



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Oliver Wendell Holmes: Contribución al
realismo jurídico

Presentado por:

María Lorenzo Díez

Tutelado por:

Luis Carlos Amezúa Amezúa

Valladolid, 17 de febrero de 2023

AGRADECIMIENTOS

A mi familia y a Zamora.

RESUMEN

La figura del jurista Oliver Wendell Holmes se sitúa en un momento crítico para el desarrollo del pensamiento jurídico norteamericano. A lo largo del trabajo analizaremos como esta figura representa un punto de inflexión en el sistema jurídico y como hace grandes aportaciones para la difusión de ideas e información, modernizando la jurisprudencia.

De esta forma, inicio desarrollando los primeros años de O.W.Holmes, ubicándolo en un contexto social y analizando sus grandes aportaciones para una mejor comprensión. Desarrollo las diferentes filosofías de nuestro autor y cómo defiende las ideas orientadas a la libertad de expresión, lo que le hizo ser tachado de 'gran disidente' por sus votos particulares. De entre todas estas ideas, nos detendremos de forma más detallada en el realismo jurídico; así como las nociones principales de tal corriente y la contribución de O.W.Holmes. Por último, analizo su obra 'The Path of the Law', en la que nos ofrece una visión de métodos jurídicos, creencias y valores para el avance de la jurisprudencia.

Palabras clave:

Oliver Wendell Holmes, realismo jurídico, hombre malo, libertad de expresión, pensamiento jurídico.

Abstract:

The figure of the jurist Oliver Wendell Holmes is situated at a critical moment in the development of American legal thought. Throughout this paper we will analyse how this figure represents a turning point in the legal system and how he makes great contributions to the dissemination of ideas and information, modernising jurisprudence.

In this way, I begin by developing the early years of O.W. Holmes, placing him in a social context and analysing his great contributions for a better

understanding. Throughout the work I analyse the different philosophies of our author and how he defends ideas oriented towards freedom of expression, which led him to be branded as a 'great dissenter' by his private votes. Among all these ideas, we will dwell in more detail on legal realism; as well as the main notions of such a current and the contribution of O.W. Holmes. Finally, I analyse his work '*The Path of the Law*', in which he offers us a vision of legal methods, beliefs and values for the advancement of jurisprudence.

Key words:

Oliver Wendell Holmes, legal realism, *bad man*, freedom of expression, legal thought.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	9
2. BIOGRAFÍA	11
2.1. Vida temprana.....	11
2.3. O.W.Holmes en Harvard.....	12
2.4. O.W.Holmes y su andadura en derecho.....	13
2.5 Juez del Tribunal Supremo.....	14
3. TRABAJOS ACADÉMICOS	16
3.1. The Common Law.....	18
4. INFLUENCIAS EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO NORTEAMERICANO	20
4.1. Escepticismo moral.....	21
4.2. Corriente americana, el formalismo.....	21
4.3. El pragmatismo.....	23
5. LIBERTAD DE EXPRESIÓN	25
6. VOTOS DISCREPANTES DE O.W.HOLMES	28
7. GRAN DISIDENTE DE LA CORTE SUPREMA	30
8. REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO	33
8.1. Introducción.....	33
8.2. Nociones del realismo jurídico.....	36
8.3. Realismo filosófico y realismo jurídico.....	38
8.4. Concepciones realistas del derecho.....	39
9. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO	41
9.1 La creación judicial y el concepto de derecho implícito.....	42
10. LA SENDA DEL DERECHO	44

10.1. Mirada revolucionaria del hombre malo.....	48
10.2. Papel de los tribunales.....	50
11. CONCLUSIONES	53
12. BIBLIOGRAFÍA	56

INTRODUCCIÓN

Oliver Wendell Holmes es una figura muy importante en el escenario norteamericano, ya que introduce muchas aportaciones a este sistema jurídico. Es un gran jurista que proporciona grandes ideas orientadas a la libertad de expresión, las cuales han influido para lograr un camino muy marcado en su filosofía-jurídica. Durante su trayectoria fomenta el libre intercambio de ideas para tener un pensamiento más abierto plasmado en *Abrams*, suponiendo un paso muy grande en la modernización de la jurisprudencia.

Podemos apreciar como sus ideas no son totalmente claras, pues plantea muchos pensamientos. Aborda muchas teorías como el idealismo, escepticismo, formalismo, pragmatismo... todas ellas con características muy marcadas, pero sin las cuales no se podría explicar su impacto posterior. Hace que se empiece un camino hacia la modernización norteamericana, como se observa con sus *dissents*. O.W. Holmes ofrece una visión nueva y original en los que plasma una tendencia desafiante y poderosa, para ajustarse a las necesidades sociales.

El presente trabajo ha sido dividido en varias partes. Primeramente presento su trayectoria en los primeros años de su vida, relatando como se fue formando en Harvard y su andadura en derecho, alcanzando ser Juez del Tribunal Supremo. Seguidamente muestro sus obras más trascendentales y como fue construyendo su pensamiento jurídico; exponiendo las ideas principales de tales corrientes.

Seguidamente expongo como la libertad de expresión afecta a Holmes, sacando de ello dos ideas principales; como la guerra afectó a su manera de pensar y como su mercado de ideas aportó grandes pensamientos para poder alcanzar la verdad. A continuación, con sus votos discrepantes vemos una visión innovadora en la que, sus trabajos nos dan a conocer sus ideas más profundas de la cultura jurídica.

En el siguiente epígrafe se expone el realismo jurídico, uno de los temas principales del trabajo. Se recogen las características principales de la

corriente, aportando ideas de otros autores y como O.W.Holmes contribuye a ella. Por último, nos centraremos en desarrollar la obra “*La Senda del Derecho*” (*The Path of the Law*). Uno de los escritos más importantes de la literatura estadounidense, centrada en el pragmatismo filosófico y realizando aportaciones para el análisis jurídico. Aportaciones como la figura del *bad man*, de la separación entre el derecho y la moral, del *commow law*... Analizando finalmente la función judicial para revisar las operaciones lógicas del derecho.

2. BIOGRAFÍA

2.1. VIDA TEMPRANA

Oliver Wendell Holmes nació en marzo de 1841, en Boston, en el seno de una familia muy destacada por sus círculos intelectuales.

Su padre fue un médico, aunque también intelectual por sus temas dedicados a la literatura, poesía, conferencias... Fue toda una figura representativa para la sociedad de aquella época. Se hizo eco en la población norteamericana, incluso en Inglaterra por los escritos que realizaba todos los meses en el "*Atlantic Monthly*".¹

Por la sociedad de aquel entonces, su madre no tuvo una vida pública. Fue una mujer dedicada al cuidado de sus hijos, ya que las señoras que vivían en una familia acomodada no tenían responsabilidades más allá.

Durante una edad temprana, tuvo que hacer frente a la fama que tenía su padre. Ser el hijo de Oliver Wendell Holmes, Sr. era una ardua tarea, pues su padre lo trataba con cinismo, aparte de que había un ambiente más que competitivo por la trayectoria intelectual.

Para Holmes esta competitividad no influía de manera negativa, es más, era un impulso para comenzar sus trabajos. Le interesaban temas como el derecho, el teatro, lenguas como el griego y el latín y el campo de la filosofía. Durante la edad más temprana escribiría ensayos sobre temas religiosos, a modo de muestra se pueden destacar; '*Books*'². Finalmente, centraría su trabajo en un solo ámbito, el derecho.

¹ La revista fue fundada en el año de 1857 véase a SHELDON M. Novick., Honorable Justice: *The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p.19.

² HOLMES, Oliver Wendell., *Books*, 4 Harvard Magazine 408, (1858) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.

2.2. HOLMES EN HARVARD

Holmes empezó desde temprano con sus estudios asistiendo a la escuela del Sr Thomas Russell Sullivan, altamente marcado por su carácter religioso. Aunque con el paso del tiempo se iría desvinculando, en sus acciones morales estarían presentes como en la Guerra de Secesión.

Se formó en la Universidad de Harvard, pues sus antepasados estudiaron allí y era impensable que él no lo hiciera. Se formó con la edad de 16 años, en el año 1857 como jurista, ejerciendo la profesión durante tres años. Puntualizar, que Harvard no solo era una universidad donde se impartían estudios, sino que también influía y desarrollaba el carácter de sus estudiantes. Para Holmes la universidad no fue ningún reto ya que hacía actividades aparte que le ocupaban mucho tiempo. En la última clasificación de estudiantes quedó en una posición media, buen lugar si comparamos sus inquietudes y todas las actividades extracurriculares que practicaba³.

Holmes criticaba el método de enseñanza de Harvard, se puede reflejar en la cita siguiente: “*The system of marks is too absurd to require anything but contempt*”. Manifestaba que el sistema solo perseguía el fin de asegurar su estatus y dignidad. Podemos decir que la sociedad más intelectual de la época enviaba a sus hijos a Harvard ya no solo por la educación, sino por la admisión en la sociedad de Boston e incluso a nivel nacional que tendrían.

Durante todos los años de su andadura por la universidad, América vivía unas situaciones de crisis. Esto afectaba de gran manera a la universidad pues había personas de ambas posiciones con pensamientos muy diversos, incluidos profesores, hasta el punto de que casi desaparece en el momento de empezar la guerra. Situación que también afectaba a Holmes ya que se mostraba afín a la causa de abolición de la esclavitud. Tanto fue así que se inscribió en las listas de batallón, quedándole por cursar el último semestre en Harvard.

³ Parte biográfica seguida de la tesis de: PORTELA VALENTÍN, Orlando G. *Oliver Wendell Holmes jr. Y su obra: una fusión sistemático-existencial*. (2015), pp. 99-111.

2.3. HOLMES Y SU ANDADURA EN DERECHO

Holmes fue un verdadero héroe, desde su andadura hasta el fin de la Guerra de Secesión⁴ estuvo luchando en la línea de batalla. Cuando finalizó en 1864, regresó a Boston con varias ideas sobre su formación. Anteriormente de luchar tenía clara la idea de crecer jurídicamente, pero al terminar, le rondaba la idea de estudiar filosofía o medicina, ideas que no convencían a su padre, por lo que retorna a la Universidad de Harvard donde comienza su formación en Derecho⁵.

Oliver Wendell Holmes, Sr. fue el que le empujó a estudiar la idea de Derecho, ya que, si hubiera estudiado filosofía, la rentabilidad de su economía hubiera sido mucho peor. Es la versión que cuenta Mark DeWolfe, secretario de Oliver Wendell Holmes, Jr.

Comenzó sus estudios después del período tan duro de la guerra y la sociedad estaba mal organizada. Las necesidades sociales, políticas y económicas no se ajustaban a la actualidad ya que estaban obsoletas. Era necesario actualizar todo el campo jurídico, lo que llevaría el desajuste durante varias épocas al igual que la confusión y la insatisfacción; a pesar de ello los norteamericanos continuarían con un sistema de Derecho Común, el cual partía de unos principios de derecho natural.

Cuando Holmes comenzó la Universidad tan solo llevaba 47 años desde su fundación y a ninguno de los profesores que la impartían se les consideraban académicos. Durante este periodo estuvo formándose en la oficina de su primo como abogado, hasta que decidió montar su propio despacho y dedicarse a la edición de los *Commentaries on American Law*⁶ de

⁴ Conflicto bélico librado en Estados Unidos durante los años 1861 hasta 1865, como resultado de la esclavitud cuando los Estados Confederados de América atacaron Fort Summer, en Carolina del Sur.

⁵ PORTELA VALENTÍN, Orlando G., *Oliver Wendell Holmes jr. Y su obra: una fusión sistemático-existencial*. (2015), pp.166-177.

⁶ La revista fue fundada en el año de 1857, véase a SHELDON M, *Novick., Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 19

James Kent. Al finalizar, empezaría su viaje por Europa, al que iría para codearse con la alta sociedad inglesa y cultivarse de otras culturas.

2.4. JUEZ DEL TRIBUNAL SUPREMO

Holmes trabajó como profesor en la Universidad de Harvard y después de ello fue nombrado Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, puesto similar al que había realizado cuando fue Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts. Tomó posición en el Tribunal Supremo teniendo bastante oposición por parte de los representantes de los Estados, incluida la sociedad, ya que se oponía a los intereses del comercio e industria. El 4 de diciembre de 1902 fue nombrado por el Senador Hoar, ocupando el lugar del Juez Horace Gray⁷.

Hasta el año 1932 duró en el cargo, predominando en la tarea de escritos para el Tribunal y de Opiniones Disidentes, de una manera sencilla, precisa y basándose en un fundamento jurídico-filosófico. Podemos observarlo en uno de los textos detallado en *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*: “No creo en las largas opiniones que han sido casi la regla aquí. Creo que exponer el caso brevemente y el fundamento de la decisión tan concisa y con la mayor delicadeza posible. Esa es la manera inglesa y creo que es civilizada”.⁸

Debemos puntualizar que Holmes en ningún momento fue un Juez liberal, es más, se podría decir que fue lo contrario, aunque tuviera percepción popular; lo podemos observar cuando no apoyaba a las personas negras, ni a los derechos de los obreros, entre otras causas.

Holmes durante este tiempo estuvo destinado en diferentes áreas del Derecho. Un gran campo donde ofreció muchos dictámenes fue en el Constitucional. En una de sus primeras críticas, establece que los jueces no deben cambiar su opinión por el de los legisladores, ni aún en los casos en los

⁷ Horace Gray, sufrió un derrame cerebral por lo que tuvo que retirarse de la política.

⁸ PORTELA VALENTÍN, Orlando G., *Oliver Wendell Holmes jr. Y su obra: una fusión sistemático-existencial*. (2015), p.94.

que entiendan que los legisladores se han equivocado al cambiar la ley⁹. El Tribunal Supremo solo debería de intervenir cuando los derechos fundamentales no se cumplieren.

⁹ PORTELA VALENTÍN, Orlando G., *Oliver Wendell Holmes jr. Y su obra: una fusión sistemático-existencial*. (2015), pp 252.

3. TRABAJOS ACADÉMICOS

Durante toda la vida Holmes estuvo dedicado a estudiar y trabajar, pero nunca dentro de sus intereses académicos, pero esto no influía en desarrollar todas las ideas. En primer lugar, *'The American Law Review'*, se trataba de una revista jurídica, la cual comenzó formándose por un pequeño grupo de abogados en el que hablaban de los temas más actuales.

Holmes utilizaba este medio como de evasión por todo lo que había sufrido en la guerra, aparte de estar centrado en los estudios de abogacía. Comenzó criticando las bases del sistema legal en el que vivían, hasta resumir la jurisprudencia reciente. Como comentábamos anteriormente, se centró en los *Commentaries on American Law*, de James Kent, dando como resultado muy buenas críticas del trabajo que había realizado.

Escribió sobre la codificación del Derecho Común pues advertía que la ley codificada tendría muchos problemas para poder adaptarse a los cambios sociales. Primeramente, se necesitaba una teoría del Derecho, es decir, la manera de entender los principios legales generales. Una vez que estuvieran claros estos principios haría falta una buena redacción, para que los intelectuales entendiesen claramente su comprensión; de esta manera el Código no estaría destinado para el pueblo. Holmes se adentraría en la idea de codificar el Derecho Común.

Holmes destacó publicando artículos en el *'American Law Review'* Podemos hacer referencia a los más importantes como; *'Primitive Notions in Modern Law'* basado en la responsabilidad civil. Holmes indagó hasta las costumbres romanas, griegas y hebreas para ofrecer mayor importancia al análisis lógico. Obtuvo así que el daño tiene una repercusión, y a este se le une una responsabilidad, es decir la responsabilidad del daño. Esta responsabilidad la tiene que cumplir el autor que la realizó por la satisfacción del deseo de venganza del tercero y no, como entre otras causas, por indemnización de daños. En esta obra podemos analizar los primeros pasos donde se irá construyendo la base de su pensamiento jurídico.

'*Possession*' lo escribió en el año 1878. Este estuvo destinado a cuestionar la filosofía de los autores alemanes, ya que estos se apoyaban en el análisis lógico en vez en la investigación. Holmes trabaja desde un punto histórico para tratar los problemas que hay en un bien cuando ha desaparecido su dueño, en cambio, como he citado anteriormente, los alemanes trabajan desde un punto filosófico.

Por último, '*Trespass and Negligence*' ofrece dos teorías jurídicas en favor y en contra, para argumentar los principios generales que establecen la responsabilidad por daños extracontractuales. En primer lugar, la teoría de Austin, la caracteriza de una naturaleza criminal, ya que la responsabilidad civil y la conducta criminal van unidas.

Seguidamente la teoría de '*Asunción de Riesgos*', en la que se toman los daños y no se impone una medida de responsabilidad; independientemente de la intensidad del hecho ya que la persona actúa de una manera voluntaria. Holmes discute sobre esta teoría ya que, si la persona actuó voluntariamente sin prever los actos el Estado no debería de imponer esa responsabilidad.

Holmes fue nombrado Juez Asociado del Tribunal Supremo de Massachusetts en el año 1882, aplicando el derecho consuetudinario. Su aportación durante este período fue algo escasa, ya que, en estos años hasta 1902, solo escribiría tres artículos. Obras donde reafirma que los jueces deben tomar decisiones de política pública para un bien común; eligiendo un beneficio con claridad en todo su procedimiento.

El primero de ellos sería "*Privilege, Malice and Intent*". Entraría a debatir dos tipos de situaciones particulares del derecho civil¹⁰. Primeramente el derecho ampara al demandado, pues justifica que tuvo una justa causa para actuar de esa manera. Esa acción estaría protegida por un privilegio, pero podría ser anulada en caso de que el demandado actuó con mala fe. En la segunda situación interfiere un tercero, entre el demandado y el demandante en la que se podría dar una situación legal o ilegal, dependiendo como actuara el tercero. En los casos expuestos los tribunales deberían debatir sobre la

¹⁰ PORTELA VALENTÍN, Orlando G., *Oliver Wendell Holmes jr. Y su obra: una fusión sistemático-existencial*. (2015), p.390.

naturaleza subjetiva, criterios externos contrapuestos a los pensamientos de Holmes.

El segundo artículo lo escribiría en 1897, '*The Path of Law*', obra dedicada al derecho común. Fue un punto de inflexión en el S.XX, pues a partir de esta obra empieza el realismo jurídico norteamericano. Los norteamericanos se mantendrán alejados del campo social, político y económico, para centrarse plenamente en esta nueva corriente jurídica. El escrito fue para esta corriente, ya que no fue un trabajo elaborado, pues se trata de una conferencia que ofreció en la Universidad de Boston en ese mismo año.

En esta obra el objetivo de Holmes es ofrecer la interpretación sobre lo que debería ser la ley, frente a lo que es la ley. Holmes sería el primer norteamericano que haría un trabajo de naturaleza positivista.

La última de sus obras, "*Law in Science and science in law*", publicada en el 1899. Basada en el Derecho científico por la que, el jurista debe dirigir la investigación a un punto crucial, desarrollando con su capacidad los elementos necesarios para satisfacer a la sociedad. Holmes, en este artículo, explica como los abogados pueden apoyarse en los estudios, en la jurisprudencia, para basar sus decisiones en el campo científico.

3.1. THE COMMON LAW

Durante el año 1836 Holmes dio una serie de conferencias sobre Derecho Común, tema con el que el público no estaba muy interesado, pero con ellas obtuvo gran prestigio, utilizándolas para escribir '*The commow law*'. Años más tarde, en el 1881 lo publicó como libro, teniendo un gran número de ventas.

Fue un libro publicado antes de su nombramiento como juez. El objetivo era presentar de una manera general '*The Common Law*'. *La ley no ha sido lógica, ha sido una experiencia a lo largo del tiempo*, encarnando la historia del desarrollo de una nación y en qué se convertirá. Se enlazarán la historia y la teoría de la legislación, estudiando la combinación en cada etapa.

La organización de los temas presenta diferencias, ya que es la unión de varios capítulos escritos a lo largo de su vida y existen diversas metodologías. El libro ofrecía una visión amplia de Derecho Común, aunque podemos quedarnos con ideas principales; la metodología y la utilización de criterios para evaluar responsabilidad contractual. Se divide en varios temas, así como en los deberes recíprocos, como *'Possession'* el que anteriormente hemos citado. Trabaja en la responsabilidad civil, el tema de contratos y los deberes particulares.

En la obra hay dos ideas principales, la metodología y los criterios externos de las personas por sus actos.

La metodología afectaba a la coherencia del escrito. Primeramente, Holmes presenta cómo entiende el Derecho. Para entenderlo hay que reconocer sus rasgos históricos para que, en la actualidad, se pueda ir adaptando a las necesidades sociales. En segundo lugar, hay que examinar las necesidades presentes. Estas dos particularidades unidas, son las que darán el resultado de entender el Derecho.

Los criterios externos estarían basados en la responsabilidad tanto penal como civil. En el campo civil, Holmes tuvo el objetivo de promover la teoría de crear un sistema de adjudicación de responsabilidad por medio de criterios externos, en el que encontró un grado de aceptación; por el contrario, en el ámbito penal, intentó realizar una teoría para que tratase a todos los criminales por igual independientemente de sus hechos, aunque esto no fue de gran repercusión en el Derecho Penal norteamericano.

Por otro lado, antes de esta publicación Holmes expresaba su crítica contra la definición que había del Derecho, ya que la fuente última de poder era la fuerza no el gobierno, pensamiento que había deducido tras su participación en la Guerra Civil. Los jueces no respondían la idea del gobierno sino a las fuerzas dominantes de la comunidad, de las que dependía la última sanción de fuerza.

4. INFLUENCIAS EN EL DESARROLLO DEL PENSAMIENTO JURÍDICO NORTEAMERICANO

Oliver Wendell Holmes, se caracterizó por no presentar unas ideas claras en sus escritos, ya que se contradecía, aparte abordaba muchos pensamientos que ofrecían una interpretación libre. Por estos motivos, los intelectuales no sabían en qué escuela enmarcar sus ideas, ya que podemos observar el pragmatismo, el realismo jurídico y el utilitarismo. A pesar de todo ello Holmes se convirtió en un gran jurista haciendo que las escuelas quisieran estar vinculadas a sus ideas, pues era apreciado por sus grandes argumentos filosóficos.

Con todas las ideas que ofreció nuestro autor, identificaremos los pensamientos filosóficos para intentar clasificarlas en las escuelas jurídicas.

Holmes se desarrolló en torno a unos valores puritanos, aunque tenía gran afinidad con ellos, no le hicieron desviarse de sus ideas, ya que lo más importante para él era adquirir conocimientos filosóficos. Expresaba que a través de la filosofía los hombres debían asumir obligaciones morales de forma gráfica, en cambio con la religión solo los fomentaba.

Un ejemplo lo tenemos cuando Holmes luchó para acabar con la esclavitud:

“Por mi parte, creo que la lucha por la vida es el orden del mundo. orden del Mundo, ante el cual es vano quejarse...Ahora bien, al menos, y tal vez mientras el hombre habite sobre el globo, su destino es la batalla, y tiene que tomar los riesgos de la guerra”¹¹.

Podemos decir que en esta época dio un paso del idealismo¹² al escepticismo¹³, llegando a la conclusión de que la guerra no era para los

¹¹ PORTELA VALENTÍN, Orlando G. *Oliver Wendell Holmes jr. Y su obra: una fusión sistemático-existencial*. (2015), p

¹² Afirman que la realidad, o la realidad que podemos conocer, es fundamentalmente un constructo de la mente o inmaterial.

¹³ Afirma la inexistencia de la verdad, o que, si existe, el ser humano es incapaz de conocerla.

demás una convicción moral, sino un fin político y económico, en el que cada bando creía que sus ideas eran las correctas y estaban luchando por un buen resultado. Holmes llegó a la conclusión de cuáles era las ideas buenas y cuáles las malas, o si sólo eran ideas relativas, dependiendo del momento dado del pensamiento de cada persona.

Cada vez estaba más sujeto al escepticismo moral ya que expresaba su indiferencia a las personas que perseguían siempre un ideal. Según pasaba el tiempo desarrollaba una idea más escéptica, una idea crítica que hacía desconfiar y despreciar los ideales de los demás, existiendo solo valores de naturaleza relativa¹⁴.

4.1. EL ESCEPTICISMO MORAL

Se produce un cambio del escepticismo moral al jurídico, si no existen verdades absolutas, el valor que tienen las ideas del juez son igual de válidas que el resto, por ello, lo último para tener la razón era la lucha; la última capacidad para justificar dichas ideas.

Las ideas del juez no son las únicas válidas, por lo que mantenía vivo el debate social, intentado solucionar los problemas planteados. Si no había ninguna solución, desde el punto de vista jurídico, el Juez podía crear derecho, pero absteniéndose de imponer criterios propios. Para que la sociedad fuera por el camino correcto, el Juez debía de servir como parte de la evolución de esta. Si en la Constitución no aparecía la manera de solucionar los problemas planteados, debían de fundamentar sus decisiones en la política pública.

4.2. CORRIENTE AMERICANA; FORMALISMO

El formalismo es una corriente que define el derecho como inteligible y coherente afirmando la posibilidad de llegar a una solución a través de una racionalidad que es puramente jurídica. Para el formalismo el derecho es un

¹⁴ Visiones importantes para un individuo, sin que lo puedan ser para otro.

sistema jerárquico de normas, deduciéndose cualquier controversia jurídica sin recurrir a elementos jurídicos que no pertenezcan a aquel sistema. El juez en estos casos tiene que encontrar la solución al caso. Esta concepción marca los estudios durante los primeros años de formación de Holmes.

Holmes marca en Estados Unidos la educación jurídica moderna. Fue un punto de inflexión, pues solo había pensamientos naturalistas en los que sólo había una diferencia entre el derecho positivo y el derecho natural. La corriente moderna está marcada por la idea de ilustración, la cual se diferencia por el escepticismo, racionalismo y la idea de progreso. Estas notas características son claras para marcar el pensamiento moderno.

Finalmente, la Guerra Civil terminó y con ello se instauró puramente el formalismo jurídico americano, es decir, el pensamiento jurídico moderno, citado anteriormente. Teoría que primeramente se instauró en universidades para el sustento de su desarrollo. Para Holmes, el interés del formalismo jurídico norteamericano se distancia del Derecho Natural, al igual que expresaba que la esencia del Derecho era la experiencia humana y no la lógica. Sin embargo, realizó críticas al formalismo relacionadas con una concepción del derecho que debía ser preciso y completo, igual que si fuera un mandato. A través de las críticas perseguía los objetivos generales. En primer lugar, evidenciaba los errores de las teorías jurídicas formalistas, seguidamente mostraba que el derecho no podía ser un resumen de conceptos alejados de la realidad, ya que, si no, no se podría responder a las cuestiones de la realidad y de un contexto específico. Por último, establecía que el derecho no podía establecerse bajo la lógica deductiva, pues el juez no tenía las justificaciones suficientes para llegar a una conclusión determinada. Establecía que no se podían utilizar axiomas para el derecho ya que podría simplificar la aplicación de las leyes y del procedimiento¹⁵.

Holmes consideraba que el derecho era el producto del tiempo con unas necesidades específicas con unos intereses determinados dependiendo de la época. Rechazaba la cadena que pretendía establecer de principios básicos, la

¹⁵ BUSTAMANTE, Natalia Ramírez., *Holmes: un pragmatista a pesar de sí mismo*. Tesis doctoral, Bogotá, Universidad de los Andes, (2007), p. 16.

justificación de las decisiones judiciales. Evitaba el gran tradicionalismo, pero se dio cuenta que el presente dependía del pasado, y la forma antigua va deformándose según va cambiando la actualidad; aunque será el contexto el que siga formando el contenido jurídico, haciendo que las antiguas formas afecten de manera negativa al Derecho.

4.3. EL PRAGMATISMO

El pragmatismo se originó de manera privada en las diferentes reuniones que hacían los más intelectuales de la época, compartiendo diversos temas como el empirismo, utilitarismo... dando como resultado el inicio de esta corriente. Estaría caracterizada por dos elementos, según William James¹⁶, un elemento de investigación y una teoría de la verdad.

Esta corriente establece que el conocimiento filosófico y científico solo se podría considerar verdadero según sus consecuencias prácticas¹⁷. Con el pragmatismo se afirma que la teoría siempre se obtiene a través de la práctica y el conocimiento válido sea el que tenga una utilidad práctica. Es un método para resolver disputas metafísicas que podrían resultar interminables.

Holmes fue una persona difícil de situar respecto a su pensamiento, le ubicaban por ser un antiformalista, positivista, utilitarista... Pero especialmente en el campo de ser un pragmatista, por ser un estudioso que escribió la 'Teoría Predictiva del Derecho' (actitud teórica antiformalista de Holmes que desemboca en esta teoría) que responde a la corriente filosófica pragmática y como es compatible con la idea de que la conducta de jueces puede ser anticipada para descubrir el contenido del Derecho. Holmes como intelectual que apoyaba esta corriente, argumentaba que podría componer desacuerdos metafísicos si una verdad fuera absoluta o universal. Lo esencial de este método es la preocupación por las consecuencias de la decisión. El juez al

¹⁶ Filósofo y psicólogo graduado por la Universidad de Harvard. Uno de los máximos difusores en la teoría del pragmatismo. Su pensamiento se relaciona con la doctrina que él mismo formó llamada, empirismo radical.

¹⁷ CATHERINE LEGG and CHRISTOPHER HOOKWAY., "Pragmatism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.)

momento de tomar una decisión puede acudir al sentido común, aludiendo a las creencias que son compartidas universalmente, aunque las decisiones pueden variar rápidamente.¹⁸

Como he citado con anterioridad a Holmes lo definieron como un juez pragmático, aunque él no se definió a sí mismo de esta manera ya que no aceptaba este método como solución de controversias legales. Según el intelectual Grey, para tomar soluciones se basaba en métodos filosóficos o en casos ya solucionados, por lo que podemos intuir que respecto a este tema no fue innovador y en los hechos fue más un formalista, convirtiendo el derecho en algo más preciso y objetivo. Holmes explicaba que en los casos más complicados es donde se vería totalmente su pragmatismo judicial; donde los conflictos no tenían un precedente legal y no se podían legislar judicialmente dada la imposibilidad de resolverlos de una manera mecánica. Y aunque el estudio del pragmatismo se hubiera hecho de una manera singular, es el nexo necesario para la teoría predictiva, para que el sistema pueda tener una coherencia.

¹⁸ PIOMBO, Horacio J., "El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr. y la teoría predictiva del Derecho", *Doxa*, nº43 (2020), pp. 189-218.

5. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Durante su trayecto como juez del Tribunal Supremo defendió las ideas orientadas a la libertad de expresión y su '*marketplace of ideas*'. Esta corriente comenzó por el año 1917, a la vez que Estados Unidos entra en la Primera Guerra Mundial. He de puntualizar que Holmes, la idea de libertad de expresión no la defendió desde el principio ya que, primeramente, tenía más bien un pensamiento convencional, el cual obtuvo de diversos juristas e hizo que lograse un camino muy marcado y personal por su filosofía; basado en un libre intercambio de ideas, fomentando diversas opiniones para tener un pensamiento más libre.

Holmes fue un autor cuya carrera se caracterizó por ser una paradoja en la que tenía unas ideas convencionales. Modernizó la jurisprudencia con su obra, 'mercado de las ideas', basada principalmente en la responsabilidad jurídica. Las ideas principales se dividían en dos, según si las palabras fueran perjudiciales por sí mismas o no. Holmes explicaba como un mensaje podía estar justificado si las palabras que se empleaban, provocaban o no, un peligro de daño.

En caso de que se provocara un daño, la persona que difundiera tales perjuicios sería responsable según el criterio externo de responsabilidad. Observamos como en casos de palabras ofensivas Oliver Wendell Holmes aplica el criterio externo de responsabilidad, no lo hacía cuando el mensaje producía un perjuicio o cuando había probabilidad de que éste se produjera.

Si no lo fuera, la persona podría ser el responsable de causar perjuicio o beneficio. El Gobierno ejercía su poder de coerción para restringir un determinado mensaje, esta opción era complicada e integraba las decisiones judiciales más conocidas.

La Primera Guerra Mundial, influyó en la libertad de expresión haciendo que no se suprimiera aumentando su preocupación, ya que el interés nacional de la sociedad en la guerra había supuesto la creación de nuevos partidos, como el socialismo y el sindicalismo. Estos partidos hicieron que las autoridades fueran restringiendo la libertad de expresión, ya que sus discursos e ideas suponían un exceso de libertad, pero los intelectuales progresistas

protegieron su valor. Los intelectuales estaban de acuerdo que se podían condenar los discursos que incitaban a una acción problemática o que el lenguaje fuera vulgar causando un resultado ilícito.

Holmes en el año 1919, emitió su voto particular en '*Abrams v. United States*', cambiando su actitud por completo hacia la libertad de expresión, optando por volver a su pensamiento inicial basado en la búsqueda de la verdad. Este cambio fue gracias a las formulaciones de Chafee¹⁹. Zechariah Chafee consideraba que los problemas sobre la libertad de expresión eran distintos según los casos de tentativa a los que se aplicaba el derecho común²⁰. Holmes adoptó la doctrina del peligro claro y presente, por Chafee, por ello, lo dejó plasmado en '*Abrams*'.

En este escrito, introduce en el concepto de 'mercado libre de ideas' la mejor prueba para saber la verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado dentro de una etapa. '*La teoría de nuestra Constitución*', refleja bien esta teoría ya que dependiendo de la etapa unos pensamientos serán más efectivos que otros, hasta alcanzar la verdad. Se puede llegar a la conclusión que los principios que hay en un país están en constante formación y la libertad de expresión los ayuda a mejorar.

Oliver Wendell Holmes introdujo este mercado de ideas en la Primera Enmienda, basando sus escritos en los economistas neoclásicos explicando que la metodología económica debería aplicarse al derecho. Aunque algunos autores cuestionaban el mercado de ideas ya que solo disponían de una función social no respondiendo a la demanda de la población, Holmes lo definió como las necesidades de la época, para poder avanzar en el conocimiento.

Su voto particular en *Abrams* supuso la modernización de la jurisprudencia en Estados Unidos sobre la libertad de expresión, el

¹⁹ Zechariah Chafee Jr. Fue un filósofo judicial estadounidense y defensor de los derechos civiles, descrito como "posiblemente el erudito más importante de la Primera Enmienda de la primera mitad del siglo XX" La ávida defensa de Chafee de la libertad de expresión llevó al senador Joseph McCarthy a llamarlo "peligroso" para Estados Unidos.

²⁰ BISBAL TORRES, Marta.,. *El Mercado Libre de las Ideas, de O.W.Holmes*, Revista española de Derecho constitucional, nº 81 (2007), p. 195.

reconocimiento de la diversidad, la adaptación al cambio, el dinamismo...
Presentando un carácter liberalizador y haciendo que el Gobierno no tomase parte en este cambio de pensamiento para que fuera la sociedad quien llevase las riendas hacia la libertad de expresión.

6. VOTOS DISCREPANTES DE O.W.HOLMES

Los votos discrepantes de Holmes nos sitúan en una recopilación de diferentes sentencias que el juez reunió durante años trabajando como parte en la Corte Suprema Estadounidense²¹. Esta serie de trabajos plasmados en sentencias y conferencias judiciales, fueron muy importantes para poder conocer sus ideas, posiciones, e innovaciones en la teoría de la cultura jurídica.

En Estados Unidos iniciado el S.XX comienza la llegada de la maquinización, la lucha por los derechos civiles y movimientos de sindicatos; con un gobierno muy conservador sin la intención de innovar ni mejorar la calidad de sus ciudadanos. O.W.Holmes con sus votos discrepantes nos muestra evolución del pensamiento americano. Los jueces conservadores no realizaron ninguna intervención por sus ciudadanos, es más, ejercieron una interpretación abusiva de las cláusulas constitucionales, negando derechos y concesiones sociales.

Esta posición hizo que Holmes emitiera una visión crítica hacia los motivos éticos. Primeramente, porque entendía que ‘percibió con claridad que la pretendida pureza y la pulcritud jurídica de esas decisiones, no hacía sino encubrir una posición política e ideológicamente sesgada’²². Nada tenían que ver la función de los jueces con su responsabilidad social, haciendo que también hubiera una falta de sensibilidad del derecho, con normas legales demasiado antiguas y sin cubrir las necesidades reales. Dos concepciones que se pueden ver reflejadas al tratar de una forma más realista y de una forma más evolutiva el derecho.

La primera de ellas establece que Holmes es reconocido en el campo de la filosofía jurídica, ya que supone una renovación del derecho, haciendo que el derecho no se pueda renovar sin el contacto con la realidad jurídica.

Por otra parte, se trata la magnitud que está cobrando el problema de justicia constitucional. Este problema abarca la pregunta sobre la naturaleza

²¹ HOLMES, Oliver Wendell., *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, estudio preliminar y traducción de César Arjona Sebastià, Lustel, Madrid. (2006), p. 254.

²² LLOREDO ALIX, Luis., recensión a *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, en *Derechos y libertades*, nº 17 (2007), pp. 253-262.

legislativa, los límites que se establecen al control de constitucionalidad. Las diferentes sentencias que inspiraron los votos discrepantes son especialmente oportunas, ya que son muchos los temas que se tratan y que en la actualidad son debate de políticos y juristas; como las funciones que puede desempeñar el tribunal constitucional y las funciones de sus jueces. Es pues, un problema de décadas en la historia de la democracia estadounidense y que actualmente nutre el debate en torno al neoconstitucionalismo. O.W.Holmes desde el año 1903 y 1929, ofrece una serie de votos discrepantes de manera original, aunque la edición española ha realizado algunos cambios. Esta serie de novedades han influido en la forma de agrupar los votos, de manera cronológica en vez de por temáticas; una agrupación que resultó óptima. Seguidamente suprimió algunos de ellos para no ser una colección muy voluminosa, decisión que dio lugar a debate, pues los votos eliminados no tenían por qué ser menos importantes de los que actualmente aparecen, como los casos de *United States vs. Moreland* (1922) en los que Holmes discrepó.

Esta serie de votos discrepantes ofrecen una visión nueva para su debate y reflexión para el constitucionalista, analizando límites sobre la interpretación constitucional, sobre la naturaleza de derechos fundamentales o la justicia constitucional; pero el mayor triunfo para estos escritos son los temas de los derechos sociales como derechos fundamentales, tema emergente de lucha en aquella época.

7. EL GRAN DISIDENTE DE LA CORTE SUPREMA

Se constata la familiaridad con la que los jueces disidentes se han incorporado desde el primer momento al sistema judicial norteamericano, pero sin duda la mayor figura en hacerlo fue O.W.Holmes. Nos hallamos ante un sistema *commow law* caracterizado por decisiones judiciales personalizadas. Los *dissents* no podrían prescindir de la naturaleza del sistema jurídico norteamericano, aunque tuviera un carácter personalizado.

Holmes fue tachado del 'gran disidente', pero no fue ni de lejos uno de ellos. Tuvo una gran trascendencia por sus votos particulares pues realizó planteamientos que rompieron con los pensamientos tradicionales. Todo ello sumado a la procedencia de la Corte Suprema de Massachusetts no dejaba de posicionarlo en torno al *dissent*, pues aquí era raro que los jueces hicieran público su *dissent*. En "*The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy*" en *The American Journal of Comparative Law*, señalaba: "No puedo estar de acuerdo con la sentencia de la mayoría del Tribunal... debo expresar mi desacuerdo"²³.

Su filosofía con la que intercambiaba ideas y era proclive al compromiso, lo llevaría a un autocontrol en que la que aseguraría que 'la imitación al pasado hasta que tengamos una clara razón para el cambio, no necesita justificación'.

Con la llegada de Holmes a la justicia se anunciaba la nueva era, *liberal dissent*, puso de relieve la búsqueda de certeza por parte de los juristas. B.N.Cardozo en "*Mr. Justice Holme*" nos introduce como Holmes fue el gran liberal para demostrar que los derechos no deberían ser absolutos, encontrándose en lucha para que pudieran ser declarados como tales. Refleja de modo inequívoco como no le concedían introducir convicciones morales o económicas para el intercambio de ideas, pues el constituyente no estaba a favor de dar carta blanca en este tipo de nuevos pensamientos. En su *dissent* del caso '*Truax c. Corrigan*' plasmaba la lamentable utilización de la Cuarta Enmienda para la realización de experimentos sociales pues eran experimentos dañinos.

²³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco., "El justice" Oliver Wendell Homes: "The great dissenter' de la Supreme Court", Teoría y Realidad Constitucional, núm. 25, (2010), p.148.

No cabe duda de la fama que siempre acompañó a Holmes por sus *dissents*, ya que fueron desafiantes y poderosos; tal era la notoriedad que se convirtieron en Derecho vigente. Se llegó al punto de que la Corte posterior de 1937 utilizó los *dissents* durante las tres primeras décadas de siglo, realizando un cambio de tendencia. Esta transición, se puede observar en la sentencia del caso *United States v. Carolene Products Co.* En la que el Tribunal establecía un auténtico principio de presunción de la constitucionalidad.

Con la llegada de Brandeis a la Corte Suprema se hablaría de una gran influencia para el liberalismo de Holmes, pues sospechaban que Holmes en el fondo era un conservador²⁴. Se convertiría en el más destacado de la Corte a favor del realismo legal, acomodando los principios constitucionales a las necesidades sociales y a los valores del momento histórico. Intentaba abandonar las normas constitucionales para ajustarse más a las necesidades sociales y a los valores de cada momento histórico.

Se convirtió en un verdadero defensor del realismo legal y abandonaría la búsqueda del significado auténtico de las normas constitucionales. Holmes mostró que los *dissents* formarían una auténtica obra filosófica que debería conectarse con los anteriores escritos. Lo demuestra en una de sus mayores obras '*The Path of the Law*', con la reiteración de la fuerza más importante en el desarrollo del derecho es la lógica²⁵. Para poder tener una explicación de ello, hay que retroceder a la época medieval, dónde la jurisprudencia seguía a la filosofía, pues la *interpretatio verborum* se insertaba en la lógica. Holmes enfatizaba mucho en un gran error que se podía cometer al dictar la decisión de las normas. En la formación del juez, el lenguaje judicial era el de la lógica y en varias ocasiones los jueces no estaban completamente seguros de la resolución que realizaban. "The language of judicial decision —añade nuestro Justice— is mainly the language of logic. And the logical method and form

²⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco., "“El justice” Oliver Wendell Homes: “The great dissenter’ de la Supreme Court”, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 25, (2010), p.144.

²⁵ *Ibidem*, p.150.

flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind”.²⁶ Esta certeza generaría ilusión y la tranquilidad no pertenece al destino del hombre.

Holmes sería el célebre de la jurisprudencia del siglo XX, aunque su idea de separar el Derecho y la lógica no era apoyada, con el paso del tiempo se produjo la liberación definitiva del Derecho. Se apoyaría en la frase que le hizo sobresalir por encima de los otros autores; ‘la vida del derecho no era la lógica, sino la experiencia’. Con esta frase desconfiaba de la lógica y de como un sistema pueda ser tratado como las matemáticas, llevándolo así a una jurisprudencia mecánica. Estas visiones se podrían observar en varios casos sociales como el de *Coppage v. Kansas*, en el que Holmes lo plasmaría en un *dissent*. En este caso un trabajador había sido despedido por pertenecer a un sindicato, Holmes expresaría su opinión en los famosos *dissents* justificando que no habría nada en la Constitución que impidiese estarlo, por lo que su despido no estaría acreditado. Otro caso similar fue en el de *Gitlow v. New York*, Holmes en su *dissent* sopesó la idea que habían establecido y estimó que debía ser revocada, pues formaba parte de la libertad de expresión de Gitlow; ya que para eso existía, para que se le concediera tal oportunidad a la población no suponiendo una violación.

Nos centraremos en alguno de los *dissents* más trascendentes. En el primero que nos fijamos es en, *Child Labor case*. Este tema se planteó, ya que la Corte examinaba que el Congreso había excedido los límites al haber eliminado el transporte interestatal de mercancías realizadas por niños. Holmes mencionaba en su *dissent* como el poder judicial no podía imponer limitaciones al legislativo, pues tenía sus competencias establecidas y reconocidas. Los jueces no estaban de acuerdo con la decisión, ya que el trabajo de los niños era enorme para anularla haciendo que el sistema se pudiera destruir, pues la economía interna sufriría mucho. Realizó un argumento en contra de la Corte, ya que no podía pronunciarse en cuestiones políticas o morales.

²⁶ HOLMES, Oliver Wendell., «The Path of the Law», op. cit., págs. 465-466; reimpresso en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco., “El justice” Oliver Wendell Homes: “The great dissenter” de la Supreme Court”, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 25, (2010), p.150.

8. REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

8.1. Introducción

El realismo jurídico norteamericano presentaba mayor característica y notoriedad que el realismo europeo. Podemos obtener dos métodos diferentes, la filosofía pragmatista y el *common law*; y por otra parte la forma de creación, en la que cobraría importancia el *derecho anglosajón*. Este ha servido de apoyo a los entusiastas de ideales en Europa, ya que se caracterizaba por representar todo tipo de ideales y renovación del derecho. El juez anglosajón dispone de la adaptación a las nuevas necesidades, como romper con el precedente cuando sea indispensable²⁷. El sistema se caracterizaba por la supremacía del Derecho y del poder judicial sobre los otros poderes, la no identificación entre ley y Derecho y cómo la ley solo podría ser interpretada partiendo de la base de su propio texto.

Los juristas americanos se declaraban a favor de esta corriente, encauzada por nuestro autor O.W.Holmes, quién aseguraba que “la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia”, la cual se asemejaba al sistema anglosajón. La historia ha sido útil para poder interpretar el sentido de las reglas actuales, por lo que la teoría debidamente hecha no es más que llegar al fondo de las cosas, pudiendo llegar hasta los aspectos más remotos y generales del Derecho. Las ideas de Holmes fueron fuente de inspiración para muchos autores, entre ellos destacamos a Cardozo, que nos aproximó acerca de la actitud del juez. Cardozo respecto las leyes explicaba que no podían convertir el ejercicio del juez en acciones automáticas, ya que en algunas ocasiones no habrá tan siquiera legislación²⁸.

Seguidamente explicaba como los métodos jurídicos eran de vital importancia para la aplicación del Derecho. El primer método era la lógica, ya que en algunas circunstancias no hay experiencia y a falta de ésta había que ser lógico e imparcial, siendo el determinante de las decisiones jurídicas. En

²⁷ RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M., *Historia del pensamiento jurídico*. Tercera edición. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, (1977), p. 277-279.

²⁸ *Ibidem*, pp. 279-283.

segundo lugar, el método histórico; sin él no podríamos entender el origen histórico, ni las instituciones ni las ideas suficientes²⁹.

Por último, donde ponía mayor énfasis era en el método sociológico, el cual se tiene muy presente las exigencias del bienestar social uniéndolo con el sentido social de la justicia. Hace que el Derecho se conectase con la filosofía del pragmatismo. Esto planteaba que el derecho no se podría fallar de una manera absoluta, sino relativa por el funcionamiento de las normas, pues hay pocas normas que en la actualidad estén en pleno rendimiento para que no se puedan juzgar. Al valorar el estado de las normas y de su funcionamiento, hay que seleccionar los criterios y las pautas conforme a los que hay que juzgar. Cardozo elige los criterios objetivos, derivados de las prácticas sociales, haciendo que el juez se tenga que adaptar a las prácticas sociales y con ello mejorarlas.

8.2. FORMACIÓN DEL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

Debemos de situarnos en torno al año 1920 cuando esta escuela se formó como resultado de un debate público entre Karl Llewellyn³⁰ y el Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard Roscoe Pound³¹, encajando en la línea de la jurisprudencia sociológica.

El pensamiento jurídico de la época se nutrió de caracteres del nuevo movimiento. Karl Llewellyn no estaba de acuerdo con el realismo jurídico, pues pensaba que este movimiento no era una escuela de pensamiento y sólo se resumía a un movimiento de la época.

Por otro lado, vemos como Roscoe Pound, escribe para los futuros juristas varios puntos en los que estaba en desacuerdo, ya que desde su punto

²⁹ RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M., *Historia del pensamiento jurídico*. Tercera edición, (1977), p.284.

³⁰ Destacado jurisprudencial estadounidense asociado y fundador de la escuela del realismo jurídico.

³¹ Nathan Roscoe Pound fue un educador jurídico estadounidense. Se adentró en el mundo del Derecho y fue uno de los máximos exponentes en Filosofía del Derecho y fue el que inspiró la teoría legal sociológica.

de vista el artículo no estaba finalizado. Finalmente, Llewellyn toma una de estas críticas para analizarla, obteniendo la conclusión de que los realistas están unidos por ser críticos con el formalismo.

Fue el movimiento más importante del S.XX en Estados Unidos, teniendo su impacto tanto en las escuelas y academias jurídicas, como en el derecho. Al contrario que los formalistas, los realistas estudiaban lo que es 'justo'. Los realistas nunca plasmaron sus pensamientos filosóficos sobre escritos, por lo que actualmente los juristas intentan la reconstrucción de estos movimientos. Un dato esencial para que el realismo fuera una cultura positivista, era el sentido que debía reproducir el método de ciencias naturales. Así como en la comprobación empírica, las hipótesis deben ser verificadas mediante observaciones del mundo³². El objetivo era encontrar las leyes para entender cuáles producen ese tipo de respuestas, qué leyes generaban estímulos y cuáles respuestas.

El realismo en América del Norte tiene el propósito de alcanzar una reforma legal para liberalizar casos legales y constitucionales, reformando el pensamiento de todos los intelectuales para que cambien sus teorías o que al menos las revisen. Esta teoría es indispensable para estudiar el análisis judicial, ya que requiere un conocimiento de los factores que forman el derecho.

La corriente proporciona entre otros aportes: la indeterminación de normas jurídicas, el continuo cambio del derecho, la desconfianza que se crea hacia los conceptos jurídicos más tradicionales, el hecho de tener que agrupar las situaciones jurídicas que se han utilizado mayoritariamente en el pasado y tener una actitud empirista hacia la vida humana y el derecho. Se podría argumentar que la principal característica de este movimiento trata de la maximización del elemento descriptivo y empírico, convirtiéndose el derecho en un conjunto de hechos.

³² LEITER, Brian., "Realismo jurídico estadounidense", en Jorge Luis Fabra Zamora Alvaro Núñez Vaquero (coords.), Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Vol. 1, México, UNAM,(2015), pp. 241-242.

Resulta complicado cómo el realismo jurídico norteamericano tuvo repercusión, ya que en Estados Unidos nunca existió una escuela realista, pues los que apoyaban esta idea tenían similitudes entre sí, pero cada uno tenía su propia perspectiva, pues no estaban de acuerdo en todo. Fue fuente de inspiración para emerger entre los años 70 y 80, reclamando la figura de Holmes para dirigirlas. Esta corriente fue de gran influencia para otras disciplinas, mayoritariamente entre los juristas, pues los autores de la época no apoyaban el derecho vigente de la época. Realizaban críticas al formalismo, al sistema del Common Law y al problema de la elasticidad del Derecho con la realidad social, ya que lo sobrepasaba no ajustándose a la actualidad.³³

8.3. NOCIONES DEL REALISMO JURÍDICO

Pound, decano de Harvard con su jurisprudencia quería introducir las investigaciones sociológico-realistas en el campo jurídico, ya que con este estudio se podrían averiguar los fines pragmáticos, analizando los intereses y los fines preceptivos, así como las reglas, los principios... Todo ello unido al trabajo del jurista, quién necesita estar formado en los campos sociales concretos de las doctrinas, analizar un estudio sociológico, la metodología jurídica... Pound quería proteger los intereses individuales como colectivos, por ello se incidía en que los jueces debían tener un pleno conocimiento sociológico de ellos. Es de esta manera como el derecho reconoce y delimita los intereses de la sociedad. El juez debe elegir la solución más justa, ya que el derecho debe medirse respecto a su capacidad de los fines humanos, ya que los seres humanos son los que administran la justicia y no las reglas.

Podemos citar como un gran realista al norteamericano Karl Llewellyn. Fue el primero en explicar la diferencia entre las reglas efectivas y en papel. Las reglas en papel comprenderían las formuladas en leyes, reglamentos y sentencias; por el contrario, las primeras son las utilizadas para resolver el caso. Debemos averiguar cuáles son las más influyentes. En un primer

³³ LEITER, Brian., "Realismo jurídico estadounidense", en Jorge Luis Fabra Zamora Alvaro Núñez Vaquero (coords.), Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Vol. 1, México, UNAM, (2015), pp. 242-244.

momento podíamos pensar que las reglas en papel son las más importantes, pero esto dependería de cada una, pues sería un punto que habría que averiguar respecto de cada regla por medio de un estudio sobre la realidad pues, algunas reglas se convirtieron en letras muertas y la mayoría de los jueces no las podrían utilizar.

Esta distinción de normas fue un gran aporte, pero no menos importante fue la sinterización del movimiento realista norteamericano en una lista de ocho puntos. En los primeros puntos explicaba que el derecho debía ser como un fluir, como no se tenía que detener y como debía de estar en un continuo movimiento. La concepción de derecho debía de ser para un fin social y no para un fin en sí mismo. Seguidamente se explicaba la concepción de la sociedad como un fluir más rápido que el derecho, de manera que siempre debería ser estudiada de nuevo para ver si cumple la función actual. En cuarto lugar, la separación entre el Ser y el Deber, pues no se puede hacer ningún juicio sobre lo que debería hacerse en un futuro sobre el derecho. Aunque se marcó una cierta desconfianza hacia las reglas más tradicionales, estas serían el factor más importante en las decisiones judiciales, ya que intentaban describir lo que la sociedad haría. El movimiento realista se centraría en evaluar cualquier parte del derecho para determinar sus efectos y en la firmeza sobre sus problemas programáticos.

Para finalizar el estudio del realismo norteamericano debemos de citar al autor Jerome Frank, ya que destacó por dirigir su mirada al análisis de la conducta efectiva del juez y desarrollando un análisis de conjunto sobre el orden jurídico positivo. Estudió el derecho en general y a los juristas; para este autor ni siquiera en una sociedad relativamente estática los hombres han podido construir un sistema de reglas omnicomprensivas, que contengan respuestas para todas las posibles cuestiones³⁴. Pero llegó a la conclusión de que nadie en los tiempos había podido instaurarlo, ya que estas pretensiones desvanecían al instaurar un sistema de solución a todos los problemas, pues para cada conflicto jurídico solo hay una posible y única respuesta.

³⁴ CAMPOS ZAMORA, Francisco J., *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. (2009) p.207.

Frank desarrolló su propio estilo. Podríamos decir que no fue un realista como otros, para él lo importante era determinar el proceso de los jueces de primera instancia. Investigaba cómo se fijaban los hechos del caso que determinarían la aplicabilidad o inaplicabilidad de una determinada norma. No fue realista a la manera de Pound, este analizaba los factores de las normas al dictar una sentencia.

El realismo jurídico norteamericano ha impregnado el sistema jurídico de los Estados Unidos, hasta el punto de que el juez llegó a ser la figura principal en sus procesos judiciales, incluso llegando a ser la más importante que la propia ley.

8.4. REALISMO FILOSÓFICO Y REALISMO JURÍDICO

En la naturaleza introductoria del Derecho nos percatamos que el punto de partida no puede ser jurídico, pues debemos de determinar la esencia del discurso jurídico para transformar la fuerza en autoridad y la costumbre en ley. Para partir de un punto de referencia, vislumbramos que el Derecho no es jurídico, si no que su punto de partida es filosófico. Estas preguntas han sido objeto de un fuerte debate en la Teoría del Derecho. Se ha dado respuesta como relevancia a las normas, los elementos axiológicos, quienes se enfocan en los hechos de los operadores jurídicos, pero debemos de tomar qué elemento es el principal. 'Derecho es lo que aprueban los jueces' esta frase se asemeja a la definición de derecho de O.W.Holmes, que se remonta a la jurisprudencia clásica romana. Pero tomaremos como punto de partida; qué es el derecho. Debemos partir de su naturaleza, podíamos manifestar que el Derecho son normas, valores y hechos, pero debemos saber cuál es el principal.³⁵

Al hablar de realismo debemos de tomar como punto de partida, qué es la realidad. No es fácil definir qué es la realidad, ya que algunos expresan que se encuentra en los hechos tangibles otros, en las verdades eternas y

³⁵ CAMPOS ZAMORA, Francisco J., *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. (2009), pp 196-198.

universales. Pero en el año 1900 surge un nuevo realismo, el contemporáneo. Surge como reacción frente al idealismo y al psicologismo, ambos arraigados a la filosofía recibiendo influencias de otras corrientes como el pragmatismo. Husserl no está totalmente convencido de esta corriente por lo que expone su pensamiento como un método, en vez de como una teoría, llamándola 'fenomenológica'. Afirma que la filosofía puede ser una ciencia capaz de alcanzar un conocimiento objetivo y esencial de la realidad. Esta investigación se debe llevar a cabo para descubrir las respuestas en las cosas mismas. A partir de este punto, se afirma la capacidad del ser humano a través de su intelecto para captar la esencia de las cosas, partiendo de la utilización de la 'fenomenológica'³⁶. Por una parte, separaría las particularidades del objetivo considerado y una segunda separando de nuestro sentimiento, para apreciarlo de verdad y no como nos lo imaginamos.

Ese pensamiento de Husserl, no lo tenía claro James, ya que desarrolla el pragmatismo. Conduce lo verdadero a lo útil haciendo que lo demás se reduzca. Lo verdadero es el éxito individual o cuando se haya verificado con hechos. Expresa que el pragmatismo se basa en el conocimiento de la humanidad, su fin es para un destino práctico, por lo tanto, todo conocimiento es práctico si es posible de realizar.

8.5. CONCEPCIONES REALISTAS DEL DERECHO

El realismo disponía de varias concepciones, aunque fueran diferentes entre sí compartían similitud de caracteres.

En un primer momento al realismo jurídico alemán no se le contemplaba, ya que en ese momento imperaba el idealismo. Algunos realistas habían adelantado el concepto de esta corriente al exponer el derecho como acción y se entraría en una lucha entre fuerzas. Poco a poco la corriente realista se va introduciendo de manera que el derecho era una idea práctica que indicaba un fin y un medio, evaluando el camino y no solo fijándose en el fin. Hubo dos

³⁶ CAMPOS ZAMORA, Francisco J., *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. (2009), p.196.

autores que incitaron esta teoría. Rudolf von Jhering, el cual expresaba como había medios suficientes para llegar al fin. El derecho era trabajo sin descanso para desenvolver su actividad en la esfera de producción. Seguidamente Oskar von Bullow, afirmaría que la ley determinaba un grado muy escaso al contenido de las resoluciones de los jueces, afirmando que el papel de los jueces en el derecho es inigualable. Todas las decisiones partían de ellos, pues es cuando toma la forma definitiva. Explica como un litigio es un problema particular para el que la ley no contiene la disposición pertinente, ni tampoco se pueden derivar conclusiones.

Otro jurista que también formó parte de esta línea pre-realista es Hermann Kantorowicz, el cual tuvo relación con algunos de los realistas norteamericanos más importantes. En su concepción de realismo explicaba que el derecho es una realidad fáctica, el comportamiento real de ciertas personas especialmente los jueces, son los que construyen el Derecho. Pensamiento que se igualaba al de Büllow, ya que su esencia era práctica y no lógico-deductiva.

Como conclusión podemos señalar que no existiría ninguna 'Escuela de realistas' ellos se encuentran unidos únicamente por su rechazo a otras corrientes axiológicas o a los normativismos. Su desarrollo marcó una época caracterizada por la claridad de sus ideas, intentando rescatar el valor de la práctica y la acción en un ambiente cada vez más alejado de la realidad.

9. REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

El interés fundamental de Holmes consistía en erradicar del estudio del derecho los lastres que había impuesto el formalismo con su excesiva insistencia en la lógica.

En primer lugar, Holmes entendía el realismo jurídico de manera que rechazaba el estudio teórico abstracto del Derecho. Se contrae a señalar que el derecho no es una teoría ni una ciencia pura, cuyos resultados pueden ser predichos. Para el realismo jurídico norteamericano, el estudio del Derecho debe centrarse en el estudio de la jurisprudencia analizando situaciones concretas. Se encargarán los tribunales, examinando los datos empíricos, para intentar localizar los patrones que siguen los jueces al tomar decisiones, encontrando las tendencias sobre los casos más particulares. Esta peculiaridad es el ejemplo de la relación que existe entre el realismo jurídico norteamericano y Holmes.

Nuestro autor entiende que la función primordial del Derecho es servir como construcción de la sociedad futura; analizando la norma jurídica, su estudio de la historia y el contexto socioeconómico donde se fue desarrollando, pudiendo implementar la política del Estado.

Para Holmes existe una relación con la sociedad tomada como crítica al formalismo jurídico. Los realistas establecen que, entre el Derecho y sociedad, hay una relación muy compleja, por ello el escepticismo normativo³⁷ establece que el Derecho no tiene solución a todo problema que surja. Esta idea es principal para Holmes, una sociedad que va cambiando y un sistema legal que es imposible de abarcar todos los aspectos de la vida humana.³⁸

La subjetividad era la característica principal de la actividad judicial de ideas que se ofrecían entre el juez Oliver Holmes y las del realismo jurídico. El elemento subjetivo es principal en los jueces. El derecho se aplica de manera

³⁷ Equivale a sostener que cualquier tesis sobre la existencia, da una única interpretación correcta.

³⁸ GUASTINI, Ricardo., "El escepticismo ante las reglas replanteado", *Discusiones*, N° 11 (2012), pp. 27-57.

lógica, hasta que llegan situaciones en las que el juez debe de elegir entre dos decisiones, y es aquí donde este elemento subjetivo cobra su mayor fuerza.

Es cierto, que hay casos donde el estudio jurídico es exacto y no hay problemas para determinar los hechos relevantes, pero en otras situaciones hay controversia en cuanto a los hechos o donde se ofrece más de una posible solución.

Holmes fue un precursor de las ideas del realismo jurídico enlazándolas con ideas realistas norteamericanas donde el aspecto lógico-formal del Derecho ocurre en el momento de fundamentar las decisiones. El realismo jurídico a partir de estas ideas, se cuestionaba estructurar lógicamente el Derecho para que pudiese dar respuestas concretas a situaciones jurídicas. Finalmente fue la corriente '*Law and Economics*' escuela que tiene como base elementos del realismo jurídico.

9.1. LA CREACIÓN JUDICIAL Y EL CONCEPTO DE DERECHO IMPLÍCITO

Como ya sabemos O.W.Holmes defendía uno de los movimientos judiciales más importante, el realismo jurídico, pero cuando lo hacía, en su lógica existía una cierta paradoja. Abandonaba el formalismo ya que eran términos con una visión más experimental de la vida jurídica basada en la predicción de los tribunales. Con el punto de vista del '*bad man*', los casos los resolverán los tribunales haciendo de ello una parte en la que Holmes entendería por Derecho que los tribunales aplicarían las leyes de una forma concreta. Pero por ello aquí encontramos la paradoja, si nuestro '*bad man*' tuviera su sentido común, desearía que las pautas estuvieran preestablecidas en el momento de que los jueces tomaran tales decisiones. Cuando en el imperio de la ley, las pautas están preestablecidas se forma una conquista de civilización, pues sería la única manera de hacer predicciones acertadas y profecías fundadas sobre los jueces.

Cuando hablamos de crear, el criterio de fuentes es un criterio de identificación del material jurídico que ya existe, y solo puede hablarse de la

actividad de crear derecho cuando es algo diferente a la manera de aplicarlo. Por ello se pueden presentar algunos problemas en la actividad judicial y de su posible creador.

10. LA SENDA DEL DERECHO

A principios del siglo XX, se impuso la corriente que se denominada ‘*Classical Legal Thought*’ expresión utilizada para identificar un pensamiento jurídico norteamericano, estructurando el universo jurídico racionalista. Lo que afirmaba esta teoría era la autonomía del dominio jurídico frente a las posibles interferencias de otros órdenes, y especialmente, su separación respecto del dominio de la política³⁹. Esto hace que se configure un sistema enfrentado con aspiración de imponer su dominio jurídico en las escuelas; por un lado, el carácter imparcial del razonamiento jurídico frente al debate político partidista, relacionado con el *rule of law*. Así la escuela *commow law* se constituyó en los siglos XVII Y XVIII, con unos criterios que se corresponderán con los derechos naturales. Esta corriente no estuvo muy alejada de la obra que escribió nuestro autor, ‘La senda del Derecho’ ya que preservó el método deductivo propio del iusnaturalismo, buscó las bases del razonamiento jurídico. Este libro hizo que se tuvieran las mejores visiones del universo jurídico norteamericano en aquel momento.

El sistema aparece como una realidad histórica independiente de toda voluntad y no como una naturaleza humana. Pese a todas las diferencias que tenían estas dos corrientes, en la práctica las escuelas utilizaban los mismos métodos, debido a la influencia de los postulados iusnaturalistas que habían tenido en la formación del *commow law*. Los conceptos básicos de esta corriente fueron incorporados por las dos escuelas. La formulación de los datos empíricos y el estudio del derecho hizo que el jurista se apoyara en las bases de la extracción de la lógica y la experiencia jurídica, haciendo que este siglo estuviera marcado por el *commow law*. Esta concepción del derecho estuvo reflejada en los métodos de enseñanza jurídica, con un cuerpo de principios que formaban el verdadero derecho. Ya no solo fue estudiado para la enseñanza jurídica, sino que los propios juristas podían ofrecer una solución coherente a cualquier caso que ocurriera en la práctica, generando un

³⁹ HOLMES, Oliver Wendell., “The Path Of Law”, *Harvard Law Review*, vol.10, num. 8, (1897). Trad. y estudio preliminar: SOLAR CAYÓN, José Ignacio., *La Senda del Derecho*. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, S.A. (2012) pp,11-12.

razonamiento jurídico estrictamente conceptual. El juez tendría que situar el problema en la categoría jurídica adecuada y una vez situada se le aplicarían los principios aplicables. “El razonamiento del clasicismo jurídico era categórico, manteniendo que, si los problemas podían ser asignados a sus casillas conceptuales apropiadas, las soluciones se seguirían de manera predecible. Las mismas categorías eran productos de un razonamiento abstracto. Las categorías jurídicas conducían a procesos de pensamiento que eran deductivos y jerárquicos”⁴⁰

Este tipo de método haría que se formara un resultado mecánico de la función judicial en la que el derecho se ve reducido a un conjunto de fórmulas establecidas de manera automática, no haciendo que la decisión obtenida se plantee como justa, sino una precisión de simetría lógica jurídica. Esto supondría que no hubiera una argumentación judicial, el juez no crearía el derecho, sino que simplemente lo declararía. El juez tendría la función de establecer que esa norma verdaderamente puede solucionar el conflicto, de manera que lo pueda solucionar directamente o que esta se halle en el desenvolvimiento lógico de los postulados⁴¹

Holmes en la ‘Senda del Derecho’ habla de la influencia del pragmatismo, elemento decisivo para el resultado de un nuevo pensamiento, gracias a su talante anti metafísico, radicalmente empirista y funcional. En la América de esos tiempos empezaba a vislumbrarse un nuevo panorama jurídico muy innovador con enfoque funcional. Aunque aún se estaba en pleno esplendor del paradigma clásico, se estaba iniciando una nueva etapa. En la época de los treinta estallarían lo que conocemos como, realismo jurídico. Se crearía un clima contra el formalismo, ya que implicaba cambiar muchas funciones que estaban ya asentadas. Se pasaba de fines individuales a

⁴⁰ WIECEK.M.W., *The Lost World Of Classical Legal Thought*. Law and Ideology in America, 1886-1937, reimpresso en WENDELL HOLMES, Oliver,. “The Path Of Law”, *Harvard Law Review*, vol.10, num. 8, (1897). Trad. y estudio preliminar: SOLAR CAYÓN, José Ignacio., *La Senda del Derecho*. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, S.A. (2012) p, 12.

⁴¹ HOLMES, Oliver Wendell., “The Path Of Law”, *Harvard Law Review*, vol.10, num. 8, (1897). Trad. y estudio preliminar: SOLAR CAYÓN, José Ignacio., *La Senda del Derecho*. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, S.A. (2012) pp, 12-15.

sociales, de la satisfacción de ideales intelectuales a necesidades humanas, de las formas a la función...⁴² Como resultado de esta teoría el significado de una idea vendrá determinada únicamente por sus consecuencias prácticas, en relación debe juzgarse acerca de la validez o no de su elaboración intelectual. Se establece que las ideas verdaderas son las que nos conducen a regiones verbales tanto útiles que nos relacionan con términos sensibles prácticos, pero se llega a la conclusión de que la verdad se hace, se construye bajo el manejo de la experiencia y la verificación continua.

Con el pragmatismo se empieza a rehacer una concepción funcional del Derecho. Nos embarcamos en la gran figura de O.W.Holmes ya que marca históricamente el punto de inflexión entre la vieja y la nueva teoría estadounidense. Empezaría la corriente renovando el pensamiento con grandes aforismos, pues serían una gran fuente de inspiración para las siguientes generaciones de intelectuales. Para los realistas más recientes, Holmes marcó los nuevos rumbos para responder más fácilmente a los problemas sociales⁴³.

Con su obra '*The Commow Law*', se podría observar la importancia de su escrito. 'La vida del Derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia'; en una frase se podría examinar el potencial crítico. Empatiza estableciendo que la lógica no es la única fuerza para que las instituciones jurídicas pudieran progresar. Para Holmes el derecho constituía un depósito vivo para que la sociedad avanzase con las teorías morales, las políticas prevalentes y con las instituciones de política pública.

En esta obra debemos resaltar la importancia de Holmes al denunciar que el derecho no es producto de la lógica axiomática, sino que responde a elecciones y preferencias dentro de la política jurídica. 'Subyace un juicio sobre el valor relativo y la importancia de los diversos fundamentos legislativos en

⁴² PAUL,J. *The Legal Realismo f Jerome*. N.Frank, The Hague, Martinus Nijhoff, (1959).

⁴³ FRANK.J., *Law and the Modern Mind*. Gloucester, Peter Smith, (1970), pp. 270.

competencia⁴⁴. Desecha la manera de la idea por la cual el derecho se puede conocer gracias a razonamientos lógicos, válidos y universales como pensaban los intelectuales dominantes de su época. Siempre hay dilemas jurídicos en el que se encuentran problemas legislativos que no pueden ser resueltos deductivamente, ya que implican un juicio de valor a través de su importancia.

En todos los asuntos discutibles existen conflictos cuya realización exige medios incompatibles, por lo que surge la pregunta; ¿cuál de ellos tiene derecho a prevalecer en el caso específico? En un primer momento, la lógica no nos dirigía muy lejos de esta respuesta. Aunque el derecho utilice el uso de formas propias de la lógica, no funcionan con base a ellas, sino que estas tienen unos intereses y unos fines que representan los diversos sectores de la sociedad. Para Holmes el sentido del Derecho es una combinación entre la lógica, como generalización precipitada y como deducción silogística de aquellas generalizaciones haciendo que, en este sentido no entre a formar parte la lógica matemática.

Con esta nueva percepción el derecho emerge desde una perspectiva pragmática, se deja de constituir en una entidad cuasi mística para transformarse en artificio humano, pues se produce una transformación social, ya que es un producto formado a través de las experiencias y necesidades humanas. Esto afecta a la forma de actuar de los juristas, ya que intentan satisfacer los objetivos sociales, intentando mirar hacia el futuro para que los resultados sean positivos. 'Holmes con esta nueva percepción empujó al pensamiento jurídico americano hacia el siglo XX. Desde este momento en adelante, el ideal de finales del siglo XIX de un sistema internamente coherente y autónomo de ideales jurídicos, libre de la corruptora influencia de la política,

⁴⁴ HOLMES, Oliver Wendell., 'The Path Of Law', *Harvard Law Review*, vol.10, num. 8, (1897). Trad. y estudio preliminar: SOLAR CAYÓN, José Ignacio., *La Senda del Derecho*. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, S.A. (2012), p. 27.

fue sometido a un constante ataque⁴⁵. El jurista acostumbrado en pensar palabras, ahora deberá pensar cosas⁴⁶.

Esta nueva perspectiva pragmática hace que se necesite el auxilio de otras disciplinas para que el derecho alcance los objetivos sociales, aunque en este aspecto Holmes no comparte la confianza de la jurisprudencia de encerrar fórmulas preestablecidas. Holmes mantiene una concepción permanentemente escéptica nueva a la revisión de las normas, asunto muy importante en la 'Senda del Derecho'. Holmes insiste en que la historia debe ser el primer pilar para entender las doctrinas jurídicas, no debiendo ser la última palabra, ya que esta incidió en la creación del análisis de las circunstancias jurídicas históricas. La historia va a permitir si una norma sigue cumpliendo con la misión que se le recomendó o por el contrario ya no es válida. Esta nueva concepción del derecho requiere un nuevo enfoque de carácter interdisciplinar, es decir, el jurista pragmático necesita otras disciplinas en sus tareas para las demandas sociales.

Al hablar de un nuevo derecho contemplamos como la influencia del realismo jurídico propició la renovación de los métodos de enseñanza jurídica. En todas las enseñanzas, se introdujeron nuevas materias seguidas por las Universidades más prestigiosas del mundo.

10.1. MIRADA REVOLUCIONARIA DEL HOMBRE MALO

Con la nueva concepción del derecho nos encontramos ante la aportación de Holmes más revolucionaria, lo que se llamaría '*Bad Man*'; se abriría una nueva perspectiva del mundo jurídico. Este nuevo enfoque se centraría en la aplicación concreta de las normas jurídicas que constituyen el soporte humano. Primeramente 'el hombre malo' con su pasividad ante las cuestiones éticas que podrían acarrear conductas negativas, hace que, claramente distingamos en la Senda del Derecho, el derecho de la moral,

⁴⁵ HORWITZ, M.J. *The Transformation of American Law (1879-1960)*. The Crissi of Legal Orthodoxy, Oxford University Press, 1992.

⁴⁶ HOLMES, Oliver Wendell., 'Law in Science and science in Law', Harvard Law Review, vol. 12, num. 7.

haciendo que estén más relacionado de lo que pensamos. O.W.Holmes nos señala:

“La ley es el testigo y el depósito externo de nuestra vida moral. Su historia es la historia del desarrollo moral de la raza. Su práctica, a pesar de las burlas populares, tiende a hacer buenos ciudadanos y hombres”⁴⁷.

Por una parte, las normas se constituyen en base a las ideas morales; por el contrario, se propone el criterio de evaluación de las normas para satisfacer los fines sociales. Como resultado llegamos a la conclusión por la que el derecho y la moral deben de estar separados, pues el derecho ha de basarse en un conocimiento anterior, teniendo que ajustarse lo más posible a la realidad. ¿Cuánta importancia tiene aquí el ‘hombre malo’? Para dar respuesta, debemos de plantear el derecho como lo haría un ‘*bad man*’. Se trata de un paso necesario para el análisis realista de aquellos conceptos, liberándolos de cualquier resonancia ética que pudieran interferir en nuestra percepción de la experiencia jurídica⁴⁸. Con este cambio de perspectiva el propio derecho cambia radicalmente.

El hombre malo hace que desde su punto de vista ya no sea un conjunto de normas, sino que el resultado será una caracterización del derecho en términos fácticos, haciendo que los tribunales sientan presión al ejercer su profesión. El centro de las resoluciones ya no serán las normas, sino los hechos sociales relativos a la actuación de determinadas personas involucradas en la resolución de estos conflictos jurídicos. Como resultado, el derecho puede ser un derecho real o un derecho probable. En la primera situación, es una decisión específica relativa al pasado y en la segunda situación es una decisión específica relativa a una decisión del futuro.⁴⁹

⁴⁷ HOLMES, Oliver Wendell., ‘The Path Of Law’ reimpreso en PORTELA VALENTÍN, Orlando G. *Oliver Wendell Holmes jr. Y su obra: una fusión sistemático-existencial*. (2015), p.403.

⁴⁸ HOLMES, Oliver Wendell., ‘The Path Of Law’, *Harvard Law Review*, vol.10, num. 8, (1897). Trad. y estudio preliminar: SOLAR CAYÓN, José Ignacio., *La Senda del Derecho*. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, S.A. (2012) pp. 33.

⁴⁹ *Ibidem*. pp, 34-35.

Como ya sabemos O.W.Holmes abandonaba el formalismo, pues eran términos con una visión más experimental de la vida jurídica, basados en la predicción de los tribunales. Por ello aquí encontramos la paradoja de; si nuestro hombre malo tuviera su propio sentido común, desearía que las pautas estuvieran preestablecidas en el momento de que los jueces tomaran tales decisiones. Cuando en el imperio de la ley las pautas estuvieran preestablecidas se formaría una conquista de civilización, pues sería la única manera de hacer predicciones acertadas y profecías fundadas sobre los jueces.

Holmes tomó una determinada perspectiva subjetiva con presupuestos del pragmatismo. El derecho pasaría a tomar una acción por la que no sólo estuviera basada en libros, para que así las normas sirvieran para tener unas consecuencias prácticas en las decisiones judiciales. Como ya hemos citado, a nuestro autor se le podría considerar la nueva imagen del universo jurídico, ya que tuvo la visión de mirar más allá, hacia consecuencias y hechos abandonando un pensamiento basado en supuestos naturales objetivos en favor de otros más dinámicos.

10.2. PAPEL DE LOS TRIBUNALES

La toma de decisiones por parte de los Tribunales era un campo donde se tenían que aplicar las normas de una manera correcta, utilizando la lógica para el desarrollo del Derecho, abogando por una toma de decisiones que no fuera puramente lógico-deductiva donde sin duda eran más dañinos sus efectos. Holmes por su parte principalmente quería cambiar del sistema su utilización, pues parecía una operación matemática. El lenguaje y los métodos lógicos de las decisiones judiciales creaban en la población seguridad y certeza, pero solo reflejaba una ilusión, ya que se escondían decisiones de juicio de valor. Holmes insistirá en que las proposiciones no deciden casos concretos, ya que las decisiones judiciales van a depender de un juicio mucho más sutil. Precisar que el sistema no se limitó a una explicación exclusivamente

formal acerca de la naturaleza del derecho, sino que implicaba la adopción de una filosofía jurídica sustantiva, haciendo que se tomaran unos determinados valores y principios materiales. Valores y principios que constituían la estructura históricamente formada en las ideas más arraigadas en el credo americano entre las relaciones del ciudadano y Estado.

Formaron los presupuestos básicos del paradigma jurídico dominante '*laisser-faire*' buscando en el *commow law* las premisas sobre las que fundar aquel ideal compartido de elaboración de un sistema jurídico racional. Los juristas descubrieron las categorías centrales del campo jurídico, entre ellas ocupaban un lugar de doctrinas y principios jurídicos mediante el cual se había forjado el *commow law*. Se centró en una concepción y defensa de una economía de mercado competitiva, basada en los intereses individuales, convirtiéndose en un componente esencial del ideal del paradigma al clasicismo jurídico.

El mercado se configuraba como neutral de distribución de los derechos cuyos mecanismos de funcionamiento se declaraban intocables desde el poder político. Holmes, en la Senda del Derecho denunció como la concepción lógico-deductiva del razonamiento judicial, servía para enmascarar el mantenimiento de concepciones económicas haciendo que los juristas no tuvieran un punto de vista neutral, sino que finalmente siempre se situaban cerca de sus intereses. El punto más álgido donde Holmes expondría su insatisfacción sería en el caso '*Lochner v. New York*'; caso en el que se implantaban las horas de la jornada laboral a una población menos privilegiada.

En este marco jurídico laboral se entendió que debía dejarse a la voluntad de los contratantes como componente esencial de la cláusula 'el debido proceso legal', ya que el tribunal concluía que no había ninguna explicación para interferir en la libertad de la persona implantando así horas de trabajo; pues no podía tratarse de una forma diferente a una persona. Ello implicaba tomar una concepción social darwinista que impregnaba el pensamiento jurídico, haciendo que se vulnerase la cláusula del 'debido proceso legal' de la Decimocuarta Enmienda.

Holmes tomó su voto particular, convirtiéndose en una referencia con su realismo jurídico para suprimir la idea e interferir en la libre voluntad de los hombres, con su propia capacidad jurídica. En este caso no pensaba que fuera asunto suyo como juez defender sus ideas respecto de la Decimocuarta Enmienda, sino dejar que la democracia actuara según sus reglas. En el libro *Abrams v. United States*, explicó; “Ha sido un gran placer sostener la constitucionalidad de las leyes que considero malas por completo, porque de esa manera he ayudado a marcar la diferencia entre lo que prohibiría y lo que marca la Constitución”. Para él, la Constitución fue una fuente de inspiración e interpretación que comprendía diferentes pensamientos políticos, económicos y éticos, un ámbito para la exploración de formas más justas para el ciudadano y los poderes políticos. Llegó a la conclusión no haber nada que más lamentable que utilizar la Constitución como experimento de la comunidad. Se convirtió en el *self-restraint*⁵⁰ judicial, siempre se debería seguir la constitucionalidad de las leyes, a menos que el legislador hubiera incurrido en una equivocación clara, pues si los tribunales cuestionaran habitualmente la ley, se interferiría en el normal desarrollo de la actividad del Gobierno.

⁵⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>>: posición de auto restricción de los tribunales, tendencia conservadora en la interpretación de las leyes que se atiene de modo estricto a su letra, al criterio seguido en actuaciones anteriores o a la adopción de las soluciones menos innovadoras del orden establecido.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos examinado las contribuciones que Oliver Wendell Holmes ha realizado durante diferentes etapas, definiendo así las ideas fundamentales que afectarán a la manera de entender el derecho.

1. O.W.Holmes durante sus primeros años siente la necesidad de cambiar el mundo ya que la sociedad está mal organizada. Las necesidades sociales, políticas y económicas son obsoletas creando un clima de insatisfacción. Tanto es así, que se inscribe en las listas de batallón para luchar en la guerra concluyendo que esta es necesaria para poder imponer unas ideas sobre otras, en el que cada bando piensa que sus ideas eran las correctas.
2. Durante su trayectoria, O.W.Holmes intenta entender el derecho. Realiza escritos presentando reflexiones libres en el que introducía diversos pensamientos filosóficos, deduciendo que el derecho era producto del tiempo con necesidades específicas.
3. O.W.Holmes tiene un pensamiento convencional, sin embargo moderniza la jurisprudencia con su "*marketplace of ideas*", fomenta las ideas para crear un pensamiento libre. Se introduce la libertad de expresión para comenzar con las decisiones judiciales relevantes, aumentar así la preocupación por la flexibilidad de los derechos, la adaptación al cambio, el dinamismo. '*Abrams*' hace que se produzca la modernización del derecho en Estados Unidos, tomando un carácter liberalizador, en la que la sociedad es la principal para hacer este cambio.
4. Holmes es una persona difícil de situar respecto de su pensamiento. Lo ubican por ser un positivista, utilitarista, antiformalista... pero especialmente en el pragmatismo, pues se basa en pensamientos

filosóficos pragmáticos; corriente que afirma que la teoría se obtiene a través de la práctica.

5. Tachado de 'gran disidente' del Tribunal Supremo de Norteamérica, tiene una gran popularidad por la enorme cantidad de votos particulares y *dissents*, pues llegan a convertirse en auténtico derecho. Se transforma en figura principal en el Tribunal, siendo admirado por ser un gran partidario del realismo legal, para acomodar los principios constitucionales a las necesidades sociales de aquel momento histórico.
6. El realismo jurídico surge como una de las corrientes más importantes del Siglo XX en Estados Unidos. Este movimiento se piensa como un fluir, y en ello, la creación judicial del derecho es el motor de transformación. Seguidamente se piensa en la concepción del derecho como un medio para conseguir fines sociales concretos. Este método impregna el sistema jurídico hasta el punto de que el juez llega a ser la figura principal en sus procesos judiciales. El interés de O.W.Holmes es estructurar de manera lógica el derecho para que pueda dar respuestas concretas a situaciones jurídicas. Para O.W.Holmes el elemento principal entre los jueces es el elemento subjetivo, ya que si estaban entre dos decisiones, la subjetividad cobra su mayor fuerza.
7. A las aportaciones anteriores se suma O.W.Holmes con "La Senda del Derecho" (*The Path of Law*). En esta obra aporta la influencia del pragmatismo, elemento decisivo para una concepción funcional del derecho, que marca un punto de inflexión en la jurisprudencia estadounidense. Para nuestro autor el derecho está formado por la lógica, por ello el jurista debe pensar cosas, y no palabras. O.W.Holmes en este libro marca la distinción entre el derecho de la moral, ya que el derecho ha de basarse en un conocimiento lo más cercano a la realidad. El punto de vista del 'mal hombre' nos da la visión de lo que verdaderamente es el Derecho ya que, a diferencia de otras nociones

más afines como la moral, podremos calcular las profecías acerca de lo que harán los tribunales de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- BISBAL TORRES, Marta “El Mercado Libre de las Ideas, de O.W.Holmes”, *Revista española de Derecho constitucional*, nº 81 (2007) , p. 195.

- CAMPOS ZAMORA, Francisco J. *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. (2009).

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El justice” Oliver Wendell Homes:” *‘The great dissenter’ de la Supreme Court”*, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010.

- GUASTINI, Riccardo, “*El escepticismo ante las reglas replanteado*”, *Discusiones*, Nº 11 (2012), pp. 27-57.

- HOLMES, Oliver Wendell., “*Books*”, 4 *Harvard Magazine* 408, (1858) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.

- HOLMES, Oliver Wendell., “*The Path Of Law*”, *Harvard Law Review*, vol.10, num. 8, (1897). Trad. y estudio preliminar: SOLAR CAYÓN, José Ignacio., *La Senda del Derecho*. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, S.A. (2012)

- HOLMES, Oliver Wendell., «*The Path of the Law*», op. cit., págs. 465-466; reimpresso en Francisco Fernández Segado. “El justice” Oliver Wendell Homes:” *‘The great dissenter’ de la Supreme Court*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, p.150.

- HOLMES, Oliver Wendell., “*Law in Science and science in Law*”, *Harvard Law Review*, vol. 12, num. 7.

- HORWITZ, M.J. *The Transformation of American Law (1879-1960). The Crissi of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, 1992.

- CATHERINE LEGG AND CHRISTOPHER HOOKWAY, "Pragmatism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.)

- LEITER, Brian "Realismo jurídico estadounidense", en Jorge Luis Fabra Zamora Alvaro Núñez Vaquero (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. 1, México, UNAM, 2015, pp. 241-244.

- LLOREDO ALIX, Luis. recensión a *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, en *Derechos y libertades*, nº 17 (2007), p. 253-262.

- PIOMBO, Horacio J. "El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr. y la teoría predictiva del Derecho", *Doxa*, nº43 (2020), pp. 189-218.

- NOVICK, Sheldon M. 'Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes', Little, Brown & Company, Boston, 1989, p.19.

- J.PAUL, *The Legal Realismo f Jerome*. N.Frank, The Hague, Martinus Nijhoff, 1959.

- PORTELA VALENTÍN, Orlando. *Oliver wendell holmes jr. Y su obra: una fusión sistemático-existencial*. (2015).

- RAMÍREZ BUSTAMANTE, Natalia. *Holmes: un pragmatista a pesar de sí mismo*. Tesis doctoral, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007, p.16.

- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M., *Historia del pensamiento jurídico*. Tercera edición. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, (1977),

- WIECEK, W.M. *The Lost World Of Classical Legal Thought*. Law and Ideology in America, 1886-1937.

WEBGRAFÍA

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Consulta: 13 de diciembre de 2022].