales no reflejan las discusiones políticas e ideológicas surgidas en la sociedad, que son traducidas al discurso jurídico profesional.

En la actualidad, los derechos de los homosexuales están en la agenda de los tribunales federales, no porque los jueces encerrados en sus torres de marfil hayan decidido que es tiempo de comenzar a hablar de aquéllos, sino debido a la revolución del concepto social de heterosexualidad y homosexualidad generada por el crecimiento del movimiento por los derechos de los homosexuales que siguió a los levantamientos de Stonewall. Tampoco resulta irrelevante el hecho de que un número importante de funcionarios políticos, tanto elegidos como designados, estuvieran dispuestos a confesar su condición de gay o lesbiana. Los movimientos sociales juegan un papel clave para influir en el desarrollo de la cultura, y, en consecuencia, en el cambio de los significados sociales, de suerte que los jueces puedan luego "descubrir" nuevos derechos en la Constitución, muchas veces elaborando argumentos brindados con anterioridad por disidentes ajenos a las ataduras del discurso profesional. El discurso de Douglass nos recuerda que la interpretación de la Constitución, aun cuando se halle provisionalmente en manos de elites entrenadas profesionalmente, reposa, en definitiva, en las manos de la cultura política de la mayoría de los Estados Unidos o, para decirlo en términos históricos, descansa en las manos del pueblo.

En tercer lugar, el discurso de Douglass merece un lugar en el canon constitucional —*junto con Dred Scott y Prigg v. Pennsylvania*— debido a que acerca a los estudiantes, a los abogados que ejercen la profesión, a los ciudada-

¹⁸¹ En palabras de Mr. Dooley, "no importa si la Constitución protege a la bandera o no, la Corte Suprema protege el resultado de las elecciones". DUNNE, Finley Peter, *Mr. Dooley at His Best* 77 (Elmer Ellis ed. 1938).

¹⁸² Cf. GRABER, Mark A., *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, 7 *Stud. Am. Pol. Dev.* 35, 37 (1993) (las marcas de citas internas fueron omitidas) (señalando que la Corte suele estar dispuesta a resolver asuntos que le son delegados por un agradecido Congreso renuente a pagar los costos políticos de una decisión).

nos y a los académicos del derecho, a una pregunta central del derecho constitucional, que genera un gran desconcierto en nuestras almas, una pregunta que nosotros, al igual que las generaciones que nos precedieron, hemos tratado de evitar hacernos y confrontar en innumerables oportunidades: ¿cómo puede una persona ser leal a una Constitución en un país con condiciones profundamente injustas y que proclama que estas condiciones están justificadas o permitidas por el propio texto de la Constitución?, ¿qué deberíamos hacer si descubrimos que la propia Constitución puede ser un documento maligno que mantiene al mal en su lugar, si sospechamos que, incluso, podría tratarse de "un pacto con la muerte o un acuerdo con el infierno"?

¿Deberíamos, tal como lo hizo William Lloyd Garrison, proclamar a la Constitución como un acuerdo de ese tipo y negarnos a cumplirla? ¿Deberíamos, como Roger Taney, autor de *Dred Scott*, aceptar las condiciones actuales y la Constitución que las permite por estar nosotros defendiendo el *rule of law* y la voluntad de los Fundadores? ¿Deberíamos, al igual que Joseph Story, el autor de *Prigg v. Pennsylvania*, devolver el esclavo que se escapó a su amo, hacer cumplir el pacto constitucional con los estados esclavistas que creemos profundamente injusto, justamente porque se trata de un acuerdo y porque es necesario evitar ciertas calamidades aun mayores: es decir, una guerra civil? ¿O tal vez deberíamos, como Frederick Douglass, negarnos entretanto a reconocer las maldades que contiene la Constitución y denunciar las maldades que se cometen en su nombre? ¿Deberíamos interpretar la Constitución para permitir el mal, sabiendo que podría ser dañino o, tal vez, convenciéndonos a nosotros mismos de que, después de todo, no es tan dañina? ¿O bien deberíamos interpretar la Constitución "estrictamente" favoreciendo nuestra visión de los derechos humanos y la justicia, prescindiendo de la concepción originaria o, inclusive, de los consensos actuales sobre su significado, en la esperanza de que la Constitución y el país puedan algún día transformarse en lo que al presente es una promesa?

Nuestras razones para incluir a figuras como Douglass y Garrison —así como Taney y a Story— en nuestros cursos de derecho constitucional evidencia nuestra concepción acerca qué es más importante en la tarea de la pedagogía del derecho. Somos profesores de derecho, no de justicia y, aún así, la cuestión de la justicia —y el constante fracaso del derecho para alcanzarla— nunca puede estar ausente de nuestras mentes por mucho tiempo. Cuando enseñamos dere-

cho a nuestros estudiantes, los introducimos en un mundo.¹⁸³ Se trata de un mundo en el que habitarán por varios años, un mundo que tenemos la esperanza de que les permita, no sólo como abogados, sino también como ciudadanos, llevar una vida mejor y más digna de ser vivida. Pero nuestro ingreso a un mundo como éste implica inculcar simultánea y exitosamente de un canon, una regla de conducta y una disciplina de pensamiento que dé forma a nuestras imaginaciones, colonice nuestra conciencia y nos ayude a transformarnos, para bien y para mal, en la clase de personas que somos. Imaginar que uno puede escaparse de esta canonicidad es una fantasía. Imaginar que podemos tener un mayor grado de conciencia acerca de los cánones que constituyen nuestra vida profesional, no lo es. Es tiempo de que emprendamos esta tarea.

¹⁸³ O bien, como habría dicho Robert Cover, los hacemos parte de un *nomos*. Véase Robert M. COVER, *The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative*, 97 Harv. L. Rev. 4, 4 (1983).