

Sobre el pragmatismo legal: ¿Dónde nos conduce ‘La senda del Derecho’? * **

On legal pragmatism: Where does ‘The path of law’ lead us?

Susan Haack

University of Miami, Miami, Estados Unidos.
Correo electrónico: s.haack@miami.edu. <https://orcid.org/0000-0003-3975-366X>

Recibido el 08/04/2025

Aceptado el 29/05/2025

Publicado el 20/06/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n46.03>

RESUMEN: El artículo examina críticamente la noción contemporánea de “*pragmatismo jurídico*”, contrastándola con la tradición filosófica del pragmatismo clásico (Peirce, James, Dewey) y con el pensamiento de Oliver Wendell Holmes. Su objetivo es clarificar las confusiones actuales en torno al concepto, evaluar la relevancia del enfoque de Holmes y rehabilitar el “*pragmatismo jurídico*” como una concepción rica y matizada del derecho, anclada en la práctica pero abierta a la teoría crítica y al progreso moral. Metodológicamente, el artículo combina el análisis conceptual con una lectura

ABSTRACT: The article critically examines the contemporary notion of ‘legal pragmatism’, contrasting it with the philosophical tradition of classical pragmatism (Peirce, James, Dewey) and the thought of Oliver Wendell Holmes. Its aim is to clarify current confusions surrounding the concept, assess the relevance of Holmes’s approach, and rehabilitate ‘legal pragmatism’ as a rich and nuanced conception of law—rooted in practice yet open to critical theory and moral progress. Methodologically, the article combines conceptual analysis with a close reading of the famous address “The Path of the Law” (1897), exploring

* Este texto es una traducción del artículo “*On legal pragmatism: Where does ‘The path of law’ lead us?*”, en HAACK (2005). La traducción fue revisada por la autora y discutida con ella, y cuenta con su debida autorización.

** Claudio Agüero San Juan, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. El traductor agradece a la profesora Haack la revisión del borrador del texto y las sugerencias de traducción de algunas expresiones y giros idiomáticos propios del estilo filosófico de las obras analizadas. Algunas decisiones de traducción y notas complementarias son comentadas al final como apostillas. Las segundas se encuentran vinculadas a superíndices de números romanos.

Mis agradecimientos a Mark Migotti por sus útiles comentarios sobre más que un borrador, y a John Finnis por las útiles sugerencias sobre la versión casi final; a David Hollander, en la Biblioteca de Derecho de la Universidad de Miami, por su ayuda en rastrear los materiales relevantes; a Robert Lane, por su ayuda en encontrar los primeros usos de la palabra “*pragmatismo*” de Peirce y por la frase “*dudas de papel*”; y a todos los colegas quienes hicieron comentarios provechosos y sugerencias cuando presenté por primera vez este trabajo en el Workshop de septiembre de 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami.

detallada del famoso discurso “*The Path of the Law*” (1897), explorando sus argumentos clave y las tensiones internas entre su realismo práctico y su aspiración teórica. Se argumenta que el ‘pragmatismo jurídico’ contemporáneo está conceptualmente fragmentado y, con frecuencia, desvinculado de las raíces filosóficas del pragmatismo clásico. Frente a ello, el artículo propone una relectura del pensamiento de Holmes no como antiteórico, sino como comprometido con una visión comprensiva del derecho como una institución histórica, local y en evolución. La autora sostiene que Holmes ofrece una teoría realista y falibilista del derecho, que evita el esencialismo sin caer en el escepticismo o el relativismo total. En conclusión, el artículo afirma que el verdadero valor del pragmatismo jurídico reside en la tradición clásica y en la complejidad del legado de Holmes, más que en las versiones actuales antiteóricas o meramente instrumentales.

PALABRAS CLAVE: Pragmatismo jurídico, Oliver Wendell Holmes, tradición pragmática clásica, teoría del derecho, realismo jurídico.

its key arguments and the internal tensions between its practical realism and theoretical aspiration. It argues that contemporary ‘legal pragmatism’ is conceptually fragmented, often detached from the philosophical roots of classical pragmatism. In contrast, the article proposes a rereading of Holmes’s thought not as anti-theoretical, but as committed to a comprehensive vision of law as a historical, local, and evolving institution. The author contends that Holmes offers a realist and fallibilist theory of law—one that avoids essentialism without lapsing into skepticism or total relativism. In conclusion, the article maintains that the true value of legal pragmatism lies in the classical tradition and the complexity of Holmes’s legacy, rather than in today’s anti-theoretical or merely instrumental versions.

KEY WORDS: Legal pragmatism, Oliver Wendell Holmes, classical pragmatist tradition, legal theory, legal realism.

“Cuando pienso... en el derecho, veo a una princesa más influyente que la que una vez bordó en Bayeux, adornando eternamente en su tapiz figuras tenues de un pasado tan prolongado, -figuras demasiado tenues para ser percibidas por el indolente, excesivamente simbólicas para ser interpretadas, excepto por sus pupilos, pero para el ojo perspicaz reveladoras de cada paso doloroso y de cada lucha estremecedora por las que la humanidad ha trabajado y peleado su camino desde el aislamiento salvaje a una vida social orgánica”¹

I. INTRODUCCIÓN

Todo esto empieza con un par de preguntas que suenan aparentemente muy sencillas: “¿Qué es el pragmatismo jurídico? y ¿Hay algo valioso en él?”. Sin embargo, termina con respuestas no tan simples: “Aquello que hoy en día es llamado ‘pragmatismo jurídico’ es muy diferente del antiguo estilo de pragmatismo jurídico tradicionalmente asociado con Oliver Wendell Holmes; y hay elementos valiosos en la concepción del Derecho revelada a través de la lectura de *The Path of the Law* [La senda del Derecho] de Holmes a la luz de la filosofía de tradición pragmatista clásica, aunque menos en el neopragmatismo legal contemporáneo”. A medida que articulo y defiendo estas respuestas, mis reflexiones sobre las variedades de pragmatismo -filosófico y jurídico, antiguo y nuevo- serán envueltas alrededor de mi exploración del significado de *The Path of the Law* y las fortalezas y debilidades de sus argumentos.

¹ HOLMES (1964a), p. 63.

II. EL PRAGMATISMO JURÍDICO HOY EN DÍA

En el último tiempo, la palabra “*pragmatismo*” aparece en títulos de libros, capítulos y artículos de Filosofía del Derecho con suficiente frecuencia como para comunicar la impresión de que habría algún tipo de renacimiento del pragmatismo entre los estudiosos del Derecho.² Aunque, cuando miras el contenido de aquellos libros y artículos, es probable que te encuentres un poco confundido acerca de qué exactamente es un verdadero renacimiento.

Leerás que el pragmatismo es simplemente una “*aversión general a la teoría*”;³ es “*resolver los problemas legales usando todas las herramientas que están a la mano, incluyendo el precedente, la tradición, el texto legal, y la política social –(y) renunciar(ando) al proyecto completo de entregar una base teórica para el Derecho constitucional*”;⁴ un “*entendimiento de que lo que vemos siempre depende de nuestro punto de vista, y que entender a otros es frecuentemente un asunto de recrear el punto de vista desde el cual ellos ven los eventos*”;⁵ “*una expresión realista del reconocimiento de que las demandas por una verdad metateóricas son filosóficamente indefendibles*”;⁶ “*libertad desde theory-guilt*”;⁷⁻⁸ “*un tipo de exhortación acerca de la teorización [...] no decir cosas que los abogados y jueces desconocen, sino más bien recordarles lo que ya creen, pero fracasan en poner en práctica*”;⁹ “*mirar los problemas concretamente, sin ilusiones, completamente conscientes de las limitaciones de la razón humana, con un sentido «localista» del conocimiento humano, la dificultad de traducciones entre las culturas, lo inalcanzable de la «verdad»*”;¹⁰ la visión que “*la práctica no está apoyada por un conjunto general de principios inmutables, o en un método infalible o impersonal*”;¹¹ “*una síntesis de contextualismo e instrumentalismo*”;¹² “*antifundacionalismo, y [...] optimismo social*”;¹³ “*el movimiento filosófico Americano distintivo comenzó con C. S. Peirce y William James, lo desarrolló John Dewey, y recientemente lo apoya Richard Rorty [...] una posición fundamental [...] (que) cede al relativismo sobre la verdad y la justicia*”;¹⁴ “*un antiformalismo ecléctico, históricamente orientado hacia el resultado*”;¹⁵ “*una crítica de formalismo esencialista/con-*

² De hecho, el volume 63 de Southern California Law Review (1990) versa sobre el simposio titulado “The Renaissance of Pragmatism in American Legal Thought”.

³ ATIYAH (1987), p. 5.

⁴ FARBER (1988), p. 1332.

⁵ HANTZIS (1988), p. 595.

⁶ PATTERSON (1990), p. 996.

⁷ En esta frase “*theory-guilt*” significaría: libre de culpa por no tener una teoría legal.

⁸ GREY (1990), p. 1569.

⁹ SMITH (1990), p. 411. (Smith reconoce que la suya no es una interpretación estándar del pragmatismo jurídico).

¹⁰ POSNER (1990), p. 465.

¹¹ FISH (1990), p. 1464.

¹² GREY (1991), p. 15.

¹³ HOY (1991), p. 344.

¹⁴ WARNER (1993), p. 537. Más tarde él añade, más bien confusamente, que “*las visiones de los pragmatistas jurídicos son generalmente inconsistentes con el pragmatismo Peirceano*”. También en p. 543.

¹⁵ LUBAN (1996), p. 44.

ceptualista, y una advertencia para evitar excesiva teorización o abstracción”, instando a “más diálogo, tradicionalismo, atención al contexto, y al camino del medio”;¹⁶ la idea de que “una teoría de la decisión judicial satisfactoria para los abogados debe permitirles predecir lo que harán las tribunales”;¹⁷ “un discurso filosófico que es general, feminista [hysteric], externo, práctico, y progresivo, y junto a un discurso jurídico anterior (el de Holmes) que es profesional, obsesivo, interno, teórico y conservativo”;¹⁸ “una disposición para basar la acción en hechos y consecuencias más que en conceptualismos, generalidades, piedades, y slogans [...] rechazando la Teoría Moral, Política y Jurídica cuando son ofrecidas para guiar la toma de decisiones jurídicas”;¹⁹ “una extensión del escepticismo, fundamentalmente enraizado en el sofismo griego”;²⁰ un reconocimiento de que la “devoción a la teoría puede ser dañina e infructífera así como la devoción al formalismo jurídico tradicional”;²¹ “una postura ecléctica y autorreflexiva sobre teorías y métodos; un reconocimiento de una pluralidad de ‘verdades’ contingentes y de ‘significados’ que están basados en la experiencia concreta más que en verdades absolutas o fundamentales; y evitar las dicotomías y los enfoques unidimensionales y una incorporación explícita de ideales democráticos en los resultados (objetivos) de la política pública y en la manera que el análisis político es conducido en sí mismo”;²² la visión que “la validez de la creación de un consenso no depende de su posibilidad teórica de lograr soluciones ‘exitosas’, sino de la eficacia de la creación de consenso en su aplicación”.²³

Lo que tenemos aquí no es simplemente una divergencia entre del significado(s) jurídico de una palabra con su significado(s) filosófico -como quizás lo tenemos con el “realismo” y “positivismo”-;²⁴ esta es una compleja maraña para la academia, la que se encuentra desesperadamente confundida. Más que atacar esto directamente, primero haré un esquema de los orígenes de la tradición pragmatista clásica en la filosofía, y del lugar de Oliver Wendell Holmes en este relato [story]; y luego, estructuro el complejo argumento de *The Path of the Law*, y exploro qué nos puede enseñar este famoso discurso de Holmes en estos días. Con este trabajo en la mano, debería ser posible disipar al menos algunas de las confusiones actuales.

III. LA TRADICIÓN PRAGMATISTA EN LA FILOSOFÍA

Además de su uso(s) en la teoría jurídica, la palabra “pragmatismo” tiene, por supuesto, un uso cotidiano y otro filosófico técnico -bueno, digo “por supuesto”; pero (¡por supuesto!) a menudo son con-

¹⁶ TAMANAH (1997), p. 35.

¹⁷ LEITER (1998), pp. 285 y 286.

¹⁸ ALBERSTEIN (2002), p. 2.

¹⁹ POSNER (2003), p. 3.

²⁰ LEAF (2003), p. 73.

²¹ WEAVER (2003), p. 4.

²² SCHNEIDER e INGRAM (2003), p. 157.

²³ COGLIANESE (2003), p. 189.

²⁴ El “Realismo” no tiene un solo significado, sino que muchísimos [ver HAACK (2002), pp. 67-88]; pero ellos comparten la idea que algo -verdad, realidad, moral o epistémica o etc., valores, o lo que sea- es, en algún sentido, independiente de nosotros. Y “positivismo”, como es usado en la filosofía, es entendido algunas veces de formas más o menos expansivas.

fundidos entre ellos, y como mínimo el uso filosófico es ambiguo.

Durante el siglo XVIII, describir a alguien como un pragmatista era decir que era una persona práctica y ocupada. A fines del siglo XIX, y aparentemente por buena parte del siglo XX, la palabra ha adquirido un tono peyorativo, a medida que “*pragmático*” llegó a significar “*oficioso, testarudo*”, y “*pragmatismo*”, en consecuencia, “*injerencia oficiosa*”. Ahora, el significado de estas palabras ha cambiado una vez más: en el discurso ordinario de hoy, el “*pragmatismo*” usualmente connota preocupación según la conveniencia más que principio, con “*asunto de hecho, a menudo excluidas de materias intelectuales o artísticas; práctico en oposición a idealista*”.²⁵

En Filosofía, “*pragmatismo clásico*” se refiere al movimiento de finales del siglo XIX en la Filosofía Americana, de que en un primer momento fue la máxima pragmática de Charles Sanders Peirce la que caracterizó el significado en términos de consecuencias “*pragmáticas*” (prácticas, experienciales) de la aplicación de un concepto; y por extensión al trabajo más tardío en el espíritu de esta tradición. El “*neopragmatismo*” se refiere al desarrollo de fines del siglo XX asociado con los ataques de Richard Rorty al fundacionalismo, esencialismo y cientificismo.

Fue William James quien en 1898 introdujo por primera vez la palabra “*pragmatismo*” en el debate filosófico, y quien hizo famoso este estilo filosófico.²⁶ Pero James reconoció que la idea clave había surgido en discusiones con Peirce en el *Metaphysical Club* (Club de Metafísica) en Cambridge, Mass., a principios de 1870. De hecho, algunas semillas del pragmatismo son ya apreciables en la serie de trabajos anticartesianos de Peirce en 1868, y en su reseña de 1871 a los trabajos de George Berkeley editados por Fraser;²⁷ y Peirce había articulado la concepción pragmatista del significado, sin lugar a dudas, en un trabajo publicado en 1878: *¿Cómo esclarecer nuestras ideas?*,²⁸ que más tarde describiría como “*un pequeño trabajo que expresa algunas de las opiniones que he estado impulsando en el Metaphysical Club bajo el nombre de pragmatismo*”. Sin embargo, explicó, que cuando publicó este trabajo había evitado deliberadamente la palabra “*pragmatismo*”, porque “*en aquellos tiempos medievales, no me atreví a usar una palabra en inglés en una publicación para expresar una idea no relacionada con el significado recibido por la palabra*”²⁹ i.e. presumiblemente, el significado recibido en este tiempo por la palabra, “*injerencia oficiosa*”.³⁰ En 1903, Peirce se reconoció como el fundador del pragmatismo en

²⁵ Confío en el Oxford English Dictionary Online (2005) que ofrece como un ejemplo del uso del siglo diecinueve este, de CLARKE (1974), p. 209, los personajes de Shakespeare: Principalmente aquellos subordinados: “[*Malvolio*] es un abstemio moral, un formalista, un pragmatista...”; *Dictionary of the English Language* (1885); *A Standard Dictionary of the English Language* (1897); *The Concise Dictionary of Current English* (1959); y *Webster’s Ninth New Collegiate Dictionary* (1991), desde el cual se toma el significado actual citado en el texto.

²⁶ JAMES (1975), pp. 255-270.

²⁷ PEIRCE (1931-1958); PEIRCE (1868), párrs. 5.213-357; PEIRCE (1871), párrs. 8.7-38. Las referencias a “*Collected Papers*” inician el volumen y el número de párrafo. Con trabajos publicados, la fecha que va entre paréntesis es el año de publicación; con los trabajos no publicados, este es el año en que los trabajos fueron escritos.

²⁸ PEIRCE (1931-1958), párrs. 5.388-410 (1878).

²⁹ PEIRCE (1931-1958), párr. 5.13 (c.1906). Fueron los editores de *Collected Papers*, y no el propio Peirce, quienes proporcionaron “*The Pragmatic Maxim*” y “*Applications of the Pragmatic Maxim*” así como los subtítulos de las secciones relevantes de “*How to Make Our Ideas Clear*”.

³⁰ Tan lejos como he podido determinar Peirce usó por primera vez la palabra “*pragmatismo*” en agosto de 1899 en su reseña de

una conferencia en Harvard; aunque la paloma que él había enviado en 1878 nunca regresó a él, escribió, “últimamente toda una camada de jóvenes ha estado revoloteando, a partir de sus plumas podría imaginar que he encontrado una camada”.³¹

Peirce y James escribieron que ellos vieron el pragmatismo como un método, un enfoque a las cuestiones filosóficas centrado en las consecuencias pragmáticas, no como un cuerpo de doctrina filosófica; y la Filosofía Pragmatista fue desde el comienzo extraordinariamente variada. Englobaba una amplia gama de intereses, áreas, y ángulos -como el joven filósofo Italiano Giovanni Papini enfatizó cuando comparó el pragmatismo con un gran hotel, donde todos los invitados pasan a través del mismo corredor, pero cada uno trabaja solo en su habitación sobre las cuestiones que especialmente le interesan. Pero desde el comienzo, también estuvo presente una segunda y menos benévola contraposición en las diferencias entre la comprensión de Peirce sobre la Máxima Pragmática y el entendimiento de James: Peirce enfatizó en la conexión entre el significado de “pragmática” y el “*pragmatische*” de Kant, aproximadamente, “*experiential*”, en contraste con “*a priori*”; James enfatizó la conexión entre “pragmática” y el griego “*praxis*”, “*acción*”, en contraste con la teoría.

Estas diferencias se acrecentaron a medida que Peirce se movió hacia una formulación realista y subjuntiva de la máxima (de acuerdo con la cual, por ejemplo, decir que un diamante es duro no sólo significa que si es frotado contra otras sustancias las rayará, sino que si este *fuese* restregado contra ellas las rayaría);³² y a medida que James desarrolló su doctrina de la Voluntad de Creer, y luego se encontró a sí mismo luchando, no muy exitosamente, por distinguir esta doctrina del pragmatismo como un método que él mismo tomó para compartir con Peirce. En 1905 -aunque escribía amablemente de James e incluso del pragmatista radical inglés F.C.S. Schiller- Peirce se quejaba sobre el “abuso despiadado” al que su palabra había sido sometida en las revistas literarias, un abuso tan ofensivo que estaba listo para “besar a su hijo en modo de despedida”, y para “anunciar el nacimiento de la palabra ‘pragmaticismo’ (*pragmaticism*), que es lo suficientemente fea como para estar a salvo de los secuestradores”.³³

En vista del potencial de la fisura ya presente en las diferencias entre las elaboraciones de Peirce y James sobre el método pragmático, y el potencial de la confusión con esta o esa doctrina filosófica específica, sin mencionar el cambio de significado de la palabra en el uso ordinario, la posterior fragmentación del pragmatismo filosóficos no es sorprendente. Y el pragmatismo dio un cambio brusco y radical una vez que Rorty se apoderó de James: ¿Qué puede estar más allá de las observaciones de Peirce que la verdad “es ASÍ, si es que tú, o yo, o cualquier persona cree que es así o no”, y que “cada hom-

KETNER y COOK (1979); en enero de 1901 usó nuevamente la palabra en su reseña a dos libros de Anthony, Earl de Shaftesbury (3:261); y, finalmente, describió su propia visión como “pragmatismo” en su entrada “*Pragmatic and Pragmatism*” en BALDWIN (1902), pp. 321 y 322, reimpreso en PEIRCE (1931-1958), párrs. 5.1-5.

³¹ PEIRCE (1931-1958), párr. 5.17 (1903).

³² PEIRCE (1931-1958), párr. 5.453 (1905): “la pregunta no es, ¿Qué pasó?, sino... Si ese diamante resistiría un intento de rayarlo”. En 1878, Peirce admite que él había “intentado desglosar más este punto”, o quizás no había estado claro en su propia mente. [“Realista”, como se usa aquí, contrasta con “nominalista”; HAACK (2002), pp.78-80].

³³ PEIRCE (1931-1958), párr. 5.414 (1905).

bre está completamente convencido que hay tal cosa como la verdad, o él no haría ninguna pregunta”³⁴ que el fanfarroneo alegre de Rorty de que él “no tiene mucho uso para la noción de ‘verdad objetiva’”, o su seguridad despreocupada de que la verdad es “completamente una cuestión de solidaridad”³⁵

Aunque sus intereses filosóficos eran de amplio alcance -Peirce en Lógica, Semiótica, Metafísica, Cosmología, Teoría de Indagación, Filosofía de la Ciencia y así sucesivamente; y por su parte, James en Metafísica, Filosofía de la Religión, Filosofía de la Mente, Ética, y así sucesivamente- ninguno tenía mucho que decir sobre la Filosofía del Derecho. Aunque recientemente parece haber sido el estilo de Rorty de neo-pragmatismo el que ha sido más gratamente bienvenido por los estudiosos del Derecho, tradicionalmente es Oliver Wendell Holmes quién ha sido visto como el autor de la tradición pragmatista en la Filosofía del Derecho. En otro lugar, he trazado la evolución del pragmatismo filosófico desde Peirce hasta Rorty y más allá;³⁶ aquí, comenzaré con el lugar de Holmes en el capítulo pragmatista clásico de este relato.

Como sabemos, Holmes asistió a algunas de las conferencias de Peirce en el Instituto Lowell en 1866;³⁷ y parece que él estaba involucrado en el *Metaphysical Club* incluso antes de su comienzo. En 1868 James le había escrito desde Berlín, proponiendo “Cuando llegue a casa, establezcamos una sociedad filosófica para tener reuniones regulares y discutir nada más que las cuestiones más altas y amplias - está compuesto nada más que de los más ilustres hombres de Boston”, y previendo que esto podría “convertirse en algo muy importante después de un número suficiente de años”.³⁸ Las pruebas sugieren que, sin embargo, aunque Holmes participó desde el principio estuvo presente rara vez en las reuniones del club después del invierno de 1871-2; de todos modos, en 1927 -en el momento en que él era el único miembro sobreviviente- le contó a Charles Hartshorne (uno de los editores jóvenes de *Collected Papers* de Peirce) que él “pronto se salió de la banda”.³⁹

En 1906, recordando de forma impresa los orígenes del pragmatismo, Peirce da testimonio de la influencia de otro abogado que también participó: Nicholas St. John Green, “un abogado muy hábil, [...] un discípulo de Jeremy Bentham”, quien incitó la importancia de aplicar la definición de creencia de Alexander Bain como “aquella sobre la que un hombre está preparado para actuar” -de la que, Peirce continúa, “el pragmatismo poco más que una consecuencia, un corolario”; y Chauncey Wright, “algo de una celebridad filosófica en aquellos días [...] nuestro maestro de boxeo a quién nosotros [...] solíamos enfrentar para ser golpeados severamente”. Mientras también él escribe amablemente sobre Holmes - “Creo que el Sr. Magistrado Holmes no tomará a mal que estemos orgullosos de recordar su

³⁴ PEIRCE (1931-1958), párrs. 2.135 (1902) y 2.211 (1903).

³⁵ RORTY (1992), p. 141 y RORTY (1991), p. 32.

³⁶ Publicado por primera vez en HAACK (2004a), pp. 1-41; reimpresso en HAACK (2006), pp. 15-670. En Español la traducción corresponde a Ana Isabel Stellino, en HAACK (2001).

³⁷ HOWE (1957), p. 251, citado por WIENER (1972), p. 75. Peirce's (no publicado) conferencia titulada “*The Logic of Science and Induction*”.

³⁸ Citado por FISCH (1964), p. 4, citando a PERRY (1935), p. 508 y también se encuentra en BAKER (1991), 214 y 215.

³⁹ FISCH (1964), p. 22.

membrecía”-⁴⁰ Peirce no dice nada específico sobre su influencia. El propio Holmes escribiría más tarde que pensó que “aprendió más de Chauncey Wright y Nicholas St. John Green” que de Peirce; y expresa reservas sobre la predicción de Hartshorne que la publicación de los trabajos de Peirce serían un evento filosófico importante.⁴¹

Y oficialmente Holmes nunca se reconoció a sí mismo como parte del pragmatismo -esto no es sorprendente dado que entonces el significado común de “pragmatismo” era muy poco atractivo y, además, que *The Common Law* y *The Path of the Law* fueron publicados antes de que James hubiese puesto la palabra en circulación en su sentido filosófico especial-. De hecho, cuando James introdujo su pragmatismo al mundo filosófico, como muchos lectores Holmes tuvo problemas distinguiéndolo de la Voluntad de Creer -la que él describió en una carta a Frederick Pollock como “una entretenida patraña”.⁴² Mucho después, cuando leyó una temprana antología del trabajo de Peirce,⁴³ aquello que lo impresionó fue “el razonamiento en la dirección de la religión &c., parece...reflejar lo que él quiere creer - a pesar de su devoción por la lógica”.⁴⁴ Sin embargo, él estaba aparentemente mucho más impresionado por Dewey, de quién escribió en 1931 basado en su obra *Experience and Nature*⁴⁵ que “aunque está escrita increíblemente mal [...] me pareció que Dios habría hablado así si hubiese tenido dificultades para expresarse, pero estuviese profundamente deseoso de decirte cómo era el [cosmos]”.⁴⁶

En 1942, Max Fisch describió *The Common Law* de Holmes como “lleno del espíritu del pragmatismo de las oraciones resonantes en las que su tema está anunciado -la vida del Derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia hasta el final”;⁴⁷ en 1949 Philip Weiner tituló el capítulo 8 de su *Evolution and the Founders of Pragmatism, Evolutionary Pragmatism in Holmes’s Theory of Law*;⁴⁸ y muchos comentaristas han notado el paralelo aparente entre la presentación de Holmes de la “teoría del derecho como predicción” en *The Path of the Law* (1986), y la afirmación de Peirce de la máxima pragmática en *How to Make Our Ideas Clear*:

“Debemos concebir el objeto de nuestra concepción el considerar qué efectos posiblemente pudiesen te-

⁴⁰ PEIRCE (1931-1958), párr. 5.12 (c.1906).

⁴¹ Holmes a Charles Hartshorne, 25 de Agosto de 1927; mi fuente es FISCH (1964), pp. 10 y 11.

⁴² HOLMES y POLLACK (1941), p. 1-139, (17 de junio de 1908).

⁴³ PIERCE (1998). Sin embargo, aparentemente a Peirce no le gustó la doctrina de La Voluntad de Creer mucho más de lo que le gustó a Holmes; de todos modos, un año después de que La Voluntad de Creer fue publicado y dedicado “a mi viejo amigo, Charles Sanders Peirce”, su estilo está más bien basado explícitamente en la “Voluntad de Aprender” [PEIRCE (1931-1958), párr. 5.583 (1898)]. Holmes pudo haber estado confundido por el título del trabajo de Peirce, “*The Doctrine of Evolutionary Love*”, el que fue incluido en esta temprana antología: de hecho, este trabajo articula la teoría cosmológica que Peirce llama “*agapismo*”, en el cual propone la evolución del orden desde el caos por la “*afinidad*”.

⁴⁴ COHEN (1948), p. 34.

⁴⁵ DEWEY (1929).

⁴⁶ HOLMES y POLLACK (1941), párr. 2.287 (15 de mayo de 1931).

⁴⁷ FISCH (1986), p. 8. Esta observación de Fisch no debería ser tomada como que sugiere que los pragmatistas eran hostiles a la lógica. James, por supuesto, no era lógico; pero (como Fisch debió haber estado bien consciente) Peirce fue una figura mayor en la historia de la lógica moderna, desarrollando un cálculo unificado proposicional y de predicado en 1880 -un año después del *Begriffsschrift* de Gottlob Frege (1879); traducción al inglés de BYNUM (1972), pero muy independiente del trabajo de Frege.

⁴⁸ WIENER (1972).

ner relevancia práctica. Entonces, nuestra concepción de estos efectos es toda nuestra concepción del objeto”.⁴⁹

“(…) un deber legal así llamado no es nada más que una predicción de que si un hombre hace u omite ciertas cosas sufrirá por esta o aquella mediante un juicio en el tribunal; -y en consecuencia de un derecho legal”.⁵⁰

De hecho, Fisch una vez sugirió que en lugar de ser la idea de Holmes un caso especial de la idea de Peirce, la máxima pragmática de Peirce pudo ser un tipo de extrapolación de esta hebra en el pensamiento de Holmes⁵¹ (tal como aparece en la teoría de las expresiones realizativas de J.L. Austin que fue un tipo de extrapolación del concepto de discurso operativo de H.L.A. Hart).⁵² Holmes había expresado algo parecido a esta idea a principios de 1872, por lo que en una nota en la *American Law Review*, en la cual resume y adhiere a la crítica de Pollock de las *John Austin's Lectures on Jurisprudence*, él escribió:

“Como es claro en numerosas instancias de interpretación judicial de leyes [statutes] y constituciones en este país, [...] en un estado civilizado no es la voluntad del soberano la que hace el Derecho de los abogados, incluso cuando es esta su fuente, sino que un cuerpo de sujetos, principalmente los jueces, es por quienes son vigentes [enforced], dicen es su voluntad [...] La única pregunta para los abogados es, ¿Cómo actuarán los jueces?”.⁵³

Sin embargo, la conjetura de Fisch simplifica demasiado. Como señalé anteriormente, algunas ideas protopragmatistas ya estaban aparentemente en el trabajo de Peirce antes de esta nota de Holmes; por otra parte, la Filosofía de Derecho que Holmes había desarrollado en el momento de *The Path of the Law* resulta ser más mucho más sutil y sofisticada que lo sugerido por la “teoría de derecho como predicción”. Por lo que necesitamos mirarla más de cerca.

III. LA SENDA DEL DERECHO: O, FORMULARIO DE LA PRÁCTICA A LA TEORÍA

El estilo elegante y aforístico de Holmes ha tentado a muchos lectores a asumir que esta o aquella frase memorable de *The Path of the Law* encapsula el todo, pero descripciones resumidas como “la teoría de la predicción”, “La teoría del hombre malo”, o “La revuelta contra el formalismo”, e imágenes unidimensionales de Holmes simplemente como un precursor temprano del realismo jurídico o del enfoque de *law and economics*, como antiteórico, etc., no son realmente adecuados a la profundidad o complejidades internas de su Filosofía del Derecho.

⁴⁹ PEIRCE (1931-1958), párr. 5.401 (1878).

⁵⁰ HOLMES (1995a), p. 391. Todas las páginas referidas en el texto son de esta versión.

⁵¹ FISCH (1986), p. 12.

⁵² AUSTIN (1962), p. 7, n. 1. Mis agradecimientos a William Widen por llevar esta nota a mi conocimiento.

⁵³ HOLMES (1995), p. 295.

¿Complejidades internas –o contradicciones internas? Las líneas de apertura de *The Path of the Law* parecen ser eminentemente prácticas y con los pies en la tierra: “Cuando estudiamos Derecho no estamos estudiando algo misterioso sino una profesión bien conocida. Estamos estudiando aquello que necesitaremos para actuar ante los tribunales o aconsejar al objeto de que se mantenga alejada de ellos [...] El objeto de nuestro estudio [...] es [...] la predicción: de la incidencia de la fuerza pública a través de la actuación de los tribunales”.⁵⁴ Sin embargo, las líneas de cierre de Holmes nos llevan mucho más lejos de las preocupaciones mundanas y prácticas sobre cuándo podemos esperar que un alguacil toque a nuestra puerta: “estoy seguro de que la felicidad no puede alcanzarse únicamente siendo abogado de grandes compañías y teniendo unos ingresos de cincuenta mil dólares anuales. Una inteligencia suficientemente grande para conseguir el premio necesita otros alimentos distintos del éxito. Son los aspectos más generales y remotos del Derecho los que le confieren un interés universal. A través de ellos llegaréis [...] a conectar vuestra materia con el universo, y a captar un eco de infinito, un destello de su insondable proceso, un indicio del Derecho universal”.⁵⁵ Algunos pueden estar inclinados simplemente a ignorar estas oraciones concluyentes, o dejarlas de lado como nada más que una efusión vergonzosa de la *purple prose* de fines del siglo XIX; pero esto sería un error. Aquí hay una imagen más amplia, un cuadro más extenso en el cual el principio bruscamente práctico de Holmes y su visión final están integrados conjuntamente.

A medida que él escala el empinado sendero desde las especificidades mundanas que preocupan al abogado en su oficina hacia las aspiraciones intelectuales del teórico del derecho, los argumentos de Holmes comienzan de forma negativa. Su preocupación es disipar algunas ilusiones comunes: El Derecho, argumenta, no puede ser identificado con la Moral; no trasciende las prácticas específicas de los muchos y muy variados sistemas legales; y tiene poca semejanza con un conjunto de principios básicos o axiomas a partir de los cuales las decisiones correctas pueden ser deducidas.

Leyes injustas han estado vigentes o enforzadas [*enforced*]; y aunque términos como “deber”, “derecho”, “premeditación”, “intención”, etc., juegan un rol tanto en el discurso moral como en el jurídico, sus significados divergen en ambos contextos (no todas las demandas morales son legalmente aplicables o ejecutables). Por ende, para comenzar a obtener una visión clara del Derecho como algo distinto de la Moral, necesitamos dejar firmemente a un lado las consideraciones éticas: Holmes aconseja tomar la perspectiva de un abogado dedicado a orientar a un hipotético cliente a quién no le importa aquello que es correcto, sino que solo desea saber qué es legal. Así: “Si quiere conocer lo que es el Derecho y nada más que el Derecho, debes mirarlo como lo miraría un hombre malo, a quien solo le importan las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, y no como lo hace un hombre bueno, quién encuentra las razones para su conducta –se hallen o no en el Derecho– en las más vagas sanciones de su conciencia”.⁵⁶

⁵⁴ HOLMES (2012), p. 391. En adelante, las referencias a “La senda del Derecho” corresponden a la traducción al castellano.

⁵⁵ HOLMES (2012), p. 91.

⁵⁶ HOLMES (2012), p. 58.

Cuando “nuestro amigo el hombre malo”⁵⁷ consulta a un abogado, él no está interesado en el Derecho en abstracto: él quiere saber cuál es el Derecho vigente en Massachusetts (o dónde sea). Por otra parte, ya que las leyes [statutes], reglas y precedentes adolecen en algún grado de textura abierta y en atención a su posición pueden ser interpretados en más de un modo, el hombre malo quiere saber, no solo qué dicen las leyes [statutes], sino cómo los jueces pueden ser anticipados en sus interpretaciones. Así: “Las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por Derecho”.⁵⁸ Por supuesto, este hilo argumental es capturado en la descripción del enfoque de Holmes como “La teoría del derecho como predicción”, y -en conjunto con poner el acento en el hombre malo- en la clasificación de Holmes como un protorealista jurídico.

Los jueces tienden a presentar sus fallos y opiniones como si éstas fuesen deducciones de principios generales -en “forma lógica”, como dice Holmes; y a menudo se supone que la disidencia judicial debe ser una señal de que alguien ha cometido un error lógico. Sin embargo, esto es otra ilusión. Sin duda, la lógica tiene un lugar en el Derecho; aún así, un sistema jurídico es muy diferente de un conjunto de axiomas a partir del cual las decisiones correctas pueden ser deducidas.⁵⁹ La disidencia judicial es inevitable; debido a que los desacuerdos entre los jueces realmente se transforman, no en la validez o invalidez formal de sus argumentos, sino en sus ideas sustantivamente diferentes sobre cuestiones políticas. Así: “El lenguaje de las decisiones judiciales es principalmente el lenguaje de la lógica [...] (pero) detrás de la forma lógica subyace un juicio sobre el mérito relativo y la importancia de las razones legislativas en conflicto, un juicio que es a menudo inarticulado e inconsciente”.⁶⁰ Por supuesto, este es el hilo argumental que es capturado al clasificar el enfoque de Holmes bajo la rúbrica “la revuelta contra el formalismo”.⁶¹

Ahora Holmes se puede mover a una base jurisprudencial más alta, y presentar una explicación positiva del crecimiento y evolución del Derecho que va más allá del Derecho de Inglaterra en 1215 o del Derecho de Massachusetts en 1896.⁶² El primer lado de esta explicación positiva es histórica: el estudio inteligente de su historia ilumina las fuerzas que hicieron al Derecho actual de tal o cual forma. Sin embargo, algunas veces esto revelará que la fuente de una distinción legal o de una regla, etc., está fundada en circunstancias o procedimientos que ya no se obtienen, o que no hay una mejor garantía para una regla que aún aplicamos confiadamente, que siempre las cosas han sido hechas de este modo.

Holmes da como ejemplo la doctrina del Derecho inglés que “la alteración material de un contrato es-

⁵⁷ HOLMES (2012), p. 60.

⁵⁸ HOLMES (2012), p. 60.

⁵⁹ Hay una discusión detallada de la concepción de Holmes sobre el rol de la lógica en el Derecho en BREWER (2000), pp. 94-132. Pero dejo estas complicaciones a un lado por ahora - espero ser capaz de regresar a ellas en otra ocasión - ya que no están directamente relacionadas con mis propósitos actuales. HAACK (2007), pp. 1-31.

⁶⁰ HOLMES (2012), p. 69.

⁶¹ WHITE (1949).

⁶² Elijo 1215 porque esta fue la fecha de la Carta Magna, y del cuarto concilio de Letrán, el cual prohibió a los sacerdotes de participar en las pruebas judiciales de las ordalías; y 1896 porque esta fue la fecha de “The Path of the Law”.

crito por una de las partes lo hace nulo para ella”;⁶³ i.e., no solo no puedes utilizar el escrito, sino que el contrato en sí mismo está cancelado -Holmes argumenta, una doctrina, explicable solo históricamente. Una vez, específicamente en el caso de un acuerdo, en que el contrato era inseparable del pergamino en el cual se encontraba escrito; si el documento era destruido o el sello extraído, el acreedor no podría recuperar porque el acuerdo ya no existía.⁶⁴ Entonces, contrariamente a la tendencia general del Derecho, esta doctrina fue extendida de modo general a los contratos.

Sin embargo, Holmes insiste, “así es como siempre lo hemos hecho” no es razón para continuar haciendo las cosas de la misma forma: “Subleva no tener una razón mejor para justificar una norma jurídica que la de que fue establecida en la época de Enrique IV [Henry IV]. Y subleva aún más si aquellos motivos por los que fue establecida han desaparecido hace tiempo”.⁶⁵⁻⁶⁶ Y la otra parte de la explicación positiva de Holmes es con visión de futuro: el estudio inteligente de “los fines que las que las diversas persiguen satisfacer, las razones por las que tales fines son deseables, aquello a lo que renunciamos para obtenerlos y si valen el precio que pagamos por ellos”⁶⁷ pueden iluminar como el Derecho en sí mismo puede adaptarse mejor a las nuevas circunstancias.

Al considerar cuán bien esta o aquella interpretación de la ley cumple los fines que justificaron, en primer lugar, tener la ley, Holmes insta a que los jueces miren las consecuencias sociales y económicas de sus decisiones: “Creo que los propios jueces no han reconocido suficientemente su deber de sopesar las consideraciones de la utilidad social [...] No puedo sino creer que, si la preparación de los abogados les llevara a analizar habitualmente de una manera más definida y explícita el beneficio social a la luz del cual ha de justificarse la norma que formulan, frecuentemente dudarían allí donde ahora están seguros y verían que realmente están tomando partido sobre cuestiones discutibles”.⁶⁸ Por lo tanto, Holmes sentencia que “Para el estudio racional del Derecho el buen conocedor de las recopilaciones jurisprudenciales puede ser el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de estadísticas y el experto en economía”-⁶⁹ por supuesto, este hilo argumental es capturado al reclutarlo como el precursor del movimiento de “law and economics”.

Sin embargo, no es solo la economía lo que Holmes tiene en mente, sino las Ciencias Sociales en general. También ilustra el rol de las consideraciones de la “utilidad social” cuando pregunta: “¿Disponemos de algo mejor que simples conjeturas ciegas para mostrar que el Derecho penal en su forma actual reporta más beneficios que males?”, insta a que los jueces miren el trabajo de los científicos

⁶³ HOLMES (2012), p. 82.

⁶⁴ Como hoy en día, no hay obligación de pagar si el cheque es destruido (una analogía que le debo a Jonnette Watson-Hamilton)

⁶⁵ HOLMES (2012), p. 75.

⁶⁶ Comparar esto, desde Javins con First National Realty Corporation (1970): “El supuesto de una ley acerca de propietario e inquilino, derivada del derecho de propiedad feudal, que un arriendo transmitía principalmente al inquilino un interés en la tierra puede haber sido razonable en una sociedad rural agraria [...] Pero en el caso de un residente de un departamento moderno, el valor de un arriendo consiste en que este da un lugar donde vivir [...] Algunos tribunales se han dado cuenta que algunas de las antiguas reglas de la ley propiedad que gobiernan los arriendos son inapropiadas para las transacciones de hoy en día”.

⁶⁷ HOLMES (2012), p. 87.

⁶⁸ HOLMES (2012), pp. 72 y 73.

⁶⁹ HOLMES (2012), p. 75.

sociales quienes están comenzado a investigar si el delincuente “es un degenerado, llevado a estafar o matar por un instinto tan arraigado como una necesidad orgánica como el que impulsa a la serpiente a morder”, o si, “el crimen, como cualquier otra conducta humana, es fundamentalmente una cuestión de imitación”.⁷⁰⁻⁷¹

Ahora la senda desde las laderas rocosas de las palabras de obertura de Holmes a las alturas olímpicas de su peroración final accede a una visión completa; y lo que parecía al principio como una desestimación pasajera de los análisis legales del Sr. James Stephen - “el intento estéril de buscar quintaescencia de todos los sistemas en lugar de diseccionar fielmente uno de ellos”⁷² se muestra como una clara señal. Todos los sistemas jurídicos son locales, específicos a un lugar y tiempo; la idea de “El Derecho en sí Mismo” es una ilusión. Como Holmes escribiría mucho después, como disidente en *Southern Pacific v. Jensen*, “[e]l Common Law no es un claroscuro en la omnipresencia en el cielo, pero la voz articulada de algún soberano o cuasi-soberano que puede ser identificada [...] es siempre el derecho de algún Estado”.⁷³ Por otra parte, cada sistema jurídico es un artefacto de la historia; todos han evolucionado, crecido, adaptado (y muchos han muerto) en respuestas a los cambios de las circunstancias sociales, presiones y necesidades sociales.

Y esto significa que desde la perspectiva más amplia el Derecho -ahora entendido como referido a toda la historia acumulada y evolución en curso de los numerosos sistemas jurídicos del mundo- incluye el pasado y el futuro de la organización social de la humanidad; en resumen, de la civilización. Holmes regresa a este tema una y otra vez:

“Si tu tema es la ley, los caminos están llanos a la antropología, la ciencia del hombre, a la economía política, la teoría de la legislación, ética, y así por varios senderos a tu visión final de la vida”.⁷⁴

“Cuál es este tema en que estamos unidos, -esta abstracción llamada Derecho, en el cual, como en un espejo mágico, vemos reflejadas no sólo nuestras propias vidas, sino que las vidas de todos los hombres que han existido! [...] para el amante del Derecho [...] no menos que una historia es suficiente la vida moral de su raza”.⁷⁵

⁷⁰ HOLMES (2012), p. 77.

⁷¹ Aunque Peirce no se refiere a Holmes explícitamente, este pasaje del *Minute Logic* de 1902 sugiere que él debió haber tenido noticias del pensamiento de Holmes: “En cuanto a la fuerza pública, dejarla restringida a hacer lo que es necesario para el bienestar de la sociedad [...] El bárbaro castigo de una celda [...] en lo absoluto es favorable al bienestar público o privado. En cuanto a las clases criminales, yo las extirparía...al mantener a los criminales confinados en un lujo relativo, haciéndolos útiles, y previniendo la reproducción [...] (haciéndolos) autónomamente inofensivos para el estado. El único gasto sería el perder nuestra querida venganza sobre ellos”. PEIRCE (1931-1958), párr. 2.164.

⁷² HOLMES (2012), p. 86.

⁷³ *Southern Pacific con Jensen* (1917), Holmes, J. disidente. (El pasaje en el que esto ocurre no es completamente claro sobre este punto, pero de la manera en la cual lo leo, creo que Holmes debe estar contrastando “el Derecho de algún estado” con el “el Derecho en general”, no con el “Derecho federal”).

⁷⁴ Holmes, “The Profession of the Law”, conclusión de una conferencia entregada a estudiantes de pregrado en Harvard, 17 de Febrero de 1886, en MARKE (1964), p. 67.

⁷⁵ HOLMES (1964a), p. 62.

“Venero el Derecho [...] como uno de los más grandes productos de la mente humana [...] el título definitivo del Derecho para reclamar respeto es que existe, que no es un sueño hegeliano”⁷⁶

Así es cómo el estudio del Derecho “se conecta con el universo y puede incluso conceder un indicio del Derecho universal”⁷⁷

Holmes comienza con una visión aterrizada y práctica del Derecho; y, comentando que bajo el nombre de jurisprudencia hay “bastante material de baja calidad”,⁷⁸ se burla de la idea de una “quintaesencia de todas las leyes”. Aún así, no lo podemos clasificar como “pragmático”, en el sentido cotidiano actual de enfocarse en lo práctico a costa de lo teórico; ya que esto haría imposible acomodar sus declaraciones enfáticas “aquello que me ocupa es la teoría, no los detalles prácticos”⁷⁹ y que “El Derecho no padece de un exceso de teoría sino más bien de su defecto”.⁸⁰⁻⁸¹ Sería más exacto decir que, mientras él evita abstracciones que floten libre e inútilmente y respeta las preocupaciones prácticas del abogado de oficina, Holmes aspira a nada más que a una concepción teórica comprensiva del Derecho como institución humana en constante evolución.

Holmes insta al efecto tónico de mirar el Derecho desde la perspectiva del Hombre Malo; reconociendo que esto “repugna a quienes creen que es conveniente introducir en el Derecho tanta ética como sea posible”,⁸² él insiste que las cuestiones del Derecho no sean confundidas con las cuestiones morales; él cree que los jueces están a menudo equivocados o autoengañados sobre las razones reales de sus decisiones; y recomienda que miren con ojos claros las consideraciones de la “utilidad social”. Por lo que no hay que preguntarse por qué es visto como “uno de los más importantes precursores” del movimiento del realismo jurídico-⁸³ o que los realistas lo citaron más tarde una y otra vez. En 1930, Karl Llewellyn escribió que “las reglas [...] son importantes siempre y cuando te ayuden a ver o predecir lo que los jueces harán o siempre y cuando te ayuden a hacer que los jueces hagan algo [...] Esa es toda su importancia excepto como juguetes vistosos”;⁸⁴ y, reconociendo la influencia de Holmes, que “el concepto de ‘regla real’ ha estado ganando el favor desde que fue puesta con claridad por primera vez por Holmes”. En este contexto -en una frase sorprendentemente reminiscente de las críticas de Peirce acerca de las “dudas de papel” [i.e., una duda entre real y fingida] en Descartes- Llewellyn contrasta las reglas “reales” con simplemente las reglas “de papel”;⁸⁵ y en mismo artículo, reflexionando sobre

⁷⁶ HOLMES (2012), p. 83.

⁷⁷ HOLMES (2012), p. 91

⁷⁸ HOLMES (2012), p. 85.

⁷⁹ HOLMES (2012), p. 89.

⁸⁰ HOLMES (2012), p. 87.

⁸¹ Comparar “El Juez Holmes no sucumbe a la glorificación de moda, pero tonta de la vida práctica sobre la teórica o contemplativa”: COHEN (1921), p. 23.

⁸² HOLMES (2012), p. 62.

⁸³ Cito desde la introducción de los editores al primer capítulo, “Antecedents”. REED ET AL (1993).

⁸⁴ LLEWELLYN (1930), p. 5.

⁸⁵ LLEWELLYN (1930), p. 448. PEIRCE (1931-1958), párr. 5.376 (1877). Hay numerosas otras referencias en los escritos de Peirce al contraste de duda del “papel” con “real” o “viviente”, pero esto es lo más anticipado que he podido encontrar.

las interconexiones del Derecho y las ciencias sociales, él observa que “*la mente de Holmes había viajado dos generaciones atrás hasta perderse*”.⁸⁶ El mismo año, Jerome Frank describió a Holmes como “*El jurista completamente adulto*”.⁸⁷

Entonces, quizás sería justo clasificar a los realistas como “*posholmesianos*”. Aún así, es importante no olvidar que Holmes había capturado, al final de lo que Llewellyn piensa como su senda protorealista, un vistazo enfatizado en mi lectura de la “*visión teórica comprensiva del Derecho como una institución humana en constante evolución*”.

IV. LLENANDO ALGUNOS BACHES DE LA SENDA DEL DERECHO

Incluso si es plausible pensar que un abogado al aconsejar a su cliente el Hombre Malo está tratando de predecir lo que un juez decidirá, parece absurdo suponer que es esto lo que realmente está haciendo el juez (aunque, sin duda, el puede tratar de predecir lo que un tribunal superior pudiese decidir si el caso fuese apelado). Esta fue la objeción que vino primero a mi mente; y, como descubrí posteriormente, había sido hecha antes por Hart,⁸⁸ y décadas antes por Fisch.⁸⁹ Pero ahora veo que puede ser evitada leyendo a Holmes con un poco de caridad.⁹⁰ Tomar la perspectiva de un abogado y su cliente el Hombre Malo es un mecanismo heurístico,⁹¹ una forma de destacar dos contrastes claves: entre Derecho y Moral, y entre el Derecho en abstracto y el Derecho de Massachusetts de 1896 o la ley EC del 2005 en concreto. Destaca una perspectiva, la del Hombre Malo, desde la cual lo que importa no es lo qué es correcto, o cuál es la “*voluntad del Soberano*”, o incluso simplemente qué dicen las leyes [*statutes*], etc., pero no aquello que los tribunales determinarán como Derecho, los cuales son el instrumento de la fuerza pública.

Un abogado también puede ser capaz de predecir que si el Hombre Malo conduce a 39 millas por hora en una zona de 30 millas por hora él no será sujeto de ninguna penalización; pero por supuesto esto no significa que el límite de velocidad es (digamos) 40 millas por hora, no 30. Por lo que, Luban argumenta, que la explicación de Holmes es “*absurda*”, desprovista de los hechos obvios que el análisis costo-beneficio de un Hombre Malo racional tomaría en cuenta sobre cuán probable es que una ley sea aplicada.⁹² Pero esta objeción también fracasa. Holmes le pide a su audiencia que imagine a un abogado aconsejando a un cliente sobre qué conducta es legal, no sobre qué conducta ilegal puede no

⁸⁶ LLEWELLYN (1930), p. 454.

⁸⁷ FRANK (1970), p. 270.

⁸⁸ HART (1961), p. 143.

⁸⁹ FISCH (1986), p. 8: “*es inconcebible que en su trabajo como un juez [Holmes] debió haber pensado el Derecho como una predicción excepto con referencia a una posible apelación*”.

⁹⁰ Como, en efecto, Fisch lo hace cuando reconoce que Holmes está aquí pensando el Derecho desde el punto de vista de un abogado en ejercicio.

⁹¹ Después haber escrito esta cláusula, encontré que Brewer también había usado la frase “*mecanismo heurístico*” en este contexto; ver BREWER (2000), p. 96. [Antes, David Luban había considerado esta interpretación, pero la rechazó –por lo que me parece malas razones; ver LUBAN (1997), p. 1573].

⁹² LUBAN (1997), p. 1571.

ser detectada o castigada –ya que su propósito es, precisamente, destacar la distinción entre el Derecho y la Moral. (Quizás él habría sido más claro si hubiese escrito las líneas relevantes a la manera de la versión revisada, más realista y subjuntiva de la máxima pragmática de Pierce, en modo subjuntivo, en términos de qué sería lo que decidirían los tribunales si el caso les fuese presentado).

Quizás, lo más importante es que las críticas de este tipo, enfocadas en los primeros pasos de Holmes, mientras que lo más valioso, como yo veo *The Path of the Law*, es aquella visión mucho más amplia a la cual conducen aquellos pasos finalmente: una visión que lo abarca todo, ya no inútilmente abstracta; firmemente anclada en las instituciones y prácticas del mundo real –realista en el sentido ordinario de la palabra– que ya no es cínica; una visión antiesencialista al evitar la búsqueda de una mítica “*quintaescencia de todo Derecho*”, que dejó de ser antiteórica. Los sistemas jurídicos son locales⁹³ uno al menos podría decir (pero no sin apreciar la ironía) esencialmente local; éstos son, como la jerga de nuestros días lo consideraría, “*socialmente contruidos*”, marcados por las contingencias y curiosidades de las circunstancias de las que originalmente emergen, y a través de uno de los muchos mecanismos de “*tira y afloja*” [*Pushmepullyou*]⁹⁴ que funcionan cuando ellos continúan creciendo y adaptándose a las nuevas circunstancias. Y aún así... Aún así, la historia en curso de la evolución de los sistemas jurídico es la historia de la larga e irregular batalla de la humanidad hacia una vida social civilizada.

Sin duda, la integración de Holmes de lo específico y lo general, lo local y lo global, lo banal y lo inspirador, está lejos de ser perfecta. Pero es lo suficientemente buena para retribuir el esfuerzo de tratar de mejorarla para llenar algunos vacíos en los cuales él parece tener muy pocas teorías, en lugar de mucha –especialmente donde, tal como está su argumento parece presuponer de manera encubierta el tipo Filosofía del Derecho puramente abstracta y esencialista que él de manera oficial, y en mi opinión, correctamente evita.

Holmes se mantiene alejado de cuestiones como “¿Qué es el Derecho?”, y las respuestas pretenciosamente inútiles que ellas son aptas para producir. Sin embargo, puede ser objetado que cuando él se refiere a “*la incidencia de la fuerza pública a través de la actuación de los tribunales*”,⁹⁵ y asume que aquello que es relevante es qué pena impondrá un juez sobre el Hombre Malo, y no, digamos, qué penitencia impondrá su sacerdote o que le harán los matones del jefe de la mafia local, Holmes implícitamente da por sentado una respuesta a esta cuestión en términos de –bueno, instituciones legales. Pero hay otra forma de mirar esto, en más armonía con el tenor general de la Filosofía del Derecho de Holmes, que no invita al tipo de respuesta esencialista que él prefiere evitar.

Siguiendo el espíritu de la observación de Holmes, según la cual “*la mayoría de las diferencias*” son

⁹³ Arthur R. Hogue escribe que “*el propiamente llamado common law no es una costumbre local. No se habla ordinariamente como el uso de una localidad [...] tal como el condado de Kent, [...] al cual se le permitió disfrutar hasta 1926 sus propias reglas peculiares de herencia*”, pero más bien “*aplicadas en cada parte del reino*” [HOGUE (1986), pp. 187 y 188]. Pero “*aplicada en cada parte del reino*” es local, en el sentido que lo pienso.

⁹⁴ Esta expresión refiere a un animal imaginario de la película “*Dr. Doolittle*”.

⁹⁵ HOLMES (2012), p. 55.

meramente diferencias de grado “cuando son analizadas apropiadamente”,⁹⁶ y el principio regulador que Pierce llamó “sinequismo” –que las hipótesis que proponen continuidades deben preferirse sobre las hipótesis que se basan en dicotomías nítidas–⁹⁷ sugiero mirar el continuo de los sistemas de las normas sociales desde las costumbres tribales y religiosas, tabús, reglas, y penas a través de “ordenes legales ilegales” de las favelas de las cuales Boaventura de Sousa Santos escribe,⁹⁸ para los casos más centrales y paradigmáticos de los sistemas jurídicos pasados y presentes, y los complejos, superpuestos y a veces conflictivos entramados de los ordenes legales provinciales, estatales y federales, y del Derecho nacional e internacional [...] y así sucesivamente; y, más que preocuparse excesivamente por cuál califica como real y genuinamente jurídico, explorando los aspectos en los que ellos se parecen entre sí, y aquellos en los cuales son diferentes.⁹⁹ Por supuesto, este sería un trabajo arduo; aún así, creo que nos podría decir todo lo que realmente necesitamos saber, sin atraparnos en un callejón metafísico sin salida, como al que se tiende cuando se hace la antigua pregunta esencialista “¿Qué es el Derecho?”.¹⁰⁰

Holmes insta a que los jueces recurran a las consideraciones de “utilidad social”, y específicamente a las consecuencias económicas de sus decisiones, pero él no parece decirnos dónde aplicar legítimamente tales consideraciones, o cómo ellas son sopesadas con las consideraciones de otro tipo. No puedo encontrar nada explícito en *The Path of the Law* que distinga entre, por un lado, tender una trampa a un hombre inocente para prevenir el pánico público, porque hay un asesino en serie suelto; o reencarcelar a un depredador sexual más allá de su sentencia para prevenir de que cometa más crímenes. Por otro lado, confiar consideraciones sobre incentivos y de otro tipo para responsabilizar a todos los fabricantes de un cierto tipo de droga, cuando es imposible determinar cuál de ellos realmente hizo la droga que dañó a estos demandantes¹⁰¹ (o para responsabilizar en parte a un fabricantes

⁹⁶ *Rideout con Knox* (1889). La opinión de Holmes es reimpressa en SHRIVER (1940), pp. 162-166.

⁹⁷ PEIRCE (1931-1958), párt. 6.102-163 (1892); ver también HAACK (2005), luego en HAACK (2006).

⁹⁸ SANTOS (1995), pp. 158-249. De acuerdo con mis informantes brasileños, sin embargo, es el traficante de drogas quien mantiene el orden en las favelas; por lo que este caso es mucho más lejano al centro de la legalidad, y más cercano a mis ejemplos de sanciones impuestas por la Mafia, que las descripciones que Santos pueden sugerir. (En el libro de Santos no hay una entrada en el índice bajo las palabras “drogas” o “traficantes de drogas”; he sido incapaz de determinar si esto es porque las cosas eran diferentes en 1970, el año del estudio de Santos del rol casi legal de la Asociación de Residentes en la favela “Pasargada”).

⁹⁹ Compare la estrategia adoptada en HAACK (2003), chapter 6, más que preguntar si las ciencias sociales son realmente ciencias, explorando y tratando de articular las formas en que ellas son como las ciencias naturales, y las formas en que no lo son.

¹⁰⁰ El enfoque que estoy recomendando tiene mucho en común con algunas ideas expresadas por Llewellyn, quien escribe: “No intentaré una definición de Derecho [...] Un foco, un núcleo, un centro –con los aspectos y límites externos ilimitados”, LLEWELLYN (1930), p. 432. Más recientemente, argumentando en contra del “centralismo legal” e instando a un enfoque “centrífugo” sobre un “centrípeto”, Galanter ha sugerido mirar los muchos y varios medios no legales de establecer disputas como operando “a la sombra” del sistema jurídico concebido de modo estricto, que establece un marco para una negociación de las partes al entregar “monedas de cambio”. GALANTER (1981); citado en DAMASKA (1978), pp. 237-242.

¹⁰¹ Por ejemplo, en casos DES (*dietilestilbestrol*), donde el daño –cánceres que fueron desarrollados por las hijas de las mujeres que habían tomado la droga durante el embarazo– no fue evidente hasta décadas después de la exposición de las mujeres. *Sindell con Abbott Laboratories* (1980) (sostuvo que “cada acusado será considerado responsable de la proporción de la sentencia representada por su participación en ese mercado a menos que demuestre que no pudo haber hecho el producto que causó el daño del demandante”). *Bichler con Eli Lilly & Co.* (1981) (sostuvo que “no fuerza un sentido de justicia el permitir una expansión limitada de la doctrina de acción concertada para cubrir el tipo de circunstancias enfrentadas en un caso de DES, en el cual los tradicionales requisitos de las evidencias en derechos de daños pueden ser insalvables”).

cuando incluso sabemos que ellos no vendieron la droga que dañó a este demandante),¹⁰² y tampoco, más generalmente, nada que indique cómo Holmes ve interactuar las consideraciones de la política, económica y social con las consideraciones de libertad, justicia y equidad.

En efecto, esta es la laguna que Benjamín Cardozo notó cuando preguntó:

*“¿Pensaríamos en la libertad como una constante, o mejor, como una variable que puede cambiar de época en época? ¿Se nos da su contenido mediante deducción de procedimientos inalterables, o por un proceso arduo de inducción en las circunstancias de tiempo y lugar? ¿diríamos que las restricciones y experimentos serían permitidos si todo aquello que es afectado es la libertad para actuar, pero que los experimentos y las restricciones serían prohibidos si el resultado es una intrusión en la libertad de pensamiento y opinión? [...] no me atrevo a decir cómo Holmes respondería estas dudas u otras como estas (...)”*¹⁰³

Como Cardozo, yo elegiría la opinión menos abstracta; y mi suposición (y sospecho que también la de Cardozo) es que Holmes haría lo mismo si fuese presionado. La preferencia de Holmes por el término vago “*fuerza pública*” sobre la “*soberanía*” de Austin apunta en esta dirección. Él alude a “*las costumbres de los Francos Salios [...] los bosques germanos [...] las necesidades de los reyes Normandos*”,¹⁰⁴ que nos recuerda que, mientras “*La Voluntad del Soberano*” podía ser una vez construida como literalmente refiriéndose a la orden de los jefes tribales o reyes feudales, en sociedades modernas complejas hay solamente esa “*fuerza pública*” difusa y delegada expresada en las decisiones de tribunales federales, estatales, militares, administrativos, e internacionales, y así sucesivamente.

Algunas ideas Peirce son nuevamente útiles; aunque, esta vez es su concepción del desarrollo del significado sobre la cual podemos explayarnos. Pensando en cómo, a medida que nuestro conocimiento crece, los conceptos científicos se convierten en más profundos y densos (y algunas veces se despojan de connotaciones antiguas), el joven Peirce había observado “*cuánto más quiere decir ahora la palabra electricidad que aquello que significaba en los días de Franklin; cuánto más quiere decir ahora el término planeta que aquello que significaba en el tiempo de Hiparco. Estas palabras han adquirido información*”.¹⁰⁵ Más tarde, él expresa un punto similar usando un tipo de concepto diferente y más inmediatamente relevante como ejemplo: “*Los símbolos crecen [...] Palabras tales como fuerza, ley, riqueza, matrimonio, tienen para nosotros significados muy diferentes comparados con nuestros ancestros barbaros*”.¹⁰⁶ Si; y conceptos como *libertad*, *derecho*, etc., llegan a ser más profundos, más espesos y más específicos (y algunas veces se despojan de antiguas adiciones) durante la larga batalla en curso de las disputas y objeciones, las interpretaciones y reinterpretaciones legales. Ellos no son platónicamente fijos e incontestables, pero inicialmente delgados, estos conceptos esquemáticos son

¹⁰² Hymowitz con Eli Lilly & Co. (1989) (sostuvo que “no debería ser exculpado un acusado quién, aunque sea un miembro del mercado que produce DES para el uso durante el embarazo, parece no haber causado daño a un particular al acusado”).

¹⁰³ CARDOZO (1921), pp. 6 y 7.

¹⁰⁴ HOLMES (2012), p. 75.

¹⁰⁵ PEIRCE (1931-1958), párr. 7.587 (c.1867).

¹⁰⁶ PEIRCE (1931-1958), párr. 2.302 (c.1895).

inherentemente abiertos a lecturas más y menos expansivas, y a una especificación más fina, a una exploración más amplia.¹⁰⁷

Holmes concibe el Derecho como comprensivo de todos los muchos y variados sistemas jurídicos, pasado y presente: recuerda la descripción de la historia de la evolución del Derecho como reveladora de “cada paso doloroso y lucha estremecedora por los que la humanidad ha peleado y hecho su camino desde el aislamiento salvaje a una vida social orgánica”;¹⁰⁸ y él observa que “un hombre puede vivir muy bien en la Derecho así como en otros lugares; allí, como en otros lugares, su mente puede encontrar su unidad en una perspectiva infinita (...)”.¹⁰⁹ Esta es una gran visión reminiscente de la concepción de Peirce sobre la ciencia como la larga batalla en curso de la comunidad de investigación –la comunidad hipotética de todos aquellos, pasado, presente y futuro, quienes han “atacado la fortaleza de la verdad”, cada nueva ola escala encaramándose sobre aquellos que estaban antes.¹¹⁰ Un año antes de *The Path of the Law* Holmes había escrito en un discurso:

“La procesión eterna (de generación tras generación de abogados, jueces y pensadores legales) continúa, nosotros al frente de momento; y extendidas contra el inalcanzable cielo, las puntas de lanzas negras del ejército que ha estado pasando en una línea inquebrantable por más de mil años”.¹¹¹

Esto tiene más en común que una simple metáfora militar con la concepción de Peirce de la batalla humana para entender el mundo.

Sin embargo, mientras Peirce hace una conexión íntima entre verdad e investigación por medio de su concepción pragmaticista [*pragmaticist*] de la verdad, como la Opinión Final hipotética [*the hypothetical Final Opinion*] que sería alcanzada si la investigación continúa indefinidamente, y la realidad como el objeto de esa Opinión Final,¹¹² Holmes deja una pregunta acerca de cómo él ve exactamente la evolución de los sistemas jurídicos, como conectados con “la vida moral de la raza”.

Algunos críticos han sugerido que la actitud de Holmes hacia la relación entre el Derecho y la Moral es simplemente inconsistente.¹¹³ Sin embargo, es completamente consistente mantener (como Holmes

¹⁰⁷ De Hymowitz con Eli Lilly (1989), párr. 507: “las ordenes de justicia y la imparcialidad en constante evolución, que son el corazón de nuestro sistema de common law, requiere creación de un remedio para los daños causados por DES” (énfasis agregado).

¹⁰⁸ HOLMES (1964a), p. 63.

¹⁰⁹ Citado en DEWEY (1921), p. 35.

¹¹⁰ PEIRCE (1931-1958), párr. 7.51 (sin fecha). La metáfora de la “fortaleza del conocimiento” es prestada y adaptada de John Locke.

¹¹¹ HOLMES (1964b), p. 73. Discurso dado en una cena de la Harvard Law School Association en honor al Prof. C. C. Langdell.

¹¹² Así que, la verdad y lo real, como Peirce las define, son independientes de lo que tú, o yo, o cualquier individuo piensa que son; sin embargo, no lo son de lo que la comunidad de investigadores cree que es el final de la investigación. También vale la pena notar que las definiciones de Peirce no intentan proporcionar ninguna garantía de estar dirigidas hacia un progreso estable o la convergencia de la verdad, o incluso ninguna garantía de que la verdad realmente sería alcanzada.

¹¹³ Ver FULLER (1966), p. 118; WHITE (1949), pp. 69 y 70; y HART (1951), p. 923. Para las primeras respuestas a esta crítica ver HOWE (1951), p. 339, y KELLOG (1984), pp. 58-74.

lo hace) que el Derecho y la Moral no pueden ser identificados - que son conceptualmente distintos, que “Derecho moralmente malo y/o injusto” no es un oxímoron; y al mismo tiempo mantener (como Holmes lo hace) que puede haber una mayor o menor superposición en extensión entre el Derecho y la Moral, y que la evolución del Derecho puede constituir progreso en un sentido moral. Pero quizás los críticos tienen en mente, más bien, la aparente dificultad de conciliar la insistencia de Holmes de que él “*da por supuesto que ningún de los oyentes malinterpretará lo que estoy diciendo como un discurso cínico*”, su descripción del Derecho como “*el testimonio y el depósito externo de nuestra vida moral*”,¹¹⁴ y las indicaciones que, por “*consideraciones de la utilidad social*” él entiende a algo más como “*promover el bienestar de la sociedad*” que “*favorecer los intereses de una determinada clase social*”, con pasajes que sugieren que él piensa que “*el poder hace lo moralmente correcto*” (*Might makes right*).¹¹⁵ No obstante, como lo entiendo, cuando Holmes escribe acerca de “*escenarios [jurídicos] de una batalla en la que [...] la decisión solo puede expresar la preferencia de un órgano determinado en un cierto tiempo y lugar*”,¹¹⁶⁻¹¹⁷ o de los intereses más poderosos de quienes ganan la batalla, él quiere decir que un sistema jurídico es un foro en el cual los grupos sociales compiten por poner en orden sus conflictos *sin recurrir a la fuerza bruta*. Por lo que, podría ser más exacto ver la concepción de Holmes sobre la evolución del Derecho como torpes pasos sobre el camino hacia una vida social más civilizada como manifestación de un tipo de meliorismo.

Pero ahora comienza a aparecer que el problema con la visión de Holmes sobre la relación entre el Derecho y la Moral no es una inconsistencia sino -irónicamente, dado que él es a veces acusado de escepticismo moral- una tendencia a confundir la tesis débil y plausible de que el crecimiento de los sistemas jurídicos refleja la evolución de la vida social humana, rastreando los pasos morales hacia delante y hacia atrás, con la tesis mucho más fuerte y menos plausible de que la historia del Derecho es una historia del progreso moral.

En primeros trabajos sobre *Primitive Notions in Modern Law*,¹¹⁸ así como también en el primer capítulo de *The Common Law*, Holmes apunta a las formas en que un deseo primitivo por venganza, el cual toma como la base general del Derecho, ha sido gradualmente modificado y adaptado con el desarrollo de la civilización. Como “*un ejemplo instructivo del modo en que el Derecho ha crecido [...] desde la barbarie a la civilización*”, Holmes se refiere a leyes que ordenan que un esclavo o un buey que lastime a alguien sea lapidado o entregado por el actual propietario a la víctima o su familia, a la disposición de las Doce Tablas de la Ley Romana de que un deudor insolvente sea cortado en pedazos y su cuerpo dividido entre sus acreedores;¹¹⁹ y luego describe las formas en las que tales leyes cambiaron gra-

¹¹⁴ HOLMES (2012), p. 57.

¹¹⁵ La expresión ‘*might makes right*’ es un aforismo. La traducción elegida fue propuesta por la profesora Haack.

¹¹⁶ HOLMES (2012), p. 70.

¹¹⁷ La profesora Haack considera que esta traducción es inexacta y propone: “*escenarios [jurídicos] de una batalla en la que [...] la decisión solo puede expresar la preferencia de un grupo de personas determinado en un cierto tiempo y lugar*”. A diferencia del caso anterior, en este tanto el texto utilizado por la profesora Haack como el traductor señalan lo mismo “*(...)battle grounds where [...] the decision can do no more than embody the preference of a given body in a given place and time*”.

¹¹⁸ HOLMES (1876), pp. 422-439 y HOLMES (1877), pp. 641-660. Estas conferencias están reimpresas en KELLOG (1984), pp. 129-146 y 147-166.

¹¹⁹ HOLMES (1995b), pp. 115-134. La disposición relevante de las Doce Tablas es III.2; véase: <http://www.fordham.edu/halsall/>

dualmente y se convirtieron en leyes más racionales: “cuando las reglas antiguas se mantienen a sí mismas [...], nuevas razones más apropiadas al tiempo se han encontrado para ellas, y [...] ellas reciben gradualmente un nuevo contenido, y finalmente una forma nueva, sobre las bases de las que han sido trasplantadas [...] Si la verdad no fuese a menudo sugerida por error, si los implementos antiguos no pudiesen ajustarse a los nuevos usos, el progreso humano sería lento”.¹²⁰ Esta última observación, como la frase “de la barbarie a la civilización”, sugieren fuertemente que Holmes asume que la evolución del Derecho es un proceso progresivo.

En parte, quizás él está pensando en que cualquier medio pacífico de solución de controversias es mejor que su alternativa y, además, que algún tipo de orden jurídico estable y predecible es necesario para cualquier tipo de vida civilizada; pero obviamente ninguna de estas proposiciones es suficiente para establecer una tesis progresista. En un discurso de 1913 Holmes observa que “En el Derecho es una desgracia si un juez indica su simpatía consciente o inconsciente con una parte o la otra de manera prematura, y olvida que los que parecen ser los primeros principios son vistos por sus pares como equívocos”.¹²¹ Holmes repudia la idea de axiomas morales o primeros principios descubiertos a priori; pero, de la manera en la cual lo leo, él no es un escéptico moral, sino un falibilista moral que piensa sobre la ética de un modo empírico y experimental. Por tanto, uno podría pensar recurrir la Filosofía Moral de James –quizás notando su afinidad con la concepción de Holmes de “pesar las consideraciones de la utilidad social” en términos de acomodar las demandas en conflicto de los diferentes grupos en la sociedad– para una explicación teórica más articulada que puede entregar el argumento faltante.

En *The Moral Philosopher and the Moral Life*, James había argumentado que, ya que a partir de cada deseo se hace alguna demanda moral, una tarea de la Filosofía Moral es, tanto como sea posible, conciliar los deseos en competencia: “Lo realmente posible en este mundo es mucho más estrecho que todo lo que es demandado; y siempre hay un apuro [pinch] entre lo ideal y lo real, que solo se puede conseguir mediante el dejar atrás parte del ideal”.¹²² Y Dewey, en efecto, amplifica y refina la explicación de James cuando cambia el foco desde qué es de hecho [actually] deseado a qué es realmente [really] deseable, genuinamente conducente al florecimiento humano; y, no enteramente coincidente, por cierto, argumenta que las condiciones económicas no sean depreciadas como “meros” medios, sino que sean tomadas seriamente como elementos importantes en “la construcción del bien”.¹²³

Pero incluso asumiendo que un estilo empírico experimental de Filosofía Moral tal como el de James o Dewey es defendible –lo que ciertamente no es algo que puedo esperar establecer aquí, sino una pregunta para enteramente toda una vida– todavía no habría garantía teórica de que la evolución de los sistemas jurídicos debe ser moralmente progresiva; no en cada paso, y ni siquiera por lo general y

ancient/12tables.html. (A primera vista estas “Tablas” pueden lucir muy parecidas a un conjunto de “axiomas” legales; pero en un segundo vistazo la idea de que cada decisión legal específica pueda ser deducida de estos axiomas parece inverosímiles por decirlo menos).

¹²⁰ HOLMES (1995b), p. 135.

¹²¹ HOLMES (1964c), p. 65. Discurso dado en una cena de la Harvard Law School Association of New York, el 15 de febrero de 1913.

¹²² JAMES (1995), pp. 310 y 311.

¹²³ DEWEY (1960), pp. 282 y 283.

en su conjunto en el largo plazo. Fuera de aquellos sueños hegelianos a los que Holmes alude despectivamente, no puede haber garantía de que una clase o clases de gente, en principio o en la práctica, nieguen el acceso al sistema de justicia, o nieguen alguna voz en el proceso por el cual se hacen las leyes; no puede haber garantía en contra de la evolución de la opresión, sociedades y leyes totalitarias y opresivas, y no puede haber garantía en contra del estancamiento o la disminución de la vida social civilizada.

En 1942, en el curso de su primer intento, con la ayuda de un diccionario inglés-alemán, para leer el primer volumen de la extraordinaria, visionaria, exasperantemente retórico *tour de force* de Oswald Spengler, *The Decline of the West*,¹²⁴ Holmes escribió a Pollock: “cuando uno sospecha que un hombre sabe algo acerca de la vida que uno no ha escuchado antes, uno se inquieta [...] fue hace muchos años que obtuve tanto de un libro como este, y si escucho que el canalla está muerto le debería agradecer a Dios”.¹²⁵ En 1932, después de haber leído ambos volúmenes traducidos, él escribió nuevamente; “el maldito Spengler [...] tiene la cabeza tan hinchada como un hombre la puede tener y seguir con vida, pero la bestia tiene ideas, muchas de las cuales no las conozco realmente como para criticarlas. Desearía que estuviese muerto”.¹²⁶ Las ideas centrales y esenciales de la “bestia”, por supuesto, eran que todas las civilizaciones suben y caen, y que la civilización Occidental estaba en ese entonces en decadencia. Por todas sus fallas intelectuales, por todos sus excesos retóricos, el libro de Spengler debe haber sido profundamente inquietante para la esperanza de Holmes acerca de que la evolución del Derecho continua, no solo “la vida moral de la raza”, sino que el avance de la civilización, del progreso moral. Quizás esto explica la reacción sorprendentemente ambivalente de Holmes, su reconocimiento a regañadientes de que él había aprendido algo del “maldito Spengler” –el canalla.

V. TEORÍA Y PRÁCTICA: EL SR. MAGISTRADO HOLMES

No creo que Holmes estuviese tratando de entregar un procedimiento de decisión algorítmico (*decision procedure*) para los jueces. Dado que su Filosofía del Derecho está anclada en la percepción de que los sistemas jurídicos son locales, no sería apropiado que aspire a decir cómo un juez aquí y ahora (o allí y luego) debería decidir (o debería haber decidido) para un caso; ya que las decisiones judiciales son aptas para ser enfocadas en cuestiones específicas a un tiempo, lugar, historia legal y contexto social. Mientras que algunos pueden tomar su fracaso para suministrar tal procedimiento de decisión algorítmico como una objeción a la Filosofía del Derecho de Holmes, yo no lo hago. Al echar una ojeada a la lista de las más de miles de opiniones de Holmes, lo que me impresiona es, primero, la gran variedad y la estrecha especificidad de los asuntos involucrados –el poder de la legislatura de Massachusetts para conceder a las mujeres sufragio;¹²⁷ la restauración de los recursos extinguidos

¹²⁴ SPENGLER (1918-1922); traducción al inglés por Charles Francis Atkinson [SPENGLER (1916-1928)]. Entre los muchos exasperantes encantos de este libro está el despliegue cronológico de la Historia de casi todas las cosas al final del segundo volumen – que predice, entre otras cosas, el año en que la ciencia llegará a su fin: 2000 (!).

¹²⁵ HOLMES y POLLOCK (1941), p. 139.

¹²⁶ HOLMES y POLLOCK (1941), p. 309.

¹²⁷ *In re Municipal Suffrage to Women* (1894); la opinión de Holmes es reimpressa en SHRIVER (1940), pp. 6-9.

por un lapso de tiempo;¹²⁸ el derecho de la legislatura para limitar la altura de las vallas fronterizas;¹²⁹ el derecho del Estado para matar caballos enfermos;¹³⁰ la doctrina de “*attractive nuisance*”;¹³¹⁻¹³² la constitucionalidad de las leyes que restringen las horas de trabajo,¹³³ etc., etc., etc., –y luego la cercana imposibilidad de entender los argumentos de Holmes sin referencia al contexto jurídico y las circunstancias sociales en las cuales surgen.

Sin embargo, dos temas que son recurrentes en las opiniones constitucionales de Holmes pueden tener una relación indirecta en mi interpretación de *The Path of the Law*. El primero es que, mientras la Constitución tiene sus raíces en el pasado, está prevista para un futuro desconocido. Como Holmes escribió en *Gompers*: “*Las disposiciones de la Constitución no son formulas matemáticas que tienen su esencia en su forma; son instituciones orgánicas vivas (...) Su significado es vital no formal; este es recogido no simplemente tomando las palabras y un diccionario, sino que considerando su origen y su línea de desarrollo*”.¹³⁴

Y en *Missouri v. Holland*: “*Cuando estamos lidiando con palabras que son también un acto constituyente, como la Constitución de los Estados Unidos, nosotros debemos darnos cuenta de que han llamado a la vida un ser cuyo desarrollo no podría haber sido previsto completamente incluso por el más dotado de sus engendrados. Fue suficiente para ellos darse cuenta o esperar que hayan creado un organismo; ha tomado un siglo y les ha costado a sus sucesores mucho sudor y sangre probar que han creado una nación. El caso ante nosotros debe ser considerado a la luz de toda nuestra experiencia y no meramente en lo que fue dicho hace cien años atrás*”.¹³⁵

El segundo tema es que la Constitución deja abierta la posibilidad de experimentar, de ensayo y error.¹³⁶ Este tema es expresado de manera particularmente clara en la disidencia de Holmes en un caso de piquetes como medida complementaria a una huelga en 1921, *Truax v. Corrigan*: “*No hay nada más lamentable que el uso de la Decimocuarta Enmienda más allá de la absoluta compulsión de sus palabras para prevenir la realización de experimentos sociales que una parte importante de la comunidad desea, en las cámaras aisladas ofrecidas por los varios estados, incluso aunque los experimentos me pudiesen parecer fútiles o incluso nocivos*”.¹³⁷

¹²⁸ *Dunbar con Boston and Providence R. R. Corp* (1902); la opinión de Holmes es reimpressa en SHRIVER (1940), pp. 44-47.

¹²⁹ *Rideout con Knox* (1889); *Smith con Moore* (1889); la opinión de Holmes es reimpressa en SHRIVER (1940), pp. 167 y 168.

¹³⁰ *Miller con Horton* (1891); la opinión de Holmes es reimpressa en SHRIVER (1940), pp. 171-180.

¹³¹ *United Zinc and Chemical Co. con Britt* (1922). Sobre el concepto de “*attractive nuisance*”, compare *Sioux City & Pac. R.R. Co. con Sout* (1873); *Union Pac. Ry. Co. con MacDonald* (1894); y *Erie R. Co. con Hilt* (1918).

¹³² Este es un término legal que refiere a algo que es peligroso, pero al mismo tiempo atractivo.

¹³³ *Lochner con New York* (1905).

¹³⁴ *Gompers con United States* (1914).

¹³⁵ *Missouri con Holland* (1920).

¹³⁶ Uno podría desear que Holmes hubiese dicho más sobre cómo es estar determinado por si los experimentos de los estados han sido exitosos o han fracasado, y qué debería hacerse después que hemos aprendido de ellos.

¹³⁷ *Truax con Corrigan* (1921). En la misma opinión disidente, Holmes escribe que “*la exactitud elusiva es una fuente de falacia a través del Derecho*”. También en *Truax con Corrigan* (1921), p. 342.

Por supuesto, el mismo tema fue escuchado, muchos años antes, en una de las opiniones más celebradas de Holmes, su disidencia en *Lochner* (1905). La mayoría había decretado una legislación inconstitucional que limitaba las horas de trabajo de los panaderos a no más de 10 al día o 60 a la semana: “necesariamente interfiere con los derechos del contrato entre el empleador y el empleado”.¹³⁸ El magistrado Harlan, junto a los magistrados White y Day, argumentaron en su disidencia que: “la libertad de contratación puede [...] estar sujeta a regulaciones [...] para resguardar la salud pública”, y que el trabajo de panadero era tan extenuante, arduo y polvoriento, que la restricción de las horas era justificable sobre las bases de la salud pública. Pero en el voto disidente de Holmes no solo se observa que “[u]n hombre razonable pudiese pensar que es una medida apropiada por un motivo de salud”; también enfatiza la libertad de los estados para experimentar.¹³⁹

“Este caso es decidido sobre una teoría económica en la cual la mayor parte el país no cree. Si hubiese una pregunta sobre si concuerdo con esa teoría, yo debería estudiarla más a fondo antes de tomar una decisión. Pero no concibo que sea mi deber, porque creo firmemente que mi acuerdo o desacuerdo no tiene nada que ver con el derecho de una mayoría de plasmar sus opiniones en la ley [...] Una constitución no pretende incorporar una teoría económica en particular [...] Es hecha para personas con visiones fundamentalmente diferentes”.¹⁴⁰

No creo que sea excesivamente imaginativo ver este tema como teniendo alguna conexión con (aunque obviamente no está implicado por) la concepción del Derecho de Holmes como un foro para resolver las batallas inevitables entre los grupos sociales de una forma pacífica –ni, probablemente, tampoco como algo vinculado con su experiencia personal de los horrores de la Guerra Civil.¹⁴¹

Al final de su larga vida, el Juez Holmes, el “Yanqui del Olimpo”,¹⁴² estaba en lo alto de la estima del público. Un volumen celebra su cumpleaños número noventa (el volumen en el cual Cardozo planteó su importante pregunta sobre la fijeza o flexibilidad de los conceptos jurídicos) incluye un notable tributo de Dewey titulado *Justice Holmes and The Liberal Mind*. Aunque Holmes no tenía “una panacea social para repartir, un programa social establecido ni un código de metas fijas” Dewey escribió que él estaba profundamente comprometido con el “liberalismo como un método [...] la adopción del hábito científico en el actuar aplicado a los asuntos sociales”; que él como juez adoptó la actitud mental de

¹³⁸ *Lochner con New York* (1905), p. 541.

¹³⁹ Sin embargo, puede ser importante señalar que en *Missouri con Holland* (1920) Holmes había escrito que mientras “no hay duda de que el gran cuerpo de relaciones privadas usualmente cae dentro del control del Estado... Un tratado puede anteponerse a su poder”. *Missouri con Holland* (1920), p. 434.

¹⁴⁰ *Lochner con New York* (1905), pp. 546 y 547. Noto que aquí Holmes no confía, como uno podría esperar –y como sus seguidores y disidentes lo hacen– en su evaluación de las consecuencias sociales y económicas de las resoluciones [ruling] de una forma u otra. También noto que la observación, más tarde en su disidencia, que “las proposiciones generales no deciden casos concretos. La decisión dependerá de juicio o institución imperceptible más que de cualquier premisa mayor articulada”.

¹⁴¹ Holmes sirvió por tres años en el Ejército de la Unión. En los primeros dos años como teniente en la Vigésima Infantería de Voluntarios de Massachusetts, “fue herido tres veces [en Ball’s Bluff, Antietam, y Fredericksburg], dos veces casi fatalmente, y sufrió de disentería” [Novick (1995), p. 9]. También puede ser útil señalar que, en *Buck con Bell* (1927), su opinión más notoria, Holmes escribe que el sacrificio solicitado de Carrie Buck, la mujer supuestamente retardada a la que el Estado de Virginia deseó esterilizar, no es tan grandioso comparado con lo que se pide de aquellos a quienes están obligados a morir por su país.

¹⁴² Aludo, por supuesto, a la novelizada vida de Holmes de Bowen (1944). La obra de Emmett Laverly basada en la novela, y la subsecuente película, son tituladas *The Magnificent Yankee*.

un científico en contextos legales restringidos, y de ninguna forma disminuía el valor de su trabajo “como un modelo de mentalidad liberal en el actuar”.¹⁴³ En 1935, al morir Holmes, el *New York Times* lo describió como “el más importante líder liberal del Tribunal Supremo por 29 años”.¹⁴⁴

Sin embargo, desde entonces muchos han llegado a creer que la reputación de Holmes es innecesaria –un triunfo de un estilo literario magnífico sobre una sustancia judicial miserable– y a criticar sus opiniones judiciales como conservadoras, estrechas de mente, ignorantes, o peores.¹⁴⁵ Entre 1941 y 1943, una serie de artículos relacionaron la filosofía de Holmes con el totalitarismo;¹⁴⁶ en 1945, Ben Palmer popularizó estas críticas en el *American Bar Association Journal* bajo el título *Hobbes, Holmes, and Hitler*.¹⁴⁷ En 1950, un artículo en el *Boston American* describió a Holmes como un “cínico, senil y brutalista”.¹⁴⁸ Más recientemente, en 1997, Louise Weinberg escribió sobre la “nimiedad” del trabajo judicial de Holmes;¹⁴⁹ y cuando, el 2000, Albert Alschuler preguntó, “¿Habrías querido a Holmes como amigo?”¹⁵⁰ era obviamente una pregunta que esperaba la respuesta: “¡absolutamente no!”.

A quién uno hubiese querido como amigo no es realmente el punto. Aún así, es una pregunta intrigante. Reflexionando sobre esto, sospecho que podría bien haber encontrado a Holmes muy Olímpico para mi gusto; como, parece, que James eventualmente llegó a encontrarlo¹⁵¹ no sorprendentemente, ya que James manifiesta un simpático entendimiento por las debilidades humanas, y del sufrimiento causadas a algunos individuos incluso por las instituciones sociales más benignas, en ninguna parte esto puede encontrarse en Holmes; por ejemplo, esto, de *The Moral Philosopher and the Moral Life*: “Los apuros [pinch] siempre están aquí. Bajo todo sistema de reglas morales hay innumerables personas reprimidas que ponderan con base en ellas, y bienes que ellas suprimen; en el fondo [background] estas están siempre murmurando y gruñendo [...] Ver los abusos que la institución de la propiedad privada incluye [...] la anónima e innumerable melancolía que la tiranía, en su conjunto tan benéfica, de la

¹⁴³ DEWEY (1921), pp. 34 y 35. Ver también TUFTS (1921) y POUND (1921).

¹⁴⁴ THE NEW YORK TIMES (1935), section 1, p. 1, columnas 2 y 3.

¹⁴⁵ El relato es bien contado en WHITE (1971), pp. 51-77, la que es mi fuente para alguna de la información en este y párrafos previos.

¹⁴⁶ LUCEY (1941); FORD (1942); y GREGG (1943).

¹⁴⁷ PALMER (1945), pp. 569-573.

¹⁴⁸ PEGLER (1950), pp. 34, 35 y 45. (En la pág. 34 Pegler escribe que “The Harvard Law Review ha investigado la fecha del ensayo en que yo me referí a Oliver Wendell Holmes como un cínico y senil brutalizado. Dejadlos buscar. Yo no pienso en que me agraden”. No sé si la *The Harvard Law Review* tuvo éxito, pero no he sido capaz de localizar el ensayo al que él se refiere). En la primera página de su biografía, titulada *Angry Man of the Press* [PEGLER (1973)], después de reportar que Pegler fue galardonado con un premio Pulitzer y que tuvo “un ingreso que excedía al ingreso del presidente de los Estados Unidos”, Oliver Pilat tranquiliza a los lectores que “a pesar de las frecuentes insinuaciones, él debe estado desequilibrado, (Pegler) fue sensato para los estándares médicos y legales ordinarios”.

¹⁴⁹ WEINBERG (1997), p. 691. No tan incidentalmente, Weinberg lee “The Path of the Law” simplemente como “un manifiesto de realismo jurídico americano”. WEINBERG (1997), p. 696.

¹⁵⁰ ALSCHULER (2000); la cuestión es el título de su capítulo 3.

¹⁵¹ Aunque, en algún momento ellos fueron amigos cercanos, solo unos pocos meses después James le había escrito a Holmes como “mi muchacho Wendly”, él se estaba quejando que el “modo de lógico y ordenado de pensar” de Holmes lo hacía sentir incómodo cuando estaba con él; y uno año o más tarde, él le escribió a su hermano Henry sobre “la sangre fría, deliberado egoísmo y arrogancia” de Holmes. La primera cita es de una carta de James a Holmes con fecha 03 de enero de 1868, en PERRY (1935), p. 508; la segunda es de una carta de James a Holmes con fecha 15 de mayo de 1868, en PERRY (1935), p. 514; y la tercera es de William a Henry James de fecha 02 de octubre de 1869, en PERRY (1935), p. 307. Mi fuente es ALSCHULER (2000), pp. 36, 216 y 217.

institución del matrimonio trae a muchos [...] el fracaso al por mayor de las oportunidades bajo nuestro régimen, llamado supuestamente de igualdad e industrialismo [...] Ver nuestra bondad para con el humilde y el marginado, como él se enfrenta con de manera rigurosa en la erradicación de lo que hasta ahora ha sido la condición de toda perfección en la crianza. Ver en todas partes la batalla y la presión [the struggle and the squeeze]”¹⁵²

“Desapego”: esta es la palabra de Rosal Yogat para lo que él encuentra perturbador sobre Holmes, el hombre,¹⁵³ y quizás es la palabra más exacta.

Cuando uno se vuelve hacia las controversias sobre la práctica judicial de Holmes, la primera conjetura que se viene a la mente es que sus admiradores se están simplemente enfocando en las diferentes opiniones respecto de las cuales llaman la atención de sus detractores: los admiradores, probablemente, se enfocan en sus opiniones disidentes en casos como *Lochner* y *Abrams* (donde, en una defensa memorable sobre el derecho de la libertad de expresión, Holmes protestó por la imposición de una sentencia de veinte años por la publicación de “dos panfletos que creo que los acusados tenían tanto derecho para publicarlos así como el Gobierno tenía que publicar la constitución [...] ahora vanamente invocada por ellos”;¹⁵⁴ mientras los detractores se enfocan en sus decisiones en los casos como *Britt*¹⁵⁵ e, invariablemente, *Buck v. Bell*, con esa memorable línea sombría: “[t]res generaciones de imbéciles son suficientes”.¹⁵⁶ Aun así, dado que Frankfurter la citó de *Buck v. Bell*, incluyendo esta misma línea, en el curso de su ensayo en admiración de *Justice Holmes and The Constitution*,¹⁵⁷ este no puede ser todo el relato. Los defensores de Holmes argumentan que los críticos ignoran injustamente las vastas diferencias entre las circunstancias de sus días y los nuestros;¹⁵⁸ sus críticos señalan, en respuesta, que Holmes a veces estaba en desacuerdo con sus colegas más progresistas en el Tribunal.

No me voy a enredar en estas controversias; pero sugeriré que parte probablemente del problema es que desde que Dewey escribió su tributo ha habido un cambio significativo no solo en la extensión, sino que aparentemente también en el significado, de la palabra “liberal” [liberal]. Evidentemente, aquello que Dewey tenía en mente al llamar a Holmes un gran liberal fue su disposición a permitir a los Estados hacer experimentos sociales. Sin embargo, hoy en día mientras el resultado que Holmes favoreció en *Lochner* sería pensado como liberal, su razonamiento probable sería percibido como conservativo, como antiliberal.¹⁵⁹ Sospecho que hay un fascinante relato lingüístico, legal, social e

¹⁵² JAMES (1995), pp. 313 y 314. (Digo que esto no está “en ninguna parte” en Holmes; pero por supuesto habría sido más exacto decir, “dado lo que se sobre este asunto, en ninguna parte...”).

¹⁵³ YOGAT (1964).

¹⁵⁴ *Abrams con United States* (1919).

¹⁵⁵ *United Zinc and Chemical Co. con Britt* (1922), párr. 268.

¹⁵⁶ *Buck con Bell* (1927).

¹⁵⁷ FRANKFURTER (1921), p. 99.

¹⁵⁸ Puede ser valioso señalar que la decisión en *Buck con Bell* tiene menos de dos páginas de largo, y que sólo un Juez discrepó. De acuerdo con WILL (2005), p. 60, en 1935 treinta y cinco Estados tenían leyes de esterilización forzosa (él no da referencias, por supuesto, y aún no he sido capaz de confirmar o no su figura). Ver también: HAACK (2011).

¹⁵⁹ Muy recientemente, disintiendo de la mayoría en un caso reciente de la Corte Suprema sobre el uso médico de la marihuana, el Magistrado Thomas –no exactamente considerado como liberal– escribe: “Como California, la mayoría de los Estados previenen

histórico para ser contado respecto de cuándo y cómo este cambio tomó lugar,¹⁶⁰ y acerca de los procesos mucho más largos de los cuales probablemente es parte, un largo proceso sobre los antiguos pensamientos de derecho, libertad, etc., han sido contestados y expandidos una y otra vez (y sin duda, también, un fascinante relato psicofilosófico acerca de por qué Holmes, diferencia de Cardozo, no alcanza a prever nada de todo esto). No obstante, contar estos relatos está más allá de mis capacidades actuales; y, de todas formas, es tiempo de regresar a los asuntos sobre el significado de “*pragmatismo*” con los que comencé.

VI. CONCLUYENDO PENSAMIENTOS SOBRE EL VIEJO Y NUEVO PRAGMATISMO JURÍDICO

“¿Era Holmes realmente un *pragmatista*?”¹⁶¹ indudablemente, es una mala pregunta. Sabemos que Holmes no se alió oficialmente con el pragmatismo, y que tenía reservas sobre algunas ideas de Peirce y, especialmente, sobre algunas ideas de James; sabemos también que hubo muchas otras influencias en su pensamiento -entre ellas Mill, Bentham, Austin, etc., etc. Pero también debemos ser conscientes de la existencia de muchas afinidades entre el pensamiento de Holmes y las ideas de la tradición *pragmatista* clásica en la Filosofía -afinidades que, como podemos ver ahora, van mucho más allá de la similitud entre su articulación de la concepción del abogado en ejercicio acerca de qué significa decir que el actual Derecho de Massachusetts es así o así, y de la concepción de Peirce acerca de qué significa decir que este diamante es duro, que esta proposición es verdad, o que este algo o clase o ley natural es real.¹⁶²

Peirce critica la noción cartesiana de certeza intuitiva y se describe como un “*falibilista contrito, listo para vaciar todo el carro de sus creencias en el momento en que experiencia este contra ellas*”;¹⁶³ Dewey monta un ataque sostenido sobre la “*búsqueda de la certeza*” tanto platónica como cartesiana,¹⁶⁴ Holmes observa que la “*certeza generalmente es una ilusión [...] ninguna proposición concreta es autoevidente*”. Peirce objeta que la epistemología de Descartes, que hace al individuo el juez de la verdad, es “*viciosamente individualista*”, y la contrasta con el método de la ciencia, que confían en los estándares objetivos e interpersonales; Holmes contrasta el uso objetivo y externo de términos legales como

trazar ideas políticas sobre la droga, que ellos han concluido proporcionar un alivio necesario a los que están gravemente enfermos [...] Nuestro sistema federal, propiamente entendido, le permite a California y a un número creciente de otros Estados decidir por sí mismos cómo salvaguardar la salud y bienestar de sus ciudadanos”. Gonzalez con Raich (2005).

¹⁶⁰ Tomo “*liberal*”, como “*progresista*” y “*conservador*”, sin tener ningún carácter intrínsecamente deícticos; lo cual es porque pienso que podría haber un cambio en el significado, y no solamente en la referencia. A juzgar por la interesante discusión en PALMER (1945), algunos elementos del cambio parecen ya haber estado en marcha alrededor de 1945. WEST (1984), pp. 673-738 y KALMAN (1996) están enfocados en desarrollos más recientes.

¹⁶¹ STUDENT NOTE (1975), pp. 1123-1140, y HANTZIS (1988) discute las afinidades entre Holmes y Peirce. GREY (1989) discute las afinidades entre Holmes y Rorty. POHLMAN (1984) y KELLEY (1990), pp. 427-467, discute las afinidades de Holmes con el positivismo utilitario (puede ser valioso destacar que Peirce describe el pragmatismo como un tipo de “*propositivismo*” [con esta expresión Peirce hablaba de positivismo en un sentido amplio], i.e. como ampliamente parecido a las ideas de Comte, aunque mucho más tolerante de la metafísica que el positivismo clásico. Ver PEIRCE (1931-1958), párr. 5423 (1905).

¹⁶² PEIRCE (1931-1958), párr. 5.388-410 (1878).

¹⁶³ PEIRCE (1931-1958), párr. 1.11 (c.1897).

¹⁶⁴ DEWEY (1960).

“malicia” o “intención”, con su uso moral, subjetivo.¹⁶⁵ Peirce se queja de los argumentos de los filósofos morales y teólogos: “no es el razonamiento el que determina cuál será la conclusión, sino que es la conclusión la que determina cual será el razonamiento. Este es un razonamiento fingido”,¹⁶⁶ Holmes escribe que los jueces piensan que están determinando las respuestas legalmente correctas cuando quizás están realmente confiando en las preferencias políticas inconscientes. Peirce le escribe a James que “es de la esencia misma del pragmatismo que la creencia es una expectativa sobre el futuro en todos los casos”,¹⁶⁷ y Dewey observa que el pragmatismo “no insiste sobre fenómenos antecedentes, sino sobre fenómenos consiguientes, [...] las posibilidades de acción”,¹⁶⁸ la Filosofía del Derecho de Holmes está dirigida al futuro, llamando a los jueces a “considerar y balancear los fines de la legislación, los medios para conseguirlos, y el costo”. En el contexto de su agapismo, una teoría cosmológica de cómo el orden puede desarrollarse del caos, Peirce escribe “the law of mind”: “las ideas tienden a divulgarse continuamente y afectan a otras que se interponen a ellas en una peculiar relación de afectabilidad”,¹⁶⁹ Holmes escribe que “[d]urante casi mil años el desarrollo de nuestro Derecho se ha producido de la misma manera que el desarrollo de una planta: dando cada generación un inevitable paso adelante, siguiendo tanto la mente como la materia simplemente una ley de crecimiento espontáneo”.¹⁷⁰ En resumen: Holmes podría no ser oficialmente del equipo, pero ciertamente en su pensamiento hay mucho del espíritu del pragmatismo clásico.¹⁷¹

“¿El “neopragmatismo” jurídico contemporáneo es realmente pragmatismo?” – es otra pregunta infructuosa. A pesar de su neblina foucaultiana, Alberstein es innegablemente correcto en un punto: el discurso del pragmatismo jurídico desde Holmes al presente no ha sido exactamente unívoco. La Filosofía del Derecho de Holmes evita abstracciones que floten libremente, y repudia la búsqueda de condiciones necesarias y suficientes que especifiquen la esencia de todo Derecho; pero es profundamente teórica, como la filosofía de la tradición pragmatista clásica, por lo que está muy lejos de la postura antiteórica de muchos neopragmatistas jurídicos contemporáneos.

Y por ahora podemos discernir, en la mezcla de las recientes concepciones del pragmatismo jurídico sobrepuestas y en competencia, los elementos del pragmatismo en el sentido del lenguaje común (presente); elementos derivados de la tradición pragmatista clásica en la Filosofía; y elementos del neopragmatismo rortyano, -que prácticamente en cada aspecto importante es diametralmente opuesto al pragmatismo peirciano.¹⁷² Por otra parte, los elementos filosóficos del pragmatismo clásico incluyen, al menos tan a menudo como el pragmatismo-como-método, doctrinas filosóficas especí-

¹⁶⁵ Confróntese STUDENT NOTE (1975), pp. 1126-1134. Qué entiende Holmes cuando escribe de moralidad como “subjetivo”, yo creo, no es que lo correcto dependa de lo que una persona piense que es correcto, sino que de una apreciación moral se debe referir al interior, los estados mentales tales como las intenciones y similares.

¹⁶⁶ PEIRCE (1931-1958), párr. 1.57 (c.1896).

¹⁶⁷ PEIRCE (1931-1958), párr. 8.294 (1940).

¹⁶⁸ DEWEY (1963), p. 24.

¹⁶⁹ PEIRCE (1931-1958), párr. 6.103 (1902).

¹⁷⁰ HOLMES (2012), p. 73.

¹⁷¹ En este sentido el enfoque de KELLOGG (1984), parecer ser en cierto modo en el mismo espíritu que el mío.

¹⁷² HAACK (1998), pp. 31-47 y en HAACK (2004a).

ficas tales como la concepción de James o Dewey sobre la verdad,¹⁷³ o la Filosofía Política de Dewey,¹⁷⁴ así como también elementos de la jurisprudencia de Holmes¹⁷⁵ -sin embargo, a menudo de formas simplificadas y algunas veces distorsionadas. No es simplemente una cuestión de que cada escritor tome uno u otro de estos elementos como claves; parece que la mayoría se han servido de varios.

Las cosas están más complicadas porque aquellos quienes apelan a las concepciones de verdad de Peirce, James o Dewey no siempre parecen darse cuenta de que sus preocupaciones estuvieron muy alejadas de proposiciones jurídicas (y porque aquellos que apelan al cinismo de Rorty sobre la verdad -o, como él prefiere decir, distanciándose del concepto de, “verdad”- no siempre parecen darse cuenta cómo este cinismo socava completamente la idea misma de justicia);¹⁷⁶ a través del uso despreciablemente ambiguo del “fundacionalismo” y “antifundacionalismo” animado por Rorty en la epistemología,¹⁷⁷ y extrapolado por los estudiosos del Derecho a la Teoría del Derecho; y por una persistente equiparación falsa entre “antiesencialismo” y “antiabstracción” con “antiteoría”.

La trampa conceptual puesta por las palabras el “fundacionalismo” y “antifundacionalismo”, en resumen, es esta. En la Epistemología el “fundacionalismo” tiene al menos tres sentidos: en el primero, se refiere a una familia de teorías de justificación epistémica caracterizada por su dependencia de una distinción entre creencias básicas (“fundacional”) y derivadas; en la segunda, a una concepción de la epistemología como una disciplina a priori cuya tarea es entregar la base de toda explicación legítima del conocimiento; y en la tercera, la idea de que nuestros estándares acerca de la mejor y peor prueba, y de creencias más o menos justificadas, deben ser no meramente convencionales, sino basada en alguna relación de justificación y verdad. Sólo la tercera tiene una analogía en la Teoría del Derecho: la idea que las reglas jurídicas, para estar justificadas (en un sentido no epistémico), debe estar basadas en alguna relación con los valores (presumiblemente valores morales). Pero la explicación de Holmes no es claramente antifundacionalista en este sentido: mientras repudia la idea de que el Derecho puede ser deducido de un conjunto predominante de principios morales, también insta a que los jueces miren las utilidades y desventajas sociales de sus decisiones, y quizás, es *excesivamente* optimista sobre la conexión entre la evolución del Derecho y el progreso moral.

La falsa equiparación de “antiesencialista” y “antiteórico” ha estado compuesta por algunos desarrollos no tan felices en el uso de la palabra “teoría”: una suposición demasiado dispuesta a que “teoría” debe significar “Teoría Moral, Social o Política” (la cuales en realidad son únicamente una pareja de una subclases dentro de la vasta variedad de tipos de teoría); y, relacionado con lo anterior, el sentido especializado recientemente tomado por “Teoría” -ahora con esa mayúscula impuesta “T”- para conotar este o aquel principio (feminista, postcolonialista, etc.) para “leer” textos literarios o jurídicos.

¹⁷³ Ver, por ejemplo, TAMANAHA (1997) y TAMANAHA (2003), pp. 49-71.

¹⁷⁴ Ver, por ejemplo, POSNER (2003), pp. 99-115.

¹⁷⁵ Ver, por ejemplo, WEAVER (2003), pp. 3-30.

¹⁷⁶ Ver HAACK (2004b), pp. 43-61.

¹⁷⁷ Ver HAACK (1993), chapter 9, para una desambiguación.

De regreso a las citas de apertura, vemos que Atiyah, Schneider e Ingram están aparentemente usando “pragmatismo” en su sentido ordinario más que en su sentido filosófico; que Leiter ha aparentemente malinterpretado el propósito de la descripción de Holmes del Derecho como involucrando “profecías” de aquello que los jueces decidirán;¹⁷⁸ y que Grey, Posner y Tamanaha aparentemente asumen que el pragmatismo jurídico debe ser antiteórico porque es antiesencialista. Pero la fórmula de Luban, “antiformalismo históricamente orientado hacia el resultado” captura brevemente algunos elementos claves de la Teoría del Derecho de Holmes; y la referencia de Tamanaha al “camino del medio” captura algo importante para al tenor de la tradición pragmatista antigua.

El 2004, al concluir mi breve historia de la fragmentación del pragmatismo filosófico, escribí que: “Es fácil quedar obsesionado por la cuestión de cuáles variantes califican como pragmatismo auténtico; pero probablemente es mejor –potencialmente más fructífero, y apropiadamente con miras hacia el futuro– preguntar, más bien, qué podemos pedir prestado a las riquezas del pragmatismo clásico, y qué podemos salvar del naufragio intelectual del nuevo”.¹⁷⁹

Aquí, al explorar la fragmentación del pragmatismo jurídico, he sugerido una lectura de la concepción del Derecho de Holmes informada por las ideas de la tradición pragmatista clásica en Filosofía: una interpretación en la cual “*The Path of the Law*” nos guía hacia una visión teórica comprensiva del Derecho a través de la amplia diversidad de sistemas jurídicos, cada uno local a su lugar y tiempo, y todos respondiendo, algunos más exitosamente que otros, a las necesidades humanas y a los conflictos que surgen inevitablemente en cualquier sociedad.

Apostillas del traductor

Estas acotaciones están organizadas en dos grupos en atención a la función explicativa que desempeñan dentro del texto; las decisiones de traducción y las notas complementarias.

Decisiones de traducción

1. Algunas expresiones no son traducidas de un modo literal debido a que en la filosofía jurídica de lengua castellana han sido recepcionadas de un modo diverso. Estas son: (i) “*legal pragmatism*” como “*pragmatismo jurídico*”; y (ii) “*legal system*” como “*sistema jurídico*”.
2. Por sugerencia de la autora las expresiones “*legal theory*” y “*jurisprudence*” y “*philosophy of law*” son traducidas como “*Filosofía del Derecho*”, debido a que en el texto se entrega un sentido especial al uso de las palabras “*Teoría*” y “*teoría*”.

¹⁷⁸ Leiter refiere a los lectores a mi “Pragmatism” en DANCY y SOSA (1992), pp. 351-356, y a WARNER, (1993) “para explicaciones más robustas y sustanciales de pragmatismo, con afinidades a mi propia visión”. LEITER (1998), p. 303, n. 156. Lo “más sustancial” de Leiter es aparentemente plantear una contradicción a la idea de que el pragmatismo es trivial o banal, como lo sugirió RORTY (1990) y GREY (1989). Pero mientras es verdad que ni yo ni Warner interpretamos el pragmatismo como algo banal o vacío, la sugerencia de Leiter que nuestras concepciones de pragmatismo son parecidas a las suyas es errada: el entendimiento de Warner sobre el pragmatismo es bastante diferente al mío; y ni su entendimiento ni el mío sobre el pragmatismo están cerca del de Leiter.

¹⁷⁹ HAACK (2004a), p. 34.

3. Otras expresiones, como “[the] common law”, y “law and economics” no son traducidas por considerarlas suficientemente divulgadas.
4. En las notas a pie de página únicamente se han traducidos los textos que no forman parte de las referencias.
5. Los títulos de libros, artículos y reseñas no son traducidos para facilitar su búsqueda.
6. Debido a que en castellano la palabra “derecho” es ambigua, en esta traducción se sigue la convención de escribir el término en mayúsculas cuando refiere al conjunto de normas jurídicas (Derecho es entonces derecho en sentido objetivo), y se escribe con minúscula cuando se trata de la capacidad que tiene alguien de realizar o no una determinada conducta (derecho en sentido de subjetivo).
7. Para las citas textuales de “*The Path of the Law*” se utilizó la traducción al castellano de José Ignacio Soler Cayón: *La senda del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
8. La expresión “*theory of performative utterances*” es traducida como “*teoría de expresiones realizativas*” de acuerdo con la traducción estándar recogida en la traducción al castellano de Genero R. Carrió y Eduardo A. Rabossi: *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1991.
9. “*Pragmatism*” como pragmatismo, puesto que al añadir a un sustantivo el sufijo -ism se obtiene otro que a refiera a la actividad. “*Pragmatist*” como pragmatista, ya que al agregar a un sustantivo el sufijo -ist se obtiene un adjetivo un cuyo principal significado alude al practicante de una actividad determinada. “*Pragmatic*” como *pragmático*, pues al unir a un sustantivo el sufijo -ic se obtiene un adjetivo cuyo usual significado es el de vinculado con algo, y además, igual traducción se aplica a “*pragmaticist*”. “*Pragmaticism*” como *pragmaticismo*. Y el término alemán “*pragmatische*” no es traducido para evitar errores de comprensión.
10. Para conservar una mayor fidelidad con el texto original hemos decidido mantener las personas gramaticales (en el sentido de los participantes en el acto verbal) pese a que en castellano generalmente los textos académicos no son escritos en primera persona ni en ellos se realizan interrelaciones al lector.
11. Expresiones como “*theory-guilt*” fueron explicadas en notas al pie discutidas con la profesora Haack.

Notas complementarias

1. Existe traducción al castellano de José Ignacio Soler Cayón: *La senda del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
2. Existe traducción al castellano de Genero R. Carrió y Eduardo A. Rabossi: *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1991. Nota 52 nota 52.
3. Existe traducción al castellano de Manuel G. Morente: *La decadencia de occidente: bosquejo de una morfología de la historia universal*. Madrid: Espasa Calpe, 2009.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ALBERSTEIN, Michal (2002): *Pragmatism and Law: From Philosophy to Dispute Resolution* (Dartmouth, Ashgate).
- ALSCHULER, Albert (2000): *Law Without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes* (Chicago, University of Chicago Press).
- ATYIAH, Patrick (1987): *Pragmatism and Theory in English Law* (London, Stevens and Sons).
- AUSTIN, Jhon (1962): *How to Do Things With Words* (Cambridge, Harvard University Press).
- BAKER, Liva (1991): *The Justice from Beacon Hill: The Life and Time of Oliver Wendell Holmes* (Nueva York, Harper Collins).
- BALDWIN, James (1902): *Dictionary of Philosophy and Psychology* (New York, McMillan).
- BOWEN, Catharine (1944): *Yankee from Olympus* (Boston, Atlantic/Little Brown).
- BREWER, Scott (2000): "Traversing Holme's Path toward Jurisprudence of Logical form", en: Burton, Steven (editor), *"The Path of the Law" and Its influence: The legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BYNUM, Terrell (1972): *Conceptual Notation and Related Articles* (Oxford, Clarendon Press).
- CARDOZO, Benjamin (1921): "Introduction", en: Frankfurter, Felix (editor), *Mr. Justice Holmes* (Nueva York, Coward McCann).
- CLARKE, Charles (1974): *Shakespeare-characters* (New York, Ams Press).
- COGLIANESE, Gary (2003): "Does Consensus Work? A Pragmatic Approach to Public Participation in the Regulatory Process", en: Morales, Alfonso (editor), *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science* (Aldershot, Ashgate).
- COHEN, Felix (editor) (1948): "The Holmes-Cohen Correspondence", en: *Journal of the History of Ideas* (vol. IX núm. 1).
- COHEN, Morris (1921): "Justice Holmes", en: Frankfurter, Felix (editor), *Mr. Justice Holmes* (Nueva York, Coward McCann).
- DAMASKA, Mirjan (1978): "A Foreign Perspective on the American Judicial System", en: Fetter, Theodore (editor), *State Courts: A Blueprint for the Future* (New York, National Center for State Courts).
- DANCY, Jonathan y SOSA, Ernest (editors) (1992): *A Companion to Epistemology* (Oxford, Blackwell).
- Dewey, Jhon (1921): "Justice Holmes and the Liberal Mind", en: Frankfurter, Felix (editor), *Mr. Justice Holmes* (Nueva York, Coward McCann).
- DEWEY, Jhon (1960): *The Quest for Certainty* (New York, G. P. Putnam's Sons).
- DEWEY, John (1929): *Experience and Nature* (New York, W. W. Norton).
- DEWEY, John (1963): "The Development of American Pragmatism", en: *Philosophy and Civilization* (New York, Capricorn edition).
- FARBER, Daniel (1988): "Legal Pragmatism and the Constitution", en: *Minnesota Law Review* (vol. 72).
- FISCH, Max (1964): "Was There a Metaphysical Club in Cambridge?", en: Moore, Edward y Robin, Richard (editors), *Studies in the Philosophy of Charles Sanders Peirce* (Amherst, University of Massachusetts Press).
- FISCH, Max (1986): "Justice Holmes, the Prediction Theory of the Law, and Pragmatism", en: Ketner, Kenneth y Kloesel, Christian (editors), *Peirce, Semeiotic, and Pragmatism: Essays by Max Fisch*

- (Bloomington, Indiana University Press).
- FISH, Stanley (1990): "Almost Pragmatism: Richard Posner's Jurisprudence", en: *University of Chicago Law Review* (vol. 57 núm. 14).
- FORD, John (1942): "The Fundamentals of Holmes's Juristic Philosophy", en: *Fordham Law Review* (vol. 11).
- FRANK, Jerome (1970): *Law and the Modern Mind* (Gloucester, Peter Smith).
- FRANKFURTER, Felix (1921): "Justice Holmes and the Constitution", en: Frankfurter, Felix (editor), *Mr. Justice Holmes* (Nueva York, Coward McCann).
- FULLER, Lon (1966): *The Law in Quest of Itself* (Boston, Beacon Press).
- GALANTER, Marc (1981): "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law", en: *Journal of Legal Pluralism* (vol. 19).
- GREGG, Paul (1943): "The Pragmatism of Mr. Justice Holmes", en: *Georgetown Law Journal* (vol. 31).
- GREY, Thomas (1989): "Holmes and Legal Pragmatism", en: *Stanford Law Review* (vol. 41).
- GREY, Thomas (1990): "Hear the Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory", en: *Southern California Law Review* (vol. 63).
- GREY, Thomas (1991): "What Good is Legal Pragmatism?", en: Brint, Michael y Weaver, William (editors), *Pragmatism in Law and Society* (Boulder, Westview Press).
- HAACK, Susan (1993): *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology* (Oxford, Blackwell).
- HAACK, Susan (1998): *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays* (Chicago, University of Chicago Press).
- HAACK, Susan (2001): "Viejo y nuevo pragmatismo", en: *Dianoia* (vol. 46 núm. 47).
- HAACK, Susan (2002): "Realisms and Their Rivals: Recovering Our Innocence", en: *Facta Philosophica* (vol. 4 núm. 1).
- HAACK, Susan (2003): *Defending Science - Within Reason: Between Scientism and Cynicism* (New York, Prometheus Books).
- HAACK, Susan (2004a): "Pragmatism, Old and New", en: *Contemporary Pragmatism* (vol. 1 núm. 1).
- HAACK, Susan (2004b): "Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way", en: *The American Journal of Jurisprudence* (vol. 49).
- HAACK, Susan (2005): "On legal pragmatism: Where does 'the path of the law' lead us?", en: *American Journal of Jurisprudence* (vol. 50 núm. 1).
- HAACK, Susan (2006): "Not Cynicism but Synechism: Lessons from Classical Pragmatism", en: Margolis, Joseph y Shook, John (editores), *A Companion to Pragmatism* (Oxford, Blackwell).
- HAACK, Susan (2006): "Pragmatism, Old and New", en: Haack, Susan y Lane, Robert (editors), *Pragmatism, Old and New: Selected Writings* (Amherst, Prometheus Books).
- HAACK, Susan (2007): "On Logic in the Law: something, but not All", en: *Ratio Juris* (vol. 20 núm. 1).
- HAACK, Susan (2011): "Pragmatism, Law, and Morality: The Lessons of Buck v. Bell", en: *European Journal of Pragmatism and American Philosophy* (vol. III núm. 2).
- HANTZIS, Catharine (1988): "Legal Innovation Within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.", en: *Northwestern University Law Review* (vol. 82).
- HART, H. L. A. (1961): *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press).
- HART, Henry M. (1951): "Holmes's Positivism -- An Addendum", en: *Harvard Law Review* (vol. 64).
- HOGUE, Arthur (1986): *Origins of the Common Law* (Indianápolis, Liberty Fund).
- HOLMES, Oliver (1876): "Primitive Notions in Modern Law", en: *The American Law Review* (vol X).

- HOLMES, Oliver (1877): "Primitive Notions in Modern Law II", en: *The American Law Review* (vol. XI).
- HOLMES, Oliver (1964a): "The Law", en: Marke, Julius (editor), *The Holmes Reader* (Dobbs Ferry, Oceana, Docket Series).
- HOLMES, Oliver (1964b): "Learning and Science", en: Marke, Julius (editor), *The Holmes Reader* (Dobbs Ferry, Oceana, Docket Series).
- HOLMES, Oliver (1964c): "Law and the Court", en: Marke, Julius (editor), *The Holmes Reader* (Dobbs Ferry, Oceana, Docket Series).
- HOLMES, Oliver (1995a): "The Path of the Law", en: Novick, Sheldon (editor), *The Collected Works of Justice Holmes* (Chicago, Chicago University Press).
- HOLMES, Oliver (1995b): "The Common Law", en: Novick, Sheldon (editor), *The Collected Works of Justice Holmes* (Chicago, Chicago University Press).
- HOLMES, Oliver (2012): *La senda del derecho* (Traducc. José Solar Cayón, Madrid, Marcial Pons).
- HOLMES, Oliver y POLLOCK, Frederick (1941): *Holmes-Pollock Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932* (Cambridge, Harvard University Press).
- HOWE, Mark (1951): "Holmes' Positivism. A Brief Rejoinder", en: *Harvard Law Review* (vol. 64).
- HOWE, Mark (1957): *Justice Oliver Wendell Holmes: The Shaping Years* (Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press).
- HOY, David (1991): "Is Legal Originalism Compatible with Philosophical Pragmatism?", en: Brint, Michael y Weaver, William (editors), *Pragmatism in Law and Society (New Perspectives on Law, Culture and Society)* (Boulder, Westview Press).
- JAMES, William (1975): *Pragmatism* (Cambridge, Harvard University Press).
- JAMES, William (1995): "The Moral Philosopher and the Moral Life", en: Bird, Graham (editor), *Selected Writings: James William* (London, Everyman).
- KALMAN, Laura (1996): *The Strange Career of Legal Liberalism* (New Haven, Yale University Press).
- KELLEY, Patrick (1990): "Was Holmes a Pragmatist? Reflections on a New Twist to an Old Argument", en: *Southern Illinois Law Review* (vol. 14).
- KELLOG, Frederic (1984): *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (Westport, Greenwood Press).
- KELLOG, Frederic (1984): *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (Westpor, Praeger).
- KETNER, Kenneth y COOK, James (editores) (1979): *Charles Sanders Peirce: Contributions to the Nations* (Lubbock, Texas Tech Press).
- LEAF, Murray (2003): "Pragmatic Legal Norms", en: Morales, Alfonso (editor), *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science* (Aldershot, Ashgate).
- LEITER, Brian (1998): "Naturalism and Pragmatism in Legal Theory", en: *Virginia Law Review* (vol. 76 núm. 2).
- LLEWELLYN, Karl (1930): "A Realistic Jurisprudence -- the Next Step", en: *Columbia Law Review* (vol. 30 núm. 4).
- LLEWELLYN, Karl (1930): *The Bramble Bush: Our Law and Its Study* (New York, Oceana).
- LUBAN, David (1996): "What's Pragmatic About Legal Pragmatism?", en: *Cardozo Law Review* (vol. 18).
- LUBAN, David (1997): "The Bad Man and the Good Lawyer", en: *New York University Law Review* (vol. 72).
- LUCEY, Francis (1941): "Jurisprudence and the Future Social Order", en: *Social Science* (vol. 16).
- MARKE, Julius (1964): *The Holmes Reader* (Dobbs Ferry, Oceana, Docket Series).

- NOVICK, Sheldon (1995): *The Collected Works of Justice Holmes* (Chicago, Chicago University Press).
- PALMER, Ben (1945): "Hobbes, Holmes, and Hitler", en: *American Bar Association Journal* (vol. 31).
- PATTERSON, Dennis (1990): "Law's Pragmatism: Law as Practice and Narrative", en: *Virginia Law Review* (vol. 76).
- PEGLER, Westbrook (1950): "Fair Enough", en: *Boston Evening American* (December 18, 1950).
- PEIRCE, Charles (1868): *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce* (Cambridge, Harvard University Press), vol. 5.
- PEIRCE, Charles (1871): *Collected Papers* (Cambridge, Harvard University Press).
- PEIRCE, Charles (1871): *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce* (Cambridge, Harvard University Press), vol. 8.
- PEIRCE, Charles (1931-1958): *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce* (Cambridge, Harvard University Press).
- PERRY, Ralph (1935): *The Thought and Character of William James* (Boston, Little, Brown, and Company), vol. I.
- PIERCE, Charles (1998): *Chance, Love, and Logic* (Lincoln, University of Nebraska Press).
- POHLMAN, H. (1984): *Justice Oliver Wendell Holmes and Utilitarian Jurisprudence* (Cambridge, Harvard University Press).
- POSNER, Richard (1990): *Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Harvard University Press).
- POSNER, Richard (2003): *Law, Pragmatism, and Democracy* (Cambridge, Harvard University Press).
- POUND, Roscoe (1921): "Judge Holmes's Contributions to the Science of Law", en: *Harvard Law Review* (vol. 34).
- REED, Thomas; HORWITZ, Morton y FISHER, William (editores) (1993): *American Legal Realism* (New York, Oxford University Press).
- RORTY, Richard (1990): "The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice", en: *Southern California Law Review* (vol. 63).
- RORTY, Richard (1991): *Objectivity, Relativism and Truth* (Cambridge, Cambridge University Press).
- RORTY, Richard (1992): "Trotsky and the Wild Orchids", en: *Common Knowledge* (vol. 1 núm. 3).
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1995): *Toward a New Common Sense* (New York, Routledge).
- SCHNEIDER, Anne y INGRAM, Helen (2003): "The Pragmatic Policy Analyst", en: Morales, Alfonso (editor), *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science* (Aldershot, Ashgate).
- SHRIVER, Harry (editor) (1940): *The Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes: Constitutional Opinions, Selected Excerpts and Epigrams as Given in the Supreme Judicial Court of Massachusetts (1883-1902)* (Buffalo, Dennis).
- SMITH, Steven (1990): "The Pursuit of Pragmatism", en: *Yale Law Journal* (vol. 100).
- SPENGLER, Oswald (1918-1922): *Der Untergang des Abendlandes* (Vienna, Braumiller).
- SPENGLER, Oswald (1926-1928): *The Decline of the West* (Traducc. de Charles Atkinson, New York, Knopf).
- STUDENT NOTE (1975): "Holmes, Peirce, and Legal Pragmatism", en: *The Yale Law Journal* (vol. 84).
- TAMANAH, Brian (1997): *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law* (Oxford, Clarendon Press).
- TAMANAH, Brian (2003): "A Pragmatic Response to the Embarrassing Problems of Ideology Critique in Socio-Legal Studies", en: Morales, Alfonso (editor), *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science* (Aldershot, Ashgate).
- THE NEW YORK TIMES (1935): "Columns 2-3" (6 de marzo de 1935).

- TUFTS, James (1921): “The Legal and Social Philosophy of Mr. Justice Holmes”, en: *American Bar Association Journal* (vol. 7).
- WARNER, Richard (1993): “Why Pragmatism? The Puzzling Place of Pragmatism in Critical Theory”, en: *University of Illinois Law Review* (año 1993).
- WEAVER, William (2003): “The ‘Democracy of Self Devotion’: Oliver Wendell Holmes, Jr., and Pragmatism”, en: Morales, Alfonso (editor), *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science* (Aldershot, Ashgate).
- WEINBERG, Louise (1997): “Holmes’s Failure”, en: *Michigan Law Review* (vol. 96).
- WEST, Robin (1984): “Liberalism Rediscovered: A Pragmatic Definition of the Liberal Vision”, en: *University of Pittsburgh Law Review* (vol. 46).
- WHITE, Edward (1971): “The Rise and Fall of Justice Holmes”, en: *The University of Chicago Law Review* (vol. 39).
- WHITE, Morton (1949): *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism* (New York, Viking Press).
- WIENER, Philip (1972): *Evolution and the Founders of Pragmatism* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press).
- WILL, George (2005): “A Debate that Does not End”, en: *Newsweek* (4 de julio de 2005).
- YOGAT, Rosal (1964): “Mr. Justice Holmes: Some Modern Views”, en: *University of Chicago Law Review* (vol. 31 núm. 2).

Jurisprudencia citada

- Sioux City & Pac. R.R. Co. con Sout (1873): The Supreme Court of United States, 84 U.S. 657.
- Smith con Moore (1889): Texas Court of Appeals, 148 Mass. 407, 19 N.E. 393.
- Rideout con Knox (1889): United States State Supreme Judicial Court of Massachusetts Supreme Court, 148 Mass. 368.
- Miller con Horton (1891): United States State Supreme Judicial Court of Massachusetts Supreme Court, 152 Mass 540, 26 N.E. 100.
- Union Pac. Ry. Co. con MacDonald (1894): The Supreme Court of United States, 152 U.S. 262.
- In re Municipal Suffrage to Women (1894): United States State Supreme Judicial Court of Massachusetts Supreme Court, 160 Mass. 586, 36 N.E. 488.
- Dunbar con Boston and Providence R. R. Corp (1902): United States State Supreme Judicial Court of Massachusetts Supreme Court, 181 Mass. 383, 63 N.E. 916.
- Lochner con New York (1905): The Supreme Court of United States, 198 U.S. 45.
- Gompers con United States (1914): The Supreme Court of United States, 233 U.S. 604, 610.
- Southern Pacific con Jensen (1917): The Supreme Court of United States, 244 U.S. 205, 222.
- Erie R. Co. con Hilt (1918): The Supreme Court of United States, 247 U.S. 97.
- Abrams con United States (1919): The Supreme Court of United States, 250 U.S. 616, 629.
- Missouri con Holland (1920): The Supreme Court of United States, 252 U.S. 416, 433.
- Truax con Corrigan (1921): The Supreme Court of United States, 257 U.S. 312, 344.
- United Zinc and Chemical Co. con Britt (1922): The Supreme Court of United States, 258 U.S. 268.
- Buck con Bell (1927): The Supreme Court of United States, 274 U.S. 200, 207.

Javins con First National Realty Corporation (1970): US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 428 F.2d 1071, 1.

Sindell con Abbott Laboratories (1980): California Supreme Court, 26 Cal.3d 588, 612, 607 P.2d 924, 937, 163 Cal. Reprtr. 132, 145.

Bichler con Eli Lilly & Co. (1981): New York Court of Appeals Court of Appeals, 79 A.D. 2d 317, 329, 436, N.Y.S.2d 625, 632.

Hymowitz con Eli Lilly & Co. (1989): New York Court of Appeals Court of Appeals, 73 N.Y.2d 487, 512, 539 N.E.2d 1069, 1078, 541 N.Y.S.2d 941, 950.

Gonzalez con Raich (2005): The Supreme Court of United States, 125 S. Ct. 2195, 2238.