

**EL IUSREALISMO DE OLIVER WENDELL HOLMES, ENTRE
PRAGMATISMO ANTIFORMALISTA Y TEORÍA PREDICTIVA
DE LA DECISIÓN JUDICIAL**

***OLIVER WENDELL HOLMES'S IUSREALISM, BETWEEN
ANTIFORMALIST PRAGMATISM AND PREDICTIVE THEORY OF
JUDICIAL DECISION***

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Seminario José Vida Soria. Universidad de Granada
<https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>*

Cómo citar este trabajo: Monereo Pérez, J. I. (2023). El iusrealismo de Oliver Wendell Holmes, entre pragmatismo antiformalista y teoría predictiva de la decisión judicial. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 14 (1), 1-60. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8865>

RESUMEN

Oliver Wendell Holmes es generalmente reconocido como el “padre fundador” del Derecho contemporáneo en Estados Unidos de América, ejerciendo una influencia determinante en prácticamente todas las corrientes de pensamiento jurídico, aunque con particular impacto en las distintas direcciones iusrealistas, pues mantuvo una concepción realista del Derecho muy crítica con el formalismo jurídico imperante en su época. Para él el Derecho es un Derecho vivo y como tal dinámico y cambiante a impulso de las exigencias del presente en el que ha de ser aplicado. En su opinión el Derecho no tiene tanto una “esencia” lógico formal como existencia vital que se resuelve en la “experiencia” jurídica (es conocida la formulación de su concepción del Derecho: “La vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia”, hecha

en su libro más importante e influyente, *The Common Law*, cuyo objetivo principal era presentar una visión general del *Common Law*, con un enfoque explícito que acoplaba historia y jurisprudencia, realzando el valor la experiencia jurídica y la fijación de estándares jurídicos en varios campos del *Common Law*). Publicó obras jurídicas magistrales, pero también su pensamiento tuvo una repercusión extraordinaria en el ámbito judicial a través de sus Votos Particulares discrepantes (se anticiparían a su tiempo, porque años después su doctrina judicial sería acogida por la Corte Suprema de Estados Unidos, y ya conforme al giro legislativo marcado por la “*New Deal*”). De manera que reunía en sí la más elevada influencia en el mundo académico y judicial.

PALABRAS CLAVE: realismo jurídico, formalismo jurídico, teoría predictiva del Derecho, filosofía pragmática, pragmatismo judicial, concepción funcional e instrumental del Derecho, *The Common Law*, Franklin Delano Roosevelt y la *New Deal*.

ABSTRACT

Oliver Wendell Holmes is generally recognized as the "founding father" of contemporary law in the United States of America, exerting a decisive influence on practically all currents of legal thought, although with a particular impact on the different legal realist directions, since he maintained a realistic conception of law that was very critical of the prevailing legal formalism of his time. For him, Law is a living Law and as such dynamic and changing according to the demands of the present in which it has to be applied. In his opinion, Law does not so much have a formal logical "essence" as a vital existence that is resolved in the juridical "experience" (the formulation of his conception of Law is well known): "The life of the law has not been logic, but experience", made in his most important and influential book, *The Common Law*, whose main objective was to present an overview of the Common Law, with an explicit approach that coupled history and jurisprudence, enhancing the value of legal experience and the setting of legal standards in various fields of Common Law). He published masterful legal works, but his thought also had an extraordinary impact in the judicial field through his dissenting dissenting opinions (they would be ahead of their time, because years later his judicial doctrine would be accepted by the Supreme Court of the United States, and already in accordance with the legislative turn marked by the "New Deal"). Thus, he had the highest level of influence in the academic and judicial world.

KEYWORDS: legal realism, legal formalism, predictive theory of law, pragmatic philosophy, judicial pragmatism, functional and instrumental conception of law, The Common Law, Franklin Delano Roosevelt and the New Deal.

SUMARIO

1. *Introducción: Teoría del Derecho y decisión judicial.*
2. *La concepción del Derecho en Oliver Wendell Holmes Jr. en el contexto de “The Common Law”.*
3. *Bibliografía.*
 - 3.1. *Obras de Oliver Wendell Holmes traducidas al castellano (Selección).*
 - 3.2. *Obras sobre Oliver Wendell Holmes y su época.*

“El Derecho debe tener estabilidad y, sin embargo, no puede permanecer inalterable. Por ello, toda meditación en torno al Derecho ha tratado de reconciliar las necesidades contradictorias de estabilidad y transformación”

ROSCOE POUND¹

1. Introducción: Teoría del Derecho y Decisión judicial

“Todo principio importante desarrollado en las controversias es, de hecho y en el fondo, el resultado de más o menos definidas ideas de política legislativa”
OLIVER WENDELL HOLMES²

Oliver Wendell Holmes jr. nació en Boston (8 de marzo de 1841). Holmes ha sido el pensador jurídico más relevante e influyente que ha alumbrado Estados Unidos. Hijo de un médico, profesor de Anatomía y Psicología de la Universidad de Harvard, Oliver Wendell Holmes senior. Holmes fue *Justice* de la Corte Suprema de Massachusetts (entre los años 1882-1899) y Presidente de la misma (años 1899-1902) antes de ser nombrado por el Presidente Theodore Roosevelt, el 8 de diciembre de 1902, *Associate Justice* de la *Supreme Court* (magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos), cargo en este Alto Tribunal en el que permanecería, en plena actividad, hasta su retirada definitiva el 12 de enero de 1932. Fallecería pocos años después en Washington (el 6 de

¹ POUND, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. y estudio preliminar por José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, pág. 5.

² HOLMES, O.W.: *The Common Law*, New York, Dover Publications, Inc., 1991, pág. 35.

marzo de 1935)³. Ejerció la abogacía y posteriormente asumió la condición de Profesor en la Facultad de Derecho de Harvard y es generalmente reconocido como el “padre fundador” del Derecho contemporáneo en Estados Unidos de América⁴, ejerciendo una influencia determinante en prácticamente todas las corrientes de pensamiento jurídico, aunque con particular impacto en las distintas direcciones iusrealistas, pues mantuvo una concepción realista del Derecho muy crítica con el formalismo jurídico imperante en su época. Para él el Derecho es un Derecho vivo y como tal dinámico y cambiante a impulso de las exigencias del presente en el que ha de ser aplicado. En su opinión el Derecho no tiene tanto una “esencia” lógico formal como existencia vital que se resuelve en la “experiencia” jurídica (Es archiconocida la formulación de su concepción del Derecho: “La vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia”, hecha en su libro más importante e influyente, *The Common Law*⁵, cuyo objetivo principal era presentar una visión general del *Common Law*, con un enfoque explícito que acoplaba historia y jurisprudencia, realzando el valor la experiencia jurídica y la fijación de estándares jurídicos en varios campos del *Common Law*). Publicó obras jurídicas magistrales, pero también su pensamiento tuvo una repercusión extraordinaria en el ámbito judicial a través de sus Votos Particulares discrepantes (se anticiparían a su tiempo, porque años después su doctrina judicial sería acogida por la Corte Suprema de Estados Unidos, y ya conforme al giro de política legislativa marcada por la “*New Deal*”). De manera que reunía en sí la más elevada influencia en el mundo académico y judicial.

El Derecho de Estados Unidos, ha estado presidido por la tensión histórica –actualmente persistente en lo principal y bajo renovadas premisas y postulados de partida- entre formalismo y realismo jurídico (éste último no reconducible unidireccionalmente al antiformalismo)⁶. Es harto significativo que –salvadas las distancias- esta diferente forma de entender el Derecho y su aplicación práctica, se planteaba tanto en Europa con los Estados Unidos. En Europa el primer gran paso lo daría R.v. Ihering en su etapa de

³ Una semblanza de O. W. Holmes Jr., en WHITE, G.E.: *Oliver Wendell Holmes Jr.*, New York, Oxford University Press, 2006; WHITE, G.E.: *The American Judicial Tradition. Profiles of Leading American Judges*, 2ª ed., Oxford-Nueva York, 1988, págs. 150 y sigs.; más brevemente, HOLMES puede encontrarse en SCHWARTZ, B.: *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, trad. Enrique Alonso, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Ed. Civitas, 1980; *Ibid.*, *Algunos artífices del Derecho norteamericano*, Madrid, Ed. Civitas, 1989; GARRO, A.M.: “Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935)”, en DOMINGO, R. (ed.): *Juristas Universales*, Vol. III, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004, págs. 506-515.

⁴ POUND, R.: “Judge Holmes’s Contributions to the Science of Law”, 449, *Harvard Law Review* 34 (1921), págs. 449-453; LASKI, H.J.: “Mr. Justice Holmes: For his Eighty-ninth Birthday”, in Frankfurter, Felix (ed): *Mr. Justice Holmes*, New York, Coward-Mc-Cann, Inc., 1931, págs. 138-164.

⁵ HOLMES, O.W.: *The Common Law*, New York, Dover Publications, Inc., 1991.

⁶ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La “jurisprudencia sociológica” de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social*, en POUND, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX-LXXXIII, en particular el cap. 2. (“El clima intelectual de la época: la lucha contra el formalismo jurídico”), págs. XIII y sigs.; cap. 3 (“La alternativa en la doctrina jurídica norteamericana: La concepción funcional e instrumental del Derecho”), págs. XXIII y sigs.; y cap. 4 (“El ‘instrumentalismo pragmático’ y el ‘progresismo’ como elementos de renovación antiformalista de la ciencia jurídica”), págs. XXXVIII y sigs. Véase la obra iusrealista de PUIG BRUTAU, J.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, Ed. Bosch, sin año (1951-1952). Reedición, Barcelona, Ed. Bosch, 2006.

madurez, con la concepción finalista y funcional del Derecho y su crítica a la jurisprudencia de conceptos (que se dirigía al método adoptado por la pandectística alemana del siglo XIX, pero que era proyectable a otras expresiones del formalismo jurídico imperativa en la época); pronto le seguirían las corrientes antiformalistas y realistas como el institucionalismo jurídico (G. Duguit, M. Hauriou, G. Gurvitch), la libre investigación científica y movimiento de Derecho libre (F. Géný⁷, E. Ehrlich⁸, H. Kantorowicz⁹...), la jurisprudencia de intereses (Ph. Heck¹⁰), la jurisprudencia valorativa (G. Radbruch, H. Coing)¹¹, el realismo jurídico escandinavo (K. Olivecrona, A-Hägerstrom, A.V. Lundstedt, Alf Ross,...), el realismo jurídico norteamericano (O. W. Holmes, como inspirador de las posteriores escuelas realistas¹², J. Frank¹³, K.N.

⁷ GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Géný” (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000; *Ibid.*, “Il movimento del “diritto libero” nei paesi austro-tedeschi”, en TANZI, A. (Ed.): *L’ antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milán, Raffaello Cortina Editore, 1999, págs. 43-63.

⁸ EHRLICH, E.: *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, trad., notas y estudio preliminar, a cargo de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005.

⁹ KANTOROWICZ, H.: *La definición del Derecho*, trad. J.M. de la Vega, Madrid, Revista de Occidente, 1964.

¹⁰ HECK, PH.: *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Enteza (Manuel Sacristán Luzón), Prólogo de José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999. Basta reparar en una afirmación que suena familiar en el pensamiento iusrealista americano: “Hay que destacar que toda decisión debe ser interpretada como una delimitación de intereses contrapuestos y como una estimación de esos intereses, conseguida mediante juicios e ideas de valor” (*Ibid.*, págs. 64-65). HECK, PH.: “Jurisprudencia de intereses”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV (1948), págs. 513-550.

¹¹ RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, edición de la 4ª ed. alemana y estudio preliminar, “La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política” (pp. XVII-CIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999; *Ibid.*, *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. A. del Campo, revisión, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social” (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Constitucionalismo de Derecho privado “social” y “constitución del trabajo” frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert”, en *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, (1), (2021) pp. 197-264. Recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525>.

¹² Una semblanza útil sobre la vida y obra de HOLMES puede encontrarse en SCHWARTZ, B.: *Algunos artífices del Derecho norteamericano*, Madrid, Ed. Civitas, 1989, págs. 11 y sigs.

¹³ Sobre Jerome Frank, puede consultarse, SOLAR CAYÓN, J.I.: *El realismo jurídico de Jerome Frank*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 2005.

Llewellyn¹⁴, B. N. Cardozo¹⁵, R. Pound¹⁶), español (F. Clemente de Diego¹⁷...). Es lo que M.G. White y F. Wieacker denominaron la revuelta o rebelión contra el formalismo y el dogmatismo jurídico –señaladamente de corte positivista legalista, que era el dominante entre la segunda mitad del siglo XIX y el primer tercio del Siglo XX¹⁸. Estas corrientes realistas críticas del Derecho no constituyen un movimiento jurídico unitario, pues se aprecian importantes divergencias entre los autores calificados como iusrealistas, aunque todos ellos estarían de acuerdo en afirmar la centralidad del Derecho en la misma acción judicial frente al Derecho formalmente establecido. El cambio de enfoque, se creía, podría contribuir a rehacer el mundo social en el sentido de una sociedad abierta democrática, pluralista, libre y más justa en todos los ámbitos de la sociedad, incluido el ámbito del Derecho y del pensamiento jurídico. El Derecho no se puede ni enmascarar bajo una deducción estrictamente lógico formal en el proceso de toma de decisiones judiciales. Según Holmes en el proceso decisonal, el aspecto lógico-formal del Derecho persiste. Ahora bien, tiene lugar al momento de fundamentar las decisiones judiciales y no tanto en el momento de decidir el modo en que los jueces conferencia a los destinatarios una imagen de certeza que mayormente pretendía esconder o enmascarar una decisión que en los casos difíciles consistía en consideraciones de política jurídica o de política pública del poder en cada momento. Pues debe destacarse en el pensamiento de Holmes que en el fondo el Derecho es elaborado y aplicado como un instrumento para hacer valer una política pública que sirve a los intereses de grupos en el poder. La otra cara, faz, del Derecho es el poder irreductible a una simple técnica social neutral¹⁹.

¹⁴ Sobre Karl N. Llewellyn, puede consultarse, SÁNCHEZ DÍAZ, F.: *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*, Granada, Ed. Comares, 2002.

¹⁵ CARDOZO, B.N.: *La naturaleza de la función judicial*, trad. Eduardo Ponssa, revisión y edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Prólogo de Carlos Cossío, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

¹⁶ Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: «La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social», estudio preliminar a POUND, R.: *La evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX-LXXXIII; asimismo, GARCÍA RUÍZ, L.: *Derecho, intereses y civilización. El pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Granada, Ed. Comares, 2002.

¹⁷ CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, edición y estudio preliminar, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: notas respecto de una controversia de principio” (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016.

¹⁸ Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: «La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social», estudio preliminar a POUND, R.: *La evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. La perspectiva de conjunta, la obra clásica de WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, ed., al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000, Quinta Parte (“El derrumbamiento y la derrota del positivismo”), págs. 471 y sigs.; WHITE, M.G.: *Social Thought in America. The Revolt Against Formalism*, New York, Viking, 1949, Boston, Beacon Press, 1957.

¹⁹ HOLMES, O.W.: “The Gas Stokers Strike”, aparecido en el volumen 7 del *American Law Review* 582 (1873), reproducido en NOVICK, S. M. (Ed.): *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. I, University of Chicago Press, Chicago, 1995, pág. 398.

No es sólo que las realidades sociales –los hechos- se impongan a las construcciones abstractas (a ese “cielo de los conceptos jurídicos” que criticaba lúcidamente Ihering en relación a la “jurisprudencia de conceptos”)²⁰, sino –que de manera no menos significativa- los constructos jurídicos en su contraste con las realidades sociales quedaban en evidencia por servir a una determinada ideología jurídica y política, propia de los fundamentos del orden establecido en el régimen instaurado después de las revoluciones burguesas y las pretensiones de “estabilización” del Derecho y la función silogística de la aplicación e interpretación judicial del Derecho. Una de las virtualidades de este enfoque es poner de relieve –desenmascarar, es la palabra adecuada a esa dirección hermenéutica- que las categorías jurídicas no son algo “dado” como natural, sino “construido” como estructura artificial, esto es, son constructos sociales de política jurídica que obedecen a opciones ideológicas definidas. El Derecho sirve a opciones ideológicas (insertas en la idea de fin como eje de todo sistema u orden jurídico), pero no se reduce a la ideología o al fin, pues se trata también de una técnica específica de organización social. Por otra parte, para Holmes –siguiendo implícitamente a Ihering- el Derecho se desenvuelve entre la lucha y el consenso, y donde no hay conflicto relevante (afirmaría después Francesco Carnelutti²¹) no hay Derecho. El Derecho presupone la realidad existencial del conflicto social y el poder subyacente y a ello mismo responde la

²⁰ “Blandí la lanza contra el ‘culto a la lógica que transforma a la ciencia jurídica en una especie de matemáticas’ (...) Mi obra, ‘El fin en el derecho’, tiene por única finalidad poner de relieve la concepción práctica del derecho frente a la jurídica formal y la filosófica-apriorística; para ello, se fijó el objetivo de poner al descubierto, por doquier los motivos prácticos de las instituciones y reglas jurídica”. Cfr. IHERING, R.V.: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. de Tomas A. Banzhaf e introducción de Jose Vallet de Goytisolo, Madrid, Civitas, 1987, pág. 43 nota 6. En esta dirección, con magnífica construcción técnica, IHERING, R.von: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, edición y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho” (pp. VII-LVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1ª edición, 2008, 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011. Sobre el pensamiento jurídico de Ihering en su contexto histórico y su influencia en el desarrollo de la ciencia jurídica a nivel mundial, puede consultarse igualmente, IHERING, R.von: *La Lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho” (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008; IHERING, R.von: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. por Enrique Príncipe y Satorres, Revisión, edición y estudio preliminar, “Ihering, ensayo de explicación” (pp. XVII-LXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición especial íntegra en su sólo volumen de los 4 tomos originarios, 1ª edición, 1998, 2ª edición, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011; IHERING, R.von: *La prehistoria de los indoeuropeos*, trad. de Adolfo G. Posada, estudio preliminar, “Ihering, historiador”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009; IHERING, R.von: *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada y prólogo de Leopoldo Alas, estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho”, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada (Colección Crítica del Derecho), 2008; asimismo, la obra de LLOREDO ALIX, L.M.: *Rudolf von Ihering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Ed. Dykinson, 2012. La versión originaria de este libro es algo más completa, *Ideología y filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Ihering*, Madrid, Universidad Carlos III, 2010 disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10726/luis_lloredo_tesis.pdf?sequence=1&jsAllowed=y.

²¹ “Donde no hay conflicto de intereses no tiene función el Derecho, porque no es necesaria. Ni existe fenómeno jurídico en cuya raíz el análisis no encuentre huellas de tal conflicto». Cfr. CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho. Metodología del Derecho*, edición y estudio preliminar, «La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti» (pp. VII-LXX), a cargo de J. L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, pág. 59.

política legislativa cristalizada en el Derecho positivo. En tal sentido, según Holmes la vida del Derecho es “Derecho en acción” (*Law in action*), y puede reiterarse de nuevo, “la vida del Derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”. Ello permite comprender cómo Holmes era reacio a la comprensión del Derecho en términos de sistema lógico y clausurado. Para él la vida del Derecho es la experiencia en continua interconexión con las realidades sociales. Y es sobre esa base donde debe construirse los cimientos de la ciencia jurídica. De ahí que las decisiones judiciales no se adoptan con base a criterios lógico-deductivos, pues los jueces no actúan mecánica y silogísticamente; confrontan las reglas aplicables con la realidad de los intereses en conflicto. Su misma concepción de la ciencia del Derecho tenía una base empirista que le capacitaba para comprender la realidad y adoptar la decisión judicial atendiendo a los fines, valores y objetivos sociales involucrados en el proceso de aplicación e interpretación del Derecho.

Pretendía que el Derecho permitiera hacer sentir las necesidades de la época y ello se hacía desde un liberalismo social, en la dirección inicial de lo que se dio en llamar “progresismo jurídico” (no sin excesiva generalización de la expresión para toda esta corriente plural del pensamiento jurídico), en los Estados Unidos en la Era Progresista (1890-1920), impulsado por varios juristas reformistas e intelectuales públicos. Este movimiento respondía también los cambios que se estaban operando en la legislación social (vinculada al problema social o la denominada “cuestión social”) y económica (en la dialéctica entre autonomía e intervencionismo en las relaciones de mercado)²². Se produjo una cierta continuidad histórica entre el movimiento progresista jurídico anterior a la Primera Guerra Mundial, por un lado, y el realismo jurídico evolucionado estadounidense de la primera postguerra, por otro; ambas se pueden entender como dos fases sucesivas –pero con elementos de discontinuidad- del pensamiento jurídico progresista en Estados Unidos. Ese enfoque culminaría en la “jurisprudencia sociológica” de Roscoe Pound ya desde su formulación innovadora originaria²³, pero también en otros pensadores del nuevo realismo jurídico estadounidense (Karl N. Llewellyn, Jerome

²² Desde la sociología se avanzaba en esa dirección de pensamiento crítico social, HOBHOUSE, L.T.: *Liberalism* (1ª ed. 1911), Nueva York, Oxford University Press, 1964. Traducida al castellano, HOBHOUSE, L.T.: *Liberalismo*, edición crítica y estudio preliminar., “Los fundamentos del liberalismo social y sus límites; Leonard Trelawney Hobhouse”, a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los fundamentos del ‘liberalismo social’ y sus límites: L.T. Hobhouse”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, Octubre-Diciembre, 2007.

Del propio HOBHOUSE, L.T.: *Democracy and reaction*, London, T. Fisher Unwin, 1904; HOBHOUSE, L.T.: *Social development: its nature and conditions*, London, George Allen; New York, Editorial Holt Henry, 1924; HOBHOUSE, L.T. (1960) *The Metaphysical Theory of the State* (1ª edición 1918), Londres, Allen & Unwin. Trad. esp., *Teoría metafísica del Estado*, traducción, Introducción y notas de Dalmacio Negro Pavón, Madrid, Aguilar, 1981; HOBHOUSE, L.T.: *The Elements of Social Justice* (1ª edición 1922), Londres, George Allen & Unwin, 1965.

²³ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «La ‘jurisprudencia sociológica’ de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social», estudio preliminar a POUND, R.: *La evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX-LXXXIII; GARCÍA RUÍZ, L.: *Derecho, intereses y civilización. El pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Granada, Ed. Comares, 2002. Más adelante se hará referencia al pensamiento de Roscoe Pound.

Frank, entre otros); se trataba ya de una versión más desarrollada del realismo jurídico que emergería a partir de la década de 1920 en adelante. Para entonces las grandes controversias del materialismo (o los “materialismos”) del siglo diecinueve había disminuido en su intensidad, el darwinismo (o spencerismo) social²⁴ ya había quedado más desacreditado –al menos teóricamente, ya persistía de manera subyacente en las mentalidades y en ciertas construcciones-, porque se asociaba con el darwinismo o spencerismo social de la derecha, y el fascismo en sus distintas expresiones estaba contaminando el agonismo (que no surgió precisamente con ese enfoque autoritario, porque, básicamente, ponía de manifiesto y en primer plano la idea de lucha por la vida y una realidad social presidida por el poder y la lucha; el agonismo como filosofía escéptica había sido defendido por el propio Holmes, y en Europa por Hägerström, Max Weber²⁵, Georg Simmel o Robert Michels).

Pese a todo, las filosofías jurídicas iusrealistas originarias (tanto de pensadores como Holmes en Estados Unidos, como de Hägerström en Europa; filosofías que estaban inspiradas, en cierta medida, en el materialismo contra las corrientes metafísicas imperantes), se mantuvieron siendo adaptadas a los nuevos tiempos, en un proceso que llevó décadas, los iusrealistas sucesores adaptaron el legado de Holmes –como el de Hägerström en Europa- a su propia imagen y proyecto. De este modo, construyeron una consciente combinación de continuidad y discontinuidad entre las filosofías del siglo diecinueve y las filosofías del siglo veinte en un rápido desarrollo no lineal y en varias direcciones. Se ha advertido que, en términos generales, “el realismo fue un componente de una tradición transatlántica más amplia de discurso progresista y socialdemócrata”²⁶. Una tradición de cultura jurídica que tuvo una eminente proyección en la “teoría jurídica realista”, pero adquirió también una dimensión de reforma política y social de dimensiones internacionales y no sólo estrictamente nacionales. En la larga duración, entre los años 1870 y 1945, numerosos intelectuales y operadores jurídicos “progresistas” viajaron frecuentemente entre los continentes con la finalidad de estudiar y comprender las reformas y las ideas de reforma jurídica, social y política puestas en práctica en los distintos países. Es así que el pensamiento jurídico “progresista” y el realismo jurídico se concibieron en gran medida mediante el intercambio cultural y la experiencia entre

²⁴ Para el trasfondo del problema y la distinción entre darwinismo social y spencerismo social, véase ampliamente, el ensayo de MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, en *Documentación Laboral*, núm. 83 (2008), págs. 11-119. [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-Ensayo-2750095%20\(10\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-Ensayo-2750095%20(10).pdf) MONEREO PÉREZ, J.L.: “La ideología del “darwinismo social”: la política social de Herbert Spencer (I y II), en *Documentación Laboral*, núms. 87-88 (2009)

²⁵ La trascendencia del pensamiento jurídico interdisciplinar de Max Weber es extraordinaria, pues ha marcado en gran medida su época y la del tiempo presente. Puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y Capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

²⁶ Véase MALMINEN, T.: *Los orígenes intelectuales del realismo jurídico*, trad., e Introducción de F.J. Campos Zamora, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2021, págs. 72-73. Malminen mantiene la tesis de que los orígenes del realismo jurídico se remontan a puntos de vista críticos sobre la historicidad del Derecho, el absolutismo moral, la religión y la supuesta armonía social entre individuos y grupos dentro de la sociedad (*Ibid.*, pág. 62). Sobre el “agonismo” y su evolución en el pensamiento jurídico, *Ibid.*, págs. 337 y sigs.

Europa, América (del Norte y del Sur); Alemania sería, hasta la Primera Guerra Mundial, el centro neurálgico de estos intercambios culturales y de ideas jurídicas y políticas transformadoras, al menos inicialmente (después hubo menos homogeneidad en el ideario y en los objetivos a perseguir).

La versión más madura del realismo jurídico surgiría después de la Primera Guerra Mundial, cuando, precisamente, la cultura alemana había reducido su penetrante influencia precedente. A partir de ahí surgieron nuevas influencias sociales que incluyeron el surgimiento del materialismo y el naturalismo, la secularización, el historicismo, una clase trabajadora organizada, el emergente Estado del Bienestar, el colonialismo controvertido y cuestionado, la política internacional del poder y las nuevas ciencias sociales, como la antropología cultural. El realismo jurídico supuso en términos de conjunto un intento de abordar las principales transformaciones sociales y su proyección en los ámbitos culturales, políticos, jurídicos y socio-económicos en el mundo contemporáneo. Si se atiende al espíritu de la época -entre los dos siglos-, el originario realismo jurídico solo se puede comprender y explicar en ese contexto de un campo de tensión y de fuerzas entre dos impulsos modernistas (un modernismo que tuvo una de sus expresiones en el Derecho y en el pensamiento jurídico), uno crítico y escéptico y el otro instrumentalista y empírico. En este contexto histórico, con el pragmatismo estadounidense, el psicoanálisis, las teorías evolucionistas en boga, las trayectorias y experiencias personales, el escepticismo anidó profundamente en pensadores como Holmes y, al otro lado, Hägerström, Ross, Frank y Arnold.

A partir de ese escepticismo -en coexistencia y tensión con el instrumentalismo pragmático- presidió en los iusrealistas la crítica al absolutismo moral, el derecho natural, la moral convencional y la religión, y desafió las teorías contemporáneas de adjudicación y las concepciones predominantes de propiedad y libertad contractual. Es así, que el relativismo y el escepticismo serían ingredientes de una posición antimetafísica que tendría una importante repercusión en el desenvolvimiento de las ciencias sociales, jurídicas y filosóficas de la época. No es de extrañar que el instrumentalismo y las investigaciones sobre el Derecho se encontraran íntimamente vinculadas, toda vez que ambas habían surgido del impulso modernista encaminado a controlar y reconstruir las sociedades contemporáneas sobre nuevas bases. Dentro de su carácter polifacético el pensamiento jurídico y social de los iusrealistas compartieron un rechazo del método deductivo en el Derecho y en las ciencias sociales en general; y el objetivo de transformar la sociedad, reivindicando el papel de los juristas y científicos sociales para incidir sobre el desarrollo a través del Derecho y las aportaciones del conjunto de las ciencias sociales. Y ello partiendo -en la mayoría de los protagonistas- de un fuerte compromiso con la democracia constitucional y el Estado de Derecho (y no fueron pocos fueron más allá, en

la dirección de implantar, coherentemente, un constitucionalismo democrático con Estado Social de Derecho)²⁷.

Ahora bien, conviene no confundir “progresismo” con socialismo o socialdemocracia. Algunos iusrealistas estaban próximos a la socialdemocracia y a la reforma social según este modo de pensar la sociedad; pero otros, como el propio Holmes, a pesar su larga y cordial amistad con Laski, situado en el ala izquierda del partido laborista británico, no eran proclives a la ideología socialista. Por no hablar de Ihering –que influyó en Holmes– que era partidario de la “lucha por el Derecho”, defensor de una concepción funcional del Derecho y de una cosmovisión socializadora del Derecho, pero que no era socialista ni partidario de los programas del socialismo parlamentario de su época. Ihering se mostró partidario de la monarquía y fue un gran admirador de Otto von Bismark, pero en segunda etapa de madurez fue un inmenso renovador del Derecho realizando una des-construcción del formalismo jurídico de la “jurisprudencia de conceptos”, que él, antes, había elevado al máximo nivel de elaboración en la dogmática jurídica. Ihering puede considerarse, sin duda, uno de los más grandes juristas de la historia²⁸.

²⁷ MALMINEN, T.: *Los orígenes intelectuales del realismo jurídico*, trad., e Introducción de F.J. Campos Zamora, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2021, págs. 73 y sigs., 83 y sigs.,

²⁸ Véase, IHERING, R.VON: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, edición y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho” (pp. VII-LVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª edición, 2008, 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011; IHERING, R.VON: *La Lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho”, (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008; IHERING, R.VON: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. por Enrique Príncipe y Satorres, Revisión, edición y estudio preliminar, “Ihering, ensayo de explicación” (pp. XVII-LXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición especial íntegra en su sólo volumen de los 4 tomos originarios, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª edición, 1998, 2ª edición, 2011; IHERING, R.VON: *La prehistoria de los indoeuropeos*, trad. de Adolfo G. Posada, estudio preliminar, “Ihering, historiador”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009; Ihering, R.von: *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada y prólogo de Leopoldo Alas, estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho”, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), Granada, 2008.

Ferdinand Tönnies –partidario del socialismo democrático– criticó la concepción de la condición humana que había defendido Ihering, y que se reflejaba en su teoría jurídica. Véase Tönnies, F.: *Comunidad y Asociación*, trad. José-Francisco Ivars, revisión de J.L. Monereo Pérez, edición y estudio preliminar, “La interpretación de la Modernidad en Tönnies: “Comunidad y “sociedad-asociación” en el desarrollo histórico” (pp. XI-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009. Asimismo, Tönnies, F.: *Principios de sociología*, trad. de V. Lloréns, revisión técnica, edición y estudio preliminar, “La sociología como crítica social: La aportación de Ferdinand Tönnies”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.

Esta orientación de cambio de paradigma en las ciencias sociales también estuvo presente en la corriente progresista de izquierda de la economía institucional con pensadores socialistas como Veblen²⁹ y Commons³⁰.

Conviene también prestar atención sobre el hecho de que estos pensadores se interesaron sobre las cuestiones sociales. Holmes intervino en la construcción de una *jurisprudencia laboral* desde su condición de Magistrado de la Corte Suprema, con votos disidentes relevantes³¹; y Veblen y Commons, escribieron con brillantez sobre la teoría de empresa moderna y el trabajo y el sistema de relaciones laborales.

En este contexto, se puede afirmar que Holmes es una de las personalidades más interesantes y relevantes del pensamiento jurídico americano. Holmes, persona de gran cultura, ejerció también una gran influencia en las ciencias sociales y en la filosofía. Ciertamente, en su larga vida y en las diferentes expresiones de su actividad, se encuentran actitudes y reflexiones capaces de inspirar las interpretaciones más diversas y enriquecedoras³².

Como se verá más adelante, Holmes reaccionaría contra la concepción formalista del Derecho de la tradición jurídica norteamericana imperante en su tiempo y su pretensión dogmática de construir una ciencia jurídica desconectada del desarrollo cambiante de la sociedad y su concepción silogística en la aplicación e interpretación del Derecho (que se

²⁹ VEBLEN, TH.: *Teoría de la empresa de negocios*, trad. C. A. Trípodí y revisión técnica de J.L. Monereo Pérez, edición y estudio preliminar, “La teoría de la empresa de negocios de Thorstein Veblen” (pp. VII-XXXII, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009. Sobre el pensamiento de Veblen, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Ed. Comares 2010, espec., Cap. I., sobre la teoría social de Veblen y su concepción institucionalista y evolucionista del cambio social en el ambiente cultural de la época (*Ibid.*, págs. 1-86).

³⁰ COMMONS, J.R.: *The Economics of Collective Action*, Nueva York, Macmillan Company, 1950; COMMONS, J.R.: *The Legal Foundations of Capitalism*, Nueva York, Macmillan Company, 1924; COMMONS, J.R.: “Communism and Collective Democracy”, en *American Economic Review*, núm. 25 (1935), págs. 212-213; COMMONS, J.R., PARSONS, K. H., y PERLMAN, S. (eds.): *The Economics of Collective Action*, New York, Macmillan, 1950; COMMONS J.R. y ANDREWS, J.B.: *Principles of Labor Legislation*. New York, Harper & Brother, fourth edition, 1936. Puede consultarse, SIMON, F.: “John R. Commons e i Legal Foundations of Capitalism”, en *Rivista Diritto e questioni pubbliche*, Vol. 15, núm. 2 (2015), págs. 313-343. *Legal Foundations of Capitalism* de John Roger Commons (1924) desafía tanto las teorías económicas ortodoxas como las doctrinas legales dominantes, en un momento en que las ciencias sociales estaban orientadas hacia nuevos enfoques epistemológicos. siglo se conoció como Derecho y Economía. No se trata de un intento de extender el análisis económico al estudio del derecho, sino de la aplicación de conceptos, términos y definiciones jurídicas a la economía y de hacer coincidir los fenómenos económicos con los jurídicos. El resultado final es el desafío tanto de la economía neoclásica como de las teorías legales tradicionales. Cabe añadir que este enfoque fue proyectado por Commons al campo de la ordenación jurídica del sistema de relaciones laborales. Sobre ello, véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), (2021) pp. 298–377. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426>

³¹ También en algún artículo, HOLMES, O.W. (sin firmar): “The Gas-Stokers’ Strike” (“La huelga de los fogoneros”), en *American Law Review* 7 (1872-1873), 582-584.

³² TARELLO, G.: *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè Editore, 1962, págs. 34-36, y 43-44, con referencia a la obra de WHITE, M. G.: *Social thought in America. The revolt against formalism*, New York, 1952 (2ª ed., 1988), y su traducción italiana, *La rivolta contro il formalismo*, Bologna, 1956; WHITE, G.E.: *Oliver Wendell Holmes Jr.*, New York, Oxford University Press, 2006.

resuelve en una lógica de los antecedentes, que aleja las reglas utilizadas por los jueces de las condiciones sociales del momento presente en que se aplican); y atendiendo a ello contra la pretensión de la función “pasiva” o “mecánica” de la labor del Juez. Esto obedecía a una concepción propia del Derecho natural racionalista y del historicismo que en el siglo XIX influyeron poderosamente en el *common law* del siglo XIX. Pretensión de estabilidad que se contraponía a la realidad de la petrificación de las categorías jurídicas; lo cual iniciaría con Holmes una “revuelta contra el formalismo”³³.

El *common law*, que se fue formando a través de los precedentes judiciales que vinculaban al juez –y que había supuesto la construcción de un sistema formal de base casuística-, sería también revisado en el momento de su aplicación en el sentido de dar un mayor margen de arbitrio al juez, incluso, llegado el caso, admitiendo la creación judicial directa de reglas jurídicas o normas judiciales concretas. La función del juez está más o menos condicionada por el tipo de normas (normas formales o de papel, normas de la legislación pública y las reglas de los precedentes judiciales consolidados; “law in books”; o normas efectivas, efectivamente practicadas, aplicadas y flexibles en cuanto a su interpretación adaptativa al caso concreto) y se hace mucho más libre en los casos de lagunas y ante todo en los supuestos de “casos difíciles”. Todo ello forma parte del “Derecho efectivo”.

Pero, en todo caso, en Holmes el saber sobre el Derecho no queda reconvertido –reduccionismo que supondría negar su propia especificidad- en sociología jurídica, esto es, no pretende sustituir la ciencia del Derecho o jurisprudencia por una sociología del Derecho. No obstante, la ciencia jurídica no debe limitarse al método dogmático (construcción, estructura y sistematización jurídica), pues debe tomar en consideración como tarea propia la dimensión social del Derecho en términos de política jurídica y eficacia social de las reglas o normas jurídicas (apreciación jurídico-crítica de los intereses y valores implicados en el fenómeno jurídico y el proceso de toma de decisiones judiciales). De este modo, todos los saberes que estudian el fenómeno jurídico (como la sociología del Derecho, la filosofía jurídica, la ética jurídica, el análisis económico del Derecho, la antropología jurídica, la psicología jurídica, etcétera) deben coexistir en una estrecha y necesaria colaboración. Así será más factible que el jurista pueda ejercer una función crítica del Derecho y de la propia ciencia jurídica, esto es, una crítica situada en el intersticio metafórico entre normas y hechos de relevancia jurídica³⁴.

³³ Para esta evolución consúltese POUND, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. y estudio preliminar por José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. 5 y sigs. Asimismo, POUND, R.: *El espíritu del “common law”*, trad. J. Puig Brutau, Ed. Bosch, 1954; RADBRUCH, G.: *El espíritu del Derecho inglés*, trad. F. Vela, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1958; LANGBEIN, J.H. (ed.): *The History of the Common Law: The development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen Publishers, New York, 2009.

³⁴ Puede consultarse, entre otros, aunque con una cierta concepción sesgada de la autonomía relativa y especificidad de la Ciencia del Derecho, ARNAUD, A.-J.: *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Pichon et Durand-Auzias, 1981. Una visión crítico-jurídica, en MONEREO PÉREZ, J.L.: “Conocimiento y crítica del Derecho”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 37 (2007); *Ibid.*, “Por una teoría comprensiva y explicativa del Derecho”, en ELÓSEGUITXASO, M., y GALINDO AYUDA, F. (Coords.): *El pensamiento jurídico. Pasado, presente*

Esa reacción contra la visión formalista del Derecho paradójicamente se había instalado en la concepción del “método” y “Derecho” del caso –el “case-method”- y que petrificaba las reglas jurídicas a través de la recopilación sistemática de los precedentes, que adquirieron, en la práctica la validez y eficacia jurídica de normas jurídicas que deberían ser observadas por los jueces. Esta orientación de base formalista, tuvo efectos nocivos para el desarrollo del Derecho, de una manera bastante análoga a la que en la Europa continental tuvo la llamada “jurisprudencia de conceptos” (la dogmática jurídica de la pandectística germana o el positivismo formalista de la Escuela de la Exégesis de la cultura jurídica francesa). Esa visión formalista no sólo se instaló en la práctica forense, sino también en la enseñanza en las Facultades de Derecho con un culto al precedente normativizado –como una tradición inamovible por un legislador impertinente- y en vía de aplicación silogística.

De este modo, el precedente no operó en el siglo XIX y en los inicios del siglo XX como elemento dinámico del proceso de interpretación ni tampoco de la enseñanza del Derecho que no ofrecía herramientas para la comprensión y explicación del fenómeno jurídico. En definitiva, dominaba un modelo de jurista formalista bajo la máscara de un jurista que atendía estrictamente a las experiencias precedentes pero –subrayándose- que éstos operaban en la praxis de los operadores jurídicos como verdaderas normas jurídicas no disponibles y con limitado margen de discrecionalidad interpretativa. Al tiempo se tendría la praxis de una concepción mecanicista de la función judicial, que ignoraba la toma en consideración de los conflictos de intereses, fines y valores en juego y la función creativa del proceso de realización judicial del Derecho. Tan mecanicista como la referida “jurisprudencia de conceptos” vigente en la época europea de las codificaciones de la ciencia de las Pandectas³⁵; y que sería objeto de una severa crítica del Ihering en su madurez. Siendo el primer Ihering el artífice mayor con su magna obra *El Espíritu del Derecho Romano*) y el segundo Ihering (*El fin en el Derecho*) su crítico más audaz, a cuyos hombros seguirían numerosas corrientes antiformalistas del Derecho³⁶. No cabe la menor duda de la influencia de Ihering y Holmes en la historia del pensamiento

y perspectiva. Libro homenaje al Profesor Juan José Gil Cremades, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, y la bibliografía allí citada.

³⁵ WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, ed., al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. 333 y sigs. Véanse los trabajos recogidos en TARELLO, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, Edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

³⁶ IHERING, R.von: *La Lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho”, (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008; IHERING, R.von: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, edición y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho” (pp. VII-LVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1ª edición, 2008, 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011; IHERING, R.von: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. por Enrique Príncipe y Satorres, revisión, edición y estudio preliminar, “Ihering, ensayo de explicación” (pp. XVII-LXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición especial íntegra en su sólo volumen (de los 4 tomos originarios), 1ª edición, 1998, 2ª edición, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011; IHERING, R.von: *La prehistoria de los indoeuropeos*, trad. de Adolfo G. Posada, estudio preliminar, “Ihering, historiador”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009.

iusrealista. Hay que tener en cuenta, además, que fueron pensadores contemporáneos –no de la misma generación– que coexistieron en dos continentes diversos: último tercio del siglo diecinueve, aunque Holmes viviría en activo sobrepasado el primer tercio del siglo veinte; Holmes muere el 6 de marzo de 1935; y Ihering fallece el 17 de septiembre de 1892. Ambos se encontraban inmersos en transformaciones disruptivas respecto a épocas pasadas. Bien entrado el siglo veinte, Holmes sí pudo llegar a conocer y participar activamente en el nuevo orden mundial surgido después de la Primera Guerra mundial y sus consecuencias en todos los órdenes de la vida.

Con el derrumbe del sueño de la razón ilustrada y el derrumbamiento y derrota del positivísimo jurídico formalista en los inicios del siglo XX (y el gran precedente de autores como R.v. Ihering y el posterior de F. Géný), se abren un nuevo horizonte y nuevas tareas para la ciencia del Derecho. Un horizonte donde florecen las diversas corrientes antiformalistas y entre ellas las dos tradiciones más importantes del llamado realismo jurídico: el realismo jurídico americano y el realismo jurídico escandinavo. Su resultado más percedero estribará en que el mundo del Derecho nunca será igual, pues será percibido como una instancia más viva y entrelazada, anudada, la vida social la vida del Derecho es una dimensión cambiante más. Caldo de cultivo todo él para el auge del pragmatismo que de la filosofía paso a prácticamente todos los ámbitos del saber³⁷. Es un modo de pensar orientado a la acción: “Debemos hallar una teoría que *actué*, y esto significa algo extremadamente difícil, pues nuestra teoría debe mediar entre todas las verdades previas y determinadas experiencias nuevas”³⁸. El pragmatismo, como se sabe, insiste en las ideas valoradas en atención a sus consecuencias prácticas sobre las acciones humanas. El pragmatismo instrumentalista sería destacado por una de los pensadores más importantes e influyentes de Estados Unidos, como John Dewey; el cual ejerció un influjo extraordinario en todos los órdenes (filosofía, educación, política, ciencias sociales en general, etcétera)³⁹.

Roscoe Pound, que era un moderado iusrealista, pudo señalar que “tenemos para confiar en que la técnica del *common law*, la manera de aplicar la experiencia de nuevas

³⁷ JAMES, W.: *Pragmatismo. Un nuevo nombre para algunos modos de pensar* (1907), trad. L. Rodríguez Aranda, Buenos Aires, Ed. Aguilar Argentina, 1975, reed., Barcelona, Ed. Orbis, 1985; *Ibid.*, *El significado de la verdad* (1909), trad. L. Rodríguez Aranda, Madrid-Buenos Aires-México, Ed. Aguilar, 2ª ed., 1961. El pensador fundacional de esta corriente de pensamiento fue PEIRCE, C.S.: *Un hombre un signo*, trad. J. Vericat, Barcelona, Ed. Crítica, 1988.

³⁸ JAMES, W.: *Pragmatismo. Un nuevo nombre para algunos modos de pensar* (1907), cit., pág. 139. Realza que “verdad *ante rem* significa solamente verificabilidad; pues no es sino un ardid racionalista el nombre de una realidad concreta fenoménica como una entidad independiente y previa, colocándola tras la realidad como su explicación” (*Ibid.*, pág. 141).

³⁹ DEWEY, J.: *Experiencia y naturaleza*, trad. y Prólogo de José Gaos, Mexico-Buenos Aires, 1948; *Ibid.*, *La reconstrucción de la filosofía*, trad. L. Rodríguez Aranda y Lázaro Ros, Buenos Aires, Ed. Aguilar Argentina, 1955; *Ibid.*, *Naturaleza humana y conducta. Introducción a la psicología social*, trad. RR. Castillo, México-Buenos Aires, 1964; *Ibid.*, *Democracia y Educación*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1960. Una perspectiva de conjunto sobre el pragmatismo americano, en PÉREZ DE TUDELA, J.: *El pragmatismo americano: Acción racional y reconstrucción del sentido*, Madrid, Ed. Cincel, 1988. Su proyección en el ámbito jurídico, por todos, SUMMERS, R.S.: *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press, 1982.

situaciones, de buscar su desarrollo de manera racional y de someter la obra de la razón a la prueba de la ulterior experiencia, permitirán al jurista americano triunfar en la empresa de situar al *common law* a la altura de las necesidades de esta hora, de la misma manera que nuestra tradición jurídica ha podido superar en el pasado otros cambios no menos graves (...). En este sentido merecen ser recordadas las palabras de Holmes: “la continuidad histórica no es un deber, es una necesidad”. No tenemos ninguna obligación de conservar las normas y los dogmas del pasado en la forma que los hemos recibido, pero nos incumbe el deber de trabajar con la experiencia del pasado y con el mismo espíritu del Derecho que nos la ha proporcionado”⁴⁰.

Se pudo apreciar por Pound -ese gran constructor de la “jurisprudencia sociológica” incrustada en la lucha contra el formalismo jurídico- el cambio de época que se venía produciendo desde la concepción individualista y mecanicista del Derecho hacia las nuevas formas de “lo jurídico”. En el proceso de superación de formalismo jurídico del siglo XIX, “los derechos son medios concedidos por el ordenamiento jurídico para garantizar los intereses que reconoce. En consecuencia, el esquema de los derechos naturales que en todo caso han de ser asegurados se transforma en el esquema de los intereses –pretensiones, necesidades o peticiones humanas- que podemos imaginar cómo dignos de protección por el Derecho, en la medida de lo posible. Incumbe al legislador la tarea de considerar con preferencia el sistema moral y político, mientras la tarea del juez está más bien centrada en el aspecto puramente *legal*”. Durante el siglo XIX prácticamente todas las teorías jurídicas eran individualistas antes de Ihering. El Derecho se entendía que estaba principalmente dirigido a la armonización de voluntades individuales, de tal modo que a cada uno le quedara libre el margen de acción más amplio posible. Esto era la perspectiva asumida por los filósofos y los historicistas. Sin embargo, la teoría del Derecho de Ihering tiene carácter social. Mientras en el siglo XVIII se entendía que el Derecho era algo que el individuo invocaba contra la sociedad, Ihering aportó argumentos en el sentido de que se trataba de algo creado por la sociedad y que permitía al individuo una manera de garantizar sus intereses en la medida en que podía reconocerlos la sociedad. A pesar de que esta teoría ha sido objeto de una crítica filosófica muy ingeniosa, no ha afectado a su núcleo fundamental. La concepción del Derecho como una manera de garantizar los intereses o de proteger las relaciones, ha dejado completamente superada a la teoría individualista de los orígenes. En relación a ello, la función de la historia del Derecho ha de consistir en demostrar cómo las reglas y principios han atendido a situaciones concretas en el pasado, así como permitir que se juzgue cómo se pueden regular las actuales, en lugar de limitarse a proporcionar premisas lógicas dotadas de propia suficiencia, como si con ellas se pudiera obtener las reglas más adecuadas a través de una rígida operación deductiva⁴¹. El mismo Holmes destacó antes “el papel que la Historia necesariamente desempeña en el estudio inteligente del Derecho

⁴⁰ POUND, R.: *El Espíritu del “Common Law”* (1921), trad. José Puig Brutau, Prefacio del autor (Boston, 12 abril 1954), Barcelona, Ed. Bosch, 1954, pág. 9.

⁴¹ POUND, R.: *El Espíritu del “Common Law”* (1921), cit., págs. 201-202.

tal como es hoy en día”. Y ello se fundamenta en la enseñanza para comprender y explicar las instituciones jurídicas; pero sin incurrir en un determinismo histórico⁴².

En sentido de la evolución es nítido. Durante el siglo diecinueve se estudiaba el Derecho desde dentro. Los juristas más innovadores del siglo veinte lo estudian también desde fuera. El siglo diecinueve trató de desarrollar por completo y de modo armónico los principios fundamentales que los juristas habían descubierto por la metafísica o la historia. Los juristas del siglo veinte trataron de hacer posible y de lograr la creación del Derecho así como la interpretación y aplicación de reglas jurídicas. Confirieron mayor relevancia a los hechos sociales sobre los cuales el Derecho ha de estar fundado y aquéllos sobre los que ha de aplicarse de manera eficiente. Mientras en la mayor parte del siglo diecinueve se estudiaba el Derecho en abstracto, en el siglo veinte se tiende a insistir en el análisis de los auténticos efectos sociales de las instituciones, categorías y doctrinas jurídicas. El siglo diecinueve preparaba la legislación por medio del estudio analítico de otra legislación, pero en el siglo veinte prevalece la insistencia en el estudio sociológico y de política jurídica relacionado con el análisis jurídico como tarea preparadora de la legislación. En el espíritu de la ciencia del Derecho del siglo veinte predominaba la idea de que se ha de aplicar la razón crítica del Derecho a los materiales jurídicos recibidos para convertirlos en instrumentos eficaces para alcanzar la justicia en la sociedad actual. Sin embargo, la tarea de nuevo jurista realista no estriba exclusivamente en formular una teoría acerca del fin del Derecho como función social, toda vez que resulta posible asentar con solidez nuestras teorías si se dispone de hechos que realmente lo permitan. La experiencia pone de manifiesto que en el proceso de aplicación del Derecho, los jueces deben crear Derecho tanto como aplicarlo e interpretarlo con arreglo al sentir de época⁴³.

Esa evolución –o en otras palabras, con un sentido menos “evolucionistas”, el desarrollo del Derecho estadounidense se produce desde distintas corrientes de pensamiento jurídico que en gran medida parten del originario cambio de paradigma operado por Holmes, al cual pronto seguirían Cardozo, Pound, Cohen, Gray, Frank, y el conjunto de las tendencias antiformalistas, que se inspiraron en la propia experiencia jurídica que mostraba las consecuencias negativas del formalismo positivista y miraban muy de cerca al pensamiento fundacional de Rudolf von Ihering –uno de los juristas más lúcidos, importantes e influyentes de la historia-, y de manera más próxima a la filosofía del pragmatismo llevada al campo de lo jurídico.

En el caso de Holmes interesa realzar que pertenecía al “Club de los Metafísicos” (*Metaphysical Club*), con reuniones periódicas a las que asistían figuras relevantes de la cultura americana como Charles Peirce, William James, John Fiske, Nicholas St. John Green, Francis E. Anbbot y Chauncey, entre otras personalidades destacadas y que

⁴² HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, trad. y Prólogo de Eduardo Ángel Russo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, págs. 43-44. Véase, al respecto, más adelante.

⁴³ POUND, R.: *El Espíritu del “Common Law”* (1921), cit., págs. 208-210.

marcarían el camino a seguir en los distintos ámbitos del saber⁴⁴. Autores como O. W. Holmes, W. James, Ch. S. Peirce y J. Dewey no sólo ejercieron una influencia sin igual sobre otros pensadores, sino también sobre la vida americana. Sus ideas transformaron el modelo en que pensaban –y siguen pensando– los americanos sobre la educación, la democracia, la libertad, la justicia y la tolerancia. Y, en consecuencia, cambiaron el modo en que viven los americanos, el modo de aprender, el modo en que expresan sus ideas, el modo en que se entienden a sí mismos y el modo en que tratan a la gente diferente de ellos. Se continúa viviendo, en gran medida, en el País que esos pensadores ayudaron a crear. Todos ellos participaban de una misma actitud, a saber: con independencia de las diferencias personales y filosóficas que existían entre ellos, se puede afirmar que lo que tenían en común estos grandes pensadores no era simplemente un conjunto de ideas, sino una idea nuclear: una “idea sobre las ideas”. Pensaban que las ideas no están “ahí”, esperando a ser descubiertas, sino que son herramientas que las personas crean para hacer ante el mundo en que se encuentran. Entendía que las ideas no son producidas por individuos aislados, sino por grupos de individuos, porque, en definitiva, las *ideas son sociales*. Pensaban que las ideas no se desarrollan conforme a una cierta lógica interior propia, sino que dependen de sus portadores humanos y del ambiente existente. Para ellos, las ideas son respuestas provisionales a circunstancias singulares e irreproducibles, su pervivencia no depende de su inmutabilidad sino de su adaptabilidad. Participaban de la opinión de que *las ideas nunca deben convertirse en ideologías que postularan una forma de verdad y certeza* –justificando el *status quo* o dictando algún imperativo trascendente para renunciar a él–; y ello era la esencia de su *enseñanza*. En gran medida esta fue una actitud liberadora de las ataduras preexistentes, y explica la influencia y la popularidad de que gozaron Holmes, James, Dewey (Peirce es un caso especial, algo más introvertido) en el curso de su vida, y la repercusión que tuvieron en toda una generación de jueces, maestros, periodistas, filósofos, psicólogos, científicos sociales, profesores de Derecho e incluso poetas y literatos en general. Es lo cierto que transmitieron una suerte de *escepticismo* relativista y pragmático que contribuyó a ayudar a las personas a hacer frente a la vida en una sociedad compleja, heterogénea, muy fragmentada desde el punto de vista social, industrializada y de mercados masivos; una sociedad en la cual los antiguos vínculos humanos de costumbre y comunidad parecían haberse atenuado y ser desplazados por redes más impersonales de obligación y autoridad. Asimismo, el escepticismo es igualmente una de las cualidades que hacen funcionar a las sociedades complejas y es lo que permite el continuo estado de convulsión en el que prospera el capitalismo más o menos avanzado, más o menos organizado. Holmes, James, Peirce y Dewey contribuyeron decisivamente a liberar el pensamiento de la dependencia de las ideologías oficiales de la Iglesia o de la función tradicional del Estado e incluso de las doctrinas dominantes en las universidades y en general en el aparato educativo. Igualmente está implícito en sus escritos tan variados el

⁴⁴ Véase ampliamente MENAND, L.: *El Club de los Metafísicos. Historia de las ideas en América*, trad. de A. Bonnano, Barcelona, Ed. Destino, 2002. Holmes era un asistente asiduo las discusiones del “Metaphysical Club” (*Ibid.*, págs. 210 y sigs., en particular págs. 224-226).

reconocer abiertamente las limitaciones intrínsecas de lo que puede hacer y alcanzar el pensamiento en la lucha por aumentar la felicidad humana en sociedades tan altamente complejas y dotadas de un cierto nivel de civilización y cultura⁴⁵.

En el caso de Holmes, cabe decir que tuvo un papel histórico fundacional respecto a ese modo de pensar. Fue oficial del ejército de la Unión. Pero Holmes, en el fondo, detestaba la guerra. Había participado en la lucha por sus creencias morales y afirmó en su mente y pensamiento los límites reales de las ideas. Su infancia y juventud se desarrolló en un clima cultural que ejerció en él una gran influencia persistente. Su padre –Oliver Wendell Holmes- fue poeta, novelista y Decano de la Escuela de Medicina de Harvard, el hombre que era conocido como “the Hub” [el centro] de Boston. En su hogar eran frecuentes las reuniones de profesores progresistas en el sentido de la época, partidarios de la democracia y abolicionistas de la esclavitud (no sin ciertas ambigüedades y contradicciones). En 1858, W. Holmes jr. (hijo del doctor Holmes) tenía diecisiete años y cursaba el primer año en el Harvard College. Años más tarde comentaría que Ralph Waldo Emerson⁴⁶ fue su gran inspiración. Holmes había elegido a Emerson como su inspiración y guía y se sentía en deuda intelectual con él. Holmes era por entonces uno de los directores de la *Harvard Magazine*, que publicaba artículos que apoyaban la abolición, la admisión de mujeres en Harvard y la reforma de los programas de estudios. Desde muy joven era una persona estudiosa que cultivaba la lectura y escribía poesía, coleccionaba grabados y debatía cuestiones filosóficas con su padre. Y pensaba sobre esas cuestiones con gran seriedad y fundamento en la lectura directa de los autores. Pero no había heredado nada de cierto prejuicio racial de su padre. Ya estaba convencido, con Emerson, de que una visión auténticamente científica del mundo era incompatible con las creencias morales, y que era posible una moralidad mejor fuera y no dentro de la religión organizada, institucionalizada. Holmes perteneció y trabajó activamente para la Sociedad Antiesclavista –tenía por entonces diecinueve años. Cuando Lincoln solicitó voluntarios en las contiendas bélicas, Wendell Holmes había abandonado Harvard para alistarse voluntariamente. Aunque regresó para realizar sus exámenes. El cuerpo de profesores de Harvard había considerado oportuno penalizar a Holmes por su falta de asistencia a las clases durante ese primer periodo del conflicto, y la deducción de su total de puntos lo colocó en la mitad inferior de su clase. A él no le preocupó (“Las revoluciones no siguen los precedentes ni los proporcionan”; de este modo Holmes se situaba a la estela de Emerson). Se sentía comprometido con la causa y más que inquietud existencial tenía una decisión existencial: aceptaría su graduación de oficial del Vigésimo Regimiento de Voluntarios de Massachusetts. La lucha de ideas se planteaba en términos de obligación moral de actuar en contra de los prejuicios raciales –de los que su propio padre no estaba exento- y se comprometió contra la esclavitud. Su incorporación a filas no fue por afán

⁴⁵ MENAND, L.: *El Club de los Metafísicos. Historia de las ideas en América*, cit., págs. 12-14.

⁴⁶Bastaría una simple cita filosófica de R.W. Emerson para verificar la influencia que ejerce sobre él: “La situación de cada hombre –reflexiona Emerson- es una solución en jeroglíficos, a los interrogantes que el mismo formularía. La realiza como vida, antes de aprehenderla como verdad”. Cfr. EMERSON, R.W.: *El espíritu de la naturaleza*, Madrid, Ed. Verbum, 2016, págs. 9-10.

de aventura heroica. Por lo demás, la experiencia de la guerra civil⁴⁷ fue inevitablemente trágica y le cambió para siempre: idea y realidad en confrontación determinaron una percepción distinta de la naturaleza de las ideas (lo cambió espiritualmente, pero también la tragedia de la guerra tuvo un impacto físico destacable porque fue herido de gravedad en tres ocasiones)⁴⁸.

Desde la crítica, los movimientos iusrealistas norteamericanos beberían de las aportaciones de las heterogéneas corrientes antiformalistas que transitan desde Holmes hacia el influente realismo jurídico americano del siglo veinte⁴⁹, lo cual incluye al contemporáneo movimiento *Critical Legal Studies*⁵⁰. Todos confluyen en la crítica del rancio formalismo jurídico, y en combinar la perspectiva interna y externa del Derecho en una visión más integral del fenómeno jurídico; en función de la actividad judicial creadora y, en menor medida, en la concepción predictiva de la ciencia jurídica respecto de las decisiones de los jueces en la dirección del camino abierto por Holmes, que anticipó sólo algunos rasgos importantes del realismo jurídico americano⁵¹. Asimismo la influencia es perceptible en la Escuela de pensamiento conocida como “Law and

⁴⁷La guerra civil (1860-1865), sangrienta y desgarradora, supuso una sacudida sísmica para la sociedad americana, cuya huella fue perecedera. Hasta tal punto fue así, que es, al mismo tiempo, una línea divisoria adecuada para separar dos periodos de la Historia del Derecho Norteamericano. Cfr. FRIEDMAN, L.M.: *Introducción al Derecho Norteamericano* (1984), trad. Joan Vergé i Grau, Barcelona, Ed. Librería Bosch, 1988, pág. 63. En particular, sobre la incidencia en Holmes, WHITE, E. G.: *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993; NOVICK, S.: *Honorable Justice: The life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown and Company, Boston, 1989, p. 29-90; PORTELA VALENTÍN, O.G.: *Oliver Wendell Holmes Jr. y su obra: Una fusión sistemático-existencial*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2015. Disponible https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/15709/TESIS_ORLANDO_PORTELA.pdf;jsessionid=96F0590570744E2E2F4D6A2CC7EB61F9, págs. 119 y sigs.

⁴⁸MENAND, L.: *El Club de los Metafísicos. Historia de las ideas en América*, cit., págs. 39 y sigs., y 65 y sigs., con amplio manejo de los datos biográficos aportados directamente por Holmes y personalidades cercanas a él. En una perspectiva de conjunto, POSSNER, R.A. (ed.): *The essential Holmes*, Chicago, University of Ch. Press, 1992; elementos biográficos significativos de su trayectoria se recoge en PORTELA VALENTÍN, O.G.: *Oliver Wendell Holmes Jr. y su obra: Una fusión sistemático-existencial*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2015. Disponible https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/15709/TESIS_ORLANDO_PORTELA.pdf;jsessionid=96F0590570744E2E2F4D6A2CC7EB61F9, págs. 64 y sigs.

⁴⁹La influencia determinante de Holmes en el posterior realismo jurídico norteamericano es destacada por ALBERSTEIN, M.: *Pragmatism and Law: from philosophy to dispute resolution*, Ashgate, Vermont, 2002, espec., págs. 40 y sigs., y 88 y sigs.

⁵⁰El estudio más completo disponible sobre esta corriente de pensamiento jurídico es el que realizara PÉREZ LLEDÓ, J.A.: *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996; y en la misma doctrina estadounidense, UNGER, R.M.: *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, 1976, y KENNEDY, D.: *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, trad. Guillermo Moro, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2010, poniendo de manifiesto la presencia de la ideología en la decisión judicial y la tensión dialéctica entre decisión judicial versus legislación, págs. 73 y sigs., y 105 y sigs., respectivamente.

⁵¹PORTELA VALENTÍN, O.G.: *Oliver Wendell Holmes Jr. y su obra: Una fusión sistemático-existencial*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2015, disponible en abierto https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/15709/TESIS_ORLANDO_PORTELA.pdf;jsessionid=96F0590570744E2E2F4D6A2CC7EB61F9, págs. 454 y sigs. Las ideas de Holmes han influido en la evolución del desarrollo del pensamiento jurídico moderno en el Derecho Común Norteamericano. Ello es patente en las escuelas del realismo jurídico norteamericano, la escuela conocida como “Law and Economics”, y las llamadas escuelas críticas que tienen su génesis en el “Critical Legal Studies” e incluyen el llamado “Feminist Jurisprudence” y el “Critical Race Theory”.

Economics”⁵². Esta escuela está influida por el pragmatismo o, más propiamente, en su versión renovada de neopragmatismo que ha influido sin duda en la praxis judicial. Autores como Richard Posner han prestado una singular atención al pragmatismo en su aplicación en los procesos de decisión judiciales, y entiende que al pragmatismo judicial como algo práctico, instrumental, prospectivo, activista, empírico, escéptico, antidogmático y experimental. El pensamiento de Holmes ha inspirado –desde luego sin confundirse en absoluto con él- el modelo pensado por Stephen Breyer en su obra titulada *Active Liberty*, ideas que fueron luego replicadas en el libro *Making our Democracy Work: A Judge’s view*. Al igual que Posner, Breyer reconoce que su trabajo está influido por el pensamiento de otros jueces que tilda de pragmatistas: Holmes, desde luego, pero también Louis Brandeis, Harlan Fiske Stone, Felix Frankfurter y Learned Hand. Louis Breyer autodefine su aproximación a la interpretación constitucional y estatutaria como pragmática, entendiendo que dicho concepto es generalmente utilizado para abarcar los esfuerzos por considerar y evaluar las consecuencias de las decisiones jurídicas. Los jueces deben encontrar una interpretación que haga funcionar a las previsiones normativas de textura abierta para que ella alcance sus objetivos constitucionales o legislativos básicos⁵³.

Pero tampoco –como se indicó- se puede olvidar las conexiones de su pensamiento con el movimiento institucionalista impulsado por los autores como Thorstein Veblen (contemporáneo suyo y que había leído y que ejerció una influencia sobre él), uno de los grandes sociólogos y economistas institucionalistas más importantes de Estados Unidos. Holmes también leyó atentamente obras de sociología jurídica y filosofía del Derecho de su tiempo, como Eugen Ehrlich (cuyo libro *Grundlegung der Soziologie des Rechts*⁵⁴, llegó a calificarlo como el mejor libro que había leído en materia jurídica de cualquier jurista continental vivo de su tiempo), Georges Guvitch, y tuvo una relación intelectual, de influencia recíproca, con el teórico de la ciencia política Harold Laski, con el cual mantuvo una larga y habitual correspondencia⁵⁵. Harold Laski era por entonces una eminencia en la teoría política (entre otras cosas construyendo las bases del pluralismo social, político y jurídico de nuestro tiempo) y el pensador más destacado del socialismo

⁵² PORTELA VALENTÍN, O.G.: *Oliver Wendell Holmes Jr. y su obra: Una fusión sistemático-existencial*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2015. Disponible https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/15709/TESIS_ORLANDO_PORTELA.pdf;jsessionid=96F0590570744E2E2F4D6A2CC7EB61F9, págs.482 y sigs., y MERCADO PACHECO, P.: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, CEPC, 1994; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, Estudio preliminar a RIPERT, G.: Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CL.

⁵³ PIOMBO, HORACIO J. J.: “El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr. y la teoría predictiva del Derecho. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 43, (2020) pp. 189-218. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.08>

⁵⁴ EHRLICH, E.: *Grundlegung der soziologie des rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot 1913.

⁵⁵ Las cartas de Holmes a Harold J. Laski fueron publicadas en DE WOLF HOWE, M. (Ed.): *Holmes-Laski Letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Laski 1916-1935*, Vols. 1-2, Harvard University Press, Massachusetts, 1953.

las cartas de Holmes a Harold J. Laski, publicadas en DE WOLF HOWE, M. (Ed.): *Holmes-Laski Letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Laski 1916-1935*, Vols. 1-2, Harvard University Press, Massachusetts, 1953.

laborista inglés⁵⁶. La influencia fue recíproca, algo visible en la correspondencia entre ellos, pero también en sus trabajos doctrinales⁵⁷.

El realismo jurídico –que es una corriente de pensamiento jurídico plural y heterogénea– trató de renovar la teoría del conocimiento del Derecho, llevando a cabo aportaciones bien significativas⁵⁸: -La crítica de la alternativa iusnaturalista-positivismo, y la crítica de la ciencia jurídica del formalismo positivista. De este modo, se afirma, que la crítica al formalismo jurídico no tiene por qué representar un retorno del Derecho natural⁵⁹; -La configuración de la ciencia del Derecho como ciencia descriptiva (separación entre ser y deber-ser); -La delimitación de un concepto empírico del Derecho, partiendo de que la fuerza aparece como el contenido propio y específico de las normas jurídicas; -el replanteamiento de las relaciones entre validez y vigencia real de las normas (rechazo de la validez como carácter abstracto de las normas, y de la "fuerza obligatoria"); -La reelaboración, con instrumentos analíticos, de los conceptos jurídicos fundamentales; y, en fin, -El replanteamiento de la teoría de la interpretación-aplicación del Derecho, a partir de la negación del deductivismo.

⁵⁶ Véase la monografía de MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J.Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), (2021), pp. 298–377. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426>; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Harold J. Laski*, en *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* Editors: Mortimer Sellers, Stephan Kirste, Francesco Zanetti. Publisher: Springer. Publication date: 2020. ISBN (Electronic): 978-94-007-6730-0, 2020. Del propio Laski: LASKI, H.J.: *A Grammar of Politics* (1925), London, Allen and Unwin. Trad.esp., T. González García, *La Gramática de la Política. El Estado moderno*, revisión técnica, edición crítica y estudio preliminar, “La filosofía política de Harold J. Laski (pp. XV-CXVIII)”, a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; LASKI, H.J.: *Liberty in the Modern State* (1937), Harmondsworth, Penguin Books. Trad.esp., E. Warshaver, *La libertad en el Estado moderno*, Buenos Aires, Abril, 1945. Nueva edición, *La libertad en el Estado moderno*, revisión, edición y estudio preliminar, “Harold J.Laski y las trayectorias del socialismo democrático inglés”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020. LASKI, H.J.: *The Rise of European Liberalism: An Essay in Interpretation*, London, Allen and Unwin, 1936. Trad. española, *El liberalismo europeo*, México, FCE, 1939; LASKI, H.J.: *The State in Theory and Practice* (1935), London, Allen and Unwin. Trad.,esp., V. Herrero, *El Estado en la teoría y en la práctica*, Madrid, Edersa, 1936.

⁵⁷ Así, LASKI, H J.: “The Political Philosophy of Mr. Justice Holmes”, en *Yale Law Journal*, 40(5), págs. 683-695. Véase la recopilación de algunos de sus escritos, donde se recoge el referido ensayo sobre Holmes, LASKI, H.J.: *Derecho y política*, trad. Jesús Navarro de Palencia, Madrid, Edersa, 1933, que recoge, entre otros, “La filosofía política del magistrado Holmes”, “La técnica de los nombramientos judiciales”, “Reseña jurídica de política social”, “El procedimiento por desacato a los Tribunales”, “El Derecho en el Estado”, “La justicia y el Derecho”, etcétera.

⁵⁸ Véase HIERRO, L.L.: *El realismo jurídico escandinavo*, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1981 (2ª edición, Barcelona, Ed. Atelier, 2008); TARELLO, G.: *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, cap. I, págs. 1 a 67; MONEREO PÉREZ, J. L., & FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Por una concepción realista del derecho sindical: Giovanni Tarello”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 13(1), (2023) pp. 1–76. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7825>. Asimismo, la nueva edición revisada y actualizada, HIERRO, L.L.: *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2ª edición, revisada y abreviada, Madrid, E. Iustel, 2008.

⁵⁹ Véase GONZÁLEZ VICÉN, F.: «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo». *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid), t. VIII (1961), pág.73; ROSS, A.: *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, pág.57.

En el ámbito de la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho, los realistas escandinavos y los realistas americanos coinciden en afirmar que los jueces no realizan una función neutral ideológica y políticamente al aplicar, mediante la deducción, las previsiones normativas, sino que, por el contrario, realizan una actividad creadora al elaborar la regla aplicable, al interpretar y al asumir los hechos sobre los que recae su decisión.

El Derecho no aparecería concluso en la Ley de manera que se aplique a través de mecanismos de carácter lógico-formal. La decisión judicial se mueve en un amplio margen de discrecionalidad que no puede ser ocultado por la presentación del proceso decisorio como una deducción meramente lógica. Ese margen de discrecionalidad exige al operador jurídico la realización de un acto constitutivo y creador del Derecho nuevo. La teoría realista ratifica el importante margen de discrecionalidad de los jueces en los casos difíciles y la imposibilidad de aplicar mecánicamente el Derecho. Para los realistas la decisión del juez mantiene una relación más compleja con la norma general, no es una problemática de carácter psicológico, sino de naturaleza lógica mediatizada por los usos del lenguaje utilizado en la norma general. Su programa normativo remite a estructuras sociales, presentes en los hechos del caso (ámbito del ser). El proceso de aplicación del Derecho puede ser observado empíricamente, permanece ligado al contexto existencial o vital de la realidad social (es dado positivamente, y por ello susceptible de análisis), y -dejando a salvo las distancias pertinentes, derivadas de la falta de sintonía entre esa teoría empirista (propia de las teorías positivistas del Derecho) y la teoría hermenéutica de las normas⁶⁰ (la cual parte, entre otras cosas, de la superación de la distancia temporal entre el objeto y el sujeto de conocimiento)-, no estaría muy lejos en la práctica de la misma idea hermenéutica (puede servir acaso también de "puente" entre la filosofía analítica empirista y la hermenéutica) de que el sistema jurídico se modifica en el proceso de aplicación, esto es, se altera en alguna medida con cada decisión judicial sobre un caso particular⁶¹ (que pertenece al ámbito del ser), habida cuenta de aquella función creadora del Derecho por parte de los jueces. Es una de las misiones de la ciencia jurídica delimitar predictivamente las distintas decisiones posibles y, asimismo, el marco en que pueden tener lugar. Pero el *enfoque no puede ser absoluto dada la aleatoriedad y la constante alteración de las circunstancias sobrevenidas* en el momento de adoptar una decisión judicial concreta en el derecho del caso⁶².

De este modo, "el realismo jurídico (sobre todo el americano) trató de *desmitificar* la pretendida neutralidad y certeza de la actividad judicial, según los esquemas propios del modelo tradicional de argumentación. Quiere con ello que se tomara conciencia del poder

⁶⁰Para una visión de conjunto sobre la hermenéutica jurídica, puede verse SCHROTH,U.: "Hermenéutica filosófica y jurídica", en KAUFMANN,A.,HASSEMER,W. y ROBLES,G.(Ed.): *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Ed. Debate, 1992, págs.287 y sigs.

⁶¹Véase GADAMER,H.G.: *Verdad y método (Fundamentos de una hermenéutica filosófica)*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1993, quien afirma que "la generalidad bajo la que se subsume una particularidad sigue determinándose en virtud de ésta. El sentido jurídico de una ley se determina a su vez por la judicatura [jurisprudencia], y en general la generalidad de la norma se determina por la concreción del caso" (*Ibid.*,pág.648).

⁶²MONEREO PÉREZ, J.L.: "Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho", estudio preliminar a la obra clásica de ROSS,A.: *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI, en particular pág. XX.

judicial y situar el debate en términos ideológico-políticos”⁶³. Su intención era revalorizar la función judicial en cuanto función de responsabilidad esencialmente política, frente al intento autoritario "realista" de someter a los jueces al poder⁶⁴. Pero desmitificar la ciencia jurídica y realzar el papel de los jueces en la creación del Derecho y la regularidad de ciertos comportamientos como presupuestos de la decisión dirimente sobre las controversias jurídicas –como es propio de prácticamente todas las corrientes iusrealistas- no supone que Holmes desatienda el papel de la legislación cuyo centro es precisamente la Constitución Norteamericana (ratificada en 1787, y objeto de Enmiendas, como es obvio, en numerosas ocasiones); una Constitución que el propio Holmes consideró que era necesario adaptar “enmendar” para adaptar a los nuevos tiempos y lo demostró en su obra científica en sus votos particulares como Magistrado del Tribunal Supremo⁶⁵. Al fin y al cabo el Derecho es la herramienta de trabajo del jurista.

Ahora bien, el Derecho y la ciencia jurídica que lo tiene como objeto no puede, a riesgo de ser incomprendido e inoperante, dejar de vincularse y de servirse de otros saberes de las demás ciencias sociales. Tampoco puede desconocer que su objeto (el “Derecho”) no son sólo las normas jurídicas establecidas formalmente y preexistentes a la decisión judicial de una controversia jurídica, sino también la creación judicial de reglas jurídicas en la resolución de las mismas; creación judicial que nunca deberían proyectar sus preferencias ideológicas personales al juzgar, sino resolver con arreglo a los principios y valores amparados en el orden constitucional. En esto existen muchos puntos de contacto con autores como François Gény cuando construye la doctrina de la libre investigación científica dentro de un normativismo realista de textura abierta⁶⁶.

Sin embargo, cabe señalar críticamente que, como acontece en el realismo norteamericano, existe una gran despreocupación por el Derecho social entendido como en el marco del pluralismo jurídico a estilo del modo de pensar de autores de la talla de George Gurvitch, que era antiformalista y partidario de las fuentes extraestatales de producción de Derecho

⁶³MONEREO PÉREZ, J.L.: “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, estudio preliminar a la obra clásica de ROSS, A.: *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI, en particular pág. XX.

⁶⁴En este sentido, TARELLO, G.: *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, págs. 229 y sigs.

⁶⁵La Constitución Norteamericana es Derecho vivo porque se hace cumplir. Los tribunales no son los únicos guardianes del sistema constitucional, pero son unos guardianes poderosos e importantes. Cuando se habla de la Constitución como Derecho vivo, se entiende por ello, normalmente, las doctrinas y conceptos que los tribunales han formulado, desarrollado y extendido. De tal manera que la Constitución *es* lo que los jueces dicen que es. Lo que los jueces dicen pertenece al contexto de los casos reales. Estos son siempre producto de su tiempo. Reflejan las cuestiones sociales de la época y de este modo dichas cuestiones son la fuente principal del Derecho Constitucional. Cfr. FRIEDMAN, L.M.: *Introducción al Derecho Norteamericano* (1984), trad. Joan Vergé i Grau, Barcelona, Ed. Librería Bosch, 1988, págs. 212, y 218 y sigs.

⁶⁶Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “El pensamiento científico jurídico de Gény” a GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XVII-LXXV. También la recopilación de textos, GÉNY, F.: *La libertad en el Derecho entre certeza e incertidumbre*, Selección y traducción de textos al castellano de M. J. Bernuz Beneitez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

objetivo⁶⁷. Y ello es así porque en el fondo Holmes su concepción es monista-estatalista del Derecho, sea a través de la legislación de los poderes legislativos del Estado (parlamento y poder ejecutivo), o sea mediante el poder judicial (actividad práctica creadora del Derecho por parte de los jueces y tribunales de justicia). Ello constituye un límite importante a la aportación del realismo de Holmes y del subsiguiente movimiento denominado realismo jurídico norteamericano.

Se puede decir, en términos generales, que para el realismo jurídico se considera que los conceptos tipo-ideales de "norma", "derecho subjetivo", "obligación" y otras nociones semejantes no hacen referencia a una realidad diferente de la realidad social empírica, sino que remiten a fenómenos psíquicos sociales, pertenecientes al mundo del ser. Frente al realismo antinormativista, el realismo normativista de Ross no cae en la ingenuidad de desconocer la dimensión normativa del Derecho⁶⁸. Alf Ross, como en general los realistas de la escuela escandinava (mucho más que los realistas americanos), destaca la relevancia esencial de la idea de norma para el funcionamiento del Derecho y para la elaboración de una teoría del Derecho adecuada para aportar una comprensión y explicación satisfactoria de su objeto⁶⁹.

Los rasgos distintivos del realismo normativista (diferenciado en esto del específico realismo jurídico americano) se concretan en lo siguiente⁷⁰: a) es esencialmente monista, en el sentido de que las normas y el deber ser son esencialmente fenómenos de psicología social. No serían realidades ontológicamente diferentes de la realidad de los hechos empíricos. En este

⁶⁷Para su pensamiento jurídico, consúltese ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: «Pluralismo jurídico y Derecho Social», estudio preliminar a GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; MONEREO PÉREZ, J.L. y MÁRQUEZ PRIETO, A.: «La «Idea del derecho social» en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch», estudio preliminar a la obra clásica de GURVITCH, G.: *La Idea del Derecho Social*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. Para el pluralismo social de Gierke, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas», estudio preliminar a la obra clásica de GIERKE, O.v.: *La función social del Derecho privado y otros estudios*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015; y en el marco más amplio de la democracia pluralista y de la teoría crítica de las fuentes del Derecho extra-estatal, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021; MONEREO PÉREZ, J. L.: «De las declaraciones a la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales: la aportación de Georges Gurvitch», en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12(1), (2022) pp.166–273. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6323>.

⁶⁸Alf Ross pretende dar explicaciones de conductas sociales refiriendo a normas jurídicas, configuradas como abstracciones de comportamientos sociales, esto es, como ideología normativa de los jueces. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho», estudio preliminar a la obra clásica de ROSS, A.: *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

⁶⁹Véase, PATTARO, E.: *Elementos para una teoría del Derecho*, trad., y Est.preliminar de I. Ara Pinilla, Madrid, Ed. Debate, 1991, pág.125 y sigs., y cap. I.; MONEREO PÉREZ, J.L.: «Teoría jurídica de la democracia constitucional y conocimiento científico del derecho en el pensamiento del Han Kelsen», en *Revista derecho del trabajo*, núm. 38 (2023), págs. 195-247 ; MONEREO PÉREZ, J.L.: «La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen», en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12(2), (2022) pp.1–74. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370>

⁷⁰MONEREO PÉREZ, J.L.: «Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho», estudio preliminar a la obra clásica de ROSS, A.: *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI, en particular pág. XXI.

sentido el realismo normativista asume una concepción monista, en contraposición al pensamiento de Kelsen y al iusnaturalismo. b) Pero el realismo normativista "es divisionista", toda vez que acepta la diferenciación entre ser y deber ser, en términos de irreductibilidad lógica de los razonamientos prescriptivos a los razonamientos descriptivos, y viceversa. c) entiende, asimismo, el carácter esencial al fenómeno jurídico de la idea de deber; que las normas jurídicas no son actos de voluntad, en contraposición a Kelsen, el cual exige la existencia de un acto de voluntad en el origen de las normas; las normas jurídicas no son mandatos. Para esta corriente de pensamiento jurídico, las normas jurídicas no se identifican con la simple conducta de los jueces, por lo que se aparta del realismo ingenuo antinormativista, como, por ejemplo, el realismo norteamericano; y, por último, d) las normas jurídicas no actúan conforme al mecanismo de cálculo prudencial. Por ello mismo, el realismo normativista se aparta de las concepciones de Bentham, Austin y Kelsen, porque entienden la sanción como motivo de la obediencia al derecho⁷¹.

Con todo el realismo jurídico americano es uno de los grandes movimientos que han protagonizado la cultura jurídica contemporánea. Un movimiento realista que en la cultura jurídica se opone a la tradición formalista manteniendo una concepción instrumental respecto al Derecho.

Se puede señalar respecto de la crítica de la concepción tradicional del Derecho⁷² que la crítica a la concepción tradicional de la argumentación jurídica se resuelve en el intento de los realistas de examinar los presupuestos de dicha concepción (la elección del precedente es arbitraria; de la proposición que decide un caso es posible obtener un número arbitrario de reglas o proposiciones normativas generales con las que la proposición que decide el caso es compatible; dada una proposición normativa general, formulación legislativa en términos generales o regla extraída de un precedente o formulación doctrinaria que se adopta como premisa, es siempre posible encontrar soluciones de un mismo caso, que, aun siendo distintas entre sí, son todas lógicamente compatibles con la señalada proposición normativa general; la denominada regla hermenéutica, y la doctrina según la cual la interpretación correcta, es decir, la individuación correcta de una formulación normativa, es la que concretiza la intención del "legislador", no sirve para dar al operador un criterio único de decisión y, por ello, argumentar sobre la "intención" o argumentar basándose en las reglas hermenéuticas no sirve (aun en el caso en el que haya entre el argumento y el que debe decir, un acuerdo

⁷¹Véase PATTARO, E.: *Elementos para una teoría del Derecho*, cit., pág. 126.

⁷² Sobre los caracteres del realismo jurídico americano, véase TARELLO, G.: *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè Editore, 1962, cap. I.4, págs. 54 y sigs. TARELLO, G.: *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, traducción, edición y estudio preliminar, "Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello" (pp. VII-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

En una perspectiva, no siempre coincidente con la interpretación de Tarello, véase LEITER, B.: *Naturalismo y teoría del Derecho*, trad. y estudio introductorio de Giovanni Battista Ratti, Madrid-Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2012. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J. L., & FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "Por una concepción realista del derecho sindical: Giovanni Tarello", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 13(1), (2023) pp. 1-76.

acerca de atenerse a las reglas hermenéuticas y/o acerca de perseguir la intención del legislador) para garantizar que se alcance un resultado y no otro. Por otra parte, los realistas critican la inoperancia de los conceptos dogmáticos y la asunción de la lógica formal para resolver los problemas aplicativos del Derecho⁷³.

En relación al significado histórico del realismo jurídico americano, cabe observar que proponen una argumentación que toma la dirección no desde las premisas normativas aceptadas por el operador jurídico a cuya argumentación se dirige, sino que adopta la dirección desde los resultados –“hechos” y no “normas”- queridos por ese operador. Es así, que al problema de la argumentación jurídica se le da un *enfoque netamente instrumentalista*; un enfoque que presenta las dos características típicas de todo enfoque instrumentalista de los problemas concernientes al discurso prescriptivo, y por una parte la adopción de la relación medio-fin como un esquema cognoscitivo fundamental, y por la otra, la incapacidad para ofrecer respuesta al problema de los fines últimos sin salirse de los límites impuestos por la adopción del mismo esquema fundamental. Es significativo que si se evitan las generalizaciones apresuradas y se tiene presente el contexto histórico del realismo jurídico, es fácil comprobar cómo los ataques a la ideología tenían un significado histórico político completamente distinto en los dos casos (el americano y el europeo continental), pues mientras que en Europa la ideología de la independencia del poder judicial constituía (más allá en las ilusiones que en la realidad) un obstáculo a la supresión de las libertades civiles y políticas consumadas por el legislativo, en América la misma ideología constituía –en realidad- un obstáculo a la política social y las intervenciones económicas y sociales del legislativo federal; mientras en Europa se creía que –generalmente con error- el estamento judicial era –a menudo- celoso custodio de las libertades civiles y políticas, en América la clase judicial era –a menudo- celosa custodia de las libertades económicas individuales. De modo que cuando uno de los realistas (M. Radin), extrayendo las consecuencias de su teoría de la interpretación, propuso la “administrativización” de lo judicial, no hizo más que anticiparse a la ideología democrática roosveltiana según la cual las decisiones políticas corresponden a los representantes electores y no a los jueces, especialmente si son profesionales⁷⁴.

2.- La concepción del Derecho en Oliver Wendell Holmes Jr. en el contexto de “The Common Law”

El impacto de su libro *The Common Law* (el derecho consuetudinario) fue enorme desde su publicación. El primer gran estudio sistematizador del *Common Law* en Estados Unidos. En él cabe destacar la aportación metodológica y la decisión de utilizar exclusivamente criterios externos para evaluar la responsabilidad civil extracontractual. El criterio rector para la organización de “The Common Law” fue el mismo utilizado para

⁷³ TARELLO, G.: *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè Editore, 1962, Cap. V, págs. 221 y sigs.

⁷⁴ TARELLO, G.: *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè Editore, 1962, págs. 241-247.

presentar los “Lowell Lectures”, y estuvo basado en presentar a un público no exclusivamente especializado una organización coherente del Derecho Común a partir de los deberes⁷⁵. En aquella obra se lleva a cabo, por primera vez, un estudio completo del *Common Law*, con una presencia relevante del análisis histórico, sin perjuicio de la atención a la dimensión lógico jurídica y iusfilosófica. La historia permite comprender el sentido finalista de la norma, su razón de ser, pero la norma jurídica una vez creada se objetiva y ha de ser interpretada conforme a las condiciones y necesidades que impone el momento presente en que ha de ser aplicada para resolver las controversias. Las normas o reglas jurídicas en general son arquetipos de solución de controversias y todo arquetipo requiere un cierto nivel de abstracción que exige no sólo concreción, sino atención al contexto existente en la solución de los casos controvertidos. Las normas jurídicas, como los mismos precedentes, son un producto histórico que debe evolucionar, como verdadero Derecho vivo, según las exigencias del tiempo histórico. La generación precedente no puede determinar el futuro de las nuevas generaciones, sino tan sólo aportar su experiencia de contraste con las nuevas realidades de la vida del Derecho. De ahí la importancia de la actividad de los jueces no sólo para interpretar el Derecho vigente, sino también para crearlo “ex novo” llegado el caso⁷⁶.

En ella se planteaba una argumentación que aparentemente constituía una paradoja: los principios no deciden los casos, pues en la labor de la jurisprudencia se decide el caso primero y se determina el principio después. Para él el Derecho no tiene ningún aspecto “esencial”. Al afirmar que los jueces del Derecho consuetudinario decidían el resultado primero y luego inventaban una explicación plausible de cómo habían llegado al mismo, la implicación no era que el resultado se elegía al azar, sino que estaba dictado por “algo” diferente a la razón legal formal aducida después para fundamentarlo. Ello estaba relacionado con la afirmación –aserción- recogida en el inicio del *The Common Law*, conforme a la cual “la vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia”. No existe un orden ideal preexistente y determinante conforme al método del caso conforme

⁷⁵ Véase, en una perspectiva principalmente biográfica PORTELA VALENTÍN, O.G.: *Oliver Wendell Holmes Jr. y su obra: Una fusión sistemático-existencial*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2015, disponible en https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/15709/TESIS_ORLANDO_PORTELA.pdf;jsessionid=96F0590570744E2E2F4D6A2CC7EB61F9, págs. 366 y sigs., y la bibliografía allí citada. El autor hace notar que “The Common Law” es un libro cuyos capítulos son el resultado de la unión lógica de varios trabajos realizados en distintos momentos de su vida, junto a otros temas más recientes, y cuyo resultado final es una obra donde la metodología utilizada en los diferentes capítulos presenta algunas diferencias entre sí. libro que se nutrió en gran parte de los artículos antes mencionados y al no estar dichos artículos situados en orden histórico, el libro tiende a presentar capítulos donde se hace mayor énfasis en el aspecto histórico, mientras en otros el aspecto de la política pública resulta dominante. los capítulos que mejor resumen la metodología que había desarrollado Holmes en los artículos publicados en el “American Law Review” son los capítulos siete, ocho y nueve. Estos capítulos versan sobre el tema de Contratos, tema que al ser abordado por primera vez por Holmes, le ofreció una singular oportunidad de poner en función su visión del Derecho. (*Ibid.*, págs. 368 y sigs.). Le sirve de apoyo, WHITE, E.G.: *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, pág. 172.

⁷⁶HOWE, M.W.: *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, pág. 185.

había postulado Christopher Columbus Langdell⁷⁷, de manera que la lógica no es lo que está vivo en el Derecho; es la experiencia que remite a la interacción del organismo humano con su ambiente (creencias, sentimientos, costumbres, valores, políticas, prejuicios, y en definitiva, lo que él denominaba “las necesidades percibidas de la [cultura de la] época). Para Holmes la experiencia no es reconducible a proposiciones, de manera que “las profecías de lo que los tribunales harán de hecho, y nada más pretencioso, son lo que quiero decir por el Derecho” (teoría de la predicción del Derecho sobre el modo en que actuarán los jueces, que permite que los destinatarios acomoden su conducta las obligaciones jurídicas ya establecidas en el orden jurídico). El Derecho se resuelve empíricamente en su realización judicial y en la experiencia jurídica; la experiencia no es individual e interna sino colectiva y consensual, siendo social no psicológica la sustancia del Derecho en cualquier tiempo concreto se corresponde –en gran medida, hasta donde es posible-, con lo que entonces se entiende que es conveniente. Al final, el Derecho no es, en su filosofía jurídica, nada más ni nada menos que lo que hacen los jueces⁷⁸; pero matizando que éstos no operan en un vacío de pretendida inexistencia de un orden jurídico general.

Su pensamiento queda condensado en el inicio del primer capítulo de su obra *The Common Law* cuando afirma que: “Este libro tiene por objeto presentar una visión general del *Common Law*. Para la realización de tal tarea se necesitan otros instrumentos además de la lógica. Ya es algo mostrar que la consistencia de un sistema exige un resultado particular, pero eso no es todo. *La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia*. Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones del orden público, reconocidas o inconscientes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres. El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos y no puede ser estudiado como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Al fin de saber lo que es, debemos saber lo que ha sido y lo que tiende a ser. Debemos consultar alternativamente tanto la historia como las teorías jurídicas existentes. Pero la tarea más ardua consistirá en entender, en cada etapa, de qué manera ambas cosas se combinan en nuestros productos. En cualquier momento dado la substancia del derecho corresponde muy de cerca –hasta donde quepa- con lo que en ese momento se entiende por conveniente, pero su forma y mecánica, como así también el grado en el que puede llegar a producir los resultados, dependen en mucho de su pasado”⁷⁹. Así pues, para Holmes toda teoría o construcción jurídica tiene que estar vinculada a la realidad de la vida en la acontece la controversia jurídica, por más que ello

⁷⁷ Un semblanza de este pensador, en KIMBALL, B.: “Christopher Columbus Langdell (1826-1906)”, en DOMINGO, R. (ed.): *Juristas Universales*, Vol. III, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004, págs. 354-361.

⁷⁸ Véase MENAND, L.: *El Club de los Metafísicos. Historia de las ideas en América*, cit., págs. 344 y sigs.

⁷⁹ HOLMES JR, O. W.: *The Common Law* (1881, 1909, 1923), traducción de la 45 edición, Fernando N. Barrancos y Vedia, edición, revisión y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, pág. 1. (15 de la traducción originaria).

no vaya en detrimento del análisis conceptual en la perspectiva lógico jurídica. Pero en la vida del Derecho rige ante todo la experiencia, porque el Derecho es Derecho vivo, de manera que el Derecho tiene una función instrumental y legitimidad tiene que valorarse por su efectividad para resolver controversias conforme las realidades sociales del momento: una sociedad que cambia exige siempre una renovación del Derecho y de la formación de las decisiones judiciales. Es el tiempo del Derecho mediatizado por la experiencia jurídica de los operadores jurídicos. Y aquí la decisión de juez se desenvuelve en un amplio margen de discrecionalidad y de “arbitrio” (no arbitrariedad), pues lo que importa el Derecho vivo es servir a la sociedad organizada de la cual emana, sin reducir la aplicación del Derecho al silogismo de subsunción. Cuando el juez aplica el Derecho y resuelve una controversia colabora con el legislador dictando una regla o norma judicial concreta, aunque no una norma de eficacia general⁸⁰. Dada la función instrumental del Derecho, éste ha de servir a los intereses de la sociedad bajo una marcada orientación finalista que atiende al desarrollo cambiante de la vida social. Y para materializar esta función instrumental el juez ha de estar en posesión de un saber interdisciplinar y pesa sobre él el deber de adaptación del orden jurídico a los cambios sociales; y si resulta necesario ha de crear conceptos o categorías jurídicas adecuadas al tiempo donde se ha de dirimir la controversia jurídica⁸¹. Como se ve –y a pesar de la afirmación del nexo existente entre el Derecho y la sociedad en que se inserta- el Derecho en Holmes es irreductible a su identificación con la sociología jurídica.

Aquí están presentes las ideas fuerza que sirven de columna vertebral a su modo de pensar realista y pragmático. Encontramos la concepción del Derecho como *experiencia* (que nos conectará con autores posteriores tan lúcidos como Capograssi⁸² o, en cierto modo, con Carnelutti); la inevitable inserción del Derecho en la sociedad; el papel de la cultura en la vida del Derecho y de sus intérpretes; la imposibilidad de reducir el Derecho –y más

⁸⁰ Para esta distinción, véase NIETO, A.: *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ed. Ariel, 2000, págs. 201 y sigs., que señala que el arbitrio judicial no es una alternativa a la legalidad sino su complemento imprescindible. De ordinario, y no como excepción, el juez modaliza la aplicación de la ley introduciendo un elemento arbitrado (no arbitrario) que ayuda a concretarla y a adaptarla a las circunstancias del caso. Esta concepción se opone al positivismo legalista.

⁸¹ Resulta significativa la cercanía de enfoque de Holmes con algunas de las ideas planteadas por Luhmann, señaladamente cuando reflexiona sobre los “conceptos jurídicos adecuados a la sociedad” en cada momento. Véase, LUHMANN, N.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974), trad. Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983, cap. V, págs. 93 y sigs. Luhmann aporta la idea de no sustituibilidad ni dependencia del sistema jurídico respecto del sistema social, a pesar de una necesaria interconexión. Así, afirma paradigmáticamente: “‘Adecuación a la sociedad’ no quiere significar que los conceptos jurídicos deban ser en definitiva conceptos sociológicos o deban reflejar de modo adecuado la sociedad. Esto estaría en contradicción con la diferenciación de sistemas y de función de sistema entre el sistema social y el sistema jurídico como sistema parcial del sistema social. *Adecuación significa tan sólo que se logre la transformación conceptual del problema al sistema jurídico (...)*. Por ello el criterio de la adecuación solamente se puede referir a las reducciones con las que el sistema jurídico desarrolla su *función específica en toda la sociedad*, siempre que se le requiere” (*Ibid.*, págs. 97-98).

⁸² CAPOGRASSI, G.: *Il problema della scienza del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1962, donde afirma la concepción de la experiencia como presupuesto de la elaboración de la ciencia de la ciencia jurídica y como idea constitutiva de la misma (*Ibid.*, págs. 41 y sigs. 126 y sigs.; y más aún la ciencia y el carácter inacabable de la vida jurídica, en una interrelación inevitable entre la ciencia y las variaciones de la experiencia (*Ibid.*, págs. 197 y sigs., y 235 y sigs.)).

ampliamente el fenómeno jurídico- a la lógica formal; la distinción entre “materia” y “substancia”; la necesidad de utilizar un método jurídico vinculado al conjunto de las ciencias, o mejor, saberes sociales, etcétera.

No es baladí detenerse un poco en las confluencias de pensamiento la concepción del Derecho como experiencia. Desde la perspectiva existencial el Derecho es parte indisociable de la vida y no puede ser observado y comprendido tan sólo desde un punto de vista teórico. Conocer la experiencia es vivirla en la praxis. Para Capograssi en la base del Derecho está regular y resolver el conflicto de intereses que surgen en la vida humana en cuya tarea se resuelve la experiencia jurídica atendiendo al fin perseguido por el orden jurídico. Para él la experiencia jurídica no se agota en la ley, pero ésta no es el único momento de la experiencia jurídica, pues la experiencia pasa por la observancia efectiva del Derecho en la sociedad y su realización en la actividad judicial. La experiencia jurídica forma parte de experiencia y fines de una sociedad organizada y por ello mismo lo jurídico no puede ser aislado de los demás órdenes que integran el mundo de la vida y se mueve en la dialéctica entre vida y forma como problemática inherente de la realidad del Derecho⁸³. Es así que el Derecho no es una mera técnica de organización social –que lo es también-, sino que el ámbito de lo jurídico se inserta y se interrelaciona con los demás ámbitos sociales. La misma ciencia jurídica no puede dejar de establecer ese diálogo con la filosofía y las ciencias sociales que se implican en la experiencia jurídica⁸⁴. De ahí que en el pensamiento de Capograssi se combinen la dimensión idealista y realista del Derecho como experiencia.

Como se puede apreciar la puesta en valor de la experiencia jurídica en el campo de la filosofía es un ámbito que no queda reservado al pragmatismo americano, donde sobresalen John Dewey, William James y Charles Sanders Peirce⁸⁵. Los puntos de

⁸³ CAPOGRASSI, G.: *Il problema della scienza del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1962, cap. II, págs. 43 y sigs.

⁸⁴ CAPOGRASSI, G.: *Il problema della scienza del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1962, Cap. VI (La ciencia y la inagotabilidad de la vida jurídica), págs. 197 y sigs., y Cap. VII (“Ciencia y Experiencia. Identidad de los dos problemas”), págs. 235 y sigs. No es de extrañar su influencia en juristas de la talla de Francesco Carnelutti, Norberto Bobbio, Renato Treves, Cotta, Satta, Orestano, Lombardi, o Frosini.

⁸⁵Una útil perspectiva de conjunto en PÉREZ DE TUDELA, J.: *El pragmatismo americano: acción racional y reconstrucción del sentido*, Madrid, Ed. Cincel, 1988, con amplia referencia bibliografía hasta esa fecha. Sobre el nexo del naturalismo y el pragmatismo en la teoría del Derecho del realismo jurídico, puede consultarse LEITER, B.: *Naturalismo y teoría del Derecho*, trad. y estudio introductorio de Giovanni Battista Ratti, Madrid-Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2012, págs. 67 y sigs. (“Naturalismo y pragmatismo en la teoría del derecho”). En una perspectiva amplia se puede afirmar que “la caracterización de todas las corrientes que determinan al Derecho explicándolo como mera realidad, y, consiguientemente, como ciencia de la realidad y como su método causal, puede designarse, conforme al modo de hablar de Nietzsche, como naturalismo”. Cfr. WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. 517 y sigs. Observa que al ser el Derecho una manifestación social en su aspecto de realidad, fue sometido a igual consideración por los sociólogos y por los pensadores juristas por ellos influidos (como, sobre todo, R.v. Ihering, F. v. Liszt, Ehrlich, F. Heck, H.U. Kantorowitz, etcétera). También el Derecho ha de explicarse causalmente como manifestación de la realidad. La eterna cuestión acerca de la “esencia del Derecho” asumió para este naturalismo jurídico la forma de expresión peculiar de lo que se inquiera bajo la soberanía de la ley causal de las ciencias naturales respecto del

conexión más significativos con Holmes se localizan más en las posteriores elaboraciones del pragmatismo de John Dewey, desde la reconstrucción de la filosofía a través de la experiencia distinguió entre el viejo y el nuevo individualismo que podría compartir en gran medida Holmes⁸⁶.

También considera imprescindible hacer un uso dialéctico de la historia, evitando determinismos de cualquier clase y desde una perspectiva instrumental: “Haré uso – afirma– de la historia de nuestro Derecho *en tanto sea necesario para explicar una concepción o para interpretar una regla, pero no más allá*. Esto implica dos errores que deben ser igualmente evitados por el escritor y por el lector. Uno de ellos consiste en suponer que porque una idea nos parezca ahora muy familiar y natural, siempre ha sido así. Muchas cosas que actualmente damos por sentadas han tenido que ser conquistadas en el pasado tras duras luchas o profundas meditaciones. El otro error es el opuesto, que consiste en esperar demasiado de la historia. Comenzamos con el hombre completamente desarrollado. Puede suponerse que el bárbaro primitivo cuyas prácticas han de ser consideradas, tenía, en buena medida, nuestros mismos sentimientos y pasiones”⁸⁷.

Esta concepción combina la necesidad de “explicar” el Derecho (sus fines, sus causas de todo tipo) y de “comprenderlo” (en el sentido incorporado a las reglas o disposiciones normativas). (Es una anticipación importante para el desarrollo de la ciencia jurídica que el propio Holmes ya había abordado en otras investigaciones)⁸⁸. Se ha observado, contemporáneamente, que en la perspectiva de un realismo naturalista la ciencia del Derecho debe investigar sobre las “causas” que determinan que ciertas decisiones sean tomadas por determinados jueces o tribunales, lo cual permitiría predecir las decisiones judiciales futuras y, por tanto, los cambios de interpretación que se llevarán a cabo cuando

fundamento evolutivo, de la causa eficiente, y, bajo el influjo del concepto de evolución biológico. Para Wieacker el naturalismo jurídico renuncia, criticablemente, a entender el Derecho como valor. Con él se sigue un procedimiento atribuido a una ciencia que pretende describir y explicar las manifestaciones de la realidad del Derecho, pero no manejarlo justamente, no existe denegación alguna, ni tampoco ceguera, del valor de justicia del Derecho, del mismo modo que tampoco puede ser útil el examen material de los signos de un escrito para comprender su significado.

⁸⁶Véase DEWEY, J.: *Viejo y nuevo individualismo*, introducción de R. del Castillo, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 2003, señaladamente, Cap. 5 (“Hacia un nuevo individualismo”), págs. 103 y sigs. Que su liberalismo es social se evidencia rastreando toda su obra, paradigmáticamente, pudo afirmar: “... el liberalismo a la antigua usanza concebía la actividad económica de los individuos tomados por separado como un medio para el bienestar social, pero también como un fin. Es necesario invertir el enfoque y concebir la economía socializada como medio y el desarrollo libre de la persona como fin”. Cfr. DEWEY, J.: *Liberalismo y acción social*, Valencia, Ed. Alfons el Magnànim, 1996, págs. 116-117.

Sobre su liberalismo social puede consultarse RYAN, A.: *John Dewey and the High Tide of American Liberalism*, Nueva York, Norton, 1995.

⁸⁷HOLMES JR, O. W.: *The Common Law* (1881, 1909, 1923), traducción de la 45 edición, Fernando N. Barrancos y Vedia, edición, revisión y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, pág. 2. (16 de la traducción originaria).

⁸⁸Puede consultarse, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Conocimiento y crítica del Derecho”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 37 (2007); *Ibid.*, “Por una teoría comprensiva y explicativa del Derecho”, en ELÓSEGUITXASO, M., y GALINDO AYUDA, F. (Coords.): *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Profesor Juan José Gil Cremades*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008

los hechos del caso provocaran en ellos, atendiendo a factores sociales y culturales (actitudes ideológicas y valores asumidos -o subyacentes en modo de pensar- por los jueces), la exigencia pragmática de modificar la atribución de significado a ciertas fuentes que se venían realizando hasta el momento de adoptar la decisión. Ello sería coherente con cierta concepción del realismo según la cual de ordinario los jueces alcanzan decisiones basadas en lo que ellos piensan que es justo en relación con los hechos del caso controvertido, más que sobre la base estricta y lógico-jurídica de las preexistentes reglas jurídicas aplicables⁸⁹.

Para él, el Derecho es ante todo experiencia, siendo la lógica un componente más de la vida del Derecho (la aludida aseveración, “la vida del Derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”). Bajo la influencia de Ihering, realzará que el Derecho no es una maquinaria de precisión matemática. Ihering había observado que frente a la jurisprudencia de conceptos –que si situaba en el cielo de los conceptos jurídicos- el Derecho es vida, es Derecho en acción movido por la trama de los intereses y fines sociales que están implicados inevitablemente en la política del Derecho que inspira las reglas jurídicas y la práctica judicial⁹⁰. También para Holmes el Derecho es una disciplina práctica orientada a la acción, no puede basarse en conceptos y categorías abstractas incapaces de captar la realidad jurídica; ha de ponderar los intereses en juego y necesariamente tiene que servirse de otras disciplinas (en particular la historia), pero sin perder su función típica específica en la vida del Derecho la cual se resuelve ante todo en la experiencia para evidenciar y conformar conceptos adecuados a la función y fines que inspiran el orden normativo. En realidad, el movimiento llamado “realismo” en Estados Unidos se origina en Holmes, que rechaza el criterio de que el Derecho es una entidad abstracta preexistente y que espera ser encontrado por un juez, y afirman, por lo contrario, que es en gran medida *hecho* por el juez⁹¹. Pero hecho por el juez atendiendo a los fines considerados como justos en el orden jurídico que se ha dado la sociedad. De tal manera que en Holmes la decisión judicial no opera en el vacío, pues el pensamiento realista de Holmes no puede equipararse a la corriente del realismo jurídico americano que después lo reclamaría como su precedente inspirador (y que efectivamente lo fue por su crítica al formalismo jurídico y al conceptualismo abstracto). La decisión judicial materializa el Derecho-norma preexistente a la vez que es capaz no sólo de recrear, sino de crear nuevos órdenes

⁸⁹ LEITER, B.: *Naturalismo y teoría del Derecho*, trad. y estudio introductorio de Giovanni Battista Ratti, Madrid-Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2012, págs. 118-119 y 55 y sigs.

⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ihering, ensayo de explicación”, estudio preliminar a IHERING, R.von: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. por Enrique Príncipe y Satorres, Revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición especial íntegra en su sólo volumen (de los 4 tomos originarios), 1ª edición, 1998, 2ª edición, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011, págs. XVII-LXXIX; *Ibid.*, “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho”, estudio preliminar a IHERING, R.von: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, Granada, Ed. Comares, 1ª edición, 2008, 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011, págs. VII-LVII.

⁹¹ WHITE, M.G.: *Social Thought in America, The Revolt Atgains Formalism* (1949), 59-75, 103-6; STONE, J.: *El Derecho y las ciencias sociales en la segunda mitad del siglo* (1966), trad. Remigio Jasso, México, FCE, 2ª ed., 1973, pág. 26, que observa que “la revuelta contra el formalismo”, por medio de la cual Morton White caracterizó en 1949 las tendencias de las modernas ciencias sociales, maduró antes en la jurisprudencia que en las ciencias sociales (*Ibid.*, pág. 24).

normativos para la realización de los fines del orden jurídico. El juez aplica el Derecho (las proposiciones generales preexistentes a la decisión) y crea el Derecho (decisiones en casos donde no están disponibles esas proposiciones generales o se muestran decididamente obsoletas o inadecuadas para afrontar la resolución del caso concreto), pero siempre opera sobre la base de un razonamiento jurídico que excluye la lógica-deductiva (un saber jurídico cientifista, de verdades incommovibles y un razonamiento judicial con pretensiones de neutralidad respecto a fines y valores), en favor de una lógica-inductiva de impronta jurídico-material que atiende a intereses y valores y su ponderación y a la decisión judicial atenta al cambio jurídico en razón del cambio social. Y cuando procede de este modo, no lo hace arbitrariamente, sino sobre la base de un orden jurídico que contiene normas de principios y valores de textura abierta a partir de un núcleo morfológico básico o esencial. Él afirma la existencia de principios fundamentales consagrados en el orden jurídico y lo hace tanto en sus obras “doctrinales” como los razonamientos de sus votos particulares. Holmes subrayó la idea de que la Constitución –Ley Fundamental del pueblo- de Estados Unidos ha subsistido en el tiempo precisamente por su capacidad de adaptación a través de un desarrollo dinámico donde los legisladores junto a los jueces tienen un importante papel⁹². En uno de los votos discrepantes afirmó con contundencia que: “La libertad del ciudadano de hacer lo que le plazca en la medida en que no interfiera con la libertad de otros de hacer lo mismo, que ha sido un lema para algunos escritores bien conocidos, es alterada por las leyes educativas, por la Dirección General de Correos (*Post Office*), o por cualquier institución estatal o municipal que recaude dinero para fines considerados deseables, tanto si a él le gusta como si no. La decimocuarta enmienda no concede validez jurídica a la *Social Statics* del señor Herbert Spencer”⁹³. O cuando hace notar respecto a la apertura constitucional a los cambios sociales que “no hay nada que deplora más que la utilización de la Decimocuarta Enmienda para evitar la realización de experimentos sociales que una parte importante de la comunidad desea”⁹⁴.

Para Holmes la cuestión central en la aproximación al Derecho es la “predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia”⁹⁵. En este orden de ideas, señala que “precisamente para hacer las profecías más

⁹²HOLMES, O.V.: *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, estudio preliminar y traducción de César Arjona Sebastià, Ed. Iustel, Madrid, 2006. Hay una interesante recensión de obra por LLOREDO ALIX, L., en *Derechos y Libertades*, Núm. 17, Época II, junio (2007), págs. 253-262. Puede consultarse, más ampliamente, FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El *justice* Oliver Wendell Holmes: The Great dissenter de la *Supreme Court*”, en UNED. Teoría y realidad constitucional, núm. 25 (2010), págs. 129-166. www.juridicas.Unam.mx”,

⁹³ HOLMES, O. W.: *Lochner vs. New York*, 198 U. S. 45 (1905), recogido en HOLMES, O.V.: *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, estudio preliminar y traducción de César Arjona Sebastià, Ed. Iustel, Madrid, 2006, págs. 77 y sigs.

⁹⁴ HOLMES, O. W.: *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312 (1921), en la obra recopilatoria antes citada, pág. 62 y sigs. En este sentido de apertura a la vida afirmará también que la Constitución como Ley Fundamental que el pueblo se ha dado así mismo “como toda la vida es un experimento”. Cfr. HOLMES, O. W.: *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), en op.cit., págs. 141 y sigs.

⁹⁵HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, trad. y Prólogo de Eduardo Ángel Russo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, pág. 15.

fáciles de recordar y comprender es que las enseñanzas de las sentencias del pasado se vuelcan en proposiciones generales y se las reúne en libros de texto; por idéntica razón las leyes son sancionadas en forma general. Del mismo modo, los derechos y deberes y derechos fundamentales de que se ocupa la ciencia del Derecho no son otra cosa que profecías”. Hace notar que “lo que llamamos obligación o deber jurídico no es sino una predicción de que si una persona realiza o deja de realizar ciertos actos deberá sufrir de esta o aquella manera la sanción de un tribunal de justicia; -y otro tanto puede decirse de la facultad jurídica o derecho subjetivo”. Para él en cierto sentido el Derecho es *siempre actual*, toda vez que “las colecciones de fallos de una jurisdicción determinada, durante el curso de una generación, abarcan prácticamente todo el ordenamiento jurídico y *lo reformulan desde el punto de vista actual*. Si todos los repertorios del pasado se quemaran de improviso, siempre podríamos reconstruir el *corpus* del Derecho en base a las sentencias de *nuestra generación*”. Y ello es así, porque “el uso de los repertorios más antiguos es principalmente histórico”⁹⁶.

Holmes cree que en el ordenamiento jurídico se pueden “establecer algunos principios básicos” que aspiran a emplearlos como herramienta de trabajo en la formulación de nuevas profecías”⁹⁷. Para una correcta comprensión considera necesario evitar una frecuente confusión entre Derecho y Moral. Para verificar esta distinción utiliza el estándar del “mal hombre”. Afirma que “si queremos conocer el Derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien solo le importan las consecuencias materiales que gracia a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre, que encuentra razones para su conducta –dentro o fuera del Derecho- en los mandamientos de su conciencia. No es menor la importancia teórica de la distinción a los fines de un recto razonar”. Y es que, subraya, “el Derecho está lleno de fraseología tomada a préstamo de la Moral y por la simple fuerza del lenguaje nos invita continuamente a pasar de un dominio al otro sin percibirlo, invitación que no sabremos resistir a menos que tengamos permanentemente en cuenta la línea fronteriza entre ambos campos”⁹⁸.

En esta línea de razonamiento se interroga sobre ¿Qué es el Derecho? y en tal sentido entiende que más que un sistema de razón, que es deducción a partir de principios o axiomas universalmente aceptados, o cosas parecida, que puede coincidir con las sentencias judiciales, el Derecho es ante todo –en la perspectiva del “mal hombre”- “las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos”⁹⁹ y adoptando el punto de vista del “mal hombre”. Para él lo que más importa es el “*Derecho en funcionamiento*”¹⁰⁰.

⁹⁶ HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, trad. y Prólogo de Eduardo Ángel Russo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, págs. 16-17.

⁹⁷ HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, cit., pág. 17.

⁹⁸ HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, cit., págs. 18-19.

⁹⁹ HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, cit., págs. 20-21.

¹⁰⁰ HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, cit., pág. 22.

La confusión entre Derecho y Moral exigiría una depuración del lenguaje en el Derecho: “Personalmente –afirma-, muchas veces he pensado si no sería preferible expurgar completamente del vocabulario del Derecho todas las palabras que contengan implicaciones morales adoptando en su reemplazo otros términos que transmitan sólo ideas jurídicas desprovistas de todo tinte ajeno al Derecho mismo”¹⁰¹.

Piensa Holmes que existe una “falacia” que “consiste en la noción de que la única fuerza operante del desarrollo del Derecho es la Lógica”. Es cierto que en un sentido amplísimo, “es verdad que el Derecho, como todo otro objeto, está hecho a un desarrollo lógico”. El gran peligro “no reside en la admisión de que los principios que regulan otros fenómenos regulan también el Derecho, sino en la noción de que un determinado *sistema jurídico* – el nuestro, por ejemplo-, puede ser construido, como las matemáticas, a partir de ciertos axiomas generales de conducta. Este es el error natural de las escuelas, pero no les es exclusivo”. No existe una “solución exacta. Quienes así piensan muchas veces critican la práctica de la disidencia judicial en los tribunales colegiados, como si ella simplemente significara que la mayoría o la minoría se ha equivocado en la suma, y que, de haberse hechos las cosas con más preocupación y detenimiento, la unanimidad habría sido inevitable”. En esta forma de pensar influye la enseñanza del Derecho en las Facultades. En efecto, considera que, “Esta forma de pensar es completamente natural. La preparación de los abogados es preparación en Lógica. Los procesos de analogía, especificación y deducción hacen al ambiente intelectual del jurista. El lenguaje de las sentencias judiciales es, sobre todo, el lenguaje de la Lógica. Y la forma y el método de la lógica satisfacen esa *ansia de certidumbre* y de reposo que alberga toda mente humana. *Pero generalmente la certidumbre no es más que una ilusión*, y el reposo no es el destino del hombre”. Y ello es así, porque “*Detrás de la forma lógica yace un juicio acerca del valor y la importancia relativos de fundamentos legislativos contrapuestos*, un juicio que permanece generalmente inarticulado e inconsciente, es verdad, pero que no por ello deja de ser raíz y nervio de todo proceso”¹⁰². Hay que tener en cuenta “la importancia relativa de los intereses en juego”, que pueden variar en diferentes tiempos y lugares. Que el orden normativo es necesario; que la actividad del juez ha de responder a esa necesaria ponderación de los intereses en juego; y que la libertad del individuo nunca puede ser absoluta por los límites que impone la comunidad, es algo que queda claro en su crítica al darwinismo social de Herbert Spencer¹⁰³. Se ha dicho, con acierto, que nuestro autor “formaba parte de la generación que se había sentado a los pies de Darwin y Spencer, pero nunca pudo compartir plenamente la perspectiva darwinista. Su darwinismo estaba temperado por un escepticismo innato que le hacía imposible aceptar el dogmatismo de los juristas discípulos de Spencer”¹⁰⁴. Eso no le impide, sin embargo, afirmar –bajo la

¹⁰¹ HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, cit., pág. 27.

¹⁰² HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, cit., págs.28-29.

¹⁰³ Explícitamente, HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, cit., págs. 30-31.

¹⁰⁴ SCHWARTZ, B.: *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, trad. Enrique Alonso, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Ed. Civitas, 1980, pág.59, que añade: “Tempranamente, en 1873,

penetrante influencia de Ihering- que en el Derecho impera la tensión entre la lucha -el conflicto- y el consenso siempre inestables. Y se trata, es cierto, de una función que es inherente al Derecho como instrumento de institucionalización y resolución de los conflictos.

La crítica a Spencer es significativa porque el clima de la época era muy favorable a las orientaciones del pensamiento individualista liberal¹⁰⁵ (en sí fue muy penetrante en el “Club de los Metafísicos”¹⁰⁶) y entraba ya, en su tiempo, en contraste con otras direcciones de política del Derecho de carácter más social. Todo ello muestra, según piensa Holmes, “la falacia de la forma lógica”¹⁰⁷.

La figura del “dissenting opinión”, voto particular, “opinione dissenziente”, “Sondervotum”, “opinion disidente” o “voto de vencido”, que con todas estas denominaciones se le identifica habitualmente. La relevancia de su acogida o rechazo es significativa, porque no cabe desconocer que se trata de una figura bivalente, que aun cuando ostenta una naturaleza jurídico-procesal, presente unos perfiles de política del Derecho innegables. En tal sentido es harto significativo cómo los “judicial dissents” se han incorporado desde los orígenes al sistema judicial norteamericano y considerando la disidencia como un derecho del juez. Entre esos disidentes sobresale como figura fundacional, Holmes, mostrando el carácter ilusorio de una búsqueda de certeza absoluta¹⁰⁸. Él fue una *liberal dissent* en el sentido de esta expresión en Estados Unidos, que se aparta del liberalismo individualista y alcanza a un liberalismo progresista. Su filosofía liberal le hacía proclive a la tolerancia¹⁰⁹, al compromiso y al intercambio de

escribía: ‘Siempre nos ha parecido anómalo que los que creen en la teoría de la evolución y en el desarrollo natural de las instituciones, mediante la adaptación sucesiva al medio, pudieran dedicarse a construir una teoría del poder público con miras a establecer sus límites para siempre mediante un sistema deductivo derivado por medio de la lógica de axiomas generales’” (*Ibid.*, 59).

¹⁰⁵Sobre el darwinismo social de Spencer, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: “La ideología del ‘darwinismo social’: La política social de Herbert Spencer (I y II), en *Documentación Laboral*, núm. 87 (2009) y 90 (2010). En su concepción estaba incrustada también la idea optimista y espontánea del progreso a través del “laissez faire” sin la intervención del Estado. señaladamente, BENJAMIN, W.: *Angelus Novus*, edición y estudio preliminar, “La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, modernidad y progreso” (pp. IX-CIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2012; SOREL, G.: *Las ilusiones del progreso [Estudios sobre el Porvenir social]*, edición y estudio preliminar, “El pensamiento socio-político de George Sorel” (pp. XI-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2011; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La idea de progreso en Herbert Spencer: teoría e ideología”, estudio preliminar a SPENCER, H.: *Instituciones industriales*, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009, págs. VII-XLVI; CASTELAR, E.: *La fórmula del progreso. Discursos*, edición y estudio preliminar, “El republicanismo liberal y la idea de progreso: Emilio Castelar” (VII-LVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2010.

¹⁰⁶ Véase MENAND, L.: *El Club de los Metafísicos. Historia de las ideas en América*, cit., págs. 210 y sigs.

¹⁰⁷ HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, cit., págs. 32-33.

¹⁰⁸ Oliver Wendell Holmes, Juez de la Corte entre 1902 y 1932, con un montante total de 205 *separate opinions*. Consúltese el excelente trabajo de FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El *justice* Oliver Wendell Holmes: «the great dissenter» de la *Supreme Court*”, en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, págs. 129-166.

¹⁰⁹ Paradigmático es el Voto Particular *Schenck v. United States* (1919), en el que defiende la libertad de expresión respecto a la exacerbación de la instigación para la revolución: «Si las creencias expresadas a

ideas¹¹⁰. En su obra científica y en su labor como Juez Holmes se hace acreedor del calificativo de ser un “realista legal”, que concibe el Derecho como una realidad viva capaz de responder a los dilemas y desafíos de cada momento histórico. Los sistemas jurídicos son, por necesidades de la vida, dinámicos y siempre están sujetos a las tensiones que imponen las circunstancias cambiantes. De este modo, Holmes da inicio a la emancipación de la labor jurisprudencial de la lógica formal deductiva. Se mostraba contrario a una jurisprudencia mecánica que desconocía los propios valores y principios consagrados en la Constitución; el jurista no puede ser un conservador a ultranza del orden existente, pues el mejor servicio que se puede hacer a un orden jurídico civilizado y comprometido con la sociedad es tratar de que las instituciones jurídicas respondan a los desafíos que plantean la evolución de las necesidades sociales y al espíritu del Derecho de contenido variable. El mejor servicio que se le puede hacer a las instituciones jurídicas es tratar de renovarlas continuamente para hacer frente a los cambios sociales en curso.

Según Holmes el Derecho siempre está en evolución, en constante desarrollo, y este hecho ha de ser tomado en cada momento cuando se trata del Derecho como objeto de estudio. Cada generación ha dado pasos en ese desarrollo dinámico. Así, “el pensamiento, como la materia, simplemente ha obedecido a una ley de crecimiento espontáneo. Es perfectamente natural y legítimo que así haya sucedido. La limitación es una necesidad de la naturaleza humana, como ha sido ilustrado por un notable escritor francés, M. Tarde, en un libro admirable, *Les Lois de l’Imitation...*”. Pero los límites del presente histórico no debe suponer una renuncia a conquistar para la razón todo ámbito posible y deseable. “Con respecto al Derecho, un evolucionista indudablemente vacilará en atribuir validez universal a sus ideales sociales, o a los principios que considera acreedores a la consagración legislativa; más bien se contentará con demostrar que los mismos son los *mejores* aquí y ahora. Probablemente ha de admitir que nada sabe acerca de un *mejor* absoluto en el cosmos, y prácticamente nada puede llegar a saber acerca de un *mejor* permanente para la humanidad. Sin embargo –añade–, es verdad que un cuerpo de Derecho es más racional y más civilizado cuando cada una de sus reglas está enderezada, articulada y definidamente, a un fin, y cuando el fundamento para desear ese fin es

través de la dictadura del proletariado están destinadas a ser aceptadas por las fuerzas dominantes de la comunidad, el único sentido de la libertad de expresión es que se les conceda su oportunidad y puedan abrirse camino». Ello se conecta con el uso metafórico del “mercado de ideas” para hacer referencia a la libertad de expresión. Entiende, así, que el bien último deseado se alcanza mejor a través de un libre mercado de ideas, de modo tal que triunfen en el mercado las que tengan mejor poder de convencimiento, y que la verdad es el único cimiento para que sus deseos puedan ser llevados a cabo en forma segura. Puede consultarse TORRES, M: «*El Mercado Libre de las Ideas, de O. W. Holmes*», *Revista Española de Derecho Constitucional* N°81, (2007), pp. 183-208.

¹¹⁰Así paradigmática, en su *dissent* en el caso *Abrams v. United States* (1919), donde reflexiona: «Pero cuando los humanos se han dado cuenta de que el tiempo ha frustrado muchas doctrinas, pueden llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos mismos de su conducta, que la mejor manera de alcanzar el bien último es a través del libre intercambio de ideas, que el mejor test para la verdad es que la idea pueda ser aceptada en la competición del mercado, y que la verdad es la única base sobre la que sus deseos pueden realizarse. Esa es al menos la teoría de nuestra Constitución».

expreso¹¹¹ o puede en cualquier momento ser expresado en palabras”. El porqué de una regla de derecho ha adaptado su particular perfil no puede obtenerse sin más con la tradición y su aceptación porque se está acostumbrada a ella. Hay que indagar seriamente en la historia pensada no sólo para el “hombre del presente”, sino también para el “hombre del futuro”: “La Historia debe ser una parte” del estudio racional del Derecho, “porque sin ella no podríamos conocer el propósito y alcance preciso de reglas que como juristas debemos conocer. Es una parte del estudio racional, porque es el primer paso hacia un *escepticismo iluminado*, esto es, hacia una deliberada reconsideración del valor de aquellas reglas”. Hay que examinar a la luz del tiempo histórico la viejas reglas y sus fundamentos, de manera que para el estudio racional del Derecho el hombre del presente deje paso al “hombre del futuro”, que es un experto en otras disciplinas (estadística, economía, etcétera), y que no puede aceptar acríticamente lo que se recibe por imitación del pasado, porque es posible que existan reglas de Derecho cuyo fundamento se han desvanecido hace largo tiempo¹¹². En tal sentido “el fin social a que apunta una regla de Derecho queda sumergido en la penumbra y es alcanzado sólo parcialmente debido al hecho de que la forma de dicha regla es el *producto de un gradual desarrollo histórico, en vez de ser readaptada como un todo, con referencia articulada y consciente al fin tenido en vista*”¹¹³.

Pero, además y en relación a lo anterior, Holmes fue un jurista crítico y comprometido con la mejora del Derecho, con la “política jurídica”: “Confío en que nadie habrá de pensar que, por criticar tan libremente el Derecho, dejo de sentir respeto por el mismo. Tengo veneración por el Derecho, y especialmente por nuestro sistema de Derecho, como uno de los productos más vastos del pensamiento humano (...). Pero se puede criticar aun lo que se venera. Mi vida está consagrada al Derecho, y sentiría que falto a la devoción que le profeso si no hiciera lo que dentro de mí me impulsa a *mejorarlo*, y, cuando alcanzo a percibir lo que me parece ideal de su futuro, si vacilara en mostrarlo y en *instar a su consecución* con todas las fuerzas de mi corazón”.

Nuestro pensador subrayó la importante función de la Historia en la comprensión y explicación del fenómeno jurídico, pero dejando claro que se oponía a una suerte de un determinismo historicista encaminado al manteniendo del status quo de la tradición a toda costa y al margen de las realidades cambiantes. Se comprende que indicara que “debemos precavernos contra el peligro de caer en una ciega veneración del pasado, y recordar que

¹¹¹ En esta reflexión es fácil percibir los ecos del pensamiento de Ihering sobre la centralidad del fin en el Derecho y su interpretación en su realización judicial, IHERING, R.von: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, edición y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho” (pp. VII-LVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1ª edición, 2008, 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011.

¹¹² HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, cit., págs. 35-36. Leiter distingue entre un “escepticismo conceptual ante las reglas” y un “escepticismo empírico ante las reglas”, LEITER, B.: *Naturalismo y teoría del Derecho*, trad. y estudio introductorio de Giovanni Battista Ratti, Madrid-Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2012, págs. 109 y sigs., 111 y sigs., y 115 y sigs.

¹¹³ HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, cit., págs. 35-36.

para nuestros propósitos *el único interés que el pasado puede ofrecer reside en la luz que arroja sobre el presente*¹¹⁴.

El modelo de jurista que él postula, no sólo debe estar atento al saber histórico, sino también a la economía y otras ciencias sociales. Por ello, postula una colaboración más intensa entre la economía política y el Derecho, sopesando los fines de la legislación, los medios para alcanzarlos y su costo. Pero no se trata de la confusión entre los saberes de si no de colaboración entre los mismos. Debe existir una colaboración entre la “Jurisprudencia (Teoría General del Derecho)” y estos ámbitos del saber sobre el fenómeno jurídico. Pero la autonomía del Derecho –del ámbito de lo jurídico- no es desdeñada por esa apuesta colaborativa e integradora: “El modo de lograr una visión generosa del tema que nos interesa no es leer otros temas sino ir a fondo del tema mismo. Los medios para hacerlo son, en primer lugar, seguir hasta sus más altas generalizaciones el cuerpo de proposiciones dogmáticas con la ayuda de la Jurisprudencia; luego, descubrir en la Historia cómo ha venido a ser lo que es; y, finalmente, considerar, en tanto sea posible, las finalidades que las diversas normas se proponen alcanzar, las razones por las que se desean esas finalidades, lo que se abandona para obtenerlas, y si ellas valen ese precio”. Precisamente, “el Derecho, especialmente esta última rama de su estudio, padece más de defecto que de exceso de teoría”¹¹⁵.

En este orden de ideas, él reivindica la teoría jurídica en la formación de los juristas prácticos. Observa que “la teoría es la parte más importante de la dogmática jurídica, así como el arquitecto es la persona más importante de las que participan en la edificación de una casa. Los progresos más importantes de los últimos veinticinco años son los que han tenido lugar en el campo de la teoría. Es un error asustarse de la teoría por considerarla “impracticable”; “hacer teoría” sólo significa para quien está realmente capacitado para este menester, *ir al fondo de las cosas*. Es claro que para quien no lo esté, puede ser cierto, como se ha afirmado, que el interés por las *ideas generales* implica la ausencia de conocimientos particularizados... *El peligro es que los espíritus capaces e inclinados a lo práctico vean con indiferencia o desconfianza aquellas ideas sólo remotamente vinculadas con sus actividades u ocupaciones*”. No se puede desconocer la necesidad de despertar a la realidad a quienes viven en las nuevas, pero, con Hegel, señala que en definitiva lo que se ha satisfacer no es el apetito sino la opinión. Para quien esté dotado de un mínimo de imaginación y formación, la forma más duradera y penetrante del poder no es el dinero, sino el *dominio de las ideas*. De ahí la importancia de la construcción sobre la base de un ideario que supere lo puramente material: “Son los aspectos más remotos y generales del Derecho los que le dan interés universal. Sólo a través de ellos podréis, no simplemente llega a ser grandes maestros en el ejercicio de vuestra profesión,

¹¹⁴ Por ello hace notar que “Anhele el día en que el rol de la Historia en la explicación dogmática del Derecho sea muy pequeño, y en que en lugar de ingeniosas rebúsquedas de archivo dediquemos nuestros esfuerzos y energías a estudiar los *fines* que nos propones alcanzar con el Derecho y las razones para desearlos” (*Ibid.*, pág. 44).

¹¹⁵ HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, cit., págs. 44-47.

sino relacionar el objeto de vuestros estudios con el universo y aprehender un eco del infinito, un momento de su insondable proceso, un escorzo del Derecho universal”¹¹⁶.

Es evidente que todo este enfoque se sitúa en el marco de una reacción crítica frente a la visión formalista del Derecho y de la función judicial a finales del siglo XIX y comienzos del XX. Holmes pudo anticipar muchos de los rasgos comunes del movimiento del realismo jurídico –señaladamente, el realismo jurídico americano¹¹⁷-. Así la idea del Derecho como un fluir en continuo movimiento tanto en el orden estatal como ante todo a través de la actividad de interpretación y creación judicial del Derecho y en permanente e inevitable conexión dinámica con la evolución de la sociedad; la concepción del Derecho como un instrumento o medio para la realización de fines sociales, bajo la influencia subyacente de Ihering; la crítica al formalismo jurídico en su plasmación en reglas y conceptos jurídicos tradicionales abstractos (y como dijera Ihering “en el cielo de los conceptos jurídicos”), y la necesidad de una concreción del Derecho en su aplicación práctica para resolver los problemas sociales y las controversias judiciales; la relevancia otorgada la eficacia real y a los efectos de las reglas y normas jurídicas. Pero Holmes no asumiría la versión más radical del realismo jurídico que tiende a devaluar el papel de la teoría formal del Derecho, pues entiende que una teoría general de derecho deseable debería, eso sí, ser también una teoría material del Derecho, que incorpore la trascendencia de los “hechos” y dialogue con el conjunto de las ciencias sociales; y lo haga en un plano de igualdad y no de dependencia. El escepticismo pragmático de Holmes, pone en valor las reglas jurídicas pero también la insuficiencia para dar una certeza absoluta a las decisiones judiciales, las cuales se mueven en la arena movediza de los factores –culturales y fácticos- que influyen en tales decisiones. Ese escepticismo pragmático se evidencia en el concepto de Derecho que aporta Holmes: “las profecías sobre lo que los tribunales efectivamente harán, y nada más pretencioso, son lo que yo entiendo por Derecho”¹¹⁸; aunque, en realidad, desde esa perspectiva lo correcto sería afirmar que el Derecho sería la conducta en sí misma de los jueces y no propiamente las

¹¹⁶HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, cit., págs. 50-52.

¹¹⁷Los elementos fundamentales del realismo jurídico americano fueron expuestos sintéticamente por LLEWELLYN, K.N.: “Some Realism about Realism –Responding to Dean Pound”, en *Harvard Law Review*, vol. 44 (1931), págs. 1222 y sigs. Ensayo recogido también en LLEWELLYN, K.N.: *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago & London, University of Chicago Press, 1962, págs. 42 y sigs. Se trataba de una respuesta al ensayo muy crítico a la dirección del “realismo jurídico” – fuerte o radical- que estaba emergiendo de POUND, R.: “The Call for a Realist Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol. 44 (1931), págs. 697 y sigs. Estos escritos están disponibles en español, en *Roscoe Pound. Karl N. Llewellyn. El debate Pound-Llewellyn*, trad. J. González Jácome y L. F. Vergara Peña, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2018.

¹¹⁸HOLMES, O.W.: “The Path of the Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 10 (1897), págs. 457 y sigs., en particular pág. 461. Su escepticismo se refleja también un relativismo ideológico, moral y jurídico, afirmando la inexistencia de verdades absolutas. Un exponente de ello son las reflexiones contenidas en las cartas de Holmes a Harold J. Laski, publicadas en DE WOLF HOWE, M. (Ed.): *Holmes-Laski Letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Laski 1916-1935*, Vols. 1-2, Harvard University Press, Massachusetts, 1953.

predicciones que se puedan realizar sobre dicha conducta¹¹⁹. Ello sentó las bases para rechazar las concepciones metafísicas del Derecho de la tradición del formalismo jurídico anterior. Pero resulta cuando menos dudoso que Holmes pensara que entonces que el Derecho consiste en decisiones y no en reglas y que cada vez que un juez decide en un caso está creando Derecho. El objetivo de Holmes era *desenmascarar* las concepciones metafísicas del Derecho poniendo de manifiesto qué es y para qué sirve el Derecho en la práctica¹²⁰. Pero a Holmes le interesaba tanto la forma –técnica específica de racionalidad jurídico formal- como la sustancia o contenido del Derecho –técnica específica de racionalidad jurídico material-, poniendo de manifiesto su conexión finalista, la cual está vinculada a la función social del Derecho en una sociedad presidida por el conflicto entre intereses y valores de toda índole.

Holmes no reduce, por otra parte, el Derecho a la sociología jurídica, pues para él el Derecho no es un elemento subordinado (una variable dependiente) respecto de la realidad social: el Derecho es un fenómeno tanto “dado” como “construido”, por decirlo en la conocida expresión de François Gény. Y si en la cultura jurídica se admite esto equivale a aceptar –asumir- que el Derecho tiene una autonomía relativa como también la tiene el ámbito de lo político o de la economía, pues predomina la interdependencia de todos los ámbitos de una sociedad, que siendo moderna, resulta inevitablemente compleja.

Holmes inicia en Estados Unidos la dirección de pensamiento realista en el Derecho, pero su aportación fundacional no puede suponer la reducción de su pensamiento a las posteriores corrientes del denominado “realismo jurídico americano”. Él no incurre en un determinismo historicista, pero sí confiere un enorme valor a la investigación histórica tanto para verificar en el Derecho su condición de gran documento antropológico, como estudiar la morfología y la transformación de las ideas humanas mostrando su carácter dinámico, no estático. Para él, la historia es un instrumento a través del cual se puede medir el poder que ostenta el pasado de gobernar nuestras vidas. El Derecho no es sólo una realidad normativa, sino también un hecho social (un documento *antropológico*), de manera que la experiencia jurídica puede ser estudiada en su historicidad desde una perspectiva evolucionista. De esta manera, si el Derecho y sus instituciones son una realidad viviente, corresponde al juez aplicar e interpretar ese Derecho vivo atendiendo a los cambios sociales y realzando sus fines. Es así que la sustancia o contenido cambiante del Derecho ha de prevalecer –y ayudar a cambiar llegado el caso- sobre la forma. Por

¹¹⁹ A ello apuntaría la llamada de atención de Carlos NINO (*Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, pág. 47), al precisar que “cuando Holmes y Llewellyn nos dicen que el Derecho consiste en un conjunto de profecías sobre la conducta de los tribunales, ¿en cuál de sus diferentes sentidos usan la palabra Derecho?, ¿se refieren a la ciencia jurídica o al objeto de la misma?”. La crítica de Nino, sin embargo, no sería aplicable a Llewellyn, porque éste introduce un importante matiz a la definición de Holmes: “Lo que estos oficiales [los jueces] *hacen* en relación las disputas es para mí, el Derecho mismo”. Cfr. LLEWELLYN, K.N.: *The Brumble Busch. On Our Law and Its Study*, New York, Oceana, 1960, pág. 3.

¹²⁰ HOLMES, O.W.: “Law in Science and Science in Law”, en *Collected Legal Papers*, New York, Peter Smith, 1952, pág. 242.

ello mismo, entiende que el Derecho adquiere vida en las decisiones judiciales, que en sustancia son una actividad creadora de Derecho objetivo. En este sentido la vida del Derecho más que estar sujeta a una lógica formal está sometida a una racionalidad práctica y sustancial (“la vida del Derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”). Las reglas creadas en la actividad judicial, junto con las preexistentes consolidadas por la experiencia, puede permitir, en cierta medida, la previsión o predicción (“profecías”) de soluciones futuras, es decir, la previsión del actuar a través de los jueces en relación a la solución de futuras controversias. Pero capacidad de predicción de comportamientos es relativa, y desde luego, no se sujeta a una lógica matemática, dado que en la aplicación del Derecho la certeza no puede ser absoluta por la implicación en el proceso de decisión de juicios de valor y criterios de ponderación de intereses en conflicto entre sí, como realidad jurídica inevitable. De este modo, de las reglas jurídicas preexistentes –obtenidas vía de creación legal o por la vía de creación judicial- tan sólo se puede conseguir una predicción débil de cómo los jueces van a poder resolver las controversias jurídicas. Entonces toda predicción “científica” es relativa ante la inmersión del juez en la cultura jurídica del momento y sus concepciones sobre la moralidad y los modos de organización de la sociedad. Pero, no sin cierta paradoja, ello no hace imposible un conocimiento técnico y científico del Derecho vigente y su conexión con otros saberes sobre el fenómeno jurídico, como la economía, la sociología, la psicología, etcétera.

En realidad, la distinción entre decisión judicial y legislación es una de las grandes dicotomías de la teoría política en general y de la teoría jurídica en particular. Es un criterio que suele ser reconocido el que ambos –decisión judicial y legislación- son *métodos de decisión* que pueden o no caracterizar cualquier actividad dada de un tribunal o de una legislación. En la concepción iusliberal tradicional, la separación entre las instituciones legislativas y judiciales corresponden exactamente a la distinción entre legislación y decisión judicial como métodos de decisión. Pero ello supone ignorar –bajo el reclamo de un discurso tranquilizador- que los jueces crean derecho en lugar de limitarse exclusivamente a la aplicación de una norma preexistente¹²¹. Pero tampoco desconocer la importancia de la legislación para el funcionamiento de una sociedad compleja. Con las limitaciones que se quiera Holmes reconoció que los jueces legislan y tienen que legislar, pero sólo pueden hacerlo intersticialmente en coherencia con las normas o reglas que han de ser objeto de aplicación a la controversia. Ahora bien, Holmes fue plenamente consciente de la interferencia del rol de la ideología en la decisión judicial sobre una controversia jurídica. Pero incluso autores del denominado movimiento del realismo jurídico norteamericano no fueron en absoluto refractarios a legislación formal¹²².

¹²¹KENNEDY, D.: *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, trad. Guillermo Moro, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2010, págs. 105 y sigs.

¹²²Paradigmáticamente, Karl Llewellyn, cuando ya era uno de los más conocidos juristas de Estados Unidos dirigió entre los años 1940 y 1950 la redacción de un Código Mercantil completo que sería aceptado por varios Estados federados. Véase FRIEDMAN, L.M.: *Introducción al Derecho Norteamericano* (1984), trad. Joan Vergé i Grau, Barcelona, Ed. Librería Bosch, 1988, págs. 109-110, que observa que este Código

De este modo las fuerzas que determinan el contenido y crecimiento del Derecho no son sólo las normas generales escritas, sino también la experiencia del Derecho en su aplicación judicial, que se resuelve en un Derecho vivo no simplemente reproductivo de preexistente o ya establecido.

En pensamiento de Holmes respecto a la función del jurista no es el propio de la jurisprudencia “mecánica” (*mechanical jurisprudence*) defendida por autores como Langdell, a través de los principios y reglas extraídos de los pronunciamientos judiciales. Era el “método del caso”, que se regía por la lógica jurídica y la argumentación formalista. El Derecho y las categorías jurídicas eran una abstracción de la realidad social y superpuesta a ella. Se trata de postular una autonomía del Derecho entendida como autosuficiencia más que autorreflexividad en su conexión con el clima social en que se inserta. El golpe de gracia –como ya se indicó– a esta concepción formalista del Derecho y del fenómeno jurídico lo daría en primera instancia Holmes y Pound (admitiendo el protagonismo de los jueces en la creación del derecho objetivo atendiendo a los fines y circunstancias en las que se resuelven las controversias), y culminaría más radicalmente con el realismo jurídico norteamericano de autores como Llewellyn y Frank.

El realismo jurídico norteamericano iría más allá de la “jurisprudencia sociológica” de Pound afirmando un conjunto de postulados que serían sistemáticamente expuestos por Llewellyn en un brillante artículo¹²³. Estas orientaciones antiformalistas contrarias a la jurisprudencia conceptualista y abstracta opero un cambio de paradigma en la concepción del Derecho y de su interpretación en la doctrina académica y en las decisiones y construcciones judiciales. Tiene en común la crítica al positivismo legalista oculto tras una jurisprudencia formalista y conceptualista y la defensa de un sistema jurídico petrificado que conducía a la conservación del *status quo* y se mostraba reacia a las nuevas direcciones de política del Derecho. Por ello mismo la ciencia jurídica debería atender a los hechos sociales y la función del juez no debería ser meramente declarativa, sino creativa y dando cuenta del contexto en que se adopta la decisión judicial¹²⁴. Mientras que los precursores¹²⁵ antiformalistas como Holmes (cuyo pensamiento no es fácil de

es un buen ejemplo de cómo es posible irse acercando a la unidad jurídica en este enorme país, simplemente a través de la cooperación y la actuación paralela de los estados. Pero esta clase de uniformidad no puede ser, naturalmente, tan estable ni completa como la que emana de un único gobierno central.

¹²³ LLEWELLYN, K.N.: “Some Realism about Realism”, en *Harvard Law Review*, vol. 44 (1931), págs. 1222 y sigs.

¹²⁴ La radicalidad y la contundencia de los antiformalistas y realistas norteamericanos fue estudiada magistralmente por el joven TARELLO, G.: *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè Editore, 1962, incidiendo en la revisión de su crítica a la jurisprudencia formalista y a la concepción del Derecho como sistema cerrado especialmente en los Capítulos II (“La crítica de los conceptos sistemáticos y del ideal de ‘sistema’”), III (“La crítica de los conceptos dogmáticos y el anticonceptualismo jurídico”) y (“La crítica de la argumentación jurídica”, con la crítica de la concepción silogística del juicio).

¹²⁵ Holmes fue precursor en muchos campos del saber. Se ha señalado, como exponente de ello, que “Para el historiador del Derecho, Holmes se merece el segundo lugar del Panteón, tras Marshall, no por el poder y la brillantez de sus afirmaciones (A. Manson), sino porque fue el profeta de la era jurídica que se abría,

encasillar en una determinada corriente de pensamiento)¹²⁶ y Pound, la ciencia jurídica deviene en una ciencia que no renuncia a la idea de certeza ni de sistema¹²⁷, en los realistas jurídicos la ciencia jurídica es considerada como una ciencia empírica (concepción en lo que coinciden, en lo principal, con los realistas jurídicos escandinavos y sobre todo en la expresión más acaba e influyente como la de Alf Ross¹²⁸), que toma como centro de gravedad la praxis judicial en la resolución de controversias jurídicas más que tomar como punto de partida las reglas o normas jurídicas que han de ser aplicables a un determinado caso controvertido. Esto dejaba en el aire distinguir entre margen de discrecionalidad y de arbitrio y creatividad y límites de la arbitrariedad judicial. Para Holmes el Derecho era una ciencia autónoma basada en la experiencia y vincula a otros saberes necesarios para comprender y explicar el fenómeno jurídico. A esta idea los realistas jurídicos posteriores añaden cualitativa y diferenciadamente que el Derecho es una ciencia social empírica que integraba otros saberes (economía, sociología, psicología, ciencia política, etcétera). Para ellos el Derecho debería ser estudiado, enseñado y aplicado como parte del proceso social y tomando en consideración los factores que influyen en la decisión de una controversia jurídica. Esto no supondría que la indeterminación de la decisión judicial conduzca necesariamente hacia la arbitrariedad, pues precisamente el Derecho no se agota en las normas concretas que regulan un determinado supuesto, sino que existen principios y valores reconocidos que pueden servir de guía para decidir en los casos en que el Derecho vigente resulta insuficiente para resolver la controversia; y entonces la labor de creación

anunciada en sus votos particulares, a medida que la posición del Tribunal Supremo asimilaba la Constitución el *laissez faire*. La voz en principio solidaria se convirtió pronto en la de un nuevo liberalismo que se introdujo por sí mismo en el Derecho Público americano (B. Cardozo)”. Cfr. SCHWARTZ, B.: *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, trad. Enrique Alonso, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Ed. Civitas, 1980, pág. 59.

¹²⁶Sobre la influencia de Holmes en el desarrollo del pensamiento jurídico norteamericano, puede consultarse PORTELA VALENTÍN, O.G.: *Oliver Wendell Holmes Jr. y su obra: Una fusión sistemático-existencial*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2015. Disponible https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/15709/TESIS_ORLANDO_PORTELA.pdf;jsessionid=96F0590570744E2E2F4D6A2CC7EB61F9, Capítulo 7, págs. 419 y sigs., y la bibliografía allí citada. Entre las escuelas de pensamiento en las que se ha tratado de encasillar al Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. se encuentran el utilitarismo, el pragmatismo, el positivismo jurídico, y el realismo jurídico. Lo anterior ha llevado a autores, como Sheldon M. Novick, a realzar desde su muerte cada movimiento, dirección de pensamiento o escuela jurisprudencial ha reclamado, en mayor o en menor medida, estar vinculada con las ideas de Holmes. Se observa que esta divergencia de criterios de adscripción respecto al modo de pensar de Holmes refleja en sí la dificultad que representa abordar las ideas de un pensador que en ninguno de sus escritos presentó sus ideas organizadas como parte de un sistema o dirección concreta de pensamiento filosófico.

¹²⁷ Para Holmes el Derecho se inserta en la sociedad y se aplicaba pragmáticamente atendiendo a los condicionamientos, fines y exigencias sociales. En efecto, “la verdadera ciencia del derecho no consiste principalmente en una elaboración teológica del dogma o en el desarrollo lógico como en las matemáticas, o sólo en un estudio del mismo desde fuera como un documento antropológico; una parte todavía más importante consiste en el establecimiento de sus postulados desde dentro, apoyándose en deseos sociales medidos con precisión, en lugar de en la tradición”. Cfr. HOLMES, O.W.: “Law in Science and Science in Law”, 12 *Harv. L. Rev.*, 1899, págs. 225-226; asimismo, *Ibid.*, “The Path of the Law”, 10 *Harv. L. Rev.*, 1897.

¹²⁸ Sobre Alf Ross, véase, amplia y exhaustivamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, estudio preliminar a la obra clásica de ROSS, A.: *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI.

del Derecho no se mueve en el vacío sino en ámbito de un orden jurídico con textura más abierta¹²⁹.

Una posición más radical sobre la arbitrariedad de las decisiones jurídicas es la que mantuvo el realismo jurídico americano en los orígenes como es el caso de Jerome Frank. El propio Holmes, antiformalista y contrario a una suerte de positivismo legalista, consideró que los jueces tienen un papel activo y la responsabilidad resolver siempre las controversias atendiendo al estado de desarrollo histórico de la sociedad. En tal sentido, la Constitución contiene principios jurídicos que permiten al juez la toma de decisiones de controversias hasta el punto de estar obligados a crear Derecho –Derecho judicial concreto- cuando no se dispone de reglas jurídicas preexistentes o ésta son manifiestamente obsoletas¹³⁰.

Con todo parece volverse a los análisis más moderados del instrumentalismo pragmático de autores como Holmes y Pound¹³¹, que afirmaban ciertamente que el Derecho es un instrumento –un medio- para alcanzar fines sociales (con una visible influencia del pensamiento de Ihering), pero considerando que el Derecho ostenta un ámbito de autonomía relativa que no puede reducirse a una estricta ciencia empírica y que la experiencia jurídica no conduce hacia la inseguridad jurídica provocada por una arbitrariedad de la voluntad del juez que adoptara pretendidamente una decisión dirimente fuera de todo principio, estándar o valor reconocido en el orden jurídico de referencia. De este modo, la ciencia jurídica no quedaría absorbida por otras ciencias sociales necesarias, sin embargo, para su comprensión explicativa; hasta el punto que para Pound –no así para el Holmes también instrumentalista pragmático- el Derecho es una técnica de organización y control social que adopta la forma y función de una ingeniería social –una tecnología social instrumental encaminada a alcanzar fines que se propone la política jurídica.

¹²⁹Esta concepción más flexible de los realistas jurídicos americanos puede entreverse en investigadores de madurez que fueron inicialmente más radicales afirmando entonces la inevitable arbitrariedad del juez, como es el caso de LLEWELLYN, K.: *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little Brown, 1960, que venía a aceptar un margen de discrecionalidad en la toma de decisiones jurídicas sobre la base de principios y valores ya establecidos en el orden jurídico. Puede consultarse, en un recorrido más amplio sobre la cultura jurídica americana, SUMMERS, R.S.: *Instrumentalism and American Legal Theory*, Londres, Cornell University Press, 1982.

¹³⁰Era un gran debate en la época como se reflejó entre nosotros en obra lúcida marcada por la experiencia de un extraordinario Magistrado y Presidente del Tribunal Supremo y catedrático de Derecho Civil, CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho* (1925), edición y estudio preliminar, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: notas respecto de una controversia de principio” (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016.

¹³¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La “jurisprudencia sociológica” de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social*, en POUND, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX-LXXXIII, en particular el cap. 4 (“El ‘instrumentalismo pragmático’ y el ‘progresismo’ como elementos de renovación antiformalista de la ciencia jurídica”), págs. XXXVIII y sigs.

Llama poderosa y significativamente la atención el hecho de que no sólo sus contemporáneos antiformalistas, sino los posteriores realistas –incluidos los realistas jurídicos más radicales- mantenían un respeto reverencial hacia Holmes, a modo de “padre fundador” de la lucha contra la jurisprudencia formalista y conceptualista; y que, salvo él, nadie se libró de críticas severas, incluidas las del propio grupo heterogéneo entre sí (Pound, Cardozo, Gray, Cohen, Frank, Llewellyn, etcétera). Y es que Holmes conecta el Derecho con la sociedad, y a la par el saber sobre el Derecho –que para él debe ser científico- con el saber del conjunto de las ciencias sociales y la filosofía; saberes que proporcionan un conocimiento integral del fenómeno jurídico y que ello no supone desconocer la respectiva especificidad de cada uno de ellos¹³². Los propios jueces no pueden ser ajenos a esa conexión, tomando decisiones judiciales que recreen el orden jurídico para servir a los fines de justicia concreta.

Sin perjuicio de la originalidad del de Holmes, no cabe la menor duda de que existía una influencia directa Ihering sobre su pensamiento, anticipando varias ideas jurídicas, que cristalizaría en la aseveración de Holmes: “La vida del derecho no ha consistido en lógica, sino en experiencia. Las necesidades que la época experimenta...”¹³³. De este modo, la

¹³²Punto clave de ese desarrollo fue el conocido trabajo de HOLMES, O.W.: “The Path of Law”, 10 *Harvard Law Review* 457 (1897). Véase HORWITZ, M. J.: “The Place of Justice Holmes in American Legal Thought”, GORDON, R. W. (Ed.): *The Legacy of Oliver Wendell Holmes*, Stanford University Press, California, 1992, pág. 69; y, con referencia a este ensayo, PORTELA VALENTÍN, O.G.: *Oliver Wendell Holmes Jr. y su obra: Una fusión sistemático-existencial*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2015. Disponible https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/15709/TESIS_ORLANDO_PORTELA.pdf;jsessionid=96F0590570744E2E2F4D6A2CC7EB61F9, pág. 399.

¹³³ En este sentido, FRANK, J.: *La influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”*. *Algunas reflexiones sobre el Derecho “comparado” y “contrastado”*, trad., y “Comentario final” de José Puig Brutau, Barcelona, Ed. Bosch, 1957, págs. 16-19 (“Ihering y Holmes”). Frank deja caer una aseveración perturbadora: “De ningún modo quiero dar a entender que Holmes cometiera plagio, pero la influencia de Ihering parece en todo caso innegable. Podemos llegar a la conclusión que sus reflexiones sobre la técnica jurídica romana fructificaron en el pensamiento jurídico americano”; asimismo SUMMERS, R.S.: “Rudolf von Ihering influence on American legal theory”, en VV.AA.: *Ihering Rechtsdenker. Theorie und Pragmatik im Diensten evolutionärer Rechtsethik*, Gottingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, págs. 61-76. Las influencias de la doctrina europea son perceptible en su formación y en el desarrollo tanto de su teoría legal como de la función judicial (La Escuela histórica, y en particular Savigny; el pensamiento jurídico renovador de Ihering; Escuela positivista inglesa (Jeremy Benthan y John Austin; escuela idealista del derecho, especialmente Kant y Hegel, etcétera. Véase, al respecto, PORTELA VALENTÍN, O.G.: *Oliver Wendell Holmes Jr. y su obra: Una fusión sistemático-existencial*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2015, disponible en https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/15709/TESIS_ORLANDO_PORTELA.pdf;jsessionid=96F0590570744E2E2F4D6A2CC7EB61F9, págs. 261 y sigs. Para los postulados de la Escuela Histórica, que influyo de manera significativa en la cultura jurídica anglosajona, véase SAVIGNY, M.F.C.: *Sistema de Derecho Romano Actual*, versión castellana de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Edición y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Savigny” (VII-XLVII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005; *Ibid.*, *Tratado de la posesión*, edición y estudio preliminar, “Ciencia del Derecho en Savigny”, a cargo de J.L. Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005; *Ibid.*, *De la Vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, trad. de Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Savigny y la nostalgia de la jurisprudencia como ciencia hegemónica” (pp.VII-XXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

influencia de Ihering ejerció un influjo determinante –penetrante por su fuerza y calidad técnica y de política del Derecho- en el pensamiento jurídico de Estado. Unidos.

Pero más ampliamente, lo que cabe constatar es la efectiva influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”, y desde luego sin pasar por alto que este ha ejercido también un influencia relevante en una progresión constante del proceso de mundialización del Derecho. En lo que aquí más interesa es un dato verificable esa influencia –e interinfluencia recíproca- entre las los países de “Common Law” y la típica tradición de la familia romano-germánica de los Estados continentales. No se trata de importar ideas y categoría jurídicas extrañas a la tradición de las distintas culturas jurídicas, sino de constatar la realidad de la interpenetración de dichas culturas a pesar de sus respectivas tradiciones originarias¹³⁴. Ahora bien, los grandes sistemas jurídicos contemporáneos permiten apreciar esa influencia elusiva del error de una importación o “trasplante” de ideas e instituto foráneos¹³⁵. Aún dentro de una misma familia jurídica no hay dos sistemas jurídicos exactamente iguales, tan sólo es probable que sus respectivos sistemas sean parecidos¹³⁶.

En su modo de pensar subyace la asunción de los presupuestos fundamentales del pragmatismo (antes de que realmente fuese inventado oficialmente por Peirce y James) y su proyección al fenómeno jurídico, que pone en cuestión que el Derecho sea una verdadera ciencia dotada de una autonomía absoluta y capaz de alcanzar una certeza en sus predicciones.

Con todo, no se puede desconocer la formación en la cultura europea de Holmes y la decisiva influencia que ésta ejerció en su pensamiento jurídico.

¹³⁴ De nuevo, advirtiendo de los “peligros del trasplante” de instituciones entre distintos ordenamientos jurídicos, FRANK, J.: *La influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”*. Algunas reflexiones sobre el Derecho “comparado” y “contrastado”, traducción y “Comentario final” de José Puig Brutau, Barcelona, Ed. Bosch, 1957, espec., págs. 84-86.

¹³⁵ Puede consultarse la obra clásica de DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho Comparado)*, trad., de la 2ª ed., Pedro Bravo Gala, Madrid, Ed. Aguilar, 1973, espec., págs. 3 y sigs., y 10 y sigs., que constata, por cierto, que tras un fondo común de pertenencia a la familia del “Common Law”, sin embargo, la realidad es que se ha diversificado profundamente los dos sistemas jurídicos (*Ibid.*, págs. 315-116). Véase la edición más actualizada, DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* Edición, traducción y notas J. Sánchez Cordero, Méxocp D-F., Universidad Nacional Autónoma de México-Centro Mexicano de Derecho Uniforme Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.<https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos.pdf>

Las peculiaridades de los sistemas jurídicos del “Common Law” y las especificidades y consiguientes diferencias entre el Derecho inglés y el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, puede consultarse también, LÓPEZ MONROY, J.J.: *Sistema jurídico del Common Law*, México, Ed. Porrúa, 1999; LOSANO, M.G.: *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Ed. Debate, 1982. Para la enseñanza del Derecho en los Estados Unidos en la coyuntura actual, puede consultarse MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos*, Barcelona, Ed. Atelier, 2015.

¹³⁶FRIEDMAN, L.M.: *Introducción al Derecho Norteamericano* (1984), trad. Joan Vergé i Grau, Barcelona, Ed. Librería Bosch, 1988, pág. 17.

Para hay algo más que conviene destacar en el pensamiento de Holmes, a saber: su compromiso con la democracia entendida como “un experimento”; y es propio de los experimentos fallar en ocasiones. Pero ello no la deslegitima. La democracia –pese a su imperfección como toda obra humana- es el único régimen que garantiza las libertades fundamentales, incluidas las libertades académica y de expresión¹³⁷. En el fondo, el valor predominante en Holmes, James, Peirce y Dewey –a pesar de sus diferencias en el modo de pensar- era la tolerancia. Ésta comportaba un amplio margen para hacer compatibles las diferencias para mejorar la convivencia donde los conflictos que se planteen pueden resolverse a través del diálogo y la conversación buscando puntos de encuentro. Hay aproximación no unificación; hay entendimiento del espacio internacional de las políticas y técnicas jurídicas para resolver los problemas; hay, en fin, un mejor conocimiento del propio Derecho nacional y de su dinámica interna. Esa dialéctica entre aproximación y respectiva tradición cultural se refleja en las familias jurídicas del mundo contemporáneo ante todo en la familia romano-germánica y en la familia del “Common Law”¹³⁸. Esas tendencias habían sido advertidas con gran agudeza anticipadora por uno de los grandes fundadores del Derecho comparado contemporáneo, René David¹³⁹.

3.- Bibliografía

3.1. Obras de Oliver Wendell Holmes traducidas al castellano (Selección)

HOLMES, O.W.: *The Common Law*, edición y estudio preliminar, “La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del “common law” tradicional: la concepción funcional e instrumental del derecho de Oliver Wendell Holmes” (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020.

HOLMES, O.V.: *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, estudio preliminar y traducción de César Arjona Sebastià, Madrid, Ed. Iustel, 2006.

HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, trad. y estudio preliminar de José Ignacio Solar Cayón, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012.

HOLMES, O.W.: *La senda del Derecho*, trad. y Prólogo de Eduardo Ángel Russo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.

3.2. Obras sobre Oliver Wendell Holmes y su época

ADAMS, A. M.: «*Justice Brennan and the Religious Clauses: The concept of a “Living*

¹³⁷Podría proyectarse en su pensamiento la reflexión de John Dewey: “*La grave amenaza a nuestra democracia no está en la existencia de estados totalitarios extranjeros, sino en la existencia, dentro de nuestras propias actitudes personales y dentro de nuestras propias instituciones, de condiciones semejantes a las que en otros países extranjeros han dado la victoria a la autoridad externa, a la disciplina, a la uniformidad... En consecuencia el campo de batalla está también dentro de nosotros mismos y de nuestras instituciones*”. Cfr. DEWEY, J.: *Libertad y cultura* (1939), México, Ed. Uteha, 1965, págs. 48-49.

¹³⁸Al respecto, MENAND, L.: *El Club de los Metafísicos. Historia de las ideas en América*, cit., págs. 436-437, y 442-445.

¹³⁹Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “René David: El enfoque clásico en la construcción del derecho comparado y del método comparatista”, en *ACDCT*, VOL. XIII (2021), págs.185-244. <http://acdct.es/wp-content/uploads/2022/09/10-monereo-perez-acdct-xiii-2021.pdf>

- Constitution*”», 139 U. Penn L. Rev. 1319, 1991.
- ALBERSTEIN, M.: *Pragmatism and Law: from philosophy to dispute resolution*, Ashgate, Vermont, 2002.
- ARNAUD, A.-J.: *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Pichon et Durand-Auzias, 1981.
- AUSTIN, J.: *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, H. Holt. & Company, 1875.
- BADER GINSBURG, R.: «*Speaking in a Judicial Voice*», 67 NYU L. Rev. 1185, 1992.
- BALKIN, J. M.: *Living Originalism*, Harvard University Press, 2011.
- Breyer, S.: *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*, Vintage Books, 2005.
- BREYER, S., 2010: *Making Our Democracy Work. A Judge’s View*, Vintage Books.
- CAPOGRASSI, G.: *Il problema della scienza del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1962.
- GARCÍA RUÍZ, L.: *Derecho, intereses y civilización. El pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Granada, Ed. Comares, 2002.
- CARDOZO, B.N.: *La naturaleza de la función judicial*, trad. Eduardo Ponssa, revisión y edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Prólogo de Carlos Cossío, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.
- CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho & Metodología del Derecho*, edición y estudio preliminar, «La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti», a cargo de J. L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.
- CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho* (1925), edición y estudio preliminar, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: notas respecto de una controversia de principio” (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016.
- COHEN, A.: *Imbeciles: The Supreme Court, American Eugenics, and the Sterilization of Carrie Buck*, Penguin Books, 2017.
- COMMONS, J.R.: *The Economics of Collective Action*, Nueva York, Macmillan Company, 1950.
- COMMONS, J.R.: *The Legal Foundations of Capitalism*, Nueva York, Macmillan Company, 1924.
- COMMONS, J.R.: “Communism and Collective Democracy”, en *American Economic Review*, núm. 25, 1935.
- COMMONS, J.R., PARSONS, K. H., y PERLMAN, S. (eds.): *The Economics of Collective Action*, New York, Macmillan, 1950.
- COMMONS J.R. y ANDREWS, J.B.: *Principles of Labor Legislation*. New York, Harper & Brother, fourth edition, 1936.
- D’AMATO, A.: «*A New (and Better) Interpretation of Holmes’s Prediction Theory of Law*», 2 *Faculty Working Papers. Paper No. 163*, Northwestern University School of Law., 2008.
- DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho Comparado)*, trad., de la 2ª ed., Pedro Bravo Gala, Madrid, Ed. Aguilar, 1973.

- DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C.: Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos Edición, traducción y notas J. Sánchez Cordero, Méxocp D-F., Universidad Nacional Autónoma de México-Centro Mexicano de Derecho Uniforme Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.<https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos.pdf>
- DEWEY, J.: «*Logical Method and Law*», 10 Cornell L. Q. 17, 1924.
- DE WOLF HOWE, M. (Ed.): *Holmes-Laski Letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Laski 1916-1935*, Vols. 1-2, Harvard University Press, Massachusetts, 1953.
- DEWEY, J.: *Experiencia y naturaleza*, trad. y Prólogo de José Gaos, Mexico-Buenos Aires, 1948
- DEWEY, J.: *La reconstrucción de la filosofía*, trad. L. Rodríguez Aranda y Lázaro Ros, Buenos Aires, Ed. Aguilar Argentina, 1955.
- DEWEY, J.: *Naturaleza humana y conducta. Introducción a la psicología social*, trad. RR. Castillo, México-Buenos Aires, 1964.
- DEWEY, J.: *Democracia y Educación*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1960.
- DEWEY, J.: *Libertad y cultura* (1939), México, Ed. Uteha, 1965.
- DEWEY, J.: *Viejo y nuevo individualismo*, introducción de R. del Castillo, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 2003.
- DWORKIN, R.: *El Imperio de la Justicia*, Ed. Gedisa, 2012.
- EHRlich, E.: *Grundlegung der soziologie des rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot 1913. Con muchas reediciones posteriores.
- EHRlich, E.: *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, trad., notas y estudio preliminar, a cargo de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- ELY, J.H.: *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980. Traducción al castellano: *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá (Colombia), Siglo del Hombre Editores, 2007.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El justice Oliver Wendell Holmes: «the great dissenter» de la Supreme Court”, en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010.
- FISCH, M.: «Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism», 39 J. Phil. 86, 1942.
- FRANK, J.: *La influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”. Algunas reflexiones sobre el Derecho “comparado” y “contrastado”*, trad., y “Comentario final” de José Puig Brutau, Barcelona, Ed. Bosch, 1957.
- FRIEDMAN, L.M.: *Introducción al Derecho Norteamericano* (1984), trad. Joan Vergé i Grau, Barcelona, Ed. Librería Bosch, 1988
- FULLER, L.: *The Law in a Quest for Itself*, Foundation Press, 1940.
- GADAMER, H.G.: *Verdad y método (Fundamentos de una hermenéutica filosófica)*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1993.
- GARRO, A.M.: “Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935)”, en DOMINGO, R. (ed.): *Juristas Universales*, Vol. III, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004.

- GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Gény” (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.
- GÉNY, F.: “Il movimento del “diritto libero” nei paesi austro-tedeschi”, en TANZI, A. (Ed.): *L’ antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milán, Raffaello Cortina Editore, 1999.
- GÉNY, F.: *La libertad en el Derecho entre certeza e incertidumbre*, Selección y traducción de textos al castellano de M. J. Bernuz Beneitez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.
- GERHARDT, M. J.: «A Tale of Two Textualists: A Critical Comparison of Justices Black and Scalia», 74 B. U. L. Rev. 25, 1994.
- GONZÁLEZ VICÉN, F.: «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo». *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid), t. VIII (1961).
- GORDON, R.: *The Path of the Law and its influence. The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Cambridge University Press, 2000.
- GREEN, M.: «Legal Realism as a Theory of Law», 46 Wm. & Mary L. Rev. 1915, 2005.
- GREY, T. C.: «Holmes and Legal Pragmatism», 41 Stan. L. Rev. 787, 1989.
- GREY, T. C.: «Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice», 37 Wm. & Mary L. Rev. 19, 1995.
- GREY, T. C.: «Freestanding Legal Pragmatism», 18 Cardozo L. Rev. 21, 1996.
- HOLMES, O. W.: «The Theory of Torts», 7 Am. L. Rev. 652, 1873.
- HOLMES, O. W.: «The Path of the Law», 10 Harv. L. Rev. 457, 1897.
- HOLMES, O. W.: «Law in Science and Science in Law», 12 Harv. L. Rev. 443, 1899.
- HOLMES, O. W.: *The Common Law*, Harvard University Press, 2009.
- HOLMES, O.W. (sin firmar): “The Gas-Stokers’ Strike” (“La huelga de los fogoneros”), en *American Law Review* 7 (1872-1873).
- HOLMES, O.W.: “The Gas Stokers Strike” aparecido en el volumen 7 del *American Law Review* 582 (1872-1873), reproducido en
- HORWITZ, M. J.: ”The Place of Justice Holmes in American Legal Thought”, GORDON, R. W. (Ed.): *The Legacy of Oliver Wendell Holmes*, Stanford University Press, California, 1992.
- NOVICK, S. M. (Ed.): *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. I, University of Chicago Press, Chicago, 1995.
- HIERRO, L.L.: *El realismo jurídico escandinavo*, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1981 (hay una reedición revisada y puesta al día en la Editorial Atelier, Barcelona, 2008).
- HOBHOUSE, L.T.: *Liberalismo*, edición crítica y estudio preliminar., “Los fundamentos del liberalismo social y sus límites; Leonard Trelawney Hobhouse”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los fundamentos del ‘liberalismo social’ y sus límites: L.T. Hobhouse”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, Octubre-Diciembre, 2007.
- Del propio HOBHOUSE, L.T.: *Democracy and reaction*, London, T. Fisher Unwin, 1904.
- HOBHOUSE, L.T.: *Social development: its nature and conditions*, London, George Allen; New York, Editorial Holt Henry, 1924. HOBHOUSE, L.T. (1960) *The Metaphysical Theory of the State* (1ª edición 1918), Londres, Allen & Unwin. Trad. esp., *Teoría metafísica del Estado*, traducción, Introducción y notas de Dalmacio Negro Pavón, Madrid, Aguilar, 1981.
- HOBHOUSE, L.T.: *The Elements of Social Justice* (1ª edición 1922), Londres, George Allen & Unwin, 1965.
- IHERING, R.V.: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. de Tomas A. Banzhaf e introducción de Jose Vallet de Goytisolo, Madrid, Ed. Civitas, 1987.
- IHERING, R.von: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, edición y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho” (pp. VII-LVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1ª edición, 2008, 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011.
- IHERING, R.von: *La Lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho”, (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.
- IHERING, R.von: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. por Enrique Príncipe y Satorres, Revisión, edición y estudio preliminar, “Ihering, ensayo de explicación” (pp. XVII-LXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición especial íntegra en su sólo volumen de los 4 tomos originarios, 1ª edición, 1998, 2ª edición, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011.
- IHERING, R.von: *La prehistoria de los indoeuropeos*, trad. de Adolfo G. Posada, estudio preliminar, “Ihering, historiador”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009.
- IHERING, R.von: *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada y prólogo de Leopoldo Alas, estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho”, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2008.
- JAMES, W.: *Pragmatismo. Un nuevo nombre para algunos modos de pensar* (1907), trad. L. Rodríguez Aranda, Buenos Aires, Ed. Aguilar Argentina, 1975, reed., Barcelona, Ed. Orbis, 1985.
- JAMES, W.: *El significado de la verdad* (1909), trad. L. Rodríguez Aranda, Madrid-Buenos Aires-México, Ed. Aguilar, 2ª ed., 1961.
- LLOREDO ALIX, L.M.: *Rudolf von Ihering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Ed. Dykinson, 2012. La versión originaria es algo más completa, *Ideología y filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Ihering*, Madrid, Universidad Carlos III, 2010 disponible en <https://e->

archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10726/luis_lloredotesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

KANTOROWICZ, H.: *La definición del Derecho*, trad. J.M. de la Vega, Madrid, Revista de Occidente, 1964.

KELLEY, P.: «*Was Holmes a Pragmatist? Reflections on a New Twist to an Old Argument*», 14 S. Ill. U. L. J. 427, 1990.

KELLOGG, F.: *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory and Judicial Restraint*, Cambridge University Press, 2007.

KENNEDY, D.: *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, trad. Guillermo Moro, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2010.

LASKI, H.J.: *A Grammar of Politics* (1925), London, Allen and Unwin. Trad. esp., T. González García, *La Gramática de la Política. El Estado moderno*, revisión técnica, edición crítica y estudio preliminar, “La filosofía política de Harold J. Laski (pp. XV-CXVIII)”, a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

LASKI, H.J.: *Liberty in the Modern State* (1937), Harmondsworth, Penguin Books. Trad. esp., E. Warshaver, *La libertad en el Estado moderno*, Buenos Aires, Abril, 1945.

Nueva edición, *La libertad en el Estado moderno*, revisión, edición y estudio preliminar, “Harold J.Laski y las trayectorias del socialismo democrático inglés”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020.

LASKI, H.J.: *The Rise of European Liberalism: An Essay in Interpretation*, London, Allen and Unwin, 1936. Trad. española, *El liberalismo europeo*, México, FCE, 1939;

LASKI, H.J.: *The State in Theory and Practice* (1935), London, Allen and Unwin. Trad., esp., V. Herrero, *El Estado en la teoría y en la práctica*, Madrid, Edersa, 1936;

LASKI, H.J.: “The Political Philosophy of Mr. Justice Holmes”, en *Yale Law Journal*, 40(5), págs. 683-695. LASKI, H.J.: *Derecho y política*, trad. Jesús Navarro de Palencia, Madrid, Edersa, 1933, recopilación que recoge, entre otros ensayos, “La filosofía política del magistrado Holmes”, “La técnica de los nombramientos judiciales”, “Reseña jurídica de política social”, “El procedimiento por desacato a los Tribunales”, “El Derecho en el Estado”, “La justicia y el Derecho”, etcétera.

LEITER, B. «*Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*», 76 Tex. L. Rev. 270, 1997.

LEITER, B.: *Naturalismo y teoría del Derecho*, trad. y estudio introductorio de Giovanni Battista Ratti, Madrid-Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2012.

LANGBEIN, J.H. (ed.): *The History of the Common Law: The development of AngloAmerican Legal Institutions*, Aspen Publishers, New York, 2009.

LÓPEZ MONROY, J.J.: *Sistema jurídico del Common Law*, México, Ed. Porrúa, 1999.

LLEWELLYN, K.: «*Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons of About How Statutes are to be Construed*», 3 Vand L. Rev. 395, 1950.

LLEWELLYN, K.N.: “Some Realism about Realism –Responding to Dean Pound”, en *Harvard Law-Review*, vol. 44 (1931), págs. 1222 y sigs. Ensayo recogido también en

- LLEWELLYN, K.N.: *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago & London, University of Chicago Press, 1962.
- LOSANO, M.G.: *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Ed. Debate, 1982.
- LUBAN, D.: «*The bad man and the good lawyer: A centennial essay on Holmes's The Path of the Law*», 72 NYU L. Rev. 1547, 1997.
- LUHMANN, N.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974), trad. Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos*, Barcelona, Ed. Atelier, 2015.
- MALMINEN, T.: *Los orígenes intelectuales del realismo jurídico*, trad., e Introducción de F.J. Campos Zamora, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2021. Con amplia cita bibliográfica.
- MENAND, L.: *El Club de los Metafísicos. Historia de las ideas en América*, trad. de A. Bonnano, Barcelona, Ed. Destino, 2002.
- MENDENHALL, A.: *Oliver Wendell Holmes Jr., Pragmatism, and the Jurisprudence of Agon: Aesthetic Dissent and the Common Law*, Bucknell University Press, 2016.
- MERCADO PACHECO, P.: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, CEPC, 1994.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La "jurisprudencia sociológica" de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social*, en POUND, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX-LXXXIII.
- POUND, R.: "The Call for a Realist Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 44 (1931), págs. 697 y sigs. Estos escritos están disponibles en español, en *Roscoe Pound. Karl N. Llewellyn. El debate Pound-Llewellyn*, trad. J. González Jácome y L. F. Vergara Peña, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2018.
- POUND, R.: *Introducción a la filosofía del Derecho*, Santiago de Chile, Ed. Jurídicas Olejnik, 2021.
- POUND, R.: *Justicia conforme a Derecho*, Santiago de Chile, Ed. Jurídicas Olejnik, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía* (pp. XIII-CL.), Estudio preliminar a RIPERT, G.: Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001
- MONEREO PÉREZ, J.L.: "El pensamiento científico jurídico de Gény" (pp. XVII-LXXV) a GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", en *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo*,

Laborum, (1), (2021) pp. 197–264. Recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525>.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y Capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Ed. Comares 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), (2021) pp. 298–377. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426>

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Conocimiento y crítica del Derecho”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 37 (2007).

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Por una teoría comprensiva y explicativa del Derecho", en ELÓSEGUITXASO, M., y GALINDO AYUDA, F. (Coords.): *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Profesor Juan José Gil Cremades*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J.Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), (2021), pp. 298–377. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426>.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Harol J. Laski*, en *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* Editors: Mortimer Sellers, Stephan Kirste, Francesco Zanetti. Publisher: Springer. Publication date: 2020. ISBN (Electronic): 978-94-007-6730-0, 2020.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, estudio preliminar a la obra clásica de ROSS, A.: *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, en *Documentación Laboral*, núm. 83 (2008), págs. 11-119. [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-Ensayo-2750095%20\(10\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-Ensayo-2750095%20(10).pdf)

MONEREO PÉREZ, J.L.: “La ideología del “darwinismo social”: la política social de Herbert Spencer (I y II), en *Documentación Laboral*, núms. 87-88 (2009)

MONEREO PÉREZ, J.L.: «Pluralismo jurídico y Derecho Social», estudio preliminar a GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MÁRQUEZ PRIETO, A.: “La «Idea del derecho social» en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch”, estudio preliminar a la obra clásica de GURVITCH, G.: *La Idea del Derecho Social*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

- MONEREO PÉREZ, J.L.: “La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas”, estudio preliminar a la obra clásica de GIERKE, O.v.: *La función social del Derecho privado y otros estudios*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “De las declaraciones a la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales: la aportación de Georges Gurvitch”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12(1), (2022) pp.166–273. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6323>.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Teoría jurídica de la democracia constitucional y conocimiento científico del derecho en el pensamiento del Han Kelsen”, en *Revista derecho del trabajo*, núm. 38 (2023), págs. 195-247 ; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12(2), (2022) pp.1–74. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370>
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “René David: El enfoque clásico en la construcción del derecho comparado y del método comparatista”, en *ACDCT*, VOL. XIII (2021), págs.185-244. <http://acdct.es/wp-content/uploads/2022/09/10-monereo-perez-acdct-xiii-2021.pdf>
- MURRAY A. & QUATTLEBAUM, E. G. III.: *Justice Holmes: The measure of his thought*, Talbot Publishing, 2017.
- PATTARO, E.: *Elementos para una teoría del Derecho*, trad., y Est.preliminar de I. Ara Pinilla, Madrid, Ed. Debate, 1991.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A.: *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996.
- PIOMBO, HORACIO J. J.: “El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr. y la teoría predictiva del Derecho. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 43, (2020) pp. 189-218. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.08>
- PORTELA VALENTÍN, O.G.: *Oliver Wendell Holmes Jr. y su obra: Una fusión sistemático-existencial*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2015. Disponible https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/15709/TESIS_ORLANDO_PORTELA.pdf;jsessionid=96F0590570744E2E2F4D6A2CC7EB61F9 , págs. 119 y sigs.
- POHLMAN, H. L.: *Justice Oliver Wendell Holmes: Free speech and the living Constitution*, New York University Press, 1991.
- POSNER, R.: «*Statutory Interpretation - In the Classroom and in the Courtroom*», 50 U. Chi. L. Rev. 800, 1983.
- POSNER, R.: *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995.
- POSNER, R.: «*Pragmatic Adjudication*», 18 Cardozo L. Rev. 1, 1996.
- POSNER, R.: *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, 2003.
- POSNER, R.: «*The Law and Economics of Contract interpretation*», 83 Tx. L. Rev. 1581, 2004.
- POSNER, R.: *Economic Analysis of Law*, 8th Edition, Aspen Publishers, 2011.

- POSTEMA, G. J.: «*Justice Holmes: A New Path for American Jurisprudence*» en Pattaro, E.(ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Vol. 11, Springer, 2011.
- PUIG BRUTAU, J.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, Ed. Bosch, sin año (1951-1952). Reedición, Barcelona, Ed. Bosch, 2006.
- POUND, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. y estudio preliminar por José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.
- POUND, R.: *El espíritu del “common law”*, trad. J. Puig Bratau, Ed. Bosch, 1954.
- POUND, R.: “Judge Holmes’s Contributions to the Science of Law”, 449, *Harvard Law Review* 34 (1921), págs. 449-453; LASKI, H.J.: “Mr. Justice Holmes: For his Eighty-ninth Birthday”, in Frankfurter, Felix (ed): *Mr. Justice Holmes*, New York, Coward-McCann.Inc., 1931.
- RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, edición de la 4ª ed. alemana y estudio preliminar, “La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política” (pp. XVII-CIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999.
- RADBRUCH, G.: *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. A. del Campo, revisión, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social” (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020.
- RADBRUCH, G.: *El espíritu del Derecho inglés*, trad. F. Vela, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1958.
- ROBLES MORCHÓN, G.: *Sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ROSEN, J.: «*Overcoming Posner*», 105 *Yale L. J.* 581, 1995.
- ROSS,A.: *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.
- ROSS,A.: *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, revisión, edición y estudio preliminar, “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho” (pp. XI-CXXXVI), Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.
- ROSENBLATT, R.: «*Holmes, Peirce and Legal Pragmatism*», 84 *Yale L. J.* 1123, 1975.
- SÁNCHEZ DÍAZ, F.: *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*, Granada, Ed. Comares, 2002.
- SAVIGNY, M.F.C.: *Sistema de Derecho Romano Actual*, versión castellana de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Edición y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Savigny” (VII- XLVII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005.

- SAVIGNY, M.F.C.: *Tratado de la posesión*, edición y estudio preliminar, “Ciencia del Derecho en Savigny”, a cargo de J.L. Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005.
- SAVIGNY, M.F.C.: *De la Vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, trad. de Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Savigny y la nostalgia de la jurisprudencia como ciencia hegemónica” (pp.VII-XXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.
- SCALIA, A.: *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1998.
- SCHWARTZ, B.: *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, trad. Enrique Alonso, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Ed. Civitas, 1980.
- SCHWARTZ, B.: *Algunos artífices del Derecho norteamericano*, Madrid, Ed. Civitas, 1989.
- SCHAUER, F.: «*Every Possible Use of Language?*» en Bollinger, L. & Stone, G. R. (eds.), *The Free Speech Century*, Oxford University Press, 2019.
- SOLAR CAYÓN, J.I.: *El realismo jurídico de Jerome Frank*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 2005.
- SIMON, F.: “John R.Commons e i Legal Foundations of Capitalism”, en *Rivista Diritto e questioni pubbliche*, Vol. 15, núm. 2 , 2015.
- SUMMERS, R.S.: *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press, 1982.
- SUNSTEIN, C. R.: «*Justice Breyer’s Democratic Pragmatism*», 115 Yale L. J. 1719, 2005.
- SUNSTEIN, C. R.: «*Unanimity and Disagreement on the Supreme Court*», 100 Cornell L. Rev. 769, 2015.
- SUTTON, J.: «*A review of Richard A. Posner, How Judges Think*», 108 Mich. L. Rev. 859, 2010.
- TARELLO, G.: *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè Editore, 1962.
- TARELLO, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, Edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.
- TARELLO, G.: *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, trad. y Est.prel., a cargo de J.L.Monereo Pérez y J.A.Fernández Avilés, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002
- TÖNNIES, F.: *Comunidad y Asociación*, trad. José-Francisco Ivars, revisión de J.L. Monereo Pérez, edición y estudio preliminar, “La interpretación de la Modernidad en Tönnies: “Comunidad y “sociedad-asociación” en el desarrollo histórico” (pp. XI-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.
- TÖNNIES, F.: *Principios de sociología*, trad. de V. Lloréns, revisión técnica, edición y estudio preliminar, “La sociología como crítica social: La aportación de Ferdinand Tönnies”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.

- TORRES, M.: «El Mercado Libre de las Ideas, de O. W. Holmes», *Revista Española de Derecho Constitucional* N°81, 183-208, 2007.
- UNGER, R.M.: *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, 1976.
- VEBLEN, TH.: *Teoría de la empresa de negocios*, trad. C. A. Trípodí y revisión técnica de J.L. Monereo Pérez, edición y estudio preliminar, “La teoría de la empresa de negocios de Thorstein Veblen” (pp. VII-XXXII, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.
- WELLS, C.: «*Legal innovation within the wider intellectual tradition: The pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.*», 82 Nw. L. Rev., 541, 1988.
- WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, ed., al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000, Quinta Parte (“El derrumbamiento y la derrota del positivismo”), págs. 471 y sigs.
- WHITE, G.E.: *Oliver Wendell Holmes Jr.*, New York, Oxford University Press, 2006.
- WHITE, G.E.: *The American Judicial Tradition. Profiles of Leading American Judges*, 2ª ed., Oxford-Nueva York, 1988.
- WHITE, M.G.: *Social Thought in America. The Revolt Against Formalism*, New York, Viking, 1949, Boston, Beacon Press, 1957.
- WHITE, E. G.: *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993;
- ZANE, J.: «*German Legal Philosophy*», 16 Mich. L. Rev. 288, 1918.