



Universidad Euskal Herriko
del País Vasco Unibertsitatea

TESIS DOCTORAL

OLIVER WENDELL HOLMES JR. Y SU OBRA: UNA FUSIÓN SISTEMÁTICO-EXISTENCIAL

**Dirigida por el Dr. Francisco Caballero Harriet Catedrático
de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco
(UPV/EHU)**

**Presentada por: Orlando G. Portela Valentín
2015**

La lucha nunca cesa.
La vida es lucha toda
por obtener la libertad ansiada.
Lo demás es la nada,
es superficie, es moda.

Juan Antonio Corretjer

OLIVER WENDELL HOLMES JR. Y SU OBRA: UNA FUSIÓN SISTEMÁTICO-EXISTENCIAL

INDICE

Prólogo	11
Agradecimientos	17
Chapter 1 – Introduction	19
1.1 Selection of the Theme:	19
1.3 Methodology	31
1.3.1 Procedural Steps	31
1.3.2 Justification	31
1.4 Structure	33
1.5 Delimitations	37
1.6 Limitations:	38
Capítulo 1 - Introducción	39
1.1 Problema de Investigación (Selección del tema):	39
1.2 Relevancia de la investigación.	49
1.3 Metodología	52
1.3.1 Procedimiento Utilizado	52
1.3.2 Justificación el Procedimiento	53
1.4 Partes en que se divide el trabajo	56
1.5 Delimitaciones y Limitaciones	61
PRIMERA PARTE: Oliver Wendell Holmes, Jr: La formación de un Jurista	
Capítulo 2 - Formación Temprana de Oliver Wendell Holmes	64
2.1 Introducción	64
2.2 Entorno socio-cultural de la familia Holmes-Jackson	66

2.3	Los Padres de Oliver Wendell Holmes, Jr.	72
2.4	Vida familiar en la casa del Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr.	84
2.5	Educación formal temprana de Oliver Wendell Holmes, Jr.	94
2.6	Estudios de Oliver Wendell Holmes, Jr. En el “Harvard College”	99
2.7	“Harvard College” y el comienzo de la Guerra Civil Norteamericana	111
2.8	Oliver Wendell Holmes Jr. Y el Abolicionismo	112

Capítulo 3 – Oliver Wendell Holmes, Jr. Y La Guerra Civil Norteamericana: del Idealismo al Escepticismo. 119

3.1	Antecedentes de la Guerra Civil Norteamericana	119
3.2	Participación de Oliver Wendell Holmes, Jr. En la Guerra Civil Norteamericana	122
3.2.1	Comisión como 1er. Teniente en el 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts	122
3.2.2	Oliver Wendell Holmes, Jr. Héroe Guerra Civil Norteamericana	123
3.2.2.1	Batalla de “Ball’s Bluff” Virginia.	123
3.2.2.2	Batalla de “Antietam Creek” Maryland	131
3.2.2.3	Batalla de Chancellorsville, Virginia	139
3.2.2.4	Oliver Wendell Holmes, Jr. Termina su Servicio Militar	140
3.3	La experiencia de la Guerra Civil Norteamericana en la personalidad de Oliver Wendell Holmes, Jr.	158

Capítulo 4 - Oliver Wendell Holmes Jr.: Tres dimensiones de la práctica jurídica - abogado litigante, académico y juez 166

4.1	La educación jurídica formal de Oliver Wendell Holmes Jr.	166
4.1.1	Decisión Vocacional	166
4.1.2	El Derecho Común en los Estados Unidos de Norteamérica durante la década del 1860	170
4.1.3	Los años en la escuela de derecho de Harvard (1864-1866)	177
4.2	Práctica de la Abogacía	191
4.2.1	Contexto mercantil y su importancia en el Derecho Común Norteamericano.	191
4.2.2	Admisión al “Massachusetts Bar” (9 de marzo de 1867) y Trabajo en Chandler, Shattuck y Thayer en Boston. (octubre 1866-1870)	193
4.2.3	Oliver Wendell Holmes, Jr. Establece su propio despacho (1870)	201
4.2.4	Se une en calidad de socio a la firma de abogados de George	

Shattuck, la nueva razón social “Shattuck, Holmes y Munroe.	207
4.3 Trabajo Académico	210
4.3.1 Publicaciones en el American Law Review	210
4.3.2 Se convierte en profesor de Derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.	212
4.4 Carrera Judicial	221
4.4.1 Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts	221
4.4.2 Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos	235
SEGUNDA PARTE: El pensamiento filosófico-jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr.	261
Capítulo 5 - Influencias en el pensamiento filosófico-jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr.	261
5.1 Escuela Histórica del Derecho (Friedrich Carl von Savigny): Derecho “Volkgeist” – Espíritu del Pueblo.	262
5.2 Escuela Positivista Inglesa (Jeremy Bentham y John Austin)	271
5.2.1 Origen del Positivism Jurídico	271
5.2.2 Influencia de la Escuela Histórica en el Positivism	273
5.2.3 Influencia de los Movimientos de Codificación en el Positivism	274
5.2.4 Influencia de la Escuela de la Exégesis en el Positivism	277
5.2.5 Positivism Jurídico en Inglaterra	279
5.2.6 Jeremy Bentham y el desarrollo del Positivism Jurídico Inglés	279
5.3.7 John Austin y el desarrollo del Positivism Jurídico Inglés	282
5.2.8 Características del Positivism Jurídico	288
5.3 Escuela Idealista del Derecho	289
5.3.1 Immanuel Kant	290
5.3.2 Georg Wilhelm Friedrich Hegel	298
Capítulo 6 – Trabajos Académicos de Oliver Wendell Holmes, Jr.	310
6.1 Trabajos de investigación académica sobre temas jurídicos.	310
6.1.1 Inquietudes Académicas	310
6.1.2 American Law Review	311
6.1.3 Comienza trabajo de edición de la 12ma. Comentarios de Kent	315
6.1.4 Artículos Jurídicos Publicados por Oliver Wendell Holmes, Jr.	

American Law Review entre los años 1870 y 1873.	317
6.1.4.1 “Codes and the Arrangement of the Law” (1870)	317
6.1.4.2 “Misunderstandings of the Civil Law” (1871)	321
6.1.4.3 “The Arrangement of the Law of Privity” (1872)	324
6.1.4.4 “The Theory of Torts” (1873)	329
6.1.4.5 “The Gas-Stokers’ Strike” (1873)	334
6.1.5 Publicación de la 12ma. Edición de los <i>Commentaries on American Law</i> de James Kent. – Oliver Wendell Holmes Jr. Aparece como el único editor.	336
6.1.6 Artículos Jurídicos Publicados por Oliver Wendell Holmes, Jr. En el American Law Review entre los años 1876 y 1881.	339
6.1.6.1 “Primitive Notions in Modern Law” (1876 y 1877)	339
6.1.6.2 “Possession” (1878)	346
6.1.6.3 “Common Carriers and the Common Law” (1879)	351
6.1.6.4 “Trespass and Negligence” (1880)	357
6.2. “The Common Law”: El derecho común norteamericano como un sistema organizado en cuanto a deberes.	362
6.2.1 Ofrece conferencias conocidas como “Lowell Lectures”	362
6.2.2 Se publican las ponencias en un libro bajo el título de “The Common Law”	365
6.2.3 Organización de los temas en “The Common Law”	367
6.2.4 Teoría metodológica utilizada en “The Common Law”	373
6.2.5 Teoría de Criterios Externos para Adjudicar Responsabilidad	378
6.3 Trabajos académicos publicados mientras trabajaba como Juez Asociado en el Tribunal Supremo de Massachusetts. (diciembre de 1882 - diciembre de 1902)	390
6.3.1. “Privilege, Malice and Intent” (1894)	390
6.3.2 The Path of the Law (1897)	398
6.3.2.1. The Path of Law y la Naturaleza del Derecho: Teoría de la Predicción	399
6.3.2.2 The Path of Law y la Naturaleza del Derecho: Los Límites de la Lógica.	400
6.3.2.3 The Path of Law y la Naturaleza del Derecho – La Relación entre Derecho y Moral.	403
6.3.2.4 La Función de los Jueces	405
6.3.2.5 Metodología para el estudio del Derecho	406
6.4 Trabajos académicos publicados mientras trabajaba como Juez Asociado en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. (1902- 1932)	410
6.4.1 “Law in Science and Science in Law” (1899)	411

6.4.2	“Ideals and Doubts (1915)	414
6.4.3	Natural Law (1918)	415
Capítulo 7	Influencias del pensamiento del juez Oliver Wendell Holmes, Jr. el desarrollo del pensamiento jurídico norteamericano.	419
7.1	Características del Pensamiento Filosófico-Jurídico del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr.	422
7.1.1	Del Idealismo al Escepticismo Moral	422
7.1.1.1	Años de Formación	422
7.1.1.2	Experiencia Militar	426
7.1.2	El escepticismo moral, los “can’t helps” y el dominio de la mayoría.	432
7.1.3	El Escepticismo Moral y el uso de la fuerza como “Ultima Ratio”	435
7.1.4	Del Escepticismo moral al Escepticismo Jurídico	437
7.1.4.1	El Escepticismo y la Función del Juez	437
7.1.4.2	El Escepticismo, el trabajo como deber, y sentido de la vida.	439
7.1.5	El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. Y su concepto del Derecho.	442
7.1.5.1	Rechazo al Estudio Teórico Abstracto del Derecho.	442
7.1.5.2	Relación entre Derecho y sociedad	444
7.1.5.3	Un Derecho Vivo y el Uso de la Historia.	446
7.1.5.4	Separación entre Derecho y Moral	448
7.1.6	El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. Y su concepción de las profesiones jurídicas.	449
7.1.6.1	El Jurista como mediador entre Derecho y sociedad	449
7.1.6.2	La actividad judicial	451
7.2	Influencias del pensamiento del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. En el desarrollo del pensamiento jurídico norteamericano.	454
7.2.1	El Pensamiento Jurídico Norteamericano: Introducción.	454
7.2.2	El Formalismo Jurídico Norteamericano.	458
7.2.2.1	Orígenes del Movimiento	458
7.2.2.2	Contraste entre las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes Jr. Y los elementos característicos del Formalismo Jurídico Norteamericano.	459
7.2.3	Realismo jurídico norteamericano.	464
7.2.3.1	Orígenes del movimiento	464
7.2.3.2	Contraste entre las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes Jr. Y los elementos característicos del Realismo Jurídico Norteamericano.	467
7.2.3.2.1	Rechazo al Estudio Teórico Abstracto del Derecho.	467

7.2.3.2.2 Escepticismo Normativo	470
7.2.3.2.3 Subjetividad como característica principal de la actividad judicial.	472
7.2.4 Law and Economics	475
7.2.4.1 Orígenes del Movimiento	475
7.2.4.2 Contraste entre las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. Y los elementos característicos de la escuela de pensamiento conocida como “Law and Economics”.	482
7.2.4.2.1. Visión Práctica del Derecho: La Capacidad de Predicción en el campo del Derecho.	488
7.2.4.2.2 La importancia de la política pública en las decisiones judiciales.	492
7.2.4.2.3 La importancia de la economía en el análisis del Derecho.	494
7.2.5. Las Escuelas Críticas	497
7.2.5.1 Orígen y Desarrollo de las Escuelas Críticas – Critical Legal Studies	497
7.2.5.2 Orígen y Desarrollo de las Escuelas Críticas – Feminist Jurisprudence	502
7.2.5.3 Orígen y Desarrollo de las Escuelas Críticas – Critical Race Theory	509
7.3 Contraste entre las ideas de Oliver Wendell Holmes, Jr. Y las escuelas críticas.	516
CONCLUSIONS	523
CONCLUSIONES	532
Bibliografía Temática: Escritos de Oliver Wendell Holmes Jr.	543
Bibliografía General	577

OLIVER WENDELL HOLMES, JR. Y SU OBRA: UNA FUSIÓN SISTEMÁTICO-EXISTENCIAL

PRÓLOGO

Contar la historia de esta Tesis es contar una historia de vida. Y como toda historia de vida, siempre resulta difícil definir el comienzo. Si bien la Tesis cuenta con una fecha cierta que hace referencia al momento en que fue inscrita, no es menos cierto que mucho antes de ser inscrita se fue ideando entre el doctorando y su tutor. También resulta cierto que aún antes de ese momento, comenzaba a existir, si bien de manera incipiente en los contenidos de los cursos doctorales, las relaciones entre profesores y estudiantes, aún también entre compañeros de estudio. Además, si atendemos a los intereses particulares del estudiante, antes de que estos tomen forma de Tesis, ya merodeaban, si bien jugando a las escondidas, en la vida y formación del hoy candidato a doctor.

En mi caso, creo poder comenzar la historia de mi Tesis cuando fui invitado a participar en el proceso de crear la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos. Como parte de este proceso, tuve la oportunidad de participar de los Talleres de Formación del Claustro. Estos talleres tenían el propósito de acercar a distintos abogados a los temas relacionados a las funciones académicas que se esperaba de profesores de una facultad de Derecho. En nuestro caso, por tratarse del proceso de creación de una escuela de Derecho, en estos talleres intentamos dar respuesta a interrogantes tales como ¿Cuál es la visión del Derecho que tiene nuestra Facultad? ¿Qué tipo de abogado pretendemos formar? ¿Qué conocimientos y destrezas resultan

necesarios para poder ser un abogado competente? ¿Qué y cómo tenemos que enseñar para lograr el resultado al que aspiramos? ¿Cómo podemos monitorizar el desarrollo del estudiante durante sus años en la Escuela de Derecho?

De más está decir que estos Talleres del Formación del Claustro constituyeron un proceso de formación académica único en su clase, me brindaron un espacio privilegiado para estudiar y analizar críticamente la enseñanza y la práctica del Derecho. El proceso de conceptualización y diseño del currículo general de la Facultad, de los cursos de Introducción al Estudio del Derecho, Ética Profesional, Filosofía del Derecho y de la perspectiva práctica e integradora del currículo me permitió acercarme al estudio de interesantes temas jurídicos y pedagógicos. Temas que avivaron en mí el deseo de profundizar mis conocimientos sobre el Derecho, comienza así mi interés en estudiar un postgrado en el campo del Derecho.

Los temas trabajados como parte de los Talleres de Formación del Claustro fueron a su vez definiendo los aspectos del Derecho que interesaba profundizar. Temas tales como la responsabilidad social y ética de los abogados, los fundamentos teóricos-filosóficos de la ciencia jurídica, el análisis interdisciplinario del Derecho, la formación y puesta en práctica de procesos normativos informales en el seno de las comunidades. Todos ellos temas que, ahora que tengo la perspectiva que ofrece el paso del tiempo, reconozco que reaparecieron, en mayor o menor grado, en el proceso de investigación y redacción de esta Tesis.

Durante mis primeros años como profesor en la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, se concretó la visita del Doctor Francisco J. Caballero Harriet a nuestra institución. Esta visita dio vida a un proyecto institucional entre nuestra Facultad y la Universidad del País Vasco,

para la formación a nivel doctoral de nuestro profesorado. Este proyecto educativo creció y se multiplicó de manera impresionante, convirtiéndose en la Red Latinoamericana de Doctorados de la Universidad del País Vasco. Tuve el privilegio de formar parte de ese primer grupo de estudiantes doctorales en Mayagüez, en el Caribe y en América Latina. Una experiencia enriquecedora, tanto en el aspecto académico, como en el personal.

En el aspecto personal, el acuerdo entre nuestras universidades me permitió establecer estrechos lazos profesionales y personales con ese grupo de profesores vascos, que se aventuró a cruzar el Atlántico y hasta llegar a una pequeña isla y a un más pequeño pueblo caribeño llamado Mayagüez, donde se ubica la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos. Allí, entre el calor del trópico y frescor de sus playas, vascos y puertorriqueños compartimos no solo nuestro conocimiento y experiencias de naturaleza jurídica, sino experiencias de vida. Compartimos nuestras esperanzas y desilusiones, nuestros proyectos y nuestras frustraciones, creándose así, lazos de respeto y compromiso que trascienden la relación tradicional entre estudiante y profesor. Lazos de genuina amistad, que me permiten solidarizarme con los compañeros profesores de la Universidad del País Vasco y participar del proyecto latinoamericano.

Académicamente tuve la oportunidad de acercarme desde diversas perspectivas de análisis a temas noveles en diversas áreas del Derecho y de la Teoría del Estado. Entre los temas que tuvimos la oportunidad de estudiar se encuentran: el estudio del Derecho Moderno desde la perspectiva de sexo-género, la construcción del conocimiento y de la diferenciación social y cultural, la motivación de las sentencias y la legitimidad democrática de la jurisdicción, el derecho antidiscriminatorio, la descentralización política y administrativa, la Unión Europea, los

derechos fundamentales europeos, el control de la constitucionalidad en Europa, Economía y globalización, y el neoliberalismo y sus efectos sobre el Estado y el Derecho. Al finalizar estos cursos, y en conversaciones con el Dr. Francisco Caballero Harriet, quien asumiría la función de dirigir mi tesis, seleccioné como tema de investigación la figura del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. y sus aportaciones al campo del Derecho

En un primer momento, me acerqué al Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., a partir del estudio de su obra, los casos más relevantes que había resuelto y sus artículos más conocidos. Con el paso del tiempo fui comprendiendo, que para hacer justicia a la persona del Juez Holmes, Jr. necesitaba conocer más sobre su vida, no bastaba con leer sus escritos, los cuales en ocasiones parecían haber sido escritos por distintas personas, necesitaba conocer a fondo aquella persona cuyas obras estudiaba. Decidí entonces estudiar sobre la persona, sus años de formación, el contexto histórico en el que vivió, su vida social y familiar, sus intereses, anhelos y preocupaciones. Según me adentraba en la investigación, comprendí que la obra del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. solo se entiende bien, entendiendo su vida.

Decidí comenzar mi tesis con un capítulo introductorio sobre las experiencias del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en sus años de formación, comencé presentando su vida familiar, sus amigos, sus estudios elementales y superiores, sus preocupaciones filosóficas y políticas y su ingreso a la universidad. Luego presenté un capítulo sobre sus experiencias como oficial en la Guerra Civil Norteamericana, seguido de otro capítulo correspondiente a sus estudios de Derecho en la Universidad de Harvard. En el siguiente capítulo trabajé su entrada al mundo laboral como abogado en la práctica privada del Derecho.

En el momento en que comencé a redactar los capítulos antes mencionados, aún no tenía una idea clara del giro que tomaría la tesis al discutir su obra, pero en la redacción de estos primeros capítulos, entendí que lo más impresionante en la vida del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. era su esfuerzo de ser una persona íntegra, una persona que vivía de acuerdo a sus ideas. Comprendí entonces que mi Tesis debería mostrar la relación entre su vida personal, sus ideas y principios filosóficos y éstos se relacionaban con su trabajo como abogado, profesor de Derecho y juez.

Para presentar esta relación entre la vida de Oliver Wendell Holmes, Jr., sus ideas y su visión del Derecho, decidí concentrarme en sus escritos no judiciales. Se ha escrito mucho sobre las decisiones judiciales del Juez Holmes, Jr. sin embargo, el Juez Holmes, Jr. siempre perteneció a tribunales colegiados por lo que sus ideas podían quedar aminoradas como resultado de los esfuerzos para obtener los votos de los demás jueces. Es por esto, que luego de trabajar los aspectos relacionados a su nombramiento como profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard y a sus posteriores nombramientos como Juez en los Tribunales Supremos, de Massachusetts primero y de los Estados Unidos después, incluí un capítulo sobre las escuelas de filosofía jurídica que influyeron en el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. En un capítulo posterior, procedo a analizar en orden cronológico, sus escritos no jurídicos. Y termino la Tesis analizando las influencias que sus ideas han tenido en las escuelas de pensamiento jurídico modernas en los Estados Unidos.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco con toda mi alma, a mi esposa Sheila I. Vélez Martínez, quien apoyó mis esfuerzos y asumió con amor y devoción una carga desproporcionada de trabajo y responsabilidades familiares, para que yo pudiese contar con el tiempo necesario para trabajar en mi Tesis. Agradezco también a mis hijos, Diego Portela Vélez y Lucía Portela Vélez, quienes han sufrido las consecuencias de ver disminuido el tiempo que su padre podía dedicarles. Y quienes a pesar de su corta edad, ayudaban como podían a que su papá pudiera trabajar en la Tesis. Además quiero agradecer a mis padres Guillermo Portela Santiago y Evangelina Valentín Sierra, quienes con el ejemplo de toda una vida, me han enseñado la importancia del trabajo honesto y de la perseverancia. Gracias por su ánimo y sus oraciones.

Cabe señalar además la existencia de invaluable personas que, haciendo gala de su solidaridad y generosidad siempre estuvieron prestos a servirme de interlocutores para la discusión de distintos aspectos de mi Tesis. Esto sin contar las veces que sacaron su tiempo, tan sólo para escucharme y animarme en las “noches oscuras” que fueron parte de mi proceso de investigación y redacción de la Tesis. Entre ellos quiero mencionar de manera especial a la Dra. Iris M. Camacho Meléndez, y al Dr. José Antonio Bustillo Formoso sin la solidaridad y ayuda de ambos, esta Tesis no sería posible. Agradezco la indispensable ayuda de traducción de Neisha Velez Martinez.

Esta tesis se ha beneficiado de las colecciones de distintas bibliotecas, entre éstas, las bibliotecas de la Facultad de Derecho Eugenio María de

Hostos en Mayagüez, Puerto Rico, del Instituto Internacional de Sociología Jurídica en Oñati, de la Facultad de Derecho y de las facultades de Filosofía, Ciencias de la Educación y Psicología de la Universidad del País Vasco en San Sebastián, de la facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, en Río Piedras, y de la Escuela de Derecho de la Universidad de Pittsburgh, Pennsylvania. Quiero aquí agradecer la colaboración de los bibliotecarios y demás personal de las bibliotecas antes mencionadas. Si bien en todas ellas su personal resultó ser de gran ayuda, quiero mencionar muy especialmente la ayuda recibida por Milton Delgado Núñez y Miguel Figueroa Pagán de la Biblioteca de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos. Agradezco además, la diligencia y gentileza de Irene Zapirain en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco

Agradezco al Dr. Carlos M. Rivera Lugo, quien como Decano de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, me ofreció la oportunidad de entrar a la docencia, en Carlos pude encontrar más que a un Decano, a un amigo y mentor de quien recibí motivación y apoyo en todas mis gestiones de doctorando. Gracias al Dr. Francisco J. Caballero Harriet, quien me honrara al dirigir mi Tesis, y me honra más aún al ofrecerme su amistad. Gracias, a ambos porque a pesar del paso de los años, nunca perdieron la esperanza en este servidor. Agradezco a ambos su ejemplo entrega al trabajo docente, haciendo de la enseñanza una aventura que se vive día a día. Les agradezco además, su complicidad y esfuerzos para dar vida a este Programa Doctoral, que me ha permitido la oportunidad de presentar este trabajo. Muchas Gracias.

**OLIVER WENDELL HOLMES JR. AND HIS WORK:
A SYSTEMIC-EXISTENTIAL FUSION**

CHAPTER 1 – INTRODUCTION

1.1 SELECTION OF THE THEME:

The purpose of this work is to study the Jurisprudence of Judge Wendell Holmes, Jr. and identify the contributions that he made to the development of North American jurisprudence. What is the importance of studying the ideas of a Judge of the North-American Supreme Court and in particular Judge Oliver Wendell Holmes, Jr.? Why study a judge that occupied his seat at the beginning of the last century? How are the ideas of Judge Holmes related to the development of the North American legal thinking?

Since its beginnings, the Common Law in North America, has been characterized by the importance attributed to the role of the judges. One of the principal characteristics of the Common Law in North America is that its doctrine is based in the doctrine of precedents, under this doctrine, the judges by means of their decisions are in charge of giving life to the Common Law. Judges are responsible for finding the legal principles that emerge from the customs of society, with the purpose of applying them in actual controversies. From the decisions of these judges emerge the different streams of jurisprudence and define the legal thinking of a particular era. In other words, in the Common Law in North-America the judges are who by means of their decisions define the juridical ideas of their times. That way their judicial decisions become

the footprint that allow us to track the jurisprudence and appreciate its development.

Therefore, it is clear that if we seek to understand the development of the juridical thinking in North-America, we need to follow very closely those figures that facilitated the development of the Common Law in North-America and gave life to the different jurisprudential currents, and by that we mean the judges. Especially those judges that occupied positions in the Supreme Court of the United States of America, because it is this tribunal through the doctrine of juridical review, the maximum interpreter of the Constitution of the United States of America. The judicial decisions of the Supreme Court of the United States are mandatory for the entire judicial system and administrative agencies of the United States of America, establishing a national law or *law of the land*. Here lies the particular relevance that the study of the Supreme Court justices has in order to understand the development of Common Law in North-America.

As we realize the importance of Holmes in the development of the Common Law in North-America, it becomes even more important to study his ideas in the context of the society defining changes taking place in the United States at the time. Oliver Wendell Holmes, Jr. is a defining figure in the development on the Common Law in North-America. We can state that the Jurisprudence of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr., represents an inflection point in the North American juridical thinking. His ideas developed in an era in which it was necessary a critical analysis of the Common Law, its constitutional bases, its fundamental principles, its theoretical concepts, and its creation and application techniques. This analysis of the Common Law had the purpose of identifying and leave behind the dead weight accumulated through the century by this same juridical system, and

transform it into the keystone of a society that was entering with great steps into the Industrial Era.

The juridical conceptions of the XVIII century that reign the north American society during this post-civil war period, were not capable of offering adequate solutions to the juridical and economic problems that represented the great concentration of capital, the cries for rights of the rising working class and the questioning to the nature of the property laws. The legal system of the XVIII century in the United States also did not offer an answer to the claim of women for political participation, the claim for equality from the habitants of the North American territories and the implementation of social justice for the African-Americans, just to mention some of the issues that marked this transitional period.

The capability of the Common Law in North America of reformulating itself, to adapt to the historical context that its society is living will mark in an indelible way the faith of such claims. In this task of adaptation and in some ways remaking of the Common Law in North America, the function of the justices of the Supreme Court in general and of the Judge Oliver Wendell Holmes, Jr., in particular, came to be of essential importance.

It is important to mention that in the time of the Judge Oliver Wendell Holmes still existed the debate over the convenience or not of codifying the Common Law in North America. The result of this debate over the codifying marked the period of transformation of the Common Law in North America toward a modern legal system. Was a debate that raised great passions between the two positions, because many of the contemporaries of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr., thought that the codifying the Common Laws was a way to stagnate the Common Law.

For the purists of the Common Law, the codification would have the effect of destroying the essence of the system, this is, destroy the capacity of reinventing and readapting the always changing conditions of human existence. In other words, the North American legal community understood that the Common Law, as a juridical system based in auto-regulation of society. The Common Law is system built by way of the customs, the way in which society dictate its own law. An always changing system and always actualized, because the same manner in which the social customs change with time to adapt to the new social necessities, Common Law corresponded at the same time, recognizing the change in such customs and gathering them in judicial interpretations. The purists thought that a process of codification would toss out the capacity of auto renovation of Common Law. Theoretically speaking, it was argued that the fundamental difference between the European Civil Law and the Common Law, was the capacity of the last to renovate itself constantly in function of the social needs, capacity that will be shorten with the crystallization of the juridical principles in the different laws that will be capture in the codes.

It was also believed, by great minds contemporaries to Judge Oliver Wendell, Jr., that the codification would implicate to strip the society in general of its capacity of choosing its own destiny, to leave it in the hands of a group of legislators who would have the capacity of imposing their own will over the people. This fear was justified, because under the theory of the Common Law it was the function of the society to create, by way of the customs, its own normative system. A system that adapts to the needs of each historical moment, the codification will represent that the legislature, will substitute the people in its roll of builders of the law, taking the place that corresponded to the people. In other words, many of the contemporaries of Judge Oliver Wendell, Jr. thought that the

approval of the codification, the legislators will strip the people of part of their liberty, the liberty of create Law, the liberty of auto-regulating itself.

Another harmful effect of codification, from the perspective of its opposition, is the inevitably will alter the function of a judge, piece that resulted being fundamental to the Common Law. Being the Common Law a system based in the doctrine of the judicial precedents, various jurist contemporaries to Judge Oliver Wendell Holmes, Jr., thought that the function of the judges was implied in the identification and application of the juridical principles derived of the social customs. For that the judges, by way of their knowledge of law, will have the capacity to, in a scientific and objective way, identify in the people's the customs the juridical principles that will give a solution to the case in front of them. For the opposition of the codification, this type of juridical reasoning, marked by its objectivity, was in itself different from the political reasoning. When judges are offered great liberty at the time of making decisions they are in a better position to guarantee that politicians do not impose their will onto the people.

The debate over codification was intimately related to the development of the Common Law in North America, because it takes as a starting point the conceptions that there were about the Common Law, and deal with the possibility of making adaptations that allow a bigger manageability, coherence and certainty for its application and of the possible consequences make such changes. The historic result of all this debate, and the following and eventual approval of the different codes left an indelible mark in the manner of understanding and practicing the Common Law in the United States of America. In this definitive moment the contributions of Oliver Wendell Holmes, Jr., resulted to be greatly valuable.

Through his theoretical efforts to reaffirm the constitutive basis of the Common Law and provide it with organization and practical utility, Oliver Wendell Holmes, Jr. let us appreciate the theoretical development and the particular characteristics of the Common Law in North America and the way in which it is different from other schools of juridical thinking of its times. In the other hand, the ideas developed by Oliver Wendell Holmes, Jr. represent, from the jurisprudential perspective, a rupture with the school of judicial formalism, that dominated the North American academy since the ends of the Civil War to the 1920s and 1930s, and represented the necessary spark for the development of different school of jurisprudence thinking that will mark the coming of the Common Law in North America to modernity.

We can affirm, that the path toward modernity, in the way that the Common Law in United States is practiced, began with the ideas of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. This school of thinking, was characterized by its pragmatic approximation to the legal problems and a strong skepticism toward the capacity of the normative juridical system in offering solutions to certain legal problems, both ideas, directly rooted to the jurisprudence of Oliver Wendell Holmes Jr. These ideas are only an example of the ideas promoted by Judge Holmes Jr. that with time, will come to settle in the juridical society of North America, and will manifest themselves in the way that today, the North American jurists understand their law system.

It is important to mention that the ideas of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. influenced the development of the Common Law in North America, not only in the techno-judicial aspect but also from a jurisprudence perspective. We must clarify that when we talk about a techno-judicial perspective we make reference to the institutionalized ways in which laws

are built and applied. This field of law includes, beside the institutions in itself, all the objects, concepts, skills and specialized functions reserved for the different professions that emerge from the creation of a law system, meaning legislators, judges, prosecutors, lawyers, treatise writers, law professors, and the technical personnel that facilitate their work; the conglomerate mentioned that constitute the knowledge field that we call Law and that is different from other human activities. In summary, by the techno-judicial perspective we mean the particular manner that the law and its institutions assume with time. It is at the influencing society and receiving society's influences.

When speaking of a jurisprudential perspective we refer to the philosophical basis that have an impact over the creation of an application of the legal knowledge. Philosophical doctrines like utilitarianism, pragmatism, naturalism, relativism, skepticism and others, that have influenced human thinking and the way in which it adapts and modifies its surroundings. The Law, like any human construction, is at the same time a reflection of the ideas that allowed its creation and a starting point for the construction of new realities. To investigate the jurisprudential thinking of Judge Oliver Wendell, Jr. is important not only to visualize, from a historical perspective how his ideas influenced the development of laws in North America, but also to be conscious of the way that many of his ideas continue to be valid through history encouraging the creation of new legal forms, and to discern the way in which they can serve of as the foundation for future generations of jurists to build new ways to understand, apply and reformulate the Law.

Clearly, we can get ahead and say, that from the jurisprudential perspective, the ideas of Oliver Wendell Holmes, Jr., one way or another, represent the basic fundamentals of the legal modernity, and therefore,

that the different schools of Jurisprudence in North America that will develop later, including the schools of the utilitarian and pragmatic currents, the economists and the critical schools.

It should be noted that the amount of work done by Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. was impressive, while in the Supreme Court he wrote 873 judicial opinions, plus a 30 concurring opinions and dissenting opinions 72. While some of his judicial decisions have been revoked with the passage of time, many other decisions still remain as precedents today and some of their dissenting opinions, over the years, have gone to be taken as correct by the Supreme Court. Among the areas of the North American Common Law, where judicial doctrines developed by Oliver Wendell Holmes , Jr. still remain in force are : judicial review, copyright, right of workers to organize, the law applicable in diversity cases, freedom of expression and the criminal field .

It must be noted that the ideas of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. influenced the development of American Common Law, both from the technical aspect and from a philosophical perspective. We should clarify that when we talk about technical perspective we refer to institutionalized forms in which it is constructed and applied the law. This includes, in addition to institutions per se, all objects, concepts, skills and specialized functions reserved for the various professions that arise from the creation of a system of law, legislators, judges, prosecutors, lawyers, writers, law professors and technical personnel that facilitate their work. They contribute to the creation of the field of knowledge we call law and that is distinguishable from other human activities. In summary, technical- legal perspective refers to the particular forms assumed by the law and its institutions over time, forms that although influence, and in turn are influenced by society, also have

an internal dynamic element in the extent arising from and in turn serve the own field of law.

While speaking of philosophical perspective we refer to the fundamental philosophical basis of these legal forms, that is, the philosophical foundations that influence the creation and application of legal knowledge. Philosophical theories such as utilitarianism, pragmatism, naturalism, relativism, skepticism and others that have influenced human thinking and how it adapts and modifies its environment. The law, like all human construction, is both a reflection of the ideas that allowed its creation and a starting point for the construction of new realities, which is why it is relevant to study the philosophical and legal thought of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. not only to view, from a historical perspective how his ideas influenced the development of American law, but to become aware of how many of his ideas remained in force through the history, encouraging the creation of new legal forms, and to envision how that can serve as basis for future generations of lawyers construct new understandings, implement and reformulate the law.

In fact, we anticipate that from the philosophical and legal perspective, that the ideas of Oliver Wendell Holmes, Jr., in one way or another, represent the basic foundations of legal modernity, and hence of the various schools of thought American legal philosophy to be developed later, including: utilitarian -pragmatic, economic and critical schools.

We must here note that our research will center in the philosophical aspect. Many articles have been written on the decisions of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. but very little about his philosophical and legal ideas. And while one could argue that the way he solves his cases can be inferred their ideas, it should be noted that throughout his judicial

career, Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. was part of collegiate courts, to publish decisions which appear under his signature he needed to obtain a majority vote of his fellow judges . Because of this limitation his ideas are not truly reflected in his judicial decisions which is why this thesis will focus on the analysis of non-judicial writings, law review articles, lectures, letters, diaries, and from there move on to rebuild its legal philosophical ideas.

1.2 RELEVANCE

Between 1860 and 1930, a period that covers from the participation of Oliver Wendell Holmes Jr. in the Civil War until his retirement as a Supreme Court of the United States, American society underwent a series of changes that followed each other dramatically. It was the transition of American society towards modernity, transition that left their mark on the political, economic and social field. For example, we note that during that time events such as the Civil War, the abolition of slavery, westward expansion, the right to vote for women, accelerated industrial development, capital accumulations occurred ever views and a pitched battle between the interests of capital and interests of workers.

While these events offered the hope of a better world, they were also accompanied by uncertainty, insecurity and fear of those who felt threatened in their lifestyle. American society was changing rapidly and it was necessary for the institutions to adapt to new needs. Oliver Wendell Holmes, Jr. as an academic understood this and saw as his mission to explore the origins of the common law, strengthen the constituent bases and give it a self-imposed legal theory that allowed it to

address the changing needs of society. As a judge he had the opportunity to apply his philosophical ideas to the field of common law theories in specific situations, directing to some degree, this process of transition.

We can thus say that analyzing the jurisprudence of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. gives us a unique opportunity. We have before us not only a lawyer who theorized about the American Common Law basis, but also someone who as a judge took an active part in the construction of modern American society. From the bench Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. had to deal with issues as varied as the accumulation of capital, labor rights, freedom of expression, freedom of association, freedom of worship, racial justice, equal rights before law, reproductive rights and the right to vote for women, subjects were gradually weaving webs connecting the modern American society.

The legal field became the battlefield that would adjudicate judicially social demands claimed by different groups fighting day in American streets. A look at the legal- philosophical Judge Oliver Wendell Holmes , Jr. thinking allows us to understand the different perspectives the people faced by those involved in the struggles for social justice.

However, we understand that the importance of studying the work of Judge Holmes, is not exhausted in a matter of purely historical interest, I believe there is a parallel between today's world and the times in which Oliver Wendell Holmes, Jr. lived. Both periods are characterized by transition periods. Our present age is marked by issues such as rapid development of electronic communication networks, energy issues, the dilemma between development and environment, both American and European economic crisis, economic globalization and the rights of immigrants to mention just a few ; and while we can say that the current

conditions of life are different from those experienced in the days of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. , both eras share the same sense of uncertainty, insecurity, doubt, fear of the unknown and instead of the same hopes and dreams for a better world.

Today, as part of this transition from modernity to that some have called postmodernism, is pressing to take a fresh look at how we built our modern reality hoping to weigh our past in the light of the experiences, to from there, evaluate where we are as a society, to discover ideas that allow us to meet the challenges of today's world. The law cannot be left behind in this task of building our future , as in the days of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. , are called to reassess our legal institutions, discover its history, weigh their strengths and weaknesses, so that separating the chaff from the wheat, we can rule out the ballast, to retain what worth saving . Only then can we give our law a solid foundation allows us to face today's challenges.

To devote ourselves to the study of legal thought of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr, does not imply an abdication to live in today's world, it serves us not make the mistake to think ourselves beyond our history, the current law has a story, a story from which we can project ourselves into the future, hoping to write the pages of our future with our own lyrics. In other words, the careful study of the philosophical and legal ideas of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. thought and how he faced the changes of his time, can be a source of light to understand our current legal situation, so we can cope with the new requirements present ahead. That is the current relevance of the study of the philosophical- legal ideas of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr.

1.3 METHODOLOGY

1.3.1 PROCEDURAL STEPS

The research method used was searching libraries law schools located in Puerto Rico, Spain and the United States, as well through physical inspection of their catalogs or virtual inspection through the Internet. The selected sources are mainly divided into four groups. The first of these are the writings of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr., including articles and judicial decisions (concurring and dissenting), speeches in different cluster activities, poems, his diary of the Civil War and its correspondence with different personalities. The second group consists of books and law review articles published on the ideas and life of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. The third group of sources including books and articles on the philosophical, social, political and economic context in which he lived judge Oliver Wendell Holmes, Jr. the last group are references related to different schools of legal thought that happened to judge Holmes, Jr. and formed the modern legal thought in the United States.

1.3.2 JUSTIFICATION

I chose this method because to understand and to analyze the philosophical and legal Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. thought it was not enough to read his cases from when he was at the United States Supreme Court. Traditionally, the analysis of the ideas of the judges of the Supreme Court of the United States focuses on the analysis of judicial decisions, with comparatively very little research work on the development of ideas that later will be reflected in different cases

I understand that there are two fundamental reasons for the emphasis placed on the jurisprudential analysis. First, because when a legal dispute reaches the hands of the Supreme Court it leads us to believe that the ideas in the legal debate reflected the central legal problems of his time. Second, because the binding nature of the case law of the Supreme Court of the United States is a kind of guarantee that these ideas remain valid for longer.

We understand however that in the case of the philosophical and legal thought of Oliver Wendell Holmes, Jr. to confine the analysis of its jurisprudential contribution to North American Common Law is insufficient to account for all its constituent elements. Opinions written by Oliver Wendell Holmes, Jr. both from the Federal Supreme Court, and from the Supreme Court of the State of Massachusetts have the limitation of being issued by an appellate court making the decision finally read the result of the consensus of the judges who formed majority after what has been described in some cases lengthy and tortuous negotiations between judges. It might be conducive to error to equate the legal thinking of a judge to his or her ideas in one case.

Furthermore, it is my view that in the particular case of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr., it is more important to go beyond the judicial opinions because he was a prolific writer and that offers raw material for understanding the development of his vision the law. The philosophical and legal ideas of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. are seen more clearly in his non-judicial writings, than in his judicial opinions. These led me to center this research on the non-judicial writings of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. and not his judicial opinions.

To analyze the thought of Oliver Wendell Holmes, Jr. it is also necessary

to contextualize his ideas, so that we can grasp its significance at the time they were written. To achieve this it is essential to delve into the life of Oliver Wendell Holmes, Jr. including his family life and the different experiences surrounding his existence in academic training, his experiences in the American Civil War, his experiences in the practice of the profession and the comments that have been made to his work. Only in this way can we hope to understand fully the work of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. and how his work has served as a foundation if what today we identify as the modern schools of thought in the American Common Law.

1.4 STRUCTURE

This thesis titled Oliver Wendell Holmes, Jr. his life and work: A systematic existential fusion is divided into two parts, the first one entitled " Oliver Wendell Holmes, Jr.: The formation of a Jurist " and is further divided into three chapters. The second part of the work is titled "The philosophical thought of Oliver Wendell Holmes" and is subdivided into three chapters.

In the first chapter of the first part, the second chapter of this thesis as a whole, I briefly recount the years of youth and training of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. I report on the experiences he lived within a family belonging to the intellectual aristocracy of Boston in the late nineteenth century. These early experiences offered young Oliver Wendell Holmes, Jr. the opportunity to rub shoulders with the cream of the American intelligentsia. This experience impressed upon his heart, from an early age, a love for intellectual work and gradually shaped the inquisitor spirit that characterized him later in his life.

His parents marked the early education of young Oliver Wendell Holmes, Jr., especially his father figure, Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr., who was regarded as one of the most renowned intellectuals of his time. The relationship between Dr. Holmes, Sr. and his son was marked by a high degree of competitiveness. While Oliver Wendell Holmes, Jr. respected and loved his father, was in turn the need to overcome the achievements of his father what seemed to motivate him intellectually. I propose in this paper that we can identify some events of this parent-son relationship that influenced the thinking of Oliver Wendell Holmes Jr. The influence is such that it becomes gradually traits of his personality. This second chapter ends with the winds of war being felt in the Harvard College and that gradually lead the young idealist Oliver Wendell Holmes Jr. to leave school to go to enlist with other classmates in the Union troops to defend the abolitionist cause .

In chapter three of this first part, I address the experiences of young Oliver Wendell Holmes, Jr. in the American Civil War. There is almost a consensus among the biographers of Oliver Wendell Holmes, Jr., to the effect that his experiences as a lieutenant in the 20th. Massachusetts Volunteer Regiment in the American Civil War, made an indelible mark in his personality. It should be noted that while in the Union army, young Oliver Wendell Holmes Jr. was wounded in combat three times, specifically in the battles of "Ball's Bluff " in Virginia, " Antietam Creek " in Maryland and Chancellorsville, Virginia. Two of those three injuries were serious and if we add to this having been a victim of dysentery during the war, we can understand why his military experience left a deep impression on his mind and impacted his life.

The telling and re-telling of these experiences of war is essential to understanding the development of philosophical legal views of Judge Oliver Wendell Holmes Jr. It helps us understand his passage from

idealism to skepticism. This transition will allow us to explain his first conception of law from a theoretical and abstract perspective, passing through a formalism marked by legal positivism, to a radical skepticism that prompted him during his legal career to assume positions consistent with the socio-economic theories of his time. We will see this positioning by Holmes, Jr., as a skeptic theorist within the American Common Law reflected in his non-judicial writings.

The fourth chapter, and last of this first part, is dedicated to the development of Oliver Wendell Holmes Jr. as a jurist. The chapter begins with formal education received by Oliver Wendell Holmes, Jr. in his studies of law at Harvard University, continues with an account of his experiences in vocational training in the practice of law, academic concerns and how he cultivated this area of law while working as a lawyer. The chapter includes central events of his academic experience and judicial experience, and then close that Oliver Wendell Holmes, Jr. was appointed Judge of the Supreme Court of the United States. By that time, Judge Oliver Wendell Holmes Jr. had gifted the legal world with most of his academic work. The non-judicial writings of Oliver Wendell Holmes Jr., after his appointment as Supreme Court Justice tend to polish and summarize the ideas already presented in his earlier writings.

The second part of this thesis entitled "The Philosophical-Legal Thought of Oliver Wendell Holmes, Jr.," begins with chapter 5. In this chapter I review the various philosophical schools that influenced the Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. and that shape the development of his ideas. This chapter will briefly discuss the main ideas of the German Historical School of Law, represented by Friedrich Carl von Savigny, the English Positivist School, represented by the ideas of Jeremy Bentham and John Austin, and Idealistic School of Law, represented by the ideas Immanuel Kant and Georg Wilhelm Friedrich Hegel. By working on these schools of

legal thought I strive to present the most important conceptual frameworks of such schools. These schools were chosen because they have directly influenced the philosophical and legal thought of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr.

In Chapter 6 we will discuss the main philosophical and legal writings of Oliver Wendell Holmes, Jr. The chapter discusses among others, his work in the *American Law Review* between 1870 and 1881 with the analysis of his writings "Codes and the Arrangement of the Law" (1870), "Misunderstandings of the Civil Law" (1871), "The Arrangement of the Law of Privity" (1872), "The Theory of Torts" (1873) and "The Gas-Stokers' Strike" (1873), "Modern Primitive Notions in law" (1876 and 1877), "Possession" (1878), "Common Carriers" (1879), "Trespass and Negligence" (1880), his work on the 12th. edition of the *Commentaries on American Law* of James Kent, and the central ideas of his book *The Common Law* (1881). Chapter 6 will close with a discussion of non-judicial writings of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. once his judicial career starts, these are: "Privilege, Malice and Intent" (1894), "The Path of the Law" (1897), "Law in Science and Science in Law" (1899), "Ideals and Doubts" (1915) and *Natural Law* (1918).

The seventh and final chapter is devoted to the influences of Oliver Wendell Holmes Jr. in the development of American legal thought. I begin the chapter with a brief summary of the main ideas of the philosophical and legal thought of Oliver Wendell Holmes Jr., among which are its moral skepticism, his "social Darwinism", the role of experience in the law and establishment of public policy as the primary purpose of the law. Then I present the different schools of legal thought taking as starting point the ideas developed by Oliver Wendell Holmes Jr., among the schools discussed are: the legal formalism, American Legal Realism, the "Law & Economics" and critical schools as "critical Legal Studies", the

"Feminist Jurisprudence" and "critical Race Theory". In presenting these schools of thought I place special emphasis on how their ideas are related to those presented by Justice Oliver Wendell Holmes, Jr.

1.5 DELIMITATIONS

It is perhaps too ambitious, to pretend to reduce the philosophical and legal ideas of a thinker as Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., who in his writings never attempted to systematize his philosophical ideas but apply the law. In this case I run the risk of extrapolating and presenting ideas that stem more from the writer's own ideas than those ideas of the subject. I am confident that I have avoided this and I am aided by authors such as Prof. Gerald J. Postema highlights the inability to perform this task.

In order to avoid, if possible, ascribing ideas to Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. I have tried to do a research that has as the starting point the life of Judge Holmes, Jr. The idea is to find the birth of his positions in his past. His academic training, emotional and moral development are factors that allow us to interpret and give unity to his philosophical and legal ideas.

I also delimited the investigation to the analysis of its non-judicial writings. As I mentioned above, in his judicial opinions, Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., had to adorn his ideas in ways that prove sufficiently striking as to attract the votes of the other judges. However, in his non-judicial Articles he has greater freedom to express his ideas. In this task, the analysis of academic writings of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr., was supplemented with the study of non-specialized items: ideas expressed in public speeches, and abundant correspondence. I

understand that this is the best way to approach the thought of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr., because his life, provides a basis for the interpretation of his writings.

1.6 LIMITATIONS:

I understand that the major limitation of this work is based on the extent of the written work of Judge Oliver Wendell Holmes Jr. While it can be said that the figure of Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., has been and continues to receive study in legal academia, we should also note that there are still writings that have not been published. This doctoral researcher, while worked on such diverse sources as Law Review articles, articles in newspapers and magazines on various topics, and extensive correspondence, they were all from published sources. It is for this reason, that I understand that further research is needed to explore the unpublished writings of Oliver Wendell Holmes Jr. Writings which must be analyzed from the philosophical and legal ideas that have drawn from his non-judicial works already published.

Furthermore, it should be noted that the judicial work of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. was voluminous. One of his biographers Seldon. M. Novick, made a compilation of his public writings and a selection of his judicial opinions that comprises 5 volumes. I understand that, another way by which you can extend this work is analyzing each case in light of the philosophical and legal ideas emanating from his non-judicial writings.

OLIVER WENDELL HOLMES JR. Y SU OBRA: UNA FUSIÓN SISTEMÁTICO-EXISTENCIAL

CAPÍTULO 1 - INTRODUCCIÓN

1.1 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN (SELECCIÓN DEL TEMA):

El propósito de este trabajo es estudiar las ideas filosófico-jurídicas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. e identificar las aportaciones que hace al desarrollo del pensamiento jurídico norteamericano como una manera de entender el Derecho Común Norteamericano. Ahora bien, ¿cuál es la importancia de estudiar las ideas de un Juez del Tribunal Supremo Norteamericano y en particular del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., un juez que ocupó su escaño a principios del siglo pasado? ¿Cómo se relacionan las ideas del Juez Holmes, Jr. con el desarrollo del pensamiento jurídico norteamericano?

Desde sus comienzos, el Derecho Común Norteamericano, como parte de la tradición de Derecho Común, se caracteriza por la importancia que se atribuye al trabajo realizado por los jueces. Una de las características principales del Derecho Común Norteamericano, es que se fundamenta en la doctrina del precedente, bajo esta doctrina, son los jueces, quienes por medio de sus decisiones se encargan de dar vida al “common law”. Son los jueces los responsables de descubrir los principios legales que emanan de las costumbres de la sociedad, con el propósito de aplicarlos a las controversias actuales. De las decisiones de estos jueces emanan las diferentes corrientes jurisprudenciales, y estas a su vez, definen el pensamiento jurídico de una época en particular. Dicho de otra manera, en el Derecho Común Norteamericano, son los jueces quienes por medio de sus decisiones definen las ideas jurídicas de su tiempo. En cierta

manera sus decisiones judiciales se convierten en huellas que nos permiten seguir el rastro de las ideas jurídicas y apreciar así su desarrollo hasta el momento actual, donde forman parte del Derecho Común Norteamericano.

En vista a lo antes expuesto, resulta claro que si pretendemos entender el desarrollo del pensamiento jurídico norteamericano, debemos seguir muy de cerca aquellas figuras que facilitaron el desarrollo del Derecho Común Norteamericano y dieron vida a las diferentes corrientes jurisprudenciales, entiéndase la figura de los jueces. En especial de aquellos jueces que ocuparon posiciones en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, pues este tribunal, a través de la doctrina de revisión judicial (“judicial review”), es el intérprete último de la Constitución de los Estados Unidos de América.¹ Las decisiones judiciales del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se hacen obligatorias para todo el sistema tribunales y agencias administrativas de los Estados Unidos de América, estableciéndose así un derecho nacional (“law of the land”). He aquí la particular relevancia que tiene el estudio de los jueces, en especial de aquellos que sirvieron en el Tribunal

¹ La Constitución de los Estados Unidos establece en su Artículo VI, Cláusula 2, conocida como la “Cláusula de Supremacía” que la Constitución, las leyes de los Estados Unidos hechas de acuerdo a esta y los tratados realizados o por realizarse bajo la autoridad de los Estados Unidos son la ley suprema de esa tierra, que los jueces de los estados están obligados por ella y que las constituciones y leyes de los estados también están subordinados. El texto en inglés es el siguiente *This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.*

Más tarde en la decisión de *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), 5 U.S. 137 (Cranch), el Juez John Marshall, establece que la Constitución tiene primacía sobre las demás leyes, al interpretar que cuando la cláusula de supremacía habla de las leyes hechas “in pursuance thereof” se refiere a que dichas leyes para ser válidas tienen que estar de acuerdo con la Constitución. El caso de *Marbury* establece además el poder del Tribunal Supremo para interpretar las leyes, determinar su aplicación a la controversia y determinar si está o no de acuerdo a la Constitución.

Supremo, para comprender el desarrollo del derecho común de raigambre anglo-americana.

Una vez tomamos conciencia sobre la importancia de la figura judicial en el desarrollo del derecho común norteamericano, resulta aún mayor, la importancia de analizar las ideas de aquellos jueces que ocuparon sus escaños en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en aquellos momentos coyunturales donde la sociedad norteamericana vivía cambios definitorios. La figura del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. se sitúa en un momento de crítico del desarrollo del Derecho Común Norteamericano en su camino hacia la modernidad, de ahí la importancia del estudio de sus ideas y la forma en que influyeron en el pensamiento jurídico norteamericano.

Podemos afirmar que las ideas filosófico-jurídicas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., representan un punto de inflexión en el pensamiento jurídico norteamericano. Sus ideas marcan una época en la que resultaba necesario un análisis crítico del Derecho Común, de sus bases constitutivas, sus principios fundamentales, sus conceptos teóricos, sus técnicas de creación y aplicación. Este análisis del Derecho Común tenía el propósito de identificar y dejar en el pasado el lastre acumulado a través de siglos por dicho sistema de Derecho, y convertirlo en piedra angular de una sociedad que entraba a pasos agigantados en la era industrial.

Las concepciones jurídicas del siglo XVIII que regían la sociedad norteamericana durante el período post-guerra civil, no eran capaces de ofrecer soluciones adecuadas a los problemas jurídicos y económicos que representaban las grandes concentraciones capital, los reclamos de derechos realizados por la naciente clase obrera y el cuestionamiento a la naturaleza de los derechos de propiedad. El sistema jurídico del Siglo

XVIII en los Estados Unidos, tampoco ofrecía contestación a los reclamos de participación política realizados por las mujeres, los reclamos de igualdad jurídica de los habitantes de los territorios norteamericanos y la implantación de justicia social para la población negra, por mencionar tan solo algunos de los temas que marcarán ese período era de transición.

La capacidad del Derecho Común Norteamericano de reformularse, de adaptarse al contexto histórico que vive su sociedad, marcará de forma indeleble la suerte que han de correr dichos reclamos, dando así, forma a la sociedad norteamericana moderna. En esta tarea de adaptación y hasta cierto punto de recreación del derecho común norteamericano, la función de los jueces del Tribunal Supremo en general y la del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en particular, resultó ser de esencial importancia.

Cabe señalar que en los tiempos del Juez Oliver Wendell Holmes, aún se debatía sobre la conveniencia o no de codificar el Derecho Común Norteamericano.² El resultado de este debate sobre la codificación marcó el período de transformación del Derecho Común Norteamericano hacia un sistema de derecho moderno. Fue un debate que desató grandes pasiones entre los distintos bandos, pues muchos de los contemporáneos

² El juez Holmes recibió su grado en Derecho para el 1866 y acepta su nombramiento como Juez Asociado del Tribunal Supremo de Massachusetts para diciembre de 1882, esto lo sitúa históricamente dentro los debates acerca de la codificación del “common law” que se dieron en Nueva York y en California. Aunque el debate sobre la conveniencia de la codificación siempre fue parte del debate jurídico norteamericano, no fue hasta 1820 en que surgió un movimiento a gran escala a favor de la codificación. Sobre este particular puede verse a Cook, Charles, *The American Codification Movement*, Westport, Conn., 1981, p. 23-66. Para 1848 la legislatura de Nueva York adoptó un código de procedimiento civil (Field Code of Civil Procedure drafted by David Dudley Field), luego en 1881 se adoptó un Código Penal y para el 1883 se debatía fuertemente sobre la aprobación de un Código Civil a lo que el “Bar Association of the City of New York” se opuso de manera unánime. Mientras que en California se adoptó un Civil Practice Act en 1851 y en 1872 adoptó un Código Civil. Horwitz Morton, *Holmes in American Legal Thought*, en Gordon, Robert W., Ed. *The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 40-46.

del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., entendían la codificación del Derecho Común como una manera de anquilosar el Derecho Común. Para estos puristas del Derecho Común, la codificación tendría el efecto de destruir la esencia misma del sistema, esto es, destruir su capacidad de reinventarse y readaptarse a las siempre cambiantes condiciones de la existencia humana.

Dicho en otras palabras, la comunidad jurídica norteamericana entendía el Derecho Común, como un sistema jurídico basado en la autorregulación de la sociedad. Un sistema jurídico que recogía por medio de las costumbres, la manera en que la sociedad dictaba su propio derecho. Un sistema siempre cambiante y siempre actualizado, pues de la misma manera en que las costumbres sociales cambian con el paso del tiempo para adaptarse a las nuevas necesidades sociales, al Derecho Común correspondía a su vez, el reconocer el cambio en dichas costumbres y recogerlas en sus interpretaciones judiciales, manteniéndose así en un proceso de constante evolución junto a la sociedad. Los puristas entendían que un proceso de codificación daría al traste con la capacidad de auto renovación del Derecho Común. Teóricamente hablando, se planteaba que una diferencia fundamental entre los sistemas de Derecho Civil Europeos y el Derecho Común, era la capacidad de éste último de renovarse constantemente en función de las necesidades sociales, capacidad que se vería truncada al cristalizar los principios jurídicos en las distintas leyes que serían plasmadas en los códigos.

Entendían además, pensadores contemporáneos al Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., que la codificación implicaría el despojar a la sociedad en general de la capacidad de elegir su propio destino, para dejarla en manos de un grupo de legisladores, quienes tendrían la capacidad de imponer su voluntad sobre el pueblo. Este temor se justificaba por

entender que bajo la teoría del Derecho Común, era función de la sociedad el crear, por medio de las costumbres, su propio sistema normativo, un sistema que se adaptase a las necesidades de cada momento histórico, la codificación representaría que la legislatura, sustituiría al pueblo en su papel de constructores del derecho, ocupando así el espacio que le correspondía ocupar al pueblo. Dicho de otra forma, muchos contemporáneos del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. entendían que al aprobarse la codificación, los legisladores estarían despojando al pueblo de parte de su libertad, la libertad de crear el Derecho, la libertad de autorregularse.³

Otro efecto pernicioso de la codificación, desde la perspectiva de sus opositores, es que inevitablemente alteraría la función del juez, pieza que resultaba ser fundamental para el Derecho Común. Por ser el Derecho Común un sistema basado en la doctrina de los precedentes judiciales, varios juristas contemporáneos al Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., entendían que en la función de los jueces estaba implícita la identificación y aplicación de los principios jurídicos derivados de las costumbres sociales. Para esto los jueces, por medio de su conocimiento del Derecho, tendrían la capacidad para, de una manera objetiva y científica, identificar en las costumbres del pueblo los principios jurídicos que darían solución al caso que se ventilaba ante ellos. Para los opositores de la Codificación, este tipo de razonamiento jurídico, marcado por su objetividad, era de por sí distinto del razonamiento político. Al ofrecer a los jueces la mayor libertad posible al momento de tomar decisiones, se pretendía asegurar que las ideas políticas no fueran impuestas a la sociedad. Las costumbres sociales debían pues, prevalecer sobre las normas escritas, mediante la interpretación judicial,

³ Horwitz Morton, *Holmes in American Legal Thought*, en Gordon, Robert W., Ed. *The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 43-44.

evitándose así la imposición forzosa de una norma aprobada por algún bando político que intentase imponer sus ideas a la sociedad.⁴

El debate sobre la codificación, como podemos apreciar, estaba íntimamente ligado al desarrollo del Derecho Común Norteamericano, pues toma como punto de partida las concepciones que se tenían sobre el Derecho Común, y versa sobre la posibilidad de hacerle adaptaciones que permitieran mayor manejabilidad, coherencia y certidumbre para su aplicación y de las posibles consecuencias hacer dichos cambios. El resultado histórico de todo este debate, y la consiguiente y paulatina aprobación de distintos códigos dejó una huella indeleble en la manera de entender y practicar el Derecho Común en los Estados Unidos de América. En este momento definitorio la aportación de Oliver Wendell Holmes, Jr., resultó ser sumamente valiosa.

Mediante sus esfuerzos teóricos para reafirmar las bases constitutivas del Derecho Común y dotarlo de organización y utilidad práctica, Oliver Wendell Holmes, Jr. nos permite apreciar el desarrollo teórico y las características particulares del Derecho Común Norteamericano y la manera en que este se diferencia de otras escuelas de pensamiento jurídico de su época. De otra parte, las ideas desarrolladas por Oliver Wendell Holmes, Jr. representan, desde la perspectiva filosófico-jurídica, una ruptura con la escuela del formalismo jurídico, que dominó la academia norteamericana desde finales de la Guerra Civil hasta la década del 1920 al 1930,⁵ y representan la chispa necesaria para el

⁴ Horwitz Morton, *Holmes in American Legal Thought*, en Gordon, Robert W., Ed. The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr., Stanford University Press, California, 1992, p. 42.

⁵ Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1977, p. 68-98; Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, New York, 1997, p. 9; Otros autores como Stephen Feldman al catalogar este periodo no utilizan el concepto de formalismo jurídico prefiriendo referirse al pensamiento jurídico norteamericano de esta época como “Langdellian legal science” haciendo referencia a la figura cimera de esta escuela Christopher Columbus Langdell y

desarrollo de distintas escuelas de pensamiento jurídico que marcarán el advenimiento del Derecho Común Norteamericano a la modernidad.

Podemos afirmar, que la ruta hacia la modernidad en la manera en que se practica el Derecho en los Estados Unidos, comienza con las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. y la manera en que estas facilitan la llegada del realismo jurídico norteamericano.⁶ Esta escuela de pensamiento, se caracterizaba por su aproximación pragmática a los problemas jurídicos y un fuerte escepticismo ante la capacidad del sistema normativo jurídico de ofrecer soluciones ciertas a los problemas legales, ambas ideas, enraizadas directamente al pensamiento filosófico-jurídico de Oliver Wendell Holmes, Jr. Estas ideas son solo ejemplo de las ideas promovidas por el Juez Holmes, Jr. que con el paso de tiempo, habrán de asentarse en la sociedad jurídica norteamericana, y se manifestarán en la manera en que hoy en día, los juristas norteamericanos entienden su sistema de Derecho.

Cabe señalar que las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. influyeron en el desarrollo del Derecho Común Norteamericano, tanto desde el aspecto técnico-jurídico como desde una perspectiva filosófico-jurídica. Debemos aclarar que cuando hablamos de perspectiva técnico-jurídica hacemos referencia a las formas institucionalizadas en que se construye y aplica el derecho. Este campo del Derecho incluye, además de las instituciones per se, todos los objetos, conceptos, destrezas y funciones especializadas reservadas para las distintas profesiones que surgen a raíz de la creación de un sistema de derecho, entiéndase legisladores, jueces, fiscales, abogados, tratadistas, profesores de

situándola dentro del positivismo. Véase a Feldman, Stephen, M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism: An intellectual voyage*, Oxford University Press, New York, 2000; pags., 91-105.

⁶ Feldman, Stephen, M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism: An intellectual voyage*, Oxford University Press, New York, 2000; págs. 105-115.

derecho y el personal técnico que facilita su trabajo; el conjunto mencionado configura un campo del saber que llamamos Derecho y que resulta distinguible de otras actividades humanas. En resumen, por perspectiva técnico-jurídica nos referimos a las formas particulares que asume el derecho y sus instituciones con el paso del tiempo, formas que si bien influyen, y a su vez son influenciadas por la sociedad,⁷ también poseen un elemento dinámico interno, en la medida en que surgen de y a su vez sirven al propio campo del Derecho.

Mientras que al hablar de una perspectiva filosófico-jurídica nos referimos a las bases filosóficas fundamentales de esas formas jurídicas, esto es, a los fundamentos filosóficos que inciden sobre la creación y aplicación del saber jurídico. Doctrinas filosóficas como el utilitarismo, el pragmatismo, el naturalismo, el relativismo, escepticismo y otras, que han influenciado el pensamiento humano y la manera en que éste se adapta y modifica su entorno. El derecho, como toda construcción humana, es a la vez reflejo de las ideas que permitieron su creación como punto de partida para la construcción de nuevas realidades, es por esto que resulta relevante investigar el pensamiento filosófico-jurídico del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. No solo para visualizar, desde una perspectiva histórica como influyeron sus ideas en el desarrollo del derecho norteamericano, sino para tomar conciencia de la manera en que muchas de sus ideas continuaron vigentes a través de la historia animando la creación de nuevas formas jurídicas, y para vislumbrar la manera que puedan servir de fundamento para que futuras generaciones

⁷ El filósofo Michel Foucault en su exploración sobre la relación entre derecho y sociedad, llama la atención sobre la manera en las interacciones sociales desarrollan unos “dominios del saber” particulares como por ejemplo el Derecho, con sus correspondientes, conceptos, técnicas y objetos de estudio, sino también con sus correspondiente “sujetos de conocimiento” como lo serían en el campo del derecho las figuras de los jueces y los abogados, quienes a su vez genera una historia interna sobre su relación. Véase a Foucault, Michel, *La verdad y las Formas Jurídicas*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1998, p. 14.

de juristas construyan nuevas formas de entender, aplicar y reformular el Derecho.

De hecho, podemos adelantar, que desde la perspectiva filosófico-jurídica, que las ideas de Oliver Wendell Holmes, Jr., de una u otra forma, representan los fundamentos básicos de la modernidad jurídica, y por ende, de las distintas escuelas del pensamiento filosófico-jurídico norteamericano que se desarrollarán más tarde,⁸ entre las que se encuentran las escuelas de corte utilitarista-pragmático, las economicistas y las escuelas críticas.⁹

Desde la perspectiva técnico-jurídica, cabe resaltar que la cantidad de trabajo realizado por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. fue impresionante, durante su estadía en el Tribunal Supremo escribió unas 873 opiniones judiciales, además de unas 30 opiniones concurrentes y 72 opiniones disidentes¹⁰. Si bien algunas de sus decisiones judiciales han sido revocadas con el paso del tiempo, muchas otras de sus decisiones se mantienen como precedentes en la actualidad y algunas de sus opiniones disidentes, con el correr de los años, han pasado a ser adoptadas como correctas por el Tribunal Supremo. Entre las áreas del Derecho Común Norteamericano, donde las doctrinas judiciales elaboradas por Oliver Wendell Holmes, Jr. aún se mantienen vigentes se encuentran: la revisión judicial, los derechos de autor, el derecho de los

⁸ Sobre este particular puede verse a: Alschuler, Albert W., *Law without values: The life, work, and Legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 2000, p. 1-13 y 187-194.

⁹ Por escuelas de corte utilitarista-pragmático nos referimos a aquellas basadas en teorías de adjudicación judicial preocupadas por la mejor forma de balancear los intereses de los distintos grupos sociales. Al hablar de escuelas economicistas nos referimos a las diferentes variantes del movimiento llamado “Law and Economics”, mientras que por escuelas críticas nos referimos tanto al llamado “Critical Legal Studies” así como a sus descendientes “Critical Race Theory” y el Feminismo Radical.

¹⁰ Novick, Sheldon 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, p. 86.

trabajadores a organizarse, la ley aplicable en los casos de diversidad, la libertad de expresión y el campo penal.¹¹

Debemos aquí señalar que el centro de nuestra investigación, será el aspecto filosófico jurídico. Se ha escrito muchísimo sobre las decisiones del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. pero muy poco sobre sus ideas filosófico-jurídicas. Y si bien se podría argumentar que de la manera en que resuelve sus casos pueden inferirse sus ideas, es preciso señalar que el durante toda su carrera judicial, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. formó parte de tribunales colegiados, esto es, que aún para publicar aquellas decisiones que aparecen bajo su firma, necesitaba obtener la mayoría de votos de sus compañeros jueces. Debido a esta limitación sus ideas no quedan verdaderamente plasmadas en sus decisiones judiciales, es por esto que la presente Tesis se concentrará en el análisis de sus escritos no judiciales, artículos de revista jurídica, conferencias, cartas, diarios, para de allí pasar a reconstruir sus ideas filosófico jurídicas.

1.2 RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

Entre los años de 1860 y 1930, época que cubre desde la participación de Oliver Wendell Holmes, Jr. en la Guerra Civil hasta su retiro como Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, la sociedad norteamericana vivió una serie de cambios que fueron sucediéndose de manera vertiginosa. Se trataba de la transición de la sociedad norteamericana hacia la modernidad, transición que dejó su huella en el

¹¹ Para un análisis de las áreas del derecho en las que las doctrinas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. han sobrevivido el paso del tiempo como de las que luego han sido rechazadas por la mayoría del Tribunal puede verse a Alschuler, Albert W., *Law without values: The life, work, and Legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 2000, p. 52-58. Para un análisis detallado del trabajo de Oliver Wendell Holmes, Jr., en el caso de libertad de expresión puede verse a Novick, Sheldon 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, p. 85-107.

terreno político, económico y social. A modo de ejemplo, podemos señalar que durante esa época tuvieron lugar eventos tales como la Guerra Civil, la abolición de la esclavitud, la expansión hacia el oeste, el derecho al voto de las mujeres, un desarrollo industrial acelerado, acumulaciones de capital nunca antes vistas y una lucha campal entre los intereses del capital y los intereses de los trabajadores.

Si bien estos eventos ofrecían la esperanza de un mundo mejor, también estaban acompañados por la incertidumbre, la inseguridad y el miedo de quienes se sentían amenazados en su forma de vida. La sociedad norteamericana cambiaba aceleradamente y era necesario que sus instituciones pudieran adaptarse a las nuevas necesidades, Oliver Wendell Holmes, Jr. como académico, se autoimpuso la misión de explorar los orígenes del Derecho Común, afianzar sus bases constitutivas y dotarlo de una teoría jurídica que le permitiera hacer frente a las siempre cambiantes necesidades de la sociedad; como juez tuvo la oportunidad de aplicar sus teorías jurídico-filosóficas al campo del Derecho Común, en situaciones concretas, dirigiendo así, en cierto grado, ese proceso de transición.

He aquí porque podemos afirmar que analizar el pensamiento filosófico-jurídico del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. nos ofrece una oportunidad única, es que tenemos ante nosotros no solo a un jurista que teorizó sobre las bases Derecho Común Norteamericano, sino también a alguien que como juez tomó parte activa en la construcción de la sociedad norteamericana moderna. Desde su estrado el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. tuvo que enfrentarse a temas tan variados como la acumulación de capital, los derechos obreros, la libertad de expresión, libertad de asociación, libertad de culto, la justicia racial, la igualdad de derechos ante la ley, los derechos reproductivos y el derecho al voto de

las mujeres, temas que poco a poco fueron tejiendo las redes que unen la sociedad norteamericana moderna.

El terreno legal se convirtió en el campo de batalla donde se dirimirían judicialmente, las reivindicaciones sociales reclamadas por distintos grupos que luchaban día a día en las calles norteamericanas. Una mirada al pensamiento filosófico-jurídico del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. nos permite entender las distintas perspectivas que se enfrentaban en las luchas por las reivindicaciones sociales.

Ahora bien, entendemos que la importancia del estudio de la obra del Juez Holmes, no se agota en un asunto de interés meramente histórico, a nuestro entender existe un paralelismo entre el mundo actual y los tiempos en que vivió Oliver Wendell Holmes, Jr., ya que ambas épocas se caracterizan por ser periodos de transición. Nuestra época actual esta marcada por temas tales como el vertiginoso desarrollo cibernético y las redes de comunicación electrónica, los problemas energéticos, el dilema entre desarrollo y medioambiente, las crisis económicas tanto norteamericana como europea, la globalización económica y los derechos de los inmigrantes por mencionar solo algunos; y si bien podemos afirmar que las condiciones actuales de la vida son distintas a las vividas en los tiempos del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., ambas épocas comparten una misma sensación de incertidumbre, de inseguridad, de dudas, de miedo ante lo desconocido y la misma vez de esperanzas y sueños por construir un mundo mejor.

Hoy en día, como parte de esta transición del mundo moderno a la llamada postmodernidad, resulta apremiante el echar una nueva ojeada a la manera en que construimos nuestra realidad moderna, con la esperanza de sopesar nuestro pasado a la luz de las experiencias vividas, para desde allí, desde lo que somos como sociedad, poder descubrir las

ideas que nos permitan asumir los retos del mundo actual. El Derecho no puede quedarse rezagado en esta tarea de construir nuestro futuro, tal como en la época del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., estamos llamados a reevaluar nuestras instituciones jurídicas, descubrir su historia, sopesar sus aciertos y desaciertos, de forma tal que separando la paja del trigo, podamos descartar el lastre, para retener lo que merezca ser salvado. Sólo así podremos dotar a nuestro Derecho de una base sólida que nos permita enfrentarnos a los retos actuales.

El abocarnos en el estudio del pensamiento jurídico del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., no implica una abdicación a vivir en el mundo actual, no se trata de enajenarnos del mundo, ni de endiosar nuestro pasado aferrándonos a él, se trata de tan solo de no caer en el error de pensarnos ajenos a nuestra historia, el derecho actual tiene una historia, una historia desde la cual podemos proyectarnos al futuro, con la esperanza de escribir las páginas de nuestro futuro con letra propia. Dicho de otra manera, el estudio detenido del pensamiento filosófico-jurídico del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., de la manera en que se enfrentó a los cambios de su época, pueden ser fuente de luz para entender nuestra actual realidad jurídica, de manera que podamos hacer frente a las nuevas necesidades que nos presente el futuro. He ahí la relevancia actual del estudio de las ideas filosófico-jurídicas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr.

1.3 METODOLOGÍA

1.3.1 PROCEDIMIENTO UTILIZADO

El método de investigación utilizado fue la búsqueda en bibliotecas de facultades de derecho localizadas en Puerto Rico, España y Estados Unidos, ya bien a través de la inspección física de sus catálogos o de la

inspección virtual a través del Internet. Las fuentes escogidas se dividen principalmente en cuatro grupos, en el primero de estos se agrupan los escritos del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., estos incluyen, artículos jurídicos y no jurídicos, decisiones judiciales (incluyendo concurrentes y disidentes), discursos pronunciados en distintas actividades, poemas, su diario de la Guerra Civil y su correspondencia con distintas personalidades. El segundo grupo se compone por libros y artículos de revista jurídica publicados sobre las ideas y vida del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. El tercer grupo de fuentes incluye los libros y artículos referentes al contexto filosófico, social, político y económico en que vivió el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. El último grupo, son referencias relacionadas a distintas escuelas de pensamiento jurídico que sucedieron al Juez Holmes, Jr. y que conformaron el pensamiento jurídico moderno en los Estados Unidos de América.

1.3.2 JUSTIFICACIÓN EL PROCEDIMIENTO

Escogimos este método por entender que para analizar el pensamiento filosófico-jurídico del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. no resulta suficiente la lectura de los casos que resolviera desde el Tribunal Supremo Estados Unidos. Tradicionalmente el análisis de las ideas de los jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se centra en el análisis de sus decisiones judiciales, mientras que comparativamente hablando es muy poco el trabajo de investigación realizado en torno al desarrollo de las ideas que luego se verán plasmadas en los distintos casos.

Entendemos que existen dos razones fundamentales para el énfasis realizado en el análisis jurisprudencial; En primer lugar, porque el hecho de que una controversia legal llegue a manos del Tribunal Supremo nos

lleva a pensar que las ideas expuestas en el debate jurídico recogen los problemas legales centrales de su época. En segundo lugar, porque la naturaleza obligatoria de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos es una especie de garantía de que dichas ideas mantendrán su vigencia en el mundo jurídico por mayor tiempo.

Entendemos sin embargo, que en el caso del pensamiento filosófico-jurídico de Oliver Wendell Holmes, Jr. limitarnos al análisis de su aportación jurisprudencial al Derecho Común Norteamericano resulta insuficiente para dar cuenta de todos sus elementos constitutivos. La jurisprudencia escrita por Oliver Wendell Holmes, Jr. tanto desde el Tribunal Supremo Federal, como desde el Tribunal Supremo del Estado de Massachusetts tienen la limitación de ser emitida por un tribunal colegiado por lo que la decisión que finalmente leemos es el resultado del consenso de los jueces que formaron mayoría, consenso que en algunos casos es el producto de extensas y tortuosas negociaciones entre los jueces. Podría resultar conducente a error el equiparar el pensamiento jurídico de un juez a las ideas que aparecen en un caso.

Además, es nuestro parecer, que en el caso particular del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., quien fue un prolífico escritor tanto de temas jurídicos, como no jurídicos, tenemos en sus escritos no judiciales la materia prima para entender el desarrollo de su visión del Derecho, de sus ideas jurídicas. Puedo afirmar, con la ventaja que me ofrece el estudio realizado para esta Tesis, que las ideas filosófico-jurídicas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. se percibe mucho más claramente mediante el análisis de sus escritos no judiciales, que mediante el análisis de su jurisprudencia. Estas son las razones que motivaron que el centro de esta investigación gire en torno a los escritos no judiciales del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. y no a su jurisprudencia.

Ahora bien, para analizar el pensamiento filosófico-jurídico de Oliver Wendell Holmes, Jr., es necesario además poder contextualizar sus ideas, de forma tal que podamos captar su relevancia en el momento en que fueron escritas, entender cuál fue su impacto para la profesión jurídica, para la sociedad norteamericana de aquel entonces y su relevancia para el futuro del Derecho Común Norteamericano. Para obtener esta perspectiva es esencial adentrarse en la vida de Oliver Wendell Holmes, Jr. en su vida familiar y las distintas vivencias que rodearon su existencia, en formación académica, en sus experiencias en la Guerra Civil Norteamericana, en sus experiencias en la práctica de la profesión, en el estudio de su época, en las circunstancias políticas, económicas y sociales que vivían sus contemporáneos, en los comentarios que se han hecho a su obra, tanto los que se hicieron cuando la obra fue escrita, como los comentarios que se van haciendo a través del tiempo. Sólo de esta manera podemos aspirar a entender, tanto lo que representó para sus contemporáneos el trabajo del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en el momento en que fue escrito, como lo que dicho trabajo aporta a las ideas filosófico-jurídicas que le sucedieron, y que hoy en día identifican como el pensamiento moderno del Derecho Común Norteamericano.

De lo mencionado anteriormente resulta claro que para entender su impacto en el futuro es necesario estudiar de cerca las distintas escuelas de pensamiento jurídico posteriores al Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. solo así lograríamos captar el grado de influencia de sus ideas para épocas futuras. He aquí la importancia de los cuatro grupos de fuentes seleccionadas, los escritos del propio Oliver Wendell Holmes, Jr., los escritos que comentan sobre su trabajo o recuentan su vida, los escritos sobre las condiciones políticas, sociales y económicas de su época y por último, escritos que nos permitan entender las ideas centrales de las escuelas modernas de pensamiento jurídico en los Estados Unidos.

1.4 PARTES EN QUE SE DIVIDE EL TRABAJO

La presente Tesis titulada *Oliver Wendell Holmes, Jr. y su obra: Una fusión sistemático-existencial* se divide en dos partes, la primera de ellas titulada “Oliver Wendell Holmes, Jr: La formación de un Jurista” se divide en tres capítulos. La segunda parte se titula “El pensamiento filosófico jurídico de Oliver Wendell Holmes” y se subdivide en tres capítulos.

En el primero de ellos, el segundo capítulo de esta tesis, hacemos un breve recuento de los años de juventud y formación del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. Relatamos las experiencias por él vividas en el seno de una familia perteneciente a la aristocracia intelectual del Boston de finales del Siglo XIX. Estas vivencias tempranas ofrecieron al joven Oliver Wendell Holmes, Jr. la oportunidad de codearse con la crema de la intelectualidad norteamericana, experiencia que dejó grabado en su corazón, desde muy temprana edad, el amor por el trabajo intelectual y fue poco a poco moldeando el espíritu inquisidor que le caracterizó más adelante en su vida.

Esta formación temprana del joven Oliver Wendell Holmes, Jr., estuvo marcada por sus progenitores, en especial por la figura de su padre, el Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr., quien fue considerado como uno de los intelectuales de más renombre en su época. Las relaciones del Dr. Holmes, Sr. con su hijo estuvieron marcadas por un alto grado de competitividad. El joven Holmes, Jr. tenía en su padre una figura con la que mantenía una relación que podríamos catalogar como tensa. Si bien Oliver Wendell Holmes, Jr. respetaba y amaba a su padre, sentía a su vez

la necesidad de superar los logros de su progenitor en el plano intelectual. Nos proponemos en este trabajo identificar como algunos eventos de esta relación paterno-filial influyen en el pensamiento del Oliver Wendell Holmes, Jr., hasta convertirse poco a poco en rasgos característicos de su personalidad.

En este capítulo dos trabajaremos además, la educación formal recibida por el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. desde el nivel elemental, hasta llegar a graduarse del Harvard College. Para efectos de la discusión se le concede mayor importancia a aquellos aspectos de su educación, e incluso a muchos de naturaleza extracurricular, que van delineando ante nuestros ojos los rasgos primordiales de la personalidad del joven Oliver Wendell Holmes, Jr. Termina este segundo capítulo con los aires de guerra que se respiraban en el Harvard College y que fueron poco a poco llevando a un joven idealista con lo era Oliver Wendell Holmes, Jr. a abandonar sus estudios, para ir a enlistarse junto a otros condiscípulos en las tropas de la Unión y defender la causa abolicionista.

En el capítulo tres de en esta primera parte de nuestra tesis, abordamos las experiencias del joven Oliver Wendell Holmes, Jr. en la Guerra Civil Norteamericana. Existe prácticamente un consenso entre los biógrafos de Oliver Wendell Holmes, Jr., en señalar que sus experiencias como teniente en el 20mo. Regimiento de Voluntarios de Massachusetts en la en la Guerra Civil Norteamericana, las que fueron sumamente intensas, marcaron su personalidad de forma indeleble. Cabe señalar, que mientras estuvo en el ejército de la Unión, el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. fue herido en combate en tres ocasiones, específicamente en las batallas de “Ball’s Bluff” en Virginia ¹², “Antietam Creek” en

¹² 21 de octubre de 1861.

Maryland¹³ y Chancellorsville, Virginia¹⁴ dos de esas tres heridas fueron de gravedad y si a esto le agregamos el haber sido víctima de disentería durante la guerra,¹⁵ nos resulta fácil comprender que su experiencia militar dejó una profunda huella en su espíritu.

El recuento de estas experiencias de guerra resulta indispensable para comprender el desarrollo de la visión filosófico-jurídica del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. Nos ayuda a entender su paso del idealismo al escepticismo, transición que nos permitirá explicar su primera concepción del Derecho desde una perspectiva teórico-abstracta, y su paso de un formalismo marcado por el positivismo jurídico, a un escepticismo radical que le facilitó durante su carrera judicial el asumir posturas acordes a las teorías socio-económicas de su época.

En resumen, esperamos que el Capítulo tres de esta Tesis, nos permita familiarizarnos con las experiencias vividas por Oliver Wendell Holmes, Jr. durante la Guerra Civil Norteamericana, y entender la manera en que dichas experiencias influenciaron al joven Holmes, Jr. De esta manera, podremos entender mejor las posturas asumidas por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., como teórico del Derecho Común Norteamericano, y la manera en que quedaron plasmadas en sus escritos no-judiciales.

El cuarto capítulo, y último de esta primera parte, está dedicado al desarrollo de Oliver Wendell Holmes, Jr. como jurista. El capítulo comienza con la educación formal recibida por Oliver Wendell Holmes, Jr. en sus estudios de derecho en la Universidad de Harvard, continúa con un relato de sus experiencias de formación profesional en la práctica

¹³ 17 de septiembre de 1862.

¹⁴ 3 de mayo de 1863.

¹⁵ Para recuento detallado de las experiencias vividas en la Guerra Civil y los aspectos emocionales que desató en el carácter del joven Oliver Wendell Holmes véase a White, Edward G., *op. cit.*, p. 49-86. y Novick, Sheldon, *Honorable Justice: The life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown and Company, Boston, 1989, p. 29-90.

de la abogacía, sus inquietudes académicas y la manera en que cultivó esta área del Derecho mientras trabajaba como abogado. El capítulo incluye eventos centrales de su experiencia académica y su experiencia judicial, y cierra luego de que Oliver Wendell Holmes, Jr. fuera nombrado Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Para esa fecha, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. ya había obsequiado al mundo jurídico con la mayoría de sus trabajos académicos. Los escritos no-judiciales de Oliver Wendell Holmes, Jr, posteriores a su nombramiento como Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, tienden a pulir y resumir las ideas ya presentadas en sus escritos anteriores.

La segunda parte de esta tesis titulada “El Pensamiento Filosófico-Jurídico de Oliver Wendell Holmes, Jr.”, comienza con el capítulo 5. En este capítulo hacemos un recuento de las distintas influencias filosófico-jurídicas que recibe el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. y que van moldeando el desarrollo de sus ideas. En el capítulo se discutirán brevemente las ideas centrales de la Escuela Histórica del Derecho Alemana, representada por Friedrich Carl von Savigny, la Escuela Positivista Inglesa, representada por las ideas de Jeremy Bentham y John Austin, y la Escuela Idealista del Derecho, representada por las ideas de Immanuel Kant y Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Al trabajar sobre estas escuelas de pensamiento jurídico dedicaremos algún tiempo a presentar los marcos conceptuales más importantes de dichas escuelas. Estas escuelas fueron escogidas por haber influenciado directamente el pensamiento filosófico-jurídico del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr.

En el capítulo 6 pasaremos a discutir los escritos filosófico-jurídicos principales de Oliver Wendell Holmes, Jr. Discutiremos entre otros, sus inquietudes académicas, su trabajo en el *American Law Review* entre los años 1870 y 1881 con el análisis de sus escritos “Codes and the Arrangement of the Law” (1870), “Misunderstandings of the Civil Law”

(1871), “The Arrangement of the Law of Privity” (1872), “The Theory of Torts” (1873) y “The Gas-Stokers’ Strike” (1873), “Primitive Notions in Modern law” (1876 y 1877), “Possession” (1878), “Common Carriers” (1879), “Trespass and Negligence” (1880), su trabajo en la 12ma. edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent, y las ideas centrales de su obra *The Common Law* (1881). Cerraremos el capítulo 6 con la discusión de los escritos no-judiciales del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. una vez comienza su carrera judicial, estos son: “Privilege, Malice and Intent” (1894), “The Path of the Law” (1897), “Law in Science and Science in Law” (1899), “Ideals and Doubts (1915) y Natural Law (1918).

El séptimo y último capítulo, estará dedicado a las influencias del pensamiento del juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en el desarrollo del pensamiento jurídico norteamericano. Comenzaremos el capítulo con un breve resumen de las ideas centrales de del pensamiento filosófico-jurídico de Oliver Wendell Holmes, Jr., entre las que se encuentran su escepticismo moral, su “darwinismo social”, el papel de la experiencia en el Derecho y el establecimiento de la política pública como el propósito primordial del Derecho. Luego presentaremos brevemente las distintas escuelas de pensamiento jurídico que entendemos toman como punto de partida las ideas elaboradas por Oliver Wendell Holmes Jr., entre las escuelas que trabajaremos se encuentran: el formalismo jurídico, el realismo jurídico norteamericano, el “Law & Economics”, y las escuelas críticas como el “Critical Legal Studies”, el “Feminist Jurisprudence” y el “Critical Race Theory”. Al presentar estas escuelas de pensamiento haremos especial énfasis en la forma en que sus ideas se relacionan con las presentadas por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr.

1.5 DELIMITACIONES Y LIMITACIONES

DELIMITACIONES

Resulta tal vez, demasiado ambicioso, el pretender deducir las ideas filosófico-jurídicas de un pensador como el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., quien en sus escritos nunca intentó sistematizar sus ideas filosóficas y aplicarlas al Derecho. En estos casos siempre se corre el peligro de realizar extrapolaciones de sus ideas, enfrentando así el riesgo de llevar a un autor a decir cosas, que están más ligadas a las ideas de quien interpreta, que a las ideas del autor interpretado. De hecho, en el caso del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., autores como el Prof. Gerald J. Postema resalta la imposibilidad de realizar esta tarea de sistematización.¹⁶

Con el propósito de evitar, en lo posible, el poner ideas propias en el pensamiento de Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. he tratado de hacer una investigación que tenga como punto de partida la vida del Juez Holmes, Jr. La idea es encontrar en su vida personal, en su formación académica, en su proceso de desarrollo intelectual, emocional y moral, factores que nos permitan interpretar y darle unidad a sus ideas filosófico-jurídicas.

Hemos además, delimitado nuestra investigación circunscribiéndonos al análisis de sus escritos no judiciales. Como he mencionada anteriormente, en sus escritos judiciales, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., tuvo que adornar sus ideas de manera que resultasen lo suficientemente llamativas, como para atraer los votos de los demás

¹⁶ Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_2, © Springer+Business Media B.V., 2011, p. 47.

jueces. Sin embargo, en sus artículos no judiciales al no tener que obtener los votos de sus compañeros jueces, Oliver Wendell Holmes, Jr., se encuentra en mayor libertad para expresar sus ideas. En esta tarea, el análisis de los escritos académicos del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., fue suplementado con el estudio de artículos no especializados, las ideas vertidas en discursos públicos, y su abundante correspondencia. Tratamos así, de dar cuenta de la totalidad de la figura del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., esto es visualizar su vida y sus obras como un conjunto, unificando así sus experiencias de vida y su obra. Entendemos que esta es la mejor manera de acercarnos al pensamiento del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., pues el estudio de su vida, nos ofrece una base para la interpretación de sus escritos.

LIMITACIONES

Entendemos que la mayor limitación de este trabajo se fundamenta en lo extenso de la obra escrita del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. Si bien, se puede afirmar que la figura del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., ha sido y continúa siendo objeto de estudio en el mundo jurídico-académico, también debemos señalar que aún existen escritos que no han sido publicados. Este investigador doctoral, si bien trabajó sobre fuentes tan diversas como artículos de Revista Jurídica, artículos publicados en periódicos y revistas de temas variados, y numerosa correspondencia, en todos los casos se trató de fuentes publicadas. Es por esta razón, que entiendo que esta investigación podría ser ampliada al estudiarse escritos no publicados de Oliver Wendell Holmes, Jr. Escritos que deberán ser analizados a partir de las ideas filosófico-jurídicas que hemos deducido de sus obras no judiciales ya publicadas.

De otra parte, cabe señalar que la obra judicial del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. fue voluminosa. Uno de sus biógrafos el Prof. Seldon M. Novick, realizó una compilación de sus escritos públicos y una selección de sus Opiniones Judiciales y esta última ocupa dos (2) volúmenes de los cinco (5) que tiene su trabajo. Entendemos que, otra vía por la que se puede ampliar este trabajo, es analizando dicha jurisprudencia a la luz de las ideas filosófico-jurídicas que emanan de sus escritos no judiciales.

OLIVER WENDELL HOLMES, JR. Y SU OBRA:

UNA FUSIÓN SISTEMÁTICO-EXISTENCIAL

PRIMERA PARTE

OLIVER WENDELL HOLMES, JR. – AÑOS DE FORMACIÓN

CAPÍTULO 2 - FORMACIÓN TEMPRANA

2.1 INTRODUCCIÓN

La figura del juez Oliver Wendell Holmes es una de las más conocidas en la historia del Derecho norteamericano, fue el “Magnificent Yankee” en una aclamada obra teatral que luego se convirtió en película, su vida fue recogida en la biografía titulada “Yankee from Olympus” la cual fue sumamente popular¹⁷, su imagen ha aparecido en sellos de correo de los Estados Unidos,¹⁸ es el único jurista norteamericano en recibir grados honorarios de las universidades de Harvard, Oxford y Yale¹⁹ y con excepción de los actuales integrantes del Tribunal Supremo Federal su nombre se menciona en las revistas de Derecho más que el de ningún otro juez.²⁰

Sin embargo, su figura no por ser conocida deja de ser controversial, de hecho, varios de los artículos que se han escrito sobre él, tienen como

¹⁷ Bowen, Catherine Drinker, *Yankee from Olympus: Justice Holmes and his family*, Little, Brown and Co., Boston, 1944.

¹⁸ Touster, Saul, *Holmes a Hundred Years Ago: The Common Law and Legal Theory*, 10 Hoftra L Rev 673 (1982).

¹⁹ Alschuler, Albert W., *Law without Values: The life, work and Legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, 2000 p. 14

²⁰ Novick , Sheldon M., Ed., *The collected works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Vol.1, 1995, p. 85.

propósito atacar su reputación y sus ideas.²¹ A modo de ejemplo podemos señalar la serie de artículos escritos por Yosai Rogat que a comienzos de los años 60 aparecieron publicados en la revista jurídica de la universidad de Standford y que, James M. O'Fallon completara en 1984 después de la muerte de Rogat;²² los trabajos de Saul Tosner,²³ de Edmund Wilson²⁴ y las críticas hechas durante la segunda guerra mundial por un grupo de académicos católicos, como Francis Lucey,²⁵ Paul Greeg,²⁶ John Ford²⁷ y Ben Palmer para quien la ideología del Juez Oliver Wendell Holmes se asemejaba demasiado a la ideología de Hitleriana.²⁸

Sus ideas siempre se caracterizaron por su tendencia conservadora. Aunque luchó del lado de los abolicionistas evitó tener que defender el

²¹ Novick, Sheldon M., Ed., *The collected works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Vol.1, 1995, p. 85. Véase además a Alschuler, Albert W., *Law without Values: The life, work and Legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, 2000 p. 10, 15, donde se hace un recuento de algunos de los artículos hechos con el propósito de criticar las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes y de donde aparecen los autores citados en las notas de la 8 a la 14.

²² Rogat, Yosai, *Mr. Justice Holmes: A Dissenting Opinion* (part 1), 15 Stan L Rev. 3 (1962); Rogat, Yosai, *Mr. Justice Holmes: A Dissenting Opinion* (part 2), 15 Stan L Rev. 254 (1963); Rogat, Yosai, *The Judge as Spectator*, 31 U Chi L Rev 213 (1964); O'Fallon, James M., *Mr. Justice Holmes a dissenting opinion-the Speech Cases*, 36 Stan L Rev 1349 (1984)

²³ Tosner, Saul, *In Search of Holmes from Within*, Vanderbilt Law Review, 437 (1965); Soul Tosner, *Holmes a Hundred Years Ago: The Common Law and Legal Theory*, 10 Hofstra Law Review 673 (1982).

²⁴ Wilson, Edmund, *Patriotic Gore: Studies in the Literature of American Civil War*, Oxford University Press, 1962, p. 743-6

²⁵ Lucey, Francis E., *Jurisprudence and the Future of Social Order*, 16 Soc Sci 211 (1941); Lucey, Francis E., *Natural Law and American Legal Realism*, 30 Geo L J 439 (1942); Lucey, Francis E., *Holmes-Liberal-Humanitarian-Believer in Democracy?*, 39 Geo L J 523 (1951)

²⁶ Gregg, Paul L., *The pragmatism of Mr. Justice Holmes*, 31 Geo L J 262 (1943)

²⁷ Ford, John C., *The Fundamentals of Holmes' Juristic Philosophy*, 11 Fordham L Rev 255 (1942)

²⁸ Palmer, Ben W., *Hobbes, Holmes and Hitler*, 31 ABA J 569 (1945), pueden verse además las críticas realizadas a las ideas nihilistas del Juez Oliver Wendell Holmes, por McKinnon, Harold M., *The Secret of Mr. Justice Holmes*, 36 ABA J 261, 345, 343 (1950).

derecho al voto de los afroamericanos,²⁹ además se manifestó en contra de extender el voto a las mujeres.³⁰ Como juez nunca asumió la postura de expandir el marco de los derechos constitucionales, nunca consideró que la interceptación alámbrica de comunicaciones (wiretaps) fuera irrazonable y rechazó los derechos a la privacidad basados en la cuarta y quinta enmienda a la constitución.³¹ Sin embargo, este mismo juez, con sus opiniones se convirtió en el gran defensor de la libertad de expresión que aparece en la primera enmienda y el promovente de la doctrina de la auto-restricción judicial³².

Resulta importante para el análisis del Derecho Común Norteamericano de la época, tratar de explicar ¿cómo un juez de ideas conservadoras pudo convertirse en una especie de héroe de los grupos liberales norteamericanos? ³³ Para contestarnos esta pregunta es necesario comenzar por los años de formación de quien se convertiría en el Juez Oliver Wendell Holmes Jr.

2.2 ENTORNO SOCIO-CULTURAL DE LA FAMILIA HOLMES-JACKSON

El 8 de marzo de 1841 nace el Oliver Wendell Holmes, Jr., hijo del Dr. Oliver Wendell Holmes y la Sra. Amelia Lee Jackson, en el seno de una

²⁹ Algunos autores entienden que las experiencias vividas por Holmes en la Guerra Civil lo llevaron a desarrollar un escepticismo sobre la causa abolicionista por identificarla con el fanatismo, ver sobre este particular a Touster, Saul, "In Search of Holmes from Within", 18 *Vanderbilt Law Review*, 437, 449 (1965)

³⁰ Novick, Sheldon M., Ed., *The collected works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Vol.1, 1995, p. 34.

³¹ Novick, Sheldon M., Ed., *The collected works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Vol.1, 1995, p. 15

³² Novick, Sheldon M., Ed., *The collected works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Vol.1, 1995,, p. 15

³³ Schwartz, Bernard, *Algunos Artífices del Derecho Norteamericano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 123.

familia perteneciente a la “aristocracia intelectual” de su época. El futuro Juez Holmes era el mayor de sus dos hermanos, Amelia Jackson Holmes, nacida el 20 de octubre de 1843 y Edward (Ted) Jackson Holmes, nacido el 17 de octubre de 1946.³⁴

El hogar de la familia Holmes-Jackson fue un centro de discusión intelectual por donde desfilaron las mentes más claras de su sociedad. El joven Holmes se benefició grandemente de la calidad intelectual de los amigos de su padre, entre ellos Henry y William James, Henry y Brooks Adams y Ralph Waldo Emerson.³⁵ De hecho, como bien nos señala Sheldon M. Novick en su biografía del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., titulada *Honorable Justice: The life of Oliver Wendell Holmes*, era frecuente que a la hora de tomar el té, la casa del Dr. Holmes, Sr. fuera visitada por personalidades del mundo de las letras como los editores William Ticknor y James Fields, personas relacionadas con el mundo de la historia como William Prescott y John Lothrop Motley y Henry Wadsworth Longfellow.³⁶ Más tarde en su vida, el propio Oliver Wendell Holmes, Jr., reconoció a Emerson como la persona que más influencia tuvo sobre su vida.³⁷

³⁴ Novick, Sheldon, *Honorable Justice: The life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown and Company, Boston, 1989, p. 379.

³⁵ Novick, Sheldon M., Ed., *The collected works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Vol.1, 1995, p.19.

³⁶ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 16

³⁷ Ya al final de su vida el Juez Oliver Wendell Holmes reconoce en una carta enviada a Frederick Pollock con fecha del 20 de mayo de 1930, “The only firebrand of my youth that burns to me as brightly as ever is Emerson”, véase a Novick, Sheldon M., Ed., *The collected works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Vol.1, 1995, p. 20. Por otro lado, Sheldon Novik resalta en su libro que la frecuencia con la que Ralph Waldo Emerson asistía a la casa del Dr. Holmes Sr. era tal que para la hermana de Oliver Wendell Holmes, Jr., la pequeña Wendie (Amalia Jackson Holmes) el Sr. Emerson pasó a ser conocido como “Uncle Waldo” o el Tío Waldo. Véase a Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 16.

Para acercarnos a los años de juventud del Juez Oliver Wendell Holmes Jr. nos parece de incalculable valor una breve reseña que el propio Holmes Jr. redactara resumiendo dicha época, pues quién mejor para contar una historia que el propio protagonista. Además, el resumen preparado por Oliver Wendell Holmes, Jr. si bien es corto y escueto, tiene la virtud de ser una interpretación de su vida, esto es, al momento de escoger que asuntos son importantes para destacarlos o cuales no lo son, el propio Holmes Jr. nos está ofreciendo su propia interpretación de lo que resulta significativo del entorno familiar en el que se desarrolló y de su vida en general.³⁸ El siguiente pasaje fue escrito por el propio Oliver Wendell Holmes Jr. el 2 de julio de 1861, con el propósito de que se uniera al álbum de su universidad, apenas dos meses antes de su graduación, en ese entonces joven Oliver contaba con 20 años de edad y era estudiante del “Harvard College”.

I, Oliver Wendell Holmes Jr., was born March 8, 1841 in Boston. My father was born in Cambridge, graduated at Harvard, studied medicine in Paris and returning to Boston practiced as a physician there a number of years. Giving this up, however, he was since supported himself by acting as a professor of the Medical School of Harvard College, by lecturing, and by writing a number of books. In 1840 he married Amelia Lee Jackson, daughter of Judge Jackson of Boston, where he has since resided. All my three names designated families from which I am descended. A long pedigree of Olivers and Wendells may be found in the book called “Memorials of the Dead in Boston.- King’s Chapel Burying Ground,” pp.144 and 234-5-6-7-8. Of my grandfather Abiel Holmes, an account may be found in the biographical dictionaries. (He was the author of the Annals of America, etc.) as also of my other grandfather Charles Jackson. (See for instance Appleton’s

³⁸ Estaré presentando solo parte de la reseña por ser la parte relevante a como se visualiza a sí mismo el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., el pasaje completo puede encontrarse en White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 7-8, donde también se utiliza la reseña para dirigir una discusión sobre los primeros años de vida del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr.

American Cyclopedia where the account of Judge Jackson was written by my father.) I think it better thus to give a few satisfactory references than to write an account which is half so. Some of my ancestors have fought in the Revolution; among the great grandmother of the family were Dorothy Quincy and Anne Bradstreet ("the tenth Muse"); and so on; but these things can be picked up from other sources I have indicated. My grandfather A. Holmes was graduated from Yale in 1783 and in 1792 was "gradu honorario donatur," at Harvard. Various Wendells and Olivers will be found in the triennial, as also various Jacksons; including my grandfather. Our family has been in the habit of receiving a college education, and I came of course in my turn, as my grandfathers, fathers, and uncles before me. I've always lived in Boston and went first to a woman's school there, then to Rev. T. R. Sullivan's, then to E. S. Dixwell's (Private Latin School) and thence to College. I never had any business but that of a student before coming to College; which I did with the majority of our class in July entering without conditions. I was while in College, a member and editor of the Institute, (had somewhat to do with our two private clubs), of the Hasty Pudding, the Porcellian, the (Phi Beta Kappa) and the "Christian Union." not that I considered my life justified belonging to the latter, but because I wish to bear testimony in favor of a Religious society founded on liberal principles in distinction to the more "orthodox" and sectarian platform of the "Xtian Brethen". I was editor in the Senior year of the Harvard Magazine (the chief piece I wrote in it begin on "Albert Durer.") I was author of an article on Plato which took the prize as the best article by an undergraduate (for the first year of it's existence) in the "University Quarterly." The only College prize I have tried for was the Greek which was divided between one of the juniors and me . . . The tendencies of the family and of myself have a strong natural bent to literature . . . If I survive the war I expect to study law as my profession or at least for a starting point" ³⁹

³⁹ La cita de Oliver Wendell Holmes, Jr. aparece en el Harvard College, *Class of 1861 Album*, 329 Harvard Archives y aparece en forma completa en Fiechter, Jr., Frederick C., "The Preparation of an American Aristocrat", 6 *New Eng. Q.* 3, 4-5 (1933) según surge de White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 7-8.

Antes de entrar a discutir este escrito, cabe señalar que al momento de redactar sus datos autobiográficos el joven Oliver Wendell Holmes Jr., estaba preocupado por su futuro como voluntario en la Guerra Civil Norteamericana. De hecho, no exageramos al señalar que su participación en la guerra mantenía a Holmes Jr. más preocupado que su próxima graduación del “Harvard College”.⁴⁰

La Guerra Civil había comenzado unos tres meses antes⁴¹ de que el joven Holmes escribiese sus datos autobiográficos para el “Harvard College”, y al momento de escribir ya se había enlistado en un batallón de voluntarios y había recibido entrenamiento militar, sin embargo su batallón de voluntarios se había disuelto y todavía no había asegurado su comisión militar. Este asunto mantenía al joven Oliver Wendell Holmes muy preocupado y según señalara el propio Holmes Jr. fue esta la razón, junto a su parecer de que los esquemas autobiográficos para el “College” debían ser breves, para la parquedad de su escrito.⁴² Como cuestión de hecho, ya para finales de julio de 1861, el mismo mes en que redactó sus datos para el álbum del Harvard College, Oliver Wendell Holmes, Jr. recibiría una comisión como teniente en el Vigésimo

⁴⁰ Existe discrepancia entre autores sobre la fecha de graduación de Holmes Jr., como señalara G. Edward White, en “Justice Oliver Wendell Holmes, Law and the Inner Self”, Liva Baker sitúa su graduación de Harvard el 17 de junio, pero si nos atenemos a lo señalado por Mark DeWolfe Howe, “Justice Oliver Wendell Holmes: The Shaping Years”, Holmes Jr. recibió su grado el 17 de julio. White acoge la posición de este último aunque establece que resulta dudoso el que Holmes, Jr. asistiera al acto.

⁴¹ La Guerra Civil Norteamericana comenzó con el ataque de las fuerzas confederadas al Fuerte Sumter en Carolina del Sur durante el 12 de abril de 1861, el Fuerte Sumter cayó en manos confederadas el 14 de abril y el 1 de abril el Presidente Lincoln solicitó a los estados que se mantenían leales a la Unión el envío de sus milicias en ayuda al gobierno federal que para aquella época no mantenía un ejército activo.

⁴² En una nota al final de su biografía escribe “I may say I don’t believe in gushing much in theses College Biog’s and think a dry statement much fitter. Also I am busy to say more if I would.” Véase a White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 8. Además su esquema autobiográfico puede encontrarse en el álbum de la Clase de 1861 del Harvard College (329 Harvard Archives).

Regimiento de Infantería de Voluntarios de Massachusetts, en parte gracias a las gestiones realizadas por su padre ante el Gobernador de Massachusetts⁴³. Una vez recibida la comisión, el joven Holmes esperaba ser movilizado y entrar en acción durante el mes de septiembre.⁴⁴

Aclarado el contexto histórico y la tensión emocional que embargaba al joven Oliver Wendell Holmes Jr. al momento de redactar estos datos biográficos, podemos entrar a analizar el escrito procurando entender la manera en que el joven Holmes se percibe a si mismo. La selección utilizada comprende la vida de Oliver Wendell Holmes Jr. hasta que hace su entrada a la universidad. Podemos apreciar que el joven Holmes, Jr. estaba muy consciente de pertenecer a una especie de aristocracia intelectual norteamericana,⁴⁵ algo que Liva Baker en su Biografía del Juez Oliver Wendell Holmes, titulada *The Justice from Beacon Hill: The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*⁴⁶, se refiere a esta aristocracia a la que pertenecía la familia de Holmes, como la clase “Brahmin” de Boston, en clara referencia a la casta sacerdotal en la tradición religiosa hindú⁴⁷. De hecho, la descripción de su vida es más bien un recuento de la historia de su familia y en dicha historia pone especial atención a la formación universitaria de sus familiares de la cual él se siente una especie de heredero.

⁴³ White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 50-51.

⁴⁴ White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 7.

⁴⁵ White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 9 y Schwartz, Bernard, *Algunos Artífices del Derecho Norteamericano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 111-112.

⁴⁶ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p.

⁴⁷ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 14-16, 19-74, 188, 229-30, 373.

2.3 LOS PADRES DE OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

Como se desprende del escrito del joven Holmes Jr., su padre no fue solamente un buen médico, sino todo un intelectual.⁴⁸ El Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr.,⁴⁹ era oriundo de Cambridge, Massachusetts⁵⁰, lugar que abandonó a los 28 años para ir a estudiar medicina a París por espacio de dos años, al cabo de los cuales regresaría a los Massachusetts y establecerá su oficina como médico en Boston. La medicina, en el caso del Dr. Holmes fue una especie de vocación tardía, pues su primer amor fue la poesía, arte que continuó practicando a través de su vida, mientras que, en cuanto a estudios universitarios se refiere, había comenzado su carrera universitaria como estudiante de Derecho.

Al regresar de París en 1835, el futuro Dr. Holmes, Sr. se dedicó a prepararse para sus exámenes finales en Harvard los cuales aprobó en el mes de febrero de 1836 e ingresó al “Massachusetts Medical Society” en mayo de 1836.⁵¹ Una vez establecido en Boston como médico, el Dr. Holmes, Sr., fue abandonado poco a poco la práctica de la medicina según se adentraba al mundo de la docencia. Fue fundador del “Tremont Medical School” donde comenzó su carrera docente, más tarde llegó a ser profesor de anatomía en la escuela de medicina de Harvard⁵² y para el año de 1847 llegó a ocupar el cargo de Decano en dicha institución.

⁴⁸ Schwartz, Bernard, *Algunos Artífices del Derecho Norteamericano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 111.

⁴⁹ Los padres del Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. fueron Abiel Holmes, quien fuera ministro del “First Congregational Church”, y Sara Wendell Holmes. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 3-4.

⁵⁰ Nació el 29 de agosto de 1809

⁵¹ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 10.

⁵² Para esa época la posición de profesor de no era una posición remunerada, sino que el profesor recibía pago de parte de los estudiantes que se matriculaban en sus cursos. Debido a sus dotes de oratoria las clases del Dr. Holmes tenían mucha concurrencia

El Dr. Holmes, Sr. fue una persona polifacética que, además de médico, era muy reconocido en el mundo intelectual de su época, entre otras cosas, se distinguió como conferenciante público, actividad en la que llegó a generar más ingresos que en su práctica médica,⁵³ y para la cual disertó sobre los temas más variados al dictar conferencias sobre Francia, historia de la medicina, literatura, poesía, el amor a la naturaleza y el arte de dictar conferencias. Como si esto fuera poco, fue fundador de la revista literaria “The Atlantic Monthly”⁵⁴ y fue uno de los escritores más leídos de su época, alcanzando prestigio a no solo a nivel nacional,⁵⁵ sino también en Inglaterra,⁵⁶ fue además, un aficionado a la música, aprendiendo de forma autodidacta a tocar el violín, y un amante de la filosofía, en especial fue un gran admirador del filósofo alemán Gottfried Wilhelm Leibniz, este amor por la filosofía es inculcado a su hijo desde sus años de juventud.⁵⁷

por lo que su tarea docente resultaba ser una práctica bastante lucrativa, véase a Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 7.

⁵³ Según explica Sheldon Novick el ofrecer conferencias en los liceos era una práctica reciente en la época del Dr. Holmes aunque muy lucrativa para quienes tenían buenas destrezas de comunicación. Véase a Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 6. En el caso del Dr. Oliver Wendell Holmes, su carrera como conferenciante, que comenzó en el 1838, fue muy productiva, nos señala Edward White que para 1851 el Dr. Oliver Wendell Holmes obtuvo un ingreso anual de \$1,200 dólares como resultado de una serie de tres conferencias. Véase a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 10.

⁵⁴ La revista fue fundada en el año de 1857 véase a Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 19.

⁵⁵ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 9.

⁵⁶ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 20.

⁵⁷ En Novick, Sheldon M. Ed., *The collected works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Vol.1, 1995, p. 19, nos indica como el libro más famoso del Dr. Holmes, “*The Autocrat of the Breakfast Table*”, comienza recreando una discusión sobre Leibniz, entre el “autócrata” y un joven estudiante, lo que parece ser una forma de disfrazar una conversación entre el Dr. Holmes y su hijo quien para ese entonces contaba con 17 años de edad.

El primer momento de fama que tuvo el Dr. Holmes, Sr., fue en el campo literario, al escribir un poema que abogaba por la preservación de la fragata USS Constitution⁵⁸, el poema llevaba por título “Old Ironsides” y fue publicado en septiembre de 1830 y reproducido en varios periódicos de la época a través del país⁵⁹. El poema fue escrito por el Dr. Holmes, Sr., a la edad de 21 años, antes de comenzar sus estudios de medicina.⁶⁰ Más tarde, dejó a un lado sus inquietudes literarias mientras dedicaba sus esfuerzos a completar la carrera de medicina que cursaba en París.

Al comienzo de su carrera como médico el Dr. Oliver Wendell Holmes Sr., se interesó también por la investigación científica dentro del campo de la medicina, campo que le ganó fama más allá de los límites de la ciudad de Boston. Resulta que para el año de 1843, El Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr., escribió un trabajo médico-científico realizado sobre una enfermedad conocida como “puerperal fever”, con ese nombre hacían referencia en aquella época a una extraña fiebre que atacaba en los hospitales a la mujeres que acababan de dar a luz, se trataba de una enfermedad sumamente peligrosa, cuya mortalidad en algunos hospitales llegaba al 100% de las personas que la contraían. El Dr. Oliver Wendell Holmes Sr. realizó una investigación minuciosa y recolectó la evidencia necesaria que le permitió concluir que el “puerperal fever” era una enfermedad contagiosa que se transmitía por lo propios médicos al asistir a las pacientes sin lavarse las manos y sin limpiar correctamente los

⁵⁸ Se trataba de una famosa fragata del tiempo de la revolución que el Departamento de Defensa de los Estados Unidos planeaba desguazar, un final que el Dr. Holmes, Sr., consideraba indigno para la histórica fragata. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 5.

⁵⁹ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 13. (Véase además la nota al calce número 35)

⁶⁰ El Dr. Holmes, Sr. antes de estudiar medicina comenzó estudios de Derecho, carrera que abandonó para marcharse a Boston a estudiar medicina en el Harvard Medical School, sus últimos dos años de la carrera de medicina los realizó en París, regresando a Boston para 1835 a establecer su consultorio.

instrumentos utilizados con pacientes previos.⁶¹ Como señaláramos anteriormente, el Dr. Oliver Wendell Holmes Sr., publicó su artículo en el “Boston Society for Medical Improvement” en el 1843, pero en aquel momento su trabajo pasó pronto al olvido. No fue hasta que en 1855 y con motivo de un artículo publicado en Europa por Ignaz Semmelweis, sobre el mismo tema y llegando a las mismas conclusiones, que el Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. re-publicó su artículo, alcanzando en esta ocasión gran prestigio y reconocimiento como investigador científico, esto lo situó además, en medio de una agria controversia entre los médicos partidarios del viejo orden y los médicos más modernos.⁶² Finalmente la posición del Dr. Holmes, Sr. fue reivindicada cuando en el 1856 la “American Medical Association” incluyó la re publicación de su ensayo como lectura recomendada y un año después fue citado como una autoridad en este asunto en la revista científica “Boston Medical and Surgical Journal”.⁶³

Si bien mencionamos anteriormente que el Dr. Holmes, Sr. había dejado a un lado sus inquietudes literarias mientras estudiaba medicina, debemos ahora señalar, que al terminar sus estudios de medicina en París y regresar a Boston en 1835, retomó su interés literario.⁶⁴ El mayor éxito del Dr. Holmes, Sr. como escritor, fue una serie de ensayos que fue publicada mensualmente en el “Atlantic Monthly” bajo el título de “The Autocrat of the Breakfast-Table”, dichos ensayos se consideran actualmente como uno de los clásicos del género de la literatura

⁶¹ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 10; Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 18.

⁶² Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 18-19.

⁶³ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 37-38.

⁶⁴ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 16

conversacional⁶⁵. En estos ensayos el Dr. Holmes, Sr. narraba las conversaciones que ocurrían entre los inquilinos de una pensión imaginaria a la hora del desayuno, de esta manera podía abordar una serie de temas representativos de la cultura norteamericana de la época y comentar sobre ellos ante las distintas perspectivas que representaban cada uno de los comensales. Esta serie fue un rotundo éxito no solo en América sino también en Gran Bretaña lo que convirtió al Dr. Holmes, Sr. en una celebridad a los 48 años de edad.⁶⁶ De hecho, a raíz de esta serie el Dr. Holmes, Sr. se convirtió en la figura representativa de la cultura bostoniana en su momento de mayor esplendor, cultura marcada por el ideal de la universalidad del conocimiento y por el arte de la conversación.⁶⁷

La madre del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. lo fue la Sra. Amelia Jackson. La Sra. Jackson era hija la única hija de Charles Jackson, conocido por todos como el Juez Jackson, quien había hecho su fortuna invirtiendo en el negocio de textiles de su hermano y en la práctica del Derecho.⁶⁸ Su apodo de “Juez” le viene por haber sido Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts por espacio de nueve años.⁶⁹ Sus estudios de derecho separaban a Charles Jackson del común de los abogados de su época, había estudiado en Harvard de donde se graduó en 1793, luego realizó una pasantía en la oficina de Theophilus Parsons, quien fue uno

⁶⁵ Gibian, Peter, Opening and Closing Conversation: Style and Stance from Holmes Senior to Holmes Junior, publicado en Gordon, Robert (ed.), *The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 187-190.

⁶⁶ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 19-20.

⁶⁷ Gibian, Peter, Opening and Closing Conversation: Style and Stance from Holmes Senior to Holmes Junior, publicado en Gordon, Robert (ed.), *The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 188-189.

⁶⁸ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 39.

⁶⁹ El Juez Jackson ocupó una silla como parte del Tribunal Supremo de Massachusetts entre los años de 1814 y 1825 véase White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 17.

de los abogados más prominentes de su época y fuera a su vez mentor de John Quincy Adams.⁷⁰ Luego de haber servido como Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts, retornó a la práctica privada de la profesión legal manteniendo una práctica muy lucrativa especializada en asuntos sumamente técnicos del derecho de propiedad.⁷¹ El Juez Jackson publicó además un libro sobre el tema del derecho de propiedad que recibió muy buenas críticas⁷² y le agenció fama como un gran académico dentro de la comunidad legal norteamericana. De su ensayo para el anuario del “Harvard College” se desprende que el joven Holmes, Jr. veía a su abuelo materno como otra de las figuras a emular en su familia.

Si bien la Sra. Amalia Jackson, madre de Oliver Wendell Holmes, Jr., no tuvo un papel destacado en la vida pública del Boston de su época, muy probablemente ello se debe al rol limitado que se asignaba a la mujer en la sociedad del Boston del siglo XIX. Recordemos que en la época pre-victoriana las mujeres de familias acomodadas tenían muy pocas oportunidades para asumir responsabilidades fuera del hogar. Estas limitaciones socio-culturales causaban cierto desasosiego en el espíritu de Amalia según se desprende una carta cursada a su primo Henry Lee Jr. en la que se queja de las pocas opciones que la vida ofrece a una mujer de su edad (en ese momento Amalia Jackson contaba con 20 años).

⁷⁰ Tan impresionado estaba Theophilus Parsons con la capacidad demostrada por Charles Jackson para la profesión legal que llegó a señalar “Of all my pupils, no one has left my office better prepared for his profession; he will prove himself the American Blackstone” véase a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 39.

⁷¹ Según nos señala Liva Baker, en 1852 fue incluido como parte de “Rich Men of Massachusetts” con una fortuna estimada en los \$200,000 dólares. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 40.

⁷² Recibido, entre otras, una carta de felicitación del Canciller James Kent de Nueva York, autor de los *Commentaries*, libro que motivó el que para muchos fuera considerado como un equivalente Blackstone pero en el Derecho Común Norteamericano. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 6.

I think a girl's life at my age isn't the most pleasant by any means; she is in the most unsettled state: a young man can occupy himself with his Business, and look forward to his life and prospects, but all we have to do is pass our time agreeable to ourselves. Not that we do not have enough to occupy ourselves in carrying on our education, but I think everyone likes to feel the necessity of doing something, and I confess that I have sometimes wished I Could be poor to have the pleasure of exerting myself.⁷³

Dos años después de haber escrito esta carta, a la edad de 22 años, Amalia Jackson contrae nupcias con el Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. y desde ese momento dedica todos sus esfuerzos a servir a su familia. Asume pues el control de las tareas domésticas lo que permite al Dr. Holmes, Sr. el tiempo necesario para su vida como, médico, docente universitario, conferenciante y escritor.⁷⁴ Además de los asuntos domésticos la Sra. Jackson ocupaba gran parte de su tiempo en el cuidado físico y el desarrollo moral sus hijos, con quienes, según atestiguan sus cartas, desarrolló una relación muy afectuosa.⁷⁵

Si bien la Sra. Amalia Jackson no participó del debate político de su época, tampoco estaba ajena a dichos asuntos. De hecho, la Sra. Jackson era una persona de firmes convicciones, un ejemplo de esto se puede apreciar al contrastar las posiciones asumidas por el Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. y su esposa Amalia Jackson en relación al tema de

⁷³ La cita anterior aparece en White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 15 y pertenece a una carta escrita por Amalia Jackson Homes a su primo Henry Lee, Jr., del 21 de septiembre de 1838 la que según nos indica White apareció citada en Frances Rollins Morse, comp., *Henry and Mary Lee, Letters and Journals with Other Family Letters 1802-1860*, p. 269-70 (1948).

⁷⁴ White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 13, 15-17.

⁷⁵ Sobre la relación de la Sra. Amalia Jackson con su familia puede verse a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 41-43 y 64-65; White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 15-17.

la abolición de la esclavitud. El Dr. Holmes, Sr., quien terminó siendo un ferviente abolicionista, tardó mucho en asumir esta posición, aún a pesar de que sus mejores amigos entre la élite intelectual de la ciudad de Boston se habían declarado abolicionistas desde un principio.

Es bueno aclarar que el tema de la esclavitud dividía tajantemente la sociedad de Boston, por un lado la élite intelectual de Boston, muchos de ellos amigos personales del Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. y hasta algunos parientes de su familia, entre los que se encontraban el predicador Theodore Parker, Wendell Phillips, James Lowell, Henry Longfellow, John Greenleaf Whittier y el propio Ralph Waldo Emerson,⁷⁶ quienes tomaron posturas a favor de la protección de los derechos humanos y promovieron la abolición de la esclavitud; mientras que la élite económica, compuesta por industriales, comerciantes y banqueros, cuyos negocios dependían directamente del algodón recogido en el sur por los esclavos, no dudaban en favorecer la esclavitud⁷⁷. En este debate el Dr. Holmes, Sr., se situó en un principio al lado de los comerciantes⁷⁸, llegando incluso a presentar una ponencia en el 1855 ante el New England Society of New York, en la que condenaba las acciones de los grupos abolicionistas, las que tildaba de violentas, y aprovechaba la ocasión para exhortarles a llegar a un acuerdo con los estados esclavistas del Sur.⁷⁹

⁷⁶ Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 57

⁷⁷ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 32

⁷⁸ Recordemos que si bien el Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. pertenecía claramente al mundo intelectual y sus haberes económicos eran más bien modestos, el padre de su esposa era uno de los hombres más ricos de su época y provenía de una familia que se había dedicado al negocio de los textiles lo que en cierta forma explica su tendencia conservadora y el respaldo original que otorgara al grupo de industriales, comerciantes y banqueros.

⁷⁹ Este escrito motivó varias reacciones públicas en contra de la posición del Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. tal vez la más extrema fue la del New York Tribune que llegó a sugerir que el Dr. Holmes, Sr. debería ser linchado. Sobre este particular véase a:

La posición original del Dr. Holmes, Sr. era de corte claramente conservador, en el que si bien no se manifestaba a favor de la esclavitud, entendía que los ciudadanos de Boston debían respaldar las leyes del estado y si estas permitían la esclavitud, pues no había más remedio que obedecerlas. Resulta, sin embargo, interesante observar que si bien el Dr. Holmes, Sr., entendía que las acciones tomadas por el grupo abolicionista eran demasiado extremas, no manifestaba el mismo recelo cuando se trataba de los actos de grupos pro-esclavitud. Cabe recordar en que en el Boston de esa época ambos grupos, abolicionistas y esclavistas rebasaron los límites del lenguaje en el debate sobre la esclavitud, pasando en varias ocasiones de las palabras a los hechos. A modo ejemplo podemos señalar como personas de estos grupos que favorecían la esclavitud invadieron una reunión del “Female Antislavery Society” y atraparon a William Lloyd Garrison, editor pro-abolicionista de la revista “The Liberator” y lo arrastraron por las calles amarrado a una soga.⁸⁰ Y en Boston para finales del 1860 las reuniones de los abolicionistas eran interrumpidas por una muchedumbre compuesta por empresarios, banqueros y comerciantes, de forma tal que requerían la intervención de la policía para proteger las vidas los abolicionistas. La presión era tal, que los abolicionistas tuvieron que organizar grupos de guardaespaldas armados con garrotes para controlar a la muchedumbre que intentaba detener sus reuniones, sólo de esta manera resultaba posible el que dichas reuniones pudieran llevarse a cabo. Cabe señalar

Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 58

⁸⁰ Al narrar este incidente Liva Baker nos relata además que el Sr. William Lloyd Garrison, una vez rescatado de manos de esa turba compuesta de industriales, comerciantes y banqueros, tuvo que permanecer un tiempo encerrado en la cárcel de Leveret Street por su propia seguridad. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 57.

que el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. llegó a pertenecer a estos grupos de guardaespaldas⁸¹

Al contrastar la posición conservadora del Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. con la de su esposa, la Sra. Amalia Jackson, podemos apreciar la marcada diferencia entre una y otra. La Sra. Jackson era una ferviente abolicionista que no se andaba con paños tibios, entendía que la esclavitud era algo malo en sí misma, por lo que debía ser abolida cuanto antes, incluso si esto implicaba que sus hijos tuviesen que ir a la guerra⁸². Escuchémoslo en palabras de la propia Sra. Jackson en una carta escrita a una amiga después de haber comenzado la Guerra Civil:

*“It is very hard to have our sons and Brothers go off (to war), but we would not keep them at home if we could. I long ago learned that there is no happiness to be had in this World by avoiding duty. The sting of conscience never dies.”*⁸³

La cita anterior no debe ser interpretada en el sentido de que la suerte que podría correr su hijo en la Guerra Civil le resultara indiferente, lo que sí representa es que la Sra. Jackson entendía que los ideales deberían ser defendidos incluso a costa de la vida es por eso que en esa misma carta señala:

⁸¹ Esta información surge de una carta en la libreta de Holmes sobre la Guerra Civil, OWH Papers, Harvard Law School, Paige Box 4 véase la nota al calce número 4 del cuarto capítulo de Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 32.

⁸² Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 15.

⁸³ La cita aparece en Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 15 y corresponde a una carta enviada por Amalia Jackson a Emily Halloway el 1 de febrero de 1863, y según nos indica el autor, puede ser encontrada en los papeles de Oliver Wendell Holmes, HLS, B44 F7.

“I only hope and pray that the war may go on till every slave is free, and that my child will always be redy to defend and struggle for humanity.”⁸⁴

Más adelante añade,

“I hate blood shed . . . but I hate slavery more”⁸⁵

Cabe que recordemos que en la sociedad del Boston del Siglo XIX, resultaba contrario a las convenciones sociales que una mujer de buena condición social participara activamente en la guerra, actividad reservada únicamente para los hombres. La Sra. Jackson se mantuvo, como las otras mujeres de su condición, rezando por los soldados, leyendo en los periódicos los listados de heridos y muertes en el frente de batalla y buscando cualquier oportunidad para poder ayudar en el esfuerzo de militar de la Unión en contra de la esclavitud. Para el 28 de noviembre de 1861 se le presentó a la Sra. Amalia Jackson una oportunidad inigualable de ayudar a la Unión pues el Dr. Henry W. Bellows se dio a la tarea de establecer una rama en Nueva Inglaterra del “United States Sanitary Commission”, entidad de la que era su presidente y que se dedicaba a recaudar fondos para la Unión y a distribuir ropa, libros y materiales de primeros auxilios entre los soldados que se encontraban en el campo de batalla.⁸⁶

Aunque hemos indicado anteriormente que la Sra. Amalia Jackson se mantuvo alejada de la vida pública, dedicando su vida primordialmente a las tareas domésticas, debemos aclarar sin embargo, que la firmeza de

⁸⁴ Esta cita esta tomada de White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 15 y corresponde a la carta enviada por Amalia Jackson a Emily Halloway el 1 de febrero de 1863, aparece en los papeles de Oliver Wendell Holmes, HLS, B44 F7 .

⁸⁵ Esta cita esta tomada de White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 15 y corresponde a la carta enviada por Amalia Jackson a Emily Halloway el 1 de febrero de 1863, aparece en los papeles de Oliver Wendell Holmes, HLS, B44 F7 .

⁸⁶ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 123.

sus ideales en cuanto a la importancia de abolir la esclavitud, la llevó a aceptar el cargo de presidenta de la rama establecida en Boston del “US Sanitary Commission” desempeñando así un papel protagónico en la recolección y distribución de la ayuda recabada entre sus conciudadanos para el sostenimiento de las tropas de la Unión.⁸⁷ Como cuestión de hecho, esta fue la única función de naturaleza pública que la Sra. Amalia Jackson asumió durante su vida, y una vez terminada la guerra regresó a su hogar asumiendo nuevamente las tareas domésticas.

Su desempeño en el cargo de presidenta fue altamente efectivo, su grupo de trabajo logró, en tan solo un año, enviar a los soldados en el campo de batalla unos 34,142 artículos de vestimenta y una cantidad de alimentos con un valor equivalente a los \$10,000 dólares⁸⁸. Al ejercer las funciones de presidenta del “US Sanitary Commission”, la Sra. Jackson demostró poseer destrezas para el trabajo ejecutivo, y 30 años después de haber terminado su gestión fue recordada de la siguiente manera:

Impress us all . . . as being strong, steady, clear and firm

[T]he strange thing about her was that she really had the executive ability and the clear mind, as well as the gentle and amiable spirit . . . She was wont to make many clear-headed and just observations on men and women, . . . [But] [i]n giving opinions to the public she was exceedingly diffident and tremulous . . . The

⁸⁷ La Sra. Jackson aceptó el cargo de presidenta mientras su hijo Oliver Wendell Holmes, Jr. se encontraba en casa convaleciendo de las heridas recibidas en la batalla de “Ball’s Bluff”, Virginia acontecida el 21 de octubre de 1861. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 121-123.

⁸⁸ Bajo la categoría de artículos de vestimenta se incluyen no solo pantalones y camisas sino también colchonetas y ropa de cama. Sobre la gestión de la Sra. Jackson como presidenta véase a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 123.

*humility and sweetness of her nature were its chief charms and its chief distinction.*⁸⁹

Compartimos la visión de G. Edward White al atribuir a las convenciones sociales de la época el que una mujer descrita como fuerte, calmada, clara y firme, se descrita como insegura y tímida al momento de tener que hablar en público.⁹⁰ Sin embargo, entendemos que por la calidad del trabajo realizado por el “US Sanitary Commission” a favor de las fuerzas de la Unión, queda claramente establecida la capacidad de la Sra. Amalia Jackson para ejercer eficazmente las funciones del puesto de presidenta asumido por ella.⁹¹

2.4 VIDA FAMILIAR EN LA CASA DEL DR. OLIVER WENDELL HOLMES, SR.

Crecer en esta familia no resultaba nada fácil para el joven Oliver Wendell Holmes, Jr., quien sentía sobre sus espaldas el peso de la tradición familiar, como el mismo lo señalara en su escrito para el anuario del “Harvard College”, luego de relatar como sus antecesores siguieron una carrera universitaria es enfático al señalar que ahora es su turno.⁹² Esa sensación de que ha llegado su turno y que le ahora le corresponde ejecutar a la altura de las circunstancias, esto es con la misma calidad con la que ejecutaron sus antecesores, es una sensación que el joven Holmes Jr. llevará sobre sus hombros a la largo de su vida, en particular cuando se trata de ejecutar al mismo nivel de su padre.

⁸⁹ Estos comentarios aparecen en White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 15 y el autor señala que curiosamente pertenecen a un obituario del Dr. Holmes aparecido en el Boston Post, el 8 de octubre de 1894.

⁹⁰ White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 15.

⁹¹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 124.

⁹² “Our family has been in the habit of receiving a college education, and I came of course in my turn, as my grandfathers, fathers, and uncles before me.” White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 8.

El joven Holmes Jr. era consciente de la importancia de su padre en el marco socio-cultural de la ciudad de Boston. Desde la edad de 16 años, fecha en la cual ingresó al “Harvard College” Oliver Wendell Holmes, Jr. se vio forzado a lidiar con la fama alcanzada por su padre con la publicación de la serie del “Autócrata”. De hecho, la serie del “Autócrata” duró por un año y su éxito fue tal que motivó al Dr. Holmes, Sr. a continuar escribiendo una serie titulada “The Professor at the Breakfast Table” la cual fue publicada mensualmente por espacio de tres años, precisamente los tres los años en que el joven Holmes, Jr. se encontraba estudiando en el “Harvard College”⁹³. En otras palabras, desde la edad de 16 años el joven Oliver Wendell Holmes, Jr., tuvo que lidiar no solo con la responsabilidad que acarrearaba el pertenecer a una familia distinguida y el peso emocional que representaba poder vivir de acuerdo a la que se esperaría de un Holmes-Jackson, sino con el peso adicional que representaba el ser el hijo de una persona famosa y con ciertas excentricidades al momento de establecer la vida familiar.⁹⁴ Como cuestión de hecho, existe evidencia de que el joven Holmes, Jr. resentía el que algunas personas lo consideraran tan solo como el hijo de una persona ilustre.⁹⁵

El Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. resultaba ser una persona un poco complicada en materia de la convivencia diaria, una vez va desarrollando fama como escritor, la vida en la casa familiar comienza a girar en torno a él y sus necesidades como escritor, una vida en la que su esposa y sus

⁹³ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 19-20.

⁹⁴ White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 13.

⁹⁵ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 62.

hijos asumían roles secundarios.⁹⁶ Además de lo señalado, la personalidad del Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr., tenía tres características en las que vale la pena detenernos si queremos tener una idea clara de la vida familiar dentro del hogar de los Holmes. La primera de ellas se refiere a su vanidad, característica que lo llevaba a ver como asuntos importantes sólo aquellos relacionados a su persona, llegando así a menospreciar a los otros integrantes de la familia. Su carácter vanidoso, es mencionado por John T. Morse, quien no solamente era su primo y amigo de la familia, sino que además era su biógrafo autorizado, el Sr. Morse señala en su biografía que el Dr. Holmes, Sr. “*certainly was an egotist*” y luego añade que “*egotism and vanity found in Dr. Holmes’ nature a soil sufficiently congenial to nourish them.*”⁹⁷

El segundo de los aspectos de la personalidad del Dr. Oliver Wendell Holmes Sr. que queremos resaltar, es el cinismo. Y es que el Dr. Holmes, Sr., gustaba de criticar a sus hijos de manera cínica en particular a joven Holmes, Jr. Nos menciona Sheldon Novick en su biografía sobre Holmes que su padre quien se pasaba haciendo comentarios burlones sobre su apariencia en especial sobre su cuello, demasiado largo y delgado para el gusto de su padre.⁹⁸ El carácter cínico de su padre fue señalando incluso por Holmes, Jr. quien indica que el evidente placer de su padre sentía al criticar a su hijo hizo difícil que el desarrollara su autoestima. En palabras del propio Holmes, Jr. en carta cursada al Juez Félix Frankfurter señala una tendencia de su padre:

⁹⁶ White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 13.

⁹⁷ Según aparece citado en White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 11. El autor señala que la cita pertenece a Morse, John T., *Life and Letters of Oliver Wendell Holmes*, Vol. II, p. 33, 35.

⁹⁸ Carta de Oliver Wendell Holmes, Jr. a Félix Frankfurter del 21 de mayo de 1926, publicada en Mennel, Robert M. y Compston, Christine L., ed., *Holmes & Frankfurter: Their Correspondence, 1912-1934*, University of New Hampshire, University Press of New England, 1996 p. 202.

“to drool . . . over the physical shortcomings of . . . his son and make other sardonic criticism” . . . which “At least . . . made it difficult for his son to be conceited”⁹⁹

A pesar de las circunstancias descritas, resulta incuestionable para sus biógrafos el amor y el respeto que Oliver Wendell Holmes, Jr. sentía por su padre¹⁰⁰, aunque también resulta innegable que la relación padre e hijo estaba a su vez matizada por un ambiente sumamente competitivo, en especial en el ámbito intelectual.¹⁰¹ Este carácter competitivo del Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. es el tercer aspecto de la personalidad del Dr. Holmes, Sr. al que haremos referencia. El Dr. Holmes, Sr. disfrutaba de la competencia intelectual, no solo ante su hijo, sino ante cualquier persona con la que conversara, así lo recuerdan algunas de las personas que visitaron su hogar, veamos por ejemplo la siguiente cita:

Holmes [talked] very nearly all the time . . . There is a curious effect while he is conversing with you – arising from his continual surprises of thought and construction. He travels telegraph - . . . while you think him stagecoaching at your side – coming out upon you at every shopping-place.¹⁰²

Ese mismo espíritu competitivo del Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. se reflejaba de manera especial en la relación con su hijo Oliver Wendell Holmes, Jr. y quedaba claramente de manifiesto a la hora comer juntos. De hecho, todos los biógrafos, tanto de Holmes, Sr. como de Holmes, Jr. coinciden en que mucha de la materia prima que necesitaba el Dr.

⁹⁹ Según aparece citado en White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 11.

¹⁰⁰ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 64.

¹⁰¹ White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 12.

¹⁰² La cita aparece en Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 14 y según nos indica el autor en la nota al calce número 23 del segundo capítulo, la cita proviene de M. A. DeW. Howe, *Holmes of the Breakfast-Table* 95 (1939) quoting M.P. Willis in the Home Journal.

Holmes, Sr. para su ensayo mensual del “Autocrat of the Breakfast table” se encontraba en las conversaciones de sobremesa que sostenía el Dr. Holmes, Sr. con su familia. En sus escritos el Dr. Holmes, Sr. conversaba con los comensales de una pensión imaginaria en la mesa del desayuno y la función del autócrata era la de pasar juicio y plantear las críticas correspondientes a las ideas vertidas por dichos comensales. Las conversaciones de sobre mesa en la casa del Dr. Holmes, Sr. se asemejaban a las descritas en su ensayo,¹⁰³ mientras los comensales se enfrascaban en una especie de lucha por participar y controlar la conversación, el Dr. Holmes, Sr. pasaba juicio y criticaba las intervenciones de sus hijos.¹⁰⁴

El Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. estaba consiente de la tirantez que en ocasiones se desarrollaba en la relación padre e hijo al punto que llegó a preguntarle a su amigo Henry James, si a su entender su hijo lo despreciaba cosa que su amigo negó.¹⁰⁵ Aunque la pregunta realizada a su amigo, el Sr. Henry James, denota algún grado de preocupación del Dr. Holmes, Sr. por perder el amor de su hijo, cabe señalar sin embargo, que el Dr. Holmes, Sr., veía la animosidad entre padre e hijo como una etapa normal dentro del desarrollo de los seres humanos, era de la opinión que una relación padre-hijo esta marcada de una u otra manera por la necesidad del hijo de matar, metafóricamente hablando, a su

¹⁰³ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 63; White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 11.

¹⁰⁴ Desde pequeños el Dr. Holmes estimulaba la participación de sus hijos en las conversaciones de sobremesa ofreciendo premios tales como una cucharada adicional de mermelada a cualquiera de sus hijos que dijese algo ingenioso. Sobre este particular véase a Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 13.

¹⁰⁵ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 60; White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 11.

padre. Sobre este particular el Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. llegó a señalar.

*Civilized as well as savage races live upon their parents and grandparents. Each generation strangles and devours its predecessor. The young Feejeean carries a cord in his girdle for his father's neck; the young American, a string of propositions or syllogisms in his brain to finish the same relative. The old man says, "Son, I have swallowed and digested the wisdom of the past." The young man says. "Sire, I proceed to swallow and digest thee with all thou knowest."*¹⁰⁶

En realidad la relación entre padre e hijo resultaba tan compleja que podía dar base a distintas interpretaciones para algunos autores como Catherine Drinker Bowen en su biografía del Juez Holmes, Jr. enfatizan en la tensión entre padre e hijo¹⁰⁷ mientras que otros tienden a hacer mayor énfasis en los rasgos positivos que Oliver Wendell Jr. desarrolló de su padre.¹⁰⁸ Uno de los biógrafos del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., consiente de la complejidad de la relación padre-hijo la describe de la siguiente manera de la siguiente manera:

*At different times and under different circumstances it was living, affectionate, proprietary, respectful, hostile, claustrophobic and competitive.*¹⁰⁹

Cabe señalar, que el ambiente de críticas y competitividad entre padre e hijo no resultaba necesariamente en algo perjudicial para el joven

¹⁰⁶ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 60.

¹⁰⁷ Este señalamiento aparece en Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 11 y hace referencia al libro de Catherine Drinkers Bowen, *Yankee from Olympus*, (1944) p. 122-123, 180-182.

¹⁰⁸ Ejemplo de esto es la visión de Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989 y Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991.

¹⁰⁹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 60.

Holmes, Jr. pues, en cierto modo le servía de motivación al momento de emprender sus tareas. Como indica Edward White, el propio Oliver Wendell Holmes, Jr., en la misma carta a Frankfurter donde se quejaba de la tendencia de padre a criticarlo también indica al hablar de su padre que *“Certainly taught me a great deal and did me a great deal of good”*¹¹⁰ Más aun, el Juez Holmes, Jr. le confía al Juez Frankfurter en una conversación que ambos sostuvieran en 1932,¹¹¹ que su decisión de estudiar derecho, que para algunos reflejaba una especie de rechazo al padre,¹¹² estuvo motivada en los consejos de su padre. Según surge de un memorando de Frankfurter que aparece en los papeles del Juez Holmes, Jr. éste le indicó a Frankfurter que luego de terminar su servicio militar en la Guerra Civil.

*my head was full of thoughts about philosophy and in a vague way I thought about the medical school. But my Governor would not hear of that, and put on the screws to have me go to the Law School – I mean he exercised the coercion of the authority of his judgment.*¹¹³

La manifestación hecha a Frankfurter en el 1932 va de acuerdo con lo expresado a su amiga Nina Gray en carta que el enviara en el 1905 donde indica que el fue *“kicked into the law by my father”*¹¹⁴

Sin embargo, cabe señalar que existe otra versión en cuanto al rol que tuvo su padre en la selección de la carrera en Derecho del joven Oliver Wendell Holmes, Jr. al regresar de la guerra, y es la narrada a Harold

¹¹⁰ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 11.

¹¹¹ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 11.

¹¹² Este comentario aparece en el libro de White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 11.

¹¹³ La cita aparece en el libro de White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 11 y fue tomada de Felix Frankfurter, Memorandum, September 28, 1932 Holmes Papers.

¹¹⁴ La cita aparece en el libro de White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 11 y esta tomada de una carta a Nina Gray de abril 30 de 1905 archivada en los Holmes Papers.

Laski en la que señala al decirle a su padre quería estudiar Derecho en la Universidad de Harvard su padre le contestó *“Pooh! What’s the use of going to the Harvard Law School? A lawyer cannot be a great man”* a lo que el hijo añade *“I wish that my father could have listened tonight for only two or three minutes. Then I could have thumbed my nose at him”*.¹¹⁵ No pretendemos tomar partido por ninguna de ambas teorías, tan solo las indicamos como muestra, por un lado, de la complejidad de la relación padre hijo, relación en la que el padre impone sobre el hijo la presión de ser un gran hombre (“a great man”) y por otro lado, el hecho irrefutable de que la figura de su padre influyó marcadamente en la selección de la carrera jurídica por el futuro Juez Holmes, Jr. ya bien promoviéndola, ya bien, criticándola, lo que dada la relación entre ellos podía tener el efecto de hacer que el hijo optara por estudiar Derecho. Cabe señalar además, que en la reseña que Oliver Wendell Holmes, Jr. escribiera para el anuario del “Harvard College” indicaba que planeaba estudiar Derecho una vez terminara el conflicto militar.

Si bien la competitividad entre padre e hijo podía generar tensiones, estas eran usualmente aliviadas por la madre de Oliver, la Sra. Amanda Jackson.¹¹⁶ La correspondencia cursada entre Holmes, Jr. y su madre en los momentos en que su hijo se encontraba fuera de casa, sirve de testimonio del afecto entre ambos¹¹⁷, afecto en el que Holmes, Jr. podía

¹¹⁵ Ambas citas, las palabras del padre como las del hijo aparecen en Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 6-7 y según indica el autor fue tomada originalmente de “Ever Sincerely Yours, O.W. Holmes, One of the Greatest of Letter Writers”, *New York Times* 2/15/48, vi, 11.

¹¹⁶ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 14.

¹¹⁷ Dos de los ejemplos que nos ofrece Sheldon Novick sobre el afecto que demostraba la madre de Holmes Jr. en sus cartas son la aparecida en carta del 11 de junio de 1866 donde señala “There are 4 pictures of you on my writing table, and yet I cannot recall you – I mean the whole you – just as you look when you dance into the breakfast room - & kiss me . . .” y la aparecida en carta del 22 de julio de 1866: “Yesterday we had another pleasant word about you . . . Perhaps you don’t care for any pleasant words, you used to profess entire indifference to them – but your mother cares for them & is

refugiarse ante las críticas de su padre. De hecho, resulta importante señalar que el propio Holmes Jr., atribuye a su madre algunos aspectos de su personalidad como lo son su escepticismo y su tendencia a la melancolía,¹¹⁸ cualidades estas que siempre lo acompañaron en su vida adulta y se reflejaron tan marcadamente en sus decisiones legales.¹¹⁹

Existen además, varios paralelismos entre la vida del padre, Dr. Holmes, Sr. y la del hijo, el Juez, Holmes, Jr. ambos, pues ambos fueron producto de la Universidad de Harvard en la que sirvieron como profesores, adquirieron fama en la sociedad de su época y una vez famosos vivieron una vida centrada en ellos mismos y sus carreras, donde las figuras femeninas se encargaban de asistirlos en sus necesidades de manera que no tuviesen distracciones para concentrarse en su trabajo. Estos paralelismos nos sirven como ejemplo de la influencia que tuvo el Dr. Holmes en su hijo, quien al asumir sus patrones de vida demuestra que los percibe como correctos.¹²⁰ Ahora bien, existe una diferencia marcada en el tipo de trabajo realizado por el Dr. Holmes. Sr. y el realizado por su hijo. Según nos indica Edward White¹²¹, parece ser que para el joven Oliver Wendell Holmes Jr. la versatilidad de su padre, esa capacidad de ser exitoso en diferentes facetas de su vida, se convertía a su vez en su peor defecto, ya que le impedía la concentración necesaria para realizar

always made happy by them-." Ambas citas aparecen en Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 15 y según señala el autor pueden encontrarse en los papeles de Oliver Wendell Holmes en la Universidad de Harvard, B44 F9.

¹¹⁸ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 16.

¹¹⁹ Si bien el desarrollo de su carácter escéptico puede remontar a las experiencias sufridas durante la guerra, posición que es respaldada por un autor como Albert W. Alschuler, existe consenso en que su escepticismo es parte integral de sus como Juez. Véase a Alschuler, Albert W., *Law without values: The life, work, and Legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 2000, p. 29.

¹²⁰ La comparación entre la vida de ambos Holmes surge de White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 13.

¹²¹ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 10.

un trabajo de excelencia en un área particular. Ese señalamiento aparece en una carta que le enviara a su vieja amiga Clara Stevens el 26 de julio de 1914, cuando el Juez Oliver Wendell Holmes contaba con setenta y tres años de edad, en esa ocasión al hablar de su padre el Juez Holmes señalaba:

If he had had the patience to concentrate all his energy in a single subject, which perhaps is saying if he had been a different man, he would have been less popular, but he might have produce a great work”¹²²

De hecho, fue para fundamentar la capacidad de su padre de hacer un trabajo de calidad, que en esa misma carta Oliver Wendell Holmes, Jr. hizo referencia al trabajo investigativo sobre el “pauper fever” señalado anteriormente. Entendemos que esa visión de tener que concentrarse en un área para hacer un trabajo digno de admirar, como interés competitivo con su padre, son los que llevan a Oliver Wendell Holmes Jr. a intentar otro tipo de acercamiento al trabajo, en vez de dispersarse en muchos asuntos, como lo es el caso de la literatura, la filosofía o el teatro, campos por los que de joven sintió mucho interés, dedicó sin embargo, toda a su energía al trabajo jurídico. Fue en sus opiniones y sus disidencias que vertió su vocación hacia las letras, alcanzando en parte su fama, por su capacidad para redactar opiniones lógicas, coherentes, persuasivas, breves y llenas de distintos aforismos que le permitían resumir complicados puntos de derecho en un lenguaje claro y preciso. Holmes escribía sus opiniones legales a la usanza de los jueces Ingleses, esto es, no como un trabajo rebuscado de literatura, sino como discursos para ser leídos desde el estrado, por lo que sus decisiones eran

¹²² Oliver Wendell Holmes Jr. to Clara Stevens, 26 de julio de 1914, Holmes Papers, según aparece citado en White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 10.

cortas, al grano y con tono dramático. ¹²³ El enfatizar en la brevedad, como el estilo característico de escribir sus decisiones, le permitía atender un gran número de casos. En carta escrita a su amiga Nina Gray en el 1903, esto es, poco después de comenzar a trabajar como Juez en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el Juez Holmes, Jr. describe su manera de trabajar con los casos asignados:

*I don't believe in the long opinions which have been almost the rule here. I think that to state the case shortly and the ground of decision as concisely and delicately as you can is the real way. That is the English fashion and I think it is civilized. Then I try each week when we are sitting to turn off my case, and to announce it the following Monday. I think it pleases the chief who as Executive Officer likes to get the work done.*¹²⁴

Este énfasis en su trabajo como Juez, en atender el mayor número posible de casos, el resolverlos en el menor tiempo posible y redactar sus decisiones de forma escueta y precisa, si bien lo llevó al reconocimiento y la admiración de sus pares lo convirtió en un ser unidimensional, todo lo contrario a su padre y al ideal de la época victoriana en que vivió su progenitor.

2.5 EDUCACIÓN FORMAL TEMPRANA DE OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

En cuanto a su educación temprana, cabe señalar que el Juez Holmes recibió de niño la educación tradicional de los niños de la clase social a la que pertenecía. De niño su primera experiencia educativa fue en un

¹²³ Sobre este particular puede verse a Novick, Sheldon M., *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. I, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 106.

¹²⁴ La cita aparece en Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 256 y esta tomada de la carta de Oliver Wendell Holmes a Nina Grey, de 2 de marzo de 1903, que aparece en los Papeles de Oliver Wendell Holmes, Harvard Law School Library, B 31, F12.

“Dame School”¹²⁵ esto es, una escuela de enseñanza elemental en la que las clases eran impartidas por mujeres, usualmente desde su propia casa.¹²⁶ Ya a los 7 años de edad comenzó su educación formal en la escuela privada de Thomas Russell Sullivan, quien a su vez también era parte de esa aristocracia de Nueva Inglaterra.¹²⁷ Antes de abrir su escuela el Sr. Sullivan había sido ministro de la fe Unitaria y su enseñanza estaba fuertemente matizada por el elemento religioso.¹²⁸ Entre las materias que formaban parte del currículo de la escuela del Sr. Sullivan, se encontraban la historia, tanto Inglesa como Norteamericana, la historia antigua, eventos actuales, religión, creación literaria y rudimentos de zoología.¹²⁹

Ya cumplidos los 12 años de edad, Oliver Wendell Holmes, Jr., fue aceptado en la escuela privada de latín del Sr. Dixwell.¹³⁰ Si bien, esta escuela era una recién establecida se consolidó rápidamente como una de las principales y más exclusivas escuelas preparatorias para estudios universitarios del Boston de la época. Su prestigio tuvo diversas fuentes,

¹²⁵ Los “Dame Schools” fueron muy populares en Nueva Inglaterra, donde se esperaba que todos los chicos supieran leer y escribir. Tolley, Kimberley, *Transformations in schooling: historical and comparative perspectives*, Macmillan, New York, 2007, p. 91.

¹²⁶ Señala tanto Edward White como Sheldon Novick que en la cartilla de calificación del niño Oliver Wendell Holmes aparece una anotación que señala “talks too much”. White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 22; Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 13

¹²⁷ El abuelo del Sr. Sullivan había sido gobernador de Massachusetts a comienzos del siglo XIX y tenía además a un tataratío (“great uncle”) que había servido como general en la guerra de Independencia. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 51

¹²⁸ Como bien indica el biógrafo Edward White, parte de la enseñanza consistía en poner a los discípulos a copiar distintos pasajes para luego corregir los errores ortográficos y de puntuación, dichas pasajes siempre terminaban con una cita bíblica. Véase a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 22.

¹²⁹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 52

¹³⁰ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 13.

por un lado la fama del Sr. Dixwell, quien por espacio de 15 años, había ocupado el puesto de Principal de la prestigiosa escuela de la Latín de Boston, escuela que contaba con una historia de doscientos años, y quien antes de dedicarse a la enseñanza se había graduado de Derecho en Universidad de Harvard y había practicado la profesión legal por espacio de tres años. Por otro lado, sus relaciones con la alta sociedad de Nueva Inglaterra, fueron la combinación perfecta para llamar la atención de su potencial clientela. Si a lo antes mencionado añadimos que el currículo de la Escuela de Latín del Sr. Dixwell, estaba dirigido a cumplir con los requisitos de entrada a Harvard, fácilmente podemos entender como la nueva escuela se convirtió rápidamente en un lugar elite, donde el proceso de admisión de nuevos estudiantes resultaba ser sumamente competitivo.¹³¹

Para su admisión a la Escuela de Latín del Sr. Dixwell, el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. contó con la recomendación del Sr. Sullivan quien envió al Sr. Dixwell una carta de presentación de su pupilo en la que resumía las cualidades y el carácter de su alumno el joven Holmes Jr., veamos:

*O. W. Holmes, Jr., the bearer, whom, (like his cousin J.T. Morse,) I take delight in calling my young friend, has been for four years under my charge as a pupil. He had been uniformly docile, thoughtful, admirable and affectionate. Young as he is, his habits of application are confirmed, while his proficiency in all the English branches, and his love of study are remarkable for his age.*¹³²

¹³¹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 53

¹³² La cita aparece tanto en las biografías tanto de White como de Baker, la nota corresponde a la carta del 29 de septiembre de 1851 y aparece en los Papeles de Oliver Wendell Holmes en la Universidad de Harvard: White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p.23 y en Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 53

En cuanto al quehacer académico en la escuela del Sr. Dixwell debemos añadir que enfatizaba en el estudio de los clásicos griegos y latinos, por lo que la gramática de estas lenguas era manejada con gran destreza por sus egresados. Cabe señalar que el interés por los clásicos acompañó a Oliver Wendell Holmes, Jr. a lo largo de sus estudios universitarios, afición que probablemente desarrolló en la escuela del Sr. Dixwell. Además del griego y el latín otras materias trabajadas en la escuela del Sr. Dixwell eran caligrafía, dibujo, francés, álgebra, geometría e historia antigua.¹³³

La educación del joven Holmes, Jr., debió ser muy parecida a la recibida por uno de sus contemporáneos Henry Cabot Lodge quien la describió en los siguientes términos:

*The old system was in force. We spend great deal of time in the Latin and Greek grammars and mastered them thoroughly. We learned to read and write Latin and to read Greek with reasonable ease, going as far as Virgil, Horace, and Cicero in the one and in the other concluding with Felton's Greek Reader, which contains selections from nearly all the principal poets and prose-writers of Greece . . . In addition to the classics we were drilled in algebra and plane geometry, and were given a smattering of French as well as courses in Greek and Roman history. That we should learn anything of modern history or of the history of our own country was thought quite needless.*¹³⁴

El joven Holmes, Jr., estudió en la escuela del Sr. Dixwell por espacio de 6 años, hasta el 1857, fecha en que fue admitido al Harvard

¹³³ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 54

¹³⁴ La cita aparece en la biografía de White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 24 y fue tomada de Henry Cabot Lodge, *Early Memories* 15-18 (1913).

College.¹³⁵ Antes de cerrar esta sección sobre los estudios preuniversitarios del joven Oliver Wendell Holmes, Jr., debemos señalar que, aunque no se conservan documentos que atestigüen su desempeño en la escuela del Sr. Dixwell, si sabemos que desarrolló gran afinidad con el Sr. Dixwell¹³⁶, a quien frecuentemente esperaba luego de clases para caminar junto a él y hablar de distintos temas.¹³⁷ De hecho, la amistad del joven Oliver Wendell Holmes, Jr. con el Sr. Dixwell se extendió también a su familia. El joven Holmes, Jr. se quedaba en la casa de la familia Dixwell cuando sus padres abandonaban la ciudad de Boston para ir de vacaciones de verano mientras que el joven Oliver Wendell Holmes, Jr., aún no terminaba sus clases. La amistad creció a tal punto, que al momento de unirse a su regimiento en 1861 para combatir en la Guerra Civil Norteamericana, escribió una carta a la Sra. Dixwell en la que se refería a ella como “almost second mother”.¹³⁸ Después de terminada la Guerra Civil, Oliver Wendell Holmes, Jr. se casó con la hija de los Dixwell, Fanny Bowditch Dixwell con quien contrajo nupcias el 17 de junio de 1872.

¹³⁵ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 25.

¹³⁶ Cabe señalar que el Sr. Dixwell se había graduado de Harvard apenas dos años antes que el Dr. Holmes y que había hecho su pasantía en Derecho en la oficina legal del Juez Charles Jackson una vez este había dejado de la judicatura. El Juez Jackson como era el abuelo materno de Oliver Wendell Holmes, Jr. Véase a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 53

¹³⁷ El biógrafo Liva Baker toma estos paseos como una muestra de que para el joven Holmes, el Sr. Dixwell era una especie de héroe. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 54. Estos paseos con el Sr. Dixwell también son narrados en la biografía del Edward White. White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 24.

¹³⁸ La cita aparece en Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 54 quien señala que la cita pertenece a una carta fechada el 22 de julio de 1861 y se encuentra en los papeles de Mary Dixwell Wigglesworth en el Massachusetts Historical Society.

2.6 ESTUDIOS DE OLIVER WENDELL HOLMES, JR. EN EL "HARVARD COLLEGE"

En otoño de 1857, a la edad de 16 años, Oliver Wendell Holmes, Jr. comenzó su educación universitaria asistiendo a Harvard College. Para el joven Holmes, Jr. fue un momento de cambios en su vida, no solamente entró a la universidad, sino que por primera vez viviría fuera de su casa, pues aunque Harvard College no se encontraba muy distante del hogar decidió hospedarse y aunque la universidad contaba con tres edificios para dormitorios, el joven Holmes, Jr. se hospedó en una casa privada junto a otros 6 jóvenes.¹³⁹

El cursar estudios universitarios en Harvard College era una especie de tradición en la familia de Holmes, Jr., que se remontaba unos 100 años atrás, era pues prácticamente impensable que alguien de su familia asistiese a estudiar a otra institución que no fuera Harvard.¹⁴⁰ El Harvard College era una institución de importancia para la aristocracia intelectual del Boston de la época y muy selectiva en su proceso de admisiones, razón por la cual escuelas de prestigio como la del Sr. Dixwell modelaban su currículo a partir de los requisitos de admisión de Harvard College. Para la época en que el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. fue admitido a Harvard College, Cambridge era un lugar de ambiente rural al que se llegaba desde Boston en un carro tirado por caballos, la universidad contaba con menos de 400 estudiantes y los estudiantes

¹³⁹ El hospedarse en casas privadas era una suerte de privilegio que se autorizaba para los estudiantes de nuevo ingreso. La idea era que estos jóvenes, cuyas edades fluctuaban entre los 15 y los 16 años, tuvieran la oportunidad de disfrutar de un ambiente familiar durante su primer año de estudios. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 21.

¹⁴⁰ Según señala la biógrafa Liva Baker, la historia de la familia de Oliver Wendell Holmes, Jr. en Harvard comienza con el Dr. James Oliver, quien se graduó con la clase de 1680 y llegaba hasta su padre quien se graduó con la clase de 1829 y ahora era miembro de la facultad de medicina. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 72.

admitidos en la clase de Holmes, Jr. eran menos de 100 estudiantes.¹⁴¹ Sin embargo, aún en aquella época Harvard era la entidad que establecía los parámetros intelectuales de la época.¹⁴²

El Harvard College a mediados del Siglo XIX tenía como objetivo desarrollar el carácter de sus estudiantes lo que implicaba ir más allá de la mera formación académica. Esta aspiración es institucionalizada por medio de su sistema de clasificar de los estudiantes a base de rango (“ranking system”), sistema que trataba de balancear tanto el aspecto moral como el académico. Bajo el sistema de clasificación, sus estudiantes eran clasificados a partir de la cantidad de puntos que acumulaba por sus ejecutorias académicas y la cantidad que perdía por faltas de naturaleza moral o de conducta. A modo de ejemplo podemos señalar que un estudiante podía obtener hasta 45 puntos por preparar un ejercicio escrito perfecto pero podía perder hasta 32 puntos si faltaba a las actividades públicas de la iglesia y hasta 64 si incurría en conducta que conllevara una amonestación pública, también se penalizaban conductas como faltar a la oración diaria o faltar a clase.¹⁴³

Ese énfasis en desarrollar el carácter de sus alumnos era muy apreciado en la sociedad de Nueva Inglaterra del Siglo XIX, veamos como lo describe Van Wyck Brooks

The object of study was to form the mind, but this was to form the character, and Massachusetts knew what its character was and took a certain satisfaction in it.

¹⁴¹ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 21.

¹⁴² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 73.

¹⁴³ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 25 y Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 77.

Everyone was aware of the best Boston and Cambridge type, the type that Josiah Quincy (member of Congress, mayor of Boston, President of Harvard) represented, or the late Chief Justice Dana, a strong distaste for nonsense, a steady composure, a calm and gentle demeanour, stability, good principles, intelligence, a habit of understatement, a slow and cautious way of reasoning, contempt for extravagant, vanity and affectation, kindness of heart, purity, decorum, profound affections, filial and paternal . . .

This was the type, and almost the only type, the curriculum of Harvard contemplated.¹⁴⁴

De la anterior cita puede apreciarse el orgullo de la aristocracia de Boston a finales del Siglo XIX en los valores que entienden le caracterizan. De hecho, la cita menciona al Presidente de Harvard como una de las personas que ejemplifica los más altos valores de sus época, valores que el Harvard College tenía la encomienda de transmitir a las futuras generaciones. La manera de conseguirlo, a través de la enseñanza de valores religiosos, del cuestionamiento y rechazo de las nuevas ideas y tendencias que, en la visión de Harvard, podían contraponerse a los valores cristianos; y la manera de evaluar a los estudiantes, a través de un sistema de clasificación a partir del total de puntos obtenidos por tareas académicas, menos el total de puntos restados por problemas en sus prácticas religiosas como en su conducta, tenían como resultado el desmerecimiento de su oferta académica.

Es que a mediados del Siglo XIX se mantenía en Harvard un sistema educativo clásico de la época, en el cual los estudiantes a través de su carrera académica recibían formación en el estudio del griego y latín a través de la lectura de los clásicos, instrucción religiosa (curso que en su

¹⁴⁴ La cita es de Brooks, Van Wyck, *The Flowering of New England, 1815-1865*, New York, 1936, p.4-35 según citado en Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 73.

mayor parte trataba sobre como incorporar la moral cristiana en la vida diaria, en la defensa de la fe cristiana frente a la experimentación científica y en la incorporación de la moral cristiana a la formulación de política pública). Se estudiaba además, historia antigua, idiomas (en su tercer año los estudiantes escogían entre Frances, Alemán y Español, Holmes optó por el Alemán), matemáticas, gramática, botánica, química, física, zoología, geología, anatomía, y literatura moderna.¹⁴⁵ Mientras que se menospreciaban los estudios de saberes contemporáneos a modo de ejemplo podemos mencionar que solo uno de sus profesores en Harvard College, Asa Gray asumió una posición favorable a la obra de Darwin “El origen de las especies” publicada mientras Holmes cursaba su tercer año de estudios, mientras que los demás profesores presentaban objeciones de carácter religioso y moral a su estudio.¹⁴⁶

Muchos de los contemporáneos de Oliver Wendell Holmes, Jr. criticaron muy duramente la enseñanza ofrecida en el Harvard College, entre otras cosas, catalogándola de parecer mas bien una escuela primaria a gran escala, que la primera universidad del país, acusando a la institución de impartir una educación de naturaleza mecánica, más preocupada por mantener la dignidad del pasado que por mantener el paso con los nuevos desarrollos de los diversos campos¹⁴⁷ y criticando a los profesores por no ofrecer a los estudiantes lo mejor de sí y conformarse meramente con mantener en pie el sistema disciplinario de la universidad.¹⁴⁸

¹⁴⁵ El desglose de los cursos ofrecidos y tomados por Oliver Wendell Holmes, Jr. puede econtrarse en White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 26 y Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 74-77.

¹⁴⁶ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 83.

¹⁴⁷ Estas ideas surge de un escrito anónimo publicado en Henry M. Rodgers, *Memories of Ninety Years*, p. 55-56, según aparece citado en White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 25

¹⁴⁸ Estas ideas surgen de un escrito anónimo de un graduado de Harvard, publicado en Samuel Eliot Morison, *Three Centuries of Harvard* 301 (1936) según aparece citado en

Además de las críticas al tipo de enseñanza ofrecida en el Harvard College, su sistema de clasificar los estudiantes a partir de puntos también era motivo de fuertes críticas por los estudiantes uno de ellos señalaría “*The system of marks is too absurd to require anything but contempt*”¹⁴⁹ De hecho el joven Holmes, Jr. tuvo sus choques con este método de clasificación, llegando a perder puntos académicos en varias ocasiones, al grado que en una ocasión estuvo a punto de ser expulsado de la escuela por romper la ventana del cuarto de un estudiante de primer año.¹⁵⁰ Según se desprende de una carta enviada a su padre por el Presidente de Harvard, Cornelius Felton, la razón que permitió que el joven Holmes, Jr. permanecer en Harvard fue que confesó el acto cometido y se disculpó con el estudiante, lo cual, para el biógrafo Edward White es señal de que en Harvard no se le percibía como un chico rebelde y sin remedio, sino como un muchacho de bien que cometió un error y merece una oportunidad.¹⁵¹

La razón por la cual la aristocracia intelectual de Boston a finales del siglo XIX mantuvo un gran interés en enviar a sus hijos a Harvard no debemos buscarla en la calidad de su ofrecimiento académico, sino como en un factor de integración y reconocimiento social, veamos por ejemplo esta cita de un egresado del Harvard College para esa época, el Sr. Henry Adams:

Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 20.

¹⁴⁹ Esta cita surge de un escrito anónimo publicado en Henry M. Rodgers, *Memories of Ninety Years*, p. 55-56, según aparece citado en White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 25

¹⁵⁰ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 81-82; White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 27-28.

¹⁵¹ Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 26.

*Any other education would have required serious effort, but no one took Harvard College seriously. All went there because their friends went there, and the college was their ideal of social self-respect.*¹⁵²

Como se desprende de la cita anterior el superar un riguroso proceso de admisión y eventualmente graduarse del Harvard College era parte de las expectativas sociales que se tenía para con los jóvenes de la aristocracia en el Boston de finales del Siglo XIX. Era una manera de mantener dentro de los miembros de una misma clase social, unas experiencias comunes y una escala de valores similares, esto sin menospreciar en que dentro de los muros de dicha institución se conocerían aquellos que luego pasarán a dirigir las esferas económicas, políticas y culturales no solo de Boston sino en muchas instancias de la nación norteamericana.

Existe un consenso entre los biógrafos de Oliver Wendell Holmes, Jr. en que Harvard College no debió presentarle ningún reto académico al joven Holmes, Jr. Esto debido a que por su educación previa en la Escuela de la Latín del Sr. Dixwell, ya estaba familiarizado con el grueso de las materias que tomaría en el Harvard College, las cuales serían para el joven Holmes, Jr. mas bien una extensión de saberes ya previamente trabajados. Ahora bien, esto no significa que su paso por Harvard College representaran años perdidos en el desarrollo de Oliver Wendell Holmes, Jr., pues la experiencia universitaria en el Harvard College resultó ser significativa en cuanto a las experiencias de crecimiento y madurez vividas allí.

¹⁵² La cita es de Adams, Henry, *The Education of Henry Adams*, New York, 1918, p. 54-55, según citado en Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 78. Cabe señalar que Henry Adams precedió a Oliver Wendell Holmes, Jr. en el Harvard College por tres (3) años.

Y es que aunque Oliver Wendell Holmes, Jr. estaba estudiando muy cerca de su casa, geográficamente hablando, en otro plano, en el de su madurez representaba la primera vez en su vida en la que estaba viviendo fuera de su casa. Durante su segundo año, el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. describe esta experiencia de vida en carta que le enviara a su amiga Lucy Hale:

College is a perfect delight, nothing to hold you down hardly, you can settle for yourself exactly what sort of a life you'll lead. And it's delightful – one night up till one at a fellow's room, the next cozy in your own. In the day, boating, etc. And not too hard (as a general thing) lessons.

Today I've been out to row twice, this afternoon sacrificing History to the fowls (and) afterward reading my lesson over in the class clandestinely.¹⁵³

A Holmes, Jr. le entusiasmaba la idea de estar al mando de sus propias acciones, de tomar decisiones y ser responsable de su vida. Parte de esa nueva sensación de libertad incluye el hacerse de nuevos amigos, el integrarse a la vida social universitaria por medio de clubes y asociaciones y desarrollar relaciones románticas con chicas de su edad. Todas estas actividades, si bien representaban un buscar su lugar en el mundo, a su vez implicaban una búsqueda interior, un ir definiéndose como persona independiente, y esa oportunidad de crecer en el conocimiento propio como de interrelacionarse con el mundo que le rodea fue tal vez el legado más importante que Oliver Wendell Holmes, Jr. recibiera de parte del Harvard College.¹⁵⁴

¹⁵³ La cita de esta carta aparece en los siguientes lugares: Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p.24; White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p.27.

¹⁵⁴ En palabras del biógrafo Edward White, “. . . Harvard College's most lasting contribution to Holmes' education was to afford him stimulating companions and enough leisure time to pursue activities outside the official curriculum”. White, Edward

En el espíritu de búsqueda de su identidad antes descrito que el joven Holmes Jr. comenzó a formar parte de distintas asociaciones en la universidad. Durante su estadía en el Harvard College, Oliver Wendell Holmes perteneció a cinco asociaciones a saber, fue parte del “Institute” del cual era editor, de la sociedad “Porcellian” el cual era un grupo social de gran tradición y prestigio en Harvard College, el Hasty Pudding sociedad que preparaba varios espectáculos de variedades durante el año escolar en los cuales el joven Holmes, Jr. participaba como artista, el Phi Beta Kappa que era una sociedad literaria y del “Christian Union” que era una asociación cristiana liberal la cual tan solo exigía a sus miembros la adherencia a los principios generales del cristianismo. Cabe señalar que Oliver Wendell Holmes, Jr., tan solo se inscribió en el “Christian Union” y luego no participó de ninguna de sus reuniones, pues como indicara el propio Holmes, Jr., tan solo entró al grupo como un acto afirmativo en contra del “Christian Brethren” que era un grupo cristiano de importancia en la universidad pero que promovía una práctica muy ortodoxa de la doctrina cristiana.¹⁵⁵

De su participación en estas asociaciones, podemos percibir en Oliver Wendell Holmes, Jr., un marcado interés en participar de los eventos socio-culturales que ofrecía la vida universitaria en el Harvard College, así como un interés por el mundo del arte. El joven Oliver Wendell

G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 46.

¹⁵⁵ En palabras del propio Oliver Wendell Holmes Jr. “*I wished to bear a testimony in favor of a Religious society founded on liberal principles in distinction of the more “orthodox” and sectarian platform of the “Xtian Brethern”* La cita es parte del recuento autobiográfico que Oliver Wendell Holmes Jr., preparó en su año de graduación para el anuario del Harvard College, fue publicado en el Harvard College, *Class of 1861 Album*, 329 Harvard Archives y aparece en forma completa en Fiechter, Jr., Frederick C., “The Preparation of an American Aristocrat”, 6 *New Eng. Q.* 3, 4-5 (1933) La cita específica referente al “Christian Union” aparece tanto en White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 27-28 como en Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 75-76.

Holmes, Jr., fue editor del Instituto, participó en obras teatrales con el Hasty Pudding¹⁵⁶ y de reuniones literarias con el Alpha Delta Phi, si a esto le sumamos que fue editor del Harvard Magazine, que fue nombrado poeta y secretario del Hasty Pudding¹⁵⁷, además de haber sido nombrado poeta de su clase desde su segundo año de estudios en el Harvard College, resulta claro su interés por las artes.

Cabe señalar que desde los 16 años, su último año de estudios en la escuela del Sr. Dixwell, Oliver Wendell Holmes, Jr., demostraba un genuino interés por el arte, esto como resultado de haber recibido como regalo la obra de John Ruskin “Modern Painters”, antes de entrar al Harvard College el propio Holmes, Jr. compró “Elements of Drawing” y para al cumplir sus 17 años, recibió como regalo “The Political Economy of Art”, todos estos libros del mismo autor, lo cual indicaba una forma particular de acercarse al arte, no tanto como un asunto estrictamente emocional, sino ejerciendo.¹⁵⁸ Este interés por el arte se manifestó de forma evidente a través de actividades extracurriculares en las que el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. se fue interesando durante su estadía en el Harvard College, ya desde su segundo año en la institución el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. frecuentaba un negocio de imprenta y grabado, en donde conversaba largamente con su dueño sobre el tema

¹⁵⁶ Durante su tercer año en el Harvard College la fraternidad de Hasty Pudding patrocinó la puesta en escena de dos obras en las cuales el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. actuó en pequeños papeles de reparto, las obras presentadas fueron “The lady of the Lions” y “The Raising of the Wind”. En su cuarto y último año de estudios, se puso en escena una adaptación la obra “Othello” donde Oliver Wendell Holmes, Jr. representó el papel de Ludovico. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 93.

¹⁵⁷ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p.26

¹⁵⁸ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 91.

del arte y el grabado, manifestando gran admiración por los grabados de Albert Drüerer.¹⁵⁹

Entre las actividades extracurriculares de Oliver Wendell Holmes, Jr. se destacaba, además del tiempo dedicado al arte, la redacción de ensayos de diversos temas, los cuales eran presentados desde una perspectiva de carácter histórico-filosófico, entre sus ensayos, vale la pena destacar, a modo de muestra, los siguientes: “Books” ensayo publicado en el *Harvard Magazine* en el 1858 donde el joven Holmes, Jr. comparte con sus lectores unos consejos para determinar que libros vale la pena leer. Presenta Holmes, Jr. en su ensayo a importancia de la historia al momento de entender los “libros”, pero refiriéndose a la historia no como una suma de eventos, sino como algo que solo puede ser entendido desde una perspectiva crítica y de búsqueda, que nos permita distanciarnos de lo contado y apreciarlo a la luz del momento presente.¹⁶⁰ Además vemos como en este ensayo el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. asume la historia desde una perspectiva filosófica que más tarde sería vista como trascendentalista, esto al asumir que en cuanto seres humanos, tanto lectores como autores tienen la misma capacidad para percatarse de lo que es buena literatura.¹⁶¹

¹⁵⁹ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p.24; Para un análisis de las ideas de Holmes, Jr. sobre el trabajo de Drüerer véase a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 39 y a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 93.

¹⁶⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Books”, 4 *Harvard Magazine* 408, (1858) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 139-142.

¹⁶¹ Para un análisis más detallado sobre la importancia del ensayo “Books” en cuanto a muestra del desarrollo del pensamiento de Oliver Wendell Holmes, Jr., en relación a sus ideas de la historia y a sus perspectiva filosófica véase a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 26, 38-39; En cuanto a la similitud de este ensayo con las ideas de Emerson expresadas en “The American Scholar” véase a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill*

“Plato” publicado en el *University Quarterly* en 1860, es otro ensayo donde se puede apreciar el espíritu análisis crítico de Oliver Wendell Holmes, Jr., en este ensayo discute algunas de las ideas filosóficas de Platón y señala, que si bien en nuestros días resultan vagas y carentes de rigor científico, esto no se debe a la incapacidad de Platón de realizar un mejor análisis sino a las limitaciones que le fueron impuestas por el tiempo histórico que le tocó vivir.¹⁶² Vemos como en este texto el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. mezcla nuevamente su pasión por la historia y la filosofía, mediante una crítica a las posiciones Platónicas afianzada en el momento actual.¹⁶³ Cabe señalar que en ocasiones el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. logra armonizar su pasión por la filosofía y la historia, con su amor al arte, este es el caso de un ensayo para el *Harvard Magazine* publicado en octubre de 1860 titulado “Notes on Albert Drürer” en el cual no solo discutía desde un aspecto técnico el proceso en que se llevaba a cabo el arte del grabado, sino que además entraba en discusiones filosóficas tratando de analizar el trabajo artístico de Drürer por medio del pensamiento filosófico de Platón y Emerson.¹⁶⁴

– *The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 85-87.

¹⁶² Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Plato”, 2 *University Quarterly* 205 (1860) reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 145-153.

¹⁶³ Para un análisis detallado del ensayo “Plato” de Oliver Wendell Holmes, Jr. puede véase a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 26, 39-42.

¹⁶⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Notes on Albert Dürer”, 7 *Harvard Magazine* 41, (1860) reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 153-157; para un análisis sobre la aplicación de las ideas de Emerson al trabajo artístico de Dürer véase a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 39; en cuanto a críticas a su artículo por uno de sus compañeros de clase puede verse a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 91-92.

De las actividades extracurriculares en la que estuvo inmerso Oliver Wendell Holmes, Jr. durante sus años de estudio en el Harvard College, resulta claro que su mayor interés no era el académico, sino materias de las que se ocupó extracurricularmente, tales como la filosofía, el arte, la historia y la vida socio-cultural de dicho centro de estudios. Sin embargo, a pesar de todas las distracciones que tuvo en cuanto a actividades extracurriculares, al momento de su graduación Oliver Wendell Holmes, Jr. fue clasificado número 52 de una clase de 96 estudiantes, calificación que resultó ser su más baja desde que entró al Harvard College, aunque hay que hacer la salvedad, de que en su último año de estudios el joven Holmes, Jr., perdió un gran número de puntos por haberse ausentado de sus clases por espacio de dos meses al enlistarse como voluntario en las fuerzas de la Unión.¹⁶⁵ Sus clasificaciones anteriores, de las que tampoco se desprende un trabajo académico espectacular como estudiante, son las siguientes: en su primer año en la institución su clasificación fue de vigésimo-segundo en su clase, bajó de clasificación en su segundo año al ser ubicado en el trigésimo lugar de su clase y en su tercer año en la institución subió su clasificación llegando a ser el decimotercero de su clase, siendo esta última su clasificación más alta mientras estudió en el Harvard College. Estas calificaciones, si bien están sobre el promedio de los estudiantes, distan mucho de ser las de un estudiante excelente, sin embargo, al tomar en consideración el tiempo que invertía en el actividades extracurriculares podemos confirmar tres cosas: su capacidad intelectual, el hecho de que sus inquietudes estaban lejos de las que cubría el currículo de la universidad y que académicamente el Harvard College no le representaba ningún reto.¹⁶⁶

¹⁶⁵ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 26.

¹⁶⁶ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 82.

2.7 “HARVARD COLLEGE” Y EL COMIENZO DE LA GUERRA CIVIL NORTEAMERICANA

En abril de 1861, el último semestre de estudios en el Harvard College, Oliver Wendell Holmes, Jr., vio interrumpida su carrera universitaria por el estallido de la Guerra Civil Norteamericana. Ya los aires de un posible enfrentamiento bélico se respiraban en el ambiente universitario. El tema de la guerra se hacía cada vez más presente según aumentaba la tensión entre el Norte y el Sur mientras que Harvard College como institución se debatía entre ambas posiciones, el profesorado de la institución contaba tanto con abolicionistas como Asa Gray y el reverendo Henry Ware, como con el profesor de zoología y geología Louis Agassiz quien no tenía ningún reparo en hacer señalamientos públicos sobre la inferioridad de los negros. De hecho, el único miembro de la facultad que contribuyó a las fuerzas de la unión una vez comenzada la guerra lo fue George A. Schmitt quien era un inmigrante de origen alemán.¹⁶⁷

En cuanto al estudiantado se refiere, cabe señalar que Harvard College tenía entre sus alumnos, aunque si bien en menor escala, un grupo de estudiantes del sur con los cuales algunos de los jóvenes del norte habían entablado amistad. Estos jóvenes sureños eran percibidos por sus compañeros como personas de carácter gentil y caballeroso, aunque por otro lado, eran muy prestos a dar órdenes, a resolver sus diferencias mediante agrias discusiones, además llamaba la atención la manera cruda con la que narraban sus aventuras con las esclavas lo que llegó a

¹⁶⁷ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 94.

escandalizar al joven Oliver Wendell Holmes, Jr.¹⁶⁸ La presencia de estudiantes sureños en el Harvard College fue mermando, a la par que crecía la tensión entre el norte y el sur, al punto de desaparecer casi por completo al momento de iniciarse la guerra.¹⁶⁹

2.8 OLIVER WENDELL HOLMES JR. Y EL ABOLICIONISMO

Durante su juventud del joven Oliver Wendell Holmes, Jr. el tema de la abolición de la esclavitud era un asunto que marcaba su entorno. La ciudad de Boston, vivió un periodo de agitación cuando el Congreso de los Estados Unidos aprobó el “Fugitive Slave Act”, ley que obligaba a devolver a los estados del sur cualquier esclavo que se hubiese escapado. Esta ley fue objeto de una fuerte campaña en contra de parte de los grupos abolicionistas quienes proponían se desobedeciera la ley incluso si eso conllevaba la disolución de la Unión.¹⁷⁰ En la ciudad de Boston el “Fugitive Slave Act” provocó que los grupos abolicionistas llenaran la ciudad con propaganda en la que advertían a la población negra de Boston, que estuviesen alertas ante la posibilidad de que cazadores de esclavos y secuestradores se moviesen libremente por la ciudad, asunto que no pasó desapercibido por el joven Oliver Wendell Holmes, Jr.¹⁷¹ Como tampoco pasó desapercibido el doblar de las campanas de la Iglesia por un negro llamado Anthony Burns quien fue atrapado en Boston y con el favor de los tribunales federales fue regresado a su

¹⁶⁸ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 22.

¹⁶⁹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 94-95

¹⁷⁰ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 15.

¹⁷¹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 58

dueño en Savannah;¹⁷² ni la situación de violencia generada por el caso de *Scott v. Sandford*.¹⁷³

En este caso el Sr. Dred Scott, quien había sido esclavo, había sido declarado un hombre libre por el tribunal primera instancia del Estado de Missouri por haber vivido en territorio libre antes de retornar a Missouri. El tribunal de Missouri aplicó la doctrina de “once free, always free”, doctrina que para esa época estaba firmemente establecida en la jurisprudencia del Estado de Missouri.¹⁷⁴ Sin embargo, esta decisión luego fue revocada por el Tribunal Supremo del Estado Missouri, el cual para justificar apartarse del precedente señalado, indicó que “times now are not as they were” y procedió a revocar al tribunal inferior echando por al borda la doctrina jurisprudencial. Los abogados de Scott descartaron la idea de apelar la decisión del Tribunal Supremo de Missouri ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pues existía la posibilidad de que este tribunal, basándose en jurisprudencia reciente¹⁷⁵ pudiera sostener la decisión sin tener que entrar en sus méritos, con tan solo señalar que el Tribunal Supremo de Missouri era el último intérprete de las leyes de su Estado. Ante esta posibilidad comenzaron un nuevo proceso en los tribunales federales el cual culminó con la decisión *Scott v. Sanford*¹⁷⁶ en la cual el Tribunal Supremo de los Estados Unidos determinó que el Sr. Dred Scott, por ser negro no era ciudadano de los Estados Unidos, razón por la cual no tenía personalidad jurídica necesaria para buscar la protección de los tribunales federales ante la decisión del Tribunal Supremo de Missouri. El Tribunal Supremo de los

¹⁷² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 58

¹⁷³ 19 How (60 US) 393 (1857); Sobre el impacto en el joven Holmes, Jr. véase a Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 20.

¹⁷⁴ El principal precedente lo era el caso de *Rachel v. Walker*, 4 Mo. 350 (1837)

¹⁷⁵ *Strander v. Graham*, 51 US 82 (1851).

¹⁷⁶ 19 How (60 US) 393 (1857)

Estados Unidos determinó además que la condición jurídica del Sr. Scott era la de ser propiedad privada de su dueño, el Sr. Sandford, la cual era una relación jurídica protegida por la Constitución de los Estados Unidos.¹⁷⁷

La decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso de *Scott v. Sanford* 19 How (60 US) 393 (1857), causó gran conmoción no sólo en la ciudad de Boston, sino en la región de Nueva Inglaterra y en los Estados Unidos en general. Como resultado del ambiente que se vivía en los Estados Unidos a raíz de la decisión de Scott, podemos señalar la creación de grupos como el New England Emigrant Society con el propósito de levantar asentamientos abolicionistas en los territorios del oeste que aún no estaban admitidos como estados, la idea era impedir que la esclavitud se expandiera hacia el oeste. En la ciudad de Boston los elementos más radicales de los grupos pro-abolición se involucraron en el tráfico de armas a hacia grupos abolicionistas en Kansas.¹⁷⁸ Uno de los líderes de estos grupos de abolicionistas radicales lo era Tom Higginson, quien de joven había sido paciente del Dr. Holmes, Sr. y ahora como ministro de la fe Unitaria viajaba frecuentemente a Kansas contrabandeando armas y llevando víveres y propaganda contra la esclavitud.¹⁷⁹ Cabe señalar que para esa época existía un creciente temor de la esclavitud se estableciera en los territorios que quedaban hacia el oeste de los Estados Unidos por lo que se creó un movimiento organizado para repoblar Kansas con partidarios de la abolición de la esclavitud. Cuando los esclavistas trataron de

¹⁷⁷ Para un recuento narrativo de los trámites procesales que del caso de Dredd Scott puede verse el comentario que aparece en Hall, Kermit L., Ed., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, New York, 1992, p. 759-761

¹⁷⁸ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 59.

¹⁷⁹ El detalle sobre haber sido paciente del Dr. Holmes surge de Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 16.

repeler los asentamientos ambos grupos recurrieron a las armas comenzando así un brote de violencia que dejaría al menos unos doscientos muertos.¹⁸⁰

Estos eventos fueron muy cercanos al joven Oliver Wendell Holmes, Jr. quien por vivir con su familia a unas seis cuadras del tribunal es muy probable que sintiese el ruido de la muchedumbre al manifestarse frente al tribunal con motivo de juicios en los que decidía el futuro de esclavos que escapaban del sur y eran reclamados por sus antiguos dueños. Estas manifestaciones llegaron a convertirse en ocasiones en verdaderas revueltas en las que la multitud forzaba su entrada dentro del tribunal con la intención de liberar por la fuerza a los esclavos condenados a regresar con sus amos.¹⁸¹

Resulta importante señalar que estas vivencias que marcaron los años de formación temprana del joven Oliver Wendell Holmes, Jr. fueron vividas en el seno de una familia que mantenía relaciones estrechas de amistad y hasta de parentesco con varios destacados abolicionistas, a modo de ejemplo podemos señalar al predicador Theodore Parker, Wendell Phillips, James Lowell, Henry Longfellow, John Greenleaf Whittier y el propio Ralph Waldo Emerson,¹⁸² Para más señas, un primo Wendell Phillips era uno de los principales líderes abolicionistas de Boston y Oliver Wendell Holmes, Jr., junto a uno de sus mejores amigos desde su primer año de estudios en el Harvard College, Pen Hallowell, llegó a pertenecer a un grupo de sus guardaespaldas durante la reunión del

¹⁸⁰ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 20-21.

¹⁸¹ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 16.

¹⁸² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 57

“Massachusetts Anti-Slavery Society”.¹⁸³ El grupo de guardaespaldas resultaba necesarios ya que para finales del 1860, las reuniones de los abolicionistas en Boston eran frecuentemente interrumpidas, en forma violenta, por grupos a favor de la esclavitud compuestos en su mayoría por empresarios, banqueros y comerciantes, en fin por aquellos cuyos intereses económicos se verían afectados por la abolición de la esclavitud. La violencia con la que estos grupos pro-esclavitud actuaban para interrumpir las reuniones de abolicionistas era de tal grado, que la intervención de la policía resultaba necesaria para proteger las vidas los abolicionistas.

Si bien sus familiares y amigos, en amplia mayoría, favorecían las posturas abolicionistas, cabe señalar que sus padres estaban divididos en dicho tema. Su madre la Sra. Amelia Jackson, favorecía abiertamente la abolición de la esclavitud, su posición sobre el tema era una de principios, pues ella estaba firmemente convencida de que la esclavitud era inherentemente y como tal debía ser abolida cuanto antes, incluso si esto implicaba una guerra entre ambas facciones, guerra en la cual que ella estaba consciente que su hijo participaría.¹⁸⁴

Por su parte al Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr., le parecía que los abolicionistas eran demasiado extremistas en sus posiciones y demasiado violentos en la manera de exigirlos, el prefería que los estados abolicionistas del norte llegara a un acuerdo con los estados esclavistas del Sur posición que presentó en una ponencia ante el New England

¹⁸³ Esta información surge de una carta en la libreta de Holmes sobre la Guerra Civil, OWH Papers, Harvard Law School, Paige Box 4 véase la nota al calce número 4 del cuarto capítulo de Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 32.

¹⁸⁴ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 15.

Society of New York, en el 1955.¹⁸⁵ Esta posición del Dr. Holmes, Sr., de tendencia conservadora no resulta extraña, pues implicaba un respaldo solapado a los grupos de industriales, comerciantes y banqueros, esto es, los grupos cuyos intereses económicos se verían afectados por la abolición de la esclavitud, mientras que por otro lado no se comprometía con una declaración explícita a favor de la esclavitud lo que lo hubiese dejado mal parado ante la intelectualidad de Boston. Recordemos que el Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr., pertenecía a esa aristocracia intelectual Bostoniana que estaba en la vanguardia de las ideas de la época y que asumía el estandarte de la lucha abolicionista, pero de otra parte si bien no era comerciante, ni una persona de grandes recursos económicos, guardaba buenas relaciones con la clase empresarial de Boston, recordemos que el padre de su esposa era uno de los hombres más ricos de su época y provenía de una familia que se había dedicado al negocio de los textiles. Resulta pues, de cierta manera normal que el Dr. Holmes, Sr., buscara en un principio un acuerdo entre ambas facciones asumiendo en primera instancia posiciones favorables a los comerciantes, aunque una vez comenzada la guerra se convirtió en férreo partidario de la unión.¹⁸⁶

El joven Oliver Wendell Holmes, Jr., contrario a su padre manifestó en todo momento su afinidad con la causa de la abolición de la esclavitud. Al punto que abandonó su último semestre en Harvard para incorporarse al 4to. Batallón de la Milicia de Massachusetts, un regimiento de voluntarios organizado a raíz de la solicitud voluntarios hecha por el

¹⁸⁵ Este escrito motivó varias reacciones publicas en contra de la posición del Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. tal vez la más extrema fue la del New York Tribune que llegó a sugerir que el Dr. Holmes, Sr. debería ser linchado. Sobre este particular véase a: Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 58

¹⁸⁶ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 59

Presidente Abraham Lincoln. Comienza así el joven Oliver Wendell Holmes, Jr., su participación en la Guerra Civil Norteamericana.

CAPÍTULO 3 – OLIVER WENDELL HOLMES, JR. Y LA GUERRA CIVIL NORTEAMERICANA: DEL IDEALISMO AL ESCEPTICISMO.

3.1 ANTECEDENTES DE LA GUERRA CIVIL NORTEAMERICANA

A las 4:30 de la madrugada del 12 de abril de 1861, las fuerzas confederadas en Carolina del Sur atacaron el Fuerte Sumter, el cual resistió hasta el 14 de abril cuando se rindió ante las tropas confederadas, este fue el comienzo de las hostilidades de la Guerra Civil Norteamericana. Esta fue la culminación de un largo proceso de desavenencias entre los estados esclavistas del sur y los estados fuertemente industrializados del norte.

La victoria de Abraham Lincoln, candidato del Partido Republicano para la presidencia de los Estados Unidos de América, en las elecciones presidenciales de 1860, sembró temor en las filas de los estados abolicionistas. Este temor estaba enraizado en varios factores: Por un lado, el norte¹⁸⁷ de los Estados Unidos aumentaba en población a un ritmo más acelerado que el sur, lo que llevaba a muchos a pensar que era cuestión de tiempo para que el norte controlara el gobierno federal eligiendo presidentes nortños y aumentara el número de estados abolicionistas “free soil states”. De hecho, Abraham Lincoln fue electo presidente en las elecciones de 1860 sin haber ganado ningún estado sureño.

¹⁸⁷ En realidad la división norte y sur resulta un poco simplista. Lo que para efectos de la Guerra Civil Norteamericana se denominaba el norte, incluía los estados libres (“free states”) en las regiones de Nueva Inglaterra, , el noreste y el mediano oeste.

Antes de que Abraham Lincoln tomara de posesión de su cargo como Presidente de los Estados Unidos unos 7 estados que se habían separado de la Unión forman los Estados Confederados de América en el mes de febrero de 1861. Los 7 estados que dieron comienzo a la Confederación se habían separado de la Unión en distintas fechas, el primero en separarse fue Carolina del Sur que lo hizo el 20 de diciembre de 1860, luego le siguieron Mississippi el 9 de enero de 1861, Florida el 10 de enero de 1861, Alabama el 11 de enero de 1861, Georgia el 19 de enero de 1861, Louisiana el 26 de enero de 1861 y Texas 1ero. de febrero de 1861. Al formar la Confederación de Estados de América, estos 7 estados eligieron como su presidente a Jefferson Davis, quien realizó la proclama de secesión de la Unión. Más tarde en su discurso inaugural como Presidente de los Estados Unidos Abraham Lincoln declaró la ilegalidad de la proclama realizada por el Presidente Jefferson Davis.¹⁸⁸

Luego del ataque al Fuerte Sumter y ante la urgencia de aunar fuerzas para la guerra a los 7 estados originales de la Confederación de Estados de América se le fueron uniendo nuevos estados: Virginia el 17 de abril de 1861 y ratificado por las urnas el 23 de mayo de 1861, Arkansas el 6 de mayo de 1861, Tennessee el 7 de mayo de 1861 y ratificado el 8 de junio de 1861 y Carolina del Norte el 20 de mayo de 1861. De esta manera la Confederación de Estados de América quedó finalmente compuesta por 11 estados, mientras que los Estados Unidos de América quedaba constituida por los siguientes estados: California, Connecticut, Delaware,¹⁸⁹ Illinois, Indiana, Iowa, Kansas (entró a la Unión el 29 de enero de 1861, esto es una vez proclamada la Confederación pero antes del ataque al Fuerte Sumter), Maine, Maryland, Massachusetts,

¹⁸⁸Para un recuento sucinto sobre estos acontecimientos puede verse a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 96

¹⁸⁹ Si bien el estado de Delaware era un estado esclavista, este aportó porcentualmente más soldados que ningún otro estado, quienes en su mayoría pelearon a favor de la Unión.

Michigan, Minnesota, Nevada (Se incorporó a la Unión convirtiéndose en estado el 31 de octubre de 1863), New Hampshire, New York, New Jersey, Ohio, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Vermont, West Virginia (que se separó de Virginia para formar parte de la Unión)¹⁹⁰ y Wisconsin. Cabe señalar que los estados de Delaware y Maryland eran estados en los que se permitía la esclavitud pero no se unieron al reclamo de secesión

Por otro lado, los estados limítrofes como Kentucky¹⁹¹ y Missouri¹⁹² fueron reclamados por la Confederación de Estados de América, pero en realidad la Confederación nunca tuvo un control efectivo sobre ellos, aunque llegaron a coexistir gobiernos de ambos bandos que se disputaban internamente el poder, incluso la Confederación tenía representantes de ambos estados en el Congreso Confederado.¹⁹³ De igual manera ninguno de los estados representó ninguna ayuda para la Unión y en cuanto a hombres llegaron a aportar simpatizantes y soldados para ambos ejércitos.

¹⁹⁰ Para 1861, una legislatura Unionista votó a favor de la separación de Virginia para eventualmente llegar a reclamar unos 50 condados como parte del nuevo estado. Sin embargo, la Unión no contaba con el control efectivo de varios de esos condados, 24 de los cuales habían votado a favor de la secesión de Virginia. Ya en 1863, cuando West Virginia es aceptada como estado de los Estados Unidos, en su constitución se abolía la esclavitud de manera gradual.

¹⁹¹ Kentucky se llegó a declarar neutral pero más tarde al ser ocupada por tropas de la Confederación solicitó ayuda a las tropas de la Unión las que impidieron que los Confederados controlaran la ciudad de Kentucky.

¹⁹² Una asamblea Constitucional declaró vacante la legislatura y la gobernación del estado de Missouri, luego el 31 de octubre de 1861, algunos miembros de la Asamblea General del Estado de Missouri sin contar con el quórum necesario aprobaron la secesión, pero las tropas de la Unión sacaron al gobierno Confederado de Missouri. Mas tarde la Asamblea Constitucional de Missouri rechazó la esclavitud antes de que se aprobaran las enmiendas de la Constitución Federal.

¹⁹³ Como cuestión de hecho las últimas banderas elaboradas por la Confederación de Estados de América tienen 13 estrellas en representación de los estados de Kentucky y Missouri.

3.2 PARTICIPACIÓN DE OLIVER WENDELL HOLMES, JR. EN LA GUERRA CIVIL NORTEAMERICANA

3.2.1 COMISIÓN COMO 1ER. TENIENTE EN EL 20MO. REGIMIENTO VOLUNTARIO DE INFANTERÍA DE MASSACHUSETTS

Luego de la caída del Fuerte Sumter y ante la inevitabilidad de la guerra el Presidente Abraham Lincoln solicitó a los estados leales a la unión su contribución para levantar un ejército de 75,000 voluntarios para luchar de parte de la Unión contra la recién creada Confederación de Estados de América. Lo que motivó que jóvenes como Oliver Wendell Holmes, Jr. corrieran a enlistarse de diversos grupos de milicias que se habían formado. Junto con el joven Holmes, Jr. se enlistaron varios de sus amigos del Harvard College en el 4to. Batallón de la Milicia de Massachusetts. Los primeros en enlistarse a principios del año de 1861 fueron Bill Bartlett y los hermanos Pen y Henry “Little” Abbott, luego Pen Hallowell, William Putnam, James Jackson Lowell y el propio Oliver Wendell Holmes, Jr. hicieron lo propio en abril de ese mismo año.¹⁹⁴

Entre el 25 de abril y el 25 de mayo de 1861 Oliver Wendell Holmes, Jr. junto a los otros voluntarios del 4to. Batallón de la Milicia de Massachusetts recibieron entrenamiento militar en Fort Independence, en la isla Castle ubicada en la bahía de Boston. Una vez finalizado el entrenamiento de los voluntarios el 4to. Batallón de la Milicia de Massachusetts fue disuelto y los jóvenes del Harvard College que pertenecían al batallón regresaron a terminar sus estudios.

¹⁹⁴ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 33.

El joven Oliver Wendell Holmes, Jr. confrontó ciertos problemas al tratar de terminar sus estudios universitarios, pues al enlistarse en el 4to. Batallón de la Milicia de Massachusetts, no había solicitado permiso a las autoridades universitarias lo penalizaran por sus ausencias.¹⁹⁵ Después de terminar sus estudios Oliver Wendell Holmes, Jr. recibió un nombramiento como 1er. Teniente en el 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts el 23 de julio de 1861.¹⁹⁶ A Este regimiento se le conocía como el “Harvard regiment” por la gran cantidad de graduados de Harvard que pasaron a formar parte de sus filas. Esto no es de extrañarse, pues el organizador del regimiento el Coronel William R. Lee, había escogido como su teniente coronel a Francis Pelfrey, un graduado de Harvard, quien se dio la tarea de atraer a otros egresados de Harvard al regimiento, tales como Bill Bartlett y John Putnam, quienes fungían como capitanes, a Pen Hallowell, Willt Putnam y a Henry L. “Little” Abbott y el propio Oliver Wendell Holmes, Jr. como tenientes.¹⁹⁷

3.2.2 OLIVER WENDELL HOLMES, JR. – UN HÉROE DE LA GUERRA CIVIL NORTEAMERICANA

3.2.2.1 BATALLA DE “BALL’S BLUFF” VIRGINIA.

¹⁹⁵ De hecho, Harvard College consideró el tiempo que el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. pasó en su entrenamiento militar como una ausencia injustificada, lo que ocasionó que perdiera puntos en el sistema de clasificación de estudiantes y perdiera por esa razón su puesto entre los primeros de su clase. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 99.

¹⁹⁶ White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 50-51.

¹⁹⁷ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 37; Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 107

Fue como parte del 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts que el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. se convirtió en uno de los héroes de la Guerra Civil Norteamericana. Durante la guerra escribió abundante correspondencia a sus padres que luego junto a su diario de guerra ha servido a las generaciones futuras como vehículo para entender las ilusiones y aspiraciones por las que los jóvenes de su generación participaron en tan cruento conflicto bélico. Su sentido del deber y su perseverancia fueron más que probados, siendo herido tres veces y regresando en cada ocasión a la línea del deber. Estos eventos, ayudados también por la hábil pluma de un padre que no tuvo reparos en publicar distintos escritos sobre sus experiencias como padre de un oficial del ejército de la Unión, manteniendo así informado a su público de las vicisitudes sufridas por su hijo, dieron lugar a la figura legendaria de Oliver Wendell Holmes, Jr. como héroe de guerra.

La primera misión encomendada al joven Oliver Wendell Holmes, Jr. fue la de reclutador trabajo para el mes de agosto de 1861, reintegrándose a su regimiento antes de que fuera movilizado durante el mes de septiembre. El 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts compuesto en ese momento por 41 oficiales y 750 hombres fue integrado al cuerpo de observación del General Charles P. Stone.¹⁹⁸ Como parte de sus funciones tuvo que montar guardia frente a las líneas enemigas, su primera experiencia de ver el enemigo de cerca, experiencia que narra a su madre en una carta.

*The first morning my eager eyes descry one man in a
straw hat sitting unconcernedly on his tail apparently a
guard on duty for the seceshers-Men & horses are seen
from time to time from the tops of the trees and within
cannon shot off to our right grows up from day to day*

¹⁹⁸ White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 51.

an encampment with earthworks and what ay be a heavy gun or so but of the last we are not sure-But firing across the river is forbidden so we sit & look & listen to their drums.

. . . the man in the straw hat is about $\frac{3}{4}$ or 1 mile from the top of our hill-the sharpshooters who were with us said they could plug him-but I doubt it.¹⁹⁹

Según se desprende de su carta la proximidad del enemigo era evidente, por lo que su regimiento se encontraba en estado de alerta máxima, como describiera el propio Holmes “*The last night we were there we slept in our boots & kept a horse saddled. . .*”²⁰⁰ sin embargo no fue hasta el 21 de octubre cuando recibieron su bautismo de fuego. La noche anterior fuerzas de la Unión cruzaron el río Potomac hacia territorio enemigo tomaron lugar en un promontorio al pie de una escarpada barranca, de aproximadamente 100 pies de alto. Con la barranca y el río a sus espaldas los soldados de la Unión, entre las que se encontraba Oliver Wendell Holmes, Jr. esperaron al enemigo. La batalla comenzó a las 3:30 de la tarde y para las 8:00 de la noche el grueso de las fuerzas de la Unión habían sido empujadas hacia el barranco y forzadas a cruzar el río, mientras que los que no pudieron escapar se rendían y fueron capturados como prisioneros.

Las bajas que recibió el ejército de la Unión fueron enormes, de un total de 1,800 hombres que entraron en batalla 921 de ellos murieron o fueron heridos, capturados o desaparecidos. En otras palabras porcentualmente el ejército de la Unión perdió un 52% de los soldados

¹⁹⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a su madre escrita el 23 de septiembre de 1861, publicada en Mark De Wolfe Howe, ed., *Touch with Fire: Civil War Letteres and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 9-10.

²⁰⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a su madre escrita el 23 de septiembre de 1861, publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 10-11.

que participaron en la batalla de Ball's Buff.²⁰¹ El 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts al que pertenecía el joven Oliver Wendell Holmes, Jr., perdió 189 hombres, 40 de ellos perdieron la vida en la batalla, 36 resultaron heridos y 113 fueron capturados como prisioneros.²⁰² Una de las primeras bajas lo fue el primer teniente Oliver Wendell Holmes, Jr. al ser herido en el pecho mientras dirigía sus hombres a la batalla.²⁰³ Holmes, Jr. cayó al suelo inconsciente y desde allí fue llevado por el sargento Smith hasta la retaguardia donde el propio Smith le sacó la bala de su pecho, luego fue transportado por el barranco y a través del río Potomac hasta una cabaña que era utilizada como hospital. Fue en este improvisado hospital de campaña que el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. tuvo su primer contacto con los horrores causados por la guerra y así lo describe en su diario.

“ . . . seeing poor Sergt Merchant lying near-shot through the head and covered with blood . . . ”

“ . . . Men lying round on the floor-the spectacle wasn't familiar then-a red blanket with an arm lying on it in a pool of blood-it seems as if instinct told me it was John Putnam's . . . and near the entrance a surgeon calmly grasping a man's finger and cutting it off-both standing-while the victim contemplated the operation with a very grievous mug.”

“-Then for the first time I saw Dreher-a ghastly spectacle-Two black cavities seemed all that there was left for eyes-his whiskers & beard matted with blood

²⁰¹ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p.51

²⁰² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 119.

²⁰³ En su diario señala Oliver Wendell Holmes, Jr. que fue herido a las 4:30 de la tarde. Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Diario de la Guerra Civil*, publicado en De Wolfe Howe, Mark, ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 23.

*which still poured black, from his mouth-and a most horrible stench.”*²⁰⁴

Pero si bien el horror que lo rodeaba marcaba su estado de ánimo, el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. se sentía satisfecho, pues entendía que había cumplido con su deber en el campo de batalla, tal y como se esperaba de alguien perteneciente a la distinguida sociedad Bostoniana, cumpliendo así con las expectativas de su familia. La noticia no era tanto la herida sufrida, sino la manera en que la había recibido, cumpliendo cabalmente con su deber y así se lo hizo saber a sus padres tan pronto como le fue posible.

La primera noticia que recibieron los padres de Oliver Wendell Holmes, Jr. sobre el estado de su hijo después de la batalla de Ball's Buff fue mediante carta que enviara el propio Holmes, Jr. a su madre a tan solo dos días de la batalla. En dicha carta el joven Holmes Jr., al escribir sobre su estado físico y sus posibilidades de sobrevivir, enfatiza no en los dolores que sin duda le hacía sufrir su herida de bala en el pecho, sino en que cumplió cabalmente con su deber y a punto seguido pasa a hacer un recuento de la suerte que corrieron sus amigos en dicha batalla, como para llevar a la mente de sus padres lo cruento de la misma, lo que hacía más valioso su constancia a los ideales de la Unión aún bajo fuego enemigo.

But I am now so well that I have good hopes-The first night I made up my mind to die . . . now seem to think I have a fair chance and all my friends whatever happens I am very Happy in the conviction I did my

²⁰⁴ Esta descripción son tan solo algunos extractos de una extensa entrada del diario de guerra de Oliver Wendell Holmes, Jr. en la que nos describe de forma cruda tanto la batalla de Ball's Bluff como los efectos que tuvo en los soldados del 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts. Véase Holmes, Jr. Oliver Wendell, *Diario de la Guerra Civil*, publicado en De Wolfe Howe, Mark, ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 23-33.

duty handsomely-Lt Putnam is dead Capt. Putnam lost his right arm. Hallowell fought like a brick but wasn't hurt-Schmidt badly wounded-Lowell wounded-Colonel Major & Adjutant probably prisoners, Babo & Wesselhoeft probably dead-Dreher shot through the head-Sergt Merchant shot dead (in the head). From a third to a half of our company killed wounded & prisoners.²⁰⁵

De su carta se desprende que Oliver Wendell Holmes, Jr., como todo joven de su edad, se encontraba en guerra, no solo contra el ejército de la Confederación, sino en una batalla interna donde se estaba forjando su persona, donde finalmente podría contestarse a sí mismo quién era realmente. Esa es la pregunta que subyace en sus primeras cartas de guerra ¿Quién era realmente Oliver Wendell Holmes, Jr.? ¿Tendría la fuerza necesaria para sostener sus convicciones ante la adversidad, ante la inminencia de la muerte? Desde esa perspectiva resulta fácil entender porque la importancia de señalar que había cumplido con su deber. Sus actos en el campo de batalla demostraban su entereza de carácter, Oliver Wendell Holmes, Jr. era capaz de enfrentar la adversidad y mantenerse firme; su coraje para cumplir con su deber, para luchar por sus ideales, era capaz de dominar el miedo ante el peligro, incluso ante el peligro de muerte. Esa era la contestación a su pregunta, Oliver Wendell Holmes, Jr. era una persona de carácter firme, de ideales, capaz de luchar por sus ideas hasta las últimas consecuencias.

El propio Oliver Wendell Holmes, Jr. al relatar en su diario lo que representó para él su herida y el verse cara a cara con la muerte resalta

²⁰⁵ Holmes, Jr. Oliver Wendell, Carta a su madre del 23 de octubre de 1861, publicada en De Wolfe Howe, Mark, ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 13-19.

el hecho de morir cumpliendo su deber y no haber abjurado de sus creencias ante la muerte.²⁰⁶

Of course when I thought I was dying the reflection that the majority vote of the civilized world declared that with my opinions I was en route for Hell came up with painful distinctness-Perhaps the first impulse was tremulous-but then I said- by Jove, I die like a soldier anyhow-I was shot in the breast doing my duty up to the hub-afraid? No, I am proud-then I thought I couldn't be guilty of a deathbed recantation-father and I had talked of that and were agreed that it generally meant nothing but a cowardly giving way to fear-Besides, thought I, can I recant if I want to, has the approach of death changed my beliefs much? & to this I answer-No.²⁰⁷

La batalla Ball's Bluff recibió mucha cobertura en los periódicos de la época y el *Harper's Weekly* tomó como ejemplo la herida recibida por el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. para compararla con la manera en que la Guerra Civil había herido a Massachusetts.

In the front of the fearful fire, with no means of retreat, with every chance against them, these young men stood serene, each man a hero. . . Lieutenant Holmes, said the first dispatch, "wounded in the breast"; not in the back; no, not in the back. In the breast is Massachusetts wounded, if she is struck. Forward she falls, if she falls dead.²⁰⁸

²⁰⁶ Aquí nos referimos a su escepticismo ante la idea tradicional del mundo cristiano del cielo y el infierno.

²⁰⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Diario de la Guerra Civil*, publicado en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 27-28.

²⁰⁸ La cita es de se refiere al editorial aparecido el 9 de noviembre de 1861 bajo el título de "New England Never Runs" y aparece en el *The Lounger*, 5 *Harper's Weekly* 706 (1861) y aparece en Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p.52 el *Harper's Weekly*.

Fueron eventos como ese los comenzaron a crear la imagen de Oliver Wendell Holmes, Jr. como héroe de guerra, y como tal fue recibido por su familia, amigos y conocidos cuando regresó a la casa de sus padres a convalecer de su herida. La vivienda de los Holmes se convirtió durante el invierno de 1861 en un centro de recibimiento para todos los que querían escuchar las historias la guerra que narraba el joven Oliver Wendell Holmes, Jr., convertido en todo un héroe de guerra. Este papel de héroe era ejecutado a la perfección por Oliver Wendell Holmes, Jr., quien cautivaba a su audiencia con sus anécdotas y por supuesto mostrando los dos orificios que la bala había dejado en su pecho. Su padre, el Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. lo describe de la siguiente manera:

*Wendell is a great pet in his character of young hero with wounds in the hart, and receives visits en grand seigneur. I envy my white Othello, with a semicircle of young Desdemonas about him listening to the often told story which they will have over again*²⁰⁹

Una vez el joven Holmes, Jr. pudo moverse con facilidad, comenzó a visitar amistades, no solo en la ciudad de Boston, sino también en Cambridge. Tal era el ajetreo de sus constantes salidas con amistades que su padre comenzó preocuparse por entender que no recibía el descanso necesario. No fue hasta el mes de Marzo que Oliver Wendell Holmes, Jr. regresó al campamento del 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts, ahora como primer teniente de su amigo Pen Hallowell quien había sido nombrado capitán. En esta nueva estancia en el ejercito de la Unión pudo participar del sitio y la

²⁰⁹ Esta cita aparece en Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 121 quien la atribuye a Morse, John T., *Life and Letters of Oliver Wendell Holmes*, Boston, 1896, Vol 2, p. 157-158. También aparece en Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p.53; quien la toma de *The correspondence of John Lothrop Motley* 216-217 (G. W. Curtis Ed. 1900).

consecuente toma de la ciudad de Yorktown, recibió la notificación de que fue comisionado capitán²¹⁰ y dirigió por primera vez sus tropas en batalla como parte de lo que se conocerá como la Campaña Peninsular. Todas estas vivencias resultaron ser el preámbulo de lo que sería una nueva prueba de fuego para Oliver Wendell Holmes, Jr., la batalla en la que estuvo más cerca de la muerte, la batalla de Antietam Creek.

3.2.2.2 BATALLA DE “ANTIETAM CREEK” MARYLAND

Para el mes de agosto de 1862 y aprovechando que el ejército de la Unión se encontraba al sur de Richmond, el General Lee lanzó su primer intento de invadir el norte enviando a tropas de la Confederación a tomar control del estado de Maryland. Su propósito al tratar de tomar Maryland, era crear una seria amenaza a la capital de la Unión con la idea de forzar negociaciones entre el Norte y el Sur, que permitieran terminar con la Guerra Civil.

Las tropas de la Unión fueron rápidamente movilizadas para la defensa del territorio norteño, entre las tropas movilizadas se encontraba el 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts con Oliver Wendell Holmes, Jr. como uno de sus capitanes. Ante el inminente peligro que se cernía sobre la capital de los estados parte de la Unión, el General McClellan, gracias a su control sobre las vías de comunicación acuática, embarcó a sus tropas en Newport News, Virginia y las envió a través el Potomac hasta Aquia Creek, al sur de Washington, capital de la Unión. La idea del General McClellan consistía en que las fuerzas de la

²¹⁰ Una herida sufrida por el Capitán Bill Bartlett a raíz del disparo de un francotirador conllevó la amputación de su pierna y el que se abriera espacio para que se nombrara un nuevo capitán, puesto que correspondía a Oliver Wendell Holmes, Jr. pues teniente de más antigüedad. Sobre este particular puede verse a Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p.56-57.

Unión pudieran asegurar primero el control de su capital y luego continuar con la movilización de tropas hacia Maryland, de esta manera podría situar fuerzas de la Unión entre las tropas Confederadas y la ciudad de Washington.

Las tropas Confederadas se habían atrincherado al oeste de Washington en Antietam Creek, un lugar situado dentro del territorio de Maryland, cerca de Sharpsburg, aproximadamente a una milla de la costa del río Potomac.²¹¹ Mientras que las tropas de la Unión, una vez asegurado Washington se dirigieron a su encuentro, llegando a Antietam Creek el 16 de septiembre. La mañana siguiente, el 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts, que había sido designado como una unidad de reserva, fueron situados justo tras las tropas que estaban en la línea de combate, y allí esperaron el ataque los tropas Confederadas.

Al comenzar el ataque, el 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts, fue atacado por su flanco izquierdo, lo que ocasionó que se encontrara rápidamente rodeado entre los combatientes de la primera línea de fuego y las fuerzas Confederadas que los atacaban. La orden de retirada era la única alternativa para escapar del bolsillo en que las tropas Confederadas los había situado, mientras corrían en retirada, el Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr. fue alcanzado en el cuello por una bala enemiga, una herida de entrada y salida, en la que el proyectil entró por la parte de atrás del cuello y salió por su garganta. El Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr., quedó inconsciente en el suelo, cuando despertó ya la batalla había terminado, se encontraba rodeado tan solo de los cuerpos inertes, de soldados de ambos bandos y sus caballos.

²¹¹ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 57

Al recobrar la consciencia caminó como pudo en dirección a la retaguardia²¹², hasta que encontró una cabaña llena de heridos donde se echó al suelo al lado de su amigo Pen Hallowell quien tenía un brazo destrozado. La cabaña se encontraba en esos momentos en territorio Confederado. Ya muy entrada la tarde, el ataque Confederado fue repelido y el terreno donde se encontraba la cabaña en la que se había refugiado el Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr. había vuelto a pasar a manos de la Unión, fue entonces que pudo recibir atención médica, por el cirujano del ejército de la Unión, quien señaló que su herida no era mortal. Ya para la noche fue trasladado a un hospital militar improvisado bajo unas carpas y allí pasó el resto de la noche.²¹³

El hospital estaba lleno de heridos, los soldados heridos en el ejército de la Unión pasaban los 10,000 hombres y el Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr. había tenido mucha suerte, la bala no había lastimado su espina dorsal, ni la aorta, ni sus cuerdas vocales.²¹⁴ Las primeras noticias sobre la herida de su hijo llegaron a sus padres por medio del Capitán William G. Le Duc, quien envió un telegrama al Dr. Holmes, Sr., en el que indicaba que su hijo había sido herido en el cuello pero que dicha herida no era mortal.²¹⁵

²¹² En realidad no caminaba hacia la retaguardia pues todo ese terreno ya había sido tomado, al menos momentáneamente, por las tropas Confederadas por lo que en realidad estaba caminando hacia la nueva línea de fuego.

²¹³ Los relatos sobre su herida en la batalla de Antietam Creek aparece en: Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 66-67; White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 57-58 y Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 131-132

²¹⁴ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 66-67 p. 67.

²¹⁵ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 58.

El 18 de septiembre de 1862, la mañana siguiente al ataque, el Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr., escribió una carta a sus padres en la que relataba lo acontecido.

“Usual luck-ball entered at the rear passing straight through the central seam of coat & waistcoat collar coming out toward the front on the left hand side-yet it don’t seem to ha smashed my spine or I suppose I should be dead or paralyzed or something-It’s more than 24 hr’s and I have remained pretty cocky, only of course feverish at times-& some sharp burning pain in left shoulder Pen & I singular to say are the hardest hit officers he I think will lose his left arm-bone smashed above the elbow-We lay together for a while in a little house on the field and were one time within the enemies lines, heard their orders &c (they were all round us) but they fell back & we escaped.”²¹⁶

Si bien podemos entender que tratara de tranquilizar a sus padres haciéndoles entender que su herida no era de gravedad, se percibe en su carta una cierta inclinación a proyectarse como un héroe. Tal vez como parte ese proceso en el que se encontraba inmerso de conocerse a sí mismo y demostrar a todos su valentía y fuerza de carácter. Esto puede explicar de una batalla tan sangrienta, con tantos miles de muertos y heridos, Oliver Wendell Holmes Jr., haga la salvedad de que su amigo Pen Hallowell y el fueron los oficiales más gravemente heridos y como estuvieron en territorio enemigo y lograron escapar.

Durante la tarde del mismo día 17 de septiembre de 1862, el Capitán Oliver Wendell Holmes Jr., a pesar de lo precario de sus fuerzas, consiguió ser trasladado hasta Hagertown, para desde allí tomar un tren y comenzar así su viaje de regreso a casa. Sin embargo, estuvo cuatro días en esa ciudad recuperando fuerzas, todo gracias a una señora que

²¹⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a sus padres del 18 de septiembre de 1862, publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 64-65.

lo vio con sus vendajes en la estación del tren y lo llevó a su casa, la casa de William Kennedy, la cual usaba para acoger a soldados heridos y ayudarlos en su recuperación.

El 22 de septiembre le escribe nuevamente a sus padres informándoles del lugar donde se encontraba, pero aunque dicha carta terminaba señalando que comenzaría el regreso a su casa en un par de días y que no quería que nadie viniese a encontrarlo a mitad de camino, ni se organizase ningún recibimiento pomposo para su llegada,²¹⁷ la realidad es que la carta llegó muy tarde para que pudieran materializarse sus deseos. Su padre, el Dr. Oliver Wendell Holmes, Jr., había salido a buscarlo desde el mismo día un que recibieron el telegrama enviado por el Capitán William G. Le Duc.²¹⁸

Demás esta señalar lo preocupado que estuvo su padre al llegar al llegar a Keedsville y no encontrar a su hijo, por lo que estuvo las próximas dos semanas entre los estados de Maryland y Pennsylvania buscando a su hijo, búsqueda que quedó consagrada en la edición del mes de diciembre de 1862 del “Atlantic Monthly” bajo el título “My Hunt After the Captain”.²¹⁹ Este relato incluía, además de las peripecias con las que se enfrentó el Dr. Holmes, Sr. al buscar a su hijo, una visita al campo de batalla y el esfuerzo del autor por recrear lo allí sucedido a partir de las tumbas para entierros en masa que habían sido cavadas a través del campo de batalla, los caballos muertos que aún yacían en el suelo, los restos de uniformes ensangrentados y distintos efectos militares allí abandonados. *“It was like the table of some hideous orgy left uncleaned,*

²¹⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a sus padres del 22 de septiembre de 1862, publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 67-68.

²¹⁸ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 58.

²¹⁹ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 58.

*and one turned away disgusted from its broken fragment and muddy heel-taps.”*²²⁰

Nuevamente Oliver Wendell Holmes, Jr., esta vez a través de la pluma de su padre, encuentra fama a través de sus hazañas de guerra, su primera herida había sido utilizada por el Harper's Weekly para compararla con las heridas sufridas por el estado de Massachusetts, y ahora se narraba toda una odisea sobre la lucha de su padre con dar con su paradero después de haber sido herido en la cruenta batalla de Antietam Creek. Finalmente, padre e hijo se encontraron en Philadelphia, gracias a un mensaje telegráfico enviado por la familia Kennedy, y viajaron juntos de vuelta a casa. Encuentro que es descrito por el Dr. Holmes, Sr., en su artículo del Atlantic Monthly de la siguiente manera: “In the first car, on the fourth seat to the right, I saw my Captain; there saw him, even my first-born, whom I had sought through many cities. ‘How are you, Boy?’ How are you, Dad?’”²²¹

En cierta medida podríamos señalar que la fama perseguía Oliver Wendell Holmes, Jr. en su vida militar y el joven Capitán de la Unión estaba muy consciente de ello. El hecho de tener un padre prominente, al frente de la Escuela de Medicina de la Universidad de Harvard, que a su vez era un escritor de reconocida fama quien aprovechaba oportunidades como la antes señalada para resaltar la vida de su hijo²²²

²²⁰ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 135.

²²¹ Holmes, Sr., Oliver, Wendell, My Hunt after the ‘Captain’, 10 Atlantic Monthly, 738, 749 (December 1862); Cabe señalar que en Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 138 se indica que casi un siglo después Alexander Woolcott informa que la contestación del joven Holmes, jr. al saludo de su padre de “Wow are you, Boy” fue “Boy, nothing.” Entendemos que esta contestación estaría más de acuerdo con la tirante relación existente entre padre e hijo, en la Holmes, Jr. buscaba en todo momento ganarse el respeto de su padre.

²²² Si bien el artículo editorial aparecido en el Harper's Weely el 9 de noviembre de 1930 que hablaba sobre al herida recibida en el pecho le había dado cierta fama señala Albert

y el hecho de pertenecer a la aristocracia Bostoniana de la época, ofrecía a su vida militar una caja de resonancia, en la que se exaltaba cualquiera de sus actos. De hecho, tan consciente estaba Oliver Wendell Holmes, Jr. de que no era un soldado más, que en el momento que el 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts, tuvo que correr en retirada tras haber sido cercado por las tropas Confederadas, la idea que llegó a su mente era que de ser herido en ese momento (mientras corría hacia la retaguardia) no se vería muy bien en los periódicos la noticia de que recibió un balazo en la espalda.²²³ De más esta decir, que muy pocos soldados, ya sea en la Guerra Civil como en cualquier otra guerra, tendrían que preocuparse de la manera en que los periódicos de la época fueran a reseñar su muerte.

En cuanto al momento histórico, cabe señalar que el ejército Confederado fue detenido en Antietam Creek, con lo que terminó la invasión a Washington y con ella la posibilidad de alcanzar un acuerdo de paz antes de la época de navidad. Una semana después de la batalla de Antietam Creek el Presidente Lincoln proclamó la emancipación de la esclavitud, a la vez que, en aras de la seguridad nacional, suspendía el derecho de Habeas Corpus, lo que permitía a su gobierno el arrestar y detener a las personas sin llevarlas a juicio. En noviembre de 1862, se celebraron elecciones presidenciales y el Presidente Lincoln fue reelecto a su puesto. Uno de sus primeros actos fue el nombrar al General

Alschuler, siguiendo la línea de Mark De Wolf Howe en *Justice Oliver Wendell Holmes: The Shaping Years* que el artículo de su padre “The Hunt after ‘the Captain’” le concedió a Oliver Wendell Holmes, Jr., atención del público lector a nivel nacional. Alschuler, Albert W., *Law without values: The life, work, and legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 2000, p. 43.

²²³ Nos referimos a una carta dirigida a Frederick Pollock, el 28 de June de 1930, *Holmes-Pollock Letters II*, 270, en dicha carta Oliver Wendell Holmes, Jr. señala: “. . . that Harper’s Weekly was flamboyant on my first wound at Ball’s Bluff-about Massachusetts hit in the breast, etc. I thought to myself this time I am hit in the back, and bolting as fast as I can-and its all right-but not so good for the newspapers.” Esto en referencia al editorial que apareció en el Harper’s Weekly el 9 de noviembre de 1861 bajo el título de “New England Never Runs”.

McClellan, héroe de la batalla de Antietam Creek, quien se negaba a utilizar el ejército para llevar a cabo el programa de emancipación de esclavos del Presidente Lincoln. El General Ambrose Burnside fue nombrado, como sucesor del General McClellan, al puesto de Comandante del Ejército del Potomac.²²⁴

Oliver Wendell Holmes Jr. se restableció rápidamente de su herida y regresó a su regimiento luego de las elecciones de noviembre de 1862. El plan del General Burnside era invadir la ciudad de Richmond, capital de la Confederación, para esto trataría de cruzar el río Rappahannock, tomar la ciudad de Fredericksburg. El Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr., participó de la movilización de tropas pero enfermó mientras el ejército esperaba por barcazas para cruzar el río Rappahannock, por lo que no pudo acompañar al 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts cuando levantaron el campamento en el 11 de diciembre de 1862 para dirigirse a la ciudad de Fredericksburg.

Mientras Oliver Wendell Holmes, Jr. permanecía en el hospital, sus compañeros libraron una cruenta batalla duró hasta el 15 de diciembre cuando el General Burnside ordenó el retiro de las tropas, sin lograr su objetivo. Las tropas Confederadas habían aprovechado el tiempo que el ejército de Unión estuvo sin moverse, esperando por las barcazas para fortificar la ciudad y establecer puntos estratégicos de defensa desde las montañas que la rodeaban. El ejército de la Unión sufrió 12,000 bajas durante la batalla de Fredericksburg.

Ante el fracaso de la campaña de Fredericksburg, el General Burnside fue sustituido por el General Joseph Hooker, quien se decidió tratar una

²²⁴ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 69-70.

vez más de tomar la ciudad de Richmond, capital de la Confederación, dando lugar a la batalla de Chancellorsville, Virginia.

3.2.2.3 BATALLA DE CHANCELLORSVILLE, VIRGINIA

Tomando en cuenta la agria experiencia sufrida por su antecesor el tratar de tomar la ciudad de Fredericksburg como parte de su camino a Richmond, el General Hooker decidió dividir el ejército de la Unión en tres grupos, para llevar a cabo tres ataques diferentes. El grupo más grande atacaría la ciudad de Chancellorsville, situada a unas 9 millas al oeste de Fredericksburg.

El 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts, no participaría directamente de la batalla de Chancellorsville pues tenía instrucciones de asegurar Fredericksburg y luego atacar a los Confederados por su retaguardia. Sin embargo, al tratar de cumplir su encomienda, luego de atravesar Fredericksburg, se encontraron con un canal cuyos puentes habían sido destruidos por lo que tuvieron que detener la marcha. Las pocas fuerzas Confederadas que habían permanecido en las colinas que rodeaban la ciudad de Fredericksburg aprovecharon esta ocasión para atacar a los soldados de la Unión con fuego de artillería. El Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr. fue herido nuevamente como resultado del ataque de los artilleros Confederados, en esta ocasión la herida fue en el talón del pie. El cirujano del ejército de la Unión tuvo que operarlo y logró evitar que tuviesen que amputarle el pie. Nuevamente el Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr. fue enviado a su casa a restablecerse.

Mientras eso sucedía, en Chancellorsville las cosas marchaban aún peor para el ejército de la Unión. El General Lee había ordenado al grueso de

las tropas Confederadas atacar las fuerzas de la Unión en Chancellorsville. La batalla fue sangrienta, duró desde el primero al 6 de mayo, cuando el General Hooker ordenó la retirada de las tropas de la Unión. Las bajas fueron cuantiosas para ambos bandos, 13,000 para la Confederación y 17,000 para la Unión. La batalla de Chancellorsville se consideró un triunfo para la Confederación y varios autores entienden que fue lo que motivó al General Lee a atacar Pennsylvania, con la idea de obtener una victoria en territorio de la Unión, lo que probablemente permitiría a los países europeos reconocer la existencia del Sur y forzaría una negociación con el Norte que pusiera fin a la Guerra y. Este fue el panorama que desembocó en la famosa batalla de Gettysburg.

3.2.2.4 OLIVER WENDELL HOLMES, JR. TERMINA SU SERVICIO MILITAR

En esta ocasión, debido a la imposibilidad de moverse con libertad, Oliver Wendell Holmes, Jr., tuvo que convalecer un largo tiempo en casa de sus padres, mucho más tiempo del que necesito para restablecerse tanto de las heridas de bala recibidas tanto en su pecho como en su cuello. El Dr. Holmes describe de esta manera la convalecencia de su hijo: *“He lies on a couch and receives lots of pretty company, is very jolly and does not seem to think much about his past exposures.”*²²⁵

Durante su estadía en casa de sus padres, el Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr., consideraba las distintas alternativas a su disposición para culminar el tiempo que le quedaba de su servicio militar, una de las posibilidades era abandonar su puesto en el 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts y trabajar como ayudante en el equipo de trabajo (Staff) del General Sedgwick, esta posición no lo protegía totalmente del fuego enemigo, pero era indudable que estaría

²²⁵ La cita aparece en Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 143.

menos expuesto que en su actual posición como oficial de infantería.²²⁶ Con esa idea en mente tomó lecciones de equitación durante su convalecencia, pues el buen manejo del caballo era indispensable para el puesto de ayudante de equipo de trabajo del General Sedgwick.²²⁷

Resulta tal vez, un poco contradictorio que un joven como Oliver Wendell Holmes, Jr., quien la Guerra Civil era el equivalente a la cruzada cristiana del siglo XIX, donde se luchaba por eliminar la barbarie de la esclavitud, por construir un mundo mejor; una persona cuya mayor preocupación siempre había sido el poner la acción donde estaban sus palabras, el cumplir con su deber aunque eso le conllevara la muerte. Ahora, luego de sufrir tres heridas en el frente de batalla, este pensando en tomar una posición alejada del frente y de su querido 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts. Pero resulta que los años de servicio estaban minando poco a poco, no solo su físico, sino también su impulso vital, su deseo de luchar, de jugarse la vida. El joven Capitán se encontrará ante un serio dilema por un lado, el cumplir con su conciencia, el cumplir con sus compañeros del 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts y por otro lado su desánimo, su creciente convencimiento en que continuar con esta guerra es un ejercicio en futilidad. Este cambio en su ánimo, puede ir apreciándose en la correspondencia que envía a sus padres, aunque su diario, luego de su regreso al servicio activo, es el mejor testigo. Sobre este particular trabajaremos más adelante.

Por el momento, cabe señalar que una de las ventajas de la larga convalecencia de Oliver Wendell Holmes, Jr., fue que no tuvo que

²²⁶ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 61.

²²⁷ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 144.

participar, junto al 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts, de la batalla de Gettysburg. Esta batalla de tres días de duración fue una de las más sangrientas de la Guerra Civil. El 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts, sufrió muchas bajas entre sus oficiales durante esa batalla, al punto que de sus “capitanes originales no quedaba ninguno dirigiendo una compañía, de sus 20 tenientes tan solo 5 permanecían en el regimiento, por lo que Oliver Wendell Holmes, Jr. era en ese momento el segundo oficial más antiguo del regimiento.”²²⁸

Durante su convalecencia el Gobernador de Massachusetts, comisionó a Oliver Wendell Holmes, Jr., como Teniente Coronel, pero al reintegrarse a sus labores se encontró con el problemas procesales para asumir su cargo. El Comandante del 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts, George Macy había sido comisionado Coronel, pero mientras convalecía de sus heridas continuaba con el título de Teniente Coronel por lo que técnicamente no había vacantes que permitieran a Oliver Wendell Holmes Jr. asumir su nombramiento como Teniente Coronel y de regresar en ese momento tendría que ser nuevamente como Capitán de Infantería.²²⁹

Ante los problemas para asumir su cargo en enero de 1864, Oliver Wendell Holmes, Jr. aceptó una comisión como aide-de-camp del General Horatio W. Wright, quien comandaba la primera división del 6to. Cuerpo de Infantería, bajo el General Sedgwick. Para Oliver Wendell Holmes, Jr.,

²²⁸ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 80.

²²⁹ El relato sobre los problemas para asumir puede encontrarse en Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 145; Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 80 y White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 61.

este puesto era tan solo temporero en lo que comenzaba la campaña de verano y podía regresar al 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts como Teniente Coronel.²³⁰

En marzo de 1864 y luego de que Oliver Wendell Holmes, Jr. asumiera funciones como aide-de-camp del General Wright, las fuerzas de la Unión fueron puestas bajo el mando del General Ulysses S. Grant, quien estableció su centro de mando en el campo junto al Ejército del Potomac, donde estaba asignado Holmes, Jr. Ya a principios de mayo, surge la oportunidad para el Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr. de asumir el cargo de Teniente Coronel para el que había sido comisionado, como parte del 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts. Sin embargo, Holmes, Jr., fue posponiendo su decisión de regresar hasta después de comenzadas las hostilidades.

En su nuevo puesto, Oliver Wendell Holmes, Jr. tenía bajo su responsabilidad llevar a caballo las ordenes del General Wright a sus oficiales de campo. Es en esta tarea que acontece un evento del cual el Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr., siempre estuvo orgulloso y lo considera el momento culminante de su carrera militar. Este incidente fue narrado por Oliver Wendell Holmes, Jr., en tres momentos, en una entrada en su diario fechada el 29 de mayo de 1864, en una carta a sus padres del 30 de mayo y en otra carta a su madre el 7 de junio, en esta última, cataloga el incidente como una joya que adorna su cabeza o dicho en su palabras “ . . . *fortunately I have a jewel in the head of this campaign*”²³¹. Resulta que al caer la tarde recibió una orden el General

²³⁰ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 80-81.

²³¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a su madre, fechada 7 de junio de 1864 y publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 142.

Wright para llevar, de manera inmediata un mensaje al General David Russell. Veamos la narración hecha en su diario:

Later-About an hour before sunset the Gen gave me a dispatch to Russell & told me not to spare my horse-when I turned fr. Plantation road into Lane Upton's boyscout came riding along back full tilt & sung out to me not to go on, he had been fired at by 2 reb. cav. Dilemma-concluded must go . . . was starting when I saw 3 or 4 cav foragers got them . . . trot to the place where boy was shot at-then gallop to where the road bends to right-bang-whiz-"Halt" "Surrender" fr. about 20 Rebs. in line-I though it was a mistake & they were friends & begun to pull up but saw the gray jackets & clapped the spurs to my horse-much shooting-presently a fellow comes down the road "Surrender" he hadn't got his carbine quite unslung & I put my pistol to his breast & pull trigger-missed fire-then he & others on the right of road do shooting I lying along the side of horse Comanche fashion- two of my men got through with me-I soon struck pickets & Duffy saw Russell & returned on other road with answer.²³²

Resulta fácil entender porque al Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr., le encantaba esta historia y es que tiene todos los elementos de una buena historia de acción en la que se demuestra el heroísmo del protagonista: un deber que cumplir, enfrentarse a un dilema, afrontar el peligro y resolver la situación de forma heroica. Veamos, empezando con la orden, dictada al caer la tarde, y la urgencia con la que tenía que ser entregada, podemos fácilmente entender el deber que tiene que cumplir el héroe. Luego, ya puesto en camino, Oliver Wendell Holmes, Jr., se encuentra con un explorador de la Unión que le advierte sobre la presencia de un grupo de soldados confederados que le habían disparado y le sugirió que

²³² Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Diario de la Guerra Civil*, entrada del 30 de mayo de 1864^a a las 4:12 p.m. y publicando en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p.

regresara y tomara otra ruta. Llegamos pues al momento del dilema, como el propio Holmes, Jr., lo identifica en su diario, ¿regresar y tomar otra ruta, o continuar adelante? El héroe resuelve el dilema anteponiendo el deber de cumplir con las ordenes sobre su propia seguridad, pues ante la importancia de entregar el mensaje lo antes posible, y tomando en cuenta que regresar al punto de partida para tomar otra ruta le hubiese tomado mucho tiempo, el Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr., decidió hacerse acompañar de otros tres soldados pertenecientes al cuerpo de caballería de la Unión y continuar su camino. Luego el héroe se encuentra con su destino, al acercarse al lugar en que los Confederados habían disparado al explorador, notó la presencia de unos 20 soldados de la Confederación y al llegar al próximo recodo del camino escuchó un disparo y la orden de detenerse y rendirse. Oliver Wendell Holmes, Jr., equivocadamente pensó que se trataba de soldados de la Unión, pero nuevos disparos lo sacaron de su error, decidió entonces acelerar su marcha, espoleó su caballo, continuó a todo galope hacia los soldados enemigos. Uno de ellos salió al camino y le gritó “Surrender” ante lo cual el Capitán Holmes, Jr. sin detener su caballo, desenfundó su pistola, apuntó al pecho del soldado y disparó. Su disparo falló y se enfrascó en un tiroteo mientras se reclinaba hacia un costado de su caballo, en “Comanche fashion” es como lo describe Holmes, Jr. y de esta manera, tanto él como dos de sus acompañantes atravesaron la línea enemiga y pudieron entregar el mensaje al General Russell. La contestación la entregaría ese mismo día aunque tomando otra ruta.

Es importante señalar sin embargo, que el buen ánimo que destila un relato como el anterior, es más bien una excepción a los relatos que llenan su diario en los primeros días del mes de mayo de 1864. El General Grant, quien había asumido el mando de las fuerzas de la unión durante el mes de marzo de 1864, había puesto en efecto una tercera

campana para tomar la ciudad de Richmond, capital de la Confederación, y el 5 de mayo ambos ejércitos chocaron en un denso bosque al centro del estado de Virginia conocido como “the Wilderness”. La batalla fue sangrienta, basta con saber que entre el 5 y el 12 de mayo el ejército de la Unión sufrió 32,000 bajas, mientras que el ejército de la Confederación sufrió unas 18,000.²³³ Los ejércitos continuaron enfrascándose en distintas batallas hasta entrado el mes de junio y las entradas en el diario de Oliver Wendell Holmes, Jr. dan fe de lo encarnizado de la lucha.

El primer día de la batalla de “Wilderness” según nos relata Holmes, Jr. llovió fuego de artillería sobre los cuarteles de los Generales Sedgwick y Wright y que muchos de los fragmentos de las explosiones caían sobre el área de donde estaban los “aide-de-camp” (Holmes Jr., uno de ellos) con sus caballos, relata brevemente un episodio donde un regimiento esta formándose en filas cerca del cuartel cuando fue alcanzado por la artillería confederada, señala Holmes, Jr. “. . . as a Regt. was filing by to the right a shell or roundshot striking in it cover many of the staff with brains”²³⁴

Ya para el 6 de mayo de 1864, un día después de haber comenzado la batalla en “Wilderness”, Oliver Wendell Holmes, Jr., envía una muy breve carta a sus padres en la que les informa de la situación que esta viviendo:

“Second day of battle Not done yet . . . I hear Macy wounded in shoulder & Abbott wounded severely don’t

²³³ Por bajas nos referimos a hombres muertos, heridos o desaparecidos. En cuanto a los números puede verse a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 61.

²³⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Diario de la Guerra Civil, entrada del día 5 de mayo de 1864 publicado en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 105.

*know where Col. Frank Bartlett wounded in the head-
20t said to be comm'ded by 1st L.”*²³⁵

Resulta importante señalar, que en medio de la batalla, Oliver Wendell Holmes, Jr., toma el tiempo de escribir a sus padres y lo que les cuenta es sobre la suerte que están corriendo sus amigos del 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts, no les menciona nada relacionado a su participación en la guerra, ni a sus nuevas funciones y tan solo habla de él para decir “I am all right”, es resto de la breve carta es tan solo para informar sobre la herida del Coronel George Macy, quien dirigía el 20mo. Regimiento, y la herida sufrida por su gran amigo Henry L. “Little” Abbott, quien ante la baja de Macy había asumido la dirección del 20mo. Regimiento, la baja del Coronel Bartlett y el hecho de que ante la falta de oficiales su querido 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts estaba siendo comandado por un primer teniente.

Es fácil entender la preocupación de Oliver Wendell Holmes, Jr., por la suerte del 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts recordemos que ya para esta fecha se habían dado las condiciones para que el Capitán Oliver Wendell Holmes, Jr. pudiera reclamar su nombramiento de Teniente Coronel en dicho regimiento, sin embargo, había dejado pasar el tiempo de manera que al comienzo de la campaña se encontraba como aide-de camp del General Wright. Resulta lógico pensar que la mente de Oliver Wendell Holmes, Jr. se viera embargada por sentimientos de culpa cuando recibe noticias de que el Coronel George Macy, había sido herido y de Abbott fuese herido haciendo las funciones que le hubieran correspondido a el de haber asumido el rango que le fue concedido dentro del 20mo. Regimiento, debería haber sido el muerto y no Abbott. De hecho la grave herida y consecuente muerte de

²³⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a sus padres del 6 de mayo de 1864, publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 105-106.

Abbott fue algo que impactó fuertemente a Oliver Wendell Holmes, Jr., quien escribió un réquiem para Abbott que apareció publicado en la página editorial del *Boston Evening Transcript* en otoño de 1864. Como testimonio del afecto que sentía Oliver Wendell Holmes, Jr., por su amigo y dada la brevedad del obituario procedemos a transcribirlo.

*“He steered unquestioning, nor turning back
Into the darkness and the unknown sea,
He vanish in the starless night, and we
Saw but the shining of his luminous wake.
Thou sawest light, but ah! our sky seemed black,
And all to hard the inscrutable decree,
Yet, noble heart, full soon we follow thee
Lit, by the deeds that flamed along thy track.
Nay, art thou hid in darkness, shall we say,
Or rather whisper with untrembling lips,
We see thee not, yet trust thou art not far,
But passing onward from this life’s eclipse,
Hast vanish only as the morning star.
Into the Glory of a perfect day”.* ²³⁶

Los versos anteriores son sumamente emotivos y demuestran la admiración y el afecto que sentía por su amigo, ese amigo que se enfrenta a su destino, sin mirar atrás, que en su vida dejaba a su paso una estela de luz iluminando así la noche de nuestro cielo y ahora se desvanece como la estrella de la mañana, en la gloria de un día perfecto. El réquiem no fue suficiente para exorcizar a Oliver Wendell Holmes, Jr. del recuerdo de su amigo. De hecho, aun 20 años después de la muerte “Little” Abbott, Oliver Wendell Holmes lo recuerda en un discurso que

²³⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, H.L.A., publicado originalmente el 17 de octubre de 1864 en el *Boston Evening Transcript*, publicado en Novick, Sheldon 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, p. 172.

ofreciera en New Hampshire el día de la recordación (Memorial Day) de 1884.²³⁷

El hecho de no estar con el 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts, no implicaba que Oliver Wendell Holmes, Jr., no sufriera de las vicisitudes de la guerra. Al día siguiente, 7 de mayo de 1864 comienza la marcha del ejército de la Unión hacia la ciudad de Spotsylvania y Oliver Wendell Holmes, Jr., escribe en su diario:

*Up all night in the saddle-establishing new line- . . . About 4 am Farrar & I fell in with McCarney's Batt on the road and he gave us a wash and breakfast . . . Were on the road all night. This day was very fatiguing-my heart beat strangely . . .*²³⁸

Al día siguiente, 8 de mayo de 1864 comenta en su diario sobre el momento en que encontraron una parte del bosque en llamas y cuerpos de soldados confederados y de la unión quemándose en el bosque, señalando además que al regresar al frente después de haber hablado con el General Sedgwick, estaba tan casado del trabajo del día que apenas podía sentarse.²³⁹ El día 9 de mayo narra la muerte del General Sedgwick con quien había estado momentos antes de que cayera inerte por el disparo de un francotirador que hizo diana en su rostro.²⁴⁰ El 11 de mayo ya se comienza a pelear en Spotsylvania y Oliver Wendell

²³⁷ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 147.

²³⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Diario de la Guerra Civil, entrada del día 7 de mayo de 1864 publicado en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 107-108.

²³⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Diario de la Guerra Civil, entrada del día 8 de mayo de 1864 publicado en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 108-109.

²⁴⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Diario de la Guerra Civil, entrada del día 9 de mayo de 1864 publicado en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 109-110.

Holmes, Jr., escribe una carta a su madre donde le indica que llevaban 7 días peleando de manera consecutiva y que en promedio las fuerzas de la Unión estaban perdiendo alrededor de 3,000 hombres por día.²⁴¹ El día 13 de mayo describe en su diario como ante la retirada del enemigo de un área boscosa, tuvieron que hacer varias pilas con los muertos de ambos bandos de 5 a 6 cuerpos cada una, menciona además como los árboles estaban reducidos a meras astillas y que en los últimos 9 días de batalla, las bajas de la Unión ascendían a 10,547 soldados.²⁴²

Todas las experiencias antes descritas van poco a poco desgastando el espíritu de Oliver Wendell Holmes, Jr. al punto que toma dos decisiones sumamente importantes. En primer lugar decide que permanecerá en su actual puesto como aide-de-camp y que no regresará al 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts a asumir el cargo de Teniente Coronel; y segundo, que abandonará la vida militar tan pronto como terminen los tres años de servicio por los que había firmado. Al leer la carta puede apreciarse las profundas huellas que la guerra han dejado en el carácter de Oliver Wendell Holmes, Jr., su espíritu aventurero ha dejado lugar al desánimo, al cansancio, se ha convertido en un ser sumamente apesadumbrado, veamos:

“ . . . Before you get this you will know how immense the butchers bill has been-And the labor has been incessant-I have not been & am not likely to be in the mood for writing details . . . Enough that these nearly two weeks have contained all of fatigue & horror that war can furnish . . . nearly every Regimental off-I knew or cared for is dead or wounded-

²⁴¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a su madre fechada 11 de mayo de 1864, publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 114.

²⁴² Holmes, Jr., Oliver Wendell, Diario de la Guerra Civil, entrada del día 13 de mayo de 1864 publicado en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 117.

I have made up my mind to stay on the staff if possible till the end of the campaign & then if I am alive, I shall resign-I have felt for sometime that I didn't any longer believe in this being a duty & so I mean to leave at the end of the campaign as I said if I'm not killed before

The duties & thoughts of the field are of such a nature that one cannot at the same time keep home, parents and such thoughts as they suggest in his mind at the same time as reality-Can hardly indeed remember their existence-and this too just after the intense yearning which immediately precedes a campaign.”²⁴³

Nos parece que a través de estos tres párrafos podemos tener constancia del estado de ánimo de Oliver Wendell Holmes, Jr., al momento de abandonar la vida militar. En el primero de ellos, se encuentran tres ideas importantes, comienza el párrafo tratando de explicar a sus padres el horror de la guerra, les quiere hacer entender que esta Guerra Civil ha sido una cruel carnicería, de ahí, la imagen que utiliza al señalar que la cuenta del carnicero ha sido demasiado alta, pues su trabajo ha sido incesante. Pasa luego a señalar que las últimas dos semanas que ha vivido contienen toda la fatiga y el horror que una guerra puede tener. Por último, indica que prácticamente todas las personas que el conocía o por las que se preocupaba en el Regimiento ya han muerto o están heridas.

En el segundo párrafo suelta la decisión de no regresar al 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts. Esta decisión nos parece lógica, sobre todo cuando acababa de decir en el párrafo anterior que todos sus conocidos en el Regimiento ya estaban muertos o heridos. No siente pues, responsabilidad hacia un grupo de soldados a los que no conoce, el 20mo. Regimiento, como resultado de la carnicería

²⁴³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a sus padres, del día 16 de mayo de 1864 publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 121-122.

que había mencionado antes había dejado poco a poco de ser su regimiento para convertirse en un regimiento más. Esa es una de las razones por las que no debe sorprendernos su decisión de no re-enlistarse al momento de terminar su servicio. La otra razón, tal vez más importante que la primera, es que nos manifiesta que dese hace algún tiempo ha dejado de creer que su participación en la guerra es un deber con el que tiene que cumplir y por ende no es su deber el re-enlistarse.

El último párrafo tiene, a nuestro entender, la importancia de ser una mirada a la vida emocional de Oliver Wendell Holmes, Jr. La guerra, con todas sus atrocidades había llegado a robarle la capacidad de pensar en su hogar, en sus padres, pues la realidad que vive se encarga de borrar esas ideas, al punto de casi olvidarlas por completo, esto aún después de la gran nostalgia que lo invade antes de cada batalla. Nos parece que este párrafo nos lleva a pensar que tras su idea de no regresar al ejército, estaba la lucha de Oliver Wendell Holmes, Jr. por salvarse a si mismo, no en el sentido físico, sino en el espiritual pues la vida biológica no es la única que peligra en el campo de batalla, y Holmes, Jr. no estaba dispuesto a dejar de ser él mismo, a perder su sensibilidad por el arte, su gusto por la poesía y la filosofía, su amor por su familia, en fin, tenía miedo de que la guerra reclamara entre de sus víctimas, el lado humano de Oliver Wendell Holmes, Jr.

Aunque no tenemos constancia escrita de la reacción de sus padres ante las noticias de su carta del 16 de mayo pero si existe una carta del 30 de mayo en la que Oliver Wendell Holmes, Jr. contesta una carta previa de su padre, de la que se desprende que el padre había malentendido que Holmes, Jr. planeaba abandonar el ejército antes de terminada la campaña. Este malentendido que ofendió a su hijo, quien contesta a su padre de forma fuerte.

I wish you'd take the trouble to read my letters before answering-I am sure I cannot have conveyed the idea, rightfully, that I intended resigning before the campaign was over . . . I must say I dislike such a misunderstanding, so discreditable to my feelings of soldierly honor, when I don't believe there as a necessity for it-I shall stay on the staff and wish you'd notify the Governor to commission new field officers to the 20th. I waive promotion- I am convinced from my late experience that if I can stand the wear & tear (body & mind) of regimental duty that it is a greater strain on both than I am called on to endure-If I am satisfied I don't really see that anyone else has a call to be otherwise- . . . I am not the same man (may not have quite the same ideas) & certainly an not so elastic as I was and I will not acknowledge the same claims upon me under those circumstances that existed formerly.²⁴⁴

Sobre la molestia de Oliver Wendell Holmes, Jr. con su padre, cabe señalar que tiene dos vertientes, por un lado la relación padre e hijo, que como habíamos visto en capítulos anteriores era una de constantes choques. Desde la perspectiva de Holmes Jr., nada de lo que pudiese hacer resultaba bueno para su padre, quien siempre le encontraba alguna objeción. En este caso, el padre no solo objeta los planes del hijo, sino que la mala interpretación de su carta añade sal a la herida, en el sentido de que Holmes, Jr. entiende que su padre aún lo toma en serio, razón por la que le reprocha ha haberle prestado a su carta la atención y el tiempo que merecería la correspondencia de alguien a quien su padre percibiera como un igual, dicho en otras palabras, ante su padre sigue siendo un muchacho, por lo que basta con leer superficialmente su carta y ofrecer una pronta respuesta para que su muchacho sepa que hacer.

El otro motivo de molestia para Oliver Wendell Holmes, Jr., es que la interpretación que realiza su padre de su carta, implicaría que su hijo se

²⁴⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a sus padres, del día 30 de mayo de 1864 publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 135.

convertiría en un desertor, lo cual va a en contra de su deber como militar. Para Oliver Wendell Holmes Jr., resulta increíble que después de casi tres años en el ejército, después de haber sido herido en batalla en tres ocasiones, después de haber probado su valor más allá de toda duda, todavía su padre pudiera pensar que el sería capaz de desertar. Es como si todo este esfuerzo de autodefinirse como hombre cabal, como persona de principios, hubiese sido en vano. Entendemos que estos dos elementos reseñados son suficientes para explicarnos, la molestia de Oliver Wendell Holmes, Jr. con la carta de su padre y el tono de la contestación.

Entendemos importante hacer hincapié sobre otros dos elementos que son parte de la contestación de Oliver Wendell Holmes, Jr. a su padre. El primero de ellos, lo es el comunicarle a su padre que la decisión de no regresar al 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts ya estaba tomada y en consecuencia, le solicita a su padre que le informe al Gobernador del Estado que debía comisionarse a otro soldado para el cargo de Teniente Coronel en el 20mo. Regimiento. Menciona como razón su convencimiento de que ya no tiene la capacidad, ni física, ni mental de poder sobrellevar los rigores de la vida en un regimiento de infantería. Y deja claro que esa decisión tan solo le compete a él, por lo que no reconoce que nadie más, en clara referencia a su padre, deba opinar en contrario. Nos parece esta contestación un nuevo acto de afirmación en su emancipación psicológica de la figura de su padre, Oliver Wendell Holmes, Jr. ya se sabe un hombre y asume las decisiones que como hombre debe tomar.

Por último, llama la atención el llamado solapado que hace a su padre para que reconozca que ha crecido, que ya no es un chico, que tiene ideas propias y que tal vez no sean las mismas de sus padres. Este llamado lo culmina con el señalamiento de que no aceptará que se hagan

sobre él las mismas exigencias que antes se le hacían. A todas luces este párrafo es un nuevo acto de afirmación sobre la independencia de criterio entre padre e hijo.

El 7 de junio, algo ya más sosegado y aprovechando una pausa en las hostilidades, escribe una nueva carta, en este caso a su madre, con quien guarda una mejor relación, donde vuelve a justificar su decisión de no re-enlistarse.

The campaign has been most terrible yet believe me I was not demoralized when I announced my intention to leave the service next winter if I lived so long-I started in this thing a boy I am now a Man and I have been coming to the conclusion for the last six months that my duty has changed-

I can do a disagreeable thing or face a great danger coolly enough when I know it is a duty-but a doubt demoralizes me as it does any nervous man-and now I honestly think the duty of fighting has ceased for me-ceased because I have laboriously and with much suffering of mind and body earned the right . . . to decide for myself how I can best do my duty to myself t the country and, if you choose, to God-

I believe that Governor Andrew understands my determination to waive promotion-please be sure he does so-The ostensible and sufficient reason is my honestly belief that I cannot now endure the labors & hardships of the line-Nothing further need be told abroad.²⁴⁵

Si bien, al compararla con la anterior, la diferencia en cuanto al tono en que esta escrita esta carta es notable, podemos sin embargo apreciar que sus posiciones no han variado. Nuevamente comienza por enfatizar en lo terrible que ha sido esta campaña militar y en que ha tomado la decisión

²⁴⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a su madre, fechada 7 de junio de 1864 y publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 142.

de no re-enlistarse. Sin embargo, en esta ocasión se toma el tiempo para explicar que su decisión no es producto de un estado de ánimo pasajero, sino de la reflexión que ha realizado por los últimos seis meses, no es un decisión de un niño (como era él cuando comenzó su participación en la guerra) sino la de un hombre.

Se ocupa de dejar claro que tiene el valor necesario para enfrentar el peligro cuando entiende que cumple con su deber, pero entiende que en la actualidad su deber de combatir a terminado. Deja claramente establecido que él y solo él quien tiene el derecho de decidir como cumplir con su deber para consigo mismo, para su país y, si los demás así lo entienden, para con Dios. Este derecho a decidir sobre su vida y la manera en que debe vivirla menciona que fue ganado a través del mucho sufrimiento que ha tenido que soportar, tanto mental como físico, descalificando así a cualquiera que pretenda decidir por él. Apreciamos aquí la decisión cortar el cordón umbilical que lo hacía dependiente de sus padres, de sus ideas y juicios morales. Oliver Wendell Holmes, Jr. les deja saber que se ha convertido en una persona madura, dispuesto a tomar decisiones y afrontar las consecuencias. Por último, recalca la necesidad de que se le comunique al Gobernador Andrew su decisión y que por única razón se ofrezca su convicción de que no podría soportar el rigor de la vida militar en el frente de batalla.

El hecho de que Oliver Wendell Holmes, Jr. se encontraba agotado de los rigores del campo de batalla puede constatarse en una carta enviada a su amiga Agnes Pomeroy el 21 de junio de 1864 en la que indica:

Do you know I shall never wear the "20" again? . . . I have written the Governor that I waive the promotion. I find myself too weak from previous campaigns to do the duties of an officer of the line properly. Our medical director (6th. C) told me the

*other day that I was not keeping up by the strength of my constitution now but by the stimulus of this constant pressure to which we have been subjected*²⁴⁶

La referencia que hace Oliver Wendell Holmes, Jr. al diagnóstico del director médico, en cuanto a que lo mantenía de pie no era su capacidad física sino la constante presión a la eran sometidos los soldados, confirma su deterioro físico y justifican su decisión de no re-enlistarse.

Ya para principios de julio el General Lee envió a las fuerzas del General Jubal Early a romper la línea que las fuerzas de la Unión mantenían al noroeste de Richmond. El General Early luego de cumplir con su objetivo inmediato (atravesar las fuerzas de la Unión) se encaminó hacia Washington, su función era la de servir de señuelo para obligar al General Grant a enviar soldados a defender la ciudad de Washington, suavizando así el cerco que tenía el ejército de la Unión sobre la ciudad de Richmond. Oliver Wendell Holmes, Jr. estuvo entre los soldados que fueron enviados por barco a la defender la capital de la Unión. Entre ambos ejércitos apenas hubo una breve batalla, pues las tropas de la Unión llegaron en el momento en que las tropas Confederadas tenían sitiado el Fuerte Stevens, dado la ventaja posicional de las fuerzas de la Unión, el General Early decidió regresar al sur con sus tropas y reintegrarse a las fuerzas del General Lee.²⁴⁷ Esta fue la última acción militar en la que participó Oliver Wendell Holmes, Jr. quien culminó su servicio militar el 17 de julio de 1864, su amigo Charles Whittier copio en

²⁴⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a Agnes Pomeroy fechada el 21 de junio de 1846 y publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 143.

²⁴⁷ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p 63-64.

al reverso del documento de licenciamiento "*Citizen Holmes will proceed at once to Boston and take drinks accordingly*"²⁴⁸

3.3 LA EXPERIENCIA DE LA GUERRA CIVIL NORTEAMERICANA EN LA PERSONALIDAD DE OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

Entendemos que la experiencia vivida por Oliver Wendell Holmes, Jr. al haber servido como oficial de infantería en la Guerra Civil Norteamericana, representó en su vida un tiempo de constante cambio. Nos referimos a un cambio que implicó no solamente su lógico advenimiento a una madurez biológica, en palabras de Holmes, Jr., "*I started in this thing a boy I am now a Man*",²⁴⁹ sino que implicó además un cambio en su manera de pensar, de entender el mundo y las relaciones que lo forman, cambio que luego se vería reflejado en sus ideas jurídicas y sus opiniones legales como juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América.

El primer aspecto en que puede constatarse un cambio en la vida de Oliver Wendell Holmes, Jr., es en su manera de entender la experiencia de la Guerra Civil, tanto para el como persona, así como las implicaciones que tendría para su país . En un comienzo, Holmes, Jr., entró al ejército lleno de convicciones sobre lo aberrante de la esclavitud y de una sociedad fundada sobre ella, sobre el deber que tenían las personas de bien de entregar incluso su vida para corregir dicha ignominia y sobre la importancia de cumplir, como todo un caballero,

²⁴⁸ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p 65.

²⁴⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a su madre, fechada 7 de junio de 1864 y publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 142.

con su deber militar que había contraído. Soñaba, con ser fiel a sus ideales en el campo de batalla y que en caso de extremo de encontrar su muerte, ser capaz de sostener sus ideas hasta el final. Sin embargo, su idealismo fue apagándose poco a poco como resultado de las vivencias en el frente de batalla, sus cartas van llenándose de imágenes dantescas. Los campos llenos de cuerpos de combatientes y animales muertos, las fosas comunes, las heridas de guerra, los miembros amputados apilados sobre sábanas en improvisados hospitalillos de campaña y la tragedia de ver partir a sus seres queridos, son los frecuentes pobladores de su diario de guerra. Este tumulto de vivencias termina por corroer sus ideales y su sentido del deber.

Antes entendía que luchaba por lo correcto y que tener de su lado la verdad justificaba cualquier acción, por horrenda que sea, a fin de que en su país reinara la razón, el bien, la verdad. Sin embargo en el campo de batalla pudo percibir esa misma convicción y sentido del deber entre los soldados enemigos, quienes al igual que él estaban dispuestos a dar la vida por sus ideas. Los ideales, el honor, las convicciones no eran exclusividad de los soldados de la unión, no eran exclusividad de aquellos que luchaban para abolir la esclavitud, de aquellos que luchaban por el “bien”. Si los soldados confederados eran capaces del mismo valor y compromiso cómo podía Holmes, Jr. afirmar sin temor a equivocarse que luchaba del lado del bien, lo mismo podían alegar los soldados de la unión. Ante estas ideas la marcada división entre el bien y el mal comienza a desaparecer, poco a poco Oliver Wendell Holmes, Jr. deja de ser chico idealista, para asumir la guerra de otra perspectiva, ya no la entiende como una batalla entre el bien y el mal, como una lucha entre la civilización sobre la barbarie. Ahora comienza a percibir la guerra con sus dimensiones económicas y políticas, como una lucha en la que estaban envueltos el futuro de la nación, el derecho de los estados miembros a separarse de la unión, el problema político que representaba

para los estados del sur la elección de un presidente que no ganó en ninguno de dichos y la amenaza que sentían ante el efecto económico que tendría en sus territorios la abolición de la esclavitud.

Para el joven Oliver Wendell Holmes, Jr., ahora mucho más consciente de las implicaciones económicas y políticas de la guerra civil, la inmoralidad de la esclavitud es relegada a un segundo plano. Este cambio de actitud ante la Guerra Civil comienza a manifestarse al cuestionar la dirección del ejército del norte y el sentido de la propia Guerra Civil. Recordemos el momento en que su padre consigue localizarlo justo después de haber recibido su segunda herida de guerra, la herida del cuello, en aquella ocasión, justo antes de regresar a su casa y en presencia de su padre y un amigo, Oliver Wendell Holmes, Jr. estuvo haciendo comentarios muy agrios sobre lo mal dirigido que estaba el ejército y el hecho de haber tenido que enfrascarse en batallas sin sentido.²⁵⁰ Un tiempo después, al retornar a su regimiento luego de haberse recuperado de las heridas sufridas en la batalla de “Antietam Creek”, escribe una carta a su hermana en la podemos ver el cambio de actitud hacia la guerra y sus superiores en el 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts.

. . . with the crack brained Dreher & obstinate ignoramus Shepherd as act'g Col & Lt. Col. the Regt is going to H—L as fast as ever it can or at least no thanks to them if it isn't-I wouldn't trust it under them for a brass tuppence in a fight-They'd send it to the devil quicker even than Gen. Sumner and I've pretty much made up my mind that the South have achieved their independence & I am almost ready to hope spring will see an end- . . . believe me, we never shall lick'em . . . I

²⁵⁰ El incidente es narrado por un amigo de Oliver Wendell Holmes, Jr., Charley Walton quien luego detalla el encuentro a petición del Dr. Holmes, Sr. en carta del 1er. de octubre de 1862. El incidente aparece narrado en Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 68-69.

*think before long the majority will say that we are vainly working to effect what ever happens-the subjugation (for that is it) of a great civilized nation. We shan't do it-at least the Army can't*²⁵¹

Como podemos ver en su carta, existe una clara toma consciencia de que el mayor objetivo de la Confederación era lograr independizarse de la Unión, protegiendo así su economía y sistema de vida. Además, se manifiesta convencido que el ejercido de la Unión no podrá derrotar a la Confederación; Más aún, visualiza que el propósito de la Guerra Civil no es otro que el de subyugar una nación civilizada, algo que el ejército de la Unión nunca podrá llevar a cabo. Resulta claro que el tema esclavista ha pasado a un segundo plano para Oliver Wendell Holmes, Jr., al punto que habla del Sur como una nación civilizada, olvidando aquello de la lucha entre el bien el y mal, o la metáfora de una nueva cruzada por los valores de la cristiandad.

Son muchas las maneras en que se van manifestando los cambio que la experiencia militar en la Guerra Civil Norteamericana ha dejado en la persona de Oliver Wendell Holmes, Jr., a modo de ejemplo podemos señalar, junto a G. Edward White, uno de ellos se manifiesta en su manera de entender el concepto del deber.²⁵² Para el joven Holmes, Jr., al momento de comenzar la guerra, su concepto del deber era manifestado primordialmente en la lealtad de seguir sus ideales, a su concepto del bien y del mal. Luego, con el paso del tiempo, toma un

²⁵¹ Por Dreher se refiere al Capitán Ferdinand Dreher quien asumió de forma temporera el mando del 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts mientras el Coronel Lee se encontraba ausente por enfermedad. Por Shepard se refiere al Capitán Allen Shepard quien se desempeñó como Teniente Coronel como resultado de las heridas que sufrió en la batalla de "Antietam Creek" el Teniente Coronel Frank Palfrey. Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a su hermana fechada el 16 de noviembre de 1862 y publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 73.

²⁵² White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 70.

aspecto más concreto, su concepto del deber ya no es con los ideales, sino con sus compañeros soldados, este se manifiesta al mantenerse como parte del 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts, a pesar de haber recibido una propuesta de parte de su amigo Pen Hallowell para unirse al 54mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts con el rango de Mayor (Major), sin embargo Holmes, Jr. rechaza la solicitud de su amigo por el deber de lealtad que siente para con sus compañeros del 20mo. Regimiento.²⁵³ Y por último puede verse como su sentido de lealtad toma la forma del deber ante uno mismo, como puede apreciarse cuando le comunica a su padre que no tiene deseos de re-enlistarse, que entiende que ya ha cumplido con su deber y declara ser la única persona capacitada para decidir la manera en la que debe cumplir con su deber.²⁵⁴

Con el paso del tiempo el propio Oliver Wendell Holmes, Jr. fue tomando mayor conciencia del cambio que ocurría dentro de sí, lo que se aprecia de manera más clara en la carta que envió a su padre en mayo de 1864. En dicha carta Holmes, Jr., reitera ante su padre su deseo de abandonar el ejército una vez se cumpla su tiempo de servicio y de manera específica le indica a su padre:

²⁵³ Alschuler, Albert W., *Law without values: The life, work, and Legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 2000, p. 45; Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 141; Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 75; White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 68.

²⁵⁴ “I have laboriously and with much suffering of mind and body earned the right . . . to decide for myself how I can best do my duty to myself t the country and, if you choose, to God” Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a su madre, fechada 7 de junio de 1864 y publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 142.

*“I am not the same man (may not have quite the same ideas) & certainly am not so elastic as I was and I will not acknowledge the same claims upon me under those circumstances that existed formerly”.*²⁵⁵

Ya conocemos que a pesar de los intentos de su padre por convencerlo, Oliver Wendell Holmes, Jr. se mantuvo firme en su decisión de no regresar al ejército una vez terminado su tiempo de servicio.

Si bien fue capaz de terminar su relación con el ejército, a Oliver Wendell Holmes, Jr. nunca le fue posible cortar con las experiencias antes vividas durante la Guerra Civil Norteamericana, al punto en que a través de su vida continuará haciendo constantes referencias a la guerra y la vida militar. A modo de ejemplo podemos señalar que gustaba comenzar las cartas que escribía a sus amigos haciendo referencia a fechas conmemorativas de la Guerra Civil.

*“31 years and one day after Antietam”, “Antietam was 65 years ago yesterday”, “We are celebrating Antietam, where if a bullet had gone one eighth of an inch differently the chances are that I should not be writing to you.”*²⁵⁶

Ahora bien, cabe señalar que para Oliver Wendell Holmes, Jr. la guerra continuó presente en su vida no solo como recuerdo o como parte de las anécdotas que se cuentan y recuentan en las tertulias junto a viejos amigos, sino que se convirtió en una manera de entender el mundo. Como bien señala Liva Baker, para Oliver Wendell Holmes, Jr. las batallas vividas en la guerra comenzaron a ser una metáfora de la vida

²⁵⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a sus padres, del día 30 de mayo de 1864 y publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 135.

²⁵⁶ Wilson, Edmund, *Patriotic Gore: Studies in the Literature of the Civil War*, Oxford University Press, 1962, p. 758

humana, llegando a concluir que la vida no era otra cosa que una batalla y que la existencia de los seres humanos estaba marcada por la lucha y el dolor.²⁵⁷ En palabras del propio Oliver Wendell Holmes, Jr., pronunciadas en la conmemoración del día del veterano (Memorial Day), el 30 de mayo de 1895 en actividad convocada por la clase graduanda de la Universidad de Harvard.

*For my own part, I believe that the struggle for life is the order of the World, at which is vain to repine. . . . Now, at least, and perhaps as long as man dwells upon the globe, his destiny is battle, and he has to take the chances of war.*²⁵⁸

Vemos como al ser invitado a dirigirse ante jóvenes estudiantes universitarios de la Universidad de Harvard, el ahora juez Oliver Wendell Holmes, Jr., pretende compartir con ellos su experiencia, aquello que la vida le ha enseñado y les presenta a aquellos jóvenes graduandos lo que para él es el secreto de la vida, el hecho de que la vida es una lucha a la que es en vano resistirse, es el destino de todos nosotros es participar de esa batalla.

Esta manera de entender el mundo y la realidad humana, marcó la manera en que Oliver Wendell Holmes, Jr., entendía las instituciones políticas y sociales y en particular el derecho., en palabras de Saul Touster:

. . . I think it no exaggeration to say that when he was talking about law he was talking about war; and when he talked of war he lived it through the images of law,

²⁵⁷ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 159.

²⁵⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Soldiers Faith”, Posner Richard A., ed. *The Essentials Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 1992, p. 88.

*with the soldier, scholar and Sawyer superimposed one on another.*²⁵⁹

La manera en que estas ideas se manifiestan en su teoría del derecho e influyen tanto sus escritos teóricos, como las decisiones que toma como juez son motivo de otro capítulo. Basta por ahora con recalcar, que por medio de su experiencia militar en la Guerra Civil Norteamericana, Oliver Wendell Holmes, Jr., pasa, de tener una visión idealista de la vida y el mundo, a asumir el escepticismo moral como posición filosófica y a abrazar el pragmatismo cuando de tomar decisiones jurídicas se trata.

²⁵⁹ Touster, Saul; "Holmes a Hundred Years Ago: The Common Law and Legal Theory", 10 Hoftra Law Review 673, 689.

CAPÍTULO 4 - OLIVER WENDELL HOLMES JR.: TRES DIMENSIONES DE LA PRÁCTICA JURÍDICA - ABOGADO LITIGANTE, ACADÉMICO Y JUEZ

4.1 LA EDUCACIÓN JURÍDICA FORMAL DE OLIVER WENDELL HOLMES JR.

4.1.1 DECISIÓN VOCACIONAL

Al finalizar su servicio militar el 17 de julio de 1864, Oliver Wendell Holmes, Jr. regresó a vivir en la casa de sus padres. Allí disfrutó de un muy merecido tiempo de ocio, sus días de verano transcurrían compartiendo con sus familiares y viejos amigos. Una vez terminado el verano, se matriculó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard en el mes de octubre de 1864.

Existen varias teorías sobre que motivó a Oliver Wendell Holmes, Jr. a comenzar la carrera de Derecho. Sabemos que la profesión legal no le resultaba del todo ajena a su familia, su abuelo materno Charles Jackson, había alcanzado prestigio como abogado, había escrito un tratado sobre el derecho real “Real Actions”²⁶⁰ y con el paso del tiempo llegó a ser Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts²⁶¹ su tío John

²⁶⁰ Sobre la recepción del tratado sobre derecho real escrito por Charles Jackson en la profesión jurídica de su tiempo, puede verse a Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Shaping Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1957, p. 179.

²⁶¹ En la entrada autobiográfica que Oliver Wendell Holmes, Jr. escribiera para el anuario de su clase en el Harvard College señala ser nieto del Juez Charles Jackson. Holmes, Jr. Oliver Wendell, Nota Biográfica para el anuario del Harvard College de 1861, publicada íntegramente en Novick, Sheldon 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, p. 169. Para un breve recuento de la vida del Juez Charles Jackson puede referirse a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 39-40, a Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 6-7 y White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p 17. Para un breve recuento de las posiciones conservadoras del Tribunal Supremo de Massachusetts durante el tiempo en que el Juez Charles

Holmes, estudió derecho en la escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, aunque practicó la profesión por muy poco tiempo,²⁶² y su padre, Oliver Wendell Holmes, Sr. había comenzado estudios en derecho, aunque luego abandonó la carrera.²⁶³ de hecho en los apuntes biográficos que había preparado para el álbum de su graduación del Harvard College, el propio Holmes, Jr., había señalado: “If I survive the war I expect to study law as my profession or at least for a starting point.”²⁶⁴

Sin embargo, al regresar de la Guerra Civil, ya no se encontraba tan seguro de querer estudiar Derecho, en su indecisión en cuanto a que carrera estudiar, llegó a coqueteaba con la posibilidad de estudiar medicina y consideraba más seriamente la idea de estudiar filosofía. La posibilidad de que Oliver Wendell Holmes, Jr. escogiera la filosofía como profesión no agradaba a su padre, quien rápidamente le hizo saber que la condición económica de la familia no estaba como para garantizarle su manutención. Ante esta realidad económica, Oliver Wendell Holmes, Jr. se ve obligado a abandonar definitivamente la idea de estudiar filosofía, y

Jackson fue uno de sus integrantes puede verse a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 280-281 y Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Shaping Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1957, p. 180-183.

²⁶² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 66 y 164 y White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 87.

²⁶³ Oliver Wendell Holmes, Sr. estudió en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard por espacio de un año 1829-1830, luego de abandonar sus estudios cursó la carrera de medicina también en la Universidad de Harvard. Véase a Howe, Mark De Wolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Shaping Years 1841-1870*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1957, p. 177; Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 33 y Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 4-5.

²⁶⁴ Holmes, Jr. Oliver Wendell, Nota Biográfica para el anuario del Harvard College de 1861, publicada íntegramente en Novick, Sheldon 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, p. 170.

con el propósito de poder ganarse la vida, decide comenzar sus estudios de Derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.²⁶⁵

Esa es la versión que cuenta el Juez Félix Frankfurter al señalar que en una conversación que tuvo con Oliver Wendell Holmes, Jr. en 1932, este le indicó que:

*After all I was kicked into the law by my governor. When I came back from the Civil War my head was full of thoughts of philosophy and in a vague way I thought of medical school. But my governor would not hear of that, and put on the screws to go to the Law School-I mean he exercise the coercion of the authority of his judgement.*²⁶⁶

La versión anterior, donde se indica que fue el padre de Oliver Wendell Holmes, Jr. quién lo empujó al estudio del Derecho, también es recogida por Mark DeWolfe Howe,²⁶⁷ y es además consistente con la presentada

²⁶⁵ Sobre la decisión de Oliver Wendell Holmes, Jr. de hacer una carrera en Derecho puede verse a Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 22; Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 6-7 y 164-165 y White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 87.

²⁶⁶ Este recuerdo del Juez Frankfurter surge del memorando del 28 de septiembre de 1932, que aparece en los documentos del Juez Holmes, Jr. en la Universidad de Harvard. Sus biógrafos Edward White y Liva Baker, también hacen mención del recuento del Juez Frankfurter. White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 11 y Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 7 (nota al calce en dicha página).

²⁶⁷ Mark DeWolfe Howe, fue secretario del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. entre 1933 y 1934, luego se desempeñó como profesor de historia del derecho norteamericano “American Legal History” en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard y fue la segunda persona autorizada para realizar la biografía de Oliver Wendell Holmes, Jr. El primer biógrafo autorizado lo había sido Felix Frankfurter, (escogido por el propio Juez Holmes) pero desgraciadamente tuvo que abandonar la tarea al ser nombrado Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1939. Sobre la manera en que Howe relata la decisión de Oliver Wendell Holmes, Jr. de estudiar Derecho refiérase a Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Shaping Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1957, p. 176.

en carta que le escribiera a su amiga Nina Grey en 1905, en esa ocasión le relata a su amiga que fue “kick into the law by my father”²⁶⁸

Ahora bien, esta versión puede contrastarse con la ofrecida por Harold J. Laski, quien recuerda una conversación con Oliver Wendell Holmes, Jr., en la que este le relata la reacción de su padre cuando le confió que estaba pensado estudiar Derecho, “What’s the use of going to the Harvard Law School? A lawyer cannot be a great man”.²⁶⁹ Y Liva Baker²⁷⁰ señala en su biografía que la versión de Laski tiene al parecer más visos de realidad, dado al hecho, de la conocida aversión que el padre del Oliver Wendell Holmes, Jr., sentía por los abogados.²⁷¹

Si bien hay versiones encontradas de sus motivaciones al matricularse en al escuela de Derecho, lo cierto es que la situación económica de su familia ameritaba que el joven Holmes, Jr., tuviese una profesión en la que ganarse la vida, y una carrera en derecho prometía mayor rentabilidad que una en filosofía. Una vez comenzó sus estudios, Oliver Wendell Holmes, Jr. tuvo que enfrentarse a los problemas que tenía el “common law” norteamericano y en especial la educación jurídica. Tal fue su impresión que al completar sus estudios en Derecho, tenía el firme propósito de hacer trabajo académico para mejorar tanto la teoría

²⁶⁸ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 11, tomada de la carta de Holmes, Jr. a Nina Grey del 30 de abril de 1905 y que forma parte de los documentos del Juez Holmes, Jr. (Holmes Papers) que se encuentran en la Universidad de Harvard.

²⁶⁹ El relato aparece en Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 6 y esta tomado de un artículo de Harold J. Laski, titulado “Sincerely Yours, O.W. Holmes. “One of the Greatest of Letter Writers” y publicado en el New York Times del 15 de febrero de 1948.

²⁷⁰ Su nombre completo de Liva Baker es Florence Olivia Baker (1930-2007), escribió varios libros relacionados a la historia del derecho en los Estados Unidos de Norteamérica, entre ellos las biografías de los jueces Felix Frankfurter y Oliver Wendell Holmes, Jr.

²⁷¹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 165.

jurídica en la que se asentaba el “common law” norteamericano, como la manera en que éste se enseñaba en las aulas.

4.1.2 EL DERECHO COMÚN EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA DURANTE LA DÉCADA DEL 1860

En la década de 1860, época en que Oliver Wendell Holmes Jr., comienza sus estudios de Derecho, los Estados Unidos de Norteamérica se encontraban en un período de rápida transición, en los órdenes económicos, políticos y sociales. Con el beneficio del paso del tiempo, estos periodos de transición son definidos por los historiadores, quienes hacen hincapié en las ideas e instituciones que quedan en desuso y las nuevas ideas e instituciones que las reemplazan, establecen así los límites del periodo, dan cuenta de sus características constitutivas y de las consecuencias que dichos cambios tuvieron en la vida los seres humanos. Dicho de otra manera, los periodos históricos, con sus respectivos límites y características son definidos a posteriori, pues solo el paso del tiempo nos da la distancia necesaria para poder apreciar sus elementos constitutivos, las interrelaciones socio-económicas que los unen y las consecuencias que acarrearán.

Cabe señalar que a quienes les toca vivir durante dichos periodos de transición, solo pueden apreciar la confusión, el desconcierto y la desorganización que son el resultado de los conceptos, costumbres, tradiciones e instituciones que se han quedado obsoletas, por no ser capaces de organizar y dotar de sentido a las diversas situaciones que se dan en la sociedad. Quienes viven en estos periodos de transición tienen la sensación de vivir en medio del caos, sensación que se manifiesta en

los distintos ordenes de la vida humana, y el Derecho no es la excepción.²⁷²

El estado del Derecho Común al momento en que Oliver Wendell Holmes, Jr. comenzó sus estudios de Derecho reflejaba precisamente la confusión y desorganización de todo período de transición, tal vez la mejor manera en que podría describirse al Derecho Común Norteamericano en la década del 1860 es utilizando la palabra caótico. Ese caos era por un lado el resultado de haber heredado la tradición jurídica de Inglaterra, repleto de conceptos que habían sido elaborados para responder a situaciones históricas propias de Inglaterra, y de otro lado, la voluminosa e inmanejable acumulación de decisiones judiciales en Norteamérica. Veamos cada una por separado.

En primer lugar hay que señalar que para la década del 1860 en los Estados Unidos de América, el Derecho Común en general, no se caracterizaba por un sistema muy organizado. Se encontraba repleto de viejas formas, tecnicismos con los que había que cumplir para sostener una causa de acción. Muchos de estos tecnicismos, habían conservado su forma a través del tiempo, pero su contenido, su razón de ser y las soluciones que proponían ya no se ajustaban a los intereses actuales, pues no respondían a las nuevas necesidades sociales, políticas y económicas de la sociedad. A modo de ejemplo podemos señalar el derecho de propiedad (real property law) el cual en sus formas hacía referencia a una época feudal, una época que si bien formaba parte de la historia de Inglaterra, resultaba totalmente ajena a la historia de las

²⁷² Sobre este particular puede verse la introducción que escribe Fernando Mires a su libro "La revolución que nadie soñó" donde enfatiza en la función de los historiadores de, con el paso del tiempo, establecer los límites entre un período y otro, mientras que las personas que vivieron durante ese tiempo están envueltos en una cotidianidad que no los permite ver dónde se encuentran esos límites, ni si los cruzamos o no. Mires, Fernando, *La Revolución que Nadie Soñó*, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 1996, p. 9.

trece colonias.²⁷³ A esto hay que añadir los problemas del sistema de precedentes y su marcada tendencia a enfocarse solamente en los hechos particulares del caso que se intentaba resolver. Esta visión reduccionista dificultaba la posibilidad de elaborar principios legales de naturaleza general que le ofrecieran al Derecho Común un mayor grado de conceptualización filosófico jurídica facilitando así su organización y coherencia.²⁷⁴ Cabe señalar que el problema de la tendencia al reduccionismo que surge al resolver casos enfatizando en el problema concreto que se presenta, se agrava al añadirle la dificultad inherente al paso del tiempo. Esto es, el sistema del precedente tenía la difícil tarea no solo de armonizar distintas decisiones judiciales de un momento particular, sino que además pretendía construir derecho a partir de precedentes remotos en el tiempo que en ciertos casos se llegaban a remontaban al siglo XII.²⁷⁵

A los problemas inherentes al propio sistema del Derecho Común que ya hemos mencionado, debemos añadir el problema que representaba para la nueva nación, la integración de los sistemas estatales de Derecho. Dicho en otras palabras, cada una de las antiguas colonias había desarrollado con el pasar del tiempo una serie de particularidades en su forma de administrar la justicia, creando en algunos casos sus propias leyes y sus propios precedentes. Dado que los Tribunales de cada colonia eran autónomos, cada uno de ellos esperaba para sus decisiones la mayor deferencia de parte de los demás colonias. El resultado práctico era que una misma situación podía resolverse de manera distinta según

²⁷³ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 97.

²⁷⁴ Reiman Mathias W., 'The Common Law and German Legal Science', publicado en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 78.

²⁷⁵ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 97.

el derecho vigente en cada colonia y cada una exigía de las otras el respeto a sus decisiones. Debido a las particularidades del Derecho Común en los distintas colonias y a la ausencia de una supervisión efectiva de parte de la metrópoli, algunos autores señalan que al momento de la independencia no se podía hablar de un sistema de derecho común norteamericano.²⁷⁶

El reto en términos jurídicos, para la nación norteamericana al momento de la independencia, era el poder integrar a toda la nación bajo un mismo sistema de derecho donde se respetasen las particularidades de los distintos sistemas jurídicos establecidos por los estados. De ahí el desarrollo de un sistema federado de derecho donde los tribunales estatales son libres de interpretar las leyes de su estado siempre y cuando estas no entren en contra posición al derecho federal. Este sistema sigue el mismo principio adoptado por Inglaterra en cuanto al derecho en las trece colonias, donde el derecho colonial no podía ser contrario a las leyes de Inglaterra.²⁷⁷

Resulta interesante señalar que luego de la guerra de independencia de las trece colonias, los norteamericanos mantuvieron como sistema de legal el mismo sistema utilizado bajo la metrópoli de la cual se liberaban. Parecería lógico pensar que las instituciones inglesas y entre ellas el sistema legal utilizado en las colonias de Norteamérica, representarían para la nueva nación, el recuerdo del viejo sistema colonial que los mantenía subyugados. Sin embargo, los norteamericanos mantuvieron

²⁷⁶ Haskins, George, "Law and Authority in Early Massachusetts: A Study in Tradition and Design" en Langbein, John H., ed., *The History of the Common Law: The development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen Publishers, New York, 2009, p. 877.

²⁷⁷ Haskins, George, "Law and Authority in Early Massachusetts: A Study in Tradition and Design" en Langbein, John H., ed., *The History of the Common Law: The development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen Publishers, New York, 2009, p. 876.

el Derecho Común Colonial con todo lo que ello implica, su énfasis en la doctrina del precedente legal y la multiplicidad de tribunales autónomos, entre ellas la distinción entre Tribunales de Derecho (donde se adjudicaba el derecho a través de un jurado, que juzgaba un sola causa a la vez y solamente tenía autoridad para imponían multas por los daños ocasionados) y Tribunales de Equidad (donde se adjudicaba el derecho a partir de un proceso investigativo, se atendían varios reclamos a la vez, se permitían partes múltiples, se ofrecían remedios que obligaban a las partes a un comportamiento en particular).²⁷⁸

Existen sin embargo, varias razones para que los Estados Unidos de Norteamérica mantuvieran el Derecho Común heredado de Inglaterra como su sistema de derecho nacional. La primera de ellas era de naturaleza práctica, pues el Derecho Común era el sistema que manejaban todos los profesionales que trabajan con el derecho. Además el pueblo en general estaba acostumbrado al sistema por lo que al mantenerlo se evitaba la incertidumbre que acompaña todo proceso de cambio.

Otra razón para mantener el mismo sistema de derecho, era que el Derecho Común Norteamericano, se había diferenciado poco a poco del Derecho Común Inglés, llegando a desarrollar características propias. Como mencionáramos anteriormente, se podría afirmar que cada una de las colonias, a partir de sus realidades particulares y como resultado del aislamiento geográfico y la falta de supervisión de un gobierno central, las distintas colonias habían desarrollado a partir de sus necesidades, un Derecho Común particular, con características propias.²⁷⁹

²⁷⁸ Langbein, John H., ed., *The History of the Common Law: The development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen Publishers, New York, 2009, p. 268-270.

²⁷⁹ Haskins, George, "Law and Authority in Early Massachusetts: A Study in Tradition and Design" en Langbein, John H., ed., *The History of the Common Law: The*

Por último, podemos también señalar una razón de orden filosófico, pues en la mentalidad de los norteamericanos los principios que regulaban el Derecho Común eran principios universales, parte de un derecho natural que es de aplicación no sólo a los norteamericanos sino a todos los pueblos.²⁸⁰ De hecho los norteamericanos percibían el Derecho Común Inglés como un sistema en el cual el derecho no era impuesto por el soberano sino que emanaba de las costumbres de la sociedad, era la propia sociedad la que se autorregulaba para propiciar así la sana convivencia y el trabajo de los jueces no era otro que el de descubrir las normas que se encontraban ocultas en las costumbres sociales.²⁸¹

Esta diversidad de tribunales y de sistemas jurídicos que coexistían en el territorio norteamericano nos permiten discutir el segundo problema que tenía el Derecho Común en para la década del 1860 al 1870 este era la inmanejable cantidad de decisiones judiciales. Un sistema de derecho que se fundamentaba en la doctrina del precedente, como lo es el Derecho Común, necesitaba, para ser efectivo, lograr que las decisiones judiciales estuvieran accesibles tanto para jueces y abogados como para los ciudadanos. En el caso de los Estados Unidos, existían dos sistemas de derecho, uno federal que creaba precedentes de aplicación obligatoria para los tribunales federales inferiores y para los tribunales de los distintos estados y otro sistema de naturaleza estatal en el que cada estado por medio de su tribunal supremo creaba a su vez, precedentes para sus tribunales inferiores de dicho estado. Estos sistemas basados en la doctrina del precedente, parten de la premisa de que las decisiones

development of Anglo-American Legal Institutions, Aspen Publishers, New York, 2009, p. 877.

²⁸⁰ Felman, Stephen M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 51.

²⁸¹ Horwithz Morton J., ed., "Holmes in American Legal Thought", según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 43

de sus tribunales serán publicadas con prontitud de manera que estuvieran accesibles a los jueces, abogados y al público en general. De nada serviría al sistema legal, el tener decisiones jurídicas bien razonadas, si por problemas de publicación, dichas decisiones no podían ser aplicadas por los tribunales inferiores.

El problema de la falta de publicación de las decisiones era sumamente grave, el Tribunal Supremo careció de secretario “reporter” designado al momento de su creación. Los primeros casos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos fueron reportados por Alexander Dallas un joven abogado de Filadelfia que, en vista de que los jueces acostumbraban a exponer sus decisiones de forma oral, probablemente dependía de lo que le informaban otros abogados que habían estado presentes al momento de los jueces emitir su decisión. Se estima que un poco menos de la mitad de las decisiones que tomó del Tribunal Supremo de los Estados Unidos durante la su primera década de existencia fueron publicadas y este número puede subir a un 70% si tomamos en cuenta solamente las decisiones de casos que se adjudicaron en sus méritos. Cuando el Tribunal Supremo se mudó a Washington la tarea de reportar las decisiones cayó en William Cranch quien confrontó problema similares a los de su predecesor y no fue hasta que Joseph Story fue designado juez del Tribunal Supremo que convenció a sus compañeros para que designarán un reportero que recibiera un salario de parte del Tribunal.²⁸²

Si bien la falta de publicación de las decisiones judiciales representaba un problema, con el paso del tiempo la acumulación de las decisiones publicadas resultó ser un problema mayor. Para el año de 1822 se

²⁸² Joyce, Craig, *The Rise of the Supreme Court Reporter: An institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy*, 83 *Michigan L. Rev.* 1291 (1985) reimpresso en Langbein, John H., ed., *The History of the Common Law: The development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen Publishers, New York, 2009, p.

habían publicado unos 140 volúmenes de los “American Reports”, para 1839 existían más de quinientos volúmenes del “American Reports” y para 1882 el número se había elevado a unos 2,944 volúmenes de los cuales unos 266 pertenecían a los tribunales federales mientras que los restantes 2,678 provenían de los tribunales estatales.²⁸³ Vemos como el problema de la publicación de las distintas decisiones judiciales adquiría dimensiones épicas. Cabe puntualizar que para finales de la década del 1860-70, década en que Oliver Wendell Holmes, Jr. estudia Derecho, los casos federales se amontonaban por cientos y la situación se agravaba a pasos agigantados al tomar en cuenta la incorporación de nuevos estados a la Unión, cada uno con su propio sistema judicial estatal e integrándose a su vez al sistema federal.²⁸⁴

Pasemos ahora a discutir como los problemas que acabamos de describir se manifiestan, en mayor o menor grado, en la educación de Oliver Wendell Holmes, Jr., y el efecto que estos tienen en su formación jurídica, en su manera de entender el derecho común y en la metas que se impone como estudioso del derecho.

4.1.3 LOS AÑOS EN LA ESCUELA DE DERECHO DE HARVARD (1864-1866)

My way has been by the ocean of the Law . . . There were few of the charts and lights for which one longed when I began. One found oneself plunged in a thick of fog of details-in a black and frozen night, in which were no flowers, no spring, no easy joys. . . And yet one said to oneself, law is human-it is a part of man, and of one world with all the rest. There must be a drift, if one will

²⁸³ Joyce, Craig, *The Rise of the Supreme Court Reporter: An institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy*, 83 Michigan L. Rev. 1291 (1985) reimpresso en Langbein, John H., ed., *The History of the Common Law: The development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen Publishers, New York, 2009, p.

²⁸⁴ Reiman Mathias W., ‘The Common Law and German Legal Science’, según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 77

*go prepared and have patience, which will bring one out to daylight and a worthy end.*²⁸⁵

Con las anteriores palabras, Oliver Wendell Holmes, Jr. describía a un grupo de estudiantes de la Universidad de Brown en el año de 1897 la manera en que se sentía mientras era estudiante de Derecho. Vemos que lo describe como un viaje por el océano en el que no se cuenta con mapas, ni luces que nos señalen el camino. Donde el viajero tan solo se encuentra acompañado por la niebla, la oscuridad y el frío, sin flores primaveras ni alegrías y que sin embargo, al pensar en la naturaleza humana del Derecho se tiene la esperanza de que si uno es paciente alguna corriente lo ha de guiar hacia la luz del día y nos llevará a un final valioso. Vemos pues como se refleja en Oliver Wendell Holmes, Jr., unos 30 años después de su graduación lo caótico de sus estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. ¿Qué experiencias llevaron a Oliver Wendell Holmes, Jr. a desarrollar una visión tan tétrica sobre los estudios de derecho? ¿Serían sus experiencias similares a las de los demás estudiantes de su época? ¿En que consistía el estudio del derecho en la década de 1860? Con esas preguntas en mente, veamos más en detalle el proceso educativo de los abogados norteamericanos.

Desde la época colonial hasta ya entrado el siglo XIX la manera más común de convertirse en abogado era la que se conocía como “reading the law”.²⁸⁶ Esto es, para convertirse en abogado bastaba con que el

²⁸⁵ Holmes, Oliver Wendell, “Brown University-Commencement 1897” publicado originalmente por Harcourt, Brace and Company, New York, 1920 y reimpresso en *The Collected Legal Papers*, Dover Publications, Mineola, New York, 2007, p. 164-165.

²⁸⁶ Para que tengamos una idea de lo arraigada que era la tradición de que para ser abogado bastaba con leer el derecho (reading the law) basta con señalar que en el año de 1941 tomó posición de su cargo como Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el Juez James F. Byrnes convirtiéndose así en el último de los jueces del Tribunal Supremo que fuera admitido a la profesión mediante la lectura del derecho “reading the law”. Cabe señalar además, como testimonio de la poca importancia que se le daba a la educación jurídica normal, que el Juez Stanley Reed sirvió en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos entre el 1938 hasta el 1957, convirtiéndose

aspirante se dedicara a la lectura independiente de distintos escritos relacionados con el derecho y a que tuviese una experiencia práctica trabajando como aprendiz en una oficina legal.²⁸⁷ No fue hasta la década del 1890 que el American Bar Association²⁸⁸ comenzó a presionar a los distintos estados para que limitaran la admisión a la práctica del derecho a aquellas personas que completaran estudios especializados en el campo del derecho en instituciones postgraduadas.²⁸⁹

La Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard fue establecida el 17 de mayo de 1817, cuando la corporación que administraba la Universidad de Harvard adoptó un plan para el desarrollo de una Escuela de Derecho presentado por el entonces Juez Presidente del Tribunal Supremo de Massachusetts, Isaac Parker, quien desde el año de 1815 ofrecía anualmente una serie de conferencias sobre Derecho en la Universidad de Harvard con parte de su nombramiento como Royal Professor of Law posición que ocupó hasta 1827.²⁹⁰ Ese mismo día se

así en el último juez en retirarse de aquellos que habían sido nombrados sin haberse graduado una escuela de Derecho (aunque había estudiado derecho en la Universidad de Virginia y en la Universidad de Columbia, nunca llegó a graduarse). Por su parte el Juez Robert H. Jackson, quien sirvió en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos entre (1941-1954) fue el último juez en ser nombrado al Tribunal Supremo sin haberse graduado de una escuela de Derecho (había estudiado en Albany Law School pero tampoco llegó a graduarse).

²⁸⁷ Albert J. Harno, *Legal Education in the United States: A Report Prepared for the Survey of the Legal Profession*, San Francisco: Bancroft-Whitney Company, 1953. v, 211 pp. Reprinted 2004 by The Lawbook Exchange, Ltd., p. 19-20.

²⁸⁸ El American Bar Association había sido fundado en 1878.

²⁸⁹ El informe fue finalmente aprobado por el American Bar Association en el año de 1897. Albert J. Harno, *Legal Education in the United States: A Report Prepared for the Survey of the Legal Profession*, San Francisco: Bancroft-Whitney Company, 1953. v, 211 pp. reimpresso en el 2004 por The Lawbook Exchange, Ltd., p. 86-87.

²⁹⁰ La posición de Royall Professor of Law, fue establecida gracias a Isaac Royall un ciudadano de Massachusetts que en su testamento reservó una partida para que se estableciera en la Universidad de Harvard una plaza para un profesor de Derecho o para un profesor de física. La Universidad de Harvard optó por establecer la plaza de un profesor de Derecho escogiendo para ese puesto a Isaac Parker quien era Juez Presidente del Tribunal Supremo de Massachusetts. Los deberes del Royall Professor no eran el enseñar Derecho a los estudiantes sino el ofrecer una serie de conferencias anuales sobre el tema del Derecho. Harvard Law School Association, *The Centennial*

nombró como el primer profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard a Asahel Stearns, quien estaría a cargo de la administración de la Escuela, desarrollar los cursos a ofrecerse, examinar y ofrecer a los estudiantes conferencias, actuando como su un tutor de cada alumno.²⁹¹

La Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard pasó a ocupar un edificio de dos pisos propiedad del Harvard College y que había servido con anterioridad como una casa para profesores. La estructura contaba con tres cuartos en la planta baja fueron asignados a la Escuela de Derecho, uno de ellos servía como oficina del Profesor Asahel Stearns, otro de unos 30 pies de largo era usado como biblioteca y lugar para ofrecer clases y el tercero y más pequeño era utilizado como oficina para el bibliotecario. El trabajo principal de los estudiantes durante esa época era la lectura individual de los libros que les eran asignados, pues el asistir a clase no era requisito, y el tomar pruebas cortas “quizzes” sobre el material asignado. Durante sus primeros 12 años de existencia, la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard tuvo un promedio de menos de 9 estudiantes por año y de estos 9 no todos asistían regularmente a los cursos y algunos de ellos se daban de baja sin terminar sus estudios.²⁹²

A pesar de que en sus primeros años la educación jurídica en la Escuela de Derecho de Harvard fue objeto de un sinnúmero de críticas, al punto

History of the Harvard Law School, 1817-1919, Harvard Law School Association, 1918, p. 2-3.

²⁹¹ El profesor Stearns estaría a cargo de administrar la escuela, ofrecer todas las materias y servir a los estudiantes como tutor. Aunque al establecerse la Escuela de Derecho se hacía bajo a creación de un nuevo departamento en la Universidad de Harvard, el salario del profesor Stearns sería pagado por los propios estudiantes. Harvard Law School Association, *The Centennial History of the Harvard Law School, 1817-1919*, Harvard Law School Association, 1918, p. 4-.

²⁹² Harvard Law School Association, *The Centennial History of the Harvard Law School, 1817-1919*, Harvard Law School Association, 1918, p. 4-5.

que motivaron la renuncia del Profesor Asahel Stearns,²⁹³ esta también tuvo sus aciertos, uno de ellos fue el establecimiento de un Tribunal de Práctica “Moot Court” donde los estudiantes argumentaban casos ficticios ante el Profesor Stearns quien hacía las veces de Juez.²⁹⁴ El Tribunal de Práctica ofrecía a los estudiantes un contacto supervisado de lo que sería el trabajo legal y de esta manera se enmarcaba la experiencia educativa ofrecida por la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard como una educación eminentemente práctica.

Al momento en que Oliver Wendell Holmes, Jr. comienza sus estudios, apenas habían transcurrido unos 47 años desde la fundación de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Para ese entonces, la Escuela de Derecho no contaba con ningún requisito de admisión, razón por la cual incluía entre sus estudiantes tanto personas brillantes como mediocres.²⁹⁵

Para octubre de 1864, fecha en que Oliver Wendell Holmes, Jr. comienza sus estudios de derecho, la facultad de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard estaba compuesta por apenas 3 profesores, ninguno de ellos podía considerarse como un académico, aunque todos

²⁹³ El Profesor Stearns renunció a su puesto en la Escuela de Derecho de Harvard en el 1829 como resultado de las fuertes críticas que se le hacían al trabajo de la institución. Harno, Albert J., *Legal Education in the U.S.: A Report Prepared for the Survey of the Legal Profession*. San Francisco: Bancroft-Whitney Company, 1953. v, 211 pp. Reprinted 2004 by The Lawbook Exchange, Ltd., p. 40. En la edición del American Law Journal mientras Oliver Wendell Holmes, Jr. fungía de editor apareció un fuerte crítica que tildaba a la Escuela de Derecho de Harvard como una desgracia y señalaba que los grados que otorgaba solo atestiguaban que el portador había residido por un tiempo en Cambridge o Boston. Harvard Law School, 5 Am. L. Rev. 177 (1870). Aunque como bien señala, su biógrafo White al finalizar su primer año de estudios el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. se manifiesta satisfecho de la educación recibida hasta el momento. White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 91.

²⁹⁴ Harvard Law School Association, *The Centennial History of the Harvard Law School, 1817-1919*, Harvard Law School Association, 1918, p. 5.

²⁹⁵ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 169.

ellos contaban con gran experiencia práctica del derecho. Uno de esos profesores era Emory Washburn, de 64 años, quien había servido en las dos ramas legislativas del Estado de Massachusetts, además de haber sido juez y gobernador de dicho Estado. El profesor Joel Parker, era el Decano en funciones de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, en aquel entonces contaba con 69 años de edad, había sido legislador y Juez Presidente del Tribunal Supremo del Estado de New Hampshire. Por último, el profesor Theophilus Parsons, de 67 años, cuyo padre, que tenía el mismo nombre había formado parte de la Asamblea Constitucional del Estado de Massachusetts y había si Juez Presidente del Tribunal Supremo de dicho Estado.²⁹⁶

La idea de que la mejor forma de estudiar el Derecho era mediante la lectura individual de textos y decisiones judiciales “read law” todavía permeaba el ambiente de la Escuela de Derecho de Harvard. El método de enseñanza utilizado era la conferencia y se recomendaba a los estudiantes hacer unas lecturas suplementarias escogidas por sus profesores. Sin embargo, no se requería que los estudiantes asistieran a las conferencias, de hecho, el principio que regía la enseñanza del Derecho era que los estudiantes debían ser autodidactas. Tampoco existía un currículo establecido con cursos requisitos o prerrequisitos de otros cursos, como cuestión de hecho, no fue hasta 1906, esto es unos 40 años después de que Oliver Wendell Holmes, Jr. terminara su carrera de Derecho, que la Asociación Americana de Escuelas de Derecho

²⁹⁶ Para una descripción de los métodos de enseñanza preferidos por cada uno de estos profesores puede verse a Harvard Law School Association, *The Centennial History of the Harvard Law School, 1817-1919*, Harvard Law School Association, 1918, p. 19-20. Para una descripción detallada de los profesores que tuvo Oliver Wendell Holmes, Jr. puede versa a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 167-169.

(Association of American Law Schools) adopta como un requisito que las escuelas de derecho tengan un currículo de tres años de estudio.²⁹⁷

Durante los años en los que Oliver Wendell Holmes, Jr. estudió en la Escuela de Derecho de Harvard, los cursos podían ser tomados en cualquier orden y el número de cursos tomados en un área del Derecho dependía de los intereses de los estudiantes. Sin embargo, no todo quedaba al arbitrio de los estudiantes, pues existía un grupo de cursos recomendados para aquellos estudiantes que tenían interés en ser admitidos a la práctica de la profesión legal. De igual manera si un estudiante tenía interés vocacional de trabajar en el área mercantil, la Escuela de Derecho le recomendaba los cursos a tomar. Si bien el programa sugerido cubría dos años de estudio, a los estudiantes sólo se les requería, una residencia de 18 meses para obtener su grado. La Escuela de Derecho no tenía ningún requisito de aprobación de exámenes para obtener el grado.²⁹⁸ Cabe señalar que a pesar de que el requisito de residencia era de 18 meses, como regla general, el grado era conferido cuando el estudiante completaba dos años de estudio.²⁹⁹

Al entrar a la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, Oliver Wendell Holmes, Jr., se encontró frente a una cantidad increíble de decisiones judiciales y muy poca organización en su campo de estudio. En aquella época las únicas obras abarcadoras que intentaban ofrecer alguna organización al estudio del Derecho Común eran las de Blackstone y Kent. Cabe señalar que para la fecha en que el Oliver Wendell Holmes, Jr. comenzó a estudiar Derecho, ya habían transcurrido

²⁹⁷ Albert J. Harno, *Legal Education in the United States: A Report Prepared for the Survey of the Legal Profession*, San Francisco: Bancroft-Whitney Company, 1953. v, 211 pp. Reprinted 2004 by The Law book Exchange, Ltd., p. 95.

²⁹⁸ Morrison, Samuel E., *Three Centuries of Harvard*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1936, p. 336.

²⁹⁹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 170

unos cien años desde que los *Commentaries* de William Blackstone sobre el Derecho Común Inglés habían sido publicados, mientras que en el caso de los *Commentaries on American Law* de James Kent, publicados originalmente entre los años 1826-30, estarían por cumplir 34.³⁰⁰

Ninguna de estas dos obras resultaba satisfactorias para el joven Oliver Wendell Holmes, Jr., Desde su perspectiva la obra de William Blackstone era demasiado llana en cuanto principios legales y estructura lógica se refiere, por lo que no resulta útil si se pretende un estudio exhaustivo del Derecho Común. En cuanto a la obra de James Kent, entendía Oliver Wendell Holmes, Jr. que su organización era caótica y confusa.³⁰¹

Como cuestión de hecho, podemos señalar que Oliver Wendell Holmes, Jr. llegó a sentirse sumamente agobiado durante su primer semestre como estudiante de Derecho, debido a la falta de organización del Derecho Común Norteamericano. El futuro Juez percibía en sus primeros años al Derecho Común Norteamericano como un extenso campo de conocimiento, que era dividido en distintas parcelas que parecían tener muy poca relación entre ellas, un sistema donde se multiplicaban los precedentes hasta convertirse en inmanejables, y que era a su vez expresado, mediante un oscuro lenguaje legado por generaciones anteriores.³⁰²

Recordemos aquí a cita expuesta al comenzar este capítulo cuando el propio Holmes, Jr. 31 años después de su graduación, utilizando el lenguaje poético que le caracterizaba, ofreció un mensaje de inicio de

³⁰⁰ Oliver Wendell Holmes, Jr. Comenzó sus estudios en la Escuela de Derecho de Harvard para octubre de 1864.

³⁰¹ Reiman Mathias W., 'The Common Law and German Legal Science', según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 77.

³⁰² Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 99.

curso a los estudiante que entraban a la Universidad de Brown la manera en que sintió al comenzar sus estudios de Derecho:

*My way has been by the ocean of the law . . . There were few of the charts and lights for which one longed when I began. One found oneself plunged in a thick fog of details – in a black and frozen night, in which were no flowers, no springs, no easy joy.*³⁰³

Tal vez lo que más impresiona de esta cita es lo impactante que resultan sus imágenes, el enfrentarse al estudio del Derecho representaba para el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. un viaje por un vasto océano sin la ayuda de mapas o luces que guíen su camino, era como entrar en una densa niebla de detalles en una noche oscura y fría. Ante esta situación el joven Holmes, Jr. se entregó al estudio con una disciplina militar, asistía a las conferencias y leía todos los textos recomendados por sus profesores, con el tiempo fue familiarizándose con los distintos tópicos hasta poder dominarlos con soltura.³⁰⁴ Ya para su tercer semestre había agotado los ofrecimientos de la Escuela y dejó de asistir a las conferencias que brindaban los profesores. Utilizó el tiempo que le quedaba disponible para comenzar a trabajar como practicante en la oficina legal de su primo, Robert “Bob” Morse donde tuvo la oportunidad de trabajar con casos reales,³⁰⁵ esto le permitió ver de cerca la manera en que día a día se practicaba la profesión de abogado.³⁰⁶

³⁰³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Brown University – Commencement 1897” publicado en Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Collected Legal Papers*, Dover Publications, Mineola, New York, 2007, p. 164.

³⁰⁴ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 171-172.

³⁰⁵ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 102.

³⁰⁶ Menciona Holmes Jr. que en la oficina de Bob Morse “I saw a real writ, acquired a practical conviction of the difference between assumpsit and trover, and marveled open-mouthed at the swift certainty with which a master of his Business turned it off.” Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Speech at a dinner given to Chief Justice Homes by the Bar Association of Boston on March 7, 1900” publicado en Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Collected Legal Papers*, Dover Publications, Mineola, New York, 2007, p. 244.

El aspecto práctico del Derecho revistió gran importancia para Oliver Wendell Holmes, Jr. desde sus comienzos como estudiante de Derecho. Recordemos que uno de los elementos distintivos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard era la integración del elemento práctico a través de los Tribunales de Práctica (Moot Court). Los casos que llevaban los estudiantes eran vistos ante el Profesor Joel Parker, quien había sido Juez Presidente del Tribunal Supremo de New Hampshire. Era tanto el interés del joven Oliver Wendell Holmes, Jr. en lucir bien ante el Juez Parker, que en una ocasión al levantarse para hablar no pudo continuar con su argumentación pues sintió un fuerte dolor en el lado izquierdo de la cara y el cuello, dolor que lo paralizó momentáneamente. Una vez repuesto del incidente el joven Holmes, Jr. lo atribuyó a un nervio que debió lastimarse como resultado de la herida sufrida en la batalla de Antietam.³⁰⁷

A pesar de haber dejado de asistir con regularidad a las conferencias a partir de su tercer semestre, Oliver Wendell Holmes, Jr. obtuvo el título que ofrecía la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard en el verano de 1866. Y si bien su primera experiencia con el estudio del Derecho había resultado ser algo frustrante, unos 20 años después de haberse graduado de la Escuela de Derecho de Harvard, Oliver Wendell Holmes, Jr. recordaba sus antiguos maestros con mucho orgullo, veamos por ejemplo lo expresado en su discurso con motivo de la celebración del 250 aniversario de la Fundación de la Universidad de Harvard:

*In my day the Dean of this School was Professor Parker,
the Ex-Chief Justice of New Hampshire, who I think*

³⁰⁷ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 171; puede verse además a Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 98.

was one of the greatest of American judges, and who showed in the chair the same qualities that he made famous on the bench. His associates were Parsons, almost if not quite a man of genius, and gifted with a power of impressive statement which I do not know that I have ever seen equaled; and Washburn, who taught us all to realize the meaning of the phrase which I already have quoted from Vangerow, the “enthusiasm of the lecture room.” He did more for me than the learning of Coke and the logic of Fearne could have done without his kindly ardor.³⁰⁸

Y al hablar de la Escuela de Derecho de Harvard se refiere a ella de manera elogiosa:

Yet this School has been, is, and I hope will be, a centre where great lawyers perfect their achievements, and from which young men even more inspired by their example than instructed by their teaching, go forth in their turn, not to imitate what their masters have done, but to live their own lives more freely for the ferment imparted to them here.³⁰⁹

Si bien no se puede descartar el efecto psicológico que tiene el recordar tiempos pasados, resumido en la frase de “todo tiempo pasado fue mejor”, nos parece sin embargo que sus palabras son sinceras. En la descripción que hace de sus profesores demuestra admiración y un profundo aprecio y al hablar de su Alma Mater, sus palabras destilan el profundo orgullo que sentía al haberse graduado de Escuela de Derecho de Harvard.

³⁰⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Use of Law Schools,” Oration before the Harvard Law School Association, at Cambridge, November 5, 1886, on the 250 Anniversary of Harvard University, publicado en Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Collected Legal Papers*, Dover Publications, Mineola, New York, 2007, p. 43.

³⁰⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Use of Law Schools,” Oration before the Harvard Law School Association, at Cambridge, November 5, 1886, on the 250 Anniversary of Harvard University, publicado en Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Collected Legal Papers*, Dover Publications, Mineola, New York, 2007, p. 46-47.

Una vez terminada su educación formal Oliver Wendell Holmes, Jr., como era costumbre en la alta sociedad de la época, realizaría ese verano un viaje a Europa, con la idea de redondear su educación. Era común para los jóvenes de la alta sociedad Bostoniana el realizar un viaje al continente europeo que incluyera Inglaterra, Francia, Alemania e Italia, una especie de viaje de formación cultural. Aunque para Oliver Wendell Holmes, Jr. el objetivo principal de su viaje era entrar en contacto con la alta sociedad inglesa, para esto llevaba cartas de presentación escritas por distinguidas personas de la sociedad Bostoniana. Estas cartas estaban dirigidas mayormente a dos grupos de personas, el primero de ellos incluía a los caballeros ingleses que habían sido simpatizantes del ejército de la Unión durante la Guerra Civil Norteamericana; y el segundo grupo estaba compuesto por distinguidos académicos y escritores, quienes formaban una especie de aristocracia intelectual muy parecida a la que pertenecía el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. en la ciudad de Boston.³¹⁰

Así pues, durante el verano de 1866 Holmes Jr. abandonó la oficina de su primo Bob Morse durante el mes de abril para viajar hasta Inglaterra. Una vez en la ciudad de Londres, acudió a la embajada norteamericana que era dirigida por Charles Francis Adams, padre de su amigo de Harvard, Henry Adams, con la ayuda de éstos, procedió a entregar sus cartas de presentación.³¹¹Fue gracias a las gestiones realizadas por los Adams que Oliver Wendell Holmes, Jr. pudo hacer contacto con la crema y nata política, social y cultural de la ciudad de Londres.³¹²

³¹⁰ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 105.

³¹¹ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 104.

³¹² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 179.

Oliver Wendell Holmes, Jr. quedó sumamente impresionado por la vida en Londres, le encantaba poderse reunir con personas de alta sociedad y experimentar la vida del “gentleman” inglés. Fue en este viaje donde se encuentra con Leslie Stephen con quien pudo compartir sus intereses en el campo de la filosofía y en el desarrollo de la teoría evolutiva.³¹³ Entre las personalidades con las que entablaría relación durante su viaje se encuentran además: el afamado pensador John Stuart Mill,³¹⁴ el líder liberal de la cámara de los comunes, William Gladstone,³¹⁵ el abogado y escritor Tom Hughes³¹⁶, el abogado criminalista y escritor James Fitzjames Stephen.³¹⁷ Fue precisamente por medio de Fitzjames Stephen que conoció el deporte del alpinismo y recibió una invitación para viajar a Suiza y participar de una excursión por los Alpes.

³¹³ Novick, Sheldon 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, p. 9. Aunque en la breve biografía que forma parte del primer volumen de “The Collected Works of Oliver Wendell Holmes” citada al comienzo de esta nota, Sheldon Novick señala que Oliver Wendell Holmes, Jr. conoció a Leslie Stephen en este viaje a Londres, Liba Baker indica que Holmes, Jr. ya había conocido a Leslie Stephen tres años antes cuando Stephen había viajado Boston para conocer al Dr. Holmes, Sr. para ese entonces Oliver Wendell Holmes, Jr. se encontraba en la casa paterna mientras se reponía de las heridas recibidas en el talón durante la batalla de Fredericksburg. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 182.

³¹⁴ John Stuart Mill fue un distinguido filósofo que hizo grandes aportaciones a los campos de la economía política, la teoría social y la teoría política. Wilson, Fred, “John Stuart Mill”, publicado en, Zalta, Edward N., Ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2012. <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/mill/>>. Oliver Wendell Holmes, Jr. estaba tan entusiasmado con la oportunidad de conocer personalmente a John Stuart Mill que antes de zarpar relejó el ensayo de Mill titulado Consideraciones sobre el Gobierno Representativo (On Representative Government) Véase a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 180.

³¹⁵ Quien dos años mas tarde sería electo primer ministro (cargo que ocuparía nuevamente en tres ocasiones). Para una biografía detallada puede verse a Matthew, H. C. G., *Gladstone. 1875–1898*, Oxford University Press, 1995, p. 706.

³¹⁶ Autor de la novela *Tom Brown’s School Days*. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 105.

³¹⁷ Hermano mayor de Leslie Stephen, con quien Oliver Wendell Holmes, Jr. establecería una larga amistad.

Luego de permanecer en Londres por unas 5 semanas y una vez cumplida su misión de inserción en la sociedad londinense, el resto del viaje quedaba a la discreción de Oliver Wendell Holmes, Jr. Ante la posibilidad del brote de una guerra en Europa, el joven Holmes, Jr. prefirió alterar su viaje y en lugar de visitar Italia y Alemania, decidió viajar tan solo a Paris y luego a Suiza, donde se unió a Leslie Stephen para participar de la excursión por los Alpes a la cual el hermano mayor de Leslie le había invitado. Esos días en los Alpes permitieron a Oliver Wendell Holmes, Jr. enfrascarse en largas conversaciones filosóficas con Stephen quien para ese tiempo estaba escribiendo su *History of English Thought in the Eighteenth Century*.³¹⁸

Una vez terminada su aventura alpina, la cual resultó ser un reto físico mucho más fuerte de lo esperado,³¹⁹ Oliver Wendell Holmes, Jr. regresaría a Inglaterra. Durante ese breve regreso a Inglaterra tuvo la oportunidad de descansar y reponerse del esfuerzo realizado al escalar las montañas de los Alpes, primero en la casa de campo de Sir John Kennaway situada en Devonshire y luego en Escocia como invitado del Duque de Argyll en el castillo de Inverary, casa de los ancestros del Duque. Esta última etapa de su viaje de verano, duró unas cuatro semanas, luego partiría de regreso hacia los Estados Unidos el 1ero. de septiembre de 1866.³²⁰

³¹⁸ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 185.

³¹⁹ Como consecuencia de los rigores de la expedición por los Alpes, Oliver Wendell Holmes, Jr. sufrió una fuerte insolación y tenía sus pies lastimados de tal manera que no podía caminar sin cojear. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 108-110.

³²⁰ De esta manera Oliver Wendell Holmes, Jr. pudo experimentar las tradiciones y los lujos reservados para la nobleza en Inglesa, donde tuvo la oportunidad de ir de cacería durante las mañanas y participar de tertulias sobre arte y filosofía durante las noches. White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 101 y Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 186.

Las experiencias vividas por Oliver Wendell Holmes, Jr. en su viaje a Europa, contrastaban enormemente con las vividas en la ciudad de Boston. Mientras en Inglaterra la inserción en la sociedad Inglesa captaba toda su atención, en Boston sus esfuerzos estaban dirigidos al aspecto profesional, y su vida se reducía prácticamente a sus estudios de Derecho y a su trabajo como practicante en la oficina legal de su primo, Robert “Bob” Morse. Podemos apreciar como en la vida de Oliver Wendell Holmes, Jr. en la ciudad de Boston, el aspecto social queda relegado a un segundo plano.

Por medio de una abundante correspondencia Oliver Wendell Holmes, Jr. mantuvo vivas las relaciones de amistad que comenzó a cultivar durante su viaje a Inglaterra, al punto que Inglaterra se convirtió en su destino favorito. Acostumbraba a viajar solo y a frecuentar las mismas amistades y los lugares ya conocidos, visitándolos en 1889, 1896, 1898, 1901, 1903, 1907, 1913.³²¹ Podemos pues concluir que la inmersión de Oliver Wendell Holmes, Jr. en la vida social inglesa no solamente fue exitosa, sino que vino a llenar un vacío social que existía en su vida, tanto como estudiante de Derecho, como posteriormente en su vida profesional como abogado y juez.

4.2 PRÁCTICA DE LA ABOGACÍA

4.2.1 CONTEXTO MERCANTIL Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO COMÚN NORTEAMERICANO.

La sociedad norteamericana a la que se reintegra Oliver Wendell Holmes, Jr. al terminar la Guerra Civil se caracterizaba por el desarrollo vertiginoso de la industria y el comercio. Como resultado de la Guerra

³²¹ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p 102.

Civil el Gobierno de los Estados Unidos y los gobiernos de los estados, principalmente de aquellos en los que se libraron grandes batallas, se enfrentaron a la necesidad de la reconstrucción, tanto material como espiritual de la nación. Como parte de dicha reconstrucción en los años posteriores a la Guerra Civil, la industria y comercio adquirieron suma importancia.

Previo a la Guerra Civil la sociedad norteamericana se debatía entre dos visiones de mundo, por un lado un sur esclavista y agrario, con una visión descentralizada, individualista, democrática; mientras que del otro lado se encontraba un norte industrializado con una visión de mundo centralizada, capitalista y ambiciosa. Luego de la Guerra Civil la industrialización llevó la voz cantante en el quehacer económico de los Estados Unidos y la visión agraria quedó relegada mayormente a los agricultores que se estaban estableciendo en los nuevos territorios del oeste de la nación.³²²

El desarrollo industrial posterior a la Guerra Civil, como ya mencionáramos, fue realizado a pasos agigantados, a modo de ejemplo podemos señalar que en la década entre 1870 y 1880 la economía de los Estados Unidos registró el mayor crecimiento en su historia.³²³ Fue un periodo de expansión industrial especialmente en el campo de la industria pesada, la minera y la ferroviaria. Al desarrollo económico acelerado, el gobierno federal respondió diseñando políticas que permitieron incrementar su ritmo, políticas como fueron la concesión de tierras a compañías ferroviarias o la política del *laissez-faire* mediante la

³²² Parrington, Vernon L., *The Beginnings of Critical Realism in America: 1860-1920*, Harcourt, Brace & World, Inc., New York, 1958, p. 3-7.

³²³ Kirkland, Edward C., *Industry Comes of Age: Business, Labor, and Public Policy, 1860-1897*, Quadrangle Books, 1967) p. 400-405.

cual se eliminaban las barreras al comercio y se dejaba la regulación de la empresa en manos del mercado.³²⁴

4.2.2 ADMISIÓN AL “MASSACHUSETTS BAR” (9 DE MARZO DE 1867) Y TRABAJO CON LA FIRMA CHANDLER, SHATTUCK Y THAYER EN BOSTON. (OCTUBRE 1866-1870)

Ante este marco económico, no resulta extraño que Oliver Wendell Holmes, Jr., ya de regreso en los Estados Unidos luego de su viaje por Europa, estuviera interesado en formar parte de ese renacer económico de la nación norteamericana. Ante la necesidad de conseguir un trabajo para ganar su sustento, el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. comenzará su carrera profesional como abogado, trabajando para una firma cuya práctica legal estaba relacionada al aspecto mercantil y que contaba entre sus clientes con algunos de los actores partícipes de esa época de expansión económica.

Ya para el 18 de octubre de 1866, Oliver Wendell Holmes, Jr. se encontraba trabajando para los abogados George Otis Shattuck y James Bradley Thayer, de la oficina legal de Chandler, Shattuck y Thayer.³²⁵ Esta oficina se dedicaba principalmente a al derecho mercantil y de almirantazgo y su clientela incluía bancos, ferrocarriles, aseguradoras y compañías de barcos de vapor.³²⁶ Resulta importante señalar que Oliver

³²⁴ White, Edward G., “From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America” en *Patterns of American Legal Thought*, Quid Pro Books, New Orleans, 2010, p. 66.

³²⁵ Comenzó así un periodo de 14 años durante el cual Oliver Wendell Holmes, Jr. estaría ligado a la práctica de la profesión de abogado. White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 103.

³²⁶ Entre los clientes de la oficina para la cual trabajaba Oliver Wendell Holmes, Jr. se encontraban las siguientes compañías: National Bank of America, Boston Railroad Company, Boston Water Power Company, Broadway Horse Railroad Company, Merchant’s Steam Ship Company, Etna Insurance Company, Grand Trunk Railroad Company and the National Tube Works. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 188-189.

Wendell Holmes, Jr. comenzó a trabajar mientras se preparaba para su examen de admisión a la práctica de la abogacía (Bar Examination) por lo que tenía que dividir su tiempo entre las tareas de la oficina y el estudiar para su examen. Afortunadamente, gracias a los intereses y características personales de sus compañeros de trabajo, Oliver Wendell Holmes, Jr. encontró en ellos la comprensión, el apoyo y la orientación que todo joven aprendiz de un oficio necesita.

La oficina legal había sido fundada por Peleg Chandler quien fue un exitoso abogado pero al momento en Oliver Wendell Holmes, Jr. comienza a trabajar ya no se dedicaba a la litigación debido a su edad y a su sordera. El principal abogado litigante de esa oficina era George Otis Shattuck, quien, al igual que Oliver Wendell Holmes, Jr. había comenzado a trabajar en allí, al inicio de carrera como abogado, unos 12 años antes que Holmes, Jr. Con el paso del tiempo y siempre bajo la tutela de Peleg Chandler, George Otis Shattuck, quien al igual que Oliver Wendell Holmes, Jr. era graduado de Harvard, se había desarrollado como un prestigioso abogado litigante.

Ante el retiro de Peleg Chandler, de las actividades legales, el funcionamiento de la oficina había quedado en manos de George Otis Shattuck, quien fue el responsable de reclutar al otro socio, James B. Thayer, que también se había graduado de Harvard.³²⁷ Thayer, al igual que Holmes, Jr. era un abogado con una fuerte inclinación académica, de hecho más tarde se llegaría a convertir en profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard y con el pasar del tiempo sería

³²⁷ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 114.

considerado una verdadera autoridad en el campo del derecho constitucional.³²⁸

Si bien su experiencia profesional en la oficina legal de Chandler, Shattuck y Thayer marcó positivamente la vida de Oliver Wendell Holmes, Jr. podemos afirmar que su relación más significativa la tuvo con George Otis Shattuck. Más que una relación de trabajo, la relación entre Oliver Wendell Holmes, Jr. y George Otis Shattuck fue una de respeto y amistad. Tal vez por la diferencia en edad, pues Shattuck era 12 años mayor que Holmes, Jr., la relación entre ellos estuvo marcada por características paterno-filiales, en la que Shattuck se convirtió, más que en un tutor sobre aspectos legales, en un mentor de vida, aconsejando al joven Oliver Wendell Holmes, Jr., con la autoridad que confiere la experiencia en diversos aspectos del diario vivir. Veamos como el propio Oliver Wendell Holmes, Jr. describe su relación con George Otis Shattuck:

I owe Mr. Shattuck more than I ever have owed nay one else in the world, outside my immediate family. From the time when I was a student in this office until he died, he was my dear and intimate friend. He taught me unrepeatable lessons. He did me unnumbered kindnesses. To live while still young in daily contact with his sweeping, all-compelling force, his might of temperament, his swiftness (rarely found with such might), his insight, tact, and subtlety, was to receive an imprint never to be effaced. My education would have been but a thin and poor thing had I missed that great experience. The things he did for me in other practical ways even gratitude cannot enumerate or remember.³²⁹

³²⁸ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 189.

³²⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “George Otis Shattuck”, Answer to Resolution to the Bar, Boston, May 29, 1897, publicado en, *Speeches*, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008, p. 70.

Del escrito se percibe el gran aprecio y la admiración que Oliver Wendell Holmes, Jr. sentía por su mentor. El joven Holmes Jr. admiraba la manera en que George Otis Shattuck se relacionaba con los clientes, su capacidad para que dichos clientes, quienes llegaban agobiados por sus problemas y con rostros que reflejaban tensión y desasosiego, luego de hablar con Shattuck abandonaran la oficina con rostros tranquilos y serenos. Era la tranquilidad que ofrece la confianza y la certeza de que sus necesidades serían bien atendidas, todo esto como resultado de haber puesto sus problemas en manos de George Otis Shattuck. Su entonces discípulo, Oliver Wendell Holmes, Jr. lo describe de la siguiente manera:

He seemed to like to take great burdens upon himself, - not merely when there was a corresponding reward, but when his feelings were touched, as well. He was a model in his bearing with clients. How often have been men come to him borne down by troubles which they found too great to support, and depart with light step, having left their weight upon stronger shoulders.³³⁰

En cuanto al aspecto técnico-legal Oliver Wendell Holmes, Jr. admiraba las destrezas de Shattuck como abogado litigante, en especial su dominio del difícil arte de contrainterrogar testigos. Oliver Wendell Holmes, Jr. describe a George Otis Shattuck, en su capacidad de abogado litigante, de la siguiente manera:

His swiftness and tact, which I have mentioned, made him great in cross-examination, . . . Mr. Shattuck, while he was in the habit of trying cases, rarely made a mistake. He saw the bearing of every answer on every part of the evidence. If by any chance he got an unexpected reply, he adjusted himself to it in a flash,

³³⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "George Otis Shattuck", Answer to Resolution to the Bar, Boston, May 29, 1897, publicado en *Speeches*, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2008, p. 71.

*and met it by a new approach from some remote side. He could bring out the prejudices that unfitted a witness for just this case, and yet leave his general value and his personal feelings untouched, with a delicacy, clearness, and force that left me simply astounded.*³³¹

Ese era el tipo de abogado en el que Oliver Wendell Holmes, Jr. aspiraba a convertirse, un abogado diestro en el campo legal y al mismo tiempo un buen ser humano, lleno de pasión por la vida y su profesión. Luego de haber leído las palabras de Oliver Wendell Holmes, Jr. sobre su relación con George Otis Shattuck, podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que fueron sus experiencias de trabajo en la Oficina Legal de Chandler, Shattuck y Thayer y sobre todo la estrecha relación que mantuvo con su mentor George Otis Shattuck, las encargadas de delinear los contornos de la fuerte ética de trabajo que lo acompañaría en su práctica del Derecho, tanto como abogado litigante, como Juez y como académico.

En cuanto a su admisión a la práctica de la profesión de abogado, Oliver Wendell Holmes, Jr. tomó su examen entre los meses de febrero y marzo de 1867. La prueba de admisión a la abogacía consistía de un examen oral dividido en dos partes. La primera parte de su examen la tomó el martes 26 de febrero de 1867 y la segunda el sábado 2 de marzo terminando ambos exámenes de manera satisfactoria. Ya para el 4 de marzo de 1867 el socio fundador del bufete de Chandler, Shattuck y Thayer, Peleg Chandler solicitó la admisión de Holmes, Jr. para el condado de Suffolk. Siendo así admitido a la práctica de la profesión legal en Massachusetts y Oliver Wendell Holmes, Jr. se encargó del pago de los correspondientes derechos por el certificado de abogado.³³²

³³¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "George Otis Shattuck", Answer to Resolution to the Bar, Boston, May 29, 1897, publicado en *Speeches*, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2008, p. 71-72.

³³² White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 103, Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell*

Su primera argumentación oral ante el Tribunal Supremo de Massachusetts, la hizo el 11 de noviembre de 1867, en un caso que revestía complicados argumentos sobre la jurisdicción de los tribunales de Massachusetts. El abogado George Otis Shattuck y Oliver Wendell Holmes, Jr. defendían la posición de la parte demandante, argumentando que la viuda residente de Massachusetts podía demandar en los tribunales de Massachusetts a una compañía de ferrocarriles, por los daños que sufridos como resultado de la muerte de su esposo. El accidente que había ocasionado la muerte el esposo de su cliente tuvo lugar mientras éste era pasajero de dicha compañía de ferrocarriles viajando en un tren en Nueva York, que estaba bajo las leyes del Estado de Nueva York.³³³

Entre los jueces que escucharon la argumentación del caso se encontraba el Juez Ebenezer Hoar,³³⁴ quien quedó muy impresionado con la ejecución del joven abogado y así se lo hizo saber a su padre por medio de una carta en la que comparaba a Oliver Wendell Holmes Jr. con su abuelo materno el distinguido jurista Charles Jackson pero con la capacidad de utilizar con ciertas expresiones lingüísticas que le

Holmes, The Shaping Years, 1870-1882, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1957, p. 264 y Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 193-194, coinciden en su fecha de admisión al ejercicio de la abogacía. Novick Sheldon sin embargo, señala la fecha del 9 de marzo de 1867 como la fecha en que Oliver Wendell Holmes, Jr. fue admitido a la práctica de la abogacía. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 118

³³³ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 200.

³³⁴ El Juez Ebenezer Hoar fue un buen amigo de Charles Jackson, abuelo materno de Oliver Wendell Holmes, Jr. y quien sirvió como Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts por espacio de diez años. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 40-41.

recordaban la vena literaria del padre Oliver Wendell Holmes, Sr.³³⁵ Si bien el Juez Hoar reconoció el buen trabajo realizado por Oliver Wendell Holmes, Jr. su fallo resultó ser en contra de los demandantes representados por Holmes, Jr. Con el paso del tiempo, el caso llegó en apelación al Tribunal Supremo de los Estados Unidos bajo el nombre de *Dennick v. Central Railroad*, 103 US 11, 21 (1880), es en dicho foro donde unos 10 años después se revocó la decisión del Tribunal Supremo de Massachusetts, prevaleciendo finalmente la parte que fue representada por Oliver Wendell Holmes, Jr. y George Otis Shattuck.³³⁶

Oliver Wendell Holmes, Jr. continuó trabajando en la oficina legal de Chandler, Shattuck and Thayer por los próximos tres años. En sus comienzos la dedicación a la profesión de la abogacía ocupaba el centro de sus energías, pero a medida que pasaba el tiempo comienza a sentirse insatisfecho con una vida centrada en la tediosa práctica legal cotidiana, con su interés por la academia y el estudio profundo y sistemático del Derecho lo atraían cada vez con mayor fuerza.

Lo cierto es que Oliver Wendell Holmes, Jr., nunca se había apartado totalmente de sus intereses académicos y mientras trabajaba para la oficina legal de Chandler, Shattuck and Thayer, se mantenía activo en asuntos académicos, asistiendo a conferencias siempre que le era posible y utilizando sus noches y el tiempo libre para reseñar libros de Derecho y resumir la nueva jurisprudencia de los tribunales norteamericanos e

³³⁵ Tanto Novick como Baker relatan el incidente y reproducen parte de la carta dirigida a Holmes, Sr. con fecha del 14 de noviembre de 1867 y que forma parte de los documentos de Oliver Wendell Holmes, Sr. en la Biblioteca Houghton en la Universidad de Harvard. Véase a Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 118; y a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 201

³³⁶ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 201.

ingleses para la recién creada revista jurídica, el *American Law Review*.³³⁷

Poco a poco sus intereses académicos van ganándole espacio a la práctica del Derecho, ya para el 1870 sus actividades académicas comienzan a ser reconocidas por sus colegas, lo que se traduce en nuevas oportunidades de trabajo académico que requieren cada vez una mayor dedicación e inversión de su tiempo. Entre estas nuevas oportunidades de trabajo académico se encuentra la oportunidad de trabajar en la publicación de la 12ma. edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent. La oportunidad le surge cuando el nieto de James Kent le ofreció a James Bradley Thayer, uno de los socios del bufete donde trabajaba Oliver Wendell Holmes, Jr., que fuera el editor de la duodécima edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent, Thayer le solicitó ayuda a Oliver Wendell Holmes, Jr. con el proyecto de edición.³³⁸

Debido a sus inclinaciones académicas Oliver Wendell Holmes, Jr. se entregó en cuerpo y alma a trabajar en la edición y para poder dedicarle el tiempo necesario a sus nuevas obligaciones dejó su trabajo en el oficina Legal de Chandler, Shattuck and Thayer y decide abrir su propio despacho. La idea era tener un mejor manejo de su tiempo para así poder dedicarle mayor tiempo a sus tareas académicas.

³³⁷ El *American Law Review* fue publicada por primera vez en el año de 1866, el mismo año en que Oliver Wendell Holmes, Jr. se graduó de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. John Ropes y John Chipman Grey, dos jóvenes abogados, amigos de Oliver Wendell Holmes y también graduados de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard fueron sus fundadores y primeros editores. White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 103.

³³⁸ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 209.

4.2.3 OLIVER WENDELL HOLMES, JR. ESTABLECE SU PROPIO DESPACHO (1870)

Para el 1870, las actividades académicas de Oliver Wendell Holmes, Jr. se habían diversificado de tal manera, que se encontraba trabajando en la duodécima edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent,³³⁹ había sido nombrado, junto a su amigo Alexander Sedwick, co-editor del *American Law Review*³⁴⁰ y comienza a enseñar Derecho Constitucional en la Escuela de Derecho de Harvard.³⁴¹ Como es de imaginarse, durante esta etapa de su vida Oliver Wendell Holmes, Jr. había relegado la práctica activa de la abogacía a un segundo plano.

Edward Holmes, el hermano menor de Oliver Wendell Holmes, Jr. conocido familiarmente como Ned, quien también era egresado de la Escuela de Derecho de Harvard, había regresado a Boston, luego de haber trabajado en Washington como secretario del Senador Sumner y como oficinista para el Comité de Asuntos del Extranjero del Senado de los Estados Unidos. Una vez Ned llega a Boston, ambos hermanos se reúnen para establecer su propia oficina legal. Esta aventura profesional conjunta de los hermanos Holmes no duró mucho tiempo, en parte por el poco tiempo que Oliver Wendell Holmes, Jr. podía dedicarle a la oficina y en parte porque el padecimiento de asma de su hermano Ned se agravó

³³⁹ El trabajo como editor de los Comentarios de Kent le proporcionaba la módica suma de \$3,000 dólares por dos años, dinero que recibía en pagos trimestrales. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 121.

³⁴⁰ Oliver Wendell Holmes, Jr. y su amigo Alexander Sedwick, comenzaron su labor co-editorial en el *American Law Review* con la edición de octubre de 1870. Novick, Sheldon 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, p. 181.

³⁴¹ Oliver Wendell Holmes, Jr. fue contratado a tiempo parcial para enseñar Derecho Constitucional como parte del proyecto de modernización que había iniciado el nuevo presidente de la Universidad de Harvard Charles William Eliot, quien había sido tutor de matemáticas de Oliver Wendell Holmes, Jr. mientras este estudiaba en el Harvard College. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 205-206.

en el clima de Boston, al punto que le impidió seguir practicando la profesión de abogado.³⁴²

Como ya hemos señalado, durante el tiempo en que los hermanos Holmes mantuvieron su oficina legal juntos, la mayor parte del tiempo de Oliver Wendell Holmes, Jr. era dedicado a actividades, que si bien estaban relacionadas al derecho, no eran precisamente la práctica de la profesión de abogado. Su tiempo lo invertía mayormente trabajando en las anotaciones a la duodécima edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent, obra en la que trabajaba diariamente pues necesitaba cumplir con la fecha de entrega establecida por la casa editorial y el trabajo que se había propuesto realizar para la 12ma. edición era enorme. A esto podemos añadir que desde junio 1872 había sido nombrado como único editor del *American Law Journal*, comenzando su nombramiento con la edición de julio, aumentando así el tiempo que debía dedicarle a la publicación de esta revista.³⁴³

Otro acontecimiento que distrajo la atención de Oliver Wendell Holmes, Jr. de los asuntos de su oficina, fue su boda. Oliver Wendell Holmes, Jr. contrajo nupcias con su amiga de muchos años, Fanny Bowditch Dixwell en junio de 1872. La pareja de recién casados, Oliver Wendell Holmes, Jr. y Fanny Dixwell se conocían desde 1851 cuando Holmes, Jr. comenzó a estudiar en la Escuela de Latín de Epes Dixwell, quien era el padre de Fanny. La amistad entre los jóvenes fue creciendo con el paso del tiempo, ya bien a través de encuentros personales, ya a través de cartas cuando

³⁴² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 205.

³⁴³ Novick, Sheldon 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, p. 181.

Oliver Wendell Holmes, Jr. participó en la Guerra Civil o cuando viajó a Europa en 1866.³⁴⁴

A la fecha de la boda, Oliver Wendell Holmes, Jr. y Fanny Bowditch Dixwell contaban con 31 años de edad³⁴⁵, esto es ambos se encontraban por encima de las edades consideradas como ideales para casarse según los estándares sociales de aquella época. Si bien la boda entre Oliver Wendell Holmes, Jr. y Fanny Bowditch Dixwell, dado la posición social prominente de ambas familias, debió ser un acontecimiento en el Boston de la época, cabe señalar que no se mantuvo ninguna descripción de la boda que llegara hasta nuestros días.³⁴⁶

Los recién casados no tuvieron viaje de luna de miel y se instalaron en la vivienda de los padres de Oliver Wendell Holmes, Jr. El mes de julio de 1872, apenas un mes después de la boda, Fanny Bowditch Dixwell enfermó gravemente de fiebre reumática, enfermedad que la mantuvo en cama por largo tiempo. El cuidado médico durante su convalecencia lo recibía mayormente de parte del Dr. Holmes, Sr. y su esposa Amelia Jackson, mientras que Oliver Wendell Holmes, Jr. trataba dentro de lo posible de concentrarse en su trabajo editorial, para poder cumplir tanto con el *American Law Review*, con los plazos que tenía pactados con la casa editora de los *Commentaries on American Law* de James Kemp.³⁴⁷ Con el paso del tiempo la salud de Fanny fue mejorando y pudo reintegrarse poco a poco a la vida matrimonial junto a su esposo.

³⁴⁴ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 103-104.

³⁴⁵ Fanny Dixwell era casi tres meses mayor que Oliver Wendell Holmes, Jr., Fanny nació el 11 de diciembre de 1840, mientras que Oliver Wendell Holmes, Jr. había nacido el 8 de marzo de 1941.

³⁴⁶ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 222.

³⁴⁷ La asistente doméstica de la familia Holmes había enfermado gravemente de fiebre reumática y eventualmente murió de dicha enfermedad justo antes de que Fanny la contrajese. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 133.

El matrimonio entre Oliver Wendell Holmes, Jr. y Fanny Bowditch Dixwell, siguió las líneas esperadas en una sociedad patriarcal, el papel del hombre como proveedor y dedicado a los trabajos trascendentales, fue asumido por Oliver Wendell Holmes, Jr. y el papel de su esposa fue limitado a las tareas inmanentes del día a día, y a ofrecer a su marido el apoyo necesario para ser exitoso en su vida profesional. Solo desde la perspectiva de una sociedad patriarcal podemos entender la complementariedad que se daba entre ambos. Oliver Wendell Holmes, Jr., se encargaba de los asuntos profesionales y sociales del matrimonio, convirtiéndose así en una especie de cara social de la pareja, mientras que su esposa Fanny se encargaba mayormente de los asuntos domésticos, siendo su mayor preocupación el crear un ambiente favorable para que Holmes, Jr. pudiera trabajar y sentirse a gusto viviendo en la casa de sus padres.³⁴⁸ Cabe señalar que Oliver Wendell Holmes, Jr. siempre apreció la gran capacidad que demostraba Fanny Dixwell para manejar los aspectos domésticos de su vida, llegando a señalar que Fanny tenía la habilidad de darle calor de hogar a cualquier sitio donde fueran a vivir.³⁴⁹

Fuera de los asuntos domésticos, la única actividad en la que Fanny Dixwell mostraba interés era el bordado, llegando a preparar obras que se exhibieron en el Museo de Arte de Boston y en la sociedad de Damas de Arte Decorativo de Nueva York.³⁵⁰ Sin embargo, esta carrera artística fueron en cierta medida tronchadas por las demandas de la sociedad

³⁴⁸ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 223-230.

³⁴⁹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 226-227.

³⁵⁰ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 106; Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 260-261.

patriarcal y el papel que debía asumir la esposa de un Juez del Tribunal Supremo. De hecho, fuera del tiempo dedicado a bordar y a atender a las aves que tenía de mascotas, todo su día giraba alrededor de la figura de su esposo. A modo de ejemplo de la manera en que funcionaba la relación entre Oliver Wendell Holmes, Jr. y su esposa Fanny, podemos señalar como Fanny Dixwell acostumbraba a leerle diariamente a su esposo, libros sobre asuntos “livianos”, mientras Oliver Wendell Holmes, Jr. jugaba solitario³⁵¹. La idea detrás de la lectura diaria era que la vista de Oliver Wendell Holmes, Jr. no se afectara con este tipo de lectura, la cual era un asunto placer, y pudiera reservar su visión para realizar las lecturas más complejas que le requería su profesión de juez o simplemente las lecturas académicas de temas jurídicos, económicos, políticos y filosóficos, esto es de lecturas necesarias para aumentar su formación y prestigio como intelectual. Sin embargo, debemos señalar que era Fanny Dixwell quien tenía un historial de problemas de visión, mientras que Oliver Wendell Holmes, Jr. nunca padeció de la vista.³⁵²

El matrimonio de Oliver Wendell Holmes, Jr. y Fanny Dixwell nunca tuvo hijos.³⁵³ Sin embargo, esto no impidió que se mantuviesen unidos hasta la muerte de Fanny el 30 de abril de 1929, apenas mes y medio antes de celebrar su aniversario de bodas número 57. Oliver Wendell Holmes, Jr. le sobrevivió unos 5 años y 10 meses falleciendo el 6 de marzo de 1935.

³⁵¹ Por solitario nos referimos a un juego con naipes donde el jugador juega contra sí mismo.

³⁵² White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 108.

³⁵³ Una vez Oliver Wendell Holmes, Jr. fue nombrado Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, se trasladó a vivir con su esposa a la ciudad de Washington, D.C. y allí fue a vivir con ellos Dorothy Upham, una sobrina de Fanny Dixwell, que había quedado huérfana, convirtiéndose para el matrimonio Holmes-Dixwell en la hija que nunca tuvieron. Novick, Sheldon 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, p. 14 y Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 264-265.

Resumiendo este periodo de la vida de Oliver Wendell Holmes, Jr. en que tuvo oficina legal con su hermano Ned, podemos describirlo en el aspecto económico como un verdadero fracaso, sin embargo si ponemos la atención en el prestigio profesional de Oliver Wendell Holmes, Jr. o en su vida sentimental podríamos concluir que fue un buen año. El fracaso económico era esperado, pues como bien indicáramos anteriormente, la atención que Oliver Wendell Holmes, Jr. prestaba a su práctica profesional era muy limitada. Su atención estaba dividida, entre su trabajo sobre la duodécima edición de los *Comentarios* de Kent, su trabajo para el *American Law Review*, sus compromisos como profesor de Derecho en Harvard y sus asuntos personales, tales como su matrimonio y la grave enfermedad de su esposa. Todos estos asuntos requerían que Oliver Wendell Holmes, Jr. constantemente desviara su atención de los trabajos de la oficina. Estos factores unidos a la enfermedad respiratoria que aquejaba a su hermano Ned,³⁵⁴ tuvieron un efecto negativo en el desarrollo de su oficina legal. De esta manera la aventura de Oliver Wendell Holmes, Jr. de contar con su propio despacho legal había quedado atrás después de tan solo 3 años de vida.

Sin embargo, la independencia que le ofrecía el ser dueño de su propia oficina, permitía a Oliver Wendell Holmes, Jr., tener una mayor libertad para manejar su tiempo y poder así atender sus proyectos académicos. Fueron precisamente sus actividades y proyectos académicos los que, a pesar no resultar muy rentables desde el punto de vista económico, permitieron a Oliver Wendell Holmes, Jr. alcanzar cada vez más

³⁵⁴ El deterioro de la condición de Ned Holmes continuaría en aumento y finalmente lo llevaría a su muerte el 28 de julio de 1884. Al parecer su asma se había complicado con la enfermedad de malaria que aparentemente contrajo en Washington, D.C. mientras trabajaba para el Senador Sumner y el Comité de Relaciones Exteriores del Senado. Le sobrevivieron su esposa y un hijo de 11 años llamado Edward Jackson Holmes. Al momento de su muerte Ned Holmes contaba con tan solo 38 años de edad. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 286-287.

prominencia como intelectual entre los abogados practicantes en la ciudad de Boston.

Una vez su hermano Ned Holmes, debido a sus problemas respiratorios, se retira de manera definitiva de la práctica de la profesión de abogado, ante la poca rentabilidad que le ofrecía mantener una oficina abierta, en la que gran parte de su tiempo lo dedicaba al trabajo académico, y ante la apremiante realidad de tener que proveer para su sustento y el de su esposa, Oliver Wendell Holmes, Jr. se encontró en la necesidad de buscar nuevamente trabajo como abogado. Decidió entonces recurrir a su viejo amigo y primer mentor George Otis Shattuck, quien había dejado de trabajar en la Oficina Legal de Chandler, Shattuck and Thayer y hacía aproximadamente tres años atrás había establecido junto a William Adams Munroe su propia práctica legal.³⁵⁵

4.2.4 SE UNE EN CALIDAD DE SOCIO A LA FIRMA DE ABOGADOS DE GEORGE SHATTUCK, LA NUEVA RAZÓN SOCIAL "SHATTUCK, HOLMES Y MUNROE.

Oliver Wendell Holmes, Jr. comenzó a trabajar en calidad de socio en la oficina legal de su amigo George Otis Shattuck el 3 de marzo de 1873, constituyéndose así la oficina legal de Shattuck, Holmes y Munroe.³⁵⁶ Para esta fecha el calendario de trabajo de Oliver Wendell Holmes, Jr. se encontraba más relajado y contaba con más tiempo para dedicarlo a practicar la abogacía. En el mes de febrero había terminado su trabajo

³⁵⁵ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 131-132.

³⁵⁶ Esta oficina la había fundado George Otis Shattuck con su amigo Williams Adams Munroe hacía tan solo tres años. Véase a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 231.

en la duodécima edición de *Commentaries on American Law* de Kent,³⁵⁷ y había dejado en manos de Moorfield Storey y Samuel Hoar su trabajo como editor del *American Law Review*. Además, desde la primavera de 1873, había dejado de ofrecer cursos en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.³⁵⁸

Entre 1873 y 1881 el grueso de la actividad profesional de Oliver Wendell Holmes, Jr. fue dedicado a atender los clientes de la oficina de Shattuck, Holmes y Munroe. La práctica de la oficina legal eran mayormente asuntos comerciales y de almirantazgo; Oliver Wendell Holmes, Jr. se encargaba mayormente de la redacción de documentos legales, realizar argumentaciones orales en los casos apelativos y trabajar junto a George Otis Shattuck en los casos de almirantazgo.³⁵⁹ De hecho, fue la experiencia ganada por Oliver Wendell Holmes, Jr. en el campo del Derecho Marítimo (Admiralty Law) la que le ofreció la primera oportunidad de ocupar el estrado federal.³⁶⁰

La alta estima que sus compañeros abogados sentían por Oliver Wendell Holmes, Jr. puede ser apreciada cuando en el año de 1878 surge una vacante en el Tribunal Federal de Distrito de Massachusetts. Varios integrantes de la comunidad legal de Boston³⁶¹ se dieron a la tarea de

³⁵⁷ El trabajo de Oliver Wendell Holmes, Jr. en los comentarios de Kent terminó el 7 de febrero de 1873, su esposa Fanny se mantuvo ayudándolo con la lectura de las pruebas que enviaban los editores, mientras que sus asistentes de investigación Henry Parkman y Joseph Warner se encargaban de cotejar las notas al calce, verificar las citas y trabajar sobre el índice; el trabajo final salió publicado en una edición de 4 volúmenes el 13 de diciembre de 1873. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 138.

³⁵⁸ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 231.

³⁵⁹ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 139.

³⁶⁰ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 110.

³⁶¹ Entre los abogados practicantes de Boston que propulsaron la candidatura de Oliver Wendell Holmes, Jr. para el Tribunal de Distrito Federal de Massachusetts, podemos

propulsar la candidatura de Oliver Wendell Holmes, Jr. para dicho puesto. Sin embargo, la posición finalmente le fue otorgada a Thomas W. Nelson, quien fue el candidato respaldado por el Senador George F. Hoar en una reunión que sostuvo con el entonces Presidente de los Estados Unidos Rutherford B. Hayes.³⁶²

Durante sus años de práctica de la abogacía, Oliver Wendell Holmes, Jr. se convirtió en el abogado que en más ocasiones presentó argumentos orales ante el Tribunal Supremo de Massachusetts, al argumentar unos 32 casos, ganando 14 de ellos y perdiendo 18. También tuvo la oportunidad de llevar junto a George Otis Shattuck, un caso que llegó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, este caso fue ganado por la oficina de Oliver Wendell Holmes, Jr. en una decisión de 7 a 1. Sin embargo, del expediente no surge con claridad cuál de los dos abogados, George Otis Shattuck o Oliver Wendell Holmes, Jr., fue el encargado de la argumentación oral ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.³⁶³

Si bien es cierto afirmar que entre los años de 1873 y 1881, fechas en que Oliver Wendell Holmes, Jr. integrara la oficina legal de Shattuck, Holmes y Munroe, éste dedicó gran parte de su tiempo al trabajo de la

mencionar a J. P. Putnam, Godfrey Morse, John Gray, y J. B. Richardson. Cabe mencionar además, que el Hon. Horace Grey, quien ocupaba en ese entonces el puesto de Juez Presidente del Tribunal Supremo de Massachusetts, también realizó gestiones para promover la candidatura de Oliver Wendell Holmes, Jr. Véase a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 110-111 y a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 241.

³⁶² Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 54. Para un recuento de la reunión efectuada entre el Senador George F. Hoar y el Presidente Rutherford B. Hayes puede verse a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 241-242 y a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 111.

³⁶³ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 244.

oficina. No es menos cierto señalar que a Oliver Wendell Holmes, Jr. nunca le fue posible abandonar del todo sus intereses académicos. Luego de un breve periodo de aproximadamente tres años en el que se dedicó a la práctica de la abogacía, de manera prácticamente exclusiva, Oliver Wendell Holmes, Jr. reaparece en el mundo académico durante el 1876, con la publicación de un artículo para el *American Law Review* titulado “Primitive Notions in Modern Law”. La publicación de ese artículo marcará el comienzo de un periodo de intensa actividad que culminará con la publicación de su obra cumbre *The Common Law*.³⁶⁴

4.3 TRABAJO ACADÉMICO

4.3.1 PUBLICACIONES EN EL AMERICAN LAW REVIEW

Durante el tiempo en que trabajó en la duodécima edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent, Oliver Wendell Holmes, Jr. fue publicando con cierta cotidianeidad una serie de artículos jurídicos sobre los temas del Derecho Común. Estos artículos, que aparecieron publicados en el *American Law Review*,³⁶⁵ serían integrados luego al texto de sus anotaciones a la duodécima edición de *Commentaries on American Law* de James Kent. Es a partir de la publicación de esos artículos que va tomando forma su idea de suplementarlos para que fueran parte de un libro, un libro que presentara a sus lectores una visión organizada y coherente sobre el

³⁶⁴ El *Common Law* fue publicado el 3 de marzo de 1781 por Little, Brown & Company quienes en aquella época eran los líderes en la industria de publicaciones sobre el tema del Derecho. Véase Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 253.

³⁶⁵ Los artículos de Oliver Wendell Holmes, Jr. que fueron publicados en el *American Law Review* entre los años de 1870 y 1873 como parte de su preparación de las anotaciones de la duodécima edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent son los siguientes: “Codes and the Arrangement of the Law” (1870), “Misunderstandings of the Civil Law” (1871), “The Arrangement of the Law of Privity” (1872), “The Theory of Torts” (1873) y “The Gas-Stokers’ Strike” (1873).

Derecho, un libro que le evitara a los estudiantes de Derecho el trauma que el había sentido en carne propia y que lo había llevado a comparar el estudio del Derecho con un viaje por un vasto océano, sin la ayuda de mapas o luces que guiaran su camino, un libro de que ofreciera orden a esa inmensidad de decisiones judiciales que se tornaba inmanejable y que abarcaban temas tan distintos que parecían no tener ninguna relación entre sí.

Es con esa idea en mente que entre los años de 1876 y 1881 Oliver Wendell Holmes, Jr. se sumerge en un periodo de frenética actividad para ir desarrollando los temas que luego serían parte de su obra cumbre *The Common Law*. Los artículos escritos durante ese proceso de preparación para la publicación de su libro también fueron publicados por el *American Law Review*.³⁶⁶

Luego de escribir *The Common Law*, la próxima aportación de importancia de Oliver Wendell Holmes, Jr. tardará en llegar unos 13 años, cuando publique en el *American Law Review* el artículo titulado “Privilege Malice and Intent” publicado en octubre de 1894. Tres meses más tarde hará otra aportación significativa a la teoría del Derecho Común Norteamericano, al presentar una ponencia titulada “The Path of Law” en la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston,³⁶⁷ cuando ya era Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts y cerraría su

³⁶⁶ Los artículos escritos por Oliver Wendell Holmes, Jr. entre los años de 1876 y 1881 como preparación de obra *The Common Law* fueron los siguientes “Primitive Notions in Modern Law I” (1876), “Primitive Notions in Modern Law II” (1877), “Possession” (1878), “Common Carriers” (1879) y “Trespass and Negligence” (1880).

³⁶⁷ El discurso titulado *The Path of Law* fue ofrecido el 8 de enero de 1897 fue publicado simultáneamente en el 10 *Harvard Law Review* 457 (1897) y en 9 *Juridical Review* 105 (1897) reimpresso en Wendell Holmes, Jr., Oliver, *Collected Papers*, Harcourt, Brace and Company, New York, 1920. En este trabajo estaremos usando la reimpresión que aparece en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 391-406.

producción académica de importancia con el artículo titulado “Law in Science and Science in Law” en el año de 1899.³⁶⁸

Un análisis detallado de las ideas esbozadas por Oliver Wendell Holmes, Jr. en los artículos publicados *American Law Review*, en su libro *The Common Law* y los escritos posteriores es el tema del capítulo 6 del presente trabajo. Por lo pronto pasaremos a ver la manera que su trabajo académico le ganó una posición académica en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

4.3.2 SE CONVIERTE EN PROFESOR DE DERECHO EN LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE HARVARD.

La oferta vino de parte del Presidente de la Universidad de Harvard Charles William Eliot, quien como parte de sus esfuerzos para convertir la universidad de Harvard en una institución universitaria de primer orden en el plano nacional, hacía las gestiones para obtener los fondos necesarios para establecer una nueva plaza permanente de profesor a tiempo completo en la escuela de Derecho de Harvard. Aún antes de tener garantizado el dinero para cubrir la nueva plaza, el Presidente Eliot le ofreció el empleo a Oliver Wendell Holmes, Jr.³⁶⁹ La plaza tendría un salario de \$4,500 dólares, lo que representaba un sacrificio económico para Oliver Wendell Holmes, Jr., quien debería abandonar la práctica legal para integrarse de lleno al trabajo académico.³⁷⁰

³⁶⁸ Este artículo fue publicado originalmente en el *Harvard Law Review* 12:443 y fue reproducido luego en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 406-420.

³⁶⁹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 261-262.

³⁷⁰ Este salario representaba a penas un poco más que el que el propio Oliver Wendell Holmes, Jr. había ganado unos 10 años atrás mientras se desempeñó como conferenciante en la Escuela de Derecho de Harvard. Novick, Sheldon M., *Honorable*

Oliver Wendell Holmes, Jr. contestó la propuesta que le realizara el Presidente Eliot a través de la siguiente carta:

Unless you take a different view I am not inclined to wait for contingencies the arising of which might not affect my determination. I am ready to accept a professorship in the Law School on the following terms if they are satisfactory as I believe from our conversations that they are.

1. I should prefer that the professorship should be entitled of Jurisprudence but the substance of the matter is not the title but the understanding thereby conveyed that I am expected to devote a reasonable proportion of my time to such investigations as are embodied in my book on the Common Law or other studies touching the history and philosophy of law. I do not mean by the above that I should not expect to teach any particular braches of the law like the other professors which would not meet either my wishes or views of expediency but only that what I have indicated be regarded as an important part of my functions so that I may fell that time spent in that way is spent in the line of my duty.

2. The Salary as I understand would be that of the other law professors viz. \$4500, and I suppose would be the result of a special endowment. As the taking of this place will invoke a pecuniary, sacrifice which so far as I can foresee the future would probably in the long run be considerable, I think I should ask that as soon as any law professor salary is raised mine should be. Without repeating I think what was understood with me. I have to be particular in the money question as I must live on my salary. The property which I have saved being no more than a minimum fund to meet emergencies.

3. If a judgeship should be offered me I should not wish to feel bound in honor not to consider it, although I do not know that I should take it and although my present acceptance will diminish the chance of such an offer

Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 166.

and is for that reason against the advice of many of my friends.

4. If this letter meets your views the high respect I feel for the present faculty of the school including their presiding officer was well as the personal regard which I entertain for them will make me look forward with eager anticipation to this new calling. ³⁷¹

De la carta que antecede se desprende que al acercamiento realizado por el presidente Eliot, Oliver Wendell Holmes, Jr. contestó presentando tres condiciones para aceptar la plaza. La primera condición era en cuanto a la naturaleza de la plaza a abrirse, indica Holmes, Jr. que debería tener el título de Profesor de Jurisprudencia. La segunda condición se refiere al aspecto económico, y exige el compromiso de la Universidad de Harvard, de que cuando se aumentara el sueldo de cualquier profesor de la Escuela de Derecho, también se aumentaría su salario. La tercera condición trata de mantener abierta la puerta para una posible carrera judicial, solicita Oliver Wendell Holmes, Jr. la libertad para poder considerar cualquier ofrecimiento para ocupar un puesto en la judicatura, sin tener que sentirse moralmente comprometido con mantenerse en su posición de profesor.³⁷²

Al discutir estas condiciones o contrapropuestas, el Presidente Eliot concedió inmediatamente la primera de ellas, esto es, la solicitud en cuanto a titular la plaza a ocuparse como Profesor de Jurisprudencia. Entendemos que este asunto revestía gran importancia para Oliver Wendell Holmes, Jr., pues la investigación histórico-filosófica era su área de mayor interés académico y de esta manera, no sólo sus intereses estarían a la par con las funciones del puesto, sino que al dedicar tiempo

³⁷¹ Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 260-261.

³⁷² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 262.

a la investigación histórica y filosófica del Common Law también estaría cumpliendo con su deber contractual.

Somos del parecer que de todas las contra-propuestas presentadas por Oliver Wendell Holmes, Jr. en su carta al Presidente Eliot, el aspecto que revestía menor importancia era el relacionado a la retribución económica que generaría su puesto de profesor a tiempo completo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Entendemos que al sumar y restar los sacrificios y beneficios ligados al puesto, Oliver Wendell Holmes, Jr. estaba consciente de que un trabajo como profesor a tiempo completo le permitiría dedicarse de lleno a la vida intelectual, algo a lo que siempre había aspirado, pero que hasta ese momento se había resignado a no tener, al no contar con los recursos económicos para ello. Al menos así se desprende de la correspondencia cursada con Sir Frederick Pollock luego de haber terminado su libro *The Common Law*.

*I have fail in all correspondence and have abandoned pleasure as well as a good deal of sleep for a year to accomplish a result which I now send you by mail in the forma of a little book *The Common Law*. When a man is engaged all day at his office in practise³⁷³ it is a slow business to do work of this sort by night, but my hart has been deeply in it, . . . You are happy in being able to afford time to philosophy. I have to make my living by my profession and therefore have been compelled to approach philosophy indirectly through the door of a specialty, but all roads leads to Rome and I don't doubt that a man with the philosophic craving would find stuff to work upon if he was hatter.³⁷⁴*

³⁷³ "Practise" es la palabra que aparece en la carta escrita por Oliver Wendell Holmes, Jr. y es la manera en que los británicos escriben la palabra "practice" durante esa época. Entendemos que su uso por Oliver Wendell Holmes, Jr. responde al hecho de que su carta estaba dirigida a Sir. Frederick Pollock quien es Inglés y no a que el uso de esa palabra fuese algo acostumbrado por Holmes, Jr.

³⁷⁴ Carta de Oliver Wendell Holmes, Jr. a Sir Frederick Pollock del 5 de marzo de 1881, publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Holmes-Pollock Letters, The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1961, p. 16.

Como se desprende del texto anterior, Oliver Wendell Holmes, Jr. sentía el deseo de trabajar la filosofía del Derecho a tiempo completo y lamentaba que tuviese que dedicar la mayor parte de su tiempo a trabajar en su profesión, mientras que sus intereses filosóficos se quedaban relegados a algunas horas durante la noche. Entendemos pues, que Oliver Wendell Holmes, Jr. interpretaría que al aceptar la plaza de profesor, la correspondiente reducción en sus ingresos era, en cierta medida el precio que tendría que pagar para tener esa oportunidad de trabajar a tiempo completo en los temas de filosofía del derecho que tanto le apasionaban. Esta perspectiva, nos ayuda a entender la razón por la cual, a pesar de que el Presidente Eliot rechazó la solicitud económica de Oliver Wendell Holmes, Jr., de comprometerse a futuros aumentos de salario, su oferta sería finalmente aceptada por Holmes, Jr., convirtiéndose así profesor de Derecho a tiempo completo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

El aspecto económico, sin embargo, presentó al Presidente Eliot problemas de otra naturaleza, pues al descubrir que los fondos identificados para cubrir el salario de la posición de profesor a tiempo completo tardarían en concretarse, tuvo que darse a la tarea de iniciar un esfuerzo de recaudación de fondos. Ante esa situación, le encargó a un integrante del Bar de Boston, el Sr. Joseph B. Warner, convertirse en recaudador fondos para poder sustentar el salario de la nueva plaza. Ante las gestiones realizadas por Warner, el Juez Lowell se comprometió con aportar cinco mil dólares, si el puesto era para Holmes, Jr. y el Sr. Sidney Bartlett, también se había comprometido a aportar una cantidad

aún mayor.³⁷⁵ Sin embargo, cuando Oliver Wendell Holmes, Jr. se enteró de estas acciones le escribió al Presidente Eliot retirando su aceptación al puesto de profesor de derecho a tiempo completo. Veamos lo expresado por Oliver Wendell Holmes, Jr. en su carta al Presidente Eliot del 18 de noviembre de 1881:

Dear Mr. Eliot:

I have been carefully considering our conversation of yesterday and the facts of which you informed me; and I have come to the conclusion that as the money to endow the professorship is not yet provided but will have to be raised, I must withdraw my acceptance. I am unwilling that a subscription should be raised on the understanding that I am pledged to fill the place and (by implication) desire it. Such an understanding would impose on me a grater honorary obligation than I assumed in my letter of acceptance, and the contributions would certainly take the form in the mind of some of the contributors, of a favor to me.

(. . .)

I do not mean to say that if the circumstances should no change in the meantime, I should decline the honor of the proposed professorship in case I should be told hereafter that the funds were at hand. But if you propose to raise the fund at all events, as I am not pledged, you of course are equally free and will act when the time comes according to what may the seem to you best.

With much respect

Sincerely yours

OW Holmes,

Jr.³⁷⁶

Como vemos la objeción de Oliver Wendell Holmes, Jr. para aceptar el puesto de profesor de derecho a tiempo completo, no es una de estricto orden económico, ya anteriormente había expresado su interés en

³⁷⁵ Howe, Mark DeWolfe, Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 262.

³⁷⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta al Presidente Eliot, del 18 de noviembre de 1881. Publicada en Howe, Mark DeWolfe, Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 262-263.

aceptar el puesto aún cuando no se habían materializado los fondos para la posición. El problema que presenta Oliver Wendell Holmes, Jr. en su nueva carta es uno de naturaleza moral. Por un lado, Oliver Wendell Holmes, Jr., no desea que se hagan acercamientos a sus amigos y conocidos para solicitarle dinero a nombre suyo, pues estos podrían entender que al cooperar con la Universidad de Harvard para sufragar los gastos de la posición de profesor de derecho a tiempo completo, lo estarían haciendo como un favor personal a él. Por otro lado, tampoco quiere sentirse obligado moralmente a mantenerse en la posición de profesor a tiempo completo más allá de lo expresado en su carta, esto es teniendo la libertad de considerar la opción de un trabajo en la judicatura en caso de que éste le fuera ofrecido. El hecho de que los donativos se estuviesen solicitando utilizando su nombre como el de la persona que ocuparía el puesto, le imponía la responsabilidad moral de mantenerse en el puesto para no defraudar así a quienes aportaron dinero para la plaza.

A raíz de la nueva carta de Oliver Wendell Holmes, Jr., El Presidente Eliot encarga al Profesor James B. Thayer, para quien Oliver Wendell Holmes, Jr. había trabajado mientras estuvo en el bufete de Chandler, Shattuck y Thayer, que auscultara el sentir de Holmes, Jr. en cuanto a aceptar el puesto una vez se tuviese el dinero de la plaza. Luego de realizada su gestión el profesor Thayer informó al Presidente Eliot que único interés Oliver Wendell Holmes, Jr. era el que no se utilizara su nombre para recaudar el dinero necesario para de la plaza, pero que una vez se obtenga el financiamiento estaría gustoso de aceptarla, abandonando así la práctica activa de la abogacía para ingresar de lleno en la vida académica.³⁷⁷

³⁷⁷ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 263.

A nuestro entender, este incidente demuestra que la contrapropuesta económica que hiciera Oliver Wendell Holmes, Jr. al Presidente Eliot y su correspondiente rechazo por parte de Eliot no tendrían mayor impacto en la decisión de Holmes, Jr. de convertirse en profesor a tiempo completo. De otra parte, vemos como la contrapropuesta que reviste la mayor importancia para Oliver Wendell Holmes, Jr., era la de tener la libertad para considerar cualquier ofrecimiento que pudiera recibir en el futuro recibiera para ocupar una posición de juez.

Ya su nombre había sonado en dos ocasiones anteriores para ocupar un puesto en el Tribunal Supremo del Estado de Massachusetts,³⁷⁸ primero como un posible sucesor del Juez Seth Ames,³⁷⁹ y luego cuando el Juez Presidente del Tribunal Supremo de Massachusetts, Horace Gray, pasó a servir como Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.³⁸⁰ Aunque en ambas ocasiones se seleccionó a otra persona, Oliver Wendell Holmes, Jr. no perdía la esperanza de que en algún momento surgiese a la oportunidad de ser juez, posición que le ofrecería, no tan sólo una buena remuneración, sino la oportunidad de poner en práctica sus ideas.

Ante la solicitud de Oliver Wendell Holmes, Jr. de tener la libertad de considerar cualquier ofrecimiento que recibiera para ocupar un puesto en la judicatura, el Presidente Eliot le indicó que al aceptar el profesorado, no se comprometía a mantenerse en dicho puesto por un

³⁷⁸ También había sido considerado para asumir un puesto en la judicatura federal, ante la muerte del Juez Federal George F. Shepley, el 20 de julio de 1878. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 153-154; Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 241-242.

³⁷⁹ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 164; Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 266.

³⁸⁰ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 166.

tiempo definido, por lo que era libre de considerar una mejor oferta de empleo en otro lugar. Aunque cabe señalar, que el Presidente Eliot en su contestación, hace la aclaración de que en el caso de que Oliver Wendell Holmes, Jr. quisiese regresar a la práctica de la profesión legal en un término menor de cinco años, esto sólo sería aceptable en el caso improbable de que no tuviese éxito como profesor.³⁸¹ Veamos lo expuesto por el Presidente Eliot:

*In accepting the professorship here, . . . you do not pledge yourself to remain any definite time, & you remain free to accept a better position or more congenial environment elsewhere. On the other hand, your return to the practice of your profession simply within any period less than five years would be acceptable to the Corporation and Faculty only in the improbable case that you had not succeeded as a teacher of law.*³⁸²

Con dos de sus contrapropuestas aceptadas, Oliver Wendell Holmes, Jr. aceptó la posición de profesor a tiempo completo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, que le ofreciera el Presidente Eliot. Para el 23 de enero de 1882, el nombramiento de Oliver Wendell Holmes, Jr. como profesor de Derecho fue aprobado por el Presidente de la Universidad de Harvard. Oliver Wendell Holmes, Jr. se integró a su trabajo como profesor de derecho para el primero de marzo de 1882 y le fue asignada la enseñanza de cinco cursos para el semestre que comenzaría el 28 de septiembre de 1882. Sin embargo su experiencia como profesor a tiempo completo resultó ser sumamente corta, pues una

³⁸¹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 262-263.

³⁸² Carta de Charles W. Eliot a Oliver Wendell Holmes, Jr. del 4 de noviembre de 1881, citada por Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 261-262.

serie de eventos inesperados permitieron que cumpliera su deseo de convertirse en juez.³⁸³

4.4 CARRERA JUDICIAL

4.4.1 JUEZ DEL TRIBUNAL SUPREMO DE MASSACHUSETTS³⁸⁴

Para noviembre de 1882 las oportunidades de Oliver Wendell Holmes, Jr. para ser nombrado juez habían disminuido de forma considerable. El Gobernador de Massachusetts John Long, del partido republicano y amigo personal de Oliver Wendell Holmes, Jr., decidió no aspirar nuevamente a la gobernación y en las elecciones de noviembre el candidato del partido demócrata, Benjamin F. Butler, fue electo Gobernador Massachusetts.³⁸⁵ Los republicanos se sentían amenazados ante el cambio de administración³⁸⁶ y todo parecía indicar que Oliver Wendell Holmes, Jr., simpatizante del partido republicano, quedaba prácticamente descartado para asumir cualquier vacante que surgiera en los Tribunales del Estado de Massachusetts.³⁸⁷

³⁸³ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 166.

³⁸⁴ Para efectos de este trabajo hemos traducido el nombre “Supreme Judicial Court of Massachusetts” como Tribunal Supremo de Massachusetts.

³⁸⁵ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 168.

³⁸⁶ El nuevo gobernador Butler había sido electo con los votos de un creciente número de electores irlandeses que favorecían al partido demócrata, este grupo llegaría a elegir dos años después a Hugh O’Brien como alcalde de Boston, llegando a disputar seriamente el dominio político que por años había estado cimentado en la clase intelectual de la ciudad de Boston. Esta clase intelectual Bostoniana, a la pertenecía Oliver Wendell Holmes, Jr. era republicana y de marcada tendencia conservadora. Ante esta amenaza irlandesa, el sector conservador entendía que era importante que la judicatura se mantuviese en manos de su clase, el que se nombrara Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts a alguien como Oliver Wendell Holmes, Jr., un héroe de la Guerra Civil, proveniente de una familia distinguida y claro integrante de la intelectualidad Bostoniana, lograba tranquilizar su miedo a ser desplazados del poder por los demócratas irlandeses. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 266-267.

³⁸⁷ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 168.

Y por esas vueltas que tiene la vida, fue precisamente la victoria del Demócrata Ben Butler la que abrió la puerta para el nombramiento de Oliver Wendell Holmes, Jr. al Tribunal Supremo de Massachusetts. Para aquel entonces, el Juez Asociado del Tribunal Supremo de Massachusetts Otis Lord, quien confrontaba problemas de salud y pertenecía al partido Republicano, tomó la decisión de retirarse de la judicatura, de manera que el nombramiento de su sucesor estuviese en manos del Gobernador John Long, a quien todavía le restaban por cumplir unas tres semanas de su término.³⁸⁸

El nombre de Oliver Wendell Holmes, Jr. no resultaba extraño para el Gobernador Long, de una parte había sido uno de los posibles sustitutos del Juez Seth Ames a principios del 1881, y el propio Gobernador Long había participado de una cena en casa del Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. por invitación del propio Holmes, Jr.³⁸⁹ Sin embargo, Oliver Wendell Holmes, Jr. no era el único candidato, el propio Gobernador Long pesaba también en la posibilidad de nombrar a Solomon Lincoln³⁹⁰, el Senador del Estado de Massachusetts, George Hoar quería que el nominado fuera su sobrino Samuel Hoar, también era mencionado para ocupar la vacante el Juez del Tribunal Superior, Robert R. Bishop.³⁹¹ Todo lo anterior nos deja apreciar lo competitiva que resultaba ser la selección de

³⁸⁸ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 168-169.

³⁸⁹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 266.

³⁹⁰ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 265.

³⁹¹ Resulta interesante señalar que George Otis Shattuck, el mentor de Oliver Wendell Holmes, Jr. escribió una carta al Gobernador Long en la que indicaba su respaldo al Juez Robert R. Bishop, aunque al final de su carta menciona de que en caso de que se estuviese considerando el nombre del Profesor Oliver Wendell Holmes, Jr. como candidato para llenar la vacante, su carta no debía interpretarse en el sentido de que se oponía a la candidatura de Holmes, Jr. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 266.

la persona que llenaría la vacante del Juez Ames en el Tribunal Supremo de Massachusetts.

Cabe señalar además, que en un principio el Gobernador Long, pensó en nombrar un juez demócrata, respetando así el sentir mayoritario que se había manifestado en las urnas. Pero finalmente respondió a los intereses del partido Republicano y optó por llenar la vacante con un candidato Republicano. Aunque ninguno de los biógrafos esta claro en los factores que pesaron en la decisión del Gobernador Long, este finalmente tomó la decisión de nominar a Oliver Wendell Holmes, Jr. para llenar la vacante. El abogado George Otis Shattuck, anterior socio y amigo personal de Oliver Wendell Holmes, Jr., fue el encargado de localizarlo cuanto antes, para comunicarle las intenciones del Gobernador.³⁹²

Existía urgencia en conocer si Oliver Wendell Holmes, Jr. aceptaría el nombramiento, pues según las reglas aplicables a los nombramientos judiciales, estos tenían que estar ante el Consejo del Gobernador al menos durante una semana, y dicho consejo, que tenía una reunión pautada para esa tarde, no tenía programada ninguna otra reunión durante las tres semanas que restaban antes del cambio de administración. El Gobernador Long le indicó a George Otis Shattuck que Oliver Wendell Holmes, Jr. tendría que aceptar el nombramiento antes de las tres de esa misma tarde. Shattuck se encargó de buscar a Oliver Wendell Holmes, Jr. y llevarlo ante el Gobernador. En horas de la tarde del viernes 8 de diciembre de 1882, el Gobernador John Long y Oliver Wendell Holmes, Jr. pudieron reunirse, reunión que culminó con la aceptación, de parte de este último, de la nominación a Juez del

³⁹² James B. Thayer, Memorandum Book, entrada del 18 de diciembre de 1882, publicada en Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 266.

Tribunal Supremo del Estado de Massachusetts y el envío, por parte del Gobernador, del nombramiento al Consejo. ³⁹³

Los sucesos que precedieron su nombramiento se precipitaron de forma tan acelerada, que Oliver Wendell Holmes, Jr. no tuvo tiempo de hablar con sus colegas profesores, ni con el Presidente Eliot, quienes se enteraron de su nombramiento como Juez Asociado del Tribunal Supremo de Massachusetts a través de los periódicos.³⁹⁴ Esto causó una situación algo embarazosa con el Presidente Eliot, pues si bien Oliver Wendell Holmes, Jr. le dejó un recado el día sábado con la solicitud de que se reunieran en algún momento durante el lunes, lo cierto es que la próxima vez que el Presidente Eliot ve a Oliver Wendell Holmes, Jr. en el martes, cuando este último se presentó tarde a una reunión de la Facultad y su nombramiento ya había sido publicado.³⁹⁵ La renuncia de Oliver Wendell Holmes, Jr. a la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard fue aceptada el 15 de diciembre de 1882.³⁹⁶

La sorpresa del nombramiento de Oliver Wendell Holmes, Jr. causó malestar entre algunos de sus compañeros en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. En especial este fue el caso de su anterior compañero de oficina y ahora profesor a tarea completa en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, James B. Thayer, quien luego de enterarse de su nombramiento a través de la prensa escribió la siguiente anotación en su libro de memorandos.

³⁹³ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 169.

³⁹⁴ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 267.

³⁹⁵ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 267

³⁹⁶ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 169.

. . . but he accepted the offer within the Governor's time and conferred with no one representing the college. He seems to have made no struggle for more time, not even to have conceived it possible that he could have more time or that it was any lowering of his own dignity or value to be pushed into a corner in this way, or that it should not have been possible for him to accept without a conference with Eliot . . . the year at the school had only begun; students were here who had been mainly induced to come by his being here, and all the students had right – as the college had, - which he was bound to consider carefully. But he accepted and it was blown abroad at once.

(. . .)

. . . To neither Langdell nor me nor any of us excepting Gray, who is an intimate friend, has he talked, unless as we have seen fit to make any approach to him. I determined to say and do nothing, but . . . afterwards as I left school, he was standing near as I passed and it seemed too marked to pass by him in silence so that I said, "You are going to leave us then," and he went on to talk about a little, but he seemed to have no sense of any impropriety in what he has done.³⁹⁷

De la anotación anterior puede apreciarse la decepción que siente James Thayer hacia la figura de Oliver Wendell Holmes, Jr. por entender que su actuación fue de índole egoísta, sin haber tomado el tiempo ni la delicadeza de comunicarlo al Presidente Eliot, ni a sus compañeros de trabajo. Señala además, que el abandonar sus funciones como profesor antes de que terminara el semestre académico representa una falta de consideración, no solo a los estudiantes que se habían matriculado en su curso en atención a su figura y sino también a la institución que lo había contratado. Acaba señalando que Oliver Wendell Holmes, Jr. parecía no darse cuenta de lo impropio de sus actos, atribuyendo así una falta moral de mayor gravedad al carácter de Holmes, Jr.

³⁹⁷ James B. Thayer, Memorandum Book, entrada del 18 de diciembre de 1882, publicada en Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 266-267.

Es relevante indicar que al momento en que James Thayer realizó la anotación del 18 de diciembre de 1882 en su libro de memorando, no estaba consciente de que como parte de las negociaciones entre Oliver Wendell Holmes, Jr. y el Presidente Eliot, el primero había establecido de forma clara su interés de poder considerar cualquier oferta que le fuere realizada relacionada a ocupar una posición de juez y el Presidente Eliot había reconocido por escrito ese derecho. Sin embargo, esto no alteró en nada la impresión que James Thayer tenía sobre el carácter de Oliver Wendell Holmes, Jr. pues a su entender aún teniendo Holmes, Jr. el derecho legal a actuar como lo hizo, sus acciones continuaban implicando una falta moral. Así lo señala en su libro de memorandos con una anotación realizada el 22 de diciembre de 1882, esto es cuatro días después de haber realizado la primera anotación y estando ya enterado de la reserva hecha por Oliver Wendell Holmes, Jr. al momento de su contratación.

Holmes, of course, is entitled to the excuse which this may furnish! And it cannot be denied that he is within the lines of his legal rights. But what shall be said of his sense of what is morally admissible,-of his sense of honor, of justice, of consideration for the rights of others and of their sensibilities, when he could do what he did; of his personal self-respect, indeed.³⁹⁸

Cabe señalar que este no era el primer desacuerdo entre Oliver Wendell Holmes, Jr. y James B. Thayer, recordemos que Thayer había sido la persona seleccionada para editar los *Commentaries on American Law* de James Kent y que luego de que éste subcontratara a Oliver Wendell Holmes, Jr. para que lo asistiera en la tarea, poco a poco Holmes, Jr. fue

³⁹⁸ James B. Thayer, Memorandum Book, entrada del 22 de diciembre de 1882, publicada en Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 268.

tomando control de la obra y finalmente fue quien terminó llevándose todo el crédito como único editor de la publicación. Para James Thayer esta experiencia lo que viene es a confirmar el carácter vano y egoísta de Oliver Wendell Holmes, Jr. Continuemos viendo la anotación de James Thayer en su libro de memorandos con fecha del 22 de diciembre de 1882.

He lost his head perhaps? But my experience with him in editing Kent, which I had been willing to forget, comes all back again and assures me that this conduct is characteristic,-that he is, with all his attractive qualities and his solid merits, wanting sadly in the noblest region of human character,-selfish, vain thoughtless of others.³⁹⁹

Las anotaciones en el libro de memorandos de James Bradley Thayer pueden darnos una idea del malestar general que la renuncia de Oliver Wendell Holmes, Jr. produjo en el seno de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. En particular tanto el Presidente de dicha institución Charles William Eliot, el Decano de la Escuela de Derecho Christopher Columbus Landgdell y profesores de carrera como James Thayer se sintieron decepcionados, esto en vista de que Oliver Wendell Holmes, Jr. había dictado sus clases por apenas dos meses, abandonaba sus cursos a mediados del semestre y su falta de comunicación había ocasionado que fuera la prensa quien ofreciera la noticia de su nombramiento. Lo anterior no fue óbice para que algunos de los instructores más jóvenes, quienes compartían su amistad con Oliver Wendell Holmes, Jr., sintieran una genuina alegría por el nombramiento de su amigo a la posición de Juez del Tribunal Supremo del Estado de Massachusetts. Este fue el caso del joven profesor Louis Dembritz Brandeis quien escribió a Oliver Wendell Holmes, Jr. el siguiente

³⁹⁹ James B. Thayer, Memorandum Book, entrada del 22 de diciembre de 1882, publicada en Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 268.

mensaje “As one of the bar I rejoice, As part of the Law School I mourn. As your friend I congratulate you.”⁴⁰⁰

Oliver Wendell Holmes, Jr., tomó juramento de cargo el 3 de enero de 1883, comenzando así un periodo de 20 años en los que llegó a escribir unas 1,291 opiniones de las cuales 12 fueron opiniones disidentes.⁴⁰¹ Cabe señalar que el alto número de opiniones emitidas por Oliver Wendell Holmes, Jr. tiene aún más importancia si tomamos en cuenta que su trabajo como Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts, incluía el ver casos de primera instancia. Esta anomalía de lo que representa el trabajo de un Tribunal Supremo, cuya naturaleza es apelativa, tuvo su origen en el tiempo colonial bajo el dominio Británico, pues en dicha época este era el único tribunal que existía en Massachusetts. Para cumplir sus funciones de ver casos en primera instancia, los jueces, a excepción del Juez Presidente, tomaban turnos para viajar en parejas a los distintos condados atendiendo las controversias que allí surgían, en otoño por ejemplo, mientras una pareja se encontraba de viaje los otros cinco jueces permanecían viendo las apelaciones.⁴⁰² Dicho en otras palabras, el tiempo que tenían los jueces para discutir y redactar sus opiniones apelativas se veía limitado por su trabajo como jueces de primera instancia.

⁴⁰⁰ Véase a Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 169. Cabe señalar que con el paso del tiempo Louis Dembitz Brandeis llegaría a trabajar nuevamente junto a Oliver Wendell Holmes, Jr., esta vez como Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, posición para la que fue nombrado en el año de 1916. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 315-317.

⁴⁰¹ Para un recuento anual de las decisiones de Oliver Wendell Holmes, Jr. entre el 3 de enero de 1883 fecha en que asumió sus funciones como Juez del Tribunal Supremo del Estado de Massachusetts y el 8 de diciembre de 1902 fecha en que cesaron sus funciones en dicho cuerpo véase a Shiver, Harry C., *The Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Dennis & Co., Inc. Law Book Publishers, Buffalo, N.Y., 1940, p. 324.

⁴⁰² Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 170.

Oliver Wendell Holmes, Jr. describe su trabajo en el Tribunal Supremo de Massachusetts en carta a su amigo Sir Frederick Pollock en carta del 27 de agosto de 1883.

Well, I like my work far more than I dreamed beforehand. The experience is most varied—very different from that one gets at the Bar—and I am satisfied most valuable for an all round view of the law. I have written a lot of opinions of the full court, sat alone for some time in equity, disposed of a long divorce list and shall hold nisi prius soon after I leave here.

One sees too a good deal of human nature, and I find that I am interested all the time. We are very hard worked and some of the older Judges affirm that no one can do all the work without breaking down. I have not yet made up my mind—at all events it is more interesting than if we had less to do.⁴⁰³

Del texto anterior podemos apreciar distintos aspectos del trabajo realizado por Oliver Wendell Holmes, Jr. como parte del Tribunal Supremo de Massachusetts, que incluía el trabajo apelativo, unido a las rondas que realizaban por los distintos condados como una especie de tribunal itinerante de primera instancia. De una parte podemos estar claros en que era un trabajo agotador, al punto de que los jueces más experimentados señalaban que era imposible cumplir con las obligaciones sin sufrir un quebrantamiento de salud. De otro lado, Oliver Wendell Holmes, Jr. se muestra muy feliz con lo variado de las acciones que llegaban ante el tribunal, esto no solo hacía su trabajo muy interesante, sino que permitían al juzgador apreciar muy de cerca la naturaleza humana. Si bien el trabajo en un principio resultaba

⁴⁰³ Holmes, Jr. Oliver Wendell, Carta a Sir Frederick Pollock, del 27 de agosto de 1883, publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Holmes-Pollock Letters, The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1961, p. 22.

agotador,⁴⁰⁴ el resultado al final del recuento de lo pros y los contras que tenía su trabajo, lo expresa Oliver Wendell Holmes, Jr. en la primera frase del texto citado al señalar que le gusta su trabajo mucho más de lo que en un principio hubiera soñado.

El ciclo anual de trabajo de los jueces del Tribunal Supremo de Massachusetts al momento en que Oliver Wendell Holmes, Jr. pasó a integrar dicho foro, quedaba configurado de la siguiente manera: El Tribunal en pleno se reunía en Boston hasta el mes de marzo, cuando se dividía para viajar el circuito, viendo los casos de equidad en abril y divorcios en mayo. En junio regresaban a Boston sesionando en pleno para atender casos apelativos. Se recesaba en julio cuando un solo juez permanecía en Boston para ver casos de equidad. Se reconstituía en septiembre para viajar el circuito viendo casos apelativos y en noviembre regresaban a Boston para atender los casos de otoño, allí permanecían dos jueces mientras los otros cinco volvían a recorrer el circuito. Terminaban el año reunidos en Boston donde constituidos en pleno atendían casos apelativos.⁴⁰⁵

Al momento en que Oliver Wendell Holmes, Jr. comienza sus funciones como Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts, las condiciones de trabajo eran muy distintas a la que se ven hoy en día en un Tribunal Supremo. Los jueces del Tribunal Supremo de Massachusetts trabajaban 5 días y medio a la semana, esto es desde lunes en la mañana hasta el

⁴⁰⁴ Ya en marzo Oliver Wendell Holmes, Jr. había escrito a su amigo Sir Frederick Pollock que se había visto forzado a limitar sus actividades sociales para poder estar físicamente preparado para cumplir con las exigencias de su trabajo. "I have pretty well given up dining out, as I can't do it and feel as well and fit for work the next day . . ." Holmes, Jr. Oliver Wendell, Carta a Sir Frederick Pollock, del 25 de marzo de 1883, publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Holmes-Pollock Letters, The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1961, p. 21.

⁴⁰⁵ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 256.

medio día del sábado, no contaban con oficinas, ni secretarios, razón por la cual tenían que escribir sus opiniones desde su despacho legal personal o desde su hogar.⁴⁰⁶ Bajo esas condiciones no resulta extraño que, desde el punto de vista técnico, las decisiones de los jueces eran por lo general breves y poco elaboradas. Su estructura consistía en una breve exposición de los hechos preparada por el secretario del Tribunal⁴⁰⁷ a la que le era añadida una breve explicación de la decisión del Tribunal, escrita por el Juez a quien había sido asignada la redacción de la opinión.⁴⁰⁸

Al ser un tribunal colegiado, cada decisión debería obtener el visto bueno de la mayoría de los jueces, razón por la cual, los jueces ponentes al escribir sus decisiones, tendían a evitar aquellos asuntos que podrían generar desacuerdos al momento de discutir la decisión. El tener que modificar sus decisiones para ajustarlas a las ideas de los otros jueces y lograr así la mayoría de los votos requeridos para su aprobación, molestaba a Oliver Wendell Holmes, Jr. En carta a su amigo Sir Frederick Pollock parece excusarse al enviarle copia de la decisión de un caso, cuya opinión tuvo que limitar para lograr su aprobación:

I send you herewith Tasker v. Stanley. It was thought advisable to cut down the discussion in which I aired some of my views. So you will see that it only gathers a lot of references which in my mind converge to further conclusions ⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 279.

⁴⁰⁷ Utilizamos el término “Secretario del Tribunal” como traducción de “Court Reporter” que era la persona encargada de la preparación y publicación de las decisiones del Tribunal.

⁴⁰⁸ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 172.

⁴⁰⁹ Holmes, Jr. Oliver Wendell, Carta a Sir Frederick Pollock, del 22 de marzo de 1891, publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Holmes-Pollock Letters, The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1961, p. 35.

En la cita podemos apreciar como Oliver Wendell Holmes, Jr. se lamenta por haber tenido, por prudencia, que limitar la discusión de sus puntos de vista, indicando el valor del caso se limita más bien a las referencias que logra recoger, las cuales a su entender implican el llegar a conclusiones que van aún más allá de las presenta el caso. La molestia que sentía Oliver Wendell Holmes, Jr. con tener que limitar la exposición de sus ideas para obtener los votos de los demás jueces favoreciendo la publicación de sus decisiones lo acompañó por mucho tiempo. Todavía el 18 de mayo de 1898, esto es, unos dieciséis años después de haber sido nombrado juez, escribía a su amiga Lady Clare Castletown señalándole que todavía sentía dificultad al tener que limitar la exposición de sus ideas para que se ajustaran al punto de vista de los demás jueces.⁴¹⁰

Debemos reconocer que si bien Oliver Wendell Holmes, Jr. había llegado al Tribunal Supremo de Massachusetts con la esperanza de poner en práctica sus ideas y contribuir al desarrollo del Derecho Común, la mayoría de los asuntos presentados ante el Tribunal Supremo de Massachusetts era de naturaleza rutinaria entiéndase asuntos relacionados a hipotecas, herencias, reclamaciones a compañías de seguros y divorcios, los cuales no ofrecían al juzgador la oportunidad de realizar ningún tipo de aportación significativa al desarrollo del Derecho Común.⁴¹¹ Sin embargo, unido a estos casos triviales y rutinarios en ocasiones también llegaban al Tribunal uno que otro caso de

⁴¹⁰ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 278.

⁴¹¹ Para una exposición detallada de la manera en que la carga de trabajo y el tipo de casos limita el interés investigador y el aspecto creativo de Oliver Wendell Holmes, Jr. puede verse a Kelley, Patrick J., “Holmes on the Supreme Judicial Court: The Theorist As a Judge” publicado en Osgood, Russell, K., *The History of the Law in Massachusetts: The Supreme Judicial Court 1692-1992*, Supreme Judicial Court Historical Society, Boston, 1992.

importancia, en especial casos relacionados al desarrollo socio-económico del estado.⁴¹²

Entre los temas que Oliver Wendell Holmes, Jr. tuvo la oportunidad de aplicar las ideas que había elaborado en sus escritos académicos sobre el Common Law,⁴¹³ durante su estadía en el Tribunal Supremo de Massachusetts se encuentran los relacionados a la responsabilidad de terceros bajo el Derecho de Daños y Perjuicios (Torts), en los que pudo aplicar sus ideas respecto al uso del criterio de razonabilidad para establecer la responsabilidad civil.⁴¹⁴ Casos de derecho criminal en donde establece el criterio para fijar responsabilidad penal utilizando criterios objetivos en vez de recurrir a criterios subjetivos basados en la intención del actor.⁴¹⁵ Casos contractuales que le permiten utilizar criterios objetivos para interpretar los distintos elementos que se dan en la contratación.⁴¹⁶ Oliver Wendell Holmes, Jr. también atendió otros

⁴¹² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 275-276; White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 292.

⁴¹³ Para un análisis detallado de todos los casos en los que Oliver Wendell Holmes, Jr. aplica las teorías desarrolladas en *The Common Law* véase a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 253-297.

⁴¹⁴ En *Clifford v. Atlantic Cotton Mills*, 146 Mass. 47 (1888) se exonera de responsabilidad al dueño de un edificio al entender que los actos negligentes de su inquilino no eran previsibles. En *Elmer v. Fessenden*, 151 Mass. 359 (1890) un caso de libelo donde exonera a un médico que repite una historia que había escuchado de otra persona y *Tasker v. Stanley*, 153 Mass. 148 (1891) un caso donde se libera de responsabilidad a un tercero que aconsejó a la esposa del demandante y luego ella abandonó a su esposo ocasionándole daños al perder el efecto de su esposa.

⁴¹⁵ *Commonwealth v. Pierce*, 138 Mass.165 (1884) Es el caso de un médico que fue condenado por homicidio al haber muerto una de sus pacientes como resultado del tratamiento, su sentencia fue confirmada. En *Commonwealth v. Kennedy*, 170 Mass. 18 (1897) Se discute sobre si una persona que ponía veneno de ratas en una taza donde pensaba que otra persona tomaría té implicaba la intención necesaria para hallarlo culpable de tentativa de asesinato. Oliver Wendell Holmes, Jr. establece la intención del actor en caso a partir de elementos externos para determinar que la peligrosidad de los elementos utilizados bastaba para la convicción por tentativa de asesinato.

⁴¹⁶ En *Hawkins v. Graham*, 149 Mass. 284 (1889) Oliver Wendell Holmes, Jr. le da contenido a una cláusula contractual que exigía la satisfacción del comprador con el producto. Indica Oliver Wendell Holmes, Jr. que el grado de satisfacción ha de ser el de

casos que nos permiten ver su perspectiva en cuanto a la capacidad de la legislatura para aprobar legislación que interfiera en la relación entre capital y trabajo. En estos casos se puede prever en el pensamiento de Oliver Wendell Holmes, Jr. las bases constitutivas de sus futuras decisiones como Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sustentando la doctrina de restricción judicial ante actos legislativos.⁴¹⁷

Nos parece relevante señalar que el Tribunal Supremo del Estado de Massachusetts resultaba ser, desde tiempos coloniales un tribunal muy conservador.⁴¹⁸ El conservadurismo del Tribunal que podía apreciarse en sus decisiones relacionadas a asuntos socio-económicos, protegiendo usualmente los derechos propietarios y hombres de negocios, las relaciones contractuales, la libre competencia y estableciendo trabas a las intervenciones del gobierno en asuntos comerciales; en los casos criminales la tendencia del Tribunal era sostener las convicciones realizadas por el foro de instancia.⁴¹⁹

un hombre razonable y no un asunto de perfección. En *Hobbs v. Massasoit Whip Co.*, 158 Mass. 194 (1893), un caso donde se discutía si el comprador estaba satisfecho con las condiciones de una mercancía que le fue enviada, Oliver Wendell Holmes, Jr. utiliza la teoría objetiva que presentó en *The Common Law* para resolver que lo importante no era si no estaba satisfecho con la mercancía, sino si se le hizo saber su posición al vendedor en un tiempo razonable. En *Brauer v. Shaw*, 168 Mass. 198 (1897) Oliver Wendell Holmes, Jr. aplica la teoría objetiva a una negociación entre una compañía de barcos de vapor y un grupo ganadero que interesaba enviar cabezas de ganado. Lo importante en el proceso de ofertas y contraofertas fue la hora en específico en que se enviaron los telegramas y no los cambios en el estado mental de las partes.

⁴¹⁷ Como el caso del Derecho Laboral, *Commonwealth v. Perry*, 155 Mass. 117 (1891) La mayoría del Tribunal declara inconstitucional una ley que prohibía que los patronos de la industria textil que retuvieran el salario de sus tejedores por imperfecciones en sus trabajos. Oliver Wendell Holmes, Jr. escribió la opinión disidente señalando que no le correspondía al Tribunal determinar si la ley era o no sabia, Holmes, Jr. entendía que si la constitución no lo prohibía, ya sea de forma tácita o expresa, había que declarar válida la ley de la legislatura. También en una opinión consultiva hecha por la legislatura de Massachusetts *Opinion of the Justices*, 155 Mass. 598 (1892).

⁴¹⁸ El Tribunal Supremo de Massachusetts era descendiente directo de la “Corte Superior de la Judicatura Massachusetts” donde en 1693 se llevaron cabo los juicios por practicar la brujería. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 279.

⁴¹⁹ Un recuento del tipo de casos atendidos por el Tribunal Supremo de Massachusetts al arribo de Oliver Wendell Holmes, Jr. puede encontrarse en Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston,

Oliver Wendell Holmes, Jr. fue parte del Tribunal Supremo de Massachusetts por unos 20 años. Cabe mencionar que en algún momento durante los primeros 4 años de su término como Juez Asociado del Tribunal Supremo de Massachusetts, Oliver Wendell Holmes, Jr., recibió la visita de su amigo Henry Cabot Lodge, quien en ese entonces era el presidente del Partido Republicano en el estado de Massachusetts. El propósito de la visita no era otro que solicitarle a Holmes, Jr. que en las próximas elecciones aspirara al puesto de Gobernador de Massachusetts por el Partido Republicano. Oliver Wendell Holmes, Jr. rechazó de plano la solicitud de su amigo indicándole “I don’t give a damn about being Senator”.⁴²⁰

Para el año del 2 de agosto de 1899 y ante la muerte del Juez Presidente del Justice Walbridge Field, Oliver Wendell Holmes, Jr. se nominado para ocupar su puesto. El 2 de agosto de 1899 fue confirmado como Juez Presidente del Tribunal Supremo de Massachusetts. Este puesto lo ocupó por poco más de tres años, pues para el 8 de diciembre de 1902 se convertía en Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

4.4.2 JUEZ DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS

1989, p. 171-172; y para un breve recuento histórico del conservadurismo de dicho Tribunal véase a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 281-283.

⁴²⁰ Frankfurter, Felix, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, 2nd. Ed., Harvard University Press, Cambridge, 1961, p. 55. Este evento aparece tanto en las biografías de Liva Baker como la de Sheldon Novick, aunque ninguno de los dos puede señalar una fecha exacta para esa reunión, Novick piensa que debió haber sido entre 1883 y 1884. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 174 y nota al calce 43; Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 285.

El nombramiento de Oliver Wendell Holmes, Jr. como Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos es el resultado de la amistad que le unía con Henry Cabot Lodge. La amistad entre ellos había comenzado que eran jóvenes, y se había mantenido a través de los años. Ambos habían tenido experiencias similares en su infancia y adolescencia, habían estudiado en la escuela de gramática del Sr. Sullivan, en la Escuela de Latín del Sr. Dixwell, asistido a la universidad en el “Harvard College”, y estudiado Derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.⁴²¹ Aún de adultos su amistad se conservaba, de hecho, cabe recordar, que en los primeros años de la designación de Oliver Wendell Holmes, Jr. como Juez Asociado del Tribunal Supremo de Massachusetts, Henry Cabot Lodge, como presidente del Partido Republicano en el Estado de Massachusetts le ofreció a Holmes, Jr. la candidatura para Gobernador del Estado, candidatura que Holmes, Jr. rechazó.⁴²²

Ahora bien, según nos relata la biógrafa Liva Baker, el punto que definitivamente selló la amistad entre Oliver Wendell Holmes, Jr. y Henry Cabot Lodge fue uno de naturaleza política. En 1884 Henry Cabot Lodge, siguiendo las directrices del Partido Republicano respaldó la candidatura de James G. Blaine para la Presidencia de los Estados Unidos. Ese respaldo fue todo un acto de disciplina partidista, pues Henry Cabot Lodge aborrecía a James G. Blaine y había hecho campaña en su contra en la Convención Nacional Republicana. Sin embargo, al salir electo James Blaine como el candidato del Partido Republicano Henry Cabot

⁴²¹ Oliver Wendell Holmes, Jr. era unos nueve años mayor que Henry Cabot Lodge y cuando este último estudió en el Harvard College, Oliver Wendell Holmes, Jr. fue su profesor de Derecho Constitucional. La relación entre ambos aparece detallada en Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 341-342.

⁴²² Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 174; Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 285.

Lodge se vio obligado a respaldarlo e incluso corrió como candidato al Congreso. Ambos perdieron las elecciones.⁴²³ Como resultado del respaldo a James Blaine, Lodge recibió innumerables críticas y perdió muchas de sus amistades. Sin embargo, Oliver Wendell Holmes, Jr., siempre se mostró como su amigo y lo respaldó en lugares públicos.⁴²⁴

Cabe señalar que aunque James Blaine y Henry Cabot Lodge perdieron en las elecciones de 1884, fue en la Convención Republicana de ese año que Theodore Roosevelt y Henry Cabot Lodge entablaron una amistad. Ambos estaban opuestos a la nominación de James Blaine durante la Convención. Y desde ese momento mantuvieron una relación muy unida.⁴²⁵ Esta amistad entre Theodore Roosevelt y Henry Cabot Lodge resultará ser fundamental para la nominación de Oliver Wendell Holmes, Jr. al Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Para el año de 1901, la salud Horace Grey, Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, se deterioraba rápidamente. El Presidente de los Estados Unidos William McKinley, comenzó a buscar sustitutos para llenar una posible vacante, para esto pidió consejo a John Davis Long, quien era su Secretario de la Marina y quien le recomendó a Alfred Hemenway. Para verano de 1901 se le llegó a preguntar a Hemenway si aceptaría la nominación a Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en caso de surgir una vacante y él contestó que la aceptaría.⁴²⁶ Ante estos hechos parecería que la

⁴²³ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 340-341.

⁴²⁴ En una ocasión Oliver Wendell Holmes, Jr., tuvo la delicadeza de cruzar la calle para saludar públicamente a Henry Cabot Lodge. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 342.

⁴²⁵ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 340-341.

⁴²⁶ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 299.

nominación de Oliver Wendell Holmes, Jr. al Tribunal Supremo no llegaría a materializarse, sin embargo el destino tenía otros planes.

El 6 de septiembre de 1901 fue asesinado el Presidente de los Estados Unidos William McKinley a manos de anarquista Leon Czolgosz, lo que llevó a la presidencia de la nación al entonces Vice-Presidente Theodore Roosevelt.⁴²⁷ En el mes de febrero de 1902, el Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Horace Grey, sufrió un derrame cerebral y su renuncia fue recibida el 9 de julio de 1902. El Presidente Theodore Roosevelt, quien no se sentía atado por el ofrecimiento que su antecesor William McKinley le hiciera a Alfred Hemenway, comenzó a buscar candidatos para llenar la vacante.⁴²⁸ Henry Cabot Lodge, quien en ese entonces era Senador por Massachusetts, escribió formalmente a su viejo amigo, el ahora Presidente Roosevelt que su candidato para llenar la vacante era Oliver Wendell Holmes, Jr. El Presidente contestó la carta de Lodge señalando que veía favorablemente el posible nombramiento de Holmes, Jr. a quien conocía bien.⁴²⁹

La campaña de Henry Cabot Lodge a favor del nombramiento de Oliver Wendell Holmes, Jr. había comenzado desde la primavera, cuando habló con el aún Juez Asociado Horace Grey, para indicarle su respaldo a Holmes, Jr. para llenar su vacante. El Juez Asociado Grey le indicó que si Roosevelt decidía no nombrar a su Secretario de la Marina William H. Moody, Holmes, Jr. sería el mejor candidato para tomar su lugar en el Tribunal Supremo.⁴³⁰

⁴²⁷ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 234.

⁴²⁸ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 299.

⁴²⁹ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 234.

⁴³⁰ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 342.

Sin embargo, el nombramiento de Oliver Wendell Holmes, Jr., contó con bastante oposición. El Senador Hoar, hizo presión al Presidente Roosevelt para que nombrara a su sobrino Ebenezer Hoar.⁴³¹ El industrial textil Eben S. Draper se comunicó con Lodge para indicarle su oposición a Holmes, Jr. a quien veía como una persona errática y no digna de confianza.⁴³² En una primera instancia Draper favoreció al Juez del Tribunal de Circuito Francis Cabot Lowell III, pero al no encontrar suficiente respaldo para su candidatura favoreció a Samuel Hoar.⁴³³

Resultaba claro que la oposición de Eben S. Draper, representaba en cierto sentido la oposición de la clase industrial a Oliver Wendell Holmes, Jr. con de las decisiones que tomó en dos casos laborales, en el caso de *Commonwealth v. Perry*,⁴³⁴ emitió una opinión disidente indicando que se debía sostener una legislación estatal que prohibía a los patronos en la industria textil el rebajar el salario de sus obreros por defectos que encontraran en la elaboración del producto. El otro caso era el de *Vegeahn v. Gunter*, donde también emitió una decisión disidente, en la que respaldaba el derecho de los obreros a efectuar piquetes frente al negocio de su patrono siempre y cuando el piquete no estuviese acompañado de actos de violencia.⁴³⁵ A partir de esos casos los empresarios e industriales comenzaron a ver a Oliver Wendell Holmes, Jr. como una figura peligrosa para los intereses de comercio y la industria. Sin embargo, estas decisiones poco preocupaban al Presidente Roosevelt, quien las consideraba un punto a favor de Oliver Wendell

⁴³¹ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 236.

⁴³² White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 299-300.

⁴³³ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 343.

⁴³⁴ *Commonwealth v. Perry*, 155 Mass. 117 (1891).

⁴³⁵ *Vegeahn v. Gunter*, 167 Mass. 92 (1896)

Holmes, Jr. en lugar de una desventaja. Roosevelt entendía que a través de ellas Oliver Wendell Holmes, Jr. había demostrado su entereza de carácter, su integridad y su sensibilidad para con las clases menos privilegiadas.⁴³⁶ Existían sin embargo, otro asunto relacionado a la posible nominación de Oliver Wendell Holmes, Jr. que preocupaba al Presidente Roosevelt, era el relacionado a las posesiones de los Estados Unidos en ultramar.

La nominación de la persona que llenaría la vacante del Juez Asociado Horace Gray, revestía suma importancia para el Presidente Roosevelt, pues en esa época el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, se encontraba definiendo la relación entre los Estados Unidos y sus posesiones en ultramar, entiéndase Puerto Rico, Filipinas y Hawaii, a estos casos se les conoce como los casos insulares.⁴³⁷ Durante el año de 1901 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió siete casos insulares⁴³⁸ y seis de ellos estaban relacionados, ya bien a la constitucionalidad de las tarifas cobradas por los Estados Unidos a los productos provenientes de dichas posesiones y que entraban a territorio norteamericano, o ya bien, las tarifas cobradas por los gobiernos locales

⁴³⁶ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 300.

⁴³⁷ Entre 1901 y 1922 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió unos 22 casos desarrollando las implicaciones jurídicas de las relaciones entre Estados Unidos y sus posesiones de ultramar, Puerto Rico, Filipinas, y Hawaii. Estos casos en conjunto son conocidos como los casos insulares. Rivera Ramos Efrén, *The Leal Construction of Identity: The Judicial and Social Legacy of American Colonialism in Puerto Rico*, American Psychological Association, Washington, DC, p. 74-75.

⁴³⁸ Los casos resueltos en el 1901 fueron los siguientes: *De Lima v. Bidwell*, 182 US 1 (1901); *Goetze v. United States*, 182 US 221 (1901); *Grossman v. United States*, 182 US 221 (1901); *Dooley v. United States*, 182 US 222 (1901); *Amstrong v. United States*, 182 US 243 (1901); *Downs v. Bidwell*, 182 US 244 (1901); *Huus v. New York and Porto Rico Steamship Company*, 182 US 392 (1901); *Dooley v. United States*, 183 US 151 (1901); y finalmente *Fourteen Diamond Rings v. United States*, 183 US 176 (1901).

impuestos por los Estados Unidos a los productos norteamericanos que entraban a las posesiones.⁴³⁹

El asunto de la validez de las tarifas resultaba ser muy importante para el Presidente Roosevelt. El Partido Republicano sostenía que las tarifas eran necesarias para proteger los intereses de los proveedores locales de azúcar y tabaco. Los Demócratas por su parte, argumentaban que imponerle impuestos a los territorios sin haberles concedido previamente a sus habitantes el derecho al voto era un acto inconstitucional e imperialista.⁴⁴⁰

El Tribunal Supremo se encontraba dividido en cuanto a la constitucionalidad de las tarifas. Para entrar a evaluar la validez de las tarifas eran inevitable entrar a considerar la naturaleza política de los territorios, ya que las tarifas que se pretendían cobrar se imponían a productos que vinieran del extranjero. El determinar si estas posesiones eran territorios domésticos o extranjeros era pues, esencial para decidir la aplicación de las tarifas.⁴⁴¹

⁴³⁹ El caso de *Huus v. New York and Porto Rico Steamship Company*, 182 US 392 (1901) determinó que los barcos mercantes que viajaban entre los puertos de los Estados Unidos y Puerto Rico estaban envueltos en el comercio doméstico y como tal les aplicaban las leyes federales correspondientes.

⁴⁴⁰ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 300.

⁴⁴¹ En el caso de que determinase que las posesiones eran un territorio doméstico, existía el argumento de que aplicaría la Cláusula de Uniformidad de la Constitución de los Estados Unidos, la cual impediría que se les aplicaran a dichas posesiones, tarifas que no se le aplicaban al resto de los Estados Unidos. US Constitution Art. I, Sec. 8, cl. 1: "The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imposts and exercises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but all duties, imposts and excises shall be uniform throughout the United States". Sin embargo este planteamiento sería rechazado más tarde por el Tribunal Supremo en otro de los casos insulares, el caso de *Dooley v. United States*, 183 US 151, 157.

En el primero de los casos, el de *De Lima v. Bidwell*, 182 US 1 (1901), por votación de cinco a cuatro, la mayoría⁴⁴² sostuvo que las tarifas cobradas a productos provenientes de Puerto Rico no eran válidas pues luego del Tratado de París, Puerto Rico no podía considerarse un país extranjero para los efectos de la ley tarifaria. Señala el Juez Henry Billings Brown, escribiendo para la mayoría que “the mere cession and possession had the effect of changing the status of the territory for revenue purposes from foreign to domestic”⁴⁴³. Los próximos casos fueron resueltos siguiendo lo establecido en el caso de *De Lima*, esto es, señalando que las tarifas tanto las impuestas a los productos importados como las impuestas a los productos exportados a su arribo a los territorios son inconstitucionales.

El caso de *Downs v. Bidwell*, 182 US 244 (1901), fue el primero de casos insulares en los que se validó la tarifa cobrada. En este caso, aunque se trataba, al igual que el caso de *De Lima*, de tarifas cobradas productos provenientes de Puerto Rico, la situación legal había cambiado, pues el Gobierno de los Estados Unidos había aprobado el Acta Foraker,⁴⁴⁴ una ley que establecía un Gobierno Civil en Puerto Rico y que de manera específica establecía las tarifas que se estaban cobrando. En este caso el Juez Brown se unió a la minoría en el caso de *De Lima*, esto es a los Jueces, Gray, McKenna, Shiras y White, convirtiéndolos en mayoría de cinco a cuatro, para sostener la constitucionalidad de las tarifas impuestas en el Acta Foraker. En el caso de *Dooley v. United States*, 183 US 151 (1901) decidido por la misma mayoría de cinco votos a cuatro que decidió el caso de *Downs*, se establece la validez de las tarifas

⁴⁴² La mayoría estaba compuesta por los Jueces Henry Billings Brown, Rufus Wheeler Peckham, John Marshall Harlan, David Josiah Brewer y el Juez Presidente Melville Weston Fuller. La minoría quedó compuesta por los Jueces Joseph McKenna, George Shiras, Jr., Edward Douglas White y Horace Gray.

⁴⁴³ *De Lima v. Bidwell*, 182 US 1, 181-94 (1901).

⁴⁴⁴ Acta Foraker, 31Stat. 77 (1900), 48 USCA 731.

impuestas a productos norteamericanos que entren al mercado de Puerto Rico.

Como podemos apreciar, el voto del Juez Horace Gray, era necesario para mantener la exigua mayoría que sostenía la validez de las tarifas impuestas por los Estados Unidos a través del Acta Foraker. El Presidente Roosevelt, quien al igual que Henry Cabot Lodge, favorecía la política imperial de los Estados Unidos, quería garantizar que el sustituto del Juez Gray mantendría esa mayoría. Con ese propósito en mente, el Presidente Roosevelt le solita a Henry Cabot Lodge que citara a Oliver Wendell Holmes, Jr. a una entrevista secreta para discutir su visión en los casos insulares. La reunión entre el Presidente Roosevelt y Oliver Wendell Holmes, Jr. tuvo lugar el 24 de julio de 1902.⁴⁴⁵

Luego de quedar satisfecho en sus inquietudes el Presidente Theodore Roosevelt nominó el 11 de agosto de 1902, a Oliver Wendell Holmes, Jr. para el puesto de Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Su confirmación tuvo que enfrentar todavía la oposición del Senador Hoar, quien era el Senador de más antigüedad de Massachusetts y que era además el Presidente del Comité de Asuntos Judiciales del Senado.⁴⁴⁶

Previendo la desaprobación del Senador Hoar, el Presidente Roosevelt le comunicó privadamente sus intenciones de nominar a Oliver Wendell Holmes, Jr. para llenar la vacante del Juez Asociado Horace Gray. El Senador Hoar le cuestionó al Presidente Roosevelt que no hubiese seguido el método tradicional de informar la vacante y ofrecer un tiempo

⁴⁴⁵ Para el recuento que el propio Oliver Wendell Holmes, Jr. hace a su amiga Nina Gray sobre la reunión que sostuviese en secreto con el Presidente Roosevelt y el análisis detallado de dicho recuento puede verse a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 301-304.

⁴⁴⁶ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 349.

razonable para que las personas interesadas, en especial los miembros de la profesión legal y los representantes de los Estados, expresasen sus opiniones y deseos.⁴⁴⁷

El Senador Hoar, también elevó su voz de protesta ante Lodge, y cuestionó por escrito la capacidad de Oliver Wendell Holmes, Jr. para llenar la vacante, de quien señaló que sus méritos eran más de carácter social, literario, y de naturaleza académica, pero no de naturaleza jurídica.⁴⁴⁸ A pesar de su férrea oposición, al nombramiento de Oliver Wendell Holmes, Jr., el Senador Hoar no llegó a hacer público su malestar, en parte por el problema que le crearía en su Estado el haberse opuesto al Juez Presidente del Tribunal Supremo y en parte porque los periódicos habían mencionado como un posible candidato a su sobrino Samuel Hoar.⁴⁴⁹

El Presidente Roosevelt, una vez aplacada la ira del Senador Hoar, realizó el 11 de agosto de 1902, el anuncio público de la nominación del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. para ocupar la vacante dejada en el Tribunal Supremo por el retiro del Juez Asociado Horace Gray. Finalmente, y contando el informe favorable del Comité de Asuntos Judiciales del Senado, Presido por el Senador Hoar, el nombramiento de Oliver Wendell Holmes, Jr. fue llevado a votación en el Senado de los Estados Unidos y fue aceptado de forma unánime el 4 de diciembre de 1902.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 304.

⁴⁴⁸ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 350.

⁴⁴⁹ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 305.

⁴⁵⁰ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 355-356.

El 8 d diciembre de 1902, Oliver Wendell Holmes, Jr. tomó juramento como Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. La corte a la que entró a formar parte Oliver Wendell Holmes, Jr., conocida como al “Corte Fueller” por estar presidida por Melville Weston Fueller,⁴⁵¹ Estaba compuesta por los Jueces Asociados John Marshall Harlam,⁴⁵² David Josiah Brewer,⁴⁵³ Henry Billings Brown,⁴⁵⁴ Georges Shiras, Jr.,⁴⁵⁵ Edward Douglas White,⁴⁵⁶ Rufus Wheeler Peckham,⁴⁵⁷ Joseph

⁴⁵¹ El Juez Presidente Melville Weston Fueller nació en Augusta, Maine, el 11 de February de 1833. El Presidente Grover Cleveland nominó a Fuller para ocupar el puesto de Juez Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos el 30 de abril de 1888. El Senado de los Estados Unidos lo confirma el 20 de julio de 1888 y se mantuvo en su puesto por espacio de veintidós años. Murió el 4 de julio de 1910 a la edad de setenta y siete años. Página Web de The Supreme Court Historical Society. <http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/chief-justices/melville-weston-fuller-1888-1910/>

⁴⁵² El Juez Asociado John Marshall Harlam, nació en Boyle County, Kentucky el primero de junio de 1833 El Presidente Rutherford B. Hayes, lo nominó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos el 17 de octubre de 1877. El Senado de los Estados Unidos lo confirmó el 29 de noviembre de 1877 y sirvió como parte del Tribunal por espacio de 34 años. Murió el 14 de octubre de 1911, a la edad de 78 años. Página Web de The Supreme Court Historical Society, <http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/associate-justices/john-marshall-harlan-1877-1911/>

⁴⁵³ El Juez Asociado David Josiah Brewer, nació en Smyrna, Asia Menor, en lo que es hoy Izir, Turquía, el 20 de junio de 1837. El 18 de diciembre de 1889 fue nominado para servir en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos por el Presidente Benjamin Harrison. Fue confirmado por el Senado de los Estados Unidos el 6 de enero de 1890 y sirvió en dicho Tribunal por espacio de veinte años. Murió el 28 de marzo de 1910 a la edad de 72 años. Página Web de The Supreme Court Historical Society, <http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/associate-justices/david-brewer-1890-1910/>

⁴⁵⁴ El Juez Asociado Henry Billings Brown nació en South Lee, Massachusetts, el 2 de marzo de 1836. El Presidente Benjamin Harrison nominó a Brown al Tribunal Supremo de los Estados Unidos el 23 de diciembre de 1890, y el Senado de los Estados Unidos lo confirmó el 30 de diciembre del mismo año. Brown sirvió el Tribunal Supremo por más de quince años, retirándose el 28 de mayo de 1906. Murió el 4 de septiembre de 1913 a la edad de setenta y siete años. Página Web de The Supreme Court Historical Society, <http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/associate-justices/henry-brown-1891-1906/>

⁴⁵⁵ El Juez Asociado Georges Shiras, Jr. nació en Pittsburgh, Pennsylvania, el 26 de enero de 1832. El Presidente Benjamin Harrison nominó a Shiras al Tribunal Supremo de los Estados Unidos el 19 de julio de 1892. El Senado de los Estados Unidos confirmó el nombramiento el 26 de julio de 1892. Se retiró unos diez años después de haber sido nombrado y murió el 2 de agosto de 1924 a la edad de noventa y dos años. Página Web de The Supreme Court Historical Society, <http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/associate-justices/george-shiras-jr-1892-1903/>

⁴⁵⁶ El Juez Asociado Edward Douglas White nació en la parroquia de Lafourche, Louisiana, el 3 de noviembre de 1845. El Presidente Grover Cleveland nominó a White al Tribunal Supremo de los Estados Unidos el 19 de febrero de 1894 y el senado confirmó su nombramiento ese mismo día. El Juez Asociado White había servido por unos diez y seis años en el Tribunal cuando el 12

Mckenna.⁴⁵⁸ Este Tribunal, a pesar de tener carácter nacional y sus jueces provenir de distintos lugares del país, resultaba ser bastante homogéneo en cuanto a la procedencia social de sus integrantes. Podríamos decir que a excepción del Juez McKenna, cuyos padres eran inmigrantes irlandeses, los demás jueces pertenecían a la elite económica e intelectual de los Estados Unidos.⁴⁵⁹

Al igual que Oliver Wendell Holmes, Jr., todos los jueces debían sus puestos a alguna relación con una importante figura política, y todos ellos, a excepción del Juez Presidente Fueller y el Juez Asociado George Shiras, Jr., habían ocupado anteriormente puestos judiciales.⁴⁶⁰ Sin

de diciembre de 1910, el Presidente William H. Taft lo nominó para el puesto de Juez Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Nuevamente el Senado de los Estados Unidos confirmó su nombramiento el mismo día en que fue sometido, lo que convirtió a White en el primer Juez Asociado en ser nombrado Juez Presidente. White sirvió en el Tribunal Supremo por unos veintiséis años en total, diez de ellos como Juez Presidente, y murió el 19 de mayo de 1921 a la edad de setenta y cinco años. Página Web de The Supreme Court Historical Society, <http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/chief-justices/edward-douglas-white-1910-1921/>

⁴⁵⁷ El Juez Asociado Rufus Wheeler Peckham nació el 8 de noviembre de 1838, en la ciudad de Albany, New York. El Presidente Grover Cleveland nominó a Peckham al puesto de Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos el 9 de diciembre de 1895 y el Senado de los Estados Unidos confirmó su nombramiento el seis de enero de 1896. El Juez Asociado Peckham sirvió en el Tribunal Supremo por espacio de trece años y murió el 24 de octubre de 1909, a la edad de setenta años. Página Web de The Supreme Court Historical Society, <http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/associate-justices/rufus-peckham-1896-1909/>

⁴⁵⁸ El Juez Asociado Joseph Mckenna nació el 10 de abril de 1843 en la ciudad de Filadelfia Pennsylvania. El 21 de enero 1898, el Presidente McKinley nominó a McKenna al puesto de Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el 26 de enero de 1898, fue confirmado a ese puesto por el Senado de los Estados Unidos. El Juez Asociado McKenna sirvió en el Tribunal Supremo por espacio de 26 años y se retiró el 5 de enero de 1925. El 21 de noviembre de 1926 murió el Juez McKenna a la edad de ochenta y tres años. Página Web de The Supreme Court Historical Society, <http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/associate-justices/joseph-mckenna-1898-1925/>

⁴⁵⁹ El padre del Juez McKenna había sido panadero. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 359.

⁴⁶⁰ El Juez Harlan fue Juez en el Condado de Franklin y Procurador General de Kentucky por cuatro años. El Juez Brewer sirvió por 4 años en el Tribunal de Distrito de Kansas, catorce años en el Tribunal Supremo de Kansas y cinco años en el Tribunal de Apelaciones para el octavo circuito. El Juez Brown había servido como Juez de Circuito en el Condado de Wayne y como Juez del Tribunal de Estados Unidos para

embargo, no podríamos catalogar a ninguno de ellos como un intelectual de renombre, en ese sentido Oliver Wendell Holmes, Jr., quien había dedicado gran parte de su vida al estudio detenido del Derecho Común Norteamericano y tenía a su nombre varios artículos jurídicos, había sido editor de los *Commentaries on American Law* de James Kent y había publicado un libro, *The Common Law*, donde recogía y organizaba los distintos temas que abarcaba el Derecho Común, no tenía ningún motivo para no sentirse a la altura de sus nuevas responsabilidades.

Las condiciones de trabajo de los jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, por sus limitaciones, era en cierta medida parecidas a las que Oliver Wendell Holmes, Jr. había enfrentado en el Tribunal Supremo de Massachusetts. Los jueces no contaban con oficinas propias y tenían que trabajar ya bien desde sus casas y circulaban sus decisiones mediante el uso de mensajeros,⁴⁶¹ el salón de conferencias del Tribunal Supremo estaba ubicado en el sótano del Capitolio.⁴⁶²

La rutina normal de trabajo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la época de Oliver Wendell Holmes, Jr. comenzaba al mediodía, los jueces escuchaban los argumentos hasta las dos de la tarde, recesaban unos treinta minutos para almorzar y volvían a escuchar argumentaciones hasta las cuatro de la tarde. Usualmente a las partes se les concedían dos horas para argumentar, los jueces podían extender ese tiempo si lo consideraban necesario, de hecho en algunos casos importantes las argumentaciones duraban dos o tres días. Los jueces

Eastern Michigan, puesto que ocupó por 14 años. El Juez McKenna había servido como Juez en del Tribunal de Apelaciones del 9no. Circuito.

⁴⁶¹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 362.

⁴⁶² A los jueces se les proveía unos dos mil dólares mensuales para la contratación de secretario que les ayudara e sus tareas. White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 311.

tenían autoridad para intervenir en los argumentos y hacer preguntas a los abogados de las partes.⁴⁶³

Las mañanas de los sábados eran reservadas para que los jueces sostuvieran sus conferencias, allí el Juez Presidente pasaba revista, uno por uno, de los casos que se habían argumentado durante la semana. La discusión comenzaba con un breve resumen del caso, realizado por el Juez Presidente, al que le añadía sus comentarios. Una vez el Juez Presidente terminaba de presentar el caso los demás jueces, uno por uno, y en orden de antigüedad, tenían la oportunidad de presentar sus ideas sobre el caso. El trabajo del Juez Presidente consistía en tratar de armonizar las ideas presentadas por los jueces. Una vez, todos tenían una opinión formada se pasaba a votar revirtiendo el orden de antigüedad, esto es, comenzaba a votar el juez de más reciente nombramiento hasta llegar a Juez Presidente.⁴⁶⁴

Una vez decididos los casos, correspondía al Juez Presidente del Tribunal Supremo, el asignar la redacción de las decisiones. Para esta asignación no se seguía ninguna regla en particular, el Juez Presidente podía tomar su decisión a partir de las posiciones jurídicas planteadas en la conferencia, del grado de “expertise” de los jueces, de la carga de trabajo de cada juez o simplemente de las consideraciones políticas del asunto ante el Tribunal. Una vez se recibía la asignación los jueces se retiraban a escribir desde sus casas y circulaban sus decisiones por medio de mensajeros para recibir comentarios.⁴⁶⁵ Las mañanas de los lunes eran

⁴⁶³ Novick, Sheldon 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, p. 245.

⁴⁶⁴ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 246

⁴⁶⁵ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 365.

reservadas para que el Tribunal Supremo diera a conocer sus decisiones.⁴⁶⁶

Contrario al Tribunal Supremo de Massachusetts, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos recibía para su atención, asuntos sumamente variados. Esta diversidad en los casos sometidos agradaba sobremanera a Oliver Wendell Holmes, Jr. así se lo expresa a su amigo Frederick Pollock.

Yes here I am and more absorbed, interested and impressed than ever I had dreamed I might be. The work of the past seems a finished book locked up far away, and a new and solemn volume opens. The variety and novelty to me of the questions, the remote spaces from which they come, the amount of work they required, all help the effect. I have written on the constitutionality of part of the Constitution of California,⁴⁶⁷ on the powers of the Railroad Commissioners of Arkansas,⁴⁶⁸ on the question of whether a law of Wisconsin impairs the obligation of the plaintiff's contract.⁴⁶⁹ I have to consider a question between a grant of the US in aid of a military road and an Indian reservation on the Pacific coast. I have heard conflicting mining claims in Arizona, and whether a granite quarry is "minerals" within an exception in a Railway land grant⁴⁷⁰ and fifty other things as remote from each other as these.⁴⁷¹

Esta carta fue escrita el 28 de diciembre de 1902, esto es apenas veinte días después de su juramentación como Juez Asociado del Tribunal Supremo. Su entusiasmo es evidente y así se lo hace saber a su amigo

⁴⁶⁶ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 246.

⁴⁶⁷ *Otis v. Parker*, 187 US 606 (1903).

⁴⁶⁸ *Hanley v. Kansas City Southern Railway Co.*, 187 US 617 (1903).

⁴⁶⁹ *Diamond Glue Company v. United States Glue Company*, 187 US 611 (1903).

⁴⁷⁰ *Northern Pacific Railway v. Soderberg*, 188 US 526 (1903)

⁴⁷¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a Frederick Pollock del 28 de diciembre de 1902 publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Holmes-Pollock Letters, The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1961, p.109-110.

Pollock. Ese entusiasmo manifestado por Oliver Wendell Holmes, Jr. se tradujo en su trabajo, sobre todo en su extensa producción de opiniones para el Tribunal y de Opiniones Disidentes.

Oliver Wendell Holmes, Jr. sirvió en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos por espacio de veintinueve años, bajo la dirección de cuatro jueces presidentes y escribió unas 873 opiniones para el Tribunal.⁴⁷² A este número debemos añadir que además de las opiniones escritas para la mayoría del Tribunal también emitió otras 102 opiniones separadas, 72 de ellas como opiniones disidentes y 30 concurrentes.⁴⁷³ El hecho de que se le asignase el escribir tantas opiniones para la mayoría del Tribunal en parte se debió a la buena relación que estableció desde sus comienzos en el Tribunal con el Juez Presidente Fuller, quien utilizó al máximo la destreza que tenía Oliver Wendell Holmes, Jr. para escribir las opiniones de la mayoría sobre todo en los casos constitucionales.⁴⁷⁴ Luego de la muerte del Juez Fueller el nuevo Juez Presidente White también solía asignar a Oliver Wendell Holmes, Jr. un buen número de las opiniones de los casos constitucionales, y es bajo el Juez Presidente Taft que Oliver Wendell Holmes, Jr. deja de ser primordial redactor de las opiniones constitucionales.⁴⁷⁵ No esta de más señalar, que Oliver Wendell Holmes, Jr. correspondía la confianza en el depositada por ambos Jueces y trabajaba afanosamente en las mañanas y tardes en la

⁴⁷² Novick, Sheldon 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, p. 14.

⁴⁷³ Novick, Sheldon 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, p. 88.

⁴⁷⁴ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 249; Novick, Sheldon 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, p. 14

⁴⁷⁵ Novick, Sheldon 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, p. 59.

redacción de las decisiones que le eran asignadas, llegando a convertirse en el juez con más opiniones escritas.⁴⁷⁶

De otra parte, otro factor que contribuyó a que Oliver Wendell Holmes, Jr. se convirtiese en un prolífico escritor de opiniones era la manera en que redactaba dichas opiniones. Oliver Wendell Holmes, Jr. no creía en redactar opiniones extensas, entendía, siguiendo la tradición inglesa, que las opiniones deberían poder ser presentadas oralmente, razón por la cual sus opiniones son breves, claras, precisas y utilizan a su vez frases que tienden a quedarse en la mente de sus lectores.⁴⁷⁷

A pesar de que el propósito de esta Tesis es el analizar el pensamiento jurídico-filosófico de Oliver Wendell Holmes, Jr. a partir de sus escritos no judiciales y ver sus implicaciones para el desarrollo del pensamiento jurídico norteamericano, no nos gustaría cerrar este capítulo sin darle un rápido vistazo a algunas de las opiniones escritas por Oliver Wendell Holmes, Jr. como parte del Tribunal Supremo. La idea no es entrar en la discusión pormenorizada de estas opiniones, sino el ofrecer al lector un rápido vistazo a las decisiones con las que mayormente se asociado la figura del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., lo que nos ofrece una idea general sobre la manera en que analizaba y escribía sus opiniones, los temas de importancia que marcaron el tiempo en que sirvió como Juez y que, como resulta lógico, dejaron una huella en visión jurídico-filosófica.

Durante sus años en el Tribunal el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. trabajó temas en distintas áreas del Derecho, demos un rápido vistazo a

⁴⁷⁶ Novick, Sheldon 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, p. 14.

⁴⁷⁷ Para un análisis del estilo de las decisiones escritas por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. véase a Novick, Sheldon 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, p. 104-107.

las áreas donde sus opiniones alcanzaron mayor relevancia. El campo del Derecho Constitucional ofreció al Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. la oportunidad de entender en varios asuntos, de hecho su primera opinión mayoritaria limita la revisión judicial del Tribunal Supremo sobre la legislación de los estados.⁴⁷⁸ Entiende Holmes, Jr. que en los momentos en que un caso presente un choque entre principios igualmente importantes, el Tribunal Supremo debe ser deferente con los principios que respalda la legislatura estatal. Esto es los jueces no deben sustituir su criterio por el de los legisladores, ni aún en los casos en que entiendan que los legisladores se han equivocado al redactar la ley. El único criterio para que el Tribunal Supremo intervenga con una legislación estatal es cuando el Estado, por medio de la legislación, violenta derechos fundamentales establecidos en el Derecho Común. En palabras de Oliver Wendell Holmes, Jr.:

*“. . . the courts cannot interfere, unless, in looking at the substance of the matter they can see that it "is a clear, unmistakable infringement of rights secured by the fundamental law."*⁴⁷⁹

Cabe señalar sin embargo, que aunque en *Otis v. Parker*,⁴⁸⁰ el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. señala que el Tribunal debe declarar inconstitucional una legislación estatal cuando entienda que se violentan derechos fundamentales, estos derechos nunca fueron definidos en el texto del caso. Lo único que sabemos sobre dichos derechos, es que para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. los derechos fundamentales eran aquellos generalmente entendidos como tales por las comunidades de

⁴⁷⁸ *Otis v. Parker*, 187 US 606 (1903).

⁴⁷⁹ *Otis v. Parker*, 187 US 606, 609 (1903) La parte entre comillas en la cita aparece en el caso original pues se refiere a una cita que hace el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. del caso de *Booth v. Illinois*, 184 US 425, 429 (1902).

⁴⁸⁰ 187 US 606, 609(1903).

habla inglesa y correspondía al Tribunal establecer caso a caso el contenido de estos derechos.⁴⁸¹

Esta deferencia que deben los tribunales a la legislación de los Estados fue la base de una de las opiniones disidentes más famosas de Oliver Wendell Holmes, Jr. nos referimos a la emitida en el caso de *Lochner v. New York*.⁴⁸² En este caso, Oliver Wendell Holmes, Jr., contrario a lo decidido por la mayoría, entiende que debe sostenerse una ley de Nueva York en la que se limitaba el horario de los panaderos al máximo de diez horas al día. Entiende Oliver Wendell Holmes, Jr. que la mayoría, al declarar la inconstitucionalidad de esa ley, lo que hace es imponer su criterio como jueces (sobre la razonabilidad de la reglamentación limitando las horas de trabajo de los panaderos) por el criterio expresado por los legisladores. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. la sustitución de criterios, imponiendo los judiciales sobre los legislativos, no es tarea del Tribunal Supremo.

Para hacer más enfático su punto, señala el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en su opinión disidente que “The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer’s Social Statics” y más adelante nos indica que:

*“ . . . a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire.”*⁴⁸³

⁴⁸¹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 248. En el caso de *Otis v. Parker*, Oliver Wendell Holmes, Jr. al hablar de los derechos que aparecen en la constitución enfatiza su carácter relativo y general al referirse a ellos como, “. . . relatively fundamental rules of right, as generally understood by all English-speaking communities, . . .”. *Otis v. Parker*, 187 US 606, 609 (1903).

⁴⁸² 198 US 45 (1905).

⁴⁸³ *Lochner v. New York*, 198 US 45, 75 (1905).

Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. la mayoría debió sostener la constitucionalidad de la ley, siguiendo la teoría expresada en *Otis v. Parker*,⁴⁸⁴ esto es, afirmar que la ley de Nueva York limitando a diez horas la jornada de los panaderos no violentaba ningún derecho fundamental bajo el Derecho Común según establecido en la tradición del pueblo y la ley.⁴⁸⁵

Otra área del Derecho Constitucional en la que Oliver Wendell Holmes, Jr. tuvo importantes aportaciones fue en el campo de la libertad de expresión. Aunque fueron varios los casos vistos por Oliver Wendell Holmes, Jr. relacionados a la libertad de expresión, podemos afirmar que su visión sobre el tema se encuentra resumida en dos de sus opiniones, una de ellas escribiendo para un Tribunal Supremo que decidió de forma unánime,⁴⁸⁶ la otra, una opinión disidente.⁴⁸⁷ Pasemos revista brevemente a ambas decisiones.

Durante la Primera Guerra Mundial, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tuvo que decidir varios casos relacionados a la libertad de expresión de quienes se oponían al reclutamiento de ciudadanos para integrar las fuerzas armadas de los Estados Unidos. En el primero de los casos, el de *Shenck v. United States*,⁴⁸⁸ se apelaba la convicción de seis meses de cárcel impuesta a Charles Schenck, quien fungía como Secretario General del Partido Socialista de Filadelfia, por violar la Ley de Espionaje de 1917,⁴⁸⁹ al enviar por correo a personas que estaban en edad de ser reclutadas, una hoja suelta en la que señalaba que el reclutamiento era inconstitucional y los exhortaba a hacer valer sus

⁴⁸⁴ 187 US 606 (1903).

⁴⁸⁵ *Lochner v. New York*, 198 US 45, 76 (1905).

⁴⁸⁶ *Shenck v. United States*, 249 US 47 (1919).

⁴⁸⁷ *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919).

⁴⁸⁸ 249 US 47 (1919).

⁴⁸⁹ Espionage Act of Congress, § 3, Title I, of Act approved June 15, 1917.

derechos. El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. escribió la opinión unánime del Tribunal, donde se establece que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, pues depende de las circunstancias en la que se realiza la expresión.

Es en esta caso de *Shenck v. United States*, donde el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. utiliza su tan citado ejemplo de: “*The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic.*”⁴⁹⁰ Entiende el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. que el Congreso de los Estados Unidos puede limitar el derecho de expresión cuando éste amenace con interferir con el reclutamiento de tropas para la guerra. Ahora bien, esta limitación debe estar delimitada por un criterio particular, evitando así la arbitrariedad en su uso. El criterio establecido por el Tribunal en el caso de *Shenck v. United States*, es que para poder limitar el derecho a la libertad de expresión, la declaración realizada ha de constituir un peligro claro e inminente de que el objetivo penalizado por el Congreso pueda alcanzarse. Escuchémoslo en palabras del propio Oliver Wendell Holmes, Jr.:

*The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree.*⁴⁹¹

En el caso de *Shenck v. United States* la aplicación del criterio llevaba al Tribunal a determinar si la expresión hecha en la hoja suelta, una vez recibida por medio del correo representaba, en el momento y contexto en

⁴⁹⁰ 249 US 47, 52 (1919).

⁴⁹¹ *Shenck v. United States*, 249 US 47, 52 (1919).

que fue realizada un peligro claro e inminente de interferir con el reclutamiento de tropas para la guerra. El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. enfatiza que en tiempos de guerra el Congreso puede limitar aún expresiones que en tiempos de paz serían permisibles y luego de señalar que no se requiere que la exhortación realizada en la hoja suelta haya sido exitosa, esto es, que algunas personas hubiesen resistido al reclutamiento como resultado del mensaje, para establecer la violación a la Ley de Espionaje de 1917, procede a sostener la convicción.⁴⁹² Como señaláramos anteriormente la decisión del Tribunal fue unánime.⁴⁹³

El segundo caso sobre libertad de expresión por el que es recordado Oliver Wendell Holmes, Jr. es el de *Abrams v. United States*.⁴⁹⁴ Este caso se apelaba la convicción de un grupo de jóvenes inmigrantes de rusos que vivían en Nueva York y pertenecían a un pequeño grupo anarquista, por violar la Ley de Espionaje (Espionage Act of Congress (§ 3, Title I, of Act approved June 15, 1917, as amended May 16, 1918, 40 Stat. 553). Ellos habían llegado a los Estados Unidos por ser perseguidos por el gobierno del Zar y estaban esperanzados por las noticias que llegaban

⁴⁹² Aunque se sostiene la convicción de seis meses de cárcel impuesta a Charles Schenck, la decisión del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. al establecer el criterio de “Clear and present danger” podría considerarse como bastante liberal. La decisión se apartaba del criterio objetivo establecido por el Juez Learned Hand en el caso de *Masses Publishing, Co. v. Patten*, 244 Fed.535 (1917), donde el énfasis se hacía en el texto de la expresión para determinar si esta incitaba al crimen, estableciendo un punto intermedio entre esta y la doctrina del “dangerous tendency”. Lerner, Max, *The Mind and Faith of Justice Holmes*, Halcyon House, New York, 1948, p. 293.

⁴⁹³ El caso de *Shenk v. United States*, fue apenas uno de 6 casos resueltos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en los que se sostenían convicciones por violaciones a la Ley de Espionaje de 1917. El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. escribió la decisión del Tribunal en dos de ellos, *Frohwerk v. United States*, 249 US 204 (1919), *Debs v. United States*, 249 US 211 (1919). En el caso de *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919) el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. escribió una opinión disidente a la que se unió el Juez Louis D. Brandeis. En el caso de *Schaefer v. United States*, 251 US 468 (1920) el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. se unió a la opinión concurrente en parte (en cuanto a la revocación de los cargos contra Schaefer) y disidente en parte (en cuanto a la confirmación de los cargos contra los otros tres acusados) escrita por el Juez Louis D. Brandeis. Por último en *Pierce v. United States*, 252 US 239 (1920) el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. también se unió a la opinión disidente escrita por el Juez Louis D. Brandeis.

⁴⁹⁴ 250 US 616 (1919).

sobre una revolución en Rusia, pero cuando recibieron noticias de que los Estados Unidos enviarían tropas a Rusia en apoyo al gobierno del Zar decidieron tomar acción y dejaron caer hojas sueltas en las que exhortaban a los trabajadores a resistir mediante una huelga general.

Si bien la mayoría del Tribunal confirmó las sentencias de veinte años de cárcel que le fueron impuestas a los jóvenes anarquistas, en su opinión disidente Oliver Wendell Holmes, Jr. establece en primer lugar, que las hojas sueltas hacían referencia a un posible intervención en Rusia y por lo tanto no debían considerarse como que afectaban el esfuerzo militar que el país había realizado en su guerra contra Alemania. En segundo término se expresa a favor de la existencia del derecho a libertad de expresión y pasa a exponer la razón por la que resulta importante proteger dicho derecho. Veámoslo en las palabras del propio Juez Oliver Wendell Holmes, Jr.

*. . . that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution.*⁴⁹⁵

Como podemos apreciar, para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., el derecho a la libertad de expresión es necesario para el libre debate de las ideas, debate que según la teoría de la Constitución, provee la única manera en que los seres humanos pueden aspirar a la verdad. Resulta interesante que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. reconozca que la búsqueda de la verdad es uno de los fundamentos teóricos de la Constitución de los Estados Unidos, sobre todo porque en estos

⁴⁹⁵ *Abrams v. United States*, 250 US 616, 630 (1919).

momentos de su vida el⁴⁹⁶ Juez Holmes, Jr. no aceptaba la existencia de un pensamiento que pudiese considerarse como verdadero. Así lo había señalado apenas un año antes en un breve escrito que apareció publicado en el Harvard Law Review:

. . . our test of truth is a reference to either a present or an imagined future majority in favor in favor of our view. If . . . the truth may be defined as the system of may (intellectual) limitations, what gives it objectivity is the fact that I find my fellow man to a greater or less extent (never holly) subject to the same Can't Helps.

Para Oliver Wendell Holmes, Jr. al no existir una verdad absoluta, las distintas ideas tan solo ilustraban las preferencias de un individuo en particular, preferencia que, en última instancia, se resolvía utilizando la fuerza. Como le señalara a Harold Laski en una carta del 3 de diciembre de 1917:

. . . but when men differ in taste as to the kind of world they want the only thing to do is going to work killing.⁴⁹⁷

En el caso de *Abrams v. United States*, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. enfatiza en que para restringir el derecho a la libertad de expresión, la pregunta a realizarse debe ser, si existe o no, un peligro claro e inminente de que las expresiones alcancen el objetivo prohibido en la ley, para esto, contrario a lo expresado por la mayoría del Tribunal, no basta con probar que se realizó un acto de expresión que podría hacer que se

⁴⁹⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Natural Law, 32 Harvard Law Review 40 (1918); reproducido en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 446.

⁴⁹⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a Harold Laski del 3 de diciembre de 1917, publicada en De Wolf Howe, Mark, Ed., *Holmes-Laski Letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Laski 1916-1935*, Harvard University Press, Massachusetts, 1953, p. 116.

configurara la conducta prohibida, sino que además ha de probar que la expresión fue realizada con la intención específica de crear dicha conducta prohibida.⁴⁹⁸

Por último, quisiera aclarar que contrario a la visión popular, Oliver Wendell Holmes, Jr. nunca se distinguió por ser un Juez liberal, ni por expandir o desarrollar los derechos civiles o económicos de los ciudadanos. A modo de ejemplo podemos señalar que favoreció la esterilización forzosa en el caso de una joven de la que se alegaba tenía retardación mental.⁴⁹⁹ Tampoco favoreció los derechos a poder votar de las personas negras,⁵⁰⁰ ni respaldó los derechos de los obreros en los estados del sur a negarse a efectuar trabajo bajo contratos que endeudaban al obrero con su patrono de tal manera que prácticamente constituían una forma de servidumbre involuntaria.⁵⁰¹ En cuanto a los derechos de propiedad, Oliver Wendell Holmes, Jr. entendía que estos estaban en manos del Estado, esto es, que el Estado los creó y el Estado podía eliminarlos cuando quisiera y que la única pregunta que había que hacerse era si había derecho o no a recibir una compensación económica por la propiedad que el estado había tomado.⁵⁰²

La carrera de Oliver Wendell Holmes, Jr. como Juez Asociado del Tribunal Supremo llegó a su fin el 11 de enero de 1932 cuando, ante los problemas de salud que le aquejaban desde el verano anterior, y que dificultaban el leer y escribir, sometió su renuncia al Presidente de los

⁴⁹⁸ Para un análisis de ambos criterios puede verse a Novick, Sheldon 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, p. 66-69.

⁴⁹⁹ *Buck v. Bell*, 274 US 200 (1927).

⁵⁰⁰ *Giles v. Harris*, 189 US 475 (1903).

⁵⁰¹ *Bailey v. Alabama*, 219 US 219 (1911) y *United States v. Reynolds*, 235 US 133 (1914)

⁵⁰² *Pennsylvania Coal. Co. v. Mahon*, 260 US 393 (1922).

Estados Unidos Herbert Hoover.⁵⁰³ El asiento de Oliver Wendell Holmes, Jr. fue ocupado por el Juez Benjamin Cardozo.⁵⁰⁴

⁵⁰³ La renuncia fue sometida luego de que el Juez Presidente Charles Evans Hughes lo visitara en su casa y le comunicara que ante su condición de salud una mayoría del Tribunal le había pedido que le sugiriese renunciar a su puesto. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 374-375.

⁵⁰⁴ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 375. Página Oficial del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. <http://www.supremecourt.gov/about/members.aspx>

SEGUNDA PARTE

EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DE OLIVER WENDELL HOLMES JR.

CAPÍTULO 5 - INFLUENCIAS EN EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DE OLIVER WENDELL HOLMES JR.

Los seres humanos somos seres histórico-culturales, nacemos inmersos en una época y nos formamos dentro de los paradigmas que conforman dicha época. Oliver Wendell Holmes Jr. no fue la excepción a esta regla, al contrario entendemos que gran parte de la importancia del juez Holmes, Jr. fue su capacidad para trabajar a través del Derecho con las preocupaciones que caracterizaron la sociedad en que le tocó vivir. Al igual que sus contemporáneos Oliver Wendell Holmes, Jr. recibió la influencia de los grandes pensadores cuyas ideas marcaron el pensamiento de finales del siglo XIX, personas como Charles Darwin, Hebert Spencer y Georg Wilhelm Friedrich Hegel entre otros.⁵⁰⁵

Como jurista, Oliver Wendell Holmes, Jr. fue influenciado por las diferentes escuelas de pensamiento jurídico cuyas ideas dominaban el ambiente académico de su época. Debo aclarar que al hablar de las ideas que influenciaron a Oliver Wendell Holmes, Jr., nos referimos, tanto a aquellas ideas que acepta y asume como parte de su esquema mental, como a las ideas que rechaza y dedica sus esfuerzos a rebatirlas. Es en ese libre juego entre las ideas propias y aquellas que se reciben, ya acepten o se rechacen, que el individuo va desarrollando su propio

⁵⁰⁵ Schuartz, Bernard, *Algunos Artífices del Derecho Norteamericano.*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 117, véase además Novick, Sheldon 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, p. 18-28 y White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 87-111.

esquema mental, esto es, su propia manera de entender e interactuar con el mundo que lo rodea. Entiendo pues pertinente, que antes de adentrarnos en la discusión de las ideas filosófico-jurídicas de Oliver Wendell Holmes, Jr., nos detengamos un momento a analizar aquellas ideas a las cuales estuvo expuesto e influenciaron, de una u otra forma su manera de pensar. Comenzaremos por la Escuela Histórica del Derecho.

5.1 ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO (FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY): DERECHO COMO "VOLKGEIST" – ESPÍRITU DEL PUEBLO.

Tal vez la escuela de pensamiento jurídico que más influencia tuvo sobre los escritos jurídicos de Oliver Wendell Holmes, Jr. entre los años de 1867 y 1881 fue la Escuela Histórica del Derecho. Esta escuela de pensamiento jurídico surge como una reacción al iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII y a la Revolución Francesa la que en nombre de la racionalidad, suprimía de golpe las instituciones históricas de dicho país.⁵⁰⁶ Ahora bien, cabe aclarar que el historicismo jurídico no se produjo en el vacío, sino que surge dentro del marco que le provisto por el movimiento conocido como romanticismo, que se desarrolló en Alemania a finales del siglo XIII.

El romanticismo incluía dos características fundamentales, su aprecio por la historia y por la individualidad. Los románticos encontraban en la historia algo más que una manera de entender el mundo, la historia representaba, tanto la razón de ser del presente, como el punto de partida para la construcción del futuro. Mientras que en la

⁵⁰⁶ Sinha, Surya Prakash, *Jurisprudence in a Nutshell*, West Publishing Co., 1993, St. Paul, Minn., 1993, p. 205; Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 45.

individualidad, los románticos incluían no sólo aquello que distinguía y hacía únicos a cada ser humano, sino también valoraban como individualidad aquello que distinguía y hacía únicos a cada pueblo y nación. Este aprecio por la historia y la individualidad, asumido por los románticos, era a su vez un rechazo al racionalismo de la ilustración, en cuanto que este último menospreciaba el pasado, exigía su renovación a través de la razón, y asumía como ideal el cosmopolitismo.⁵⁰⁷

La Escuela Histórica del Derecho tomaría del romanticismo ambos principios, el aprecio por la historia y la individualidad, para desarrollar su teoría del Derecho. Para la Escuela Histórica, contrario a la perspectiva racionalista, no existe prototipo de lo que es el ser humano, para los historicistas cada ser humano es un ente individual, que vive dentro de una nación particular, con una cultura particular, unas tradiciones, costumbres y normas jurídicas particulares. Por eso para la Escuela Histórica el verdadero Derecho es el positivo, el Derecho que nace y se desarrolla a través del tiempo según las peculiaridades de cada sociedad. Dicho en otras palabras, para la Escuela Histórica, el Derecho Positivo viene a ser una expresión de la historia humana.⁵⁰⁸

Gustavo Hugo con su obra *Tratado de Derecho Natural como Filosofía del Derecho*, escrito en 1798, es considerado como precursor del historicismo jurídico. En su obra trabaja la necesidad de generar conceptos jurídicos de carácter general a partir del Derecho del Estado que él llama Derecho Positivo. En su trabajo Hugo define el Derecho Natural como un conjunto de consideraciones filosóficas sobre el Derecho Positivo y da a entender que el Derecho Positivo esta compuesto por el Derecho legislativo, el

⁵⁰⁷ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 43-44.

⁵⁰⁸ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 46. Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 67.

consuetudinario, el jurisprudencial y el doctrinal que se desarrolla en la historia de un pueblo en particular.⁵⁰⁹

En cuanto a su definición del Derecho, se puede apreciar del trabajo de Hugo, la separación entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, al que considera el verdadero Derecho. Hugo define el Derecho Natural más como una filosofía que como Derecho, mientras que define el Derecho Positivo, como un producto de la historia que se concretiza en un momento en el tiempo. Es decir, para Gustavo Hugo el Derecho Positivo es el verdadero Derecho, porque es el que estaba vigente en un determinado periodo de la historia de un pueblo, no necesita pues ser validado por ninguna teoría ética, ni racional. En síntesis, el Derecho Positivo, al ser un producto histórico, es validado por la historia misma.⁵¹⁰

En su obra *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Friedrich Carl von Savigny, reconocido como uno de los integrantes más representativos de la Escuela Histórica, expone los elementos doctrinales que conforman dicha escuela. Y posteriormente uno de sus discípulos, Georg Friederick Puchta pasa a redondear, las ideas de su maestro en su obra *El Derecho Consuetudinario*.⁵¹¹ Con el propósito de resumir de forma general el pensamiento de la Escuela Histórica, veamos algunos de sus puntos doctrinales más importantes.

Comencemos por resaltar que para Savigny, el Derecho Positivo al ser producto de la historia refleja el espíritu de un pueblo como nación, lo

⁵⁰⁹ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 61-62.

⁵¹⁰ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 46.

⁵¹¹ Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1974, p. 70; Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 51-52.

que el llaman el *Volksgeist*.⁵¹² Veamos este fragmento de su obra *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, en donde sin utilizar aún el término *Volksgeist* nos ofrece una descripción de ese espíritu del pueblo.

*In the earliest times to which authentic history extends, the law will be found to have already attained a fixed character, peculiar to the people, like their language, manners, and constitution. Nay, these phenomena have no separate existence, they are but the particular faculties and tendencies of an individual people, inseparably united in nature, and only wearing the semblance of distinct attributes to our view. That which binds them into one whole is the common conviction of the people, the kindred consciousness of an inward necessity, excluding all notion of an accidental and arbitrary origin.*⁵¹³

Vemos como resalta la función de aquella fuerza o espíritu que luego llamará el *Volksgeist*, al hablar de aquello que une a los individuos en un todo, describiendo esa unión como una indisoluble, y señalando que de esta manera se forma un único todo que definirá a ese grupo de personas como pueblo, tal y como lo hacen la lengua y sus costumbres. Más adelante, enfatiza en que “eso” que une a un grupo de personas y los convierte en un pueblo, se manifiesta en el Derecho, aún desde épocas muy remotas, épocas en las que los seres humanos vivíamos en un estado de vida animal. Indicando además, que ese Derecho, al igual que el lenguaje existen en la conciencia del pueblo. Veamos:

. . . that all lived at first a sort of animal life, advancing gradually to a more passable state, until at length the

⁵¹² Nos señalan varios autores que el término de *Volkgeist* fue utilizado por primera vez dentro de la Escuela Histórica por Greorg Friedrich Puchta. Véase a Rodes, Jr., Robert, *Schools of Jurisprudence*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2011, p. 118.

⁵¹³ Savigny, Friedrich Carl von, *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, Littlewood and Co., London, 1831, p. 24.

*height on which they now stand, was attained. We may leave this theory alone, and confine our selves to the mere matter of fact of that first authentic condition of the law. We shall endeavour to exhibit certain general traits of this period, in which the law, as well as the language, exists in the consciousness of the people.*⁵¹⁴

Savigny pasa entonces a enfatizar en que esa unión entre el espíritu del pueblo y el Derecho, ambos comparten una misma naturaleza, que se encuentra en constante mutación, comparándolo nuevamente con el lenguaje. En palabras de Savigny.

*But this organic connection of law with the being and character of the people is also manifested in the progress of the times; and here, again, it may be compared with language. For law, as for language, there is no moment of absolute cessation; it is subject to the same movement and development as every other popular tendency; and this very development remains under the same law of inward necessity, as in its earliest stages. Law grows with the growth, and strengthens with the strength of the people, and finally dies away as the nation loses its nationality.*⁵¹⁵

*. . . period, in which the law, as well as the language, exists in the consciousness of the people.*⁵¹⁶

Como señaláramos anteriormente, con el paso del tiempo el desarrollo de la sociedad lleva al Derecho a convertirse en una actividad particular, manejada por juristas. De esta manera el Derecho continúa perfeccionándose, desarrollando su lenguaje, instaurando métodos científicos hasta convertirse en una actividad artificial y compleja. Savigny nos presenta el Derecho como una actividad que posee dos

⁵¹⁴ Savigny, Friedrich Carl von, *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, Littlewood and Co., London, 1831, p. 25.

⁵¹⁵ Savigny, Friedrich Carl von, *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, Littlewood and Co., London, 1831, p. 27.

⁵¹⁶ Savigny, Friedrich Carl von, *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, Littlewood and Co., London, 1831, p. 25.

características, de una parte, el Derecho es algo que existe en la conciencia de la comunidad, de otra parte, es una rama particular del conocimiento humano, que necesita de un manejo especializado, en este sentido se aleja del pueblo y se deja en manos de los juristas.

With the progress of civilization, national tendencies become more and more distinct, and what otherwise would have remained common, becomes appropriated to particular classes; the jurists now become more and more a distinct class of the kind; law perfects its language, takes a scientific direction, and, as formerly it existed in the consciousness of the community, it now devolves upon the jurists, who thus, in this department, represent the community. Law is henceforth more artificial and complex, since it has a twofold life; first, as part of the aggregate existence of the community, which it does not cease to be; and, secondly, as a distinct branch of knowledge in the hands of the jurists.⁵¹⁷

Los pasajes que hemos leído nos señalan como para la Escuela Histórica, el Derecho como costumbre se encuentra en su forma más pura y aunque con el paso del tiempo se torna en algo complejo y artificial nunca deja de ser parte de la vida del pueblo. De ahí se desprende que la labor principal del Derecho Legislativo sea la de ayudar al pueblo a conservar, organizar y explicar el verdadero Derecho que se manifestaba en sus costumbres.⁵¹⁸

Un último aspecto que nos interesa resaltar de la Escuela Histórica, es la metodología que les caracterizaba y que constituía una visión formalista abstracta del orden jurídico. Como mencionáramos anteriormente, la visión del Derecho de Savigny privilegiaba las costumbres sobre las

⁵¹⁷ Savigny, Friedrich Carl von, *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, Littlewood and Co., London, 1831, p. 28.

⁵¹⁸ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 50.

normas, ahora bien, siempre reconoció que las normas jurídicas ofrecían la oportunidad al jurista de desarrollar el aspecto técnico el Derecho. Claro está, que para Savigny este desarrollo técnico del Derecho, que él catalogaba de científico, tenía como propósito el rescatar, sin alterarlo, ese otro Derecho, el auténtico, aquel que impregnaba la vida y las costumbres del pueblo.

Es pues, con el propósito de rescatar el Derecho auténtico por medio del trabajo científico jurídico, la escuela histórica se da a la tarea de sistematizar el Derecho vigente en los territorios alemanes, quienes se regían mayormente por el código de Justiniano y algunas normas locales. En su interés de llevar a cabo el análisis científico del Derecho la Escuela Histórica fue concentrándose en el estudio del Derecho Romano y sus instituciones y con el correr del tiempo, fueron desarrollando y sistematizando los conceptos jurídicos concretos que descubrían en su trabajo de reconstrucción histórica. Esta línea de trabajo, denominada como “pandectística”, tuvo como efecto final un gradual abandono de los principios históricos, aquella idea de unidad entre el Derecho y el espíritu del pueblo, y para concentrarse en el desarrollo de una ciencia jurídica marcada por sus elementos racionales, conceptuales y lógico-sistemáticos.⁵¹⁹ Dicho en otras palabras, la Escuela Histórica poco a poco fue dejando de ser una escuela centrada en historia del Derecho y su relación con el pueblo, para centrarse en el aspecto técnico del Derecho, es decir, en el estudio científico de la genealogía de los

⁵¹⁹ Cabe señalar que Savigny no pensaba que el análisis formal del Derecho era incompatible con los postulados de la Escuela Histórica, sino que eran complementarios, la investigación histórica aportaría la materia prima para el estudio y la filosofía analítica aportaría la metodología a ser estudiada. Reiman Mathias W., ‘The Common Law and German Legal Science’, según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 82-83.

conceptos derivados de dicha historia, utilizando para ello un análisis estrictamente lógico.⁵²⁰

Con el pasar del tiempo la Escuela Histórica fue dividiéndose en dos ramas, una centrada en el estudio del Derecho Romano dirigida por Savigny y otra más interesada en el estudio del Derecho germánico medieval y sus influencias teutonas.⁵²¹ Con la muerte de Savigny, su sucesor en la rama romana, Georg Friedrich Puchta, enfatizó cada vez más en el análisis formal con lo que poco a poco fue gestándose lo que se dio a conocer como la jurisprudencia de conceptos,⁵²² mientras que la rama germánica con autores como Georg Beseler, Jacob Grimm y K. J. A. Mittermaier, enfatizó el aspecto de la investigación histórica.⁵²³

Oliver Wendell Holmes, Jr. tuvo contacto con ambas ramas de la Escuela Histórica, la rama romana o “pandectística” y la rama germánica. Si bien la investigación histórica fue muy apreciada por Oliver Wendell Holmes, Jr., sobre todo en sus primeros escritos jurídicos, no compartía el mismo aprecio por el aspecto conceptual que degeneró en la llamada jurisprudencia de conceptos (conceptual jurisprudence). Para Oliver Wendell Holmes, Jr. la historia era un asunto de experiencias humanas, experiencias de vida y esta experiencia vital se desvirtuaba al intentar traducirla en un sistema lógico conceptual. Sin embargo, la rama

⁵²⁰ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 54-56.

⁵²¹ Reiman Mathias W., ‘The Common Law and German Legal Science’, según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 83-84.

⁵²² Bobbio nos señala la obra de cuatro volúmenes, titulada *El espíritu del Derecho romano*, de Rudolf von Ihering como la obra más representativa de los pensadores alemanes que adoptaron este análisis metodológico. Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 133-134.

⁵²³ Reiman Mathias W., ‘The Common Law and German Legal Science’, según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 83.

germánica de la Escuela Histórica, que se distanciaba de la jurisprudencia de conceptos, mientras enfatizaba en la investigación histórica, fue bien vista por Oliver Wendell Holmes, Jr., llegándola a percibir como un aliado que en cierto sentido justificaba su manera de trabajar el Derecho Común desde el aspecto histórico.⁵²⁴

Resulta importante señalar, que entre los autores que trabajaban el estudio del Derecho a partir de la investigación histórica, quien más influyó en las ideas de Oliver Wendell Holmes, Jr. no fueron los pensadores alemanes, sino el británico Sir Henry Maine, con su libro *Ancient Law*. Sir Henry Maine tuvo como propósito principal de sus investigaciones el descubrir los patrones de desarrollo en el Derecho tomando como punto de partida las sociedades primitivas, que él llamaba estáticas (“Static”), hasta llegar al Derecho de las sociedades desarrolladas, que él llamaba progresistas (“progressive”).⁵²⁵

El primer contacto de Oliver Wendell Holmes, Jr. con la obra de Maine ocurrió mientras estudiaba en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, y luego volvió a releerlo en el año de 1868.⁵²⁶ En sus viajes a Inglaterra, Oliver Wendell Holmes, Jr. realizó varias gestiones para conocer a Sir Henry Maine y ganar su amistad.⁵²⁷ A pesar de sus

⁵²⁴ Reiman Mathias W., ‘The Common Law and German Legal Science’, según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 97.

⁵²⁵ Rodes, Jr., Robert, *Schools of Jurisprudence*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2011, p. 117. Sinha, Surya Prakash, *Jurisprudence in a Nutshell*, West Publishing Co., 1993, St. Paul, Minn., 1993, p. 207.

⁵²⁶ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 115.

⁵²⁷ La primera gestión que hizo para conocerlo personalmente fue en su primer viaje a Inglaterra pero Sir. Henry Sumner Maine se encontraba en India. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 115. Le envió por correo a Maine un ejemplar de la duodécima edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent, aquella en la que había fungido como editor. Finalmente conoció personalmente a Sir. Henry Sumner Maine en el verano de

múltiples esfuerzos por compartir con Sir Henry Maine, y de la gran admiración que hacia él sentía, Oliver Wendell Holmes, Jr. nunca logró establecer entre él y Sir Henry Maine una relación cercana de amistad. Sin embargo, este intento de amistad fallida, no llegó a limitar la gran influencia del pensamiento de Maine en la obra de Oliver Wendell Holmes, Jr., en especial en su búsqueda de las raíces históricas de distintas áreas del Derecho Común. Puedo afirmar que el contacto de Oliver Wendell Holmes, Jr. con la obra de Sir Henry Maine, fue la chispa que llevó a Holmes, Jr. a teorizar sobre la importancia del uso de la historia en el análisis del Derecho Común, idea que, como discutiremos en el siguiente capítulo, una vez desarrollada pasa a ser una de las características principales del pensamiento filosófico-jurídico de Oliver Wendell Holmes, Jr.

5.2 ESCUELA POSITIVISTA INGLESA (JEREMY BENTHAN Y JOHN AUSTIN)

5.2.1 ORIGEN DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Definir lo que es el positivismo puede resultar en una tarea un tanto complicada, pues no estamos hablando de una doctrina de características bien demarcadas, sino de una filosofía que ha adquirido distintas formas en los diversos países en que se ha manifestado. En términos generales podemos señalar que el Positivismo se trata de una filosofía que intenta alcanzar a través de observaciones y experiencias un conocimiento general de las leyes naturales que rigen el comportamiento de la naturaleza, de los seres humanos y de la sociedad.⁵²⁸ Para los positivistas, su trabajo consistía en la recopilación, organización y

1874. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 233.

⁵²⁸ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 134.

sistematización de las normas descubiertas por las distintas ciencias.⁵²⁹ Resulta importante aclarar, que el positivismo filosófico que hemos descrito no se tradujo directamente a lo que se conoció como positivismo jurídico.

A medida se difundieron las ideas de la filosofía positivista en Europa, el término positivismo fue utilizado por las distintas teorías que en los diferentes campos del saber humano asumieron posturas contrarias a la metafísica. El campo del Derecho no fue la excepción, acuñándose así la expresión Positivismo Jurídico. Sin embargo, cabe aclarar que la similitud entre la filosofía positivista y el Positivismo Jurídico se circunscribe básicamente a dos asuntos. El primero de ellos es el ya mencionado rechazo a las explicaciones metafísicas. El segundo elemento es el método utilizado. Los juristas positivistas, al igual que los positivistas de las distintas ciencias, utilizaron el método comparativo y desarrollaron conceptos generales a partir de los hechos.

Ahora bien, cabe aclarar que en el caso de los juristas positivistas, el hecho analizado era el Derecho Positivo, esto es, la ley tal y como es, abstrayéndola de sus elementos éticos, sociales y culturales. Dicho en otras palabras, mientras los filósofos positivistas se concentraban en trabajar con los datos que les ofrecía el mundo natural o los hechos que les ofrecía la historia, los juristas positivistas asumían la postura opuesta, pues al limitar su análisis al Derecho Positivo, desarrollaban una teoría antihistórica, en el sentido de que asilaban la norma jurídica de sus elementos históricos, limitándose así a desarrollar un análisis de tipo formal del Derecho Positivo.⁵³⁰

⁵²⁹ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 134.

⁵³⁰ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 151-152.

Cabe señalar, que de la misma manera en que la filosofía positivista asumió distintas formas en los distintos países donde se desarrolló, así también ocurrió el positivismo jurídico. A grandes rasgos podríamos dividir la historia del Positivismo Jurídico entre el proceso vivido en Europa y el que se vivió en Inglaterra.

El auge del positivismo jurídico en Europa es producto del afán de los juristas de la segunda mitad del siglo XIX en apartarse de un derecho natural muy ligado a la metafísica, disperso en diversos usos, costumbres y normas judiciales, para desarrollar una teoría jurídica del derecho como ciencia, un sistema lógico, que analizara las normas y ordenara los conceptos necesarios para su comprensión.⁵³¹ En el continente europeo el camino para el desarrollo del positivismo va desde el desarrollo de la escuela histórica, pasando por los movimientos de codificación y la escuela de la exégesis, hasta llegar a desembocar en el positivismo jurídico. Veamos un poco más de cerca este recorrido.

5.2.2 INFLUENCIA DE LA ESCUELA HISTÓRICA EN EL POSITIVISMO

La “Escuela Histórica” que surge a finales del siglo XVIII y se extiende hasta principios del XIX, teniendo a Savigny como su mayor exponente, influye en el desarrollo del positivismo jurídico en el continente europeo al establecer una crítica radical contra la concepción del Derecho Natural tal como era concebido por la ilustración, esto es, como un Derecho universal e inmutable producto de la razón.⁵³² Gustavo Hugo, uno de sus

⁵³¹ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 152.

⁵³² Cabe aclarar que la influencia de la Escuela Histórica en el Positivismo Jurídico es sólo en el aspecto de romper con el Derecho Natural, pues la Escuela Histórica reivindica el papel del Derecho Consuetudinario, considerándolo como un verdadero Derecho y anteponiéndolo al Derecho Natural, por lo que su influencia es mucho más

primeros autores ya deja establecido en sus trabajos la equivalencia entre el Derecho Positivo y el Derecho establecido por el Estado.⁵³³ De esta manera Hugo, primer representante de la Escuela Histórica, rompe desde un primer momento con el Derecho Natural. Luego, según se afianza el pensamiento de la Escuela Histórica, su doctrina establecerá de forma clara que el Derecho no es un producto de la razón, sino de la historia y para acercarse a él hay que acercarse a la historia, sólo así el estudioso del Derecho podrá percibir su evolución a través del tiempo y su relación con los eventos sociales que le rodearon y le dieron forma.⁵³⁴

5.2.3 INFLUENCIA DE LOS MOVIMIENTOS DE CODIFICACIÓN EN EL POSITIVISMO

Los movimientos de codificación también influyeron en el desarrollo del positivismo jurídico, al producirse una “positivación” del Derecho Natural.⁵³⁵ Dicho en otras palabras, para los partidarios de la codificación, el Derecho es a su vez, un producto de la razón, característica del naturalismo y una expresión de la autoridad, característica que luego asumirá el Positivismo Jurídico.

Al definir el Derecho como un expresión de la razón, los partidarios de la codificación lo anteponen al Derecho Consuetudinario. Por regla general los codificadores consideraban el Derecho Consuetudinario como un

valiosa para la Escuela Sociológica y para el Realismo. Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 69.

⁵³³ Aunque debemos aclarar que para Hugo el Derecho establecido por el Estado no es necesariamente el establecido por el legislador, como va luego a sostener el positivismo jurídico, sino que deja abierta la puerta a la posibilidad de que un derecho libremente aceptado por el pueblo sea aplicable e idóneo. Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 61-62.

⁵³⁴ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 67-68.

⁵³⁵ Consientes de la existencia de muchos Derechos Naturales, aclaramos que nos estamos refiriendo al Derecho Natural racionalista desarrollado a partir del siglo XVII que tendrá como elemento definitorio para diferenciarse del racionalismo medieval la autonomía de la razón. Betegón Carrillo, Jerónimo, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 51.

mero reflejo de lo irracional que existe en toda tradición, razón por la cual, proponen su sustitución por un Derecho compuesto por un sistema de normas deducidas por la razón. Al mismo tiempo, al definir el Derecho como expresión de la autoridad, dejaban establecido que no bastaba con que ese conjunto de normas fuese fruto de la razón, para ser válido tenía además que ser establecido por el Estado.⁵³⁶ El que la validez de la norma dependiese de haber sido aprobada por el estado es una de las características principales del Positivismo Jurídico.⁵³⁷

Si bien la filosofía de la codificación había sido el iusnaturalismo, con el correr de los años, el elemento iusnaturalista-racionalista, expresado en el énfasis en la racionalidad de las normas, será olvidado con el paso del tiempo, teniéndose como único requisito de validez de la norma, el que sean establecidas por parte del legislador. Esta visión de la validez de la norma continuará desarrollándose, afianzándose así la idea de que no hay otro derecho mas que el estatal, idea que más tarde será parte del positivismo jurídico.⁵³⁸

El debate codificador en Alemania, entre Anton Friedrich Justus Thibaut y Friedrich Karl von Savigny, fue otro elemento que contribuyó al desarrollo del positivismo jurídico. La posición de Thibaut, representante de la “Escuela Filosófica”,⁵³⁹ se manifestaba a favor de la codificación, entendía que era necesaria una organización sistemática y racional del Derecho que nos permitiera tener normas claras y precisas, que regulen

⁵³⁶ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 70.

⁵³⁷ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 152.

⁵³⁸ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 27.

⁵³⁹ La denominación de “Escuela Filosófica” podría confundir pues su pensamiento esta íntimamente relacionado a las ideas positivistas, al rechazar la idea de que un sistema jurídico completo puede ser el fruto de principios racionales establecidos *a priori*. Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 71.

la totalidad de las relaciones sociales.⁵⁴⁰ Savigny, apuntando a la diversidad histórica existente en los distintos países alemanes, señalaba que no era posible pensar en un código común para toda Alemania, propone el desarrollar una ciencia del derecho orgánica y progresiva que pueda ser común a toda la nación.⁵⁴¹

La posición de ambos autores en este debate, tiende a continuar abonando el terreno para el desarrollo del Positivismo Jurídico. Por un lado la posición de Savigny, en la que si bien se manifiesta opuesto a la codificación en Alemania, lo hace partiendo de la premisa de que no es el momento histórico adecuado para establecer un código para toda Alemania. Dicho en otras palabras, no rechaza en sí los planteamientos de Thibaut en cuanto al estado del Derecho en Alemania, entiéndase la carencia de normas claras y precisas que regulen toda la conducta humana. Este estado de deterioro del Derecho, de falta de orden, de falta de claridad, de falta de sistematización, es precisamente el problema al que quiere enfrentarse el Positivismo Jurídico. Cabe señalar, que uno de los efectos de la postura asumida por Savigny en esta controversia, será el desarrollo de la Escuela Histórica.⁵⁴² Por otro lado, la posición asumida por Thibaut al proponer el análisis racional para entender y sistematizar el Derecho por medio de la codificación, presenta posiciones que luego serán asumidas por el Positivismo Jurídico.⁵⁴³

⁵⁴⁰ Para Thibaut los requisitos de toda legislación son la perfección normal y la perfección sustancial. La primera se refiere a la claridad de las normas, la segunda a su capacidad de abarcar todo el espectro de las relaciones sociales. Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 73-74.

⁵⁴¹ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 48-49.

⁵⁴² Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 49.

⁵⁴³ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 72-74 y 131-132.

Como sabemos el resultado del debate entre Savigny y Thibaut, fue el triunfo de las ideas del primero, las cuales evitaron que en aquellos momentos la codificación del Derecho en Alemania. Ahora bien, la experiencia francesa fue distinta, la implantación del Código Napoleónico en Francia, permitió el desarrollo de ideas que luego formaron parte de los conceptos básicos del Positivismo Jurídico. El Art. 4 del Código Napoleónico que imponía a los jueces la obligación de tener que resolver toda controversia que se les hubiese presentado. Sin embargo, este artículo 4, que tenía el propósito, por parte de sus redactores, de dejar abierta la posibilidad de que los jueces se aventuraran en la creación libre del derecho, fue interpretado en el sentido de que el juez tenía que buscar la respuesta de todos los problemas jurídicos que le fueran presentados, al interior de la ley contenida en el Código. Esta interpretación llevó, al desarrollo y correspondiente afianzamiento de los dogmas de la omnipotencia del legislador y de la plenitud el ordenamiento jurídico, dogmas que llegaron a formar parte de los conceptos del Pluralismo Jurídico.⁵⁴⁴

5.2.4 INFLUENCIA DE LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS EN EL POSITIVISMO

La Escuela de la Exégesis, surgida en Francia a lo largo del siglo XIX, tuvo su desarrollo a partir de la aprobación del Código Napoleónico⁵⁴⁵ y tenía como objetivo el estudio detallado y a fondo de dicho Código, pero sin apartarse de éste.⁵⁴⁶ Las características fundamentales de la Escuela de la Exégesis incluyen 1) La devaluación del Derecho Natural: pues si

⁵⁴⁴ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 88-92.

⁵⁴⁵ La primera edición del 1804 fue aprobada como *Code civil des Français* y en la segunda edición de 1807 asume el nombre de *Code Napoléon*. Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 87.

⁵⁴⁶ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 25.

bien no negaba su existencia, entendían que era incompleto y se oponían a que los jueces lo utilizaran para llenar lagunas en el Derecho Positivo. 2) Una concepción rígida del Derecho como producto del estado: lo que implica el principio de la omnipotencia del legislador. 3) La interpretación de la ley esta basada en la intensión del legislador. 4) La identificación del Derecho con la ley escrita: lo que redundará en un culto al texto de la ley. 5) El respeto al argumento de autoridad: que llevará a establecer que un personaje como el legislador tiene, no solo la capacidad de hacer Derecho, sino que ese Derecho por el hecho de haber sido creado por la autoridad pertinente debe ser respetado.⁵⁴⁷ Con excepción del hecho de no negar la existencia del Derecho Natural e incluso utilizarlo para cubrir vacíos normativos en el Derecho Positivo, estos elementos fueron poco a poco asumidos por el Positivismo Jurídico.

El método seguido por los juristas de la llamada Escuela de la Exégesis por un lado, circunscribía el estudio del Derecho a analizar y comentar los distintos artículos del Código, según el orden seguido por el legislador. Al mismo tiempo, excluía del análisis de los artículos del Código, toda referencia a cualquier tipo de Derecho que no estuviese aprobado por el Estado, ya fuera este Natural, Consuetudinario, Jurisprudencial o Doctrinal. Ese énfasis en limitar el Derecho al establecido por el Estado, sólo permitía para el análisis del derecho investigación de la voluntad del legislador al momento de promulgar la ley. De esta manera se continuó afianzando en la mente de los juristas la idea central del Positivismo Jurídico, la idea de que el único Derecho existente es el Derecho establecido por el Estado.⁵⁴⁸

⁵⁴⁷ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 98-102.

⁵⁴⁸ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 25-26.

5.2.5 POSITIVISMO JURÍDICO EN INGLATERRA

El camino para el establecimiento del Positivismo Jurídico en Inglaterra fue diferente, recordemos que el iusnaturalismo inglés se distinguía por ser conservador, anti-racionalista y defender la tradición.⁵⁴⁹ En el campo del Derecho, los ingleses veían con muy buenos ojos el trabajo de los jueces del Derecho Común, identificándolos como una barrera protectora ante el despotismo del soberano.⁵⁵⁰ Es en este ambiente que surge el pensamiento de Jeremy Bentham como precursor del Positivismo Jurídico en Inglaterra.⁵⁵¹

5.2.6 JEREMY BENTHAM Y EL DESARROLLO DEL POSITIVISMO JURÍDICO INGLÉS

Las ideas Bentham, como empirista-racionalista presentan oposición a el iusnaturalismo que se fundamentaba en la metafísica y en el concepto de naturaleza humana que no podía ser justificado empíricamente. En el plano ético Bentham tenía el interés de poder desarrollar una ética objetiva, esto es una ética objetivamente válida, cuyo principio fundamental, del cual pueden deducirse todas las reglas del comportamiento humano, sea susceptible a ser verificado empíricamente. Para esta función de principio fundamental de su ética

⁵⁴⁹ Betegón Carrillo, Jerónimo, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 75.

⁵⁵⁰ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 29.

⁵⁵¹ Jeremy Bentham (1748-1832), quien es reconocido por su ética utilitarista, fue un prolífico escritor que exploró varios temas para los que ofreció propuestas que hoy en día son generalmente aceptadas, a modo de ejemplo podemos señalar el uso de conceptos económicos en sus teorías sobre la aplicación de penas y sobre la organización social, su oposición a la pena de muerte, su posición en pro del bienestar de los animales, el sufragio femenino, la discriminación de las prácticas homosexuales entre adultos que consienten y la entrada por mérito al servicio público. Rosen, Frederick, "Bentham", publicado en Arrington, Robert L. Ed., *Companion to the Philosophers*, Blackwell Publishers, Oxford, 2001, p. 162.

Bentham escoge el hecho de que todo hombre persigue su propia utilidad.⁵⁵² De esta manera, Bentham convierte la ética en un conjunto de reglas que permiten al hombre obtener lo que le resulta útil de la mejor manera posible.⁵⁵³ En su pensamiento utilitarista el ser humano obtiene la mayor utilidad cuando se inserta en una comunidad y busca el bien de esta, esto es, cuando busca la mayor felicidad del mayor número de personas.⁵⁵⁴

Esta visión de una ética objetiva influye en el pensamiento jurídico de Bentham. En primer lugar, podemos señalar que la existencia de una ética objetiva abre la puerta para la idea de un Derecho de características universales, esto es a la posibilidad de establecer leyes racionales válidas para todos los hombres.⁵⁵⁵ Un segundo efecto de la visión ética de Bentham, es que le permitió hacer la distinción entre lo que es el Derecho (*expository jurisprudence*), lo cual implica el análisis formal del Derecho Positivo y lo que el Derecho deber ser (*censorial jurisprudence*), lo que implica la existencia de un elemento ético en la norma jurídica. Para Bentham la función del jurista estriba en criticar el Derecho a partir del principio ético de la mayor felicidad para el mayor número.⁵⁵⁶

Al hablar de las influencias de Bentham al Positivismo Jurídico, no podemos olvidar que Bentham fue tal vez teórico inglés más prominente del tema de la codificación. Bentham justificaba la necesidad de la codificación al evaluar el sistema legal Inglés, al que hace dos críticas

⁵⁵² Esto a diferencia de los iusnaturalistas que tienen como principio fundamental la naturaleza humana. Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 106.

⁵⁵³ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 106.

⁵⁵⁴ Betegón Carrillo, Jerónimo, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 75-76.

⁵⁵⁵ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 106

⁵⁵⁶ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 34-35.

que luego serán parte del pensamiento positivista. La primera crítica se refiere a la falta de certeza, esto es el problema que representaba para el hombre común vivir bajo un sistema de Derecho Consuetudinario, donde no se tiene certeza de la fuente del derecho que aplicarán los jueces al momento de decidir un caso. La otra crítica al Derecho Común que formará parte del bagaje jurídico del Positivismo Jurídico es la referente a la posibilidad de que se emitan sentencias retroactivas. Esta preocupación surge por aquellas ocasiones en las que un juez, a través de sus decisiones, crea un precedente. El problema estriba, en que por definición, si la decisión crea un precedente, el juez está aplicando a la situación de hechos, una norma que no existía al momento en que acontecieron dichos hechos.⁵⁵⁷

En cuanto a la visión de Bentham del proceso codificador para Inglaterra, esta estaba compuesto de tres fases. La primera fase incluía una reorganización sistemática de las distintas ramas del Derecho Inglés. La segunda fase implicaba la construcción de una especie de Digesto del Derecho Inglés, que expusiera sistemáticamente las reglas constituyentes y los principios fundamentales de dicho ordenamiento. Finalmente, la tercera fase sería la codificación del Derecho inglés sistematizando todas sus materias para subsumirlas en tres partes, Derecho Civil, Derecho Penal y Derecho Constitucional.⁵⁵⁸ Podemos apreciar que este tipo de trabajo implicaría el análisis conceptual y sistemático del Derecho, objetivo que también perseguirán los positivistas, aunque a diferencia de Bentham, circunscribiéndolo únicamente al análisis del Derecho Positivo.

⁵⁵⁷ Para un resumen de las cinco críticas realizadas por Bentham al Derecho Común véase a Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p.110-113.

⁵⁵⁸ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 108-109.

En cuanto a los elementos fundamentales de un Código, Bentham señala los siguientes: El código debe seguir la ética utilitarista, esto es, sus normas deben prepararse teniendo en cuenta la felicidad del mayor número de personas. El código deberá incluir todas las obligaciones jurídicas en que puedan involucrarse los ciudadanos. Además el Código debe ser redactado con claridad y precisión, de manera que los ciudadanos puedan conocer su contenido. Por último, el Código debe incluir las motivaciones de la leyes, esto es, debe explicar cuál es el propósito que se pretende alcanzar con cada una de las leyes.⁵⁵⁹ Cabe señalar que las ideas de que el código debe incluir todas las obligaciones jurídicas y que ha de ser redactado con claridad y precisión, son dos elementos que asumirá el Positivismo Jurídico.

5.3.7 JOHN AUSTIN Y EL DESARROLLO DEL POSITIVISMO JURÍDICO INGLÉS

John Austin, juega un doble papel muy importante en el desarrollo del Positivismo Jurídico. De una parte, como discípulo de Bentham fue el encargado de continuar desarrollando sus ideas y de complementar su pensamiento. De otra parte, Austin fue capaz de servir como punto de enlace entre la escuela histórica alemana y las ideas del utilitarismo Inglés.

Al mencionar que Austin complementa el pensamiento jurídico de Bentham, nos referimos a que ambos trabajaron aspectos distintos de la teoría del Derecho. Si recordamos la división hecha por Bentham entre lo que el Derecho es (*expository jurisprudence*) y lo que debe ser el Derecho (*censorial jurisprudence*), podemos afirmar que el énfasis de la obra Bentham estaba centrada en el *censorial jurisprudence*, esto es, en la

⁵⁵⁹ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 113.

crítica del Derecho positivo a partir del estudio de Derecho como debe ser. No debe extrañarnos que Bentham dedicara el grueso de su trabajo a esta área, pues este campo está relacionado con el aspecto ético y parte de su proyecto incluía el fundamentar el Derecho a partir de una ética objetiva, tal como la que planteaba el utilitarismo. Dicho en otras palabras, Bentham tenía como proyecto el aplicar los principios de la moral utilitarista al Derecho vigente.⁵⁶⁰

Por su parte Austin, al analizar el Derecho utilizaría una división muy parecida a la realizada por Bentham. Austin rebautizaría las categorías utilizadas por Bentham, llamando *science of legislation* o simplemente *legislation*, al estudio de como debe ser el Derecho, o sea a ese apartado que estudia la relación existente entre la ética y el Derecho Positivo.⁵⁶¹ Mientras que llamaba *science of jurisprudence* o simplemente *jurisprudence*, al Derecho Positivo, esto es, al estudio del Derecho tal y como es, sin que se incluya ninguna referencia a su bondad o maldad, de esta manera se separaba al Derecho Positivo del elemento ético. A diferencia de Bentham, es en esta última área, en el estudio del Derecho Positivo, que Austin concentraría su trabajo.

Austin definía el Derecho Positivo de la siguiente manera:

*The matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors.*⁵⁶²

⁵⁶⁰ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996, p. 36; Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 115

⁵⁶¹ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Prometheus Books, New York, 2000, p.127.

⁵⁶² Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Prometheus Books, New York, 2000, p. 9.

Apreciamos como el elemento fundamental del Derecho Positivo es el que se esta mandando algo por superior político y de aquí la tajante aseveración que realiza Austin al señalar que,

*Every law . . . is a command.*⁵⁶³

Ahora bien, veamos a que tipo de mandato se refiere Austin al hablarnos del Derecho.

. . . the ideas or notions comprehended by the term command are the following.

*1. A wish or desire conceived by a rational being, that another rational being shall do or forbear. 2. An evil to proceed from the former, and to be incurred by the latter, in case the latter comply not with the wish. 3. An expression or intimation of the wish by words or other signs.*⁵⁶⁴

*It also appears from what has been premised, that 'command, duty, and sanctions' are inseparably connected terms . . .*⁵⁶⁵

Austin nos presenta aquí los elementos del mandato, que como vemos incluyen los siguientes: el deseo de que otro ser humano se comporte de una manera en particular, lo que implica una expresión de voluntad de quien emite la norma. La amenaza con un mal en caso de que no se cumpla lo mandado, refiriéndose claramente a la sanción. La necesidad de expresar de ese mandato mediante palabras o signos, lo que tiende a valorar el texto, otorgándole a éste el carácter de Derecho y no así al derecho basada en las costumbres (derecho consuetudinario). Nos

⁵⁶³ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Prometheus Books, New York, 2000, p. 13.

⁵⁶⁴ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Prometheus Books, New York, 2000, p. 17.

⁵⁶⁵ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Prometheus Books, New York, 2000, p. 17-18

presenta además la inseparabilidad de lo mandado, el deber de cumplirlo y la sanción en caso de que no lo cumpla.

Ahora bien no todo mandato es ley, pues Austin excluye los mandatos ocasionales o particulares, reservando el término Derecho Positivo para aquellos mandatos que tienen carácter general. Veamos como lo explica Austin:

By every command, the party to whom it is directed is obliged to do or to forbear.

*Now where it obliges generally to acts of forbearances of a class, a command is a law . . .*⁵⁶⁶

*A law is a command which obliges a person or persons, and obliges generally to acts or forbearances of a class.*⁵⁶⁷

De esta manera Austin excluye del concepto Derecho Positivo, cualquier orden a un individuo en particular. Para ser Derecho, lo mandado tiene que obligar a una clase, esto es, a todos los individuos que se encuentren en una misma posición.

En cuanto a la pregunta de ¿quienes pueden emitir ese mandato que se considera Derecho? Austin nos aclara:

*. . . every positive law, o every law strictly so called is a direct or circuitous command of a monarch or sovereign in the character of political superior. That is to say, a direct or circuitous command of a monarch or sovereign number to a person or persons in a state of subjection to its author.*⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Prometheus Books, New York, 2000, p. 19

⁵⁶⁷ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Prometheus Books, New York, 2000, p. 24.

⁵⁶⁸ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Prometheus Books, New York, 2000, p. 134.

De esta manera Austin refiere el mandato a la figura del soberano y a quienes él haya delegado para ejercitar ese poder. Ahora bien, para Austin, partidario tanto de la codificación, como del Derecho establecido por legislación, era necesario aclarar que ese mandato podía ser directo o indirecto. Hacer esta aclaración permite incluir bajo la figura del soberano, a dos tipos de funcionarios que tenían la capacidad de crear Derecho.

La primera de estas figuras es la de los legisladores, pues comparten el poder del soberano y tienen la función de crear leyes. Dicho en otras palabras, los legisladores tienen la autoridad que emana del poder soberano para emitir mandatos. La segunda figura que se incluye dentro de la categoría de funcionarios con autoridad para emitir leyes, es la figura de todos los jueces dentro del sistema del Derecho Común. La razón de incluir los jueces bajo las figuras autorizadas a crear Derecho, tiene su origen en doctrina del precedente, esto es, los jueces cada vez que establecen un precedente, no hacen otra cosa que crear normas por medio de la jurisprudencia. Podemos resumir la idea Austin en que el Derecho Positivo es un mandato y ese mandato siempre remite en última instancia al soberano.

Dejamos así establecido que para Austin las características esenciales del Derecho Positivo son las siguientes: el Derecho es un mandato del soberano. Ese mandato incluye la amenaza de una sanción en caso de su incumplimiento. Además ese mandato, debe estar representado debe ser expresado por medio de palabras o signos. De esta forma Austin se inserta en la línea de pensamiento jurídico establecida por Bentham y se

aleja de las ideas de la Escuela Histórica, quienes consideraban el Derecho Consuetudinario como el verdadero Derecho.⁵⁶⁹

Si analizamos la concepción del Derecho de Austin podemos apreciar como existen tres elementos que propios del Positivismo Jurídico.⁵⁷⁰ Como hemos mencionado, Austin dividió el derecho entre el *general jurisprudence* y el *science of legislation*, situando el derecho positivo como parte de la primera y el deber ser del Derecho como parte de la segunda. Esta concepción permitió separar, para efectos de su estudio, el campo del Derecho y el campo moral. Al definir el Derecho Positivo como el Derecho tal y como es, Austin lo separa de todo elemento moral y metafísico. Esta separación entre Derecho y moral, es uno de los elementos del Positivismo Jurídico.

Un segundo elemento propio del Positivismo Jurídico que aparece en la idea del Derecho Positivo de Austin, es el señalar que las normas jurídicas poseen forma de mandato. Dicho en otras palabras, para Austin toda norma para que sea considerada Derecho Positivo tiene que ordenar algo a alguien. El tercer elemento de la visión del Derecho Positivo de Austin, que llega a formar parte del Positivismo Jurídico, es el que Bobbio llama la visión estatista del Derecho. Nos referimos aquí a la afirmación que hace Austin en el sentido de que el Derecho Positivo es el impuesto por el soberano de la comunidad política. Entiéndase que al referirnos a la comunidad política nos referimos al Estado.

⁵⁶⁹ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 116.

⁵⁷⁰ Estos tres elementos aparecen desarrollados por Bobbio definiéndolos con los siguientes nombres: 1. Concepción Positivista del Derecho. 2. Concepción Imperativista del Derecho. 3. Concepción Estatalista del Derecho. Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 120.

5.2.8 CARACTERÍSTICAS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Hemos visto el desarrollo histórico del Positivismo Jurídico y discutido las diferentes ideas que poco a poco van definiendo los elementos de esta filosofía jurídica. Pasaremos ahora a describir brevemente las características de la doctrina del Positivismo Jurídico, para esto nos serviremos de los siete caracteres fundamentales identificados por Norberto Bobbio en su libro *El Positivismo Jurídico*.⁵⁷¹

1. Aproximación al Derecho: El Positivismo Jurídico considera el Derecho como un hecho, nunca como un valor. En ese sentido, para el Positivismo Jurídico la validez del Derecho se limita a elementos de naturaleza formal, haciendo abstracción de su contenido ético.

2. Definición del Derecho: Para el Positivismo Jurídico el Derecho tiene carácter coactivo ya que las normas se hacen valer por la fuerza.

3. Fuentes del Derecho: El Positivismo Jurídico señala la legislación como la fuente principal del Derecho.

4. Teoría de la norma jurídica: El Positivismo Jurídico considera la norma como un mandato. Esta visión lleva al Positivismo Jurídico a trabajar con temas tales como el clasificar los distintos tipos de mandatos y el determinar cuáles son los destinatarios de la norma.

5. Estudio del Derecho: El Positivismo Jurídico estudia el Derecho como un sistema, como un conjunto de normas. Esta visión es la que explica la importancia que tienen dentro del Positivismo Jurídico conceptos como la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico.

⁵⁷¹ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 141-143.

6. Interpretación del Derecho: El Positivismo Jurídico sostiene que la función de los juristas al interpretar el derecho es de naturaleza declarativa, esto es lograr señalar lo que dice la norma, dejando a un lado el aspecto creativo de la interpretación jurídica.

7. En cuanto al tema de la obediencia ante la Ley: El Positivismo Jurídico entiende que la obediencia ante la ley a de ser absoluta y de ahí el aforismo: La ley es la ley.

5.3 ESCUELA IDEALISTA DEL DERECHO

La otra escuela de pensamiento jurídico que tiene influencia en las ideas de quienes se dedicaban al estudio y a la práctica del Derecho en la época de Oliver Wendell Holmes, Jr. es la escuela idealista alemana del siglo XIX. Como cuestión de hecho, Oliver Wendell Holmes, Jr. estudió alemán y para mediados de la década del 1870 comenzó a estudiar los escritos originales en alemán de autores como Kant y Hegel.⁵⁷²

A modo general podemos señalar que el idealismo alemán del siglo XIX se distinguía por una teoría del conocimiento que sostenía que tanto la razón como los valores espirituales son necesarios para conocer el mundo y por ende el Derecho.⁵⁷³ Los elementos fundamentales de esta escuela son por un lado, una actitud filosófica que atribuye una existencia autónoma a las ideas y conceptos productos de la razón humana y por otro lado, el entender que la manera en que nuestra mente toma conocimiento de la realidad, es utilizando elementos a priori,

⁵⁷² Reiman Mathias W., 'The Common Law and German Legal Science', según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 80.

⁵⁷³ Sinha, Surya Prakash, *Jurisprudence in a Nutshell*, West Publishing Co., 1993, St. Paul, Minn., 1993, p. 76.

esto es, aquellos elementos que son independientes de la data sensorial.⁵⁷⁴ Estas ideas fueron aplicadas al estudio del Derecho por distintos pensadores entre los que debemos destacar los siguientes:

5.3.1 IMMANUEL KANT

Oliver Wendell Holmes, Jr. conoció bien la obra de Immanuel Kant, al punto que su biógrafo Sheldon Novick relata como en una ocasión, al cubrir su circuito como Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts, mientras pernoctaba en un hotel y sin tener acceso a ningún libro sobre el tema, le escribió una carta a su amiga Anna Lyman Gray⁵⁷⁵ en la que incluyó un bosquejo detallado de las ideas expuestas por Kant en su *Crítica de la Razón Pura*.⁵⁷⁶

El pensamiento de Immanuel Kant viene a ser una especie de transición entre la visión empirista y la visión idealista.⁵⁷⁷ En el ambiente filosófico del tiempo de Kant estaba existían puntos encontrados entre un empirismo que presentaba las experiencias sensoriales como el origen de todo conocimiento, y un idealismo que plantearía, en su forma estricta o absoluta que es el pensamiento humano lo único que existe.⁵⁷⁸ Ante ese

⁵⁷⁴ Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1974, p. 60.

⁵⁷⁵ Anna Lyman Gray, apodada Nina, era la esposa de un viejo amigo de Oliver Wendell Holmes, Jr., el abogado y profesor de Harvard, John Chipman Gray, con quien se casó en 1873. John Chipman Gray, quien era a su vez hermano de Horace Gray, el Juez Presidente del Tribunal Supremo de Massachusetts, apreciaba enormemente a Oliver Wendell Holmes, Jr. al punto que fue el principal organizador de una campaña a favor del nombramiento de Holmes, Jr. para el puesto de juez federal en 1878. Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 130-131.

⁵⁷⁶ Novick, Sheldon 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, p. 18.

⁵⁷⁷ Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1974, p. 61.

⁵⁷⁸ Ratnapala, Suri, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2009, p. 60; Sinha, Surya Prakash, *What is Law?*, Paragon House, New York, 1989, p. 47-48.

choque Immanuel Kant entiende que es imposible conocer el mundo utilizando solamente la razón, como tampoco es posible conocerlo utilizando solamente las experiencias sensoriales. Para Kant si bien las experiencias sensoriales nos ofrecen información sobre el mundo empírico (elemento material), dicha información tiene que ser sometida a la razón humana (elemento formal), siendo esta última la encargada de ofrecer un orden, un sentido, al sinnúmero de experiencias sensoriales que recibimos a cada momento.⁵⁷⁹ Para entender la información empírica recopilada por nuestros sentidos la razón utiliza formas apriorísticas como lo son el espacio y el tiempo (formas de intuición sensible) y utiliza conceptos puros, tales como causalidad, existencia, necesidad y otros para construir su significado.⁵⁸⁰

Al hablar de formas apriorísticas nos referimos a la dicotomía Kantiana entre las formas de conocimiento a priori, esto es, las que no dependen de la experiencia y las formas de conocimiento a posteriori, que están basadas en la experiencia. Podemos apreciar como el pensamiento Kantiano utiliza de una parte, elementos empíricos, al rescatar las sensaciones percibidas por nuestros sentidos y, de otra parte elementos idealistas, al entender que dichas sensaciones no tienen ningún sentido para el ser humano a no ser que sean analizadas por las estructuras apriorísticas que existen en nuestra razón.⁵⁸¹

El centro del trabajo de Immanuel Kant es la razón humana y en su *Crítica de la Razón Pura* no solamente establece la existencia de formas apriorísticas de conocimiento, sino que además niega la posibilidad de

⁵⁷⁹ Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho del Estado: Del Renacimiento a Kant*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 390; Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1974, p. 60-61.

⁵⁸⁰ López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 401.

⁵⁸¹ Kant, Immanuel, *Critique of Pure Reason*, Henry G. Bohn (ed.), London, 1855, p. 1-2.

que la metafísica pueda convertirse en conocimiento científico. Para Kant las ideas trascendentales, tales como la idea de la existencia de Dios, las ideas relacionadas a la naturaleza del universo, o a la inmortalidad del alma, no son ideas susceptibles de análisis empírico, razón por la que no pueden ser parte del conocimiento científico.⁵⁸² Kant distingue sin embargo, entre la razón teórica, cuya facultad cognoscitiva depende de la experiencia y la razón práctica, que enmarca la facultad racional encaminada a la acción convirtiéndose así en el campo de acción de la voluntad. Es pues en el terreno de la razón práctica, donde Immanuel Kant sitúa la acción moral.⁵⁸³

Cabe aclarar que Immanuel Kant entiende por moral todos aquellos actos humanos realizados dentro del marco de la libertad, lo cual incluye las acciones políticas, jurídicas y las morales en sentido estricto.⁵⁸⁴ Estas acciones humanas libres, han de estar regidas por el deber, un deber que pasa a ser un a priori de valor absoluto, y toma la forma de un imperativo categórico que nos requiere obrar de tal forma que podamos desear que la máxima que guía nuestras acciones deba convertirse en ley universal.⁵⁸⁵ Dicho de otra manera, el imperativo categórico es una ley moral, de valor absoluto, independiente de la experiencia, que establece

⁵⁸² López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 401; Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho del Estado: Del Renacimiento a Kant*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 390.

⁵⁸³ López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 402; Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho del Estado: Del Renacimiento a Kant*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 390-391.

⁵⁸⁴ López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 403; Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1974, p. 61.

⁵⁸⁵ "Act in accordance with a Maxim that can at the same time make itself a universal law" Kant, Immanuel, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Cambridge University Press, New York, 2010, p. 44. Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho del Estado: Del Renacimiento a Kant*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 391; López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 405; Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1974, p. 62.

el criterio moral contra el cual han de evaluarse todas las acciones humanas.

Las ideas relacionadas al Derecho fueron desarrolladas por Kant en la *Metafísica de las Costumbres*,⁵⁸⁶ obra que se compone de dos partes, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho* y *Principios metafísicos de la doctrina de la virtud*. Esta estructuración obedece, a que para Immanuel Kant existe la distinción entre el campo moral y el campo del derecho. Si bien ambos campos, tanto el moral como el jurídico, han de atemperarse al imperativo categórico, y ambos tienen como punto de partida la libertad humana, las leyes morales se diferencian de las jurídicas en cuanto que las primeras enfatizan en el aspecto interno de la conducta humana, mientras que las segundas solo atienden el cumplimiento externo con la norma. Dicho de otra manera, para el aspecto legal, basta con que los ciudadanos cumplan con lo establecido en las normas, sin importar las razones que motivan su cumplimiento, mientras que las normas morales deben cumplirse por entender que su máxima debe convertirse en ley universal, es decir debe cumplirse por el deber mismo.⁵⁸⁷

Kant distingue entre la doctrina del derecho y la doctrina del derecho positivo, entiende por doctrina del derecho, al conjunto de leyes producto de la razón, que tienen la posibilidad de convertirse en una ley exterior. Mientras que el derecho positivo se refiere a las leyes adoptadas en un lugar y un tiempo en particular, como resultado de la voluntad del

⁵⁸⁶ Publicado originalmente en el año de 1797 con el título de *Metaphysik der Sitten*.

⁵⁸⁷ Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 24. López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p.405, 411-412; Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho del Estado: Del Renacimiento a Kant*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 393.

legislador.⁵⁸⁸ La relación entre ellos es directa en cuanto que la doctrina del derecho encierra una visión del derecho natural de variante racionalista que proporciona los principios inmutables que deben regir el derecho positivo.⁵⁸⁹

Al momento de definir el concepto Derecho, Kant exige algo más que una definición meramente empírica, a la vez que exige algo más que una mera referencia a las leyes positivas de un país en un momento dado. Para definir el Derecho Immanuel Kant puntualiza sobre las limitaciones que tiene una definición fundamentada solamente en el aspecto empírico:

*una doctrina jurídica únicamente empírica es como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso".*⁵⁹⁰

Kant entiende que el Derecho por referirse a una obligación, tiene como fundamento una ley moral. De lo anterior se desprende que una definición del concepto Derecho ha de incluir, además del aspecto empírico, los aspectos relacionados a su fundamentación moral. Es teniendo presente ese aspecto moral del Derecho, que Immanuel Kant pasa entonces a elaborar una definición del concepto Derecho bajo la siguiente fórmula:

⁵⁸⁸ Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 37 y 48.

⁵⁸⁹ Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 31 y 37. López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 412-413; Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho del Estado: Del Renacimiento a Kant*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 392-393.

⁵⁹⁰ Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 38.

*“conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad.”*⁵⁹¹

Más adelante al señalar el principio universal del Derecho nos indica

“una acción es conforme a Derecho cuando permite, o cuya máxima permite, a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal”,⁵⁹²

Al expresar el contenido de la ley universal del Derecho, Kant no dice:

*“obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según un ley universal.”*⁵⁹³

Resulta importante señalar que para Kant, si bien el Derecho tiene como fundamento una exigencia de naturaleza moral, para hacerse efectivo ha de incluir la facultad de coaccionar a los ciudadanos a su cumplimiento. Esta capacidad de coacción es la que garantiza que el Derecho escrito se cumpla. Además, es en esta facultad coactiva del Derecho, entiéndase en la capacidad de obligar mediante el uso de la fuerza, que Immanuel Kant establece la diferenciación entre la moralidad y el Derecho.⁵⁹⁴

El Derecho, en sentido estricto, es aquel que no está mezclado con nada ético, apoyándose tan sólo en la posibilidad de que una coacción exterior garantice su cumplimiento. Podemos afirmar que para Immanuel Kant

⁵⁹¹ Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 39.

⁵⁹² Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 39.

⁵⁹³ Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 40.

⁵⁹⁴ En esto estriba la distinción que hace Kant entre las acciones morales y las acciones legales. Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 24.

el “*derecho y facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa*”.⁵⁹⁵ A modo de resumen podemos señalar que para Immanuel Kant el Derecho, aunque mantiene su base fundamental en la moralidad, pues tiene su origen en el concepto libertad y se construye bajo la guía del imperativo categórico, tiene sin embargo, como característica distintiva, el regular el aspecto externo de la libertad humana mediante la coacción, entendiéndose la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza para obligar a su cumplimiento.

La primera división que hace Kant del Derecho es entre los “*derechos como preceptos sistemáticos*” y los “*derechos como facultades morales de obligar a otros*”⁵⁹⁶. Al hablar de los derechos como preceptos sistemáticos Kant se refiere al campo del derecho objetivo, esto es el Derecho entendido como sistema o conjunto de preceptos o normas. Este campo del derecho objetivo, a su vez subdividido por Kant entre el Derecho Natural, donde se ubican los preceptos postulados por la razón como principios a priori y el Derecho Positivo (estatutario) donde se agrupan los preceptos establecidos por el legislador. Cabe señalar que el Derecho Natural, entendiéndose los principios a priori fruto de la razón, se divide a su vez en Derecho Privado y Derecho Público.⁵⁹⁷ Por Derecho Privado Kant se refiere al orden de convivencia, que basado en la razón, existía antes de la formación del Estado,⁵⁹⁸ mientras que por Derecho Público se

⁵⁹⁵ Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 41-42.

⁵⁹⁶ Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 48.

⁵⁹⁷ Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 54.

⁵⁹⁸ La discusión de los temas que corresponden al Derecho Privado ocupan la primera parte de la doctrina del derecho y los tres capítulos que la componen son: el capítulo primero sobre el modo de tener algo exterior como tuyo, el capítulo segundo, sobre el de adquirir algo exterior y el capítulo tercero, La adquisición subjetivamente condicionada por la sentencia de una jurisdicción pública. Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 55-138.

refiere al conjunto de leyes que precisan ser universalmente promulgadas para producir un estado jurídico.⁵⁹⁹

De otra parte, por derechos como facultades de obligar a otros, Immanuel Kant se refiere al derecho subjetivo y a su facultad obligar a los otros; y este derecho subjetivo se subdivide a su vez, entre los Derechos Innatos y lo Derechos Adquiridos. Al definir los Derechos Innatos, Kant se refiere a aquellos derechos que se derivan racionalmente del orden natural en que viven los seres humanos, y que son previos al nacimiento tanto del estado y como del orden jurídico.⁶⁰⁰ Mientras que, en contraposición a los Derechos Innatos, Immanuel Kant propone los Derechos Adquiridos, siendo estos los derechos que surgen a partir de un acto jurídico.⁶⁰¹

Ahora bien, sin tener que adentrarnos más allá en la división sistemática del derecho que nos presenta Immanuel Kant en la *Metafísica de las Costumbres*, creo que debemos pasar a puntualizar su importancia en el desarrollo de la filosofía del Derecho. Podemos afirmar que el pensamiento de Immanuel Kant representa un punto de inflexión en la doctrina del Derecho Natural, pues fundamenta dicho derecho, no en la naturaleza humana, sino en la capacidad humana para el razonamiento a priori. Es a partir del derecho innato de la libertad, que el ser humano

⁵⁹⁹ Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 139. La discusión de los temas que corresponden al Derecho Público ocupan la segunda parte de la doctrina del derecho y la subdivide en tres partes: la sección primera sobre el Derecho Político, la sección segunda sobre el Derecho de Gentes y sección tercera sobre el Derecho Cosmopolita. Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 139-196.

⁶⁰⁰ Para Kant existe solamente un derecho adquirido y esta es la libertad “La libertad (la independencia con respecto al arbitrio de otro) en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad. Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 48-49.

⁶⁰¹ Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994, p. 48; López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 416-417.

se lanza al exterior y llega a establecer en primera instancia un derecho natural basado en la razón que con el paso del tiempo se convertirá en el derecho positivo vigente.

En ese sentido, Kant puede considerarse como un antecesor del positivismo jurídico, pues no es iusnaturalista, en el sentido moderno, ya que no sitúa el origen del derecho en la naturaleza humana con una racionalidad de carácter empírico, sino en la razón pura práctica. De esta manera Kant transforma la concepción de su época del derecho natural, convirtiéndolo en un derecho racional puro, el cual se manifiesta como derecho privado en el estado de naturaleza. Ahora bien, ese orden de convivencia basado en la razón que es el derecho privado tiene un carácter meramente provisional, hasta tanto no se haga efectivo en el derecho positivo con la creación del estado. De manera que el derecho positivo está íntimamente ligado al derecho privado, pues el derecho positivo tiene la función de hacer efectivo el derecho privado.⁶⁰² El derecho privado, propio del estado de la naturaleza sigue existiendo dentro del derecho positivo y se sirve de este para hacerse efectivo.⁶⁰³

5.3.2 GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL

Al hablar de la visión del Derecho en Hegel, tenemos que tomar en consideración que estamos hablando de todo un sistema filosófico que pretende ofrecer un sentido racional a todo lo que existe. Un sistema que nos presenta el recorrido de la conciencia humana, a través de todas sus

⁶⁰² López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 419-422

⁶⁰³ López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 422; Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho del Estado: Del Renacimiento a Kant*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 396-397.

experiencias, partiendo de la conciencia sensible hasta llegar al saber absoluto.

Hegel va dividiendo su sistema en tríadas, que una vez agotadas conducen al comienzo de otras. Su sistema consta de tres grandes divisiones, comienza con la *Lógica*, esto es, el estudio de la idea pura, la idea en sí y para sí. Frente al estudio abstracto de la idea, Hegel nos presenta el estudio del mundo físico en la *Filosofía de la Naturaleza*, entiéndase el estudio de la idea fuera de sí, esto es, la idea como *ser-otro* y esta desemboca en la *Filosofía del Espíritu*, esto es, el estudio de la idea que regresa a sí misma desde el *ser-otro* tomando así *auto-conciencia*.

El motor de este sistema resulta ser la libertad. El sujeto se concibe como un ser libre, pero al abandonar el mundo abstracto de las ideas y enfrentarse al mundo que le rodea, se da cuenta de la cantidad enorme de limitaciones que se imponen sobre él. Ante esta realidad que percibe en mundo, decide actuar para eliminar todo aquello restrinja sus ideas, pero a través de esta lucha y las distintas experiencias que va acumulando, logra entender que su lucha contra las limitaciones externas que se imponen sobre su libertad, ya sean estas limitaciones sociales, familiares, religiosas o de cualquier otra índole, es una batalla perdida de antemano. Sin embargo, gracias a este proceso de lucha toma conciencia de su ser y de sus actos, de su deseo de libertad. De esta manera llega a conocerse mejor a sí mismo, esta *auto-conciencia* nunca se hubiese alcanzado, a no ser por ese motor del espíritu humano que es la libertad.⁶⁰⁴

⁶⁰⁴ Este ejemplo dramatiza a un nivel individual, el choque entre la idea en-sí y para-sí con la idea como ser-otro, hasta llegar al momento de que la idea que regresa a sí desde su ser-otro. Para un análisis detallado sobre el método utilizado por Hegel en la Fenomenología del Espíritu, puede verse a Krasnoff, Larry, *Hegel's Phenomenology of Spirit an introduction*, Cambridge University Press, New York, 2008, p. 66; Puede verse además la explicación sistemática desarrollada por López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 427-

Este proceso de lucha que desemboca en el auto-conocimiento, es un momento necesario en el desarrollo del Espíritu, pues éste adquiere su ser como resultado de ese enfrentamiento con aquello que lo niega, un enfrentamiento directo, prolongado, mirándolo de frente, cara a cara. En palabras de Hegel:

But the life of the Spirit is no the life that shrinks from death and keeps itself untouched by devastation, but rather the life that endures it and maintains itself in it. It wins its truth only when, in utter dismemberment, it finds itself. It is this power, not as something positive, which closes its eyes to the negative, as when we say of something that it is nothing or is false and then, having done with it, turn away and pass on to something else; on the contrary, Spirit is this power only by looking the negative in the face and tarrying with it. This tarrying with the negative is the magical power that converts it into being.⁶⁰⁵

Visualizar el desarrollo del Espíritu resulta sumamente importante para poder comprender la manera en que Hegel entiende el Derecho. La teoría ética en la que Hegel fundamenta su Filosofía del Derecho, considera el bien como la autoconciencia del Espíritu humano y la esencia de ese espíritu, puesto que tiene la voluntad como punto de partida, es la libertad.

“The basis of right is the realm of spirit in general and its precise location and point of departure is the will; the will is free, so that freedom constitutes its substance and destiny and the system of right is the realm of

428 y por Sinha, Surya Prakash, *What is Law?*, Paragon House, New York, 1989, p. 110-113.

⁶⁰⁵ Hegel, G. W. F., *Phenomenology of Spirit*, Oxford University Press, New York, 1977, p. 19.

*actualized freedom, the world of spirit produced from within itself as a second nature*⁶⁰⁶

Para Hegel la libertad se refiere a una manera de actuar, en la que el punto de partida de mis actos se encuentra en mi interior y no en ninguna fuente externa.

*Only in this freedom is the will completely with itself because it has reference to nothing but itself, so that every relationship of dependence on something other than itself is thereby eliminated.*⁶⁰⁷

Como vimos anteriormente, la libertad a la que se refiere Hegel es la libertad que se gana al enfrentarse a lo externo que lo constriñe, como resultado de ese enfrentamiento surge la auto-conciencia y con ella una actualización de la libertad, una comprensión de tu libertad particular en el momento presente. El alcanzar la libertad viene a ser posible solo en la interacción racional con los objetos sobre los que actuamos, de manera que puedan ser armonizados con nuestros intereses por medio de la razón. Nos encontramos pues, con una libertad que incluye, no solamente la voluntad del sujeto desde una perspectiva abstracta, sino que incluye además, una perspectiva práctica. Este aspecto práctico de la libertad se refiere a la manera en que dicho sujeto interactúa con la realidad, entiéndase con aquello que lo limita, para por medio de la razón asumir dicha realidad y lograr que sea afín con sus deseos.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 35.

⁶⁰⁷ Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 54.

⁶⁰⁸ Una explicación detallada sobre este particular puede encontrarse en la introducción preparada por Allen W. Wood a la edición de 1991 de la Filosofía del Derecho de Hegel, publicada por Cambridge University Press. Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. xi-xvii.

Actual free will is the unity of the theoretical and practical mind: a free will, which realizes its own freedom of will, . . . ⁶⁰⁹

De aquí se desprende la necesidad de un sistema racional de instituciones sociales donde se materialice la moralidad objetiva. Entiéndase una sociedad basada en la razón donde exista una verdadera armonía entre los individuos que la componen y las exigencias que dicha sociedad impone. En el pensamiento de Hegel, cuando coinciden los deberes impuestos por la sociedad con los intereses de quienes la componen, es cuando se puede afirmar que existe una verdadera libertad. Una libertad que se materializa en el presente, en el momento actual, tomando la forma de un sistema social armónico con los intereses de quienes participan en él.

*The individual, however, finds his liberation in duty. On the one hand, he is liberated from his dependence on mere natural drives, and from the burden he labors under as a particular subject in his moral reflections on obligation and desire; and on the other hand, he is liberated from that indeterminate subjectivity which does not attain existence or the objective determinacy of action, but remains within itself and has no actuality. In duty, the individual liberates himself so as to attain substantial freedom.*⁶¹⁰

Una vez aclarada la relación entre el sujeto y la sociedad, podemos empezar a trabajar sobre el tema del Derecho en Hegel. Como indicáramos anteriormente, Hegel sitúa la filosofía del Derecho bajo el tema de *Filosofía del Espíritu*. A modo general podemos señalar que para Hegel el objetivo de la filosofía es captar lo presente, el momento actual, dicho en sus propias palabras:

⁶⁰⁹ Hegel, G. W. F., *Philosophy of Mind*, Oxford University Press, New York, 1894, p. 100.

⁶¹⁰ Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 192.

*“. . . since philosophy is the exploration of the rational, it is for that very reason the comprehension of the present and the actual. . .”*⁶¹¹

*“To comprehend ‘what is’ the task of philosophy, for ‘what is’ is reason. As far as the individual is concerned, each individual is in any case a ‘child of his time’; thus philosophy, too, is ‘its own time comprehended in thoughts’.”*⁶¹²

Mientras que el objeto de la Filosofía del Derecho es pues, el trabajar con la idea del Derecho pero actualizándolo, otorgándole así una realidad presente:

*“The subject matter of the philosophical science of right is the Idea of right – The concept of right and its actualization”*⁶¹³

En el pensamiento de Hegel la *Filosofía del Espíritu* se divide a su vez en una tríada compuesta por el Espíritu Subjetivo, el Espíritu Objetivo y el Espíritu Absoluto. Dentro del Espíritu Objetivo, existe a su vez otra tríada que consiste en los *Derechos Abstractos*, la *Moralidad* y la *Ética Social*. En el primer momento de esa tríada, que compone la primera parte de su libro *Elementos de la Filosofía del Derecho*, Hegel trabaja la idea de los *Derechos Abstractos*, estos son los derechos y obligación de los seres humanos que surgen como resultado de ser personas libres. En palabras de Hegel:

⁶¹¹ Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 20.

⁶¹² Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 21.

⁶¹³ Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 25.

*Personality contains in general the capacity for right and constitutes the concept and the (itself abstract) basis of abstract and hence formal right. The commandment of right is therefore: be a person and respect others as persons.*⁶¹⁴

Una vez establecido que los derechos discutidos bajo esta sección son los que se derivan de la personalidad del sujeto y no están relacionados con la existencia del Estado, pasa Hegel a presentarnos tres categorías de derechos: Los derechos relacionados a la propiedad, los relacionados al contrato y los relacionados a los daños.

En cuanto a los derechos de propiedad, éstos surgen de la voluntad libre del sujeto, que se hace presente ante los demás y toma aquello que desea haciéndolo suyo. Es por medio de este hacer suyo lo deseado, que el sujeto materializa su libertad, la convierte en algo concreto. La cosa adquirida se convierte así en parte del sujeto, imponiéndosele a la cosa apropiada una razón de existir. Dicho en otras palabras, las cosas no tienen otro propósito que el de ser utilizadas por el sujeto. En este proceso de adquisición de propiedad, surge una primera limitación en el sentido de que aquello deseado no puede haber sido enajenado por otro. En caso de desear un objeto perteneciente a otro, el sujeto, para sobreponerse a aquello que impone límites sobre su libertad, deberá entrar en relaciones contractuales. De aquí que podemos señalar que la contratación es una negación (limitación) del derecho de propiedad.

Por medio de la contratación los sujetos podrán transmitir los derechos propietarios adquiridos. Ahora bien, cuando los deseos del sujeto no son satisfechos mediante el acto de contratación, sobrevienen entonces, ya bien el incumplir con lo pactado o el cometer actos ilícitos. Para resolver

⁶¹⁴ Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 69.

el problema de los actos ilícitos resulta necesario la imposición de sanciones, lo que implica a su vez la necesidad de una autoridad con capacidad para sancionar, autoridad en la que deben encarnarse los valores de una justicia universal.

En la segunda parte, de los *Elementos de Filosofía del Derecho*, Hegel nos presenta el tema de la moralidad, que viene a ser lo que antepone a los derechos abstractos. En esta moralidad, que busca el bien de todos los individuos, se funden tanto aquellos actos que buscan el bienestar del sujeto, como aquellos actos que buscan el bienestar de otros. De esta manera la voluntad moral se universaliza convirtiéndose en el fin absoluto, aunque en esta etapa dicho fin absoluto es tan sólo una idea abstracta.⁶¹⁵

La *Moralidad* como fin absoluto, aunque todavía de naturaleza abstracta, ha convertirse en una *Ética Social* encarnada en instituciones sociales concretas. En la *Ética Social*, que es presentada por Hegel en la tercera parte de sus *Elementos de la Filosofía del Derecho*, se incluye una esfera objetiva y otra subjetiva. La esfera objetiva de la ética esta compuesta por las leyes e instituciones de la sociedad, las que otorgan a dicha esfera un contenido concreto que esta por encima de las opiniones y caprichos individuales. En palabras de Hegel.

The objective sphere of ethics, which takes the place of the abstract good is substance made concrete by subjectivity as infinite form . . . give the ethical a fixed content which is necessary for itself, and whose existence is exalted above opinions and preferences:

⁶¹⁵ Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 141. Véase la explicación de López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 441.

*they are laws and institutions which have being in and for themselves.*⁶¹⁶

En cuanto al aspecto subjetivo de la ética, nos señala Hegel que en esta esfera se da un proceso de auto-conciencia, pues al conocer las leyes e instituciones sociales, el sujeto se percata de que esas leyes e instituciones comparten su propia esencia, esto es se reconoce en ellas y por ende acaba por conocerse a sí mismo.

In this actual self-consciousness [which it now possesses], the substance knows itself and is thus an object of knowledge. In relation to the subject, the ethical substance and its laws and powers are on the one hand an object in as much as they are in the supreme sense of self-sufficiency. They are thus and absolute authority and power, infinitely more firmly based than the being of nature.

*On the other hand, they are not something alien to the subject. On the contrary, the subject bears spiritual witness to them as to its own essence, in which it has its self-awareness and lives as in its element which is not distinct from itself . . .*⁶¹⁷

Es en este momento en que el sujeto se reconoce en las leyes e instituciones sociales, y las siente parte de sí, que toma vida el Derecho, pues en este momento se da una coincidencia entre los derechos y deberes que no existía en las etapas anteriores.

Hence duty and right coincide in this identity of the universal and the particular will, and in the ethical

⁶¹⁶ Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 189.

⁶¹⁷ Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 190-191.

*realm, a human being has rights in so far as he has duties, and duties in so far as he has rights.*⁶¹⁸

En su obra *Elementos de una Filosofía del Derecho*, Hegel nos presenta como la *Ética Social* se encuentra a su vez compuesta por otra tríada, en la que encuentran la *Familia*, la *Sociedad Civil* y el *Estado*. Podemos apreciar en esta división que para Hegel el Derecho incluye todos los aspectos de la vida social, tanto los aspectos familiares, como los sociales y los políticos.

Entendemos que este es el aspecto más importante de la Filosofía del Derecho de Hegel, su concepción del Derecho como algo total, algo que incluye todas las relaciones humanas. Ante la visión de Kant que percibía el Derecho como las limitaciones a libertad que eran necesarias para garantizar su coexistencia con la libertad de los demás seres humanos. Hegel nos presenta una visión distinta, una visión del Derecho en la que se incluye toda actividad humana, en la que el Derecho, en vez de limitar las libertades, las viabiliza, les otorga realidad, las concretiza.

Al presentarnos la *Ética Social* a partir de la inclusión del sujeto en distintos grupos sociales, y al señalar que dicha integración implica el reconocimiento de las relaciones, que se presentan como un proceso de auto-conocimiento, donde la ética subjetiva se funde con la ética objetiva dando vida a las distintas instituciones y leyes que nos rigen, Hegel estaba creando una unidad distinta. Ya no existía un sujeto que se enfrentaba a unas leyes distintas a él, ahora ambos, sujeto y derecho son parte de una misma realidad.⁶¹⁹El sujeto pasa a ser un ser libre que se da su propia ley, la cual es una misma con las leyes e instituciones

⁶¹⁸ Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 197.

⁶¹⁹ Para una explicación más detallada de este aspecto puede verse a López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 443.

sociales, pues en estas se reúne toda la historia, todas los actos y experiencias del sujeto en su búsqueda de afianzar su libertad. El Derecho actual, pasa así a ser la culminación de todo derecho anterior, recogiendo en sí, el desarrollo del espíritu en su camino hacia el absoluto. El Derecho actual tiene dentro de sí todas las etapas anteriores por lo que en ese sentido es superior a todas ellas. Más aún, podemos afirmar que para Hegel, es en el Derecho actual donde la libertad toma su forma más concreta. El Derecho actual es para Hegel algo dinámico, un proceso histórico-racional, es una realidad que siempre está construyéndose, según continúa el desarrollo del espíritu hacia la verdad total y absoluta.

Por último cabe señalar que al presentar el derecho actual como uno en el que se subsumen todas las etapas anteriores, Hegel daba fin a la dicotomía existente entre el llamado Derecho Natural y el Derecho Positivo. Resulta que para Hegel, el Derecho Natural es tan solo un momento, que se encuentra subsumido en el Derecho actual. Desde esta perspectiva se podría afirmar que al situar al Derecho Natural como parte del proceso que culmina en el Derecho actual, la historia del desarrollo del Derecho Natural termina con las ideas de Hegel ⁶²⁰

A modo de resumen, podemos señalar que la importancia que reviste el pensamiento de Hegel para la filosofía del Derecho se circunscribe a los tres asuntos señalados: (1) El visualizar el Derecho como algo que incluye toda la vida humana, sus relaciones familiares, sociales, económicas, políticas, culturales, en fin toda actividad humana. (2) El visualizar el Derecho como una realidad viva, siempre en construcción y desarrollo, en la que subsumen todas vivencias humanas pasadas. (3) El dar fin a la dicotomía entre Derecho Natural y Derecho Positivo.

⁶²⁰ López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 449.

En este capítulo hemos analizado las escuelas filosófico-jurídicas con las que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. tuvo contacto durante su época. Estas escuelas representan las ideas filosóficas que dominaban el ambiente académico y jurídico dentro del cual Oliver Wendell Holmes, Jr. se desarrolló como jurista influenciando así su manera de pensar, sus ideas en cuanto al Derecho. Cabe señalar que las ideas jurídicas de Oliver Wendell Holmes, Jr. toman algunos de los elementos característicos de las escuelas discutidas, tales como la idea un Derecho vivo, en construcción y desarrollo constante, o la idea de separar el campo del Derecho del campo moral. Sin embargo, otras de las ideas de Holmes, Jr., representan un rechazo directo a las ideas planteadas por escuelas discutidas, como lo es caso de su rechazo a entender la historia como el recuento del desarrollo del espíritu de un pueblo que era la visión asumida por Savigny.

El resultado de ese juego entre las ideas propias y el aceptar o rechazar las ideas de su época, hace que el pensamiento de Oliver Wendell Holmes, Jr. en cierta forma utilice las ideas dominantes de su época como punto de partida para un pensamiento jurídico propio, que está caracterizado por su vigor y originalidad. En el próximo capítulo discutiremos, aquellos escritos no judiciales del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., que resultan pertinentes para analizar su pensamiento filosófico-jurídico.

CAPÍTULO 6 – TRABAJOS ACADÉMICOS DE OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

6.1 TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN ACADÉMICA SOBRE TEMAS JURÍDICOS.

6.1.1 INQUIETUDES ACADÉMICAS

Tal y como hemos podido apreciar, en este recuento que hemos realizado en la primera parte de la tesis sobre su vida, Oliver Wendell Holmes, Jr., muy a su pesar nunca pudo dedicarse a trabajar a tiempo completo en el desarrollo de sus intereses académicos. Tal vez por esta razón el trabajo académico realizado por Oliver Wendell Holmes, Jr. siempre estuvo marcado por un fuerte componente práctico.

Por espacio de 14 años desde que comenzó a trabajar en la oficina de Chandler, Shattuck y Thayer, en el 1866, hasta que decidió dejar de practicar la profesión de abogado en enero de 1882, Oliver Wendell Holmes, Jr. estuvo ligado al trabajo de abogado, en mayor o menor grado y desde diciembre de 1882 estuvo ligado a la profesión como Juez, primero del Tribunal Supremo de Massachusetts y luego, desde el 8 de diciembre de 1902 hasta el 11 de enero de 1932, como Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. A juzgar por sus experiencias de trabajo, no debe pues extrañarnos la marcada importancia que tiene el aspecto práctico en el pensamiento filosófico de Oliver Wendell Holmes, Jr., sus ideas se desarrollaron a partir de necesidades concretas y con el propósito de que tuviesen utilidad práctica.⁶²¹

El primer trabajo legal de Oliver Wendell Holmes, Jr. con la firma legal de Chandler, Shattuck y Thayer, no pudo satisfacer sus intereses filosófico-jurídicos. Ante esta realidad, durante el periodo de tres años ubicado

⁶²¹ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 103

entre 1867 y el 1870, Oliver Wendell Holmes, Jr. se convirtió en un asiduo colaborador del *American Law Review* canalizando así sus intereses académicos.⁶²²

6.1.2 AMERICAN LAW REVIEW

A pesar de encontrarse trabajando a tiempo completo durante el día y de utilizar las noches en su preparación para el examen de admisión a la profesión de abogado, Oliver Wendell Holmes, Jr. siempre encontraba el tiempo necesario para ir canalizando sus inclinaciones académicas. En el poco tiempo libre con que contaba mantuvo relación con otros jóvenes abogados con quienes compartía la inclinación por las discusiones teóricas y académicas, juntos fueron, poco a poco, creando un pequeño círculo de discusión.

Este grupo, compuesto mayormente de jóvenes letrados graduados de Harvard, incluía a varios amigos cercanos de Oliver Wendell Holmes, Jr. entre los que se encontraban John Chipman Grey, John Ropes, Nicholas St. John Green, Melvin Bigelow. Estos jóvenes dedicaban su tiempo libre a investigar, discutir y escribir artículos y libros sobre Derecho. Fueron precisamente dos integrantes de este pequeño grupo, John Ropes y John Chipman Grey, quienes comenzaron la aventura de crear una revista jurídica con la idea de mantener a los abogados practicantes al día en asuntos de jurisprudencia y teoría del Derecho tanto norteamericano como inglés. La nueva revista tomó el nombre de *American Law Review*.⁶²³

⁶²² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 197-198.

⁶²³ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 116.

El American Law Review, cuya primera edición salió a la calle en el año de 1866, llegó a convertirse en una de las publicaciones legales más influyentes en la profesión legal. Sus primeros editores fueron John Ropes y John Chipman Grey, mientras que otros integrantes del círculo de abogados antes descrito cooperaban preparando resúmenes de jurisprudencia, reseñas de libros jurídicos y artículos de fondo para la revista.

Oliver Wendell Holmes, Jr. entendió que esta revista era una puerta de salida para escapar del trabajo técnico y repetitivo que representaba su práctica legal, era su oportunidad de investigar el sistema legal en que vivía, cuestionar sus bases fundacionales y someterlo a un análisis detallado, a una reflexión histórico-filosófica, algo que anhelaba su espíritu crítico y su temprana formación filosófica, algo que le sería posible realizar si limitaba su vida, tan sólo al trabajo en la práctica de la abogacía. Durante el periodo de tres años entre 1867 al 1870, Oliver Wendell Holmes se convirtió en un asiduo colaborador del American Law Review.⁶²⁴

Oliver Wendell Holmes, comenzó sus aportaciones al American Law Review preparando reseñas de libros de Derecho y resumiendo la jurisprudencia reciente y recibía como paga la oportunidad de retener para sí el libro que reseñaba.⁶²⁵ Su primer trabajo apareció en el segundo número del American Law Review, el mes de enero de 1867, donde reseñaba el “Digest of the Law of Evidence in Criminal Cases” de

⁶²⁴ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 197-198.

⁶²⁵ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 116.

Henry Roscoe⁶²⁶ y desde ese momento hasta el 1873, perteneció al cuerpo de trabajo del American Law Review.

Desde el año de 1868, Oliver Wendell Holmes, Jr. trabajó en la preparación de los digestos de jurisprudencia que publicaba el American Law Review trimestralmente. Los digestos consistían usualmente de unas pocas oraciones en las que se resumían los hechos del caso y la decisión tomada por el Tribunal. El American Law Review publicaba Digestos de todos los casos ingleses incluidos en el sistema uniforme conocido como “English Law Report”, todos los casos aparecidos en los informes oficiales del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y algunos casos estatales seleccionados de los informes emitidos por los tribunales supremos de los distintos estados.⁶²⁷

Entre octubre de 1868 hasta octubre de 1869, Oliver Wendell Holmes, Jr. escribió el Digesto de los casos estatales. Para realizar estos resúmenes el American Law Review recibía alrededor de doce volúmenes semestrales con la compilación de los casos estatales. El trabajo del escritor del Digesto consistía en leer o al menos ojear los volúmenes recibidos para de allí seleccionar y resumir unos cien casos aproximadamente para cada número trimestral de la revista, estos resúmenes de los casos estatales cubrían entre veinte a cuarenta páginas del ejemplar.⁶²⁸

⁶²⁶ 1 American Law Review 375 (1867) reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 185-187.

⁶²⁷ Novick, Sheldon 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, p. 181-182.

⁶²⁸ Novick, Sheldon 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, p. 182.

A esto podemos añadir, que para el número de octubre de 1868 y el número de octubre de 1869, Oliver Wendell Holmes, Jr. también asumió la preparación del Digesto de los casos ingleses, los cuales representaron un total de setenta páginas adicionales. Además, para el número de enero de 1869 preparó el Digesto de los casos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, los que fueron resumidos en un total de veintiséis páginas.⁶²⁹ Este recuento nos debe dar una idea de la cantidad de trabajo adicional que asumió Oliver Wendell Holmes, Jr. durante un año, además de encargarse de seleccionar y resumir los casos estatales.

Para el 1870 los fundadores y primeros editores del *American Law Review*, John Ropes y John Chipman Gray, pasaron la función editorial a Oliver Wendell Holmes, Jr. y a Arthur Sedgwick.⁶³⁰ Una vez asumidas las funciones co-editoriales y liberado de la carga de preparar los Digestos, Oliver Wendell Holmes, Jr. se aventuró a escribir su primer artículo para la edición de octubre de 1870. El artículo se titulaba “Codes, and the Arrangement of the Law”⁶³¹ y en él, Oliver Wendell Holmes, Jr., aunque presentaba reservas en cuanto a proyecto de codificación del Derecho Común Norteamericano, presentaba al lector un esbozo sobre la manera en que el Derecho Común puede organizarse en dicha codificación. Su proyecto consistía en agrupar los distintos campos del derecho a partir de deberes, idea que desarrollará posteriormente en futuros escritos.

⁶²⁹ Novick, Sheldon 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, p. 182.

⁶³⁰ Arthur Sedgwick, había sido oficial del 20mo. Regimiento de Voluntarios de Massachusetts junto a Oliver Wendell Holmes, Jr. durante la Guerra Civil Norteamericana. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 202.

⁶³¹ Novick, Sheldon 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, p. 212-221.

6.1.3 COMIENZA TRABAJO DE EDICIÓN DE LA 12MA. EDICIÓN DE LOS COMENTARIOS DE KENT

Durante 1870 se le ofrece a Oliver Wendell Holmes, Jr. una oportunidad única para quien pretende desarrollarse en el mundo académico, la oportunidad de editar la 12ma. Edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent. Esta oportunidad por medio de su trabajo en la oficina legal de Chandler, Shattuck, and Thayer, y la cantidad de trabajo que conllevaba el proyecto fue una de las razones para Oliver Wendell Holmes, Jr. abandonar el trabajo en dicha oficina y estableciera su propio despacho.

Como señaláramos anteriormente, en la época en que Oliver Wendell Holmes, Jr. estudió en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, apenas existían dos libros que tenían pretensiones de discutir el Derecho Común como sistema organizado, el primero eran los *Commentaries* de William Blackstone sobre el Derecho Común Inglés y los *Commentaries on American Law* de James Kent.⁶³² Con el paso del tiempo ambos libros se hacían obsoletos y luego de la muerte de James Kent en 1847 su hijo William se encargaba de mantener al día de la obra de su padre, añadiendo cada 3 o 4 años notas al calce en las que incluía citas de nuevas decisiones, leyes y comentarios. En 1866 el nieto de James Kent, quien llevaba su mismo nombre y desde la onceava edición contrataba editores para trabajar sobre las nuevas notas al calce que se deberían añadir a los *Commentaries on American Law* le ofrece el trabajo de editar la duodécima edición a James Bradley Thayer, uno de los socios de la Oficina Shattuck, Holmes y Thayer.⁶³³

⁶³² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 170.

⁶³³ Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 3.

James Bradley Thayer, reconociendo el interés que Oliver Wendell Holmes, Jr. siempre tuvo por el trabajo intelectual y académico, le solicita a Holmes, Jr. que lo asista en el trabajo de edición. Una vez examinando el trabajo a realizarse Oliver Wendell Holmes, Jr. sugiere que en lugar de añadir nuevas notas al calce complementando las notas ya realizadas, sería mejor integrarlas todas en un nuevo texto tipo ensayo, que le ofreciera al lector la organización y coherencia, que le ha sido negada por esta acumulación indiscriminada de anotaciones hecha por diversos autores a través del tiempo. Una vez convencido el nieto de Kent sobre la utilidad y conveniencia de unas nuevas notas tipo ensayo, se llegó a un acuerdo el 18 de noviembre de 1869. El acuerdo establecía un término de dos años para completar las anotaciones y el pago de un estipendio de 3,000 a ser distribuido en trimestres por la duración del contrato.⁶³⁴

Entre diciembre de 1869 y diciembre de 1873, fecha en que finalmente fue publicada la 12ma. Edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent, Oliver Wendell Holmes, Jr. vivió prácticamente obsesionado con el trabajo de esta obra. La publicación le valió muy buenas críticas y por primera vez obtiene reconocimiento como un estudioso del Derecho (legal scholar).⁶³⁵

Durante el tiempo en que trabajó en los *Commentaries on American Law* de James Kent, Oliver Wendell Holmes, Jr. se mantuvo como parte del grupo de trabajo del *American Law Review*. De hecho, entre 1870 y 1873 Oliver Wendell Holmes, Jr. publica cuatro artículos en el *American Law Review* que recogen elementos importantes de sus ideas sobre el Derecho

⁶³⁴ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 121.

⁶³⁵ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 211-212.

Común, estos son, el uso de la historia para comprender las normas jurídicas, la estructuración del Derecho Común como un sistema construido a partir de deberes y no a partir de derechos, y su perspectiva de que el derecho es un sistema diseñado para establecer la política pública del gobernante mediante la imposición de cargas a quienes no poseen el poder político. Veamos sus artículos en mayor detalle.

6.1.4 ARTÍCULOS JURÍDICOS PUBLICADOS POR OLIVER WENDELL HOLMES, JR. EN EL AMERICAN LAW REVIEW ENTRE LOS AÑOS 1870 Y 1873.

6.1.4.1 “CODES AND THE ARRANGEMENT OF THE LAW” (1870)

Recordemos que para 1870, Oliver Wendell Holmes, Jr. es nombrado co-editor del American Law Review junto a Arthur Sedgwick, sustituyendo así a los fundadores y primeros editores de la revista, John Ropes y John Chipman Gray.⁶³⁶ En esta época Oliver Wendell Holmes, Jr. escribe “Codes, and the Arrangement of the Law”⁶³⁷, artículo en el que, como mencionáramos anteriormente, no solo toma partido en el debate de la codificación del Derecho Común Norteamericano, sino que presenta por primera vez la idea de sistematizar el Derecho Común a partir de deberes y no de derechos.

En cuanto a la codificación del Derecho Común Norteamericano Oliver Wendell Holmes, Jr. se limita a presentar las objeciones generales que tenían los puristas del Derecho Común. Para esto comienza describiendo

⁶³⁶ Novick, Sheldon 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, p. 181.

⁶³⁷ Holmes Jr., Oliver Wendell, “Codes and the Arrangement of the Law” 5 *American Law Review* 1 (1870) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 212-221.

el razonamiento utilizado por el Derecho Común para definir la doctrina jurídica que aplica a una situación en particular:

It is the merit of the common law that it decides the case first and determines the principle afterwards. Looking at the forms of logic it might be inferred that when you have a minor premise and a conclusion, there must be a major, which you are also prepared then and there to assert. . . . It is only after a series of determinations on the same subject-matter, that it becomes necessary to “reconcile cases,” as it is called, that is, by a true induction to state the principle which has until then been obscurely felt. And this statement is often modified more than once by new decisions before the abstracted general rule takes its final shape. A well settled legal doctrine legal doctrine embodies the work of many minds, and has been tested in form as well as substance by trained critics whose practical interest is to resist it at every step.⁶³⁸

Una vez descrito el proceso señala que este tipo de razonamiento que es producto del trabajo de varios pensadores, que ha sobrevivido al paso del tiempo y que día a día se encuentra enfrenta las demandas que exige su puesta en práctica no puede ser sustituida por las normas generales establecidas en código. Pasa entonces a advertir a los partidarios de la codificación, sobre los problemas que habría que resolver para poder redactar un código. Señala que la ley codificada no tendría la capacidad para adaptarse a los cambios sociales por lo que los jueces se verían en la obligación de aplicar las soluciones que prevé el código aunque sean erróneas y en caso de que se les diera libertad a los jueces para decidir *ex ratione legis*, entonces no podríamos señalar que lo escrito en el código es ley sino un libro de texto recomendado por el gobierno.⁶³⁹

⁶³⁸ Holmes Jr., Oliver Wendell, “Codes and the Arrangement of the Law” 5 American Law Review 1 (1870) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 212-213.

⁶³⁹ Holmes Jr., Oliver Wendell, “Codes and the Arrangement of the Law” 5 American Law Review 1 (1870) publicado en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver*

Otro problema señalado por Oliver Wendell Holmes, Jr. en su artículo, es el relacionado de su redacción, si como mencionan los partidarios de la codificación, el Código es hecho para que la gente común lo entienda, la obra resultante sería necesariamente sumamente corta, concisa y liviana. Plantea Oliver Wendell Holmes, Jr. que por el contrario el Código debería ser escrito, no para la gente común, sino para los abogados y debería contener el cuerpo completo del Derecho Común y esto ya de por sí lo convertiría en una obra voluminosa y de varios volúmenes y con interminables sub-divisiones. Dicho en otras palabras se derrotaría el propósito del Código de ser accesible al pueblo.⁶⁴⁰

Por último Oliver Wendell Holmes, Jr. señala a los partidarios de la codificación que para hacer un código primero se necesita una teoría del Derecho. Dicho en otras palabras, antes de hablar de codificar, hace falta que estemos de acuerdo en la manera de organizar el Derecho Común, hace falta identificar y entender los principios legales generales que puedan dar cohesión y sentido al Derecho, luego haría falta organizar dichos principios de forma lógica, de manera que se facilite a los lectores del código su comprensión, y sólo entonces se puede aspirar a encerrar esos principios en un código.⁶⁴¹

Para Oliver Wendell Holmes, Jr. la ventaja que acarrearía el entrar en un proceso de codificación, es que dicha tarea plantea de fondo el problema

Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes, Vol. I, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 213.

⁶⁴⁰ Holmes Jr., Oliver Wendell, "Codes and the Arrangement of the Law" 5 *American Law Review* 1 (1870) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 213.

⁶⁴¹ Holmes Jr., Oliver Wendell, "Codes and the Arrangement of the Law" 5 *American Law Review* 1 (1870) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 213.

de organizar filosóficamente el “corpus juris”, preocupación que usualmente no es trabajada por los juristas del Derecho Común por no entender su aspecto práctico. Acto seguido, y esta es la parte más extensa de su artículo, Oliver Wendell Holmes, Jr. propone una división del Derecho común a partir de deberes y no a partir de derechos. La idea la toma a partir de su interpretación de la teoría del Derecho Común que presenta Austin.⁶⁴² Esta idea de organizar el Derecho Común a partir de la categoría de deberes ya había sido planteada anteriormente por el jurista Shadworth Hodgson, quien la atribuye a Augusto Comte, aunque cabe señalar, como bien aclarara el propio Oliver Wendell Holmes, Jr., que al momento de escribir su artículo de “Codes, and the Arrangement of the Law”, aún no había leído el libro de Hodgson titulado *Theory of Practice*, el cual fue publicado en julio de 1872, esto es apenas un par de meses antes de que fuera publicado el artículo de Holmes, Jr.⁶⁴³

La idea de organizar el Derecho Común a partir de deberes, será desarrollada por posteriormente Oliver Wendell Holmes, Jr. en sus futuros ensayos “The Arrangement of the Law: Privity”,⁶⁴⁴ y “The Theory of Torts”⁶⁴⁵ dotándola de una forma final en su obra cumbre “The Common Law”.⁶⁴⁶

⁶⁴² Holmes, Jr. Oliver Wendell, “Codes, and the arrangement of the Law”, 5 *American Law Review* 1 (1870), reimpreso en Novick, Sheldon 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, p. 214-221.

⁶⁴³ Howe, Mark DeWolfe, Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 67 en la nota al calce número 16.

⁶⁴⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Arrangement of the Law: Privity”, 7 *American Law Review* 46 (1872) reimpreso en Novick, Sheldon 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, p. 303-318.

⁶⁴⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Theory of Torts”, 7 *American Law Review* 652 (1873) reimpreso en Novick, Sheldon 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, p. 326-335.

⁶⁴⁶ Holmes, Jr. Oliver Wendell, *The Common Law*, originalmente publicado por Little & Brown, Boston, 1881 y reimpreso por Dover Publications, New York, 1991.

6.1.4.2 “MISUNDERSTANDINGS OF THE CIVIL LAW” (1871)

Dado que su trabajo en las *Commentaries on American Law* de Kent consume gran parte de su tiempo, Oliver Wendell Holmes, Jr. utiliza las páginas del *American Law Review* para publicar una serie de artículos en los que presenta ideas que serían base de algunos de los temas que trabajaría al editar los *Commentaries on American Law* de Kent.⁶⁴⁷ Entre estos artículos debemos resaltar el titulado “Misunderstandings of the Civil Law”⁶⁴⁸, artículo en el que Oliver Wendell Holmes, Jr. combina la investigación histórica con el Derecho, al tratar de demostrar que la única manera de comprender correctamente un estatuto es mirar al pasado e identificar, la manera en que el paso del tiempo y las circunstancias particulares de cada época, influyen en el desarrollo de la norma que se pretende entender.

En el artículo presenta dos temas jurídicos del Derecho Común, el primer tema presentado es la incapacidad de los sordomudos de nacimiento y luego discute el desarrollo del concepto de los fiadores (“Bailment”). Sobre estos temas Oliver Wendell Holmes, Jr. realiza una exhaustiva investigación histórica con el propósito de demostrar que el Derecho Común no ha entendido estos temas de manera adecuada. Para ilustrar la manera en que Oliver Wendell Holmes, Jr. utiliza la historia al analizar un problema legal, tomaremos tan sólo la primera de las situaciones expuestas, esto es el caso de las personas sordomudas de nacimiento.

⁶⁴⁷ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 212.

⁶⁴⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Misunderstandings of the Civil Law”, 6 *American Law Review* 37 (1871) reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 257.

El artículo comienza exponiendo lo señalado en los *Commentaries on American Law* por James Kent, al discutir el problema de la incapacidad de las personas sordomudas de nacimiento para contratar. En el Derecho Común existía una presunción que consideraba a los sordomudos de nacimiento *prima facie* como incapaces de contratar equiparándolos al lunático o imbécil mental. En un esfuerzo por entender de donde proviene esta presunción que tanto se aleja de la realidad empírica, pues además esta señalar que la experiencia nos demuestra que las personas sordomudas tienen capacidad de razonar, Oliver Wendell Holmes, Jr. se remonta al derecho romano.⁶⁴⁹

En su investigación histórica, Oliver Wendell Holmes, Jr. encuentra que en el derecho romano, para otorgar validez a un contrato, las partes tenían que pasar por un proceso de preguntas y repuestas, en el cual los contratantes tenían que cumplir con unas formalidades determinadas, resultaba pues lógico que una persona sordomuda al no poder participar del proceso de preguntas y respuestas tampoco sería capaz de contratar.

Dicho en otras palabras, la incapacidad para contratar de la persona sordomuda era el resultado de no poder cumplir con las formalidades del negocio jurídico y por lo que no implicaba que debería atribuírsele una capacidad mental disminuida. Oliver Wendell Holmes, Jr. utiliza la presunción de incapacidad de las personas sordomudas en el Derecho Común, como un ejemplo de una norma que tuvo su origen en un problema práctico de una época determinada, y que el Derecho Común por no comprenderse el origen de la norma, ni la función que esta realizaba, la fue alterando con el paso del tiempo hasta llegar a

⁶⁴⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Misunderstandings of the Civil Law", 6 *American Law Review* 37 (1871) reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 257-258.

considerar *prima facie* a las personas sordomudas como incapaces mentales.

Para Oliver Wendell Holmes, Jr. la historia nos ofrece un mecanismo valiosísimo para poder entender las normas y doctrinas jurídicas que se encuentran vigentes. De hecho, señala que rastrear las normas hasta su origen es la única manera que tenemos para poder garantizar que no hemos cambiado su sentido y extensión. Veámoslo en sus propias palabras:

*The consequence must be that in other cases, as in this, doctrines get swerved from their true meaning and extent, because we do not remember their history and origin. A rule of law that has been gradually developed can only be understood by knowing the course of its development; and that is more or less known by good lawyers, . . . So far as our jurisprudence reaches back to an earlier date, there are the same reasons for tracking it to its source.*⁶⁵⁰

Podemos apreciar el énfasis que pone el autor en conocer el desarrollo de la norma para poder entender verdaderamente su significado, acabando por señalar que mientras más antigua se la línea jurisprudencial, más se justifica el realizar el ejercicio histórico de buscar su origen.

El tema de la investigación histórica y su relación con el Derecho es de suma importancia en el pensamiento jurídico de Oliver Wendell Holmes, Jr., llegando a convertirse en uno de los puntos de inflexión en los que su pensamiento jurídico rompe con la tradición para asentar las bases de un Derecho Común Norteamericano. Finalmente cabe puntualizar que si bien este tema del uso de la historia en el análisis del Derecho Común

⁶⁵⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Misunderstandings of the Civil Law", 6 American Law Review 37 (1871) reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 260.

fue en este artículo de “Misunderstandings of the Civil Law” que Oliver Wendell Holmes, Jr. trabaja por primera vez un tema del derecho a partir de la investigación histórica.

6.1.4.3 “THE ARRANGEMENT OF THE LAW OF PRIVACY” (1872)

Ya para junio de 1872 Oliver Wendell Holmes, Jr. había contraído matrimonio con Fanny Dixwell y había sido nombrado único editor del *American Law Review* comenzando sus funciones con la preparación de la edición de julio de 1872. Sin embargo, su trabajo académico no disminuyó con las nuevas responsabilidades asumidas y para la edición de octubre de 1872 Oliver Wendell Holmes, Jr. publicaba en el *American Law Review* un nuevo artículo. Como tema del artículo, vuelve a seleccionar un asunto relacionado a su trabajo de edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent, en esta ocasión bajo el título de “The Arrangement of the Law: Privity”⁶⁵¹.

En este artículo, Oliver Wendell Holmes, Jr. regresa al problema de como estructurar lógicamente el Derecho Común, y en esta ocasión utiliza la historia como herramienta para ubicar conceptos dentro del esquema del Derecho Común que nos propone. En “The Arrangement of the Law of Privity” Oliver Wendell Holmes, Jr. publica una tabla que representa visualmente la división del Derecho Común a partir de deberes y utiliza la investigación histórica para explicar la teoría de las sucesiones y el lugar que debe ocupar dentro de la tabla.

Entre las partes más importantes del artículo, podemos señalar la manera en que justifica la utilización del concepto deber para

⁶⁵¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Arrangement of the Law: Privity”, 7 *American Law Review* 46 (1872) reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 303-318.

confeccionar su esquema estructural del Derecho Común. Oliver Wendell Holmes, Jr. comienza por señalar al lector que cuando publicó el artículo de “Codes, and the Arrangement of the Law”⁶⁵² pensaba estar haciendo una aportación original al análisis del Derecho Común, ya que la idea de clasificar el Derecho Común a partir de deberes podía ser inferida en autores como Austin y Falck en ellos era apenas algo incidental, razón por la cual, en los escritos de dichos autores se continuaba trabajando el Derecho de la manera tradicional. Señala luego la existencia del libro de Shadworth Hodgson, titulado *Theory of Practice*,⁶⁵³ donde el autor no solo favorece la división del Derecho a partir de deberes, sino que traza dicha idea a los escritos de Augusto Comte. Oliver Wendell Holmes, Jr. hace suyos los planteamientos de Hodgson, como justificación del uso de deberes y no de derechos, presentándolos al público de la siguiente manera:

There is no more philosophical suggestion in Augusto Comte's writings than that in which he urges, that law should be approached and its object-matter arranged from the point of view of duties, and not that of rights . . . Rights, as Comte clearly saw, cannot be taken as ultimate of undecomposable phenomena in law; they require, because they admit, analysis is into the duties, the acts or forbearances, imposed on other persons, the claim to which constitutes the rights. In order to define any person's right, recourse must be had to the acts of forbearances imposed on other persons. Names of rights are "second intentions;" the "first intentions" of which are the duties into which they are analyzable. To take rights and not the corresponding duties as the ultimate phenomena of law, is to stop short of a complete analysis, and to make "entities of abstractions".⁶⁵⁴

⁶⁵² Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Codes, and the Arrangement of the Law”, 5 *American Law Review* 1 (1870) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 212-221.

⁶⁵³ Hodgson, Shadworth, *Theory of Practice*, Longmans, London, 1870.

⁶⁵⁴ Hodgson, Shadworth, *Theory of Practice*, Longmans, London, 1870, p. 169,170 según citado en Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Arrangement of the Law: Privity”, 7

A acto seguido, Oliver Wendell Holmes, Jr. pasa a presentar lo que si resultaría una aportación original y es el desarrollo de una tabla que presenta las divisiones del Derecho Común propuestas bajo el concepto de deberes. La tabla esta dividida en dos (2) grandes grupos de deberes, los deberes que tiene todo el mundo (“Duties of All the World”) y los deberes que tienen personas que se encuentran en situaciones o relaciones particulares (“Duties of Persons in Particular Situations or Relations”). Cada uno de estos dos grupos de deberes se subdivide a su vez en tres (3) grupos, los deberes para con el soberano (“To the Sovereign”), los deberes para con todo el mundo (“To all the World”) y los deberes para con las personas que se tiene una situación o relación particular (“To persons in particular or relations”). Dentro de cada una de esas subcategorías Oliver Wendell Holmes, Jr. pasa a desglosar las distintas áreas del Derecho Común.⁶⁵⁵

A modo de ejemplo señalaremos algunas áreas del Derecho Común y la ubicación que Oliver Wendell Holmes, Jr. le asigna en su tabla. El derecho penal, por ejemplo es situado como un deber de todo el mundo para con el soberano y un deber como el pago de impuestos se ubica entre los deberes de personas en situaciones o relaciones particulares para con el soberano. Otra área del Derecho Común como la contractual es situada por Oliver Wendell Holmes, Jr. como parte de los deberes que tienen las personas que se encuentran en una situación o relación particular para con aquellas personas con las que se encuentran relacionados, mientras que el deber del propietario de cuidar su

American Law Review 46 (1872) reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 303.

⁶⁵⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Arrangement of the Law: Privity”, 7 American Law Review 46 (1872) reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 304-305.

propiedad para que no se convierta en estorbo público esta ubicado como parte de los deberes de personas que se encuentran en situaciones o relaciones particulares para con todo el mundo.⁶⁵⁶

Luego de presentar su propuesta para dividir el Derecho Común a partir de deberes en forma de tabla, el resto del artículo trabaja sobre la dificultad que plantea un área como las sucesiones para poder ser ubicada en dicha tabla, ya que esta área le añade a la tabla el elemento del paso del tiempo. Esto es, el hecho de que los deberes pasen de manos, no necesariamente trae problemas a la división realizada en la tabla, pues bastaría señalar que las personas que se encuentran en una situación particular, por ejemplo el propietario de un terreno, puede transferir su deber a cualquiera que le sustituya en esa situación, por ejemplo en nuevo propietario. Sin embargo, existen ciertas ocasiones en las que quien recibe el derecho no se encuentra en la misma relación o condición de que quien le precedía, por ejemplo en los casos en que se había concedido una franquicia, derecho de explotación de un monopolio o meramente derechos contractuales. Para explicar estos casos Oliver Wendell Holmes, Jr. recurre nuevamente a la historia del Derecho Común, partiendo desde el derecho romano para desarrollar así un concepto de sucesiones que pueda ser ubicado en la tabla.⁶⁵⁷

Oliver Wendell Holmes, Jr. termina el artículo de “Arrangement of the Law: Privity” presentándonos una tabla en la que desglosa dos divisiones básicas de las Sucesiones, la primera división se refiere a las situaciones

⁶⁵⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Arrangement of the Law: Privity”, 7 *American Law Review* 46 (1872) reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 305.

⁶⁵⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Arrangement of the Law: Privity”, 7 *American Law Review* 46 (1872) reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 306-316.

cuando se transfieren todos los derechos a una persona y la segunda a aquellos casos en los que hay transferencias parciales de derechos, procede luego a rellenar ambas divisiones con las distintas maneras de transferir derechos según las formas de la época.⁶⁵⁸ Es en esta segunda división donde ubica los asuntos como la administración conjunta de bienes y negocios, y los co-arrendamientos entre otros, todas ellas situaciones que representaban un problema a la hora de clasificarlos en su esquema de teórico de un Derecho Común agrupado a partir de deberes.

Entendemos que este artículo de “Arrangement of the Law: Privity” resulta de gran relevancia para entender el desarrollo de la visión jurídica de Oliver Wendell Holmes, Jr. Por un lado, continúa desarrollando su idea de establecer la organización lógica el Derecho Común a partir de la idea de deberes y no de derechos, la cual había planteado originalmente en su artículo “Codes and the Arrangement of the Law” publicado en 1870, esto es unos dos años antes. Por otro lado, al enfrentarse con dificultades al momento de ubicar el Derecho de Sucesiones dentro de su esquema organizativo basado en deberes recurre a la historia para resolver el impasse, siguiendo las indicaciones que realizara en su artículo “Misunderstandings of the Civil Law” escrito apenas un año antes. En otras palabras, en este artículo de “The Arrangement of the Law: Privity”, Oliver Wendell Holmes, Jr. logra integrar los dos temas de investigación antes trabajados, uniendo así un tema teórico y un abstracto como la organización del Derecho Común a partir de deberes, con un tema de naturaleza histórica.

⁶⁵⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Arrangement of the Law: Privity”, 7 *American Law Review* 46 (1872) reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 317.

Por último, podemos señalar que el artículo de “The Arrangement of the Law: Privity” Oliver Wendell Holmes, Jr. continúa depurando así su idea sobre la importancia del uso de la historia para comprender el Derecho Común. Ya no tan solo como una herramienta para entender algunos estatutos y figuras jurídicas desarrolladas hace tiempo atrás, sino como una herramienta que nos permite adentrarnos en la construcción de teoría jurídica, esto es, que nos permite trabajar con todo un sistema de Derecho y no tan solo con la particularidad estatutaria.

6.1.4.4 “THE THEORY OF TORTS” (1973)

En julio de 1873 aparece el artículo titulado “The Theory of Torts”⁶⁵⁹ este es el tercero de los artículos que publica Oliver Wendell Holmes, Jr. sobre los temas que trabaja para su edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent. En este artículo Oliver Wendell Holmes, Jr., desarrolla aún más su esquema para la organización del Derecho Común a partir de deberes, trabajando en este caso el problema que juega la intensión al momento de imponer responsabilidad civil extracontractual.

Oliver Wendell Holmes, Jr. había manifestado anteriormente, al comentar en el *American Law Review* el libro de C.G. Addison titulado “The Law of Torts”,⁶⁶⁰ sus objeciones a visualizar el concepto de Torts como un tema bajo el Derecho Común que fuese merecedor de la preparación de un libro.

⁶⁵⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Theory of Torts”, 7 *American Law Review* 652 (1873) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 326-335.

⁶⁶⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Book Notice: The Law of Torts”, 5 *American Law Review* 340 (1871) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 237.

We are inclined to think that Torts is not a proper subject for a law book. Under this title we expect to find some or all of the wrongs remedies by actions of trespass, trespass on the case, and trover. But we cannot help believing that the cohesion or legal relationship, say, of trespass 'quaere clausum', is closer with the duties to him in possession enforced by real actions, than with assault and battery. . . .

We long for the day when we may see these subjects treated by a writer capable of dealing with them philosophically, and self-sacrificing enough to write a treatise as if it were an integral part of a commentary on the entire body of the law.⁶⁶¹

Podemos apreciar como la principal objeción de Oliver Wendell Holmes, Jr. al tema de Torts, es que bajo ese título se agrupan acciones muy disímiles, algunas se parecen a las acciones derivadas de los derechos reales y otras a acciones derivadas de asuntos de naturaleza criminal. Al estar compuesto de tan diversas acciones, el concepto legal de Torts es por su propia naturaleza, un verdadero reto a la hora de ubicarlo en el esquema del Derecho Común basado en deberes.

Este problema que presentaba la espuria naturaleza del concepto Torts es lo que hace a Oliver Wendell Holmes, Jr. desear la existencia de un autor que trate ese tema desde una perspectiva filosófica, una perspectiva que tuviese en cuenta el Derecho en su totalidad. Es precisamente la discusión del tema de Torts desde esa perspectiva filosófica, que toma en cuenta el Derecho como un todo, la tarea que Oliver Wendell Holmes, Jr. asume en su ensayo de "The Law of Torts".

⁶⁶¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Book Notice: The Law of Torts", 5 American Law Review 340 (1871) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 237.

Al enfrentarse con la dificultad de estructurar lógicamente un tema, en este caso el tema de Torts, para poder integrarlo a su organización lógica del Derecho Común a partir de deberes, Oliver Wendell Holmes, Jr. recurre nuevamente a la historia como el mecanismo fundamental para entender el Derecho. A partir de su investigación histórica Oliver Wendell Holmes, Jr. toma conciencia del proceso a través del cual se desarrollan los distintos conceptos jurídicos en el Derecho Común, y describe el proceso de la siguiente manera.

The growth of law is very apt to take place in this way: Two widely different cases suggest a general distinction, which is a clear one when stated broadly. But as new cases cluster around the opposite poles, and begin to approach each other, the distinction becomes more difficult to trace; the determinations are made one way or the other on a very slight preponderance of feeling, rather than articulate reasons; and at last a mathematical line is arrived at by the contact of contrary decisions, which is so far arbitrary that it might equally well have been drawn a little further to the one side or to the other. The distinction between the groups, however, is philosophical, and it is better to have a line drawn somewhere in the penumbra between darkness and light, than to remain in uncertainty.⁶⁶²

Del párrafo anterior podemos resaltar que el proceso de desarrollo jurídico del Derecho Común que nos presenta Oliver Wendell Holmes, Jr. se basa en el desarrollo histórico y no en una elaboración teórica. Dicho en otras palabras, el Derecho Común se desarrolla a través de las decisiones que efectivamente toman los tribunales sobre determinado asunto, en un principio dichas decisiones se agrupan en torno a polos o posiciones opuestas sobre el asunto que se discute, y con el paso del

⁶⁶² Holmes, Jr., Oliver Wendell, "The Theory of Torts", 7 *American Law Review* 652 (1873) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 327.

tiempo, las decisiones se acumulan y se acercan entre sí hasta crear una línea jurisprudencial que llega a unir ambos polos.

Vemos además, como Oliver Wendell Holmes Jr. nos señala que el desarrollo jurisprudencial así alcanzado es en realidad fruto del azar y no de una elaboración teórica, por lo que la línea jurisprudencial que termina uniendo ambas posiciones opuestas pudo haber sido situada más hacia un lado o más hacia el otro. De aquí los problemas que confronta Oliver Wendell Holmes, Jr. al momento tratar de ordenar el Derecho Común Norteamericano a partir de deberes, pues ese tipo de orden parte de la lógica y el análisis histórico nos refleja un Derecho cuyo desarrollo no siempre se ajusta a estructuras lógicas.

Como producto de su investigación histórica realizada Oliver Wendell Holmes, Jr. nos presenta una estructuración lógica del concepto de Torts.

If this analysis is correct, it will be seen that the legal liabilities defined by a book on Torts are divisible into those in which culpability is an element and those in which it is not; but that the latter class may be subdivided into the cases where the facts which fix the liability are definitely ascertained, and those where the boundary line is in course of ascertainment, or from motives of policy is kept purposely indefinite.⁶⁶³

Vemos como la estructura teórica de los Torts que nos propone Oliver Wendell Holmes, Jr. en su artículo queda finalmente estructurada en tres grandes grupos, aquellos en los que se requiere que la parte responsable actúe con intención culposa, aquellos en los que la

⁶⁶³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "The Theory of Torts", 7 American Law Review 652 (1873) reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 331.

responsabilidad se determina mediante la comisión de actos específicamente definidos y aquellos en los que los actos cometidos no se encuentran específicamente definidos. Dentro de cada una de estas categorías Oliver Wendell Holmes, Jr. pasa a enumerar los actos torticeros que las componen, veamos algunos ejemplos:

En la primera de estas categorías, la de los actos torticeros que requieren intención culposa, hace falta pasar juicio sobre el estado mental del responsable del acto, a modo de ejemplo podemos señalar los casos de fraude o daños maliciosos. El segundo de los grupos no contempla evaluar la intención con la que se cometen los actos, pues basta con de hecho se hayan materializado ciertos actos específicamente determinados por la ley, por ejemplo, la responsabilidad del dueño por los daños causado por sus animales. En la tercera y última categoría, se presenta la responsabilidad por la comisión de actos que no se encontraban específicamente definidos por ley, este es el caso de la responsabilidad por mera negligencia.⁶⁶⁴

El artículo “The Theory of Law” cierra con la presentación de un tabla en la que integra la división que realizó del tema de Torts al esquema que utilizó para ordenar el Derecho Común a partir de deberes. En la tabla Oliver Wendell Holmes, Jr. ubica las distintas acciones torticeras existentes en las categorías mencionadas (los actos torticeros que requieren intención culposa, los que requieren la comisión de un acto específico y los que surgen de conducta que no ha sido definida claramente) dentro de las categorías de los deberes que había presentado anteriormente, esto es los deberes para con todo el mundo, los deberes de las personas que se encuentran en situaciones particulares para con

⁶⁶⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Theory of Torts”, 7 *American Law Review* 652 (1873) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 331-334.

todo el mundo y los deberes de todas las personas con aquellos que se encuentran en una situación particular.⁶⁶⁵

6.1.4.5 "THE GAS-STOKERS' STRIKE" (1873)

Existe otro artículo publicado por Oliver Wendell Holmes, Jr., que si bien no estaba íntimamente ligado a su trabajo en los *Commentaries on American Law* de James Kent, resulta sin embargo importante para el desarrollo de su pensamiento jurídico, nos referimos al artículo titulado "Gas-Stokers' Strike"⁶⁶⁶ que fue publicado en el año de 1873. En este artículo Oliver Wendell Holmes, Jr. hace un breve recuento de la huelga de trabajadores del gas en la ciudad de Londres, huelga que mantuvo a la ciudad en la semioscuridad por varias noches y que tuvo como resultado el que cinco (5) líderes obreros fueran condenados a un año de prisión en un juicio que tuvo apenas un día de duración.

Oliver Wendell Holmes, Jr. toma posición en contra de quienes abogaban por una nueva ley que redistribuyera el poder de forma más equitativa entre los trabajadores y sus patronos. Para Oliver Wendell Holmes, Jr. el único sentido de la ley es que quienes tienen el poder tengan un vehículo para imponer cargas sobre los demás grupos.

But whatever body may possess the supreme power for the moment is certain to have interests inconsistent with others which have competed unsuccessfully. The more

⁶⁶⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "The Theory of Torts", 7 *American Law Review* 652 (1873) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 334.

⁶⁶⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Gas-Stokers' Strike", 7 *American Law Review* 582 (1873) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 323-325.

*powerful interests must be more or less reflected in legislation; which, like every other device of man or beast, must tend in the long run to aid the survival of the fittest.*⁶⁶⁷

Vemos como para Oliver Wendell Holmes, Jr. el Derecho es un mecanismo de dominación en manos de la clase que tiene el poder y las palabras con las que cierra el extracto citado, “must tend in the long run to aid the survival of the fittest” nos muestran la razón ser de esta visión de mundo. Oliver Wendell Holmes, Jr., toma partido y se presenta ante los lectores alineado las ideas de Herbert Spencer⁶⁶⁸, y como tal, visualiza la vida de los seres humanos como una batalla que se rige por unas reglas sociales y políticas. En esta batalla los vencedores obtienen el poder político y con este, la capacidad de favorecer sus intereses e imponer cargas sobre los demás grupos sociales. Para Oliver Wendell Holmes, Jr. esta facultad de los vencedores de imponer cargas sobre los vencidos, favorece la supervivencia del más capacitado, garantizando así la supervivencia de la especie humana. Esta visión funcional del Derecho de Oliver Wendell Holmes, Jr., en la que el Derecho es un mecanismo para que prevalezcan los intereses de quienes ostentan el poder en un momento dado, es una de las características que se reflejará constantemente, tanto en futuros escritos, como en sus futuras decisiones judiciales.

⁶⁶⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Gas-Stokers’ Strike”, 7 American Law Review 582 (1873) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 325.

⁶⁶⁸ Si bien para esa época Oliver Wendell Holmes, Jr. no había leído directamente las ideas de Hebert Spencer si se encontraba familiarizado con ellas desde su época de estudiante, pues como le señalara a Morris R. Cohen en carta del 5 de febrero de 1919, las ideas de Spencer y Darwin se podían respirar en el aire. “The difference was in the air, although perhaps only the few of my time felt it. The Origin of Species I think came out while I was in college. H. Spencer had announced his intention to put the universe into our pockets-I hadn’t read either of them to be sure, but as I say it was in the air.” Posner A. Richard, Ed., *The Essential Holmes: Selection from letters, speeches, judicial opinions, and other writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, University of Chicago Press, Chicago, 1992, p. 110.

6.1.5 PUBLICACIÓN DE LA 12MA. EDICIÓN DE LOS *COMMENTARIES ON AMERICAN LAW* DE JAMES KENT. – OLIVER WENDELL HOLMES JR. APARECE COMO EL ÚNICO EDITOR.

Oliver Wendell Holmes, Jr. terminó de escribir sus anotaciones a los *Commentaries on American Law* de James Kent el 7 de febrero de 1873 y terminó de hacer sus revisiones para el 1ero. de marzo. La 12ma. Edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent, finalmente fue publicada el 13 de diciembre de 1873 en una edición de 4 volúmenes.⁶⁶⁹ La aportación de Oliver Wendell Holmes, Jr. a la obra de Kent fue sustancial, añadiendo extensos comentarios en los exponía su perspectiva sobre diversos asuntos discutidos por Kent y aún sobre asuntos que Kent no llegó a vislumbrar pero cuya discusión, unos 25 años después de la muerte del autor, resultaba relevante.⁶⁷⁰

Como señaláramos anteriormente, trabajo de hacer las anotaciones a la 12ma. edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent había sido comisionado originalmente a James Bradley Thayer y había sido éste quien habló con Oliver Wendell Holmes, Jr. para que lo asistiera en el trabajo, sin embargo al publicarse el libro Oliver Wendell Holmes, Jr. aparece como el único editor mientras que el nombre de James Bradley Thayer solo aparece al final del prefacio en unas dos oraciones en las que Holmes, Jr. le expresa su gratitud.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 138.

⁶⁷⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Holmes's Notes to Kent's *Commentaries*" publicado en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. II, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 4-426.

⁶⁷¹ Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 13.

*I wish to express my gratitude to my friend, James B. Thayer, Esq., upon whom has rested the whole responsibility for my work to the owners of the copyright. He has read all that I have written, and has given it the great benefit of his scholarly and intelligent criticism.*⁶⁷²

El cambio ocurrió luego de dos años de trabajo, cuando al no lograr terminar la obra en el plazo requerido por la editorial, los aún co-editores James B. Thayer y Oliver Wendell Holmes, Jr., se vieron en la necesidad de obtener más tiempo para poder completar el trabajo. La editorial reconoció el trabajo realizado hasta ese momento, extendió el término de entrega por año adicional, otorgó más dinero para la contratación de un asistente y se acordó, ante la solicitud de Oliver Wendell Holmes, Jr. que él sería el único editor.⁶⁷³

El hecho de que James Bradley Thayer estuvo de acuerdo a no aparecer como editor en la obra, es hasta cierto punto un reconocimiento de que el trabajo de preparación de las anotaciones había recaído en Oliver Wendell Holmes, Jr., y que su participación se había limitando, como indicaba el agradecimiento en el prefacio, a revisar lo escrito por Holmes, Jr. y aportar los señalamientos y críticas que su formación académica le capacitaban para ofrecer. Sin embargo, tanto Thayer como el sobrino de Kent, quien poseía los derechos de la obra y la había comisionado a Thayer en atención a su capacidad como académico, no estuvieron satisfechos con la solicitud de Oliver Wendell Holmes, Jr. de aparecer como único editor. Para James Kent esa solicitud sólo representaba un acto de arrogancia de parte de Oliver Wendell Holmes, Jr. y así se lo dejó

⁶⁷² Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. II, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 5.

⁶⁷³ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 128.

saber a Thayer por medio de un intercambio epistolar,⁶⁷⁴ mientras que Thayer, si bien trató de minimizar el asunto ante Kent, siempre consideró la solicitud de Holmes, Jr., como un acto característico de la personalidad de Oliver Wendell Holmes, Jr. a quien consideraba, sin menospreciar sus otras cualidades, una persona egoísta, vana y desconsiderada.⁶⁷⁵

Una vez publicada la 12ma. Edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent, el 13 de diciembre de 1873, Oliver Wendell Holmes, Jr. se dedica casi exclusivamente a la práctica de la profesión de abogado. Esta etapa de su vida, en la que relega a un segundo plano sus intereses académicos, apenas duró unos tres (3) años, ya que para 1876 Oliver Wendell Holmes, Jr. retoma el trabajo académico.

El periodo entre 1876 y 1881 es tal vez el momento de mayor producción académico-intelectual de Oliver Wendell Holmes, Jr., el momento en que desarrolla sus ideas principales y las organiza de manera coherente. Durante este periodo Oliver Wendell Holmes, Jr. publicó varios artículos en el *American Law Journal* que fueron definiendo poco a poco sus ideas sobre el derecho. Dichos artículos fueron utilizados como materia prima para la preparación de los “Lowell Lectures” entre los meses de noviembre y diciembre de 1880 y estas conferencias a su vez fueron a su vez la base de su libro *The Common Law*.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 126.

⁶⁷⁵ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 211, 267-268 y Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 13-14.

⁶⁷⁶ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 148-195; Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 148-160; Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 246-170.

6.1.6 ARTÍCULOS JURÍDICOS PUBLICADOS POR OLIVER WENDELL HOLMES, JR. EN EL AMERICAN LAW REVIEW ENTRE LOS AÑOS 1876 Y 1881.

Mientras trabajó en la 12ma. Edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent, Oliver Wendell Holmes, Jr. conoció de cerca las limitaciones de esa obra para el estudio del Derecho Común y reafirmó su idea sobre la necesidad que tenía el Derecho Común Norteamericano de una obra que pudiese superar la perspectiva de un Derecho Común sustentado en los conceptos del Derecho Natural, tal como lo hacían las obras de James Kent y Blackstone. Su trabajo en Kent había despertado su curiosidad por el estudio histórico-evolutivo del Derecho Común para dar estructura, organización y sentido a todo el cuerpo legal. Con este propósito en mente, Oliver Wendell Holmes, Jr. pensó en escribir lo que el llamó Nuevo Libro del Derecho (New Book of the Law) que sentaría la base una nueva escuela de pensamiento jurídico (new jurisprudence). Para desarrollar su idea decidió poner manos a la obra utilizando el mismo sistema que usó para completar su trabajo en la duodécima edición de *Commentaries on American Law* de James Kent, esto es, comenzó a publicar una serie de artículos en el American Law Review en los que trabaja distintos temas del Derecho Común que más tarde serían parte de su libro.⁶⁷⁷

6.1.6.1 “PRIMITIVE NOTIONS IN MODERN LAW” (1876 Y 1877)

El primero de los artículos aparecidos en el American Law Review en el lustro entre el 1876 al 1881 fue un artículo publicado en dos partes que llevó el título de “Primitive Notions in Modern Law”⁶⁷⁸. En este artículo

⁶⁷⁷ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 249-251.

⁶⁷⁸ El artículo “Primitive Notions in Modern Law” fue publicado en dos partes que aparecieron en números sucesivos del American Law Review, el primero de ellos Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Primitive Notions in Modern Law, No I”, 10 American Law

Oliver Wendell Holmes, Jr. utiliza el análisis histórico para trabajar el tema de la culpabilidad.

El tema de la imponer responsabilidad civil ya había sido objeto de análisis por Oliver Wendell Holmes, Jr. en su artículo “The Theory of Torts”⁶⁷⁹ Como mencionáramos al discutir dicho artículo, Oliver Wendell Holmes, Jr. presentó a sus lectores una tabla en la que subdividía las fuentes de responsabilidad en tres grupos, la responsabilidad por actos que requieren intensión culposa, la responsabilidad por la comisión de actos específicamente señalados por ley y la responsabilidad que surge de conductas que no ha sido definidas claramente por la ley.⁶⁸⁰ Ahora en “Primitive Notions of Modern Law” realiza una investigación para buscar las bases históricas del concepto de responsabilidad remontándose nuevamente al Derecho Romano.

Si bien en sus ensayos anteriores el Derecho Romano había logrado satisfacer las inquietudes de Oliver Wendell Holmes, Jr., en esta ocasión, no fue suficiente, y Holmes, Jr. se vio obligado a continuar retrocediendo en el tiempo. Agotadas las contestaciones del Derecho Romano, Oliver Wendell Holmes, Jr. recurre a las primitivas costumbres griegas, a las antiguas historias de Xerxes de Persia y acude también a las tradiciones hebreas a través de los relatos contenidos en el libro de Éxodo.

Review 422 (1876) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 4-16 y el segundo de ellos; Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Primitive Notions in Modern Law, No. II”, 11 *American Law Review* (1876) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 21-35.

⁶⁷⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Theory of Torts”, 7 *American Law Review* 652.

⁶⁸⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Theory of Torts”, 7 *American Law Review* 652 (1873) publicado en Novick, Sheldon 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, p. 334.

Finalmente, luego de un largo viaje a través de la historia y las tradiciones humanas, Oliver Wendell Holmes, Jr. encuentra que la contestación a las preguntas planteadas sobre el origen del concepto de responsabilidad civil son contestadas por medio del concepto de venganza. En el análisis de las fuentes de la antigüedad a las que tenía acceso, Oliver Wendell Holmes, Jr. descubre, que mientras más remota es la época, mayor es la tendencia a imponer responsabilidad sobre la causa próxima de un daño, aun cuando esta era fueran objetos físicos o animales. Para los antiguos lo importante era responsabilizar del daño ocurrido a la causa visible más próxima al evento, y no es hasta mucho más tarde en el paso del tiempo cuando los juristas comienzan a imponer responsabilidad a la causa que pone en movimiento los eventos que finalmente ocasionaron los daños.

. . . we may say that it is the universal tendency of the human mind . . . to hold a material object, which is the proximate cause of loss, in some sense answerable for it. The untrained intelligence only imperfectly performs the analysis by which jurists carry responsibility back to the beginning of a chain of causation . . . It will be notice that the most important cases which occur under the various laws from which we have quoted are living things, principally animals and slaves; . . . if a man was run over, the Roman lawyers did not surrender the wagon which crushed him, but the ox which drew the wagon. The more undeveloped the institutions, however, the closer should we expect to find the liability to the immediate visible and tangible cause of the damage.⁶⁸¹

A partir de los hechos descubiertos en su investigación histórica, Oliver Wendell Holmes, Jr. plantea que el objetivo original que perseguían la acciones, que más tarde derivaron en las acciones por daños de la

⁶⁸¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Primitive Notions in Modern Law, No. I", 10 American Law Review 422 (1876) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 9-10.

modernidad, no era la compensación económica por el daño recibido, sino la satisfacción del deseo visceral de venganza. Plantea además, que fueron las circunstancias de cada época las que gradualmente fueron definiendo conceptos como el de “indemnización por daños”, los distintos tipos de responsabilidad, limitada y absoluta, las distinciones entre los actos fortuitos y los derivados de negligencia.⁶⁸²

Concluye además, que al menos en el campo de la responsabilidad por daños, la realidad histórica precede a la elaboración teórica. Esto es, que muchos de los principios legales a los que aducen los teóricos del derecho no fueron la causa de la implantación de la norma, sino al revés es la costumbre del lugar o la existencia de una norma que la precedía en el tiempo, las razones para que se adoptara una norma en particular. La explicación teórica que muchas veces presentan los juristas para justificar la norma su a partir de principios legales o de política pública, solo son eso, una justificación actual de la norma preexistente y no la verdadera razón de su existencia.

Vemos aquí, los primeros indicios de una idea que se convertirá en una de las bases de su pensamiento jurídico y que se resume en el aforismo que nos presentará años después en el primer párrafo de su libro el “The Common Law”⁶⁸³ donde señala que la vida del Derecho no es la lógica sino la experiencia. “The life of the law has not been logic: it has been experience.”⁶⁸⁴

⁶⁸² Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Primitive Notions in Modern Law, No. I”, 10 American Law Review 422 (1876) reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 10.

⁶⁸³ Esta obra fue publicada originalmente el 3 de marzo de 1881, esto es, 5 días antes del cumpleaños número 40 de Oliver Wendell Holmes, Jr., y la casa publicadora lo fue Little, Brown & Company. Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 253.

⁶⁸⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Dover Publications, New York, p. 1.

En su segundo artículo sobre “Primitive Notions in Modern Law, No. II”⁶⁸⁵ Oliver Wendell Holmes, Jr. retoma un tema trabajado en su artículo de “The Arrangement of Privity”,⁶⁸⁶ nos referimos a la necesidad de encontrar una explicación para las ocasiones en el que el Derecho Común permite la transferencia de derechos a una parte que no se encuentra en igual condición que la parte que ostentaba dichos derechos anteriormente. En el artículo de “Privity” Oliver Wendell Holmes, Jr. contestó la pregunta utilizando un análisis lógico, ahora en el artículo de “Primitive Notions in Modern Law, No. II” investigará el problema desde el punto de vista histórico.⁶⁸⁷

Del análisis histórico, Oliver Wendell Holmes, Jr. llega a concluir que la explicación para aquellos casos extraordinarios, en los que una persona recibe derechos a pesar de no encontrarse en la misma situación de quien los transmite, no es el resultado de una explicación de naturaleza lógica, sino que es producto de la política pública que se interesaba impulsar en una época determinada.

*The general result is, that we must recognize two ways in which a right may be transferred to a person of whom the facts necessary to generate the right, in the first instance, are not true. . . . either by confusion of thought or on grounds of policy.*⁶⁸⁸

⁶⁸⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Primitive Notions in Modern Law, No. II”, 11 American Law Review 641 (1877).

⁶⁸⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Arrangement of the Law: Privity”, 5 American Law Review 46 (1872).

⁶⁸⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Primitive Notions in Modern Law, No. II”, 11 American Law Review 641 (1877) reimpresso en reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 21-34.

⁶⁸⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Primitive Notions in Modern Law, No. II”, 11 American Law Review 641 (1877) reimpresso en reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 35.

Para arribar a esta conclusión Oliver Wendell Holmes, realizó un extenso viaje histórico, a través del cual, presenta al lector distintas situaciones concretas donde el Derecho Común reconoce la transferencia de derechos a una parte que no se encuentra en igual condición que la parte que ostentaba dichos derechos anteriormente. A modo ejemplo podemos señalar, la situación de quien hereda o quien recibe en legado una propiedad y asumen los derechos de quienes le transmitieron la propiedad a pesar de no encontrarse en la misma situación. Ante esta situación Oliver Wendell Holmes, Jr. explora, la creación histórica de la ficción jurídica a través de la cual el derecho propietario se transmite con la sangre de padres a hijos. Estudia además, como esta ficción llegó a aplicarse a quienes no eran familia por vínculo sanguíneo, como por ejemplo al adquirente de un terreno de manos de su legítimo dueño. En estos casos la utilización de la ficción del heredero, según interpreta Oliver Wendell Holmes, Jr., no era el resultado de una exigencia lógico-intelectual, sino de la necesidad de satisfacer los intereses de la época.⁶⁸⁹ La aplicación de la ficción a estos casos, como puede apreciarse en última oración del texto citado, es pues, el resultado de la aplicación de política pública y no de una elaboración teórica.

Otra ejemplo, podemos encontrarlo en aquellas situaciones en las que el vendedor de una propiedad había utilizado un camino que pertenecía a otra propiedad, siguiendo el ejemplo de Oliver Wendell Holmes, Jr., digamos que lo había hecho por espacio de 10 años y quien la adquirió continuó utilizando ese mismo camino por los próximos 10 años. Ante esta situación encontramos que el Derecho Común permitía a la persona

⁶⁸⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Primitive Notions in Modern Law, No. II", 11 American Law Review 641 (1877) reimpresso en reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 21-30.

que compró la propiedad el unir ambos términos, los diez años que el vendedor utilizó el camino y los diez años que él como comprador siguió utilizándolo, de manera que pudiese adquirir el uso del camino mediante la figura de la prescripción. Si bien esta situación puede explicarse mediante la utilización de la ficción del heredero, Oliver Wendell Holmes, Jr. se plantea un caso extremo, el caso en que el adquirente del terreno lo hubiese adquirido de manera ilegal. En estos casos, no puede utilizarse, al ficción de la herencia pues al haberse adquirido el terreno ilegalmente, el adquirente no estaría heredando ningún derecho de parte del dueño legítimo, sin embargo el Derecho Común también permitía la adquisición prescriptiva del camino perteneciente al predio sirviente uniendo el tiempo en que el camino fue utilizado por el legítimo dueño de la propiedad, al tiempo en que el camino fue utilizado por quien lo adquirió de manera ilegal.⁶⁹⁰

Recurriendo nuevamente a la historia, Oliver Wendell Holmes, Jr. encuentra explicación a esta anomalía en la manera en que los antiguos atribuían a la tierra características que pertenecen a los seres vivos. Esto es, la persona que había adquirido la propiedad de forma ilegal, había adquirido una propiedad, que a su vez poseía derechos, tal como si fuese una persona. Esto explica que si bien el adquirente no tiene ningún justo título que pueda oponer ante el legítimo dueño, puede sin embargo, obtener prescripción sobre el camino que utiliza al sumar la cantidad de años que ha utilizado el camino, a los años que el dueño legítimo lo había utilizado, pues se trata de la reclamación de un derecho

⁶⁹⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Primitive Notions in Modern Law, No. II", 11 American Law Review 641 (1877) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 30-31.

que pertenece no a quien adquirió la propiedad ilegalmente, sino al terreno adquirido.⁶⁹¹

Vemos nuevamente como Oliver Wendell Holmes, Jr., cada vez ofrece mayor importancia a la investigación histórica sobre el análisis lógico. De hecho, cierra su artículo señalando, que las ideas que presentó a sus lectores en su escrito original de “The Arrangement of the Law: Privity”⁶⁹² deben ser suplementadas y modificadas para ajustarlas al resultado de la investigación histórica realizada.⁶⁹³

6.1.6.2 “POSSESSION” (1878)

El próximo de los artículos publicados por Oliver Wendell Holmes, Jr. en el *American Law Review* lo fue el artículo titulado “Possession”⁶⁹⁴. En este artículo trabaja desde una perspectiva histórica los problemas que enfrenta el poseedor de un bien, cuando ha perdido dicho bien o le ha sido robado, para reclamarlo legalmente y la diferencia existente en la manera en que la jurisprudencia manejaba este asunto bajo el Derecho Común y la manera en que lo maneja el análisis teórico que presentan los filósofos alemanes del derecho sobre este mismo tema. Para ilustrar su punto, Oliver Wendell Holmes, Jr. escoge analizar la figura del depositario, ya que esta figura recibe un trato diferente en la teoría del

⁶⁹¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Primitive Notions in Modern Law, No. II”, 11 *American Law Review* 641 (1877) reimpreso en reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 31-35.

⁶⁹² Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Arrangement of the Law: Privity”, 5 *American Law Review* 46 (1872).

⁶⁹³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Primitive Notions in Modern Law, No. II”, 11 *American Law Review* 641 (1877) reimpreso en reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 35.

⁶⁹⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Possession”, 12 *American Law Review* 688 (1878).

derecho alemana, al trato que se le ofrecía en las tradiciones primitivas germanas y anglosajonas.⁶⁹⁵

Ahora bien, llama la atención que aunque no es la primera vez que Oliver Wendell Holmes, Jr. acude a las fuentes antiguas del Derecho Anglosajón, en esta ocasión lo hace para atacar de forma directa a los filósofos del derecho alemanes, cuya teoría en el campo de la posesión lo deja insatisfecho. Para Oliver Wendell Holmes, Jr. la filosofía del derecho alemana ofrece explicaciones a los asuntos legales basándose en el análisis lógico y obviando los hechos fácticos que nos enseña la historia.⁶⁹⁶ Vemos aquí un nuevo ejemplo de la manera en que evoluciona el pensamiento jurídico de Oliver Wendell Holmes, Jr., cada vez se aparta más del uso de la teoría jurídica y el análisis lógico para explicar los problemas jurídicos, prefiriendo en su lugar el uso de la investigación histórica.

En el artículo Oliver Wendell Holmes, Jr. presenta un recuento histórico que lo lleva a concluir, que bajo el derecho primitivo anglosajón y aún en el derecho primitivo germánico, quien poseía un bien tenía el derecho de reclamarlo cuando por algún motivo perdía su posesión. Este derecho de los poseedores de reclamar el bien perdido, era extensivo a la figura del depositario, esto es, no hacía falta poseer la propiedad perdida en calidad de dueño para poder reclamar legalmente dicha perdida. Al pasar de los años, el Derecho Común, manteniendo contacto con sus raíces, continuó

⁶⁹⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Possession", 12 American Law Review 688 (1878) reimpreso en reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 37-47.

⁶⁹⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Possession", 12 American Law Review 688 (1878) reimpreso en reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 46-47.

ofreciendo a los depositarios la oportunidad de reclamar legalmente por los bienes perdidos.⁶⁹⁷

Mientras que el Derecho Romano ofrecía una contestación distinta. En esta tradición jurídica, sólo se reconocía como poseedor legítimo de un bien a su dueño, o a quien la poseía en concepto de dueño y con la idea de obtener el título con el paso del tiempo. Esto es, el Derecho Romano no consideraba como poseedores de un bien a los depositarios de dicho bien. De esta manera se explica por qué bajo el Derecho Romano los depositarios no tenían derecho de reclamar por el bien perdido.

*. . . of the many who might have the actual charge or custody of a thing, it recognized as possessor only the owner, or the person holding as owner, and on his way to gaining a title by time.*⁶⁹⁸

*The type of Roman possession, as we have seen, was that of an owner or of one on his way to become owner.*⁶⁹⁹

Con el paso del tiempo, esta es la posición que defienden los filósofos del Derecho Alemán, debido a la gran influencia que el Derecho Romano ejercía sobre su pensamiento jurídico. Oliver Wendell Holmes, Jr. visualiza esta influencia del Derecho Romano en el Derecho Alemán como una limitación para el desarrollo de un Derecho propio del pueblo

⁶⁹⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Possession", 12 American Law Review 688 (1878) reimpreso en reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 44.

⁶⁹⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Possession", 12 American Law Review 688 (1878) reimpreso en reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 44.

⁶⁹⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Possession", 12 American Law Review 688 (1878) reimpreso en reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 46.

Alemán, situación que tilda de despótica. Veamos como lo plantea Oliver Wendell Holmes, Jr.

It is just here that we find the German jurists unsatisfactory. As has been remarked above, the best known theorists have been professors of Roman law. Moreover, the German jurists, from Savigny to Ihering, write under the influence, and generally under the control of some form of Kantian or post-Kantian philosophy. But Kant, apart from more indirect effects of the Roman law upon his thought, seems to have got all his legal conceptions from that source. In fact the Roman law, as fixed in the books of Justinian, may be called the common law of Germany; and every reader of German writers must be struck with the despotism which a system thus arrested at a particular stage of its development still wields over their thought.⁷⁰⁰

Para Oliver Wendell Holmes, Jr., el resultado concreto de la influencia del Derecho Romano en el Derecho Alemán, es que los filósofos alemanes del derecho se ven en la obligación de asumir complicadas explicaciones teóricas para justificar las distinciones que su derecho hace sobre distintos poseedores. Es en esta tarea que los juristas alemanes se ven obligados a recurrir a la filosofía Kantiana.

Possession was for him an extension of the ego, a setting of the will into somewhat external to it, and thus an appropriation of that somewhat, or, as Hegel would have said possession is an objective realization of free will; and the realized free will of the individual can only be restrained when in opposition to the freedom of all, to the universal will expressed by the State. The natural operation of this view on the mind of the German lawyers has been to lead them to consider the intent necessary to possession as primarily self-regarding. Their philosophy teaches them that a man's physical

⁷⁰⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Possession", 12 American Law Review 688 (1878) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 46.

power over an object is protected because he as the will to make it his, and it has thus become part of his very self, the external manifestation of his freedom. The will of the possessor being conceived as self regarding, the intent with which he must hold is thereupon treated in the same way: he must hold for his own benefit. Furthermore, the self-regarding intent must go to the height of an intent to appropriate: . . . And thus philosophy confirms dogma, and dogma philosophy.⁷⁰¹

Podemos apreciar en la cita anterior como, desde la perspectiva de Oliver Wendell Holmes, Jr., la filosofía alemana del derecho tiende a alejarse de las propias raíces históricas del derecho germánico llegando a confundir dogma con filosofía. Mientras que para el Derecho Común, lo importante no es la construcción filosófica, sino los hechos fácticos, pues son estos los que configuran la posesión y es desde ellos que se establece la necesidad de un derecho a recobrar el bien perdido. Dicho en otras palabras, para Oliver Wendell Holmes, Jr. la ley es un asunto práctico y el derecho tiene la necesidad de reconocer la realidad existente y tomar ante ella las posturas las posturas que permitan el manejo ordenado de dicha realidad.

Law, being a practical thing, must found itself on actual forces. It is quite enough, therefore, for the law, that a man, by an instinct which he shares with the domestic dog, and of which the seal gives a most striking example, will not allow himself to be dispossessed, either by force of fraud, of what he holds, without trying to get it back again. Philosophy may find a hundred reasons to justify the instinct, but it is totally immaterial if it should condemn it and bid us surrender without a murmur. As long as the instinct remains, it will be more comfortable for the law to satisfy it in an orderly

⁷⁰¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Possession", 12 American Law Review 688 (1878) reimpresso en reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 46-47.

*manner, than to leave people to themselves. If it should do otherwise, it would become a matter for pedagogues, wholly devoid of reality.*⁷⁰²

De las ideas expresadas en el párrafo anterior se desprende, que cualquier construcción teórica que se realice del Derecho Común ha de tomar en cuenta la realidad empírica donde ha de aplicarse el derecho. Nos parece que la metodología que poco a poco va desarrollando Oliver Wendell Holmes, Jr., aunque todavía no la asumido de forma directa, incluye, en una primera instancia, el uso de la historia para analizar el desarrollo del derecho vigente, poniendo especial énfasis en la realidad fáctica y la manera en dicha realidad influye las diferentes etapas del desarrollo del Derecho. En un segundo momento, el contrastar el resultado obtenido de la investigación histórica con la realidad fáctica actual. Este contraste del resultado de la investigación histórica con la realidad actual, permite al estudioso del Derecho poder asumir las posiciones jurídicas que mejor fomenten el manejo ordenado de esa realidad actual.

6.1.6.3 “COMMON CARRIERS AND THE COMMON LAW” (1879)

En el próximo número de *American Law Review*, Oliver Wendell Holmes, Jr. publica su artículo titulado “Common Carriers and the Common Law”⁷⁰³. En dicho artículo Oliver Wendell Holmes, Jr., entra a discutir

⁷⁰² Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Possession”, 12 *American Law Review* 688 (1878) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 59.

⁷⁰³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Common Carriers and the Common Law”, 13 *American Law Review* 609 (1879) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial*

otro de los aspectos de la posesión de bienes, en esta ocasión trabaja la situación de las empresas de transportación marítima cuando la carga que estaba bajo su cuidado se pierde o sufre algún tipo de daño.

En el Derecho Común de la época de Oliver Wendell Holmes, Jr., se atribuía a las compañías que se dedican al transporte marítimo de mercancías una responsabilidad absoluta sobre los bienes que le fueron encomendados. Como podemos apreciar, el transportista marítimo se encuentra en la posición del depositario que Oliver Wendell Holmes, Jr. había estudiado en su anterior artículo titulado "Possession". A los depositarios, esto es, a aquellos que tienen control físico sobre un objeto unido a la intención y el poder de excluir de su uso a cualquier otro que no sea su dueño,⁷⁰⁴ el Derecho Común les impone, desde sus orígenes responsabilidad absoluta para con los dueños del objeto que tenían bajo su control.

La razón de por la cual se impone esta responsabilidad, como ya lo había demostrado Oliver Wendell Holmes, Jr., en su artículo anterior sobre "Possession", reside en el hecho de en tiempos antiguos era el depositario quien tenía el derecho a ejercer las acciones para recuperar un objeto robado.⁷⁰⁵ A modo de ejemplo podemos señalar, que en el caso de los

Opinions of Oliver Wendell Holmes, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 60-76.

⁷⁰⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Possession", 12 *American Law Review* 688 (1878) reimpreso en reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 60.

⁷⁰⁵ Como bien señala Oliver Wendell Holmes, Jr. el robo más común en la antigüedad era el robo del ganado y la ley proveía un remedio que comenzaban con la persecución, captura y retorno del ganado robado, y de que adquiría visos cada vez más formales según pasaba el tiempo sin que se encontrara el ganado robado. De aquí surge que quien estaba mejor posición para actuar no era dueño del ganado sino la persona que lo tenía bajo su cuidado, el depositario. Teniendo entonces el depositario a su nombre las acciones para recuperar el ganado, su responsabilidad ante el dueños de los animales era de carácter absoluto. Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Possession", 12 *American Law Review* 688 (1878) reimpreso en reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions*

poseedores, si estos lograban recuperar el ganado robado y lo devolvían a su dueño, este perdía cualquier tipo de acción contra el depositante aunque el ganado estuviese en malas condiciones.⁷⁰⁶

Ahora bien, en el caso de los transportistas marinos, estos son siempre responsables ante el dueño de la propiedad, sin importar si pueden o no devolverle al dueño los bienes que les fueron encargados. Oliver Wendell Holmes, Jr. comienza a investigar el porqué del trato diferente a estos dos tipos de depositante.

La contestación la encuentra en el estudio de la historia, al poder apreciar como con el paso del tiempo los propietarios, con el propósito de poder recuperar los daños sufridos, comenzaron a presentar sus reclamaciones no como acciones contra un depositante que ocasionó daños a los bienes encomendados, sino como acciones por el incumplimiento con las representaciones públicas que hicieran al afirmar que transportarían las mercancías. Esto es, la acción estaba en el incumplimiento de lo prometido públicamente. Con el paso del tiempo esta acción por incumplimiento con las representaciones públicas realizadas, se hizo común al reclamar responsabilidad a los transportistas marítimos, creándose así la anomalía de que a pesar de ser depositarios contrario a los demás depositarios, que tienen límites a

of Oliver Wendell Holmes, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 37 y Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Common Carriers and the Common Law", 13 *American Law Review* 609 (1879) reimpresso en reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 61.

⁷⁰⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Common Carriers and the Common Law", 13 *American Law Review* 609 (1879) reimpresso en reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 63.

su responsabilidad, los transportistas marinos tienen responsabilidad ilimitada ante el dueño de los bienes que le fueron encomendados.⁷⁰⁷

Como resultado del análisis histórico realizado, Oliver Wendell Holmes, Jr. concluye que el trato particular que el Derecho Común ofrecía a los transportistas marinos, era producto de las condiciones socio-económicas que predominaban en la época en que fue adoptada la norma. Esto es, el trato que el Derecho Común otorgaba a los transportistas marítimos era el resultado de una política pública que favorecía los intereses de la clase privilegiadas de esa época (los dueños de los bienes), de lo cual se desprende que en tiempos modernos, con distinto balance socio-económico, los Tribunales no deberían sentirse obligados a continuar aplicando dicha norma.⁷⁰⁸

Entendemos pues, que lo más importante del artículo de “Common Carriers and the Common Law” no es tanto la discusión que realiza Oliver Wendell Holmes, Jr. sobre la figura del transportista marítimo, sino las conclusiones que deriva del estudio histórico realizado. Al tratar de fundamentar sus conclusiones Oliver Wendell Holmes, Jr. sigue depurando las bases filosófico-jurídicas de su teoría del Derecho Común. En el artículo Oliver Wendell Holmes, Jr. nos presenta de manera bastante clara el elemento dinámico del Derecho Común; y junto a este elemento, el papel que juegan las condiciones económicas y la política pública en delimitar el contenido de dicho Derecho. Por último, la

⁷⁰⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Common Carriers and the Common Law”, 13 American Law Review 609 (1879) reimpresso en reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 72.

⁷⁰⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Common Carriers and the Common Law”, 13 American Law Review 609 (1879) reimpresso en reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 74.

importancia de la investigación historia para poder descubrir y entender la relación entre el Derecho y la sociedad.⁷⁰⁹

Dicho de otra manera, en “Common Carriers and the Common Law” Oliver Wendell Holmes, Jr. no se conforma con ilustrar, a través de ejemplos concretos, la manera en que una figura particular del Derecho Común va cambiando con el paso del tiempo, sino que se toma el trabajo de señalar que dichos cambios, si bien tienen el ropaje de un desarrollo lógico son el resultado de las fuerzas que se debaten en la sociedad. El Derecho Común no responde pues a la teoría, sino a la política pública que aquellos quienes tienen el control económico y político, interesa implantar.

This little piece of history above, very well illustrates the paradox of form and substance in the development of law. In form its growth is logical. The official theory is that each new decision follows syllogistically from existing precedents. But as precedents survive . . . the result of following them must often be failure and confusion from the merely logical point of view. It is easy for the scholar to show that reasons have been misapprehended and precedents misapplied.

. . . .

Every important principle which is developed by litigation is in fact and at bottom the result of more or less definitely understood views of public policy; more generally, to be sure, under our practice and traditions, the unconscious result of instinctive preferences and inarticulate convictions, but none the less traceable to public policy in the last analysis. And as the law is administered by able

⁷⁰⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Common Carriers and the Common Law”, 13 American Law Review 609 (1879) reimpresso en reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 74-76.

*and experienced men, who know too much to sacrifice good sense to syllogism, it will be found that when ancient rules maintain themselves in this way, new reasons more fitted to the time have been found for them, and that hence, if it can be shown that one half of the effort has failed, we are at liberty to consider the question of policy with a freedom that was not possible before.*⁷¹⁰

Otra conclusión que nos presenta Oliver Wendell Holmes, Jr. y que representa un punto de inflexión en su pensamiento jurídico es el rechazo de los acercamientos meramente teóricos que buscan reducir el derecho al aspecto lógico. Recordemos como en artículos anteriores, Oliver Wendell Holmes, Jr. presentó a los lectores grandes esfuerzos teóricos para estructurar el Derecho Común a partir del concepto del deber; su objetivo particular con ese proyecto era poder dar cuenta del fenómeno llamado Derecho, poder presentar su estructura lógica a aquellos que deseen estudiarlo. Sin embargo, al finalizar su artículo “Common Carriers and the Common Law”, Oliver Wendell Holmes, Jr. parece resignado a aceptar, que cualquier intento de entender el Derecho desde una perspectiva estrictamente lógica está condenado al fracaso. Pues el análisis lógico no puede dar cuenta del aspecto social del Derecho, de su aspecto cambiante, de la tirantez existente entre su pasado histórico y las necesidades siempre cambiantes que nos presenta vida. En palabras del propio Oliver Wendell Holmes, Jr.

What has been said will explain the failure of all theories which consider the law only from its formal side, whether they attempt to deduce the corpus from a priori postulates, or fall into the humbler error of supposing the science of the law to reside in the

⁷¹⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Common Carriers and the Common Law”, 13 American Law Review 609 (1879) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 75.

*elegantia juris, or logical cohesion of part with part. The truth is, that law hitherto has been, and it would seem by the necessity of its being is always approaching and never reaching consistency. It is for ever adopting new principles from life at one end, and it always retains old ones from history at the other which have not yet been absorbed or sloughed off.*⁷¹¹

6.1.6.4 "TRESPASS AND NEGLIGENCE" (1880)

El último de los artículos de revista jurídica presentados por Oliver Wendell Holmes, Jr. en preparación a su obra cumbre "The Common Law" fue el artículo titulado "Trespass and Negligence" ⁷¹². El artículo tiene como objetivo primario el descubrir los principios generales que establecen la responsabilidad por daños extracontractuales ocasionados sin que mediara intención. Para alcanzar su objetivo Oliver Wendell Holmes, Jr. comienza por exponer las dos teorías jurídicas dominantes en su época, conjuntamente con la explicación de ofrecen de los daños no intencionales, los argumentos a favor y en contra de dichas teorías para luego presentarnos su teoría sobre los daños extracontractuales no intencionales.⁷¹³

Las teorías discutidas por Oliver Wendell Holmes, Jr. son la teoría de Austin (Austin's Theory) y la teoría de Asunción de Riesgos (Theory that a man act at his peril). Bajo la teoría de Austin, lo característico del

⁷¹¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Common Carriers and the Common Law", 13 American Law Review 609 (1879) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 75-76.

⁷¹² Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Trespass and Negligence", 14 American Law Review 76 (1880).

⁷¹³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Trespass and Negligence", 14 American Law Review 76 (1880) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 76-100.

Derecho es su aspecto punitivo, esto es las sanciones que impone o amenaza con imponer el soberano en caso de su incumplimiento de las leyes. Oliver Wendell Holmes, Jr. caracteriza esta teoría como una de naturaleza criminal, en la que John Austin equipara la responsabilidad impuesta en el campo del derecho civil a las sanciones impuestas por conducta criminal, razón por la cual bajo la teoría de Austin la imposición de responsabilidad civil tiene que estar basada en actos culposos incurridos por quien ocasiona el daño.⁷¹⁴

La teoría de Asunción de Riesgos señala que al actuar de manera voluntaria, los seres humanos asumen las consecuencias de las acciones que tomaron. Bajo la teoría de Asunción de Riesgos, no es relevante la intención de quien actúa o la previsibilidad de los daños, pues basta con que ocurran daños como resultado de los actos realizados de manera voluntaria, para que se imponga responsabilidad a quien actuó.⁷¹⁵

Oliver Wendell Holmes, Jr. señala que si bien la teoría de Asunción de Riesgos, aparece sólidamente fundamentada en las decisiones de los Tribunales,⁷¹⁶ su énfasis de imponer responsabilidad por los actos que ocasionaron un daño, aun en cuando dichos daños no pudieron ser previstos por el actor, es una mala política pública de parte del estado.

⁷¹⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Trespass and Negligence", 14 American Law Review 76 (1880) reimpresso en reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 76.

⁷¹⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Trespass and Negligence", 14 American Law Review 76 (1880) reimpresso en reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 76.

⁷¹⁶ La imposición del llamado "strict liability" o responsabilidad absoluta a quienes con sus actos ocasionan daños a terceras personas era la teoría preferida por los tribunales norteamericanos, a pesar que dese 1840 el criterio de negligencia había comenzado a ser utilizado poco a poco por los tribunales tanto ingleses como norteamericanos. Horwithz Morton J., ed., "Holmes in American Legal Thought", según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 47.

Para Oliver Wendell Holmes, Jr., una responsabilidad absoluta por los daños que emanen de cualquier acto de un ciudadano, llevaría a la inacción social, lo que es un mal que debe evitarse.

Dicho en otras palabras, la sociedad en general tiende a beneficiarse de las acciones de sus ciudadanos privados, son estos ciudadanos los que al entrar en negocios y asumir distintas empresa, satisfacen las necesidades de sus conciudadanos haciendo así más rica la vida social. El Estado en su tarea de promover el bienestar social, necesita de esa iniciativa privada, por lo que una política pública que imponga una responsabilidad absoluta por los daños que resulten sobre cualquier acto ciudadano, sin entrar a dirimir la previsibilidad de esos daños y la culpa de quien actúa tan solo consigue poner un detente a la actividad privada.⁷¹⁷

Ante esta situación Oliver Wendell Holmes, Jr. pasa a exponer lo que cataloga como una verdadera teoría sobre la responsabilidad (“A True Theory of Liability”). En esta teoría sobre la responsabilidad civil extracontractual por actos no intencionales Oliver Wendell Holmes Jr., se aparta de las dos teorías antes expuestas.

De una parte, abandona la idea de imponer responsabilidad absoluta por todo acto que ocasiona daños a un tercero, la cual como hemos señalado representa un obstáculo para el desarrollo de la empresa privada.⁷¹⁸Por

⁷¹⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Trespass and Negligence”, 14 American Law Review 76 (1880) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 83-84.

⁷¹⁸ El exigir la existencia de negligencia para imponer responsabilidad por daños era la doctrina respaldada por la emergente clase empresarial durante la época de Oliver Wendell Holmes, Jr. Horwithz Morton J.,ed., “Holmes in American Legal Thought”, según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 47.

otra parte, toma de la teoría de Austin, donde la imposición de responsabilidad tenía que estar ligada a una falta moral cometida por quien ocasionó el daño, la idea de atar la responsabilidad por daños a acciones u omisiones que demuestren negligencia, pero sin que por negligencia pueda entenderse el estado mental de quien ocasionó el daño. Dicho de otra manera, la teoría de responsabilidad civil extracontractual por actos no intencionales que nos presenta Oliver Wendell Holmes, Jr., requiere de la existencia de un acto culposo o negligente, pero dicho acto o negligencia consistiría en no ajustarse al tipo de conducta exigida por la sociedad.⁷¹⁹

De esta manera Oliver Wendell Holmes, Jr., evita que la imposición de responsabilidad civil extracontractual se fundamente en criterios subjetivos, donde para aplicar el derecho un juez tenga que entrar a dirimir el estado mental de que quien ocasiona un daño, tarea que resulta imposible de realizar de forma objetiva. Bajo la teoría que presenta Oliver Wendell Holmes, Jr. sería función del derecho el identificar los actos u omisiones que ocasionaron el daño y determinar si dichos actos u omisiones cumplen los criterios mínimos de prudencia que espera la sociedad. Veamos la manera en que Oliver Wendell Holmes, Jr. nos presenta esta teoría de la responsabilidad:

. . . when men live in society, a certain average of conduct, a sacrifice of individual peculiarities going beyond a certain point, is necessary to the general welfare.

. . . It considers, in other words, what would be blameworthy in the average man, the man of ordinary intelligence and prudence, and determines liability by

⁷¹⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Trespass and Negligence", 14 American Law Review 76 (1880) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 90-91.

that. . . it is only when he fails to exercise the foresight of which he is capable, or exercise it with evil intent, that he is answerable for the consequences.

*. . . on the one hand, the law presumes or requires a man to possess ordinary capacity to avoid harming his neighbors, unless a clear and manifest incapacity be shown; but that, on the other, it does not in general hold him liable for unintentional injury, unless, possessing such capacity, he might and ought to have foreseen the danger, or, in other words, unless a man of ordinary intelligence and forethought would have been to blame for acting as he did.*⁷²⁰

Como vemos de la cita anterior, el criterio a utilizarse por el derecho, constituye un mínimo, pues se refiere la conducta que espera la sociedad de un hombre de inteligencia y prudencia ordinaria, común. Si los actos u omisiones que ocasionaron los daños se encuentran por debajo de ese mínimo, es entonces cuando el Derecho debe imponer responsabilidad por dichos actos u omisiones. La teoría que presenta Oliver Wendell Holmes, Jr. tiene la ventaja de fundamentarse solamente en criterios externos, los actos u omisiones cometidos, sin atribuir ningún valor al factor moral, esto es a las intenciones o el estado mental con el que fueron cometidos dichos actos u omisiones.

Con “Trespass and Negligence” se cierra el grupo de artículos de revista jurídica que Oliver Wendell Holmes, Jr. escribió en preparación para su obra “The Common Law”. Pero antes de que los distintos artículos pudiesen convertirse en un libro, hacía falta hilvanarlos, darles un sentido de unidad, establecer entre ellos un hilo conductor que permitiera al lector tener una idea redondeada de lo que es el Derecho

⁷²⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Trespass and Negligence”, 14 American Law Review 76 (1880) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 90-91.

Común. Por medio de los “Lowell Lectures” Holmes tuvo oportunidad para de los distintos artículos como piezas de un rompecabezas.

6.2. “THE COMMON LAW”: EL DERECHO COMÚN NORTEAMERICANO COMO UN SISTEMA ORGANIZADO EN CUANTO A DEBERES.

6.2.1 OFRECE CONFERENCIAS CONOCIDAS COMO “LOWELL LECTURES”

El Instituto Lowell, fundado por el conocido manufacturero textil John Lowell, Jr. en 1836, se convirtió en centro cultural de importancia en la vida de Boston, donde anualmente se ofrecían una serie de conferencias conocidas como “Lowell Lectures”. Estas conferencias se ofrecían con el propósito de resaltar los valores morales y religiosos considerados como importantes para la vida comunitaria.⁷²¹ En 1879 Abbot Lawrence Lowell, quien para ese entonces era un estudiante en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, le sugirió a su padre Augustus, quien era el encargado de seleccionar los oradores para los “Lowell Lectures” que invitase a Oliver Wendell Holmes, Jr. disertar sobre el tema del Derecho Común.⁷²²

El ser seleccionado para dictar los “Lowell Lectures” representaba un gran reconocimiento, las figuras cimeras de la intelectualidad Bostoniana habían sido conferenciantes. Como cuestión de hecho, el padre de Oliver Wendell Holmes, Jr. había sido una de esas figuras prominentes que participó como conferenciante en los “Lowell Lectures”. El tema ofrecido por el Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr. en la famosa serie de conferencias era sobre literatura, se centraba en el trabajo de los poetas ingleses. La sociedad Bostoniana acogió con beneplácito las conferencias ofrecidas

⁷²¹ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 148.

⁷²² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 252.

por el Dr. Holmes, Sr. con tal grado de aceptación que el público abarrotó el local donde se ofrecieron las conferencias.

Oliver Wendell Holmes, Jr. se sentía honrado por haber sido seleccionado como conferenciante, pero a la misma vez sentía la presión de tener que disertar sobre un tema tan técnico como el Derecho Común, un tema con el cual el público general no estaba muy familiarizado y tal vez no muy interesado.⁷²³ Además, tendría que preparar las conferencias sin descuidar el trabajo de la oficina legal, que en esos momentos, debido a un quebranto de salud de Shattuck, amenazaba con ocuparle demasiado tiempo. A pesar del recelo que sentía, Oliver Wendell Holmes, Jr. aceptó la tarea, pues el ofrecimiento era una oportunidad única de preparar una obra de importancia antes de cumplir los cuarenta años. Esta fecha de los cuarenta años resulta significativa, pues Oliver Wendell Holmes, Jr. desde joven, tenía el convencimiento de que un hombre debía dejar su huella en la historia antes de los cuarenta.⁷²⁴

El tema escogido para las conferencias, el Derecho Común, resultaba ser un tema muy amplio, el cual quedó finalmente estructurado en 12 conferencias.⁷²⁵ Como preparación para las conferencias, Oliver Wendell Holmes, Jr. dedicó su tiempo a trabajar sobre los artículos publicados en el *American Law Review* pero esto no resultaba suficiente, pues había

⁷²³ Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 252.

⁷²⁴ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 157.

⁷²⁵ Las conferencias fueron ofrecidas en el siguiente orden: Lecture I Early Forms of Liability, Lecture II The Criminal Law, Lecture III Torts-Trespass and Negligence, Lecture IV Fraud, Malice, and Intent-The Theory of Torts, Lecture V The Bailee at Common Law, Lecture VI-Possession, Lecture VII Contract I. History, Lecture VIII-Contract II. Elements, Lecture IX-Contract-III. Void and Voidable, Lecture X-Successions I. After Death II. Inter Vivos y por último Lecture XII Successions II. Inter Vivos. Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, impreso originalmente por Little, Brown and Company, Boston, 1881, reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 109-324.

varios temas importantes del Derecho Común que Oliver Wendell Holmes, Jr. no había trabajado en sus artículos, como el tema de los Contratos y el Derecho Penal por lo que el trabajo fue largo y tedioso consumiendo prácticamente todas sus noches, mientras dedicaba los días al trabajo en la oficina legal. Así se lo hace saber su amigo Frederick Pollock en carta del 17 de junio de 1880.

*I should have written to you before this had I not been very hard driven with work, day and night. Practice of our mixed sort occupies my days, and my nights have been largely devoted to preparing a course of lectures for next winter in which I hope to put together some of the ideas which I deem most important in a regular order looking forward at a later date to making a little book.*⁷²⁶

La primera de las conferencias fue dictada en el Huntington Hall, el 23 de noviembre de 1880. Entre los asistentes se encontraban, Henry Cabot Lodge,⁷²⁷ Chief Justice Horace Gray,⁷²⁸ Louis Brandais⁷²⁹ y por supuesto

⁷²⁶ Carta de Oliver Wendell Holmes, Jr. a Sir Frederick Pollock del 17 de junio de 1880, publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Holmes-Pollock Letters, The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1961, p. 14-15.

⁷²⁷ Abogado y político del partido Republicano, para el momento en que Oliver Wendell Holmes, Jr. dictaba la conferencia, Henry Cabot Lodge era miembro de la Cámara de Representantes del Estado de Massachusetts, con el pasar del tiempo llegó a servir en la Cámara de Representantes de los Estados Unidos entre 1887-1893 y en el Senado de los Estados Unidos entre 1893-1924 convirtiéndose en uno de los políticos más influyentes de su época. <http://www.u-s-history.com/pages/h1342.html> y http://en.wikipedia.org/wiki/Henry_Cabot_Lodge.

⁷²⁸ En el momento en que Oliver Wendell Holmes, Jr. dictó sus conferencias Horace Gray era el Juez Presidente del Tribunal Supremo del Estado de Massachusetts, puesto que ocupó dese el 5 de septiembre de 1873 hasta el 9 de enero de 1882, había servido anteriormente como Juez Asociado del Tribunal Supremo de Massachusetts entre los años de 1864 – 1873. Con el paso del tiempo llegó a servir en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos como Juez Asociado desde el 20 de diciembre de 1881 hasta el 15 de septiembre de 1902. Cabe señalar además que a su retiro como Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el Juez Horace Gray fue sustituido por el entonces Juez Presidente del Tribunal Supremo de Massachusetts, Oliver Wendell Holmes, Jr. <http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/associate-justices/horace-gray-1882-1902/> http://en.wikipedia.org/wiki/Horace_Gray.

⁷²⁹ Al momento en que Oliver Wendell Holmes, Jr. dictó sus conferencias Louise Brandeis era un abogado con práctica privada. Con el paso del tiempo llegó a servir

su padre, el Dr. Oliver Wendell Holmes, Sr.⁷³⁰ Las conferencias fueron cubiertas en el *Boston Daily Advertiser*, periódico que alabó el desempeño del conferenciante y lo nutrida de la concurrencia, en especial la gran asistencia de personas jóvenes. El éxito alcanzado por las conferencias elevó el prestigio de Oliver Wendell Holmes, Jr. como teórico del Derecho y le dio el impulso necesario para culminar el trabajo de publicar dichas conferencias en forma de libro.⁷³¹

6.2.2 SE PUBLICAN LAS PONENCIAS EN UN LIBRO BAJO EL TÍTULO DE “THE COMMON LAW”

El 3 de marzo de 1881, se publicó finalmente la versión escrita de sus conferencias bajo el título de “The Common Law”. El libro fue publicado originalmente por la compañía editorial Little, Brown & Company y vendió unas 500 copias en su primer año, 245 de ellas en el primer mes y 1041 durante los primeros 5 años, lo que representa una cantidad considerable de ventas para ser un libro técnico sobre el tema del derecho.⁷³²

Las palabras iniciales del libro nos señalan el objetivo primario de Oliver Wendell Holmes, Jr. al publicarlo y el método que utilizará para alcanzar dicho objetivo:

como Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, desde el 1ro. de junio de 1916 hasta el 13 de febrero de 1936. <http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/associate-justices/louis-brandeis-1916-1939/> puede verse además a http://en.wikipedia.org/wiki/Louis_Brandeis

⁷³⁰ Sobre otros asistentes a las conferencias puede verse a Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 252 y a Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 158.

⁷³¹ Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 253.

⁷³² Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 253.

*The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but is not all. The life of the law has not been logic but experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage. The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its form and machinery, and the degree to which it is able to work out desired results, depend very much upon its past.*⁷³³

Del párrafo anterior podemos apreciar como objetivo del libro, el ofrecer una visión general del Common Law. De esta manera Oliver Wendell Holmes, Jr. trata de satisfacer la necesidad existente en la academia norteamericana, y que hemos señalado anteriormente en este trabajo, de tener un libro que presentara a los estudiantes de nuevo ingreso una visión coherente e inclusiva de todo el fenómeno jurídico. El Common Law pretendía convertirse en ese libro que ofreciese esa visión general e integrada de lo que es el Derecho Común.

⁷³³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little Brown, & Co. Boston, 1881 reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 115.

Hasta aquí la obra propuesta por Oliver Wendell Holmes, Jr. no presenta ningún viso de ser un trabajo novel de creación jurídica, sin embargo todo esto cambia al presentarnos la metodología que abría de utilizar para alcanzar su objetivo. De hecho, si fuéramos a señalar los aspectos que marcan el pensamiento jurídico de Oliver Wendell Holmes, Jr. que fueron presentados en “The Common Law”, básicamente podemos reducir la lista a dos ideas centrales, la primera su aportación metodológica y la segunda su decisión de utilizar solamente criterios externos para evaluar la responsabilidad civil extracontractual.

6.2.3 ORGANIZACIÓN DE LOS TEMAS EN “THE COMMON LAW”

Antes de adentrarnos en el análisis de su libro, en especial de su aportación metodológica cabe hacer una salvedad. Cabe señalar, sin embargo, que si bien al momento de escribir el libro, Oliver Wendell Holmes, Jr. tenía la intención de aportar al Derecho Común una visión integradora, en el resultado final todavía se pueden entrever las fisuras resultantes del proceso de unir escritos realizados durante diferentes períodos de su vida intelectual. El criterio rector para la organización de “The Common Law”, que fue el mismo utilizado para presentar los “Lowell Lectures”, estuvo basado en presentar a un público lego una organización lógica del Derecho Común a partir de los deberes. Recordemos que el tema de la reorganización del Derecho Común a partir de deberes fue un tema central en los primeros escritos de académicos de Oliver Wendell Holmes, Jr., de esa época son sus trabajos “Codes, and the Arrangement of Law” (1870), “The Arrangement of Law-Privity” (1872) y “The Theory of Torts” (1873), los cuales hemos discutido anteriormente. Siguiendo pues, las ideas trabajadas durante esa época, los “Lowell

Lectures” y como resultado su libro “The Common Law” quedó estructurado siguiendo dicho esquema.

“The Common Law” comienza con un capítulo introductorio para luego sumergirse en la discusión del Derecho Común a partir de los deberes. Se toma como punto de partida aquellos temas que implican los deberes de naturaleza más amplia hasta llegar los deberes de aplicación más limitada, esto es, se comienza por los deberes que aplican a todos los ciudadanos para con el soberano, como lo es el tema del Derecho Penal. El segundo tema trabajado son los capítulos relacionados con la teoría de la responsabilidad civil extracontractual (Theory of Torts), pues es un tema referente a los deberes de todos para con todos. Luego trabajará en el siguiente orden, el tema de las deberes recíprocos que surgen como resultado de la posesión de alguna cosa, con los capítulos de “Bailment” y “Possession”, el tema de las deberes asumidos de forma voluntaria, con los capítulos relacionados al tema de contratos y termina su exposición con los deberes que surgen en circunstancias particulares como el capítulo de “Succession”.

Si bien esta organización tiene un sentido unificador desde el aspecto teórico, cabe señalar que manifiesta fisuras en cuanto a la metodología utilizada durante la obra. Como hemos detallado anteriormente al hablar de sus escritos, la visión jurídica de Oliver Wendell Holmes, Jr. fue cambiando a través del tiempo y por ser “The Common Law” 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 de reciente cuño, el resultado final es una obra donde la metodología utilizada en los distintos capítulos presenta algunas diferencias.

Como recordáramos anteriormente, en los primeros escritos, publicados por Oliver Wendell Holmes, Jr. en el *American Law Review* entre los años

1870 y 1873, como parte de su trabajo en las anotaciones a la duodécima edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent, el énfasis de su investigación era desarrollar una teoría que permitiera estructurar el Derecho Común a partir del concepto de deber jurídico. Dicho de otra manera, su interés era el análisis lógico del Derecho Común. Es en este espíritu que escribe los ensayos de “Codes and the Arrangement of the Law” (1870), “The Arrangement of the Law of Privity” (1872) y “The Theory of Torts” (1873).

De esta época, sólo podemos mencionar dos escritos en los que el análisis lógico del Derecho Común no era el centro del ensayo, estos son “Misunderstandings of the Civil Law” (1871) y “The Gas-Stokers’ Strike” (1873). El primero de ellos, como mencionamos anteriormente, tiene por centro el análisis histórico, pero sin desarrollar el tema de la investigación histórica como parte de una metodología que permitiera que pudiera rivalizar con el análisis lógico como medio de entender el Derecho Común. En el caso del ensayo de “The Gas-Stokers’ Strike” (1873) Oliver Wendell Holmes, Jr. manifiesta la importancia del derecho como mecanismo al servicio del estado para la aplicación de política pública, pero tampoco hace ningún esfuerzo por desarrollar una metodología que permitiese entender el Derecho Común.

Más adelante, según escribe los ensayos que publica en el *American Law Review* entre los años de 1876 y 1881, como parte de la preparación de su libro *The Common Law*, la perspectiva del Derecho Común de Oliver Wendell Holmes, Jr. va cambiando, perdiendo importancia el análisis lógico frente al análisis histórico y haciendo de la formulación de política pública el objetivo central del Derecho Común. Como mencionáramos en el párrafo, la importancia del análisis histórico para el estudio del Derecho fue desarrollándose a partir de “Misunderstandings of the Civil Law” (1871), “Primitive Notions in Modern Law I y II” (1876 y 1877) y

“Possession” (1878). Si bien estos ensayos estaban centrados en el análisis histórico de distintas figuras todavía se podría argumentar que el uso de la historia estaba en función del análisis lógico.⁷³⁴ Pero no resulta menos cierto que la importancia del análisis lógico fue disipándose gradualmente, hasta que en el último de ese grupo de ensayos, titulado “Possession” (1878), Oliver Wendell Holmes, Jr. critica abiertamente el análisis lógico aplicado al estudio del Derecho, cuando este no toma en cuenta la realidad histórica.⁷³⁵ Entendemos pues, que ya en esta época Oliver Wendell Holmes, Jr. ha subordinado definitivamente el análisis lógico-filosófico al histórico.

La estocada final contra el análisis lógico la hace con sus últimos dos ensayos de ese periodo, “Common Carriers” (1879) y “Trespass and Negligence” (1880). En estos ensayos ya se puede apreciar como el análisis histórico pasa a ser un elemento fundamental de una metodología, que comienza por analizar los factores históricos que promovieron la creación de la norma y la manera en que esta satisfacía las necesidades socio-económicas de la época en que fue creada, continúa con el análisis del desarrollo jurisprudencial a partir de la norma original y culmina con un análisis de la situación actual para ver si la norma debe ser sustituida por otra que permita la consecución de fines públicos del momento actual.

Siendo *The Common Law* un 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

⁷³⁴ Esta es la posición que asume en su biografía Edward G. White. Véase a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p.145.

⁷³⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Possession”, 12 *American Law Review* 688 (1878) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 46-47.

énfasis en el aspecto histórico, mientras en otros el aspecto de la política pública resulta dominante.⁷³⁶ Concordamos con la opinión de G. Edward White, en el sentido que los capítulos que mejor resumen la metodología que había desarrollado Oliver Wendell Holmes, Jr. 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 Oliver Wendell Holmes, Jr., le ofreció una singular oportunidad de poner en función su visión del Derecho.⁷³⁷

En el capítulo siete Oliver Wendell Holmes, Jr. trabaja el tema de las historia de los contratos,⁷³⁸ pero da un paso adelante en cuanto a la metodología utilizada. En los artículos anteriores, si bien el uso de la investigación histórica se torna indispensable, esta era utilizada mayormente utilizada para ilustrar las razones por las que una norma o concepto jurídico no estaba de acuerdo con la generalidad de la doctrina. En el capítulo de contratos, sin embargo, Oliver Wendell Holmes, Jr. utiliza el análisis histórico para demostrar la manera en que el Derecho se desarrolla, como resultado de la tirantez entre el aspecto formal, compuesto por desarrollo jurisprudencial de una doctrina jurídica y el aspecto sustantivo, compuesto por las situaciones históricas que resultan de las necesidades de una época en particular.

⁷³⁶ Este sería el caso si comparamos por ejemplo el fuerte énfasis con que se trabajan los asuntos de política pública en los capítulos del dos al cuatro (estos son los capítulos titulados “Early Forms of Liability”, “Criminal Law”, “Torts-Trespass and Negligence” y “Fraud, Malice and Intent”) y el énfasis en el aspecto histórico que se hace en los capítulos uno (Early Forms of Liability), cinco (“The Bailee at the Common Law”), sexto (“possession”) y en los últimos dos capítulos (Successions I. After Death II. Inter Vivos y Successions II Inter Vivos).

⁷³⁷ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 172.

⁷³⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881, reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 241-262.

En el capítulo ocho, sobre los elementos del contrato⁷³⁹ Oliver Wendell Holmes, Jr. enfatiza en la importancia de criterios objetivos a la hora de imponer daños por su incumplimiento. Por último, en el capítulo nueve se presenta la tercera entrega sobre el tema de los contratos, específicamente la discusión sobre los contratos nulos y los contratos anulables.⁷⁴⁰ Al trabajar este tema Oliver Wendell Holmes, Jr. nos presenta varios ejemplos de la importancia tener criterios externos a la hora de distinguir entre fraude y error en la contratación.

Entendemos que en estos capítulos sobre el tema de contratos, se puede apreciar claramente la visión del Derecho Común que ha desarrollado Oliver Wendell Holmes, Jr., de hecho, se podría señalar que dichos capítulos resultan ser un especie de ejercicio de aplicación de su filosofía jurídica al tema de los contratos. No creemos que esto sea mera casualidad, pues este tema era uno que Oliver Wendell Holmes, Jr. no había trabajado en sus artículos anteriores, razón por la cual, al abordar el tema ya lo hace con una visión clara de lo que para él representa el Derecho Común y la metodología que debe utilizarse al trabajar sobre sus temas. Podemos apreciar como en dichos capítulos, Oliver Wendell Holmes, Jr., comienza por la investigación histórica, es aquí donde pone al descubierto los elementos sustantivos que dieron origen a la norma, luego se analiza su desarrollo formal contrastándolo con los orígenes históricos y por último, se cuestiona desde una perspectiva de política

⁷³⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881, reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 263-271.

⁷⁴⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881, reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 272-287.

pública, la utilidad ya bien de continuar o reformar la norma a partir de las necesidades actuales.⁷⁴¹

6.2.4 TEORÍA METODOLÓGICA UTILIZADA EN “THE COMMON LAW”

Todo lo descrito anteriormente, en cuanto a la manera en que la organización del libro afecta la presentación de un escrito de coherencia metodológica, no resta importancia a trabajo realizado por Oliver Wendell Holmes, Jr., al desarrollar una metodología particular para trabajar con el tema del derecho, teoría que corresponde directamente con su concepto sobre el Derecho Común. Pasemos pues a describir los elementos centrales de la metodología utilizada por Holmes, Jr.

Al comienzo de su libro “The Common Law”, Oliver Wendell Holmes, Jr., presenta al lector un esbozo de su teoría del Derecho, pues nos habla tanto de lo que es el Derecho, como de la manera de entenderlo y recrearlo. Oliver Wendell Holmes, Jr. comienza por restarle importancia al papel que desempeña el análisis lógico en el estudio del Derecho al señalarnos “*The life of the law has not been logic: it has been experience*”, de lo que se desprende que para entender el Derecho debemos hacer referencia a las experiencias relacionadas a dicho fenómeno. Pero lejos de contestar nuestras preguntas, la perspectiva empírica presenta al lector nuevas inquietudes. ¿A que se refiere Oliver Wendell Holmes, Jr., al hablarnos de la importancia de las experiencias para entender la naturaleza del Derecho? ¿Cómo podemos acercarnos al Derecho desde el punto de vista empírico, sin que nuestro análisis se convierta en una mera recolección de anécdotas? ¿Cuál es el papel que desempeña el

⁷⁴¹ Para un análisis detallado sobre la teoría de contratos presentada por Oliver Wendell Holmes, Jr. en su libro “The Common Law” puede verse a White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 172-178.

estudio histórico en nuestro esfuerzo para comprender el fenómeno que llamamos Derecho? Estas y otras interrogantes comienzan a ser esclarecidas dentro de ese mismo párrafo introductorio.

Lo primero que hace Oliver Wendell Holmes, Jr. es señalar el tipo de eventos que deja su marca dentro del Derecho

*The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.*⁷⁴²

Tal como lo describe en el párrafo, debemos notar que Oliver Wendell Holmes, Jr., al hablar de experiencia se refiere al contexto dentro del cual se crea, se define y se aplica el Derecho. Esto incluye aspectos como las necesidades de cada época junto a las ideas morales prevalecientes y las teorías políticas. Oliver Wendell Holmes, Jr. incluso llega a señalar que se debe tener en consideración las intuiciones que tengamos sobre la política pública de la época que estemos estudiando, aún aquellas que rigen en la sociedad de manera inconsciente y aún los prejuicios que comparten los jueces con los demás ciudadanos. En otras palabras, al hablar de la experiencia Oliver Wendell Holmes, Jr. se refiere a todo el contexto en su sentido amplio, a los aspectos económicos, políticos, sociales y culturales, incluso a aquellas motivaciones de naturaleza inconsciente que pueden explicar nuestro comportamiento en un momento dado. Todos estos eventos marcan el Derecho de una nación, por eso Oliver Wendell Holmes, Jr. pasa a señalar:

⁷⁴² Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little Brown, & Co. Boston, 1881 reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 115.

*The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become.*⁷⁴³

Vemos como para Oliver Wendell Holmes, Jr. el Derecho es un evento histórico, en el se recopilan las vivencias de un pueblo, aquellos eventos que marcan su carácter y definen su ser. Es por esta razón que nos afirma que para conocer lo que es el Derecho, debemos conocer además lo que ha sido y lo que tiende a ser.

En cuanto a conocer lo que ha sido el Derecho, cabe señalar que acercarnos a la historia resulta necesario para poder entender a cabalidad lo que representa la norma jurídica que estudiamos. Pero este acercamiento al carácter histórico del Derecho se realiza desde una perspectiva contextual al poner especial énfasis en la realidad fáctica del momento en que fue desarrollada la norma jurídica y la manera en dicha realidad influye las diferentes etapas del desarrollo del Derecho. El aspecto histórico no puede ayudar a entender conceptos y normas jurídicas, pero no debe servirnos como condición para forzar una interpretación jurídica particular. El pasado no puede ser una camisa de fuerza que imponga límites al desarrollo futuro del Derecho. Es por eso que Oliver Wendell Holmes, Jr. nos advierte un par de párrafos adelante sobre los peligros que puede representar el uso de la historia para el estudios del Derecho.

I shall use the history of our law so far as it is necessary to explain a conception of to interpret a rule, but no further. In doing so there are two errors equally

⁷⁴³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little Brown, & Co. Boston, 1881 reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 115.

*to be avoided both by writer and reader. One is that of supposing, because an idea seems very familiar and natural to us, that it has always been so. Many things which we take for granted have had to be laboriously fought out or thought out in past times. The other mistake is the opposite one of asking too much of history.*⁷⁴⁴

Siguiendo los consejos de Oliver Wendell Holmes, Jr. debemos reconocer que el Derecho es un producto histórico, nacido en un momento en particular y para contestar unas necesidades concretas y una vez establecido va adaptándose a nuevas necesidades y a nuevas formas de entender el mundo hasta llegar a ser el Derecho vigente de hoy en día. Por eso su énfasis en que las cosas no siempre fueron como son ahora, sino que se elaboraron con mucho esfuerzo y en ocasiones a través de luchas hasta tomar su forma actual. Ahora bien, también nos indicó que no debemos pedirle demasiado a la historia, pues esta nos puede mostrar la manera en que una generación hizo frente a sus problemas, pero guarda silencio en cuanto a la mejor manera de resolver nuestros asuntos en el futuro. Puede tal vez, darnos pistas, señalarnos un camino e incluso ofrecernos ejemplos y hasta estadísticas con los resultados obtenidos en el pasado, pero no puede imponernos límites, no puede condicionar nuestro futuro. Como muy bien resume Oliver Wendell Holmes, Jr. al hablarnos del Derecho, para conocer lo que es, resulta necesario conocer lo que fue y lo que tiende a ser.

Si la primera herramienta metodológica que nos presenta Oliver Wendell Holmes, Jr. para entender el Derecho, es el análisis histórico, podemos señalar que una segunda herramienta metodológica lo es el análisis del contexto actual. Al realizar dicho análisis contextual, debemos tener en

⁷⁴⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little Brown, & Co. Boston, 1881 reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 115.

cuenta las necesidades presentes, la moral prevaleciente en nuestra sociedad, las ideas políticas actuales y las teorías legislativas existentes. Es precisamente la unión del resultado de la investigación histórica, con el estudio de la realidad actual, lo que permite al estudioso del Derecho entender la manera en que deben establecerse las reglas que gobernarán a los hombres. En palabras de Oliver Wendell Holmes, Jr.:

*We must alternately consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage. The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its form and machinery, and the degree to which it is able to work out desired results, depend very much upon its past.*⁷⁴⁵

Este análisis histórico-contextual del Derecho, nos permite acercarnos a uno de los elementos de la visión de Oliver Wendell Holmes, Jr. sobre la naturaleza del Derecho, el aspecto dinámico. Como hemos visto, el Derecho para el Holmes, Jr. resulta ser un producto histórico y racional, un Derecho Vivo, que se constituyó a través del paso del tiempo y que continua constituyéndose en un constante devenir. El Derecho viene siendo una tarea siempre inconclusa en la que el pasado nos muestra el camino, pero la generación actual se encarga de tomar las decisiones finales sobre cómo, cuándo y dónde se construye. En cuanto a la manera en que la presente generación toma sus decisiones, o la función que sirve en la sociedad, serán otros escritos de Oliver Wendell Holmes, Jr. los que nos ayuden a definirla.

⁷⁴⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little Brown, & Co. Boston, 1881 reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 115.

Habíamos señalado que, desde nuestra perspectiva, de entre las ideas presentadas por Oliver Wendell Holmes, Jr. en su libro “The Common Law” son dos las ideas centrales, esto es ideas que resultan importantes para definir el pensamiento filosófico-jurídico de Oliver Wendell Holmes, Jr. La primera de esas ideas se refería a la metodología utilizada en el libro. La segunda de estas ideas centrales es la que se refiere al uso de criterios externos para evaluar la responsabilidad de las personas por los actos realizados.

6.2.5 TEORÍA DE CRITERIOS EXTERNOS PARA ADJUDICAR RESPONSABILIDAD

Desde la perspectiva de la teoría jurídica el énfasis realizado por Oliver Wendell Holmes, Jr. en la necesidad de establecer criterios externos, evitando así que los jueces tengan que realizar determinaciones relacionadas al estado mental de quienes eran imputados de responsabilidad, podría considerarse como uno de los elementos más importantes de su obra. Esta teoría de los criterios externos fue presentada particularmente en el capítulo II sobre Derecho Penal, los capítulos III y IV sobre Responsabilidad Civil Extracontractual (Torts) y en los capítulos VII, VIII y IX sobre Contratos.

Cabe resaltar que para Oliver Wendell Holmes, Jr., quien durante gran parte de su vida, tuvo como uno de sus objetivos principales la estructuración ordenada de los temas del Derecho Común, el tema de la determinación de responsabilidad le ofrecía la oportunidad de elaborar una teoría general que sirviese para evaluar todo tipo de responsabilidad, tanto la civil como la criminal. Esta idea de que una misma teoría sobre la responsabilidad sea utilizada tanto en el caso civil como en el penal, no había sido presentada anteriormente por Oliver Wendell Holmes, Jr.,

y para alguno de sus biógrafos resulta ser una idea muy reciente a la presentación de los “Lectures”.⁷⁴⁶

Oliver Wendell Holmes, Jr., nos deja ver esta idea de tener una sola teoría de la responsabilidad desde su primera conferencia cuando señala que:

*“The first subject to be discussed is the general theory of liability civil and criminal”*⁷⁴⁷

Y más tarde, en el segundo capítulo de “The Common Law”, dedicado al Derecho Penal resaltaré de manera directa la necesidad de fundar el sistema penal en criterios externos de conducta.

“For the most part, the purpose of the criminal law is only to induce external conformity to rule. All law is directed to conditions of things manifested to the senses.”

. . .

*“It is not intended to deny that criminal liability, as well as civil, is founded on blameworthiness. . . . It is only intended to point out that, when we are dealing with that part of the law which aims more directly than any other at establishing standards to conduct, we should expect there more than elsewhere to find that the tests of liability are external, and independent of the degree of evil in the particular person’s motives or intentions.”*⁷⁴⁸

⁷⁴⁶ Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 186.

⁷⁴⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881, reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 115.

⁷⁴⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881, reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 140.

Su idea, se podría resumir, en que si podemos, en el campo civil, imponer responsabilidad y condenar al pago de daños a una persona, que sin intención de dañar a nadie, no vislumbró las consecuencias de sus actos, también en el campo penal podríamos exigir responsabilidad al autor de los hechos sin tener que entrar a dirimir sus intenciones.⁷⁴⁹

En cuanto al tipo de criterio a utilizarse para establecer la responsabilidad (culpabilidad en el caso penal), Oliver Wendell Holmes, Jr. señala que el criterio ha de tomar en cuenta las expectativas sociales para el hombre ordinario. Veámoslo en sus propias palabras:

*The reconciliation of the doctrine that liability is founded on blameworthiness with the existence of liability where the party is not to blame . . . It is found in the conception of the average man, the man of ordinary intelligence and reasonably prudence.*⁷⁵⁰

Entiende Oliver Wendell Holmes, Jr. que este tipo de criterio, basado en el sentir comunitario tiene la capacidad de reconciliarse con las ideas tradicionales en el Derecho Penal, que fundamente la responsabilidad penal en la maldad moral de quien comete el acto criminal.

Liability is said to arise out of such conduct as would be blame worthy in him. But he is an ideal being, represented by the jury when they are appealed to, and his conduct is an external or objective standard when applied to any given individual. This individual may be morally without stain, because he has less than ordinary intelligence or prudence. But he is required to have those qualities at his peril. If he has them, he will

⁷⁴⁹ Sobre la defensa que realiza Oliver Wendell Holmes, Jr., en el segundo capítulo de "The Common Law", de la aplicación de la teoría de los criterios externos para el Derecho Penal, puede verse la discusión que hace Mark Howe sobre este tema. Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 160-183.

⁷⁵⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881, reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 141.

*not, as a general rule, incur liability without blameworthiness.*⁷⁵¹

Para Oliver Wendell Holmes, Jr. resultaba clara la conveniencia de tener un sistema que tratase a todos por igual y estableciera criterios para fijar responsabilidad basados en el comportamiento esperado para un hombre promedio. Sin embargo, sus ideas se enfrentaban a una tradición muy arraigada en la necesidad de probar la maldad del delincuente, por lo que sus ideas no tuvieron mucha repercusión en el Derecho Penal norteamericano. Cabe señalar sin embargo, que en Inglaterra sus ideas de los criterios objetivos fueron adoptadas brevemente por el “House of Lords” en la decisión de *Director of Public Prosecutions v. Smith*, [1961] A.C. 290. Tan solo para ser revocada 1967, luego de ser objeto de duras críticas por parte de la comunidad legal.⁷⁵²

Cabe señalar que esa resistencia marcada que tuvo la teoría de adjudicación de responsabilidad por criterios externos, no tuvo su equivalente en el campo de la responsabilidad civil, un área del Derecho Común, que en época de Oliver Wendell Holmes, Jr., se distinguía por la incertidumbre. El campo de los llamados “Torts” se encontraba atiborrado de un sinnúmero de decisiones judiciales sumamente variadas entre sí, las cuales establecían distintos grados de responsabilidad para distintos grupos de personas, decisiones que carecían de una doctrina que pudiese otorgarles algún sentido.⁷⁵³ Fue en

⁷⁵¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881, reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 141.

⁷⁵² Atiyah, Patrick, ‘The Legacy of Holmes Through English Eyes’, *Holmes and the Common Law a Century Later: The Holmes Lectures, 1981*, Occasional Pamphlet Number Ten, Harvard Law School, Cambridge, Mass., 1983, p. 34-36.

⁷⁵³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881, reimpreso en Novick, Sheldon 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, p. 46.

el campo de la responsabilidad civil que la teoría de los criterios externos propuesta por Oliver Wendell Holmes, Jr. encontró el terreno fértil que permitió un buen grado de aceptación. Con el propósito de entender mejor el contexto jurídico dentro del cual Oliver Wendell Holmes, Jr. promueve su teoría de adjudicación de responsabilidad por medio de criterios externos en campo extracontractual pasaremos a identificar las posiciones que se debatían en los Estados Unidos durante aquella época.

Existía para el tiempo de Oliver Wendell Holmes, Jr. un intenso debate sobre ¿cuáles deberían ser los criterios utilizados a la hora de entrar a adjudicar la responsabilidad de quien ha ocasionado daños? ¿Debería el Derecho tomar en consideración elementos subjetivos (internos), esto es el estado mental de quien comete los actos al momento de cometerlos o solamente se deben tomar en consideración criterios objetivos (externos). Aunque esta decisión parece a simple vista ser una de carácter técnico, en realidad en el centro de este debate existen argumentos de carácter moral. Lo que verdaderamente está en juego, es el determinar cuál debe ser el papel que desempeñe la moral en el derecho privado.⁷⁵⁴

El debate se encontraba parcializado en dos bandos. De un lado, los juristas de ideas iusnaturalistas y del otro aquellos de ideas positivistas. Las escuelas que sostienen la tesis de la existencia del derecho natural argumentan que resulta algo inmoral el imponer a un individuo el pago de unos daños sin que se entre a discutir sobre su estado mental subjetivo al momento de cometer los actos. La inmoralidad estriba en que se puede estar sancionando a alguien que no tuvo ninguna intención de cometer mal alguno, esto impondría un castigo a quien no ha cometido ninguna falta moral. Entendían los iusnaturalistas que para

⁷⁵⁴ Horwitz Morton J., ed., 'Holmes in American Legal Thought', según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 35-39.

evitar esa injusticia el derecho debería entrar a considerar los aspectos subjetivos de quien causa daños.⁷⁵⁵

En cuanto a los positivistas, quienes en lo Estados Unidos llevaban la batuta en el movimiento a favor de la Codificación.⁷⁵⁶ En el aspecto teórico, los juristas positivistas, al fundamentar sus teorías en el principio de la utilidad, entendían que no existía nada malo en imponer sanciones a alguien que no hubiese cometido faltas morales, siempre y cuando esto se hiciera en beneficio de la mayoría de la sociedad. Esto es, ante una posible injusticia moral cometida contra un individuo se sobreponía el bienestar general de la sociedad. Al fin y al cabo, el bienestar general de la sociedad requería del respeto y el cumplimiento de las leyes establecidas por el soberano. Sin embargo, este tipo de argumento tampoco estaba de acuerdo con las ideas jurídico-filosóficas de Oliver Wendell Holmes, Jr., quien tampoco visualizaba el Derecho como el mandato del soberano.⁷⁵⁷

El rechazo que presenta Oliver Wendell Holmes, Jr. a la teoría de Austin, en cuanto reduce el derecho a la voluntad del soberano, estaba fundamentado en la función del Juez dentro del sistema del “Common Law” y en la institución de los jurados. Para Oliver Wendell Holmes, Jr. la función tanto de jueces, como de jurados incluía la de transformar los estándares de conducta comunitarios en normas de Derecho. Dicho de otra manera, jueces y jurados tenían la función de incorporar al cuerpo

⁷⁵⁵ Horwitz Morton J., ed., ‘Holmes in American Legal Thought’, según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 32.

⁷⁵⁶ Horwitz Morton J., ed., ‘Holmes in American Legal Thought’, según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 39.

⁷⁵⁷ Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 185; Novick, Sheldon 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, p. 42.

legal aquello que la comunidad entendía que debería ser obligatorio, así pues, la comunidad se convertía en fuente de Derecho. Para Oliver Wendell Holmes, Jr., la visión de Austin sobre el Derecho como la voluntad del soberano, resultaba ser una definición incompleta, ya que las normas jurisprudenciales, otorgaban fuerza de ley a los valores comunitarios. De hecho, una vez establecidas las normas, a través de la jurisprudencia, estas decisiones de jueces y jurados tienen carácter obligatoriedad para con los ciudadanos, esto es, el mismo carácter de obligatoriedad que tienen las normas dictadas por la legislatura, las cuales fueron dictadas por la autoridad soberana propiamente dicha.⁷⁵⁸

Debemos aclarar además, que Holmes nunca estuvo de acuerdo con el principio de utilidad de los positivistas, su darwinismo social lo lleva a percibir como una falacia la idea del bienestar general, ya que dicho bienestar, sea cual fuere, sólo podrá ser el bienestar de alguno de los diferentes grupos que compiten por sobrevivir en la sociedad.⁷⁵⁹ El favorecer cualquier definición de bienestar general, no es otra cosa que entrar a favorecer un grupo social sobre otro en la batalla por la supervivencia.

Este debate entre iusnaturalistas y positivistas se hacía más intenso debido al momento histórico que vivían los Estados Unidos. La nación norteamericana se encontraba viviendo una época de gran desarrollo económico y para favorecer dicho desarrollo, muchos jueces utilizaban su posición en el sistema judicial para adelantar sus visiones económicas, por medio de sus decisiones judiciales. Los juristas de corte iusnaturalista, utilizaban el argumento de exigir la determinación de la

⁷⁵⁸ Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 185.

⁷⁵⁹ Novick, Sheldon 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, p. 41

responsabilidad moral subjetiva previo a la imposición de responsabilidad, esto con el propósito de entorpecer el uso del derecho privado para adelantar posturas de redistribución social de la riqueza. Mientras que los juristas de corte positivista no tendrían objeciones a una re-distribución de la riqueza mediante la imposición objetiva de responsabilidad, siempre bajo el postulado utilitarista, de que el perjuicio de los afectados redunde en beneficio de la mayoría social.⁷⁶⁰

Oliver Wendell Holmes, Jr. se encontraba frente a un serio dilema. Por un lado, rechazaba la idea de que el derecho común entrara a considerar los criterios subjetivos (internos), como un paso necesario, previo a la adjudicación de responsabilidad. Estaba claro del peligro que representaba el subjetivismo, pues este implica la posibilidad de que el derecho común fuera utilizado impunemente por los jueces para adelantar sus visiones particulares. Por otro lado, temía que el sostener tan sólo criterios objetivos externos permitiera el adelanto de visiones económicas que en muchos casos, como en el tema de la re-distribución de las riquezas, le resultaban amenazantes.⁷⁶¹

Ante el dilema señalado, Oliver Wendell Holmes, Jr. nos presenta como alternativa, con su teoría de la adjudicación de responsabilidad basada en criterios objetivos, una especie de punto medio. Bajo la teoría de los criterios objetivos, para que se imponga responsabilidad por daños que

⁷⁶⁰ Horwitz Morton J., ed., 'Holmes in American Legal Thought', según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 34-35.

⁷⁶¹ Cabe señalar que autores como Benjamin Kaplan, señalan que si bien Oliver Wendell Holmes, Jr. desconfiaba de la falacia de entender el sistema de Derecho como uno de naturaleza estrictamente lógica, basada en silogismos, no llegaba al extremo de rechazar el derecho escrito como un mero subterfugio de los jueces para aplicar sus propios intereses otorgándole así al derecho un carácter de total incertidumbre, tal como luego harían algunos pensadores del realismo jurídico, pues Holmes, Jr. creía en las reglas y en la doctrina del precedente para decidir casos similares. Véase a Kaplan, Benjamin, 'Encounters with Oliver Wendell Holmes, Jr.' según aparecen en *Holmes and the Common Law a Century Later: The Holmes Lectures, 1981*, Occasional Pamphlet Number Ten, Harvard Law School, Cambridge, Mass., 1983, p. 10-12.

surgen como resultado de los actos de una persona, dicha persona debió haber podido prever los resultados de sus actos. Oliver Wendell Holmes, Jr. resume su teoría de la siguiente manera:

*. . . the law presumes or requires a man to possess ordinary capacity to avoid harming his neighbors, unless a clear and manifest incapacity be shown; but that, on the other, it does not in general hold him liable for unintentional injury, unless, possessing such capacity, he might and ought to have foreseen the danger, or in other words, unless a man of ordinary intelligence and forethought would have been to blame for acting as he did.*⁷⁶²

La previsibilidad o no de las consecuencias de los actos ocuparía el lugar del análisis subjetivo tan necesario para los iusnaturalistas, la aplicabilidad de la ley por igual a todos, satisfacerla los intereses de los positivistas. La palabra clara es “previsibilidad” gracias a ella, espera Oliver Wendell Holmes, Jr., satisfacer las exigencias de los iusnaturalistas en cuanto a la necesidad del análisis subjetivo y asuntos como la intención del autor pasarían a un segundo plano.

*“. . . intent was found to be made up of foresight of the harm as a consequence, coupled with a desire to bring it about, the latter being conceived as the motive for the act in question. Of these, again foresight only seemed material.”*⁷⁶³

⁷⁶² Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881, reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 171.

⁷⁶³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881, reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 181.

Al igual que en el caso explicado anteriormente, sobre la responsabilidad criminal, también la responsabilidad civil dependerá de un criterio comunitario, pues la previsibilidad será evaluada, no a partir de la opinión del actor, sino a partir de un criterio de razonabilidad establecido por la sociedad. Esta intervención comunitaria en la creación del Derecho venía a satisfacer las inquietudes de Oliver Wendell Holmes, Jr. para con los positivistas, quienes pretendían reducir el derecho el a la voluntad del soberano.⁷⁶⁴

Sin embargo, hay que aclarar que a pesar de su esfuerzo para establecer un criterio objetivo externo, alejado de consideraciones morales y por ende subjetivas, cuando un tribunal adjudica tomando en consideración asuntos como la previsibilidad de la ocurrencia del daño, en cierta manera se está explorando el estado mental del individuo.⁷⁶⁵ En otras palabras, este criterio, más que eliminar totalmente el aspecto subjetivo del derecho común, lo que hace es poner el énfasis sobre la importancia de que los criterios utilizados para imponer responsabilidad sean legitimados por la sociedad misma.⁷⁶⁶ Para algunos juristas, esta legitimación de los criterios por la comunidad será un primer paso para el futuro desarrollo de las ideas que se llegaron a conocer con el nombre de pragmatismo jurídico norteamericano.⁷⁶⁷

La publicación de su libro *The Common Law*, vino acompañada de un gran reconocimiento en las esferas académico-jurídicas. Oliver Wendell

⁷⁶⁴ Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 185.

⁷⁶⁵ Rosenberg, David, *The Hidden Holmes: His theory of torts in history*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995, p. 98-123

⁷⁶⁶ Kellogg, Frederic R., *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy*, Greenwood Press, Connecticut, 1984, p. 43.

⁷⁶⁷ Para un análisis detallado del desarrollo del pragmatismo jurídico en los Estados Unidos y la contribución a esta escuela de pensamiento que realizara el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., como un precursor del realismo jurídico norteamericano puede verse a Alberstein, Michal, *Pragmatism and Law: from philosophy to dispute resolution*, Ashgate, Vermont, 2002, p. 40-78, 82-84, 88-91 y 96-100.

Holmes, Jr. vio así realizado su proyecto de haber contribuido con una aportación significativa al mundo del Derecho antes de cumplir los cuarenta años, pues el libro salió a la venta unos 5 días antes de su onomástico.⁷⁶⁸ Como resultado de la notoriedad alcanzada a raíz de las conferencias ofrecidas para el Instituto Lowell y la publicación de su libro, Oliver Wendell Holmes, Jr. recibió una oferta que le permitiría consagrarse de lleno al trabajo académico como profesor de Derecho en a tiempo completo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Como señaláramos anteriormente, Oliver Wendell Holmes, Jr. no llegó a cumplir un semestre completo como profesor de Derecho cuando fue nombrado Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts, para diciembre de 1882.

Cabe señalar que durante la primavera de 1882, Oliver Wendell Holmes, Jr., trabajó en tres artículos el primero de ellos titulado “Early English Equity”,⁷⁶⁹ y dos artículos en Agency (Agency I⁷⁷⁰ y Agency II⁷⁷¹), esto artículos sin embargo no presentan ningún tipo de interés en relación al desarrollo de las ideas de Holmes, Jr., pues son meramente una aplicación de las ideas presentadas en “The Common Law”. De hecho, podríamos afirmar que el próximo trabajo de importancia teórica de

⁷⁶⁸ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 159.

⁷⁶⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Early English Equity’, publicado originalmente en el *Law Quaterley Review* 1:162 (1885) reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 327-338.

⁷⁷⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Agency I’, publicado originalmente en el *Harvard Law Review* 4:345 (1891) reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 340-355.

⁷⁷¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Agency II’, publicado originalmente en el *Harvard Law Review* 5:1 (1891) reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 355-371.

Oliver Wendell Holmes, Jr., saldrá a luz pública casi 12 años después de haber sido nombrado Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts.

El trabajo como Juez no logró apagar su interés por la teoría del Derecho y en esta etapa profesional publica cuatro artículos, que a nuestro juicio, son lecturas necesarias para entender el desarrollo de las ideas de Oliver Wendell Holmes, Jr. en cuanto al Derecho y relación con la sociedad. Los artículos a los que me refiero son los siguientes: Privilege, Malice and Intent (1894),⁷⁷² The Path of Law (1897),⁷⁷³ Law in Science and Science in Law (1899),⁷⁷⁴ Ideals and Doubts (1915)⁷⁷⁵ y Natural Law (1918)⁷⁷⁶

⁷⁷² Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'Privilege, Malice and Intent', publicado originalmente en el Harvard Law Review 8:1 (1894) y reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 371-380.

⁷⁷³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law', publicado originalmente en el Harvard Law Review 10:457 (1897) y reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 391-406.

⁷⁷⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'Law in Science and Science in Law', publicado originalmente en el Harvard Law Review 12:443 (1899) y reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 406-.

⁷⁷⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'Ideals and Doubts', publicado originalmente en el Illinois Law Review, 10:1 (1915) y reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 442-444.

⁷⁷⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'Natural Law', publicado originalmente en el Harvard Law Review 32:40 (1918) y reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p.445-448.

**6.3 TRABAJOS ACADÉMICOS PUBLICADOS MIENTRAS TRABAJABA COMO JUEZ
ASOCIADO EN EL TRIBUNAL SUPREMO DE MASSACHUSETTS. (DICIEMBRE DE 1882 -
DICIEMBRE DE 1902)**

Una vez nombrado Juez Asociado del Tribunal Supremo de Massachusetts, Oliver Wendell Holmes, Jr. tuvo que adaptarse a la vida y tareas correspondientes a un Juez del más alto Tribunal, las nuevas obligaciones asumidas motivaron un alejamiento del mundo académico que duró hasta el año 1894, cuando sale a la luz pública su primer artículo académico desde su nombramiento. Como cuestión de hecho, Oliver Wendell Holmes, Jr. solamente escribirá apenas tres artículos de relevancia durante los veinte años en que ocupó esa silla. El primero de esos artículos se tituló “Privilege, Malice and Intent” y fue publicado originalmente en el año de 1894 en el Harvard Law Review.

6.3.1. “PRIVILEGE, MALICE AND INTENT” (1894)

En el escrito “Privilege, Malice and Intent”⁷⁷⁷ Oliver Wendell Holmes, Jr., otorgará un nuevo giro de tuerca a su teoría de sobre los criterios externos para adjudicar responsabilidad, al entrar a discutir dos situaciones particulares del derecho civil. La primera situación se refiere aquellos casos en los que, como producto de política pública, el derecho reconoce que el demandado tuvo una justa causa para actuar como lo hizo, aunque su acción ocasionara daños al demandante. En estos casos se dice que la conducta del demandante estaba protegida por un privilegio. Ahora bien, esta defensa de poseer un privilegio para haber

⁷⁷⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Privilege, Malice and Intent*, 8 Harvard Law Review 1 (1894).

ocasionado un daño, puede ser derrotada en caso de probarse que el demandado actuó con malicia.⁷⁷⁸

La segunda de estas situaciones se refiere a aquellas donde un tercero a intervenido entre los actos realizados por el demandado y los daños sufridos por el demandante. En estos casos, si la conducta del tercero interventor fue una conducta legal, el asunto de la responsabilidad del demandado se reduce a un asunto de previsibilidad, esto es, a si el demandado podía razonablemente predecir que el tercero actuaría de la manera en que lo hizo. Ahora bien, en el caso de que los actos cometidos por el tercero fuesen ilegales, para imponer responsabilidad al demandado habría que establecer éste tenía la intención de que el tercero actuara como lo hizo o que la intención del demandado estuviese dirigida a que se materializaran las consecuencias de dicho acto ilegal del tercero.⁷⁷⁹

Podemos apreciar como en las situaciones donde hay que probar la malicia o en aquellas en las que hay que probar la intención, los tribunales estarían entrando en asuntos de naturaleza subjetiva, al tener que evaluar la manera en pensaba el demandado en relación a los actos que ocasionaron los daños. Este tipo de análisis subjetivo parecería estar contrapuesto a la teoría de los criterios externos expuesta por Oliver Wendell Holmes, Jr. en “The Common Law” por lo que en el presente artículo tratará de confrontar esas situaciones.

⁷⁷⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Privilege, Malice and Intent’ publicado originalmente en 8 Harvard Law Review 1 (1894) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 372.

⁷⁷⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Privilege, Malice and Intent’, publicado originalmente en 8 Harvard Law Review 1 (1894) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 379.

Vemos nuevamente como el tema de la teoría de criterios externos para establecer la responsabilidad extracontractual, ocupa el pensamiento académico de Oliver Wendell Holmes, Jr. De hecho, el artículo comienza resumiendo su teoría, enfatizando como en las situaciones ordinarias, el uso de las palabras malicia, intención y negligencia se refieren al uso de criterios externos:

When it is shown that the defendant's act has had temporal damage to the plaintiff for its consequence, the next question is whether that consequence was one which the defendant might have foreseen. If common experience has shown that some such consequence was likely to follow the act under the circumstances known to the actor, he is taken to have acted with notice, and is held liable . . . The standard applied is external, and the words malice, intent and negligence, as used in this connection, refer to an eternal standard. If the manifest probability of harm is very great, and the harm follows, we say that it is done maliciously or intentionally; if not so great but still considerable, we say that the harm is done negligently; if there is no apparent danger, we call it mischance.

Furthermore, so far as liability for an act depends upon its probable consequences without more, the liability usually is not affected by the degree of the probability if it is sufficient to give the defendant reasonable warning. In other words, for this purpose commonly it does not matter whether the act is called malicious or negligent.⁷⁸⁰

De esta manera Oliver Wendell Holmes, Jr. sostiene la utilidad de su teoría de criterios externos para la generalidad de los casos. Y más adelante señala, que aún en aquellos casos particulares donde la determinación de malicia resulta necesaria para derrotar la alegación de

⁷⁸⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'Privilege, Malice and Intent' publicado originalmente en 8 Harvard Law Review 1 (1894) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 371-372.

un privilegio, este análisis es un paso posterior al haber determinado la responsabilidad, determinación que se hace utilizando su teoría de criterios externos.⁷⁸¹

Una vez sostenida la aplicabilidad de su teoría de criterios externos, Oliver Wendell Holmes, Jr. pasa a analizar varias situaciones, donde ya bien se presenta la necesidad de determinar la existencia de malicia real (actual malice) para derrotar un reclamo de privilegio por parte del demandado; o donde se entra a hacer determinaciones sobre la intención del demandado para determinar si es responsable por los actos ilegales de un tercero. Resulta interesante el señalar que Oliver Wendell Holmes, Jr. pudo extender la validez de su teoría aún para estas situaciones particulares, pues al fin y al cabo, los jueces podrían basar sus determinaciones en cuanto a malicia e intención a partir de criterios externos. Sin embargo, Oliver Wendell Holmes, Jr. toma otro camino al señalar, que ese tipo de determinación es un asunto de aplicación de política pública.

A modo de ejemplo analizaremos los primeros dos casos de los que menciona su escrito. Nos referimos a dos casos que para esta época fueron resueltos por los tribunales ingleses, y si bien no podemos estar seguros de que fueron estas decisiones las que motivaron al Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. a regresar al mundo del debate académico, al menos podemos afirmar que llamaron la atención del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., al punto de mencionarlos en su escrito. Estos casos son *Mogul Steamship Co. Ltd. v. McGregor*, 23 Q.B. 598 (1892) y *Temperton v.*

⁷⁸¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'Privilege, Malice and Intent' publicado originalmente en 8 Harvard Law Review 1 (1894) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 372.

Russell, 1 Q.B. 715 (1893).⁷⁸² Oliver Wendell Holmes, Jr. nos presenta estos casos como ejemplos de dos decisiones opuestas entre sí, que demuestran de una parte, la necesidad de una teoría unificadora, y de otra parte, que la función del juez en cuanto la determinación de malicia e intención se reduce a la aplicación de política pública.

En el caso de *Mogul Steamship Co. Ltd. v. McGregor*, 23 Q.B. 598 (1892) se establece la legalidad de empresarios se pongan de acuerdo y se unan para ofrecer tarifas y ofertas por debajo del margen de ganancia, para impedir que el demandante se convirtiese en un competidor. El caso permitía además, que se amenazara con el despido a los agentes que entraran en tratos comerciales con el demandante. Sin embargo, el segundo de los casos, *Temperton v. Russell*, 1 Q.B. 715 (1893), hacía ilegal el que los oficiales de una unión le indicaran a sus miembros que se negaran a efectuar trabajos con quienes suplieran bienes al demandante, ya que éste último sólo hacía negocios con compañía no unionadas.

Los tribunales ingleses trataron de justificar la diferencia señalando que el primer caso se trata de un asunto estrictamente comercial, donde un grupo se asocia para tener una ventaja competitiva, mientras que en el otro caso era un asunto malicioso que sólo pretendía causar daño económico al demandante. Sin embargo, al analizar los casos el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. no encuentra ninguna razón válida para justificar dos decisiones distintas para unos hechos tan similares.

The defendants meant to benefit themselves by making the plaintiff submit, just as, in the other case, the

⁷⁸² G. Edward White es de la opinión que la inconsistencia entre estos dos casos fue lo que motivó el que Oliver Wendell Holmes, Jr. escribiera su artículo de "Privilege, Malice and Intent". White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 215.

defendants meant to benefit themselves by driving the plaintiff away.

(. . .)

The ground for the decision really comes down to a proposition of policy of rather a delicate nature concerning the merit of the particular benefit to themselves intended by the defendants, and suggests a doubt whether judges with different economic sympathies might not decide such a case differently when brought face to face with the issue.⁷⁸³

Vemos como para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., esta es una decisión de política pública (policy). Los casos mencionados no hacen otra cosa que reflejar las preferencias económicas de los jueces que los resolvieron. Es decir, del resultado de los casos se puede entender que los jueces que los decidieron favorecían la existencia de un sistema económico de libre competencia, pero no veían con buenos ojos la participación de las uniones en el sistema. Muy probablemente otros jueces, con otras preferencias en materia económica, hubiesen resuelto los casos de distinta manera.

Oliver Wendell Holmes, Jr., aprovecha la oportunidad para discutir lo que sería importante al realizar una determinación de política pública.

But whether, and how far, a privilege shall be allowed is a question of policy. Questions of policy are legislative questions, and judges are shy of reasoning from such grounds.

When the question of policy is faced it will be seen to be one which cannot be answered by generalities, but must be determined by the particular character of the

⁷⁸³ Holmes Jr., Oliver Wendell, 'Privilege, Malice and Intent', publicado originalmente en 8 Harvard Law Review 1 (1894) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 376.

*case, even if everybody agrees what the answer should be. . . plainly the worth of the result, or the gain from allowing the act to be done, has to be compared with the loss it inflicts. Therefore the conclusion will vary, and will depend on different reasons according to the nature of the affair.*⁷⁸⁴

Podemos apreciar como para Oliver Wendell Holmes, Jr. la determinación de un privilegio es un asunto de política pública y estos asuntos usualmente recaen en la legislatura. De lo anterior se desprende, que para Oliver Wendell Holmes, Jr. el que los jueces estén tomando decisiones de política pública, resulta ser algo inusual. Ante esta realidad es que Oliver Wendell Holmes, Jr. nos presenta su visión de cual debe ser la forma en que los jueces tomen estas decisiones de política pública. Entiende el Juez Holmes, Jr. que los jueces deberán sopesar el beneficio social de permitir que el acto cuestionado se realice, versus el daño que dicho acto puede ocasionar a la sociedad.

Estas ideas sobre la manera en que los jueces deben evaluar los asuntos donde esta envuelta la política pública, es tal vez la mayor aportación de Oliver Wendell Holmes, Jr. en su ensayo. No solo nos presenta elementos importantes para entender su visión del derecho y en particular de cual debe ser la función de los jueces, sino que el Juez Holmes, Jr., nos ofrece un esquema de análisis jurídico concreto para tomar decisiones. Un análisis que resultaba novel para época, al punto que para Morton J. Horwitz, quien ocupa la cátedra de “Charles Warren Profesor” de Historia del Derecho Americano en la Universidad de Harvard, se trata de un evento que puede marcar el comienzo de la modernidad en la historia del pensamiento jurídico norteamericano. En palabras del Profesor Horwitz:

⁷⁸⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Privilege, Malice and Intent*, publicado originalmente en 8 Harvard Law Review 1 (1894) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 373.

*Above all, it is the first time, I believe, that a fully articulated balancing test has entered American legal history. Because of this development, perhaps it is the moment we should identify as the beginning of modernism in American legal thought.*⁷⁸⁵

No conforme con indicar la manera en que deben tomarse las decisiones que impliquen política pública, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. nos indica que el análisis de los jueces debe quedar plasmado en el texto de la decisión.

*It seems to me desirable that the work should be done with express recognition of its nature. The time has gone by when law is only an unconscious embodiment of the common will. It has become a conscious reaction upon itself of organized society knowingly seeking to determine its own destinies.*⁷⁸⁶

Como vemos, para Oliver Wendell Holmes, Jr., la necesidad de que los jueces hagan patente el carácter de política pública envuelto en sus decisiones, es algo más que una preferencia personal. Entiende el Juez Holmes, Jr. que al tomar decisiones de política pública, y exponer el análisis de los beneficios sociales realizado para tomar dichas decisiones, los jueces estarán aportando al desarrollo de una sociedad organizada que pretende tomar a conciencia las decisiones referentes a su destino.

Con este escrito de “Privilege, Malice and Intent”, Oliver Wendell Holmes, Jr. abandona el campo estrictamente académico del análisis del derecho positivo. Sus próximos escritos relevantes estarán relacionados a aspectos sociológicos y filosóficos del Derecho.

⁷⁸⁵ Horwitz Morton J., Holmes in American Legal Thought’, según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 56-57.

⁷⁸⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Privilege, Malice and Intent’, publicado originalmente en 8 Harvard Law Review 1 (1894) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 377.

6.3.2 THE PATH OF THE LAW (1897)

“The Path of Law”⁷⁸⁷ no se trata de un minucioso trabajo académico, cargado de citas jurídicas y de análisis histórico, como aquellos a los que ya nos tenía acostumbrado el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., sino que se trata tan solo de una conferencia que ofreciera como orador invitado a la inauguración de una sala en la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston, el 8 de enero de 1897. El escrito resulta ser el último de los trabajos no judiciales de importancia preparado por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. antes de que fuera nombrado al Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América.

Al momento de pronunciar esta ponencia el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. contaba con 56 años y habían pasado unos 3 años de haber escrito “Privilege, Malice and Intent”. Resulta importante señalar que aunque el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. continuará trabajando en la judicatura por casi cuatro décadas, esta conferencia resultó ser su último esfuerzo por presentar sus ideas acerca del derecho común de manera de forma ordenada, de ahí emana la importancia que reviste analizar este escrito.

Podemos afirmar que “The Path of Law” es el escrito que redondea la visión final del juez Holmes sobre el Derecho, visión que se verá reflejada en su trabajo como Juez Presidente del Tribunal Supremo de Massachusetts, posición que ocupará dos años más tarde, y como Juez

⁷⁸⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Path of Law*, 10 Harvard Law Review 457 (1897).

Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos por casi treinta años. Se ha mencionado que “The Path of Law” es el análisis legal que mueve a los juristas norteamericanos al siglo XX, pues marca el momento histórico en que se deja de ver al Derecho como un campo del saber independiente de los aspectos políticos, sociales y económicos.⁷⁸⁸ Es a partir de la aparición de este escrito que el movimiento conocido como el realismo jurídico norteamericano marcará el camino que seguirán los teóricos norteamericanos en el siglo XX.

En “The Path of Law” el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. logra replantearse temas que fueron comunes a sus anteriores obras teóricas, tales como la falacia de ver el análisis lógico como la forma adecuada de estudiar el Derecho, y el rol de la historia en el estudio del Derecho. De otra parte, el escrito también recoge temas que si bien aparecieron anteriormente en su obra, no tuvieron un papel protagónico. Entre esos temas se encuentran, la naturaleza del Derecho, la relación entre moral y Derecho y la función de los jueces en el sistema de derecho común. Veamos de cerca la manera en que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. trabaja los temas señalados.

6.3.2.1. THE PATH OF LAW Y LA NATURALEZA DEL DERECHO: TEORÍA DE LA PREDICCIÓN

En cuanto a la naturaleza del derecho, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. nos propone una definición desde la perspectiva de la práctica del Derecho. El Juez Holmes, Jr. se pregunta sobre que es aquello que

⁷⁸⁸ Horwitz, Morton J., “The Place of Justice Holmes in American Legal Thought”, Gordon, Robert W., Ed., *The Legacy of Oliver Wendell Holmes*, Stanford University Press, California, 1992, p. 69.

estudiamos cuando estudiamos Derecho, y para contestarnos establece lo que podríamos llamar su teoría de la predicción.

*When we study law we are not studying a mystery but a well known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court. (. . .) The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.*⁷⁸⁹

*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*⁷⁹⁰

Bajo esta perspectiva práctica, el Derecho no es otra cosa que una predicción de la manera en la que actuarán los tribunales. Así lo visualiza la gente común cuando tiene la necesidad de ir a un tribunal, así lo ven los abogados que preparan sus argumentos o asesoran a sus clientes. Oliver Wendell Holmes, Jr. rechaza así otros elementos que han formado parte integral de las distintas definiciones del Derecho a través del tiempo elementos tales como el contenido moral de las normas jurídicas y su estructura lógica.

6.3.2.2 THE PATH OF LAW Y LA NATURALEZA DEL DERECHO: LOS LÍMITES DE LA LÓGICA.

⁷⁸⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 391.

⁷⁹⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 393.

Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., el Derecho, si bien se organiza mediante una estructura lógica, es un fenómeno que va mucho más allá del análisis lógico, ya sea éste de índole deductivo o inductivo. El Juez Holmes, Jr. entiende que por encima de toda consideración lógica, se encuentra el interés práctico que tienen los profesionales del derecho y sus clientes, de poder predecir la forma en que actuarán los Tribunales.

Ahora bien, cabe señalar que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. reconoce el papel del análisis lógico dentro del campo jurídico, no se trata de negar una realidad patente, sino de entender sus limitaciones:

The training of lawyers is a training in logic. The processes of analogy, discrimination, and deduction are those in which they are most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment . . . You can give any conclusion a logical form.⁷⁹¹

Podemos apreciar como a pesar de la importancia de la lógica dentro del campo del Derecho, ese interés práctico de abogados y ciudadanos de poder predecir como actuarán los tribunales, no puede satisfacerse a través de la lógica. Como bien señala el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. cualquier conclusión a la llegue un juez estará revestida de un lenguaje lógico, sin embargo, lo importante es el poder predecir como actuará el Tribunal, no el justificar una decisión racionalmente.

⁷⁹¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 397.

Dicho de otra manera, bajo la teoría de la predicción el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. definió lo que es el Derecho, como las profecías sobre la manera en que actuarán los tribunales, y para efectuar esta predicción es muy poco lo que nos puede aportar la lógica. Ante la pregunta de porque los jueces deciden de una manera o de otra, por ejemplo porque implicó unas condiciones particulares dentro de un contrato, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. trata de contestarla de la siguiente manera:

*It is because of some belief as to the practice of the community or of a class, or because of some opinion as to policy, or, in short, because of some attitude of yours upon a matter not capable of exact quantitative measurement, and therefore not capable of founding exact logical conclusions. Such matters really are battle grounds where the means do not exist for determinations that shall be good for all time, and where the decision can do no more than embody the preference of a given body in a given time and place.*⁷⁹²

Vemos como el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. entiende que la razón por la que los jueces deciden no esta en la lógica sino en las preferencias de cada juez, preferencias que pueden estar enmarcadas en las prácticas comunitarias o en una visión de clase sobre la política a aplicarse, o en cualquier otra cosa. Esto nos explica porque ninguna decisión puede ser válida en todo tiempo o lugar, por el contrario el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. que el valor de esas decisiones, que no están sujetas a conclusiones de certeza matemática, variarán en distintos tiempos y lugares.⁷⁹³

⁷⁹² Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 397 .

⁷⁹³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected*

6.3.2.3 THE PATH OF LAW Y LA NATURALEZA DEL DERECHO – LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL.

La relación entre Derecho y Moral es otro de los asuntos de importancia que se discuten en “The Path of Law”. En este momento de su vida, después de casi 15 años como Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. separa ambos conceptos de manera rotunda. De hecho, el Profesor Horwitz piensa que debido a la insistencia en establecer una separación tajante entre moral y Derecho, “The Path” of Law” se convierte en el primer trabajo de naturaleza positivista escrito por un jurista norteamericano.⁷⁹⁴

Cabe aclarar que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. reconoce la relación directa que ha existido a través del tiempo entre el Derecho y la moral, y la manera en que esta última ha influenciado las normas jurídicas y la manera en que entendemos y aplicamos dichas normas. Al hablarnos de esta relación entre el Derecho y la moral, el Juez Holmes, Jr. nos señala:

*The law is the witness and external deposit of our moral life. Its history is the history of the moral development of the race. The practice of it, in spite of popular jests, tends to make good citizens and good men.*⁷⁹⁵

Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 397.

⁷⁹⁴ “The Path of Law” marks the first clear articulation of legal positivism-That is, an insistence no a sharp distinction between law and morals-by any American legal thinker.” Horwitz, Morton J., ”The Place of Justice Holmes in American Legal Thought”, Gordon, Robert W., Ed., *The Legacy of Oliver Wendell Holmes*, Stanford University Press, California, 1992, p. 67-68.

⁷⁹⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Path of Law’ reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 392.

Sin embargo, y pesar de esta relación tan estrecha entre Derecho y Moral el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. esta claro en que es necesario separar ambos asuntos para aspirar a un entender de manera cabal los límites del Derecho. Para demostrar su punto procede a presentar al lector una serie de ejemplos sobre la manera en que el Derecho y la moral se confunden constantemente en la práctica de la profesión legal. Los ejemplos que presenta cubren áreas que había trabajado anteriormente, como el derecho contractual, o el uso de los términos de malicia, intensión y negligencia en el campo civil extracontractual. Luego de presentados los ejemplos, resume su posición de la siguiente manera:

For my own part, I often doubt whether it would not be a gain if every word of moral significance could be banished from the law altogether, and other words adopted which should convey legal ideas uncolored by anything outside the law. We should lose the fossil records of a good deal of history and the majesty got from ethical associations, but by ridding ourselves of an unnecessary confusion we should gain very much in the clearness of our thought.⁷⁹⁶

Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., es un asunto de entender la naturaleza del derecho y ganaríamos mucho en cuanto a la claridad de nuestras ideas, si eliminamos toda la fraseología moral que impregnan los postulados jurídicos y motivan al lector de la norma a utilizar perspectivas morales en asuntos meramente legales.⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 396.

⁷⁹⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 392.

Una vez aclaradas las relaciones que tiene el campo del Derecho con los aspectos lógicos y morales, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. para trabajar la función de los jueces en el Derecho Común.

6.3.2.4 LA FUNCIÓN DE LOS JUECES

La función de los jueces es otro de los aspectos que se discuten como parte de “The Path of Law”. Tal como lo hiciera anteriormente en su escrito, “Privilege, Malice and Intent”, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. percibe como inevitable el que los jueces tengan que tomar decisiones de política pública, esto es, decisiones en las que entren a sopesar los efectos sociales de la posturas que se presentan ante ellos. Si bien era algo que había señalado en “Privilege, Malice and Intent” ahora en el “The Path of Law” lo que antes resultaba ser un señalamiento novel, asume ahora la forma de una crítica directa a los jueces de su época.

I think that the judges themselves have failed adequately to recognize their duty of weighing considerations of social advantage. The duty is inevitable, and the result of the often proclaimed judicial aversion to deal with such considerations is simply to leave the very ground and foundation of judgments inarticulate, and often unconscious, as I have said.⁷⁹⁸

El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. se reafirma en su ideas de la importancia de sopesar los beneficios sociales antes de tomar sus decisiones y que dicho proceso se expuesto claramente en sus decisiones. Esto no implica que el Juez Holmes, Jr. encontrara una fórmula que permita a los jueces tomar decisiones de manera objetiva, sino que lo importante es la establecer la claridad del procedimiento

⁷⁹⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Path of Law’ reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 398.

usado para tomar decisiones. En cuanto a la corrección de dichas decisiones, entendemos que si un mensaje que se desprende claramente de las páginas del “The Path of the Law”, es que no existe una base racional para decidir cuál es la correcta entre dos doctrinas legales que se contraponen.⁷⁹⁹ Ante esa realidad el deber de los jueces es tomar las decisiones y exponer razonamiento utilizado para el beneficio de todos los interesados.

6.3.2.5 METODOLOGÍA PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO

Nos parece que el próximo aspecto de importancia en “The Path of Law” resulta ser el relacionado a la metodología expuesta por Oliver Wendell Holmes, Jr. para el estudio del Derecho. En este escrito redondea las ideas expresadas en textos anteriores sobre el papel de la historia, la filosofía y las ciencias sociales en el estudio del Derecho.

En cuanto al uso de la historia en el estudio del Derecho, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. pasa a redondear las ideas que vino desarrollando desde su artículo “Misunderstandings of the Civil Law” (1871) hasta llegar a “The Common Law” (1881). Durante ese lapso de 10 años el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. fue ajustando su visión del uso de la historia en el estudio del Derecho, desde su posición original en la que el uso de la historia era el centro de su investigación jurídica,⁸⁰⁰ hasta lo expresado en la introducción de “The Common Law” donde señala que

⁷⁹⁹ Horwitz, Morton J., “The Place of Justice Holmes in American Legal Thought”, Gordon, Robert W., Ed., *The Legacy of Oliver Wendell Holmes*, Stanford University Press, California, 1992, p. 67; Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Path of Law’ reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 397.

⁸⁰⁰ Este era el caso de sus artículos “Misunderstandings of the Civil Law” publicado originalmente en *American Law Review* 6:37 y reimpreso en Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Path of Law’ reimpreso en Novick, Sheldon 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, p. 257.

utilizará la historia solo para explicar algún concepto jurídico o interpretar alguna norma.⁸⁰¹

En “The Path of Law” el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. comienza por reconocer la relación entre la historia y el Derecho.

*The rational study of law is still to a large extent the study of history. History must be a part of the study, because without it we cannot know the precise scope of rules which it is our business to know. It is a part of the rational study, because it is the first step toward an enlightened scepticism, that is, that is towards a deliberate reconsideration of the worth of those rules.*⁸⁰²

Vemos como para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. el estudio de la historia es tan solo un primer paso entender la norma y a la misma vez debe ser el primer paso de nuestro escepticismo. Es que el estudio de la historia nos abre las puertas al pasado, a las razones que dieron lugar a que se adoptara la norma que nos ocupa; pero es también el principio de del análisis pues nos permite comparar el contexto en que se originó la norma con el contexto actual, nos permite ver la efectividad que tuvo la aplicación a la norma a la situación que le dio origen y nos permite además comenzar a cuestionarnos su utilidad para el futuro. Esta es la razón por la que el estudio histórico es tan solo un primer paso en el análisis del Derecho, pues para hacer proyecciones futuras, necesitamos criterios adicionales a los que puede aportar el estudio de la historia. Sobre este particular nos señala Oliver Wendell Holmes, Jr.:

⁸⁰¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Common Law’ reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 115.

⁸⁰² Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Path of Law’ reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 399.

*I look forward to a time when the part played by history in the explanation of dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reason for desiring them. (. . .) we are called on to consider and weigh the ends of legislation, the means of attaining them, and the cost.*⁸⁰³

Y para estos menesteres de sopesar los fines de una legislación, los medios de alcanzarlos y los costos que conlleva, hace falta un nuevo abogado.

*For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.*⁸⁰⁴

(. . .)

*As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics.*⁸⁰⁵

El nuevo abogado que sugiere el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. es la persona preparada con los estudios necesarios para poder adaptar las normas jurídicas a las necesidades del mundo moderno. No se trata de memorizar la letra de la ley, ni de convertirse en un perito temas históricos del derecho, el problema es adaptar el derecho a las necesidades actuales y para esto, entiende el Juez Holmes, Jr. que las

⁸⁰³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 402-403.

⁸⁰⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 399.

⁸⁰⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 403.

estadísticas y la economía son estudios esenciales, pues por medio de ellos podemos hacer aproximaciones sobre el costo o beneficio futuro que nos deriva la aplicación de determinada política pública.

Habría que añadir que para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., además de las estadísticas y la economía existe otra área de estudio que resulta necesaria para los abogados, veamos:

There is another study which sometimes is undervalued by the practical minded, . . . I mean the study of what is called jurisprudence. Jurisprudence, as I look at it, is simply law in its most generalized part. Every effort to reduce a case to a rule is an effort of jurisprudence, . . . One mark of a great lawyer is that he sees the application of the broadest rules. . . . If a man goes into law it pays to be a master of it, and to be master of it means to look straight through all the dramatic incidents and to discern the true basis for prophecy.⁸⁰⁶

El estudio de la jurisprudencia, a juicio de Oliver Wendell Holmes, Jr., es al otra materia en que necesitan prepararse los abogados. Será el estudio de la Jurisprudencia la que ofrecerá al abogado la capacidad de poder sintetizar grandes cantidades de información en una regla general, abarcadora que tenga aplicación a la gran mayoría de las situaciones, la capacidad de poder discernir de entre todos los hechos del caso, aquellos que resultan relevantes para su argumentación. Para Oliver Wendell Holmes, Jr. el abogado del futuro es pues, un jurisperito con vastos conocimientos de estadísticas y economía.

Finalizaremos, estos comentarios a la obra “The Path of Law” con una cita, en la que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., toma cada una de las

⁸⁰⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Path of Law’ reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 403.

ideas discutidas anteriormente sobre la metodología para el estudio del Derecho y las presenta de forma integrada.

The way to gain a liberal view of your subject is not to read something else, but to get to the bottom of the subject itself. The means of doing that are, in the first place, to follow the existing body of dogma into its highest generalizations by the help of jurisprudence; next, to discover from history how it has come to be what it is; and, finally, so far as you can, to consider the ends which the several rules seek to accomplish, the reasons why those ends are desired, what is given up to gain them, and whether they are worth the price.⁸⁰⁷

Como vemos la cita resume las ideas presentadas, al proponernos paso por paso el camino a seguir al estudiar un texto legal. Se puede afirmar que el desarrollo de la visión filosófico-jurídica del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., llegó a su culminación en su escrito de “Privilege, Malice and Intent”, y que la función de “The Path of Law”, es la de organizar dichas ideas y presentarlas de forma clara y coherente.⁸⁰⁸ “The Path of Law” resulta ser además el último escrito académico realizado por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. antes de ser nombrado Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

6.4 TRABAJOS ACADÉMICOS PUBLICADOS MIENTRAS TRABAJABA COMO JUEZ ASOCIADO EN EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS. (DICIEMBRE DE 1902-ENERO DE 1932)

⁸⁰⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Path of Law’ reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 404.

⁸⁰⁸ Novick, Sheldon 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, p. 54.

Desde la publicación de “The Path of Law” en el mes de enero de 1897 pasarán casi 6 años para que Oliver Wendell Holmes, Jr. se convierta en Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, cargo que asumió el 8 de diciembre de 1902 y del cual se retiró el 11 de enero de 1932. Durante los casi 30 años de servicio en el Tribunal Supremo, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., escribió muy pocos artículos jurídicos. Como mencionáramos anteriormente, en “Privilege, Malice and Intent” sus ideas alcanzaron su madurez. Ya para esa época su trabajo se nutría de unos 15 años de experiencia en la práctica de la profesión legal y unos 11 años de experiencia como Juez en el Tribunal Supremo de Massachusetts.

En su trabajo “The Path of Law” el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. ofreció a sus lectores una exposición coherente de sus ideas. Todos sus escritos posteriores, lo que hacen es exponer nuevamente las ideas ya expresadas. De lo anterior se desprende que las experiencias vividas por Oliver Wendell Holmes, Jr. como parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, no imprimieron cambio alguno en sus ideas.

La mayor parte de los trabajos no judiciales del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en esa época, consistían en discursos ofrecidos en distintas actividades públicas. Entiendo que los trabajos que guardan mayor relación con sus ideas filosófico-jurídicas son “Law in Science and Science in Law” (1899), *Ideals and Doubts* (1915) y *Natural Law* (1918).

6.4.1 “LAW IN SCIENCE AND SCIENCE IN LAW” (1899)

Este escrito⁸⁰⁹ se trata de una ponencia ofrecida por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. a la Asociación de Abogados de Nueva York (New York Bar Association).⁸¹⁰ Su extensión es el resultado, de la gran cantidad de ejemplos utilizados por el autor para probar que el derecho estaría bien servido si incorporara a su haber mayor análisis científico, un tema que ya había trabajado anteriormente en “The Path of Law”.

En “Law in Science and Science in Law”, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. nos presenta una serie de críticas, acompañas de gran cantidad de ejemplos de las veces en que jueces y abogados se apartan de una actitud científica en la práctica del Derecho. Entre las situaciones presentadas por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. se incluyen 1) el uso de la historia y la tradición tal como si fuesen dogmas de fe, 2) la pretensión de reducir principios generales en una serie de fórmulas de fácil aplicación y 3) el uso de jurados por los jueces para evitar tomar decisiones.

En cuanto a su aspiración de un Derecho basado en la ciencia, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. nos señala que el estudio práctico del Derecho también ha de ser científico:

*The true science of law does not consist mainly in a theological working of dogma or a logical development as mathematics, or only in a study of it as an anthropological document from the outside; an even more important part consists in the establishment of its postulates from within upon accurately measured social desires instead of tradition.*⁸¹¹

⁸⁰⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Law and Science and Science in Law*, 12 Harvard Law Review 443 (1899).

⁸¹⁰ Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 326.

⁸¹¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Law and Science and Science in Law’ publicado originalmente en el 12 Harvard Law Review 443 (1899) y reimpresso en Novick, Sheldon

Vemos aquí nuevamente el énfasis impuesto al estudio del derecho como herramienta para construir el derecho futuro de manera que pueda corresponder a los anhelos de la comunidad. Vemos nuevamente la preocupación del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., ya manifestada claramente en “Privilege, Malice and Intent”, de que al tomar sus decisiones, principalmente en los casos complejos donde se dilucidan asuntos de política pública, los jueces deben tener en cuenta los costos y beneficios de sus decisiones para con la sociedad.

Para este trabajo hace falta una especie de hombre de ciencia y abogado que Oliver Wendell Holmes, Jr. describe de la siguiente manera:

*The man of science in the law is not merely a bookworm. To a microscopic eye for detail he must unite an insight which tells him what details are significant. Not every maker of exact investigation counts, but only he who directs the investigation to a crucial point.*⁸¹²

La cita nos muestra el ideal de unir el rigor de la investigación científica con la capacidad de síntesis del perito en jurisprudencia. Ideal que nos había presentado originalmente en “The Path of Law” al hablarnos de las cualidades del abogado del futuro. Puede apreciarse como dicho abogado sería la persona indicada para trabajar los aspectos de política pública que tengan acceso a los tribunales, su capacidad de síntesis, desarrollada en el estudio de la jurisprudencia, le permitiría encontrar los elementos necesarios para la decisión y su capacidad científica le

M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 412-413.

⁸¹² Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Law and Science and Science in Law’ publicado originalmente en el *Harvard Law Review* 12:443 (1899) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p.412.

permitiría, cuantificar en lo posible, los beneficios y costos en que se incurrirá al tratar de satisfacer los deseos de la sociedad.

6.4.2 "IDEALS AND DOUBTS (1915)

Este escrito es uno muy breve donde el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. expone, de manera muy sucinta, su visión del ser humano y el mundo, y a partir de ellas nos habla nuevamente sobre la manera de construir el Derecho del futuro.⁸¹³ El escrito nos presenta como para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., las verdades últimas y universales son inalcanzables para nosotros los humanos y el valor de nuestras opiniones es tan valioso, como pueden serlo las opiniones de nuestros vecinos.⁸¹⁴ En vista de ninguno pude invocar una verdad absoluta, al momento decidir entre posiciones encontradas que se presentan en una contienda judicial, debemos acudir a la ciencia, esto es, al análisis cuantitativo de costos y beneficios.

En este escrito el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., expresa sus objeciones al papel que desempeñan los sistemas morales y sus pretensiones de ofrecer valores absolutos.

Our system of morality is a body of imperfect social generalizations expressed in terms of emotion. To get at its truth, it is useful to omit emotion and ask ourselves what those generalizations are and how far they are confirmed by fact accurately ascertained. So in regard

⁸¹³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'Ideals and Doubts' publicado originalmente en Illinois Law Review 10:1 (1915) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 442.

⁸¹⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'Ideals and Doubts' publicado originalmente en Illinois Law Review 10:1 (1915) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 443.

to the formulas of the law, I have found it very instructive to consider what may be the postulates implied. They are generically two: that such and such a condition or result is desirable and that such and such means are appropriate to bring it about.

(...)

To know what you want and why you think that such a measure will help it is the first but by no means the last step towards intelligent legal reform. The other and more difficult one is to realize what you must give up to get it, and to consider whether you are ready to pay the price.⁸¹⁵

En las citas anteriores, vemos nuevamente como el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. prefiere, cuando de tomar decisiones jurídicas se trata, prefiere que éstas se fundamenten en pruebas científicas y no en las generalizaciones que nos ofrecen los sistemas morales. Señalando además, que el análisis no solo se circunscribe a una solución que nos lleve a obtener un resultado determinado que consideramos valioso, y al análisis de los medios que se utilizarán para lograrlo, sino que el análisis debe incluir además, el costo que implica para la sociedad el asumir la solución propuesta, y el determinar si la sociedad está dispuesta o no pagar dicho precio.

6.4.3 NATURAL LAW (1918)

El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. presenta en este escrito sus objeciones al Derecho Natural y la correspondiente pretensión de que

⁸¹⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'Ideals and Doubts' publicado originalmente en Illinois Law Review 10:1 (1915) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 444.

existen verdades, valores o derechos universales que hacen que una decisión jurídica pueda ser catalogada como correcta.⁸¹⁶

Bajo su teoría de la predicción, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., entiende los derechos tan solo como la hipótesis de una profecía, consistente en que el estado utilizará la fuerza contra cualquiera que impida su ejercicio. Sin embargo, todos los derechos legales, por su propia naturaleza, pueden ser revocados cuando los intereses de la sociedad así lo requieran, por lo que habría que afirmar que no existen derechos legales absolutos.⁸¹⁷ Tampoco podemos acudir a la filosofía a satisfacer nuestra necesidad de absolutos, pues nos faltan categorías adecuadas para obtener una respuesta absoluta. Ante esta realidad, entiende el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. que la única salida es luchar por nuestras pequeñas verdades, las que él llamaba sus “can’t helps”,⁸¹⁸ por la vida que anhelamos, por la mera alegría que se deriva de la lucha.⁸¹⁹

Este reconocimiento del valor de luchar por aquello que entendemos lo merece, aunque no tengamos ninguna garantía de que estamos en lo cierto, esta valoración de la lucha de vida, por el placer de la lucha misma, es uno de los elementos centrales de las ideas filosóficas del Juez

⁸¹⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Natural Law’ publicado originalmente en el Harvard Law Review 32:40 (1918) y reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 445

⁸¹⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Natural Law’ publicado originalmente en el Harvard Law Review 32:40 (1918) y reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 447.

⁸¹⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Natural Law’ publicado originalmente en el Harvard Law Review 32:40 (1918) y reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 446.

⁸¹⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Natural Law’ publicado originalmente en el Harvard Law Review 32:40 (1918) y reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 448.

Oliver Wendell Holmes, Jr. Lo intuyó por primera vez en el campo de batalla, al ver hombres morir a su lado por ideales opuestos entre sí, ninguno de ellos podía tener la certeza de que moría por una verdad absoluta y sin embargo, acudían puntualmente al campo de batalla. Oliver Wendell Holmes, Jr. fue internalizando esta realidad hasta entender que el valor estaba en la lucha misma, la lucha por hacer aquello que queremos hacer, aquello que disfrutamos, aunque ese aquello no sea un absoluto.

En “Natural Law” ante la incapacidad de la filosofía de ofrecernos las respuestas absolutas que nuestra ansia de infinito nos motiva a buscar, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. nos plantea:

Philosophy does not furnish motives, but it shows men that they are not fools for doing what they already want to do.⁸²⁰

Esto nos demuestra que existe en el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. un sentido claro, de que la única forma de evadir el absurdo de una vida humana carente de sentido, de valores y verdades absolutas, es amando aquellas verdades parciales que poseemos. Aquellas que había denominado como sus “can’t helps”. En seguir aquellas verdades personales, en actuar conforme aquello que amamos, en realizar aquellas cosas que queremos hacer, es donde reside el secreto de la existencia humana. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. la manera de dar sentido a la existencia humana y se fundamenta en la filosofía para afirmar que no somos tontos al actuar de esta manera.

⁸²⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Natural Law’ publicado originalmente en el Harvard Law Review 32:40 (1918) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 448.

Hemos analizado en este capítulo el contenido de los escritos no-judiciales del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., con el propósito de encontrar en ellos, aquellos elementos que nos ayuden a entender sus ideas jurídico-filosóficas. En el siguiente capítulo veremos cómo esas ideas marcaron el camino necesario para el desarrollo de las escuelas modernas de pensamiento jurídico en los Estados Unidos de América.

CAPÍTULO 7 INFLUENCIAS DEL PENSAMIENTO DEL JUEZ OLIVER WENDELL HOLMES, JR. EN EL DESARROLLO DEL PENSAMIENTO JURÍDICO NORTEAMERICANO.

Al hablar de las ideas filosófico-jurídicas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. nos lleva a entrar a un tema que ha sido objeto de intenso debate entre quienes se han ocupado de sus ideas. Hay autores que prácticamente tratan de santificarlo, considerándolo como un juez progresista, una especie de paladín de los derechos civiles,⁸²¹ por ser un paladín en contra de la rigidez del formalismo jurídico.⁸²² Mientras que otros autores lo demonizan⁸²³ por considerarlo un promotor de ideas totalitarias y hay quien llegó a compararlo con Hitler.⁸²⁴ Esta situación ha llevado a autores como Albert Alschuler a comparar la figura del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. que presentan este grupo de autores con la novela de Robert Louis Stevenson, *El extraño caso de Dr. Jekyll and Mr. Hyde*.⁸²⁵

Existen además, varios autores que al discutir el pensamiento del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., tratan de enmarcar sus ideas ubicándolas dentro de escuelas filosóficas de pensamiento claramente definidas. Entre estos autores tampoco existe un acuerdo sobre la manera de

⁸²¹ Drinker Bowen, Catherine, *The Yankee from Olympus*, Little, Brown and Company, 1944. Frankfurter, Felix, *The Constitutional Opinions of Justice Holmes*, 29 Harv. L. Rev. 683 (1916); Frankfurter, Felix, *Twenty years of Mr. Justice Holmes's Constitutional Opinions*, 36 Harv. L. Rev. 909 (1923); Frankfurter, Felix, *Mr. Justice Holmes*, 48 Harv. L. Rev. 1279 (1935); Frankfurter, Felix, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, 2nd. Ed., The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, (1961).

⁸²² Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2009, p. 270-277.

⁸²³ Lucey, Francis E., *Holmes-Liberal-Humanitarian-Believer in Democracy?*, 39 Geo L J 523 (1951); McKinnon, Harold R., *The Secret of Mr. Justice Holmes*, 36 ABA J. 261, 345, 343 (1950); Rogat, Yosai, *Mr. Justice Holmes: A dissenting opinion (part 1)*, 15 Stan L. Rev. 3 (1962); Rogat, Yosai, *Mr. Justice Holmes: A dissenting opinion (part 2)*, 15 Stan L. Rev. 254 (1963); Rogat, Yosai & O'Fallon, James M., *Mr. Justice Holmes: A dissenting opinion-The Speech Cases*, 36 Stan L. Rev. 1349 (1984); Rogat, Yosai, *The Judge as Spectator*, 31 U Chi L Rev. 213 (1964).

⁸²⁴ Palmer, Ben W., *Hobbes, Holmes and Hitler*, 31 ABA J. 569 (1945).

⁸²⁵ Alschuler, Albert W., *Law without values: The life, work, and Legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 2000, p. 15.

clasificar las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., llegando a ubicarlo aún en escuelas de pensamiento cuyas ideas el propio Juez Holmes, Jr. llegó a rechazar de manera expresa.⁸²⁶ Entre las escuelas de pensamiento en las que se ha tratado de encasillar al Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. se encuentran el utilitarismo,⁸²⁷ el pragmatismo,⁸²⁸ el positivismo jurídico,⁸²⁹ y el realismo jurídico⁸³⁰. Lo anterior ha llevado a uno de sus biógrafos, Sheldon M. Novick, a señalar que desde su muerte cada movimiento o escuela jurisprudencial ha reclamado estar vinculada con las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr.⁸³¹

Esta diversidad de opiniones en cuanto a la naturaleza del pensamiento del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. tiene diversas fuentes: De un lado, podemos señalar 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 de pensamiento filosófico. Por otro lado, la multiplicidad de temas abordados desde el estrado por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. durante su carrera judicial, ofrece múltiples

⁸²⁶ El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. rechaza las ideas utilitaristas por entenderlas incompatibles con la teoría evolutiva. Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Gas Stokers' Strike*, publicado originalmente en *Am. L. Rev.* 582 (1873) reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 323.

⁸²⁷ Pohlman H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes & Utilitarian Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1984, pp. 223.

⁸²⁸ Grey, Thomas C., *Holmes and Legal Pragmatism*, 41 *Stan L. Rev.* 787 (1989); Wells Hantzis, *Legal Innovation within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, 82 *Northwestern University L Rev.* 541 (1988); Roseblatt, Rand, *Holmes, Pierce and Legal Pragmatism*, 84 *Yale L.J.* 1123 (1975); Spenziale, Marcia, *By Their Fruits You Shall Know Them: Pragmaticism and the Prediction Theory of Law*, 9 *Manatinoba L.J.*, 29 (1978).

⁸²⁹ Kelly, Patrick J., *Was Holmes a Pragmatist? Reflections on a New Twist to an Old Argument*, 14 *S Ill U. L. J.* 427 (1990).

⁸³⁰ Novick, Sheldon, M., *Justice Holmes's Philosophy*, 70 *Washington U. L. Q.* 703 (1992); Fisher William W., at al., *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, 1993.

⁸³¹ "The memory of Justice Oliver Wendell Holmes has been recruited by nearly every movement or school of jurisprudence since his death in 1935. . ." Novick, Sheldon, M., *Justice Holmes's Philosophy*, 70 *Washington U. L. Q.* 703 (1992).

oportunidades para la libre interpretación de sus ideas. Ante esta realidad, es de mi parecer, que las ideas de carácter filosófico expresadas por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., si bien no tienen la sofisticación de un sistema filosófico completo,⁸³² nos permiten, sin embargo establecer una base filosófica para entender sus ideas jurídicas.

Este trabajo no tiene el propósito de sumarnos a la discusión sobre cuál escuela de pensamiento enmarca las ideas filosóficas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., discusión que en cierta medida resulta estéril. Lo que pretendemos es poder identificar aquellas ideas de carácter filosófico que dirigieron la vida del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., que se convirtieron en su manera de entender el mundo y que tuvieron repercusión en su trabajo de teoría jurídica.

Para la discusión de las ideas filosófico-jurídicas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. identificaremos en primera instancia cuales son los elementos característicos de sus ideas, para luego proceder a señalar como estas ideas resultaron ser necesarias para el desarrollo de las llamadas escuelas modernas del pensamiento jurídico norteamericano.

⁸³² Por sistema filosófico nos referimos a un conjunto estructurado y organizado como un todo, donde las ideas del filósofo se presentan de forma coherente e interrelacionada, de manera que a través de él podamos mediante un análisis racional entender y resolver las diversas situaciones concretas que se presentan en el mundo filosófico.

7.1 CARACTERÍSTICAS DEL PENSAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DEL JUEZ

OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

7.1.1 DEL IDEALISMO AL ESCEPTICISMO MORAL

7.1.1.1 AÑOS DE FORMACIÓN

El escepticismo moral que marcó el pensamiento jurídico del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. se fue desarrollando poco a poco a través de su vida. Recordemos que su abuelo paterno, Abiel Holmes, había sido ministro del “First Congregational Church”, y había educado a su padre, el Dr. Holmes, Sr. dentro de un puritanismo estricto.⁸³³ Este tipo de educación estricta y de valores puritanos fue también utilizada por el Dr. Holmes, Sr. en la crianza de sus hijos.⁸³⁴ Cuando a los 7 años de edad Oliver Wendell Holmes, Jr. asistió por primera vez a la escuela lo hizo en la escuela privada del Sr. Thomas Russell Sullivan, quien había sido ministro de la fe Unitaria y su enseñanza estaba fuertemente matizada por el elemento religioso.⁸³⁵

Sin embargo, aunque Oliver Wendell Holmes, Jr. se desarrolló en un ambiente de corte puritano los valores que le fueron inculcados no lo llevaron a militar dentro de ninguna fe religiosa en particular. Con el paso del tiempo y según va adquiriendo conocimiento en el campo de la filosofía, Oliver Wendell Holmes, Jr. llega a entender que la práctica religiosa no es la única vía por la que los seres humanos puedan asumir

⁸³³ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 3.

⁸³⁴ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 10.

⁸³⁵ White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 22.

responsabilidad moral y comprometerse con aquellos deberes morales que hacen posible la vida en sociedad.

Al comienzo de sus estudios en el “Harvard College”, Oliver Wendell Holmes, Jr. todavía demostraba bastante afinidad con las ideas religiosas. De hecho, fue miembro de un grupo llamado “Christian Union”, aunque nunca llegó a tomar parte activa en dicha organización.⁸³⁶ Además, al publicar el primer escrito de su vida estudiantil, comienza el ensayo titulado “Books”⁸³⁷ de la siguiente manera:

*The highest conversation is the statement of collusions, or of such facts as enable us to arrive at conclusions, on the great questions of right and wrong, and on the relations of man to God.*⁸³⁸

La cita anterior corrobora que durante sus primeros años en el “Harvard College”, para el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. continuaba considerando el tema de la relación del hombre con Dios como una de los grandes temas de conversación que podían tener los seres humanos. Esta afinidad al tema religioso, que se manifiesta en su ensayo “Books”

⁸³⁶ Todavía durante su estadía en el Harvard College, Oliver Wendell Holmes, Jr. manifestaba cierta aceptación a las ideas religiosas, de hecho, fue miembro de un grupo llamado “Christian Union”, nunca llegó a tomar parte activa en dicha organización. Al momento de redactar su nota autobiográfica para el anuario del Harvard College, al mencionar su afiliación “Christian Union” Oliver Wendell Holmes, Jr. indicó que el propósito de haberse unido a dicha organización era tomar postura a favor de un grupo religioso de principios liberales como era el “Christian Union”, y manifestar así su rechazo a las ideas de otra agrupación estudiantil religiosa de Harvard llamada “Christian Brethren” quienes representaban una práctica religiosa ortodoxa y sectaria. White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 27-28.

⁸³⁷ Holmes, Jr. Oliver Wendell, “Books” publicado originalmente en el Harvard Magazine 4:408 (1859) y reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 139.

⁸³⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Books” publicado originalmente en el Harvard Magazine 4:408 (1859) y reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 139.

se va perdiendo poco a poco en sus trabajos futuros. Ya en su segundo trabajo titulado “Plato”,⁸³⁹ Oliver Wendell Holmes, Jr. enfatiza en la importancia del conocimiento científico a la hora de enfrentarnos a los problemas filosóficos.⁸⁴⁰ Al criticar las ideas filosóficas que nos presenta Platón en los Diálogos, el joven Oliver Wendell Holmes, Jr. tiende a excusar los “errores” que percibe en el pensamiento de Platón, por considerarlos el resultado de las limitaciones del conocimiento científico de esa época, llegando a manifestar una cierta esperanza de que en el futuro la ciencia nos permita ver la unión existente en el universo.⁸⁴¹

Más tarde, en su escrito titulado “Notes on Albert Dürer”⁸⁴² Oliver Wendell Holmes, Jr. nos comenta, como por medio de la filosofía los hombres pueden asumir las obligaciones morales que han de cumplir, tanto para con ellos mismos, como para con los demás. Indica además que el papel de la religión es el de fomentar esos mismos valores que la filosofía nos muestra de forma gráfica, mediante ejemplos concretos, haciéndolos asequibles al grueso de la población.⁸⁴³

⁸³⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Plato”, publicado originalmente en *University Quarterly* 2:205 (1860), y reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 145.

⁸⁴⁰ Cabe señalar que su biógrafo Mark de Wolf Howe, ve en esta actitud de Oliver Wendell Holmes, Jr. hacia el conocimiento científico, una inclinación del autor a aceptar la tradición empírica. Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Shaping Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1957, p. 54-55.

⁸⁴¹ “. . . from the entire absence of the central idea of science, it was impossible for the people of that time to have held secrets that the world has not yet caught up with, or rather has entirely fallen away from.” Y más adelante “. . . if we knew the data the results are inevitable.” Holmes, Jr., Oliver Wendell, “Plato”, publicado originalmente en *University Quarterly* 2:205 (1860), y reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 151.

⁸⁴² Holmes, Jr. Oliver Wendell, “Notes on Albert Dürer”, publicado originalmente en el *Harvard Magazine* 7:41(1860) y reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 153.

⁸⁴³ “The men of the fifteenth and sixteenth centuries, it seems to me, had one advantage not likely to be soon possessed again. Without stirring the dogmas of the Church, it is clear that a noble philosophy will suffice to teach us our duties to our self and our

Hemos visto como Oliver Wendell Holmes, Jr. fue apartándose poco a poco de las ideas religiosas, sin embargo, esto no significa que sus acciones no estuviesen dirigidas por sus convicciones morales. Tal vez el mejor ejemplo de cómo los valores morales se manifestaban en vida de Oliver Wendell Holmes, Jr. lo fue la posición asumida en torno al debate sobre el tema de la esclavitud. Para Oliver Wendell Holmes, Jr. la causa abolicionista era un asunto de principios, la esclavitud era un mal y como seres humanos teníamos el deber de eliminar dicha práctica.⁸⁴⁴ Como cuestión de hecho, justo antes de interrumpir sus estudios en el “Harvard College” para enlistarse en las fuerzas de la Unión, Oliver Wendell Holmes, Jr. nos deja, en la ficha autobiográfica que redacta para el anuario, un testimonio escrito donde se describe como favorecedor de una moralidad basada en principios liberales por sobre una de carácter ortodoxo y sectario.⁸⁴⁵

neighbors, and some day may think also to our God. Some may take satisfaction in basing their moral obligations on this foundation, and in contemplating the future construction of an abstract religion on the same general ground; . . . the weaker faith of the majority of mankind prefers for these pure abstractions a clothing of more concrete fact, and demands the stimulus of a story and a life to excite their souls, sluggish to receive the highest truth; and that this demand will not remain to the end of time is by no means sure. But however this may be, certainly the growth of civilization increases our faith in the natural man, and must accordingly detract from the intense and paramount importance attached in darker times to the forma of the story embodying the popular religion.” Holmes, Jr. Oliver Wendell, “Notes on Albert Dürer”, publicado originalmente en el *Harvard Magazine* 7:41(1860) y reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 154.

⁸⁴⁴ En este tema Oliver Wendell Holmes, Jr. asumió como propios los valores inculcados por su madre, Amelia Jackson, quien era la encargada de la formación moral de los hijos del matrimonio y era una ferviente abolicionista. Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 15.

⁸⁴⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Class Book 1861*, Harvard Archives, p. 329-331 y reimpresso en Novick, Sheldon 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, p. 169-170.

Debemos enfatizar, que si bien fueron sus convicciones morales, las que llevaron a Oliver Wendell Holmes, Jr. a militar en la filas del ejército de la Unión para defender la causa abolicionista, ya para esta época había echado a un lado las ideas religiosas. Prueba esto surge cuando es herido en la batalla de Ball's Bluff. Ante el temor de enfrentarse a la muerte, su mayor preocupación era ser consecuente con sus ideas, y señala en su diario, que no quería ser una de aquellas personas que ante el miedo a la muerte se aferraban a la religión. Para Oliver Wendell Holmes, Jr. esos actos de arrepentimiento en el lecho de muerte, representaban, más que un acto de conversión, un acto de cobardía. Es por esta razón que Oliver Wendell Holmes, Jr. se sintió orgulloso de sí, al no abdicar a sus ideas cuando fue herido.⁸⁴⁶

7.1.1.2 EXPERIENCIA MILITAR

La experiencia militar en la Guerra Civil, como hemos señalado anteriormente, marca un momento de transformación en las ideas filosóficas de Oliver Wendell Holmes, Jr. Como el propio Oliver Wendell Holmes, Jr. señalara en una carta a su padre, donde se reafirmaba en su decisión de no re-enlistarse al cumplir su servicio militar.

I am not the same man (may not have quite the same ideas) & certainly am not so elastic as I was and I will

⁸⁴⁶ “Of course when I thought I was dying the reflection that the majority vote of the civilized world declared that with my opinions I was en route for Hell came up with painful distinctness-Perhaps the first impulse was tremulous-but then I said- by Jove, I die like a soldier anyhow-I was shot in the breast doing my duty up to the hub-afraid? No, I am proud-then I thought I couldn't be guilty of a deathbed recantation-father and I had talked of that and were agreed that it generally meant nothing but a cowardly giving way to fear-Besides, thought I, can I recant if I want to, has the approach of death changed my beliefs much? & to this I answer-No.” Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Diario de la Guerra Civil*, publicado en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 27-28.

*not acknowledge the same claims upon me under those circumstances that existed formerly.*⁸⁴⁷

Y unos días después le escribe a su madre diciendo:

*“I started in this thing a boy I am now a Man”,*⁸⁴⁸

Vemos como Oliver Wendell Holmes, Jr., reconoce que no es la misma persona que era al empezar la guerra, ni piensa como lo hacía antes, ni estaba dispuesto a aceptar las presiones que aceptó anteriormente. Entendemos, que el cambio que ha marcado su personalidad se manifiesta a la manera en que Oliver Wendell Holmes, Jr., entendía el mundo al momento de enlistarse, y la manera en que lo entiende luego de haber experimentado los horrores de la Guerra Civil.

Al comenzar la guerra, Oliver Wendell Holmes, Jr. era un muchacho idealista, que acudió al llamado de las armas con la esperanza de reivindicar valores que entendía universales. La esclavitud era un mal y él, junto a otros tantos, eran los llamados a corregir dicho mal, estableciendo un sistema justo para todos los seres humanos. Sin embargo, Oliver Wendell Holmes, Jr. pudo constatar en el campo de batalla, que sus enemigos, aquellos que defendían el mal de la esclavitud, tenían la misma convicción de estar luchando de parte del bien y la verdad. Esta experiencia le hizo cuestionar la existencia de ideales de validez universal.

Dicho en otras palabras, ya que Oliver Wendell Holmes, Jr. había abandonado las verdades de fe establecidas por la religión, como el

⁸⁴⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a sus padres, del día 30 de mayo de 1864 publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 135.

⁸⁴⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a su madre, fechada 7 de junio de 1864 y publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 142.

criterio que justifica la validez universal de las ideas, ¿cómo podría ahora justificar sus ideales? ¿Cómo justificar el imponer sus ideas a otras personas? Si en ambos bandos, se tenía la certeza de estar luchando del lado correcto, ¿cómo se podría dirimir cuál de ellos defendía la verdad? La verdad para Oliver Wendell Holmes, Jr. se convierte en algo relativo, algo que depende de cual es la opinión de la mayoría de la población en un momento dado, “. . . that truth was the majority vote of that nation that could lick all others.”⁸⁴⁹ El escepticismo moral se había instalado definitivamente en el pensamiento de Oliver Wendell Holmes, Jr.

Ya desde sus años en el servicio militar podemos percibir el efecto que tuvo en Oliver Wendell Holmes, Jr. su paso del idealismo al escepticismo, sobre todo si nos concentramos en su perspectiva de la Guerra Civil. Las experiencias vividas en el campo de batalla, caracterizadas tanto por su brutalidad, como por la heroicidad de los combatientes, llevan a Oliver Wendell Holmes, Jr. a cuestionarse las razones que motivaron la Guerra Civil. Ya no se trata de una batalla entre el bien y el mal, una lucha entre la civilización y la barbarie, sino que se convierte en un asunto de naturaleza política y económica.

Dicho en otras palabras, Oliver Wendell Holmes, Jr. comienza a tomar consciencia de cómo en la Guerra Civil Norteamericana se dilucidaban asuntos que nada tienen que ver con aspiraciones de carácter moral, sino con su carácter político-económico. En el campo de batalla se dilucidaban, entre otros, el derecho de los estados miembros a separarse de la Unión; el problema de representación política que implicaba para los estados del sur, la elección de un presidente que no ganó en ninguno de dichos estados; la amenaza que sentía el Sur de la nación por el efecto

⁸⁴⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Natural Law’ publicado originalmente en el *Harvard Law Review* 32:40 (1918) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 446.

económico que tendría en sus territorios la abolición de la esclavitud, la lucha por el control político de los nuevos territorios incorporados en el oeste, en fin se dilucidaba el futuro político-económico de la nación. Las justificaciones morales palidecían ante la realidad político y económica.

Existe una marcada diferencia entre el Oliver Wendell Holmes, Jr. idealista, que en un principio y desde una perspectiva idealista, visualizaba los estados del sur como aquellos que defendían la barbarie representada en la institución de la esclavitud, al Oliver Wendell Holmes, Jr. que a finales de la Guerra Civil, comenzaba a ver a los estados del sur como una gran nación.⁸⁵⁰ Otro efecto de asumir una postura escéptica ante la Guerra Civil Norteamericana se manifiesta en la actitud crítica que Oliver Wendell Holmes, Jr. va desarrollando ante las decisiones de sus superiores. Al ver el contenido de las cartas escritas durante la Guerra Civil se puede apreciar como críticas aumentan según pasa el tiempo en el campo de batalla y tienden a ser bastante mordaces, algo que para el Oliver Wendell Holmes, Jr. idealista que se alistó en la Guerra Civil, le hubiese sido imposible asumir.⁸⁵¹

⁸⁵⁰ “. . . I think before long the majority will say that we are vainly working to effect what ever happens-the subjugation (for that is it) of a great civilized nation. We shan't do it-at least the Army can't . . . ” Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a su hermana fechada el 16 de noviembre de 1862 y publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 73.

⁸⁵¹ Un ejemplo de las críticas mordaces realizadas a sus superiores puede verse en la carta que el escribiera a su hermana el 16 de noviembre de 1862. “. . . with the crack brained Dreher & obstinate ignoramus Shepherd as act'g Col & Lt. Col. the Regt is going to H—L as fast as ever it can or at least no thanks to them if it isn't-I wouldn't trust it under them for a brass tuppence in a fight-They'd send it to the devil quicker even than Gen. Sumner and I've pretty much made up my mind that the South have achieved their independence & I am almost ready to hope spring will see an end- . . . believe me, we never shall lick'em . . .” Por Dreher se refiere al Capitán Ferdinand Dreher quien asumió de forma temporera el mando del 20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts mientras el Coronel Lee se encontraba ausente por enfermedad. Por Shepard se refiere al Capitán Allen Shepard quien se desempeñó como Teniente Coronel como resultado de las heridas que sufrió en la batalla de “Antietam Creek” el Teniente Coronel Frank Palfrey. Holmes, Jr., Oliver Wendell, Carta a su hermana fechada el 16 de noviembre de 1862 y publicada en De Wolfe Howe, Mark ed.,

Ya en su vida adulta, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. manifestó en varias ocasiones su desencanto con la visión idealista que lo llevara a combatir en la Guerra Civil. A modo de ejemplo podemos señalar cuando el 18 de septiembre de 1918 le comentaba a su amigo Laski sobre su experiencia al leer *Mysticism and Logic* de Bertrand Russell, veamos:

*I finished B. Russell Mysticism and Logic without much profit. He seems to me in the emotional state not unlike that of the abolitionist in former days, which then I share and now much dislike- as it catches postulates like the influenza.*⁸⁵²

Se puede percibir como el escepticismo moral de Oliver Wendell Holmes, Jr. lo lleva a desconfiar y más aún, a despreciar la pasión que conlleva el apegarse a ideales. De igual manera en 1927, en otra carta a Laski, vuelve a demostrar su escepticismo y su desdén por quienes se comprometen con un ideal hasta la muerte.

*You respect the rights of man – I don't except those things a given crowd will fight for - which vary from religion to the price of a glass of beer. I also would fight for some things – but instead of saying that they ought to be I merely say they are part of the kind of a world that I like – or should like. You put your ideals or prophecies with the slight superior smile of the man who is sure that he has the future – (I have seen it before in the past from the abolitionists to Christian Science) . . .*⁸⁵³

Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr., Fordham University Press, New York, 2000, p. 73.

⁸⁵² Carta de Oliver Wendell Holmes, Jr. a Harold J. Laski del 18 de septiembre de 1918, publicada en De Wolf Howe, Mark, Ed., *Holmes-Laski Letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Laski 1916-1935*, Vol. I, Harvard University Press, Massachusetts, 1953, p. 164.

⁸⁵³ Carta de Oliver Wendell Holmes, Jr., a Harold J. Laski del 1ro. de junio de 1927, publicada en De Wolf Howe, Mark, Ed., *Holmes-Laski Letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Laski 1916-1935*, Vol. II, Harvard University Press, Massachusetts, 1953, p. 948.

En la cita anterior Oliver Wendell Holmes, Jr. describe claramente su escepticismo, ante asuntos tales como los derechos del ser humano. Indica claramente que solo cree en aquellos derechos por los que un grupo está dispuesto a luchar, y estos incluyen asuntos tan triviales como el precio de un vaso de cerveza. Señala además, que si bien él podría luchar por algo, no afirmaría que se trata de un valor necesario, sino de aquello que le gusta. Y termina la cita comparando la visión idealista de Laski, con aquella de los abolicionistas. Resulta claro que el escepticismo moral del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. lo lleva a menospreciar el idealismo, junto a todos los reclamos de valores absolutos o necesarios. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. solamente existen valores de naturaleza relativa, esto es aquellos valores que son importantes para un individuo en particular, sin que esto implique que otros individuos deban valorarlos de igual manera.

Cabe señalar, que el escepticismo moral asumido por Oliver Wendell Holmes, Jr. influye también en el desarrollo de su concepto del deber (“duty”). Podemos señalar que en Oliver Wendell Holmes, Jr., el concepto del deber sufre una transformación que parte del concepto abstracto, pasa por lo concreto general y culmina en lo concreto particular.⁸⁵⁴

Para el joven Holmes, Jr., al comenzar la Guerra, su concepto del deber se relacionaba directamente con la lealtad a sus ideales. Durante su experiencia militar su concepto del deber comienza a concretizarse, asumiendo la forma del deber para con sus compañeros soldados del

⁸⁵⁴ “His concept of duty had thus progressed from an idea of fidelity to a cause to that of loyalty to a regiment and finally to that of loyalty to oneself.” White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 70.

20mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts.⁸⁵⁵ Y luego asume una forma mucho más particular, al concretarse como el deber que se tiene ante uno mismo.⁸⁵⁶ Esta actitud crítica del sentido del deber para con uno mismo acompaña a Oliver Wendell Holmes, Jr. durante toda su vida y en especial en su trabajo como jurista.

7.1.2 EL ESCEPTICISMO MORAL, LOS “CAN’T HELPS” Y EL DOMINIO DE LA MAYORÍA.

Este escepticismo moral acompañó a Oliver Wendell Holmes, Jr. durante el resto de su vida y marcó grandemente su relación con el trabajo. Al no poder justificar la existencia de valores absolutos, esto es aquellos valores que resultarían ciertos para todos los seres humanos en toda época y bajo cualquier circunstancia, Oliver Wendell Holmes, Jr. pierde a su vez, la capacidad de ofrecer una justificación trascendental a la vida humana. ¿Qué sentido puede tener la vida si aquello que considero valioso, sólo lo es para mí? ¿Cómo puedo justificar mi adherencia a dichos valores, sin que se convierta en una mera cuestión de gustos? ¿Cuál de mis actividades humanas puede trascender hacia el futuro? Las

⁸⁵⁵ Recordemos que al recibir una propuesta de parte de su amigo Pen Hallowell para unirse al 54mo. Regimiento Voluntario de Infantería de Massachusetts con el rango de Mayor (Major), Oliver Wendell Holmes, Jr. rechaza la solicitud de su amigo, por el deber de lealtad que siente para con sus compañeros del 20mo. Regimiento. Alschuler, Albert W., *Law without values: The life, work, and Legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 2000, p. 45; Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991, p. 141; Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 75; White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 68.

⁸⁵⁶ Puede apreciarse la reducción del concepto del deber hasta asumir la forma del deber para con uno mismo, cuando Oliver Wendell Holmes, Jr. le comunica a sus padres que no tiene deseos de re-enlistarse, que entiende que ya ha cumplido con su deber y declara ser la única persona capacitada para decidir la manera en la que debe cumplir con su deber. “*I have laboriously and with much suffering of mind and body earned the right . . . to decide for myself how I can best do my duty to myself t the country and, if you choose, to God*” Carta de Oliver Wendell Holmes, Jr. a su madre, fechada 7 de junio de 1864 y publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000, p. 142.

respuestas a estas interrogantes fueron decepcionantes, Oliver Wendell Holmes, Jr. nunca pudo hallar ese criterio que justificara la existencia de valores absolutos. Veamos como lo plantea Oliver Wendell Holmes, Jr. en carta que le dirigiera a Lady Pollock.

Well, to be civilized is to be potentially master of all possible ideas, and the means that one has got beyond being shocked, although one preserves one's own moral and esthetic preferences. I regard the latter, however, as more or less arbitrary, although none the less dogmatic on that account. Do you like sugar in your coffee or don't you? . . . So as to truth. We tacitly postulate that if others were as intelligent and well educated as we they would be compelled to agree with us-but that is a mere ideal, not an actuality. They don't agree in fact.⁸⁵⁷

Podemos apreciar como Oliver Wendell Holmes, Jr. no tiene ningún empacho en señalar que tanto los asuntos morales como la verdad, son asuntos totalmente arbitrarios, tanto así como lo es el decidir si echar o no azúcar al café. Ahora bien, como indica la misiva, esto no quiere decir que los seres humanos no tengan preferencias en asuntos morales, tan solo que debemos reconocer que no podemos exigir a los demás que concurren con nuestras ideas. Esas preferencias particulares es lo que Oliver Wendell Holmes, Jr. denomina como sus “can't help”. Esto es, aquellas ideas y valores que, aun sabiendo que no puede justificarlos de manera universal, no puede dejar de creer en ellos.

When I say that a thing is true, I mean that I cannot help believing it. I am stating an experience as to which

⁸⁵⁷ Holmes Jr., Oliver Wendell, Carta a Lady Pollock del 6 de septiembre de 1902, publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Holmes-Pollock Letters, The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1961, p. 104, 105.

*there is no choice. . . . I therefore define truth as the system of my limitations . . .*⁸⁵⁸

Unos tres años más tarde en su escrito *Natural Law*, Oliver Wendell Holmes, Jr. nos señala que todos los seres humanos nos encontramos sujetos a la misma situación. Todos tenemos nuestras ideas y preferencias particulares, las cuales no podemos validar de manera universal, pero tampoco podemos evitar sentir las. Es en el libre juego entre mis ideas y las de los demás, entre mi subjetividad y la de los otros, que nos vemos forzados a construir nuestro mundo.

*If, as I have suggested elsewhere, the truth may be defined as the system of my intellectual limitations, what gives it objectivity is the fact that I find my fellow man to a greater or less extent . . . subject to the same Can't Helps.*⁸⁵⁹

Podemos apreciar en el pasaje anterior, como para Oliver Wendell Holmes, Jr., todos los seres humanos nos encontramos en la misma situación, la de tener unas preferencias particulares que no pueden ser sustentadas de manera absoluta. De aquí se desprende que Oliver Wendell Holmes, Jr. entienda que sus ideas morales y valores, no resultan ser más importantes que las ideas y valores de otro ser humano, por lo que obtener el favor de la mayoría para nuestras ideas y valores, se convertirá en criterio que legitime la “veracidad” de nuestras ideas.

*. . . our test of truth is a reference to either a present or an imagined future majority in favor of our view.*⁸⁶⁰

⁸⁵⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Ideals and Doubts’ publicado originalmente en *Illinois Law Review* 10:1 (1915) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 443.

⁸⁵⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Natural Law’ publicado originalmente en el *Harvard Law Review* 32:40 (1918) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 446.

⁸⁶⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘Natural Law’ publicado originalmente en el *Harvard Law Review* 32:40 (1918) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of*

De este pasaje se desprende la importancia que tiene para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. la libertad de expresión, pues permite el debate de las ideas en la población, lo cual es un paso indispensable para que los ciudadanos puedan elegir racionalmente entre distintas alternativas. La libertad de expresión resulta esencial para que las decisiones mayoritarias no presenten vicios de consentimiento.

7.1.3 EL ESCEPTICISMO MORAL Y EL USO DE LA FUERZA COMO “ULTIMA RATIO”

La relación entre el Derecho y la voluntad mayoritaria resulta fundamental para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. y sus ideas filosófico-jurídicas. Desde muy temprano en su vida, Oliver Wendell Holmes, Jr. entendió que el Derecho debería reflejar el sentir de la mayoría.

*The first requirement of a sound body of law is, that it should correspond with the actual feeling and demands of the community, whether right or wrong.*⁸⁶¹

Ahora bien, ¿que sucede cuando los seres humanos no pueden ponerse de acuerdo en sus ideas? ¿Cuándo el campo político resulta insuficiente para acomodar los distintos intereses en conflicto que coexisten en la sociedad? El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. intuyó que al no existir verdades absolutas, al no existir un criterio universal que legitime un curso de acción, los seres humanos tienen como única alternativa, el

Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 446.

⁸⁶¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little Brown, & Co. Boston, 1881, reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 136.

recurrir al uso de la fuerza para legitimar sus acciones.⁸⁶² Son varias las muestras que podemos ofrecer sobre la convicción del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en cuanto al uso de la fuerza como criterio de legitimación de las acciones humanas, idea que a su vez llegó a manifestarse en su obra jurídica. En su obra cumbre, *The Common Law*, publicada en 1881, Oliver Wendell Holmes, Jr. escribió:

*It seems to me clear that the 'ultima ratio', not only of 'regum', but of private persons, is force, and at the bottom of all private relations, however tempered by sympathy and all the social feelings, is a justifiable self-preference.*⁸⁶³

Como años más tarde Oliver Wendell Holmes, Jr. le explicara a su secretario Harold J. Laski, quien se autodenominaba pacifista y socialista:

*. . . when men differ in taste as to the kind of the world they want the only thing to do is to go to the work of killing.*⁸⁶⁴

y en carta a Felix Frankfurter, en la que hace referencia a sus conversaciones con Laski, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. señala:

*When he talks of more rational methods, I get the blood in my eye and say war is the ultimate rationality.*⁸⁶⁵

⁸⁶² “. . . in cases of difference between oneself and another there is nothing to do except in unimportant matters to think ill of him and in important ones to kill him.” Carta de Oliver Wendell Holmes, Jr. a Harold J. Laski del 3 de diciembre de 1917, publicada en De Wolf Howe, Mark, Ed., *Holmes-Laski Letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Laski 1916-1935*, Vol. 2, Harvard University Press, Massachusetts, 1953, p. 862.

⁸⁶³ Las palabras latinas “ultima ratio” y “regum” aparecen en itálicas en el original Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 137.

⁸⁶⁴ Carta de Oliver Wendell Holmes, Jr. a Harold J. Laski del 3 de diciembre de 1917, publicada en De Wolf Howe, Mark, Ed., *Holmes-Laski Letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Laski 1916-1935*, Vol. 1, Harvard University Press, Massachusetts, 1953, p. 115, 116.

Unos diez años después compartiría con Sir Frederick and Lady Pollock su entendido sobre la racionalidad de la guerra.

*. . . I agree with your condemnation of armchair pacifists on the general ground that until the world has got farther along war not only is not absurd but is inevitable and rational.*⁸⁶⁶

De las citas anteriores se desprende, como para Oliver Wendell Holmes, Jr. la guerra tiene la función necesaria en la historia humana, pues en un mundo carente de criterios absolutos, la guerra es el último recurso para justificar la imposición de unas ideas sobre otras. Sería pues, desde la perspectiva de Oliver Wendell Holmes, Jr., la capacidad de vencer al enemigo, la capacidad de obligarlo a comportarse de una manera determinada, la capacidad de someter la voluntad del vencido a las ideas del vencedor, el único criterio para justificar dichas ideas.

7.1.4 DEL ESCEPTICISMO MORAL AL ESCEPTICISMO JURÍDICO

7.1.4.1 EL ESCEPTICISMO Y LA FUNCIÓN DEL JUEZ

Su escepticismo marcará la manera en que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. entiende la función de los jueces en general y la suya en particular. La función de un Juez, para Oliver Wendell Holmes, Jr., no es

⁸⁶⁵ Carta de Oliver Wendell Holmes, Jr. a Felix Frankfurter del 27 de marzo de 1917, publicada en Menel, Robert M. Y Compston, Christine L., ed., *Holmes & Frankfurter: Their Correspondence, 1912-1934*, University of New Hampshire, University Press of New England, 1996 p. 69, 70.

⁸⁶⁶ Carta de Oliver Wendell Holmes, Jr. a Sir Frederick and Lady Pollock del 20 de septiembre de 1928 publicada en De Wolfe Howe, Mark ed., *Holmes-Pollock Letters, The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1961, p. 230

la de imponer sus criterios personales por sobre las ideas favorecidas por la mayoría en el proceso político.

I hope and believe that I am no influenced by my opinions that it is a foolish law. I have little doubt that the country likes it and I always say, as you know, that if my fellow citizens want to go to Hell I will help them. It's my job.⁸⁶⁷

El párrafo anterior demuestra que para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., las opiniones particulares que un juez pueda tener del asunto ante sí, no deben influir su decisión. Esta idea es el resultado directo de su escepticismo. Al no existir verdades absolutas, el valor que tienen las ideas del juez, es exactamente el mismo que el que tienen las ideas las partes que litigan ante sí. No hay pues, una razón válida para que un juez imponga sus ideas a los demás.

Es importante señalar que la visión social del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., se encontraba marcada por la influencia de la obra de Hebert Spencer, y el llamado “Darwinismo Social”. Como hemos visto, bajo esta visión social, las distintas ideas de los ciudadanos se encontraban en constante lucha,⁸⁶⁸ al no existir una verdad absoluta, el criterio de razón se trasladaba a las urnas y en última instancia a las armas. De lo anterior se desprende, que si bien un Juez no tenía ningún derecho a imponer su criterio sobre los demás, si tenía la obligación de mantener vivo el debate social.

⁸⁶⁷ De Wolf Howe, Mark, Ed., *Holmes-Laski Letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Laski 1916-1935*, Vol. I, Harvard University Press, Massachusetts, 1953, p. 248-249.

⁸⁶⁸ *For my own part, I believe that the struggle for life is the order of the World at which is in vain to repine. . . Now, at least, and perhaps as long as a man dwells upon the globe, his destiny is battle, and has to take the chances of war.* Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Soldiers Faith*, discurso pronunciado en el “Memorial Day” del 30 de mayo de 1895, reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 487.

Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., los jueces tenían la responsabilidad de servir como parte del proceso evolutivo de la sociedad. La Constitución contenía unos principios sociales básicos que servían al Juez como guía para decisiones que garantizaran que la lucha por la supervivencia se llevaba a cabo de forma pacífica y justa.⁸⁶⁹

Resulta importante señalar que para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. existían algunos casos en los que, o bien el Derecho no ofrecía una solución a los problemas planteados, o el juez podía construir distintas decisiones todas ellas “correctas” desde el punto de vista jurídico. Es en estos casos que los jueces se ven en la obligación de crear derecho. Ahora bien, aún en estos casos, los jueces debían abstenerse de imponer criterios propios, debiendo fundamentar sus decisiones en la política pública prevaleciente.⁸⁷⁰ Sobre este particular abundaremos al contrastar las ideas de Oliver Wendell Holmes, Jr. con las del “Realismo Jurídico Norteamericano”.

7.1.4.2 EL ESCEPTICISMO, EL TRABAJO COMO DEBER, Y SENTIDO DE LA VIDA.

En un mundo sin verdades absolutas, ¿cómo se ha de encontrar el sentido de la existencia? El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. encontró dicho sentido en su trabajo como juez, idea que también fue producto de su experiencia militar. El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. siempre admiró el sentido del deber que mostraban los soldados en el campo de

⁸⁶⁹ Novick, Sheldon, M., *Justice Holmes's Philosophy*, 70 Washington U. L. Q. 703, 704, (1992)

⁸⁷⁰ Una discusión detallada sobre este particular puede verse en Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_3, Springer+Business Media B.V., 2011, págs. 60-70.

batalla, un deber que los llevaba a obedecer las órdenes de sus superiores, aun cuando la orden significaba poner en peligro su vida, aun cuando en la mayoría de los casos no comprendían las razones por las que se les había dado la orden. Sin embargo, Oliver Wendell Holmes, Jr. veía en esa obediencia ciega a las órdenes de sus superiores, en ese asumir un sin sentido, el momento más sublime de la existencia humana. Era el asumir su destino como soldados lo que ofrecía sentido a su existencia. Veamos cómo lo describe el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en su discurso conocido como *The Soldier's Faith*.

*But who of us could endure a world, . . . without the divine folly of honor, . . . I do not know what is true. I do not know the meaning of the universe. But in the midst of doubt, in the collapse of the creeds, there is one thing I do not doubt, and that is that the faith is true and adorable which leads a soldier to throw away his life in obedience to a blindly accepted duty, in a cause which he little understands, in a plan of campaign of which he has no notion, under tactics of which he does not see the use.*⁸⁷¹

Y más adelante señala que:

*. . . to remember that duty is not to be proved in the evil day, but then to be obeyed unquestioning; . . . but to know that one's final judge and only rival is oneself.*⁸⁷²

Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., el sumergirse en su trabajo de forma casi obsesiva, no era otra cosa que la manera en que daba sentido

⁸⁷¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Soldiers Faith*, discurso pronunciado en el "Memorial Day" del 30 de mayo de 1895, reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 487. Esta idea sobre el deber es fundamental en alocuciones del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en las que recurría constantemente a imágenes tomadas del campo de batalla.

⁸⁷² Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Soldiers Faith*, discurso pronunciado en el "Memorial Day" del 30 de mayo de 1895, reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 490.

a su existencia en un mundo carente de valores absolutos. Será ese sentido del deber, el que lo motive a trabajar de forma incesante como Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, puesto que ocupó por 30 años, durante los cuales escribió 873 opiniones convirtiéndose de esta manera en el Juez con más opiniones escritas.⁸⁷³

Ya cerca del final de su carrera ofreció un discurso radial con motivo de celebrar 90 años de vida:

*There is a little finishing canter before coming to a stand still. There is time to hear the kind voice of friends and to say to oneself: The work is done. But just as one says that, the answer comes: The race is over, but the work never is done while the power to work remains. The canter that brings you to a stand still need not be only coming to rest. It cannot be, while you still live. For to live is to function. That is all there is in living.*⁸⁷⁴

Puede apreciarse, como desde la perspectiva del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., el trabajo nunca termina mientras quede un hálito de vida. Esta idea la vivió en carne propia, trabajando en su puesto hasta que su físico se lo permitió.⁸⁷⁵ El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. presentó su renuncia al Tribunal Supremo de los Estados Unidos el 11 de enero de

⁸⁷³ Novick, Sheldon 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, p. 14.

⁸⁷⁴ Alocución radial de Oliver Wendell Holmes, Jr. en ocasión de la celebración de su cumpleaños número 90, el 8 de marzo de 1931 y publicada en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 541.

⁸⁷⁵ Esta aceptación de un sentido absurdo, apegándose a un trabajo que nunca termina, se nos asemeja a la manera en que el personaje de Sísifo asumió el sin sentido de castigo y como a asumir ese destino dotaba de sentido su existencia. Véase a Camus, Albert, "El Mito de Sísifo", publicado en *Albert Camus Obras I*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, págs. 325-329.

1932, a solicitud del Juez Presidente Hughes, cuando ya, por razones de salud, no podía cumplir con sus funciones en dicho Tribunal.⁸⁷⁶

7.1.5 EL JUEZ OLIVER WENDELL HOLMES, JR. Y SU CONCEPTO DEL DERECHO.

7.1.5.1 RECHAZO AL ESTUDIO TEÓRICO ABSTRACTO DEL DERECHO.

Desde sus comienzos como abogado dedicado a la práctica privada de la profesión, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. rechazó estudiar el Derecho Común solamente a partir del análisis lógico conceptual. Recordemos que al publicar *The Common Law* en el 1881, una de sus frases famosas de esa obra, fue aquella que expresaba el rechazo del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., a circunscribir el estudio del derecho al análisis lógico.

*The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but is not all. The life of the law has not been logic but experience.*⁸⁷⁷

Con estas palabras el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. rechazaba cualquier concepción jurídica que perdiera contacto con la realidad. Pues si las decisiones de los jueces son presentadas con un ropaje lógico, esto es el producto de la necesidad que tiene el orden legal de ofrecer una imagen de corrección en sus decisiones. La razón es que al leer una decisión judicial estructurada lógicamente, el lector queda en la impresión de que el análisis lógico solo permitía una posible

⁸⁷⁶ Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 374-375.

⁸⁷⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little Brown, & Co. Boston, 1881 reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 115.

interpretación de los hechos y por ende, sólo una posible solución a la situación planteada. Sin embargo, esto no siempre es así en el campo del Derecho, en ocasiones tras el lenguaje lógico solo existe una justificación para una aplicación subjetiva de la ley.⁸⁷⁸ Una aplicación subjetiva del Derecho que solamente puede explicarse si añadimos al análisis lógico de la decisión, un análisis de carácter contextual, un análisis que incluya las condiciones socio-económicas en que se toma la decisión y las características de la política pública promovida por el Estado.⁸⁷⁹

Cabe aclarar que esta visión del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., no implica un rechazo al estudio del aspecto lógico conceptual del Derecho, sino un reconocimiento de que ese acercamiento resulta incompleto y por ende insuficiente, para entender el fenómeno jurídico. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. el elemento distintivo del Derecho es su estrecha relación con el mundo real, con el contexto que le dio origen. Es por esta razón que la lógica resulta insuficiente, si en verdad queremos conocer lo que es el Derecho debemos partir de su génesis y recorrer los distintos momentos que quedaron grabados en la norma jurídica. La vida del Derecho, su motor, no es la lógica, sino la experiencia.

⁸⁷⁸ *The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment . . . You can give any conclusion a logical form.* Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 397.

⁸⁷⁹ *When the question of policy is faced it will be seen to be one which cannot be answered by generalities, but must be determined by the particular character of the case, even if everybody agrees what the answer should be. . . plainly the worth of the result, or the gain from allowing the act to be done, has to be compared with the loss it inflicts. Therefore the conclusion will vary, and will depend on different reasons according to the nature of the affair.* Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Privilege, Malice and Intent*, publicado originalmente en 8 Harvard Law Review 1 (1894) y reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 373.

Debemos aclarar que para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., este acercamiento al Derecho a través de la experiencia, implicaba el acudir a la historia de las figuras jurídicas, descubrir su vinculación con el contexto histórico en que fueron creadas, recorrer su desarrollo histórico y contrastar el resultado de esta investigación con la realidad actual, con el propósito de determinar si las leyes estudiadas se adecuan a la realidad. De aquí surge que para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. existe una relación directa entre el Derecho y la sociedad.

7.1.5.2 RELACIÓN ENTRE DERECHO Y SOCIEDAD

La idea de que el Derecho debe tomar en cuenta las necesidades existentes en la sociedad y asumir las posturas que permitan el manejo ordenado de dicha realidad es señalada por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. desde el 1878 en su artículo titulado *Possession*.

Law, being a practical thing, must found itself on actual forces. It is quite enough, therefore, for the law, that a man, by an instinct which he shares with the domestic dog, and of which the seal gives a most striking example, will not allow himself to be dispossessed, either by force of fraud, of what he holds, without trying to get it back again. Philosophy may find a hundred reasons to justify the instinct, but it is totally immaterial if it should condemn it and bid us surrender without a murmur. As long as the instinct remains, it will be more comfortable for the law to satisfy it in an orderly manner, than to leave people to themselves. If it should do otherwise, it would become a matter for pedagogues, wholly devoid of reality.⁸⁸⁰

⁸⁸⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Possession", 12 American Law Review 688 (1878) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 59.

Aunque tiende a parecer chocante el ejemplo utilizado por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., en donde habla de instintos compartidos por hombres y perros, resulta claro que la idea central, es que la función del Derecho es la de regular la convivencia humana. El Derecho debe reconocer la existencia de los instintos humanos, aun de aquellos que nos acercan a los animales, para así poder regularlos de la manera más eficiente para sociedad.

La visión del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. del Derecho es una de naturaleza instrumental, el Derecho a ser utilizado para servirle a la sociedad. De lo cual se desprende, que para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., el Derecho puede evaluarse en términos de su efectividad social. El Derecho podrá ser considerado más o menos efectivo en atención a la manera en que promueve el orden social, esto es, en cuanto a si logra o no manejar los instintos humanos de forma que garantice una convivencia ordenada y pacífica.

La idea de la estrecha relación entre Derecho y sociedad continuó desarrollándose en escritos posteriores del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. En sus artículos *Common Carriers and The Common Law*,⁸⁸¹ y en *Trespass and Negligence*,⁸⁸² el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. trabaja la idea de que la función del Derecho en sociedad es la de promover la política pública. De esta manera reconoce que no basta con que el Derecho mantenga el orden dentro de la sociedad. Sino que dicho orden deberá permitir la aplicación de la política pública que promuevan aquellos que ostenten el poder político. Esta convicción sobre la función del Derecho en cuanto a la aplicación de política pública acompañará al

⁸⁸¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Common Carriers and the Common Law*, 13 American Law Review 609 (1879).

⁸⁸² Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Trespass and Negligence*, 14 American Law Review 76 (1880).

Juez Holmes, Jr. hasta el final de su vida y estará manifestada en sus posteriores trabajos académicos, teniendo un lugar central en los siguientes: *The Common Law*,⁸⁸³ *Privilege, Malice and Intent*,⁸⁸⁴ *The Path of Law*,⁸⁸⁵ *Law in Science and Science in Law*.⁸⁸⁶

7.1.5.3 UN DERECHO VIVO Y EL USO DE LA HISTORIA.

La importancia que Oliver Wendell Holmes, Jr. atribuye al uso de la historia para entender el Derecho, parte de la premisa del Derecho es algo vivo, algo que tiene su propia historia. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. entre Derecho y sociedad hay lo que podríamos llamar una relación dialógica, esto es la sociedad es la fuente original del Derecho, que una vez creado, influencia por medio de sus normas, a la misma sociedad que lo creó. Pero la sociedad al ser siempre cambiante, nunca deja de aportar nuevas necesidades y conflictos, por lo que el Derecho, para adaptarse a las nuevas necesidades sociales, ha de renovarse constantemente a partir de la sociedad.

De aquí la importancia del estudio de la historia, pues la historia nos mostrará las condiciones que hicieron necesaria la creación de la norma, nos hablará de cuan efectiva resultó ser la norma creada, nos permitirá recorrer el desarrollo de dicha norma a través del tiempo y nos dará indicios para explorar si todavía es necesaria ante las circunstancias presentes. Desde esta perspectiva, el estudio de la historia de las normas jurídicas es un primer paso en el proceso de re-creación de la norma

⁸⁸³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little Brown, & Co. Boston, 1881.

⁸⁸⁴ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Privilege, Malice and Intent*, 8 Harvard Law Review 1 (1920)

⁸⁸⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Path of Law*, 10 Harvard Law Review 457 (1897).

⁸⁸⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Law and Science and Science in Law*, 12 Harvard Law Review 443 (1899).

jurídica. Un paso que nos permitirá luego, con la ayuda de otras ciencias sociales, el tomar decisiones sobre la manera en que dirigir el desarrollo del Derecho.⁸⁸⁷

Es por esto que el estudio del Derecho, no puede ser reducido al análisis de su estructura lógica de la norma, de cómo se relaciona con otras normas y con los principios generales del Derecho. El estudio del Derecho a de incluir la historia, pero no la historia de la formación y desarrollo de sus estructura lógica, sino que debe incluir el análisis empírico sobre aquellas situaciones reales que dieron origen a la norma que se esté analizando, ha de incluir el estudio de la efectividad que tuvo dicha norma cuando fue aplicada a la sociedad que le dio vida, y requerirá además, el análisis de la realidad actual, para determinar si se deben hacer cambios a la normativa en cuestión. En palabras del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr.

*What has been said will explain the failure of all theories which consider the law only from its formal side, whether they attempt to deduce the corpus from a priori postulates, or fall into the humbler error of supposing the science of the law to reside in the elegantia juris, or logical cohesion of part with part. The truth is, that law hitherto has been, and it would seem by the necessity of its being is always approaching and never reaching consistency. It is for ever adopting new principles from life at one end, and it always retains old ones from history at the other which have not yet been absorbed or sloughed off.*⁸⁸⁸

⁸⁸⁷ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 402-403.

⁸⁸⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, "Common Carriers and the Common Law", 13 *American Law Review* 609 (1879) reimpresso en reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 75-76.

7.1.5.4 SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

En su escrito *The Path of Law*, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., establece de forma insistente la importancia de que exista una separación tajante entre Derecho y Moral. Tan insistente es en el tema que para el Profesor Morton J. Horwitz, su reclamo convierte *The Path of Law* en el primer escrito de un jurista norteamericano que presenta claros indicios de positivismo jurídico.⁸⁸⁹

Esta insistencia en la separación de Derecho y Moral, es un intento de evitar que elementos morales afecten el Derecho. Dicho en otras palabras, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. entiende que tanto los estatutos jurídicos como la jurisprudencia se encuentran llenos de lenguaje y valoraciones de carácter moral.⁸⁹⁰ Este lenguaje moral, junto a las valoraciones morales que le acompañan ofrece la impresión al estudioso del Derecho, de que la ley toma en cuenta consideraciones de carácter moral al momento de entrar a resolver las situaciones sociales que se presentan ante ella. Ante esta realidad el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. propone el despojar, en lo posible, al lenguaje jurídico de los términos morales para de esta manera poder construir un Derecho basado en la razón y no en las emociones que son el resultado de las consideraciones morales. Veamos la manera en que lo expresó el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en *The Path of Law*:

⁸⁸⁹ Horwitz, Morton J., "The Place of Justice Holmes in American Legal Thought", Gordon, Robert W., Ed., *The Legacy of Oliver Wendell Holmes*, Stanford University Press, California, 1992, p. 67-68.

⁸⁹⁰ *The law is the witness and external deposit of our moral life. Its history is the history of the moral development of the race. The practice of it, in spite of popular jests, tends to make good citizens and good men.* Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 392.

For my own part, I often doubt whether it would not be a gain if every word of moral significance could be banished from the law altogether, and other words adopted which should convey legal ideas uncolored by anything outside the law. We should lose the fossil records of a good deal of history and the majesty got from ethical associations, but by ridding ourselves of an unnecessary confusion we should gain very much in the clearness of our thought. ⁸⁹¹

En el pasaje anterior se demuestra que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. está consciente de que al eliminar el lenguaje moral que aparece en el Derecho, estaríamos eliminando algo de nuestra historia. Sin embargo, esta convencido que el valor de lo que perdemos es inferior a lo ganado, pues tendríamos un sistema legal basado en la razón.

7.1.6 EL JUEZ OLIVER WENDELL HOLMES, JR. Y SU CONCEPCIÓN DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS.

7.1.6.1 EL JURISTA COMO MEDIADOR ENTRE DERECHO Y SOCIEDAD

En su escrito *The Path of Law*, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., nos describe las cualidades que debe tener un abogado:

For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics. ⁸⁹²

⁸⁹¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 396.

⁸⁹² Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 399.

Vemos como para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., el abogado del futuro debe ser un conocedor de estadísticas y economía, pues entiende que la función principal del abogado no es la aplicar el Derecho que se tiene escrito en los libros, sino la de construir un nuevo Derecho que se ajuste a las siempre cambiantes necesidades sociales. Desde la perspectiva del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., el Derecho se encuentra en constante cambio, para poder satisfacer las necesidades sociales. Y este trabajo de acercar el Derecho a la sociedad, de llevarlo de lo que es, a lo que debe ser, este trabajo de revolución permanente, es la principal tarea de los juristas.

Para cumplir con esta tarea, no basta con que el jurista sea un erudito y que pueda manejar la historia de las normas, no basta con el analizar lógicamente los conceptos jurídicos, es necesario además el adentrarse en la realidad actual, entender sus problemas, sus retos, y evaluar las posibles alternativas en términos de costos y beneficios. Por eso la exigencia del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. de que el abogado del futuro ha de ser diestro en el manejo de estadísticas y de economía, pues necesita estas herramientas para ser capaz de darle orientación al Derecho. La función de los abogados, no es otra que la aplicación del Derecho a los problemas sociales, y el manejo de ciencias como la economía y las estadísticas tendrán como resultado un Derecho que resulte útil para la convivencia social.⁸⁹³

⁸⁹³ Sobre las características del abogado del futuro puede verse a Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 402-403.

7.1.6.2 LA ACTIVIDAD JUDICIAL

El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. entiende que muchos de los casos que llegan a los tribunales son casos fáciles, esto es, casos en donde no hay problemas en determinar los hechos relevantes y donde resulta claro cuál es el Derecho que aplica a dicha situación. Existe sin embargo, otro tipo de casos, donde establecer la ley aplicable al caso no resulta nada claro. Una de esas situaciones es aquella en la que existe controversia en cuanto a los hechos, y dependiendo los hechos que el tribunal establezca como ciertos, variará el resultado ofrecido por el Derecho. Otra de estas situaciones, es aquella donde el derecho aplicable ofrece más de una posible solución válida para una misma situación de hechos. Por último, tenemos aquellas situaciones, que no están contempladas por el ordenamiento jurídico, razón por la cual el Derecho no ofrece ninguna respuesta.

Las situaciones antes señaladas, atentan contra la estabilidad del sistema, pues para quienes viven en sociedad, resulta necesario el poder prever, al menos en parte, las posibles decisiones de los tribunales, de manera que los ciudadanos puedan adaptar su conducta a las exigencias legales. Es en relación a estas situaciones, que la función de los jueces cobra mayor relevancia, pues cualquier decisión que tomen será una creación judicial de normas jurídicas.

Ante las situaciones antes descritas, puede apreciarse las limitaciones que tiene el análisis lógico-formal del Derecho, pues aunque nos pueda ofrecer una respuesta legalmente válida, no ofrece al juzgador de los hechos ninguna herramienta que le permita discriminar entre las posibles soluciones para seleccionar una respuesta. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., en estos casos difíciles la función del juez es la de

aplicar la política pública del Estado, y lo hará a partir de su interpretación, que siempre será subjetiva, de aquello que es la política pública. Al existir un elemento de subjetividad, resulta claro que otro juez, en igual situación, podría resolver válidamente de manera opuesta.

Veamos cómo lo explica el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., primero en su escrito, *Privilege, Malice and Intent*, nos dice:

*The ground for the decision really comes down to a proposition of policy of rather a delicate nature concerning the merit of the particular benefit to themselves intended by the defendants, and suggests a doubt whether judges with different economic sympathies might not decide such a case differently when brought face to face with the issue.*⁸⁹⁴

y luego en *The Path of Law* nos señala:

*It is because of some belief as to the practice of the community or of a class, or because of some opinion as to policy, or, in short, because of some attitude of yours upon a matter not capable of exact quantitative measurement, and therefore not capable of founding exact logical conclusions. Such matters really are battle grounds where the means do not exist for determinations that shall be good for all time, and where the decision can do no more than embody the preference of a given body in a given time and place.*⁸⁹⁵

Vemos como en ambas citas, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., establece que la decisión que tome el Juez en estos casos difíciles, viene

⁸⁹⁴ Holmes Jr., Oliver Wendell, 'Privilege, Malice and Intent', publicado originalmente en 8 Harvard Law Review 1 (1920) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 376.

⁸⁹⁵ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Path of Law*, publicado originalmente en 10 Harvard Law Review 457 (1897) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 397 .

a reducirse a un asunto de interpretación. No existe pues, una respuesta cierta en este tipo de situaciones.

El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., también se encarga de combatir la idea de que estos casos difíciles se resuelven mediante un análisis lógico. Entiende que esta percepción sobre la importancia que tiene el análisis lógico en la creación del Derecho, surge porque los jueces al momento de tener que fundamentar sus posiciones lo hacen de manera lógica, justificando sus decisiones con un análisis lógico-conceptual del derecho vigente. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. esto es tan solo el ropaje con que los jueces visten sus decisiones, creando así la ilusión que el derecho vigente sólo ofrecía una solución correcta para la situación, cuando en verdad la decisión del caso era un asunto de una aplicación subjetiva del Juez, de cuál es la política pública del Estado. En su escrito *The Path of Law* lo indica de la siguiente manera:

*The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment . . . You can give any conclusion a logical form.*⁸⁹⁶

Ya aquí se puede apreciar como el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. fue un precursor de las ideas planteadas por el realismo jurídico sobre el proceso judicial y los jueces, cuando afirman que en los casos difíciles los jueces deciden a partir de su idiosincrasia personal. Pero sobre este particular ya abundaremos más adelante.

⁸⁹⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Path of Law*, publicado originalmente en 10 Harvard Law Review 457 (1897) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 397.

7.2 INFLUENCIAS DEL PENSAMIENTO DEL JUEZ OLIVER WENDELL HOLMES, JR. EN EL DESARROLLO DEL PENSAMIENTO JURÍDICO NORTEAMERICANO.

7.2.1 EL PENSAMIENTO JURÍDICO NORTEAMERICANO: INTRODUCCIÓN.

Entre finales del Siglo XIX el Derecho Común Norteamericano sufre una transformación que lo llevó desde un pensamiento de corte naturalista hasta una visión jurídica con base en la modernidad. Pero estos cambios no surgen de la noche a la mañana, se requiere de juristas que mediante la exposición y la práctica de sus ideas siembren la semilla que posibilitará el desarrollo futuro del Derecho.

Entiendo que en el Derecho Común Norteamericano, son dos los juristas, contemporáneos entre sí, que establecen ese puente entre el Derecho Natural y el Derecho Moderno, me refiero a quien fuera electo como Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard bajo la presidencia de Charles Eliot, el Decano Christopher Columbus Langdell y a la figura central de esta Tesis, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. La aportación del Decano Langdell, se centra en el campo de la educación jurídica, donde su libro *Selection of Cases on the Law of Contracts* publicado en 1871, marca el comienzo de la educación jurídica moderna en los Estados Unidos.⁸⁹⁷

En cuanto al aspecto práctico del Derecho, es el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. quien sienta las bases para el desarrollo de las escuelas modernas en el Derecho Norteamericano. Si tomamos en consideración

⁸⁹⁷ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 13.

que todas las escuelas modernas de pensamiento jurídico desarrolladas en los Estados Unidos, presentan ideas jurídicas cuyas raíces se alimentan del pensamiento Holmesiano, resulta forzoso concluir que la figura del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. es un punto de inflexión en el desarrollo del pensamiento jurídico norteamericano, en especial en la transición entre una concepción del derecho basada en el Derecho Natural hacia una fundamentada en las ideas de la modernidad.

Al hablar de la modernidad en el contexto de las ideas jurídicas, nos referimos al momento en que un grupo significativo de quienes practican la profesión legal, asumen el proyecto de la ilustración.⁸⁹⁸ Si bien el periodo de la ilustración puede ser caracterizado de distintas maneras, para efectos de esta tesis nos referimos a un proyecto marcado por los siguientes elementos: 1) Escepticismo: ante las autoridades e instituciones fundamentadas en la fe religiosa y la tradición. 2) Racionalismo: una fuerte fe en la razón como la posibilidad de entender las leyes que rigen el mundo que nos rodea. 3) Secularismo: la separación entre el mundo secular y mundo espiritual 4) Idea del Progreso: como la convicción de que la humanidad podrá dominar y transformar el mundo.

En el campo jurídico las llamadas escuelas modernas asumieron los elementos básicos del pensamiento moderno. Estas doctrinas jurídicas de corte moderno se distinguen por asumir los siguientes elementos: 1) Escepticismo: ante cualquier explicación del Derecho basada en el “Derecho Natural” y en la tradición. 2) Racionalismo: aplicado a la tarea de fundamentar el campo jurídico por medio de la ciencia. 2) Secularismo: manifestado en una tajante separación entre el campo

⁸⁹⁸ Minda, Gary, *One Hundred Years of Modern Legal Thought: From Langdell and Holmes to Posner and Schlag*, 28 *Indiana Law Review* 353 (1995).

moral y el campo legal 3) Idea del Progreso: Confianza en el Derecho como viabilizador del progreso social.

Con el propósito de identificar la manera en que las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. han impactado el desarrollo del pensamiento jurídico moderno en el Derecho Común Norteamericano, he seleccionado las escuelas de pensamiento jurídico moderno en los Estados Unidos que a mi juicio han marcado de forma indeleble, la manera en que los norteamericanos entienden el Derecho. Las escuelas a las que me refiero son: El 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”.

Comenzaremos nuestro análisis con un breve recuento del Derecho Común Norteamericano, tomando como punto de partida el periodo comprendido entre el final de la Guerra de Independencia y el final de la Guerra Civil. Luego analizaremos de manera particular cada una de las escuelas modernas de pensamiento jurídico ya señaladas, para establecer su relación con las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr.

El desarrollo del pensamiento jurídico norteamericano pasa por distintas etapas desde el momento en que los Estados Unidos obtuvieron su independencia hasta llegar a la modernidad. En una primera etapa, situada en el periodo comprendido entre la Guerra de Independencia y la Guerra Civil, el sistema de derecho norteamericano estaba caracterizado por su naturalismo.⁸⁹⁹ Un sistema que visualizaba los principios que regulaban el Derecho Común, como principios universales, emanados de un derecho natural que es de aplicación, no sólo a los norteamericanos,

⁸⁹⁹ Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 9.

sino a todos los pueblos.⁹⁰⁰ Esta idea de un Derecho Natural llegó a los Estados Unidos vía Inglaterra por medio de los escritos jurídicos de Blackstone y llegó a afianzarse fuertemente en el sentimiento religioso de los habitantes de las colonias.⁹⁰¹

Durante esta época los tribunales se caracterizaban por una visión reduccionista, enfrentándose a los problemas legales de manera ad hoc, lo que dificultaba la posibilidad de elaborar principios legales de naturaleza general que le ofrecieran al Derecho Común un mayor grado de conceptualización filosófica jurídica facilitando así su organización y coherencia. Es mediante la aplicación de la doctrina del precedente que los tribunales norteamericanos fueron, poco a poco, desarrollando doctrinas jurídicas. Tarea que resultaba ser sumamente difícil, pues por medio de los precedentes se trataba, no solo de armonizar decisiones judiciales distintas entre sí, sino que al heredar el derecho inglés, en ocasiones había que construir derecho a partir de precedentes remotos en el tiempo, que en ocasiones se remontaban al siglo XII.⁹⁰²

Resulta importante señalar, que es durante ese periodo entre la Guerra de Independencia y la Guerra Civil, cuando surgen los primeros tratadistas sobre el tema del Derecho Norteamericano.⁹⁰³ El derecho norteamericano fue poco a poco nutriéndose de escritos tales como: *Essays on the Law of Contracts: For the Payment of Specifick Articles* de David Chipman, publicado en 1822, *An Essay on the Law of Contracts* de Gulian C. Verplanck publicado en 1825, *Commentaries on American Law*

⁹⁰⁰ Felman, Stephen M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 51.

⁹⁰¹ Reiman Mathias W., 'The Common Law and German Legal Science', publicado en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 78.

⁹⁰² Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989, p. 97.

⁹⁰³ Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 9.

de James Kent, cuyos cuatro volúmenes fueron publicados entre los años de 1826 al 1830 y *Elements of Law* de Francis Hillard, publicado en el 1835. Si bien estos autores comienzan a visualizar el Derecho como una ciencia no percibían ninguna contradicción entre el acercamiento científico al estudio del Derecho y la afirmación de sus bases estaban cimentadas en el Derecho Natural.⁹⁰⁴ Estos autores utilizaban el análisis lógico tan sólo para facilitar la comprensión de los principios jurídicos que formaban parte del Derecho Común, sin embargo, los principios analizados de esta manera eran principios fundamentados en el Derecho Natural. Es por esta razón que el análisis realizado por estos autores no puede entenderse como parte del pensamiento moderno.

7.2.2 EL FORMALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO.

7.2.2.1 ORÍGENES DEL MOVIMIENTO

Esta primera época del pensamiento jurídico norteamericano termina con el advenimiento de la Guerra Civil Norteamericana y el final de la guerra marca el comienzo de una tradición jurídica, ya afianzada dentro del pensamiento jurídico moderno, conocida como el Formalismo Jurídico Norteamericano. Al usar el término formalismo hacemos referencia a la idea de que las distintas áreas del conocimiento humano estaban interrelacionadas por medio de un grupo de principios de carácter científico, a los cuales era posible acceder por medio del análisis racional.⁹⁰⁵ El Derecho, al igual que las demás áreas del conocimiento humano, se comenzó a apreciar como una ciencia, especialmente en lo relacionado a la manera en que se estudiaba la carrera de Derecho.

⁹⁰⁴ Felman, Stephen M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 52.

⁹⁰⁵ Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 9-10.

Si bien en la Universidad de Columbia, su Decano Theodore William Dwight⁹⁰⁶ introdujo cambios significativos a la enseñanza del Derecho al introducir el método socrático en las aulas donde se estudiaba la carrera de Derecho, fueron las ideas de Christopher Columbus Langdell, Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, las que resultaron ser emblemáticas en el campo de la educación jurídica, al punto que algunos la consideran el comienzo de la educación legal moderna en los Estados Unidos.⁹⁰⁷

7.2.2.2 CONTRASTE ENTRE LAS IDEAS DEL JUEZ OLIVER WENDELL HOLMES JR. Y LOS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL FORMALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO.

Para el Decano Christopher Columbus Langdell, el Derecho es un sistema completo y formal, ordenado a partir de conceptos bajo los criterios de objetividad y consistencia. Al hablar de un sistema completo, Langdell se refería a la capacidad del sistema legal de ofrecer contestaciones correctas para cada situación que llegaba a los tribunales. Mientras que por formal, entendía que el sistema proveía las contestaciones correctas mediante la aplicación lógica de principios abstractos que emanaban de la jurisprudencia.⁹⁰⁸

La manera en que Langdell se acerca al derecho como ciencia, puede resumirse en los siguientes elementos: un enorme respeto por la doctrina del *stare decisis*, la identificación de los principios legales que se repiten

⁹⁰⁶ Theodore William Dwight, fue nombrado Decano de la escuela de Derecho de la Universidad de Columbia en 1857.

⁹⁰⁷ Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 9-10. Grossberg, Michael & Tomlins, Christopher, *Cambridge History of Law in America*, Vol. 2, Cambridge University Press, New York, 2008, p. 45.

⁹⁰⁸ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 13.

en los distintos casos, la identificación de un puñado de casos relevantes que contienen las doctrinas fundamentales de un campo del derecho en particular, la clasificación de dichas doctrinas para demostrar su interrelación en una estructura lógica.⁹⁰⁹ El método de Langdell partía del análisis concreto de la jurisprudencia mediante la utilización de un razonamiento inductivo para de esta manera derivar los principios fundamentales del Derecho. Ahora bien, una vez formulados los principios fundamentales del Derecho, estos eran clasificados y analizados, para mediante el razonamiento deductivo desarrollar un sistema legal coherente que permitiera la aplicación de dichos principios a cualquier problema planteado. Es por esto que la característica principal del sistema formal de Landgell es el uso de razonamiento lógico deductivo.⁹¹⁰

Hemos visto como el pensamiento jurídico anterior a la guerra civil, también utilizó como herramienta de trabajo el análisis lógico-deductivo, la diferencia con el formalismo jurídico, no estriba tanto en el tipo de análisis como en el objeto analizado. Bajo el pensamiento anterior a la guerra el análisis jurídico se volcaba en los principios fundamentales del Derecho Natural mientras que bajo el Formalismo Jurídico el objeto de análisis es un puñado de principios fundamentales del Derecho, los cuales fueron elaborados mediante el análisis inductivo de un sinnúmero de casos. Esto es, el objeto de estudio era también un producto del pensamiento y no el resultado de creencias metafísicas. Esta característica sumerge el Formalismo Jurídico Norteamericano dentro del pensamiento moderno.

⁹⁰⁹ Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 15.

⁹¹⁰ Felman, Stephen M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 94.

Otra característica del Formalismo Jurídico Norteamericano que lo integra a la modernidad lo es su expectativa de poder construir un sistema coherente que abarcara el análisis de todo aquello que era parte del Derecho. De esta manera, el Derecho podría ofrecer respuestas ciertas a los problemas sociales que se le presenten. Esta esperanza de que por medio de razón lograremos construir un sistema que nos ofrezca la solución correcta sobre los asuntos que se le presenten, es uno de los elementos distintivos del pensamiento de la modernidad.

A nuestro entender los elementos característicos del Formalismo Jurídico pueden ser resumidos de la siguiente manera:

Respeto al Stare Decisis: La doctrina legal emana de los casos resueltos por los tribunales, por lo que los tribunales deben ser fieles a la aplicación de los precedentes.

Racionalidad: La doctrina legal que surge de la jurisprudencia, puede ser a su vez estructurada de forma lógica, subsumiéndose en unos pocos principios fundamentales que rigen todo el sistema legal.

Neutralidad: El Derecho esta compuesto por principios universales, por lo que esta por encima de los intereses políticos.

Plenitud: El sistema legal tiene su propia lógica interna la cual es suficiente para resolver cualquier asunto que se le presente.

Formalidad: En el sistema legal basta con la aplicación lógica de principios abstractos que emanaban de la jurisprudencia para resolver correctamente los problemas jurídicos que se le plantean.

Llegado el momento de contrastar las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. con las presentadas por el Formalismo Jurídico Norteamericano, debemos puntualizar, que el Formalismo Jurídico sentó las bases para el desarrollo de la modernidad en el campo jurídico, su principal aportación es de carácter teórico y se realizó mayormente en las aulas universitarias, mediante la creación de libros y materiales de

estudio basados en casos y por medio de la tarea docente con la utilización del “case method” o método de estudio de casos.⁹¹¹

En cuanto al aspecto práctico, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. fue el propulsor de los principios del modernismo en el pensamiento jurídico norteamericano. Ahora bien, lo dicho anteriormente no significa que existiese total afinidad entre las ideas planteadas por el Formalismo Jurídico y del Decano Christopher Columbus Landgell y las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. Pasemos a discutir las semejanzas y diferencias existentes entre ambos.

Tanto el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., como los seguidores del formalismo jurídico compartían la visión de que el Derecho debería tener una base científica, por lo que ambos rechazaban los principios del Derecho Natural como fundamento del Derecho. De igual manera, ambos compartían el respeto a la doctrina del “Stare Decisis” por entenderla necesaria como mecanismo que ofrecía estabilidad al sistema. También compartían la esperanza de que en el futuro, el Derecho fuese la herramienta que permitiría el desarrollo progresivo de la humanidad. Sin embargo, existía una gran diferencia entre la manera en que se aplicaban estas ideas generales.

Para quienes se adherían al Formalismo Jurídico, la esencia del análisis del Derecho se encontraba en la elaboración y aplicación lógica de ciertos principios fundamentales, sin embargo para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. el análisis lógico resultaba incompleto para entender el fenómeno jurídico. Por entender que la esencia del Derecho era la experiencia humana y no la lógica, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr.,

⁹¹¹ Cabe señalar que el Decano Landgell no fue el creador del Case Method como tampoco se encargó de popularizarlo, esta tarea fue de James Bar Ames. Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 14.

entiende que el análisis histórico y contextual, resultan ser herramientas indispensables para entender el Derecho.

De otra parte, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. visualizaba el Derecho Común Norteamericano, como algo vivo, algo que se encontraba en constante desarrollo, algo que nunca llegaba a completarse.⁹¹² Por esta razón la idea de que todo el Derecho podría configurarse como un sistema completo, abarcador, que recogiera la totalidad del fenómeno jurídico, le resultaba ser totalmente ajena. Dicho en otras palabras, para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. el Derecho Común nunca fue concebido como un sistema perfectamente lógico y ordenado conceptualmente que podía ofrecer mediante la deducción lógica, una contestación correcta a cada una de las situaciones que se le presentara.⁹¹³

Por último, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. rechazaba la idea de la neutralidad del Derecho. Para el Juez Holmes, Jr. el Derecho era un instrumento que quedaba en manos de quienes ejercían el poder político, por lo que su contenido había de reflejar la política pública del estado. El único elemento de neutralidad, era la que debía ser asumida por el juez al abstenerse de promover sus ideas personales, para decidir a favor de promover la política pública del Estado.⁹¹⁴

⁹¹² *The truth is, that the law is always approaching, and never reaching, consistency. It is forever adopting new principles from life at the one end, and it always retains old ones. From history at the other, which have not yet been absorbed or sloughed off.* Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law* reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 133.

⁹¹³ Felman, Stephen M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 108.

⁹¹⁴ Novick, Sheldon, M., *Justice Holmes's Philosophy*, 70 *Washington U. L. Q.* 703, 732-735 (1992)

A modo de resumen podemos señalar que si bien el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., compartía el interés del Formalismo Jurídico Norteamericano de distanciarse del Derecho Natural, y el utilizar la razón en la construcción del Derecho; al mismo tiempo se distanciaba del Formalismo Jurídico en asuntos como el uso de la historia y el análisis contextual en el estudio del Derecho, su percepción del Derecho como algo vivo y en constante devenir gracias a su relación con la sociedad y su visión instrumentalista del Derecho, el que visualizada tan sólo como un mecanismo para promover la política pública del Estado.

7.2.3 REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO.

7.2.3.1 ORÍGENES DEL MOVIMIENTO

El llamado realismo jurídico norteamericano es una escuela de pensamiento que tiene sus raíces en el periodo posterior a la Primera Guerra Mundial y entre los años de 1920 y 1930, transformó el pensamiento jurídico de la época.⁹¹⁵ Se podría afirmar que el centro del movimiento era de naturaleza académica, que fue el promovido por un grupo de profesores de las Escuelas de Derecho de Columbia, Yale y John Hopkins.⁹¹⁶ El nombre del movimiento surge a raíz de un artículo de Karl Llewellyn, un profesor de derecho de la Universidad de Columbia,

⁹¹⁵ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 25.

⁹¹⁶ Entre dichos profesores se encuentran Walter Wheeler Cook, Underhill Moore, Herman Oliphant, Hessel Yntema, William O. Douglas, and Karl Llewellyn. Si bien estos profesores comienzan en la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, más adelante, estos profesores se moverán a otras escuelas de derecho, es así como entran en el mapa del realismo jurídico la Escuela de Derecho de Yale y el Instituto de Derecho de la Universidad de Johns Hopkins. Véase a Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_3, Springer+Business Media B.V., 2011

titulado *A Realistic Jurisprudence-The Next Step*.⁹¹⁷ Aunque cabe señalar que si bien, Llewellyn fue el primero en utilizar el término “realism” en su artículo, no fue hasta unos meses después que por primera vez se habla del realismo jurídico (“legal realism”) cuando este término es utilizado por Jerome Frank en su libro *Law and the Modern Mind*.⁹¹⁸

La popularidad del movimiento realista fue el resultado de un debate público, efectuado a través de sendos artículos de revista jurídica, entre Roscoe Pound, Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard y Karl Llewellyn. En 1931, el Decano Pound, publicó un artículo titulado *The Call for a Realist Jurisprudence*, en el que identifica las que entiende son las características del nuevo movimiento, para luego señalar algunas objeciones tales como, la confianza excesiva en la recopilación de estadísticas como si estas tuviesen un significado en sí mismas, la aplicación de métodos empíricos en el desarrollo de formulas que al aplicarlas al derecho dirijan nuestras acciones, la insistencia en tildar de ilusión al elemento racional en el derecho, entre otros.⁹¹⁹ El artículo termina con un listado de siete puntos que el Decano Pound considera deber ser un proyecto de trabajo futuro para los juristas realistas. Entendía el Decano Pound, que cumplir con ese programa de trabajo era necesario para el desarrollo del realismo jurídico como una escuela de pensamiento jurídico de relevancia.

Aunque el Decano Pound, no mencionó en su escrito el nombre de ningún jurista en relación a las críticas del realismo jurídico que hacía

⁹¹⁷ Llewellyn, Karl N., *A Realistic Jurisprudence-The Next Step*, 30 Columbia Law Review 431 (1930).

⁹¹⁸ Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Bretano's Inc, New York, 1930 sobre el uso por primera vez del termino (“Legal Realism”) puede verse a Horwitz, Morton, J., *The Transformation of American Law 1870-1960*, Oxford University Press, New York, 1992, p. 175.

⁹¹⁹ Pound, Roscoe, *The Call for a Realist Jurisprudence*, 44 Harvard Law Review 697 (1931)

en su artículo, ese mismo año Karl Llewellyn decide contestar el artículo de Roscoe Pound y escribe, con la colaboración de Jerome Frank, aunque este último no firma el artículo, una contestación al Decano Pound.⁹²⁰ En su artículo Llewellyn analiza una por una las críticas hechas por el Decano Pound y las somete a un análisis empírico tomando como base los escritos de unos 20 autores que identifica como realistas.⁹²¹ Luego Llewellyn pasa a exponer la naturaleza del llamado realismo jurídico. Para sorpresa de muchos Llewellyn señala que el realismo jurídico no es una escuela de pensamiento y que probablemente nunca lo sea, indica que el realismo es más bien un movimiento, donde los llamados realistas están unidos tan solo el hecho de ser críticos del formalismo.⁹²²

⁹²⁰ Llewellyn, Karl, *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, 44 Harvard Law Review 1222 (1931).

⁹²¹ Los nombres presentados por Llewellyn en la página 1226 n. 18 de su artículo, como autores realistas son los siguientes: Walter Bingham (Stanford), Charles Clark (Yale), Walter Wheeler Cook (Hopkins), Arthur L. Corbin (Yale), William O. Douglas (Yale), J. Francis (Oklahoma), Jerome Frank (Attorney, New York), Leon Green (Northwestern), J. C. Hutcheson (Judge in the 5th, Circuit), S. Klaus (Attorney, New York), Karl Llewellyn (Columbia), E. G. Lorenzen (Yale), Underhill Moore (Yale), Herman Oliphant (Hopkins), Edwing W. Patterson (Columbia), T. R. Powell (Harvard), Max Radin (Berkeley), Wesley Sturges (Yale), L. A. Tulin (Columbia), Hessel E. Yntema (Hopkins). Las entidades a las que estaban afiliados los juristas en el 1930-31 aparecen en Horwitz, Morton, J., *The Transformation of American Law 1870-1960*, Oxford University Press, New York, 1992, p. 309, n. 11.

⁹²² Llewellyn, Karl, *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, 44 Harvard Law Review 1222, 1233 (1931); sobre las cualidades o características del movimiento realista puede verse a Horwitz, Morton, J., *The Transformation of American Law 1870-1960*, Oxford University Press, New York, 1992, p. 187-192; Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 26-33 y Leiter, Brian, "Legal Realism" publicado en Patterson Dennis, Ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, Massachusetts, 1999, p. 262-278.

7.2.3.2 CONTRASTE ENTRE LAS IDEAS DEL JUEZ OLIVER WENDELL HOLMES JR. Y LOS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO.

Arriesgándome a cometer el mismo error que Llewellyn criticara al Decano Pound, entiéndase, el de pretender elaborar una serie de ideas para atribuir las al movimiento del realismo jurídico, me animo, con la ventaja que me ofrece el paso del tiempo, a resumir aquellos elementos que me parecen importantes a la hora de entender la relación entre las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. y las del Realismo Jurídico Norteamericano. 1) Rechazo al estudio teórico-abstracto del Derecho, 2) Escepticismo normativo, 3) Subjetividad como la característica primordial de la actividad judicial.

7.2.3.2.1 RECHAZO AL ESTUDIO TEÓRICO ABSTRACTO DEL DERECHO.

La primera muestra de afinidad entre algunas de las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. y el Realismo Jurídico Norteamericano es la relacionada al rechazo a estudiar el Derecho Común solamente a partir del análisis lógico conceptual. Sin embargo, ambos toman un camino algo diferente.

Para los realistas norteamericanos, el derecho es lo que en realidad hacen los tribunales, por lo que el estudio del Derecho debe limitarse al estudio de lo hicieron los tribunales ante situaciones concretas. Podemos pues afirmar, que para el Realismo Jurídico Norteamericano, el estudio del Derecho debe centrarse en el estudio empírico de la

jurisprudencia.⁹²³ Una vez obtenidos los datos empíricos, éstos deben ser analizados por medio de las herramientas que nos presentan las ciencias sociales. Entienden los realistas que a partir del estudio empírico de la manera en que los jueces deciden los casos, existe la posibilidad encontrar los patrones que siguen los jueces al tomar distintos tipos de decisiones.

La importancia de encontrar esos patrones de decisión, es que nos permitiría predecir las tendencias de los distintos jueces a decidir un tipo de caso de una manera en particular. Esto a su vez, nos permitirá poder predecir las decisiones futuras de los jueces, otorgándole así al Derecho una cierta estabilidad, necesaria para su buen funcionamiento.⁹²⁴

Este énfasis en la importancia de predecir el comportamiento de los Tribunales es un buen ejemplo de la estrecha relación existente entre el pensamiento jurídico filosófico del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. y aquellas del Realismo Jurídico Norteamericano. Podemos señalar la relación directa que existe entre el interés de la escuela realista norteamericana en predecir las decisiones de los Tribunales, y la famosa frase utilizada por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., en su escrito de *The Path of Law* cuando señala:

⁹²³ La contestación que Llewellyn redacta ante el artículo del Decano Pound, es un ejemplo del uso del empirismo, al contestar cada uno de los señalamientos realizados por el Decano Pound con un análisis estadístico de la data empírica recopilada de los escritos de 20 autores realistas.

⁹²⁴ Esta posición puede apreciarse en autores como Llewellyn en Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush*, Oceana, New York, 1930 y Cohen, F., *The Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 32 Columbia Law Review 809, 843 (1930). Puede verse además a Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_3, Springer+Business Media B.V., 2011, p. 84.

*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*⁹²⁵

Sin embargo, cabe señalar que para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., la manera de predecir las decisiones del tribunal, no surge del estudio empírico de la jurisprudencia, sino del estudio de la historia y realidad contextual que rodea la norma jurídica. El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. entendía que el estudio necesario para complementar el análisis lógico del Derecho, es el estudio de la historia de la norma jurídica y el contexto en que se desarrolla.

Si bien, tanto para Holmes, Jr. como para los autores del realismo jurídico, la capacidad de predecir el resultado de un caso tiene una relevancia práctica cuando nos acercamos al Derecho como profesión o negocio;⁹²⁶ debemos recordar sin embargo, que para Oliver Wendell Holmes, Jr. la función primordial del Derecho es la de servir como mecanismo para implementar la política pública del Estado, diferenciándose en ese sentido del pensamiento realista norteamericano.

Dicho en otras palabras, cuando el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. estudia la norma jurídica, mira al pasado, a la historia, lo hace visualizando la historia sólo como herramienta a ser utilizada en la construcción de la sociedad futura. El estudio de la historia de la norma y el contexto socio-económico donde se desarrolló, ofrece al jurista la información necesaria para analizar la efectividad de la norma jurídica a través del tiempo y evaluar la necesidad de hacer los cambios

⁹²⁵ Novick, Sheldon 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, p. 393.

⁹²⁶ Para el movimiento realista norteamericano, el punto de interés era el resolver las necesidades prácticas de los abogados litigantes al momento de asesorar a sus clientes. Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_3, © Springer+Business Media B.V., 2011, p. 106

correspondientes, de manera que la norma logre adecuarse a las necesidades de la sociedad.

7.2.3.2.2 ESCEPTICISMO NORMATIVO

Tanto para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. como para los realistas norteamericanos, existe una relación estrecha entre el Derecho y la sociedad. Para los realistas la manera en que entendían esa relación entre Derecho y sociedad era uno de los fundamentos de su escepticismo sobre las normas jurídicas.

Para el realismo jurídico norteamericano, la estrecha relación entre Derecho y sociedad es tomada antes que nada como crítica al formalismo jurídico. Entienden los autores realistas que por ser la realidad humana demasiado amplia y compleja, resulta imposible que el Derecho pueda ofrecer, a través de sus normas, una solución correcta a todo problema que le plantee la realidad, de aquí su escepticismo normativo.

Cabe señalar sin embargo, que los autores realistas no se adhieren a ninguna metodología, ni a ninguna visión filosófica particular al momento de analizar el Derecho. Es por esto que el Realismo Jurídico Norteamericano, tiene su foco en las técnicas jurídicas utilizadas por los tribunales y no en teorías interpretativas de la realidad jurídica. El realismo jurídico norteamericano enfatiza en su trabajo de crítica a la visión formal del Derecho y no en ofrecer maneras alternas de análisis

histórico o social para ser utilizados como instrumento en la construcción de un mejor orden social.⁹²⁷

Los realistas norteamericanos, son pues, escépticos ante la idea del formalismo de que las normas ofrecen la solución a los problemas sociales. Entienden quienes integran el realismo jurídico, que resulta imposible para las normas jurídicas el abarcar todas las posibilidades del campo real. Para los realistas jurídicos, la vida resultaba ser, de una parte, una actividad demasiado compleja, y de otra parte, algo que siempre se encuentra en un constante devenir, pues la vida nunca alcanza su forma final. Ante estas características resulta imposible que un conjunto normativo, entiéndase un sistema legal, pueda abarcar todos los aspectos de la vida humana.

Hemos visto como esta idea de una sociedad en constante cambio, que influencia y es influenciada a su vez por el Derecho, es uno de los elementos principales del pensamiento del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. Esta condición cambiante de la sociedad y sus estrecha relación con el Derecho, relación en la que ambos se influyen mutuamente, es para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. una de las razones por las que visualiza al Derecho como un instrumento capaz de promover la política pública del Estado. Es por esto además, que para Oliver Wendell Holmes, Jr. para entender el Derecho, hay que adentrarse en el estudio de la historia y el contexto social en que las normas fueron creadas.

⁹²⁷ Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_3, © Springer+Business Media B.V., 2011, p. 83.

7.2.3.2.3 SUBJETIVIDAD COMO CARACTERÍSTICA PRINCIPAL DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL.

Desde el punto de vista racional, los realistas norteamericanos planteaban la existencia de ciertos factores que comprobaban la imposibilidad de que el ordenamiento jurídico fuese suficiente para entender el Derecho. Señalan que el hecho de que una misma situación tuviese distintas soluciones legales o que la interpretación de los hechos de un caso pudiesen dar lugar a distintas soluciones, es prueba de que el Derecho no es suficiente para responder a las necesidades sociales. Y peor aún, entienden las decisiones judiciales están basadas, no en el Derecho vigente, sino en el elemento subjetivo del juzgador de los hechos.

Para los realistas la actividad judicial es una que esta plagada del elemento subjetivo. Al describir el proceso mediante el cual los jueces toman sus decisiones, los realistas señalan que comienza con una especie de corazonada⁹²⁸ en cuanto a ¿cuál debe ser la decisión correcta? Una vez el juez reconoce la solución al caso, se da a la tarea de fundamentarlo de manera lógica y coherente mediante el uso del Derecho.⁹²⁹

Los realistas reconocen que la mayoría de los casos ventilados en los Tribunales de primera instancia, son asuntos donde los jueces no tienen mucha discreción. Se trata usualmente de asuntos, donde tanto los

⁹²⁸ *The Judge really decides by feeling and not by judgement, by hunching and not by rationalization, such ratiocination appearing only in the opinion. The vital motivating impulse for the decision is an intuitive sense of what is right or wrong in the particular case;* Hutcheson, *The Judgement Intuitive: the Funtion of the 'Huntch' in Judicial Decisions*, 14 *Cornell Law Quaterly*, 274 según citado en Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2009, p. 108.

⁹²⁹ Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2009, p. 108-126.

hechos como el derecho, son presentados de forma clara, sin ambigüedades. Sin embargo, de igual manera los realistas entienden que en los casos de materia apelativa (siempre y cuando las apelaciones no hayan sido radicadas de forma frívola) el derecho ofrece a los jueces al menos dos soluciones válidas y mutuamente excluyentes para el mismo caso. En estas situaciones la decisión de los jueces conllevará un alto grado de subjetividad.⁹³⁰ Vemos aquí nuevamente el escepticismo normativo que tienen los realistas norteamericanos. Para quienes las normas jurídicas no tienen ningún efecto significativo en las decisiones que emiten los jueces.

Para la mayoría del movimiento realista norteamericano, los jueces al decidir sus casos toman en consideración factores de tipo cuantitativo (análisis de las diferentes posibilidades jurídicas) y personales (preferencias, visiones de mundo, aspectos psicológicos) y son estos últimos los que inclinarán la balanza a favor de uno u otro punto. De hecho, para los realistas, en aquellas ocasiones donde hay dos posibles soluciones legales para una controversia, la decisión se basará en los criterios personales (subjetivos) del Juez.

Cabe aclarar sin embargo, que para la mayoría de los realistas esto no significa que los jueces deciden arbitrariamente. Entienden los realistas que debido a su formación académica y a las expectativas profesionales y sociales que tanto el sistema, como el público al que sirven imponen sobre ellos, las decisiones tomadas por los jueces se mantienen dentro de un marco de razonabilidad.⁹³¹ Dicho en otras palabras las decisiones de los jueces son en parte, un producto social y no solamente el resultado del arbitrio individual.

⁹³⁰ Llewellyn, Karl, *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*, 44 Harvard Law Review 1222, 1239 (1931).

⁹³¹ Kronman, A., *The Lost Lawyer*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1993, p. 214.

Al contrastar esta visión del Realismo Jurídico Norteamericano con las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., vemos como ambos entienden que muchos de los casos que llegan a los tribunales son casos fáciles, esto es, casos donde el Derecho que aplica a la situación planteada resulta claro, y no hay problemas en la determinación de hechos relevantes. Existen sin embargo otro tipo de casos, donde establecer la ley aplicable no resulta nada claro. Una de esas situaciones es aquella en la que existe controversia en cuanto a los hechos, y dependiendo los hechos que el tribunal establezca como ciertos, variará el resultado ofrecido por el Derecho. La otra situación es aquella donde el derecho aplicable ofrece más de una posible solución válida. Es en estos casos donde la función de los jueces cobra mayor importancia, ante la necesidad de estabilidad del sistema, resulta necesario el poder prever, al menos en parte, las posibles decisiones de los tribunales.

Tal vez la única distinción que podemos establecer aquí es una de grado, mientras que para los realistas norteamericanos los casos apelativos representaban de por sí una clase, donde las decisiones judiciales serían de carácter subjetivo. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. el grupo de casos en los que el Derecho resultaba insuficiente era mucho más reducido.⁹³²

Otro punto de concordancia entre las ideas de los realistas norteamericanos y el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., estriba en que ambos sostienen que en el proceso decisional, el aspecto lógico-formal del Derecho, tiene lugar al momento de fundamentar las decisiones y no al momento de decidir. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. esta era

⁹³² Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_2, © Springer+Business Media B.V., 2011, p. 66-70.

la manera en que los Jueces ofrecían al público una imagen de certeza que solo pretendía esconder una decisión de política pública.⁹³³

Vemos pues, como el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. fue un precursor de las ideas del realismo jurídico, de su escepticismo sobre el Derecho, de la estrecha relación existente entre Derecho y sociedad, y aunque en menor grado, del elemento de subjetividad de las decisiones judiciales. Hemos visto además, como el realismo jurídico, a partir de las ideas del Oliver Wendell Holmes, Jr., cuestionaba la pretensión de certeza jurídica a la que aspiraba el formalismo jurídico. Pero esta aspiración de estructurar lógicamente el Derecho, de manera que pudiese ofrecer las respuestas correctas a las situaciones jurídicas que constantemente se presentaban, no fue erradicada por el realismo jurídico. En los años 70 surge un movimiento que entendía había encontrado la forma de satisfacer ese anhelo de corrección, nos referimos a la llamada escuela de “Law and Economics”.

7.2.4 LAW AND ECONOMICS

7.2.4.1 ORÍGENES DEL MOVIMIENTO

Las ideas centrales de la escuela de “Law and Economics”, tienen como base elementos, tanto del formalismo como del realismo jurídico. Del formalismo hereda la aspiración a estructurar el Derecho de manera lógica, a partir de conceptos fundamentales, los que a su vez permitirían el obtener las respuestas correctas a cualquier controversia jurídica que se presente. Del realismo jurídico recibe, la idea de que para manejar

⁹³³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Path of Law*, publicado originalmente en 10 Harvard Law Review 457 (1897) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 397

correctamente el Derecho hay que utilizar las herramientas que las ciencias sociales ponen a nuestro alcance, en especial el uso del conocimiento socio-económico.

La escuela de “Law and Economics” tiene su origen a principio de los años 60 y mantiene su vigencia hasta el día de hoy. Sus orígenes se remontan al artículo de Ronald Coarse, titulado “The Problem of Social Cost”⁹³⁴ En dicho artículo Coarse consideraba el problema de aquellas actividades económicas que tenían efectos nocivos en terceros, como por ejemplo los daños que ocasionan las emisiones de humo de una fábrica en los vecinos del lugar. La visión tradicional del problema era que el costo de los daños debería ser asumido por la parte que los ocasiona.⁹³⁵ Sin embargo, Coarse plantea que este problema debe ser visto desde la perspectiva de la eficiencia y que el atribuir costo de todos los daños a una sola parte puede conllevar el resultado de una distribución de costos poco eficientes.⁹³⁶

El planteamiento central de Coarse es que debemos visualizar el problema como uno de naturaleza recíproca, esto es si A ocasiona daños a B, el poner impedimentos a la actividad de A para que no ocasionen daños a B, equivale a imponer daños a A. Para analizar el problema Coarse utiliza el ejemplo de una ganadería cuyas piezas de ganado se comían parte de la cosecha de un agricultor, los daños son un resultado de naturaleza recíproca, pues si bien es cierto que de no haber ganado

⁹³⁴ Coase, Ronald, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law & Economics* 1 (1960)

⁹³⁵ La visión tradicional era planteada por Arthur Pigou (1877-1959) en su libro *The Economics of Welfare*, 4th. Ed., Macmillan, London, 1932 donde sostenía que el costo de esos daños debería ser internalizado por la empresa que los ocasiona, ya bien fuese a través de la imposición del pago de impuestos, la imposición de reglamentos que regulen la actividad o meramente por la imposición de daños extracontractuales (Torts). Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, 5th Ed., Carolina Academic Press, North Carolina, 2009, p. 208.

⁹³⁶ Rodes, Jr., Robert E., *Schools of Jurisprudence*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2011, p. 122.

no se habrían producido los daños a la cosecha, también es cierto que de no haber cosecha, la actividad de ganadería no hubiese ocasionado ningún daño.⁹³⁷ Dicho en otras palabras, Coarse entiende, contrario a la idea prevaleciente en ese momento, que cuando dos actividades se encuentran en conflicto los costos son el producto de la combinación de ambas actividades.

Un problema de naturaleza recíproca debe ser analizado a partir del análisis de costo beneficio de las distintas opciones, esto es el valor de lo que se obtiene frente al valor de aquello que tenemos que sacrificar para obtenerlo. Si una fabrica contamina y mueren peces, habría que analizar si el valor de los peces muertos es mayor o menor que el valor de los bienes producidos por la fábrica.⁹³⁸ Desde el punto de vista económico, si buscamos la mejor distribución de los recursos ambas partes tendrían que asumir los efectos nocivos al momento de considerar el curso de acción a seguir.⁹³⁹

En cuanto al resultado jurídico del problema Coarse entiende que los Tribunales al enfrentar estas situaciones se preocupan por establecer si las partes tienen derecho a actuar de la manera en que lo hicieron, cuando lo verdaderamente importante desde el punto de vista económico es visualizar una solución que maximice el valor de la producción. De hecho, plantea Coarse que en una situación hipotética, donde no

⁹³⁷ Coase, Ronald, *The Problem of Social Cost*, 3 Journal of Law & Economics 1 (1960), reimpresso en Witman, Donald A., *Economic Analysis of the Law*, Blackwell Publishing, Massachusetts, 2003, p. 9.

⁹³⁸ Coase, Ronald, *The Problem of Social Cost*, 3 Journal of Law & Economics 1 (1960), reimpresso en Witman, Donald A., *Economic Analysis of the Law*, Blackwell Publishing, Massachusetts, 2003, p. 4.

⁹³⁹ Coase, Ronald, *The Problem of Social Cost*, 3 Journal of Law & Economics 1 (1960), reimpresso en Witman, Donald A., *Economic Analysis of the Law*, Blackwell Publishing, Massachusetts, 2003, p. 9.

existiesen costos de transacción,⁹⁴⁰ el mercado se encargaría de que se obtuviese la solución más eficiente (la que maximiza el valor de la producción) sin importar cual de las partes sería favorecida por el Derecho.⁹⁴¹

Ahora bien, en un problema de características reales, donde existen costos de transacción, estos costos pueden distorsionar el efecto maximizador del valor de producción que tiene el mercado. Ante esta situación Coarse presenta cursos de acción alternativos para reducir los costos de transacción y aumentar así el valor de la producción. De aquí se desprende la idea de que la actividad gubernamental ha de tratar de imitar la manera en que actuaría el mercado en el caso de que no existiesen costos de transacción.⁹⁴²

La importancia del escrito de Coarse con respecto al Derecho estriba en que nos invita a analizar las situaciones jurídicas desde una perspectiva económica.⁹⁴³ Esto es, los abogados y jueces, al analizar un problema legal, han de tomar en consideración los resultados sociales de las

⁹⁴⁰ Por Costos de Transacción nos referimos a todos aquellos costos en que es necesario incurrir para que una transacción pueda llevarse a cabo. A modo de ejemplo podemos señalar el costo de identificar a todas las personas relevantes para la transacción, el costo de reunirlos, de llevar a cabo las negociaciones, de redactar los documentos correspondientes, hacer las investigaciones de hechos necesarias para asegurarse que los términos del contrato son los correctos, las reuniones necesarias para la firma del acuerdo y toda otro costo necesario para llegar al acuerdo final.

⁹⁴¹ Coase, Ronald, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law & Economics* 1 (1960), reimpresso en Witman, Donald A., *Economic Analysis of the Law*, Blackwell Publishing, Massachusetts, 2003, p. 10. Esta idea ha llegado a conocerse con el nombre del Teorema de Coarse véase a Rodes, Jr., Robert E., *Schools of Jurisprudence*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2011, p. 122 nota al calce 36. Por no ser un teorema en el sentido clásico, existen distintas versiones del llamado “Teorema de Coarse”, algunas de naturaleza sencilla, donde no se incluyen los costos de transacción y otras más elaboradas donde se incluyen estos últimos. Véase a Polinsky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, Aspen Publishers, New York, 2003, p. 14-15.

⁹⁴² Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, 5th Ed., Carolina Academic Press, North Carolina, 2009, p. 212.

⁹⁴³ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 92-93; Polinsky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, Aspen Publishers, New York, 2003, p. 16.

posibles soluciones jurídicas, de manera que la solución que sea seleccionada deberá ser aquella que resulte ser más eficiente (aquella que maximice el valor de la producción).

Con el transcurso de los años las ideas de esta escuela de pensamiento jurídico, han ido evolucionando, hasta el punto de algunos autores identifican dos distintas generaciones de juristas asociados a las ideas del “Law and Economics”.⁹⁴⁴ Cada generación es identificada a partir del cambio de perspectiva sobre las ideas centrales de esta escuela de pensamiento jurídico.

Los primeros teóricos del “Law and Economics”, se distinguían porque aunque rechazaban la idea de un sistema de derecho autónomo, todavía entendían que era posible el alcanzar algo parecido a una verdad legal universal. Visualizaban la economía como un saber de naturaleza autónoma que podía servir de base para fundamentar las decisiones de otras disciplinas no-autónomas como es el caso del Derecho.⁹⁴⁵ Estos juristas, al aplicar el saber económico al Derecho, lo hacían como quien aplica una teoría (la económica)⁹⁴⁶ a unos hechos particulares (los hechos jurídicos) y el resultado era una especie de conceptualismo económico muy parecido al conceptualismo del formalismo jurídico.⁹⁴⁷

Otro elemento característico de estos primeros teóricos del “Law and Economics” era su afinidad a las ideas conservadoras que promovían los economistas de la Universidad de Chicago. Ellos sentían un profundo

⁹⁴⁴ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 83-105.

⁹⁴⁵ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 85.

⁹⁴⁶ En cuanto a las herramientas de análisis utilizadas por el movimiento de Law and Economics puede verse a Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_5, © Springer+Business Media B.V., 2011, p. 190-93.

⁹⁴⁷ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 90 y 93.

respeto por el papel del libre mercado en la economía y entendían que la función del Derecho debería ser la de facilitar el libre juego del mercado, y cuando esto no fuera posible, la ley debería imitar las soluciones que ofrecía el mercado. Como resultado de estas ideas, los juristas del “Law and Economics” favorecían la aplicación de las políticas conservadoras de desregulación y veían con suspicacia los programas intervencionistas del llamado “welfare economics” que se popularizaron en la década de los 1960 en los Estados Unidos.⁹⁴⁸

En el campo judicial esta etapa intervencionista favoreciendo las políticas del “welfare economics” fue validada por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos bajo el liderazgo del Jefe Presidente del Earl Warren, entre los años de 1953 y 1969. El “Law and Economics” se convirtió en una especie de reacción conservadora contra el activismo judicial de la “Corte Warren” al poner el énfasis en el análisis económico de las consecuencias reales del sistema legal y no en la definición y correspondiente adjudicación de derechos como parte de un sistema normativo.⁹⁴⁹

La llamada segunda generación del “Law and Economics” abandonó la aspiración de convertir el Derecho en una ciencia que pudiera, por medio del análisis económico, ofrecer contestaciones verdaderas a los problemas que se le planteaban. Estos juristas entienden que el análisis económico continúa siendo útil para el Derecho, pero solo como una herramienta más para poder realizar observaciones empíricas sobre el comportamiento legal, pero aceptan que el Derecho como disciplina, y la norma jurídica y las decisiones judiciales en particular son de carácter indeterminado; además rechazan la idea de que la eficiencia económica

⁹⁴⁸ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 91.

⁹⁴⁹ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 95.

deba ser el criterio rector al momento de elaborar normas o tomar decisiones judiciales.⁹⁵⁰

Otro elemento fundamental que diferencia a los pensadores de la primera y segunda generación del “Law and Economics” es el rol que tiene el conocimiento micro-económico. Para los pensadores de la primera generación el enfoque de su trabajo era la aplicación de conceptos económicos al derecho, mientras que para la segunda generación, son dados a aplicar el análisis microeconómico al trabajo de la legislatura, las agencias reguladoras y los tribunales.

La segunda generación de pensadores del “Law and Economics” ha puesto un especial interés en explicar como los distintos organismos gubernamentales toman las decisiones de naturaleza pública, a partir de la idea de que todos actores en esos escenarios son a su vez, maximizadores racionales de sus intereses propios.⁹⁵¹ Estas ideas se han llegado a conocer con el nombre de “Public Choice Theory”, y su interés primordial es determinar cuánto de las acciones de los distintos oficiales gubernamentales, entiéndase los legisladores, jueces, administradores puede explicarse a partir de sus intereses particulares y no de su interés de servicio público.⁹⁵²

Para efectos de la discusión en el presente capítulo he decidido concentrarme en las ideas centrales de la primera generación de pensadores del “Law and Economics” por ser sus ideas aquellas que moldearon el perfil de la escuela de “Law and Economics” ofreciéndole

⁹⁵⁰ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 84-85 y 95.

⁹⁵¹ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 98.

⁹⁵² Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, 5th Ed., Carolina Academic Press, North Carolina, 2009, p. 220-221.

dirección e impulsando su difusión entre los académicos y jueces norteamericanos.⁹⁵³

7.2.4.2 CONTRASTE ENTRE LAS IDEAS DEL JUEZ OLIVER WENDELL HOLMES, JR. Y LOS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LA ESCUELA DE PENSAMIENTO CONOCIDA COMO “LAW AND ECONOMICS”.

La visión que tienen los teóricos de “Law and Economics” sobre el Derecho es una de carácter instrumental. Esto es, el Derecho es tan solo una herramienta para alcanzar unos fines, razón por la cual, si queremos entender el Derecho debemos identificar cuales son los fines que pretende alcanzar y ver como los distintos mecanismos internos del Derecho se conjugan con elementos externos para alcanzar o no el fin seleccionado. Vemos como bajo esta perspectiva el Derecho pasa a ser evaluado a partir de la obtención de sus fines.⁹⁵⁴ Las preguntas centrales serían si el sistema de Derecho actual logra alcanzar sus objetivos o si algunos cambios al sistema producirían mejores resultados.⁹⁵⁵

⁹⁵³ Si bien en un principio el campo de acción de la escuela de “Law and Economics” se circunscribió a áreas relacionadas con aspectos económicos, tales como las leyes sobre comercio, monopolios, y la responsabilidad civil extracontractual, su campo de acción se fue extendiendo para incluir el derecho de familia, el derecho penal y el constitucional. Véase a Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, 5th Ed., Carolina Academic Press, North Carolina, 2009, p. 201. Una idea más detallada de los distintos aspectos que abarca el campo de “Law and Economics” puede verse en Polinsky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, Aspen Publishers, New York, 2003, quien dedica catorce capítulos de su obra a las aplicaciones de “Law and Economics” a distintas áreas del campo jurídico.

⁹⁵⁴ Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_5, Springer+Business Media B.V., 2011, p. 184-185.

⁹⁵⁵ Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, 5th Ed., Carolina Academic Press, North Carolina, 2009, p. 202.

Bajo el análisis instrumental, nuestra visión del Derecho dependerá en gran manera de cuáles son las metas establecidas para el sistema y es aquí donde “Law and Economics” hace su primera aportación al pensamiento jurídico, al utilizar principios económicos para establecer los fines del Derecho. La escuela de “Law and Economics” entiende que el fin último del sistema de Derecho se encuentra en el bienestar social. Y dicho bienestar social debe ser definido en términos de eficiencia, esto es, habrá mayor bienestar en una sociedad que funcione eficientemente y esa eficiencia habrá de medirse en términos económicos. Para el “Law and Economics” el Derecho deberá aspirar a lograr decisiones que maximicen los beneficios sociales, después de haber considerado los costos relacionados a la decisión.⁹⁵⁶ Y para “Law and Economics” la eficiencia económica aumentará según aumenta la producción total en dicha sociedad.⁹⁵⁷

En cierta medida las ideas de “Law and Economics” vienen a llenar el vacío existente en la teoría moral utilitarista. Una idea básica del utilitarismo es que todo ser humano busca el maximizar el placer y disminuir el dolor. De la idea anterior se desprende que al momento de tomar decisiones sobre la manera moralmente correcta de actuar, el curso de acción elegido, ha de estar dirigido a promover el mayor placer al mayor número de personas. Ahora bien, la aplicación del pensamiento utilitarista a la toma de decisiones en asuntos que afectan grandes sectores sociales, presenta la dificultad de medir el aumento en placer en una sociedad. A este problema de naturaleza práctica, “Law and Economics” presenta una posible solución a partir del pensamiento económico, al señalar que la mejor manera en que podemos determinar lo que quiere la

⁹⁵⁶ Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_3, Springer+Business Media B.V., 2011, p. 185.

⁹⁵⁷ Felman, Stephen M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 129.

gente, y por ende, determinar aquello que les resulta placentero es analizando la forma en que los ciudadanos utilizan sus recursos.⁹⁵⁸

La idea fundamental detrás de “Law and Economics” es que todos los individuos buscan satisfacer sus deseos intereses, por lo cual, al enfrentarse a una situación particular, el comportamiento natural de los seres humanos será la búsqueda racional de aquella solución que le permita maximizar su bienestar. En palabras de Richard Posner:

*The basic assumption of economics is that people are rational maximizers of their satisfactions-all people (. . .) in all of their activities (. . .) that involve choice.*⁹⁵⁹

De lo anterior se desprende que la sumatoria de todos los actos individuales en búsqueda de bienestar (satisfactions), podría entenderse como la manera en que una sociedad en particular busca aquello que le proporciona bienestar (placer en el sentido de la teoría utilitarista). Para este análisis, “Law and Economics” da por descontado que la gente esta dispuesta a invertir sus recursos (por ejemplo a gastar su dinero o su tiempo) en aquellas cosas que desea, en aquello que le causa bienestar (placer en el sentido utilitarista). El análisis de la actividad económica de una sociedad dada, descubre ante nuestros ojos aquello que para dicha sociedad implica bienestar (placer). De esta manera, el problema práctico del utilitarismo, sobre cómo podemos medir el bienestar social, se contesta midiendo la manera en que son utilizados los recursos de dicha sociedad, tanto los de ciudadanos individuales, como los de sus instituciones, sean estas privadas o públicas.⁹⁶⁰

⁹⁵⁸ Un análisis de la relación entre las ideas de “Law and Economics” y el utilitarismo se encuentra en Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, 5th Ed., Carolina Academic Press, North Carolina, 2009, p. 203-205.

⁹⁵⁹ Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Massachusetts, 1993, p. 353.

⁹⁶⁰ Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, 5th Ed., Carolina Academic Press, North Carolina, 2009, p. 204-205.

En resumen, una sociedad utilizará sus recursos en la obtención de aquello que aumenta su placer o bienestar, y cada acción para que sea moralmente correcta, desde el punto de vista utilitarista, deberá estar dirigida a aumentar aquello que dicha sociedad entiende por beneficioso. Vemos así, como la teoría del “Law and Economics” bajo la teoría moral utilitarista pretende ofrecer al campo del Derecho la certeza de la toma de decisiones correctas, pretensión que formaba parte de las ideas del Formalismo Jurídico.

Nos parece pertinente aclarar que cuando hablamos de cada ciudadano busca racionalmente el maximizar su bienestar, el “Law and Economics” no se refiere a una perspectiva egoísta, pues dentro de la idea de bienestar propio se incluye el bienestar de terceras personas.⁹⁶¹ Y que dentro del concepto del bienestar (como “satisfaction”) se incluye además del aspecto monetario, cualquier otro elemento que tenga peso en la toma racional de decisiones humanas, por lo que el análisis económico del derecho resulta de aplicación prácticamente a todo aspecto jurídico.

. . . this definition embraces the criminal deciding whether to commit another crime, the litigant deciding whether to settle or litigate a case, the legislator deciding whether to vote for or against a bill, the judge deciding how to cast his vote in a case, the party to a contract deciding whether to break it, the driver deciding how fast to drive, and the pedestrian deciding how boldly to cross the street, as well as the usual economic actors, such as businessmen and consumers it is apparent that most activities, either regulated by or occurring within the legal system are grist for the economic analyst's mill.⁹⁶²

⁹⁶¹ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p.89.

⁹⁶² Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Massachusetts, 1993, p. 353-354.

Los partidarios del “Law and Economics” plantean que el análisis legal de prácticamente todas las áreas del Derecho se enriquece con la aplicación de conceptos fundamentales de la economía tales como la “Ley de la Demanda”, el computo de los costos de oportunidad y el criterio de eficiencia.⁹⁶³ Veamos brevemente la aplicación de estos tres conceptos al análisis jurídico, con el propósito de tener una idea más clara de la manera en que se utiliza el análisis económico en el derecho.

La llamada “Ley de la Demanda”, se refiere a la relación inversa entre el precio y la cuantía demandada. Esto es, a mayor precio menor demanda y viceversa. Utilizaremos el ejemplo propuesto por Posner en la cita anterior sobre el criminal que intenta tomar una decisión sobre si debe delinquir o no, para apreciar como se aplica el análisis económico a la actividad delictiva. Para el análisis económico del derecho, el castigo que impone la ley tiene es el equivalente al precio que la sociedad cobra por violar las leyes penales. Por lo que el a la medida que aumenta la pena o la probabilidad de que sea impuesta dicha pena, el criminal tendrá menos incentivos para continuar delinquiriendo.⁹⁶⁴

Dicho de otra manera, hay una relación inversa entre el aumento de la pena o de la probabilidad de ser penalizado y el número de delitos que se comete, tal y como funciona la Ley de la Demanda. Esta relación inversa puede observarse en otras áreas del Derecho. A modo de ejemplo podemos señalar el campo del derecho de contratos, donde se incorporan penalidades por el incumplimiento, el campo de la responsabilidad civil por daños extracontractuales y el campo de la derecho contributivo

⁹⁶³ Un análisis de estos tres conceptos fundamentales del análisis económico del derecho puede verse en Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 89-90.

⁹⁶⁴ El ejemplo pertenece a Richard Posner y aparece en Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 89.

donde la imposición de cargas contributivas puede verse como el precio sobre la actividad tributable, entre otros.

Por costos de oportunidad nos referimos al beneficio que se pierde cuando los recursos se utilizan de tal manera que otros no pueden utilizarlos. Richard Posner nos ilustra como este concepto resulta útil para cuantificar la pérdida sufrida por unos padre ante la muerte de su hijo. Puesto que el niño no generaba ingresos se podría argumentar que su muerte no ocasiona una pérdida pecuniaria a los padres. Pero mediante la aplicación de costos de oportunidad al evaluar el costo alternativo de todo lo invertido por sus padres en la crianza de sus hijo (tiempo, comida, ropa, educación y otros). Para Posner, la suma de estos costos sería el mínimo de la pérdida económica sufrida por los padres.⁹⁶⁵

El criterio de eficiencia en el mercado se refiere a la idea de que el mercado, a través del intercambio voluntario de bienes, logrará que los recursos sean utilizados de la manera más eficiente. Para efectos del análisis económico del derecho, eficiencia significa la utilización de los recursos económicos de manera que se maximice su valor (la satisfacción humana medida socialmente a través de la suma de la disposición de los consumidores a pagar por bienes y servicios).⁹⁶⁶ Para aquellos juristas que se adhieren a las ideas del “Law and Economics” el resultado más eficiente puede ser obtenido por medio del derecho cuando, ya bien

⁹⁶⁵ El ejemplo surge de Posner Richard, *Economic Analysis of the Law*, 2nd. Ed., Little Brown & Co., 1977, p. 7, según aparece citado en el libro de Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 89.

⁹⁶⁶ Posner Richard, *Economic Analysis of the Law*, 2nd. Ed., Little Brown & Co., 1977, p. 10, según aparece en Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 90.

mediante legislación, ya bien por medio de los tribunales, se toman las medidas necesarias para disminuir los costos de transacción.⁹⁶⁷

A continuación discutiremos distintos puntos de concordancia entre las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. y las de la escuela de “Law and Economics”.

7.2.4.2.1. VISIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO: LA CAPACIDAD DE PREDICCIÓN EN EL CAMPO DEL DERECHO.

Hemos visto en la discusión anterior, como para los juristas adscritos a las ideas del “Law and Economics”, resulta esencial que nos acerquemos al campo jurídico desde una perspectiva económica. Los conceptos de las ciencias económicas servirán para dotar al Derecho de una teoría que nos permita entender su naturaleza. Este acercamiento económico al Derecho nos permite entender las relaciones existentes entre los distintos actores y hasta predecir su comportamiento.

Recordemos que uno de los conceptos básicos de economía que hemos visto aplicado al Derecho es el de la llamada “Ley de Demanda”. Como discutiéramos anteriormente, la “Ley de la Demanda” nos muestra que existe una relación inversa entre el precio y la demanda, esto es, un aumento en el precio conlleva la disminución de la demanda y viceversa. El ejemplo que ofreciéramos de la aplicación de la Ley de la Demanda al Derecho, era del campo penal, donde se plantea que al concepto de pena puede aplicársele el mismo papel que al concepto de precio, a mayor

⁹⁶⁷ Es la posición presentada por Polinsky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, Aspen Publishers, New York, 2003, p. 15.

pena o mayor probabilidad de imposición de ésta, menor será la probabilidad de que el criminal decida continuar delinquiriendo. Este principio se aplica no solo al Derecho Penal, sino también a otras áreas del Derecho donde consecuencias no deseadas por el autor, se impongan sobre su conducta. A modo de ejemplo podemos señalar el campo de los daños y perjuicios extracontractuales, el derecho de contratos, el derecho contributivo y otros.

La idea de que el Derecho funcionaba a partir de una lógica económica, fue planteada por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., aunque no en los mismos términos, más de 60 años antes de que fuese vislumbrada por los teóricos de “Law and Economics”. En su escrito titulado *The Path of Law* el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. presenta a los lectores lo que se conoce como su Teoría de la Predicción. Bajo dicha teoría, el Derecho no es otra cosa que una predicción sobre la manera en que actuarán los Tribunales.

When we study law we are not studying a mystery but a well known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court. (. . .) The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.⁹⁶⁸

Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., la teoría de la predicción es de vital importancia, es lo que define el Derecho. El predecir como actuarán los Tribunales tiene además el efecto de convertir al Derecho en un negocio, el negocio de predecir como actuarán los tribunales.

⁹⁶⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Path of Law*, 10 Harvard Law Review 457 (1897) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 391.

People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.⁹⁶⁹

Para ilustrarnos su punto, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. recurre al ejemplo de un hombre malo y su relación con el Derecho.

You can see very plenty that a bad man has as much reason as a good one for wishing to avoid an encounter with the public force, (...) A man who cares nothing for an ethical rule which is believed and practiced by his neighbors is likely nevertheless to care a good deal to avoid being made to pay money, and will want to keep out of jail if the can.⁹⁷⁰

Vemos como para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. la capacidad de poder predecir la manera en que actuarán los jueces resulta ser vital importancia para entender la naturaleza del Derecho. De igual manera, entienden los juristas del “Law and Economics”, que la aplicación de los conceptos económicos a las situaciones jurídicas, tiene la potencialidad de poder predecir los resultados de las controversias planteadas ante los tribunales. Esta capacidad predictiva es importante para los teóricos del “Law and Economics” básicamente por las mismas razones que lo es para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., esto es, porque permite a los ciudadanos adaptar su conducta a las exigencias del Derecho, creando

⁹⁶⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Path of Law*, 10 Harvard Law Review 457 (1897) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 391.

⁹⁷⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Path of Law*, 10 Harvard Law Review 457 (1897) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 392.

así la estabilidad necesaria para que la sociedad funcione de manera más eficiente.

Podemos apreciar además, que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. utiliza la relación entre las penas y el criminal de la misma manera que la utilizan los juristas de “Law and Economics”, como un disuasivo a la conducta del criminal.⁹⁷¹ Y de igual manera que los juristas del “Law and Economics” entiende el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. que estos principios se aplican a las demás áreas del Derecho, pues los principios generales que justifican la imposición de responsabilidad en el campo civil son los mismo que la imponen en el campo criminal.⁹⁷² Esta visión del Derecho se asemeja a la de los teóricos del “Law and Economics” para quienes el sistema de Derecho en General no es mas que un sistema de precios.⁹⁷³ A modo de ejemplo podemos señalar, que bajo la visión de Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. de los contratos, la penalidad por el incumplimiento puede ser vista como un precio a pagar si una de las partes quiere invalidar el contrato.⁹⁷⁴

⁹⁷¹ Resulta claro que para los juristas del “Law and Economics” la función de la pena es la misma que la del precio al punto que Posner ha llegado a señalar que a la cárcel solo deben ir los criminales que no tienen el dinero suficiente como para “pagar” por el crimen cometido. Posner, R., *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 Columbia Law Review, 1193, 1203-1204 (1985).

⁹⁷² “... I shall presently try to show, that the general principles of criminal and civil liability are the same.” Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Little Brown, & Co. Boston, 1881 reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 137.

⁹⁷³ Alschuler, Albert W., *Law without values: The life, work, and Legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 2000, p. 177.

⁹⁷⁴ Puede entenderse además, que bajo la teoría contractual del riesgo planteada por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en *The Common Law*, que no existe ningún deber de cumplir con los contratos. Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963, p. 239. Véase además la discusión en Alschuler, Albert W., *Law without values: The life, work, and Legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 2000, p. 177.

7.2.4.2.2 LA IMPORTANCIA DE LA POLÍTICA PÚBLICA EN LAS DECISIONES JUDICIALES.

Para los juristas del “Law and Economics” la función de los jueces al tomar sus decisiones es la de maximizar el bienestar social. Al momento de tomar una decisión judicial, los jueces interpretan el Derecho, que no es otra cosa que interpretar aquellos acuerdos que los grupos de interés lograron cristalizar por medio de la legislación. Esta interpretación del derecho aplicable, se hace tomando en consideración, no solamente el derecho escrito y las costumbres sociales, sino que toma en consideración aquellos conceptos que tiene cada juez en cuanto a la política pública.⁹⁷⁵

La idea de que los jueces al tomar sus decisiones jurídicas están en realidad tomando decisiones de política pública, es parte del pensamiento del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. desde el 1894 en su escrito de *Privilege, Malice and Intent*.⁹⁷⁶ Fue en este trabajo que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. planteó lo que Morton Horwitz consideró como el primer “balancing test” en la historia del Derecho Común Norteamericano⁹⁷⁷ y la razón de ser de este “balancing test” no era otra cosa que ofrecer a los jueces una orientación sobre la manera en que deben trabajar los asuntos de política pública. En palabras del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr.:

When the question of policy is faced it will be seen to be one which cannot be answered by generalities, but

⁹⁷⁵ Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Massachusetts, 1993, p. 355-356.

⁹⁷⁶ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Privilege, Malice and Intent*, 8 Harvard Law Review 1 (1894).

⁹⁷⁷ *Above all, it is the first time, I believe, that a fully articulated balancing test has entered American legal history. Because of this development, perhaps it is the moment we should identify as the beginning of modernism in American legal thought.* Horwitz Morton J., Holmes in American Legal Thought’, en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992, p. 56-57.

*must be determined by the particular character of the case, even if everybody agrees what the answer should be . . . plainly the worth of the result, or the gain from allowing the act to be done, has to be compared with the loss it inflicts. Therefore the conclusion will vary, and will depend on different reasons according to the nature of the affair.*⁹⁷⁸

Y más adelante señala:

*It seems to me desirable that the work should be done with express recognition of its nature. The time has gone by when law is only an unconscious embodiment of the common will. It has become a conscious reaction upon itself of organized society knowingly seeking to determine its own destinies.*⁹⁷⁹

Podemos apreciar como esa exhortación de que los jueces al momento de decidir deben sopesar el valor o la ganancia que resultaría de determinada decisión, contra el valor de aquello que se perdería con dicha decisión, no es otra cosa que una decisión en la que los jueces aplican sus ideas personales de aquello que es la política pública del Estado. Por ser una interpretación personal, lo que un juez entiende como la política pública del Estado, no será necesariamente lo que otros jueces entiendan, sin embargo, este carácter subjetivo de las decisiones de política pública no es óbice para que los Jueces evadan el tomar las decisiones. Al contrario, para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. resulta necesario, no solamente que los jueces decidan asuntos de política pública, sino que expongan el proceso de análisis utilizado. Por último,

⁹⁷⁸ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Privilege, Malice and Intent*, publicado originalmente en 8 Harvard Law Review 1 (1894) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 373.

⁹⁷⁹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Privilege, Malice and Intent*, publicado originalmente en 8 Harvard Law Review 1 (1894) y reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 377.

cabe enfatizar que el esquema utilizado para tomar dichas decisiones es uno de naturaleza económica, donde se contrastan el valor o la ganancia obtenida con la decisión contra el valor de lo que se pierde.

Luego en *The Path Of Law* el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. vuelve a señalarnos que, aunque esto no sucede en la mayoría de los casos, resulta inevitable que los jueces entren a tomar decisiones donde deben sopesar los costos y beneficios que tiene dicha decisión para la sociedad, esto es decisiones de política pública.

I think that the judges themselves have failed adequately to recognize their duty of weighing considerations of social advantage. The duty is inevitable, and the result of the often proclaimed judicial aversion to deal with such considerations is simply to leave the very ground and foundation of judgments inarticulate, and often unconscious, as I have said.⁹⁸⁰

En resumen, podemos señalar que tanto el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. como los juristas del “Law and Economics” ven el proceso judicial como uno en que las decisiones de los jueces deber ser útiles (eficientes en lenguaje económico) para la sociedad. Y la manera de evaluar el beneficio social de las decisiones judiciales, no es otro que una evaluación costo-beneficio, esto el valor de lo que se obtuvo contra el valor de lo que se perdió.

7.2.4.2.3 LA IMPORTANCIA DE LA ECONOMÍA EN EL ANÁLISIS DEL DERECHO.

⁹⁸⁰ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Path of Law’ reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 398.

El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. visualiza el Derecho desde una perspectiva instrumental, el Derecho es un mecanismo que ha de ser puesto en función del beneficio de la sociedad, de ahí surge la importancia del tema económico para el estudio del Derecho. Si el Derecho esta en función de la sociedad la mayoría del tiempo invertido por aquellos que se dedican al Derecho, debe estar dirigido al estudio de los fines que se persiguen y las razones por lo que resultaría conveniente el que podamos alcanzar dichos fines. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. es el estudio de la economía la manera en que podemos obtener contestaciones sobre al cuáles son los fines que debemos perseguir y cuan conveniente resulta dicha decisión.

I look forward to a time when the part played by history in the explanation of dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reason for desiring them. As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics.⁹⁸¹

Y más adelante señala que:

In the present state of political economy . . . we are called on to consider and weigh the ends of legislation, the means of attaining them, and the cost. We learn that for everything we have to give up something else, and we are taught to set the advantage we gain against the other advantage we lose, and to know what we are doing when we elect⁹⁸²

⁹⁸¹ Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 402.

⁹⁸² Holmes, Jr., Oliver Wendell, 'The Path of Law' reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 403.

No resulta extraño que para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. el conocimiento de la economía resulte ser una característica indispensable de los abogados en el futuro.

*For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.*⁹⁸³

A modo de resumen podemos señalar, que tanto el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., como los juristas del “Law and Economics”, visualizan el Derecho como un instrumento para el beneficio social. Además visualizan la economía como aquella herramienta que ofrecerá los criterios necesarios tanto para orientar adecuadamente nuestras decisiones jurídicas, como para luego corroborar cuantitativamente si hemos logrado alcanzar los efectos esperados.

Vemos como esta característica es parte de una visión moderna del Derecho pues parte de la premisa de que existe la posibilidad de construir el Derecho con características de ciencia moderna. Es decir, tanto la primera generación del movimiento “Law and Economics” como Oliver Wendell Holmes, Jr., entienden que el conocimiento económico brindará a los juristas la oportunidad de desarrollar un sistema de derecho que se ajuste a las necesidades del momento histórico, un sistema que le permita construir de forma conciente un mejor futuro para la sociedad. Y es precisamente esa idea del progreso, de que podemos caminar hacia un mundo mejor una de las características fundamentales del pensamiento moderno.

⁹⁸³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Path of Law’ reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 399.

7.2.5. LAS ESCUELAS CRÍTICAS

7.2.5.1 ORÍGEN Y DESARROLLO DE LAS ESCUELAS CRÍTICAS – CRITICAL LEGAL STUDIES

Las llamadas escuelas críticas de pensamiento jurídico pueden trazar su origen a 1977. En esta fecha un grupo de académicos se reunió en la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin y formaron una *The Conference on Critical Legal Studies*.⁹⁸⁴ La invitación a esta conferencia era una amplia, pues convocaba a todos los académicos que tenían un acercamiento crítico al estudio del derecho en la sociedad. De esta manera se pretendió incorporar al movimiento no sólo a profesores de Derecho, sino también a aquellos académicos que trabajaban en campos relacionados.⁹⁸⁵ Dicho en otras palabras, el movimiento de los “Estudios Críticos del Derecho” aspiró desde sus comienzos a ser un movimiento que enlazara a varios intelectuales que trabajaban en diversos proyectos de naturaleza social y política.⁹⁸⁶

Una de las características que distingue a los integrantes del “Critical Legal Studies”, es su participación activa en asuntos de naturaleza política, y tal vez el campo en que más se puede apreciar ese trabajo político es en las propias escuelas de derecho. Por un lado, debemos señalar que muchos de los integrantes del movimiento estudiaron derecho en los años 60, década que se caracterizó por el descontento

⁹⁸⁴ Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1987, p. 1; Schlegel, J. H., *Notes toward and intimate, opinionated and affectionate history of the conference on legal studies*. 36 *Stanford Law Review* 391 (1984).

⁹⁸⁵ Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1987, p. 1.

⁹⁸⁶ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 106.

estudiantil con el derecho estudiado en los libros de texto y su incapacidad para resolver los problemas sociales, que las luchas por los derechos civiles y contra la guerra de Vietnam, habían traído a la palestra pública.⁹⁸⁷

Una vez estos estudiantes comienzan a trabajar como profesores de Derecho en distintas universidades en los Estados Unidos comienzan a luchar reformar los currículos de las escuelas de Derecho. Entre las luchas de mayor importancia en el campo de las reformas curriculares podemos señalar las posiciones asumidas por el “Critical Legal Studies” a favor de aumentar la enseñanza práctica del Derecho mediante el desarrollo de programas clínicos, la búsqueda de mayor diversidad en la contratación de profesores(ras) y el reconocimiento de la importancia de que los profesores y profesoras pudieran contar con permanencia en sus puestos (“Tenure”).⁹⁸⁸

En términos generales el Critical Legal Studies se caracterizó por su fuerte crítica al “Liberal Legalism”, término que se utiliza para representar el llamado “mainstream” (pensamiento mayoritario) en la profesión legal estadounidense, bajo el paradigma liberal.⁹⁸⁹ Sus características

⁹⁸⁷ Berta E. Hernández-Truyol, Angela Harris & Francisco Valdés, *Beyond the First Decade: A Forward-Looking History of LatCrit Theory, Community and Praxis*, 17 Berkeley La Raza L.J. 169, 175 (2006); Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, New York, 1997, p. 436-437; Stevens, Robert, *Law School: Legal Education in America from 1850s to the 1980s*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, NC, 1983, p. 234-247.

⁹⁸⁸ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 112; Tal vez el escrito más representativo de las críticas a la educación liberal que ofrecían las escuelas de derecho fue el escrito de Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*, A Far Press, Cambridge, 1983.

⁹⁸⁹ Entre las características del “Legal Liberalism” se encuentra la creencia de que la sociedad se compone de individuos, que el estado ejerce su control sobre los individuos por medio del Derecho, que las normas jurídicas fueron diseñadas para alcanzar un propósito social y se aplican de igual manera a todos los ciudadanos, que el comportamiento de los actores sociales tiende a ser afín a las normas y que la

primordiales consistían en promover la importancia de aquellos valores relacionados a la autonomía y los intereses individuales, a la vez que negaba la importancia de los valores comunitarios.

Desde el punto de vista estructural, los autores del “Critical Legal Studies” critican el Derecho por ser una estructura jerárquica e injusta, carente de los valores de la neutralidad, y la objetividad. La crítica fue realizada desde distintas perspectivas, de una parte una fuerte crítica por la falta de correspondencia entre el Derecho que aparecía en los libros y la manera en que era puesto en práctica y una crítica del carácter ideológico del Derecho, al ser percibido como un mecanismo de opresión y dominación política, social y económica.⁹⁹⁰

Ante el desarrollo y popularización del pensamiento posmoderno a finales del Siglo XX, los autores del “Critical Legal Studies”, incorporan el uso de la deconstrucción como herramienta para efectuar su crítica jurídica. A partir de mediados de la década del 1980, los autores del “Critical Legal Studies” asumen una crítica de carácter post estructuralista y deconstructivista, con la idea de hacer evidente que la interpretación de los textos legales es un acto sumamente complejo en el que intervienen varios factores contextuales.⁹⁹¹ La deconstrucción permite a los autores

interpretación, aplicación y desarrollo de dichas normas ocurren de acuerdo al concepto de la separación de poderes. Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, New York, 1997, p. 439-440.

⁹⁹⁰ Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, New York, 1997, p. 448-449. Para un análisis detallado de las críticas realizadas por el Critical Legal Studies a la base fundacional del sistema de Derecho Liberal véase a Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_6, Springer+Business Media B.V., 2011, p. 215-258.

⁹⁹¹ Para este giro, los autores del “Critical Legal Studies” se nutren de las ideas de otros pensadores en áreas ajenas al derecho. Se hacen relevantes los trabajos de Hans Georg Gadamer, quien presenta el acto hermenéutico como un evento ontológico y señala que toda interpretación está mediada por una tradición comunitaria que permite la formación de prejuicios e intereses en quien interpreta; Thomas Kuhn, quien establece que los científicos interpretan el mundo a partir de un paradigma (visión de mundo) aceptada por la comunidad científica, y Jacques Derrida, quien mediante la deconstrucción nos presenta como en la interpretación de un texto existe una

del “Critical Legal Studies” rescatar los significados alternativos, que subyacen en el texto legal. El propósito de utilizar esta herramienta era el hacer evidente la complejidad y la imprecisión de los textos legales.⁹⁹² En su afán por deconstruir el derecho, llegan incluso a someter al análisis deconstructivista, no solo la doctrina jurídica y los casos resueltos bajo el “Liberal Legalism”, sino las ideas críticas de sus propios autores.⁹⁹³

El asumir la crítica deconstructivista conllevó que los autores del “Critical Legal Studies” sufrieran el menosprecio, tanto de autores conservadores como liberables. Esto por considerar que la crítica deconstructivista, si bien tenía la virtud de destruir las bases fundacionales sobre las que se sustentaba el sistema de Derecho, no aportaba sin embargo, ninguna alternativa viable que permitiera sustentar un sistema jurídico. De aquí que los autores críticos deconstructivistas fueran tildados de “nihilistas jurídicos”.⁹⁹⁴

interpretación privilegiada y otra subordinada. Feldman Stephen M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism: an Intellectual Voyage*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 30-38; 151-152.

⁹⁹² Entre los autores que representan la crítica deconstructivista del Derecho, podemos señalar a modo de ejemplo a: Clare Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 Yale Law Journal 997 (1985); Drucilla Cornell, *Toward a Modern/Postmodern Reconstruction of Ethics*, 133 U. PA. L. Rev. 291 (1985); Gerald E. Frug, *The Ideology of Bureocracy in American Law*, 97 Harvard Law Review 1276 (1984). Sobre este particular puede verse a Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 116-120 y su nota al calce número 49 y a Jack M. Balkin, *The Crystalline Structure of Legal Thought*, 39 Rutgers L. Rev. 1 (1986).

⁹⁹³ Uno de los ejemplos sobre este particular es la tesis presentada por Duncan Kennedy, donde fundamenta la indeterminación del Derecho en una “contradicción fundamental” entre individuo y comunidad. Para los deconstructivistas, que sostienen que toda interpretación jurídica no es más que el privilegiar una interpretación sobre otros posibles significados, el hablar de una contradicción fundamental resulta en una imposibilidad, pues para hacerlo habría que aceptar que en el derecho existe una estructura jerárquica de significados que permite sustentar una interpretación jurídica estable. Sobre este particular puede verse a Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 116.

⁹⁹⁴ Véase a Stick, John, *Can Nihilism Be Pragmatic?*, 100 Harvard Law Review 332, (1998) y Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 123.

El énfasis en la deconstrucción también fue motivo de fuerte debate dentro de las filas del movimiento del “Critical Legal Studies”. La crítica deconstructivista fue rechazada por aquellos autores críticos, que por sus ideas progresistas, aspiraban a utilizar el Derecho como mecanismo para promover y sustentar una agenda política de avanzada.⁹⁹⁵

A esta tensión interna del “Critical Legal Studies”, motivada por el giro deconstructivista de algunos de sus autores, se le unió un proceso de fragmentación, en el que se fueron solidificando pequeños subgrupos dentro del movimiento amplio que representaba el “Critical Legal Studies”. Como resultado de estas fuerzas internas el “Critical Legal Studies” fue perdiendo su brillo como movimiento aglutinador de distintas formas de pensamiento, perdiendo así su protagonismo ante otros grupos emergentes que se gestaron en su seno.⁹⁹⁶

Ya para finales de la década del 1980, el movimiento del “Critical Legal Studies” comenzó a dividirse paulatinamente, primero se dio la aglutinación de varios de sus integrantes en pequeños subgrupos que volcaban su atención en el tema de la identidad, enfatizando las críticas desde las perspectivas de género y raza. Estos teóricos del CLS se esforzaron en demostrar que el Derecho fue construido desde la perspectiva “universal”, en la que los valores del hombre, blanco y de clase media, se tenían por valores “universales”. Mediante una crítica del

⁹⁹⁵ Algunos autores perciben este choque dentro del “Critical Legal Studies” como un choque generacional y el Prof. Minda nos ofrece como ejemplo de este choque el debate entre Mark Tushnet como representante de la vieja guardia de “Critical Legal Studies” y Garry Peller, como representante de una nueva generación. Las posiciones de ambos fueron presentadas en artículos publicados en la revista jurídica en la Universidad de Georgetown. Tushnet, Mark, *The Degradation of Constitutional Discourse*, 81 Georgetown Law Journal 251 (1992); Peller, Gary, *The Discourse of Constitutional Degradation*, 81 Georgetown Law Journal 313(1992); Tushnet, Mark, *Reply*, 81 Georgetown Law Journal 343 (1992). Sobre esta discusión véase a Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 125-126.

⁹⁹⁶ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 125.

Derecho a partir de las identidades de género y raza, se lograba demostrar que las categorías jurídicas y culturales no eran naturales, ni universales, sino constructos sociales que respondían a un contenido ideológico particular.⁹⁹⁷ Con el paso del tiempo estos subgrupos del “Critical Legal Studies” crecieron y se consolidaron en escuelas de pensamiento jurídico por derecho propio, convirtiéndose en lo que hoy se conoce como el “Feminist Jurisprudence”⁹⁹⁸ y el “Critical Race Theory”.

7.2.5.2 ORÍGEN Y DESARROLLO DE LAS ESCUELAS CRÍTICAS – FEMINIST JURISPRUDENCE

Si bien es cierto que el “Feminist Jurisprudence”, como movimiento de pensamiento jurídico tiene sus comienzos dentro del “Critical Legal Studies”, no es menos cierto que sus raíces se nutren del movimiento de liberación femenina de los 1960 y de las críticas sociales realizadas por dicho movimiento.⁹⁹⁹ Tal como lo hiciera el “Critical Legal Studies”, las primeras autoras de la jurisprudencia feminista enfatizaron en la crítica ideológica del sistema jurídico, al visualizar el sistema legal que estaba diseñado para perpetuar la sociedad patriarcal.¹⁰⁰⁰ Las autoras del

⁹⁹⁷ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 125.

⁹⁹⁸ En esta tesis utilizaremos el término “Feminist Jurisprudence” por ser este el más utilizado para describir la crítica realizada al sistema de Derecho desde la perspectiva de la mujer, aunque reconocemos que algunas autoras que trabajan estos temas tienen sus reparos a la utilización de dicho término. Véase por ejemplo a Robin West quien entiende que el hablar de un “feminist jurisprudence es una anomalía conceptual. Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 U. Chicago L. Rev. 1, 4 (1988). Cabe señalar que según indica Gary Minda el término “Feminist Jurisprudence” fue utilizado por primera vez por Ann Scales, en su artículo *Toward a Feminist Jurisprudence*, 56 Ind. L. J. 375 (1981); Véase a Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 129.

⁹⁹⁹ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 128.

¹⁰⁰⁰ Quizás la autora que, en esta primera etapa del movimiento, plateó con mayor vehemencia la manera en que el Derecho era un mecanismo para sostener la sociedad patriarcal lo fue Catherine MacKinnon con su artículo *Feminism, Marxism, Method and the State: Towards a Feminist Jurisprudence*, publicado en 1983. Para MacKinnon no era tan solo que la ley reflejara la sociedad patriarcal, una sociedad en la que las

“Feminist Jurisprudence” enfatizan en que no es la naturaleza, sino la cultura, y el Derecho como una de sus manifestaciones, quienes han relegado a la mujer a la “esfera privada” de los asuntos domésticos, subordinándola económicamente a los hombres.¹⁰⁰¹

Se ha realizado varios intentos para identificar y agrupar las diversas ideas que promueven las autoras feministas. En esta tesis utilizaré la división presentada por Linda J. Lacey,¹⁰⁰² quien agrupa a las autoras feministas en tres categorías: el feminismo liberal, el feminismo cultural y el feminismo radical.¹⁰⁰³ De esta manera procederemos a hechar un rápido vistazo a las ideas principales del “Feminist Jurisprudence”.

Bajo la categoría de Feminismo Liberal, Linda Lacey agrupa la discusión de un primer grupo de autoras feministas que entendían que el objetivo central del feminismo era la lograr la igualdad formal ante al ley.¹⁰⁰⁴ Esta

mujeres estaban subordinadas al hombre, sino que lo hacía bajo la ilusión de ser objetivo y racional, autovalidando así el sistema legal ante la sociedad. En palabras de MacKinnon “Such law not only reflects a society in which men rule women; it rules in a male way”. MacKinnon, Catharine, *Feminism, Marxism, Method and the State: Towards a Feminist Jurisprudence*, 8 Signs 635 (1983).

¹⁰⁰¹ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 129. Para un análisis detallado de los planteamientos feministas sobre la complicidad del Derecho en la opresión por género puede verse a Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_6, Springer+Business Media B.V., 2011, p. 244-257.

¹⁰⁰² Lacey, Linda J., *Introducing Feminist Jurisprudence: An analysis of Oklahoma's Seduction Statute*, 25 Tulsa L. J. 775, 780 (1990).

¹⁰⁰³ Otras divisiones del “Feminist Jurisprudence” que resultan relevantes son las de Cass Sustein, quien presenta también una división en tres grupos: “difference”, “difference voice” y “dominance”. Sustein, Cass, *Feminism and Legal Theory* (Book Review), 101 Harvard L. Rev., 826 (1988). Cabe señalar que la división de Sustein fue la asumida por Gary Minda en su artículo *Jurisprudential Movements of the 1980's* publicado en 1989 en el *Ohio State Law Journal*. Mientras que Robin West presenta dos grandes grupos, el feminismo cultural y el feminismo radical. *West, Jurisprudence and Gender*, 55 U. CHI. L. Rev. 1, 4 (1988). La división presentada por Lacey y utilizada en esta tesis, corresponde, a grosso modo, con las categorías de Sustein y mientras que adopta los dos términos utilizados por West, añadiéndole la categoría de feminismo liberal.

¹⁰⁰⁴ Lacey, Linda J., *Introducing Feminist Jurisprudence: An analysis of Oklahoma's Seduction Statute*, 25 Tulsa L. J. 775, 788 (1990).

posición fue objeto de un fuerte debate entre quienes planteaban que las leyes deben tratar a todos por igual y quienes entendían que el derecho debería reconocer unas diferencias básicas entre el hombre y la mujer y ofrecer a ésta última unos beneficios especiales cuando sea meritorio, como en el caso de los beneficios por maternidad. Este debate fue conocido como el “sameness/difference debate”. Bajo este debate distintas autoras feministas de tendencia liberal se dieron a la tarea de escribir concentrando sus esfuerzos en temas relacionados con los derechos de la mujer.¹⁰⁰⁵

Bajo el debate del “sameness/difference” las feministas que asumían la postura a favor de la igualdad formal ante el derecho, fueron llamadas “symmetrical feminist” utilizando el adjetivo de simétrico para referirse a la idea de que la ley no debía hacer distinciones entre hombres y mujeres. De otra parte, quienes favorecían un trato especial en atención a las diferencias entre el hombre y la mujer, eran identificados “asymetric feminist” o como propulsores del “special treatment”.¹⁰⁰⁶

Tanto las feministas culturales como las radicales se opusieron a la idea de la simetría en el derecho por entender que se trataba de un proceso de asimilación donde la mujer, si quería de disfrutar de igualdad ante la ley, debía asumir las posturas y el comportamiento de los hombres. Esta asimilación de la racionalidad y el comportamiento masculino por parte de la mujer, si bien implicaba un trato igual, también representaba un

¹⁰⁰⁵ Nos referimos a temas tales como el ampliar los derechos reproductivos de la mujer, el detener el abuso sexual y el eliminar el discrimen contra la mujer en sus distintas vertientes tales como el empleo y la educación.

¹⁰⁰⁶ Como bien señala Lacey en su artículo, la dicotomía de la simetría se encuentra en Christine Littleton, *Reconstructing Sexual Equality*, 75 California L. Rev. 1279, 1252 (1987). Vease a Lacey, Linda J., *Introducing Feminist Jurisprudence: An analysis of Oklahoma’s Seduction Statute*, 25 Tulsa L. J. 775, 788 (1990) nota 57.

alto costo para los reclamos de la mujer pues implicaba que el sistema de Derecho Patriarcal permanecería intacto.¹⁰⁰⁷

Ante el callejón sin salida que representaba centrar la discusión feminista en el debate de “sameness/difference”. Se fue desarrollando otro tipo de jurisprudencia que enfatizaba en la experiencia de la mujer y su manera de entender el mundo. Estas ideas sobre las distintas maneras en que ambos sexos interpretan y construyen el mundo que los rodea, surge como resultado del libro de Carol Gilligan titulado *In a Different Voice*.¹⁰⁰⁸ Gilligan realiza un estudio psicológico en el que resulta evidente que existe una manera particular en que las mujeres se enfrentan a los dilemas morales.¹⁰⁰⁹

Al aplicar estas ideas al mundo del Derecho, las feministas culturales lo interpretan como una forma de desenmascarar la ideología patriarcal sobre la que se sostiene el Derecho. El planteamiento central de que hombres y mujeres entienden el mundo desde distintas perspectivas implica para ellas que el sistema de Derecho esta basado en la

¹⁰⁰⁷ Lacey, Linda J., *Introducing Feminist Jurisprudence: An analysis of Oklahoma's Seduction Statute*, 25 Tulsa L. J. 775, 788-189(1990)

¹⁰⁰⁸ Gilligan, Carol, *In a Different Voice*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1982.

¹⁰⁰⁹ Gilligan presenta como situación central el caso de dos chicos de 11 años, un varon Jake y una niña Amy. A ambos chicos se les presenta una situación de hechos diseñada por Lawrence Kohlberg con el propósito de evaluar el desarrollo moral en los adolescentes. Esta situación, conocida como el “Heinz dilemma”, confronta a los chicos con la situación de Heinz, quien tiene una esposa muy enferma, quien de seguro morirá si no obtiene una medicina que es sumamente costosa. Heinz no tiene dinero para comprar la medicina. Ante la pregunta de si debe robar la medicina para dársela a su esposa, el chico Jake visualiza la situación como un asunto lógico matemático, estableciendo una escala de valores, y llega a la conclusión de que siendo la vida lo más valioso, el Sr. Heinz debe robar la medicina y aceptar las consecuencias. Por su parte Amy visualiza el problema de otra manera, ella busca las ramificaciones que puede tener el que Heinz pueda ir a la cárcel y dejar sola a su esposa, quien podría morir de necesitar más medicina. Para Amy es una asunto de dialogar y construir una contestación al problema que sea justa para todos. Gilligan ve aquí un ejemplo de la manera en que hombres y mujeres entienden el mundo y se enfrentan a la realidad, para ella ninguna de las contestaciones es superior a la otra, tan solo son distintas. Gilligan Carol, *In a Different Voice*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1982, p. 24-39.

perspectiva y racionalidad masculina, omitiendo así la perspectiva de gran parte de la población, esto es la perspectiva de la mujer. La perspectiva masculina consiste de valores como la racionalidad, la objetividad y el individualismo, todos ellos encarnados en el sistema jurídico. Mientras que una perspectiva femenina incluiría valores basados en las interrelaciones personales, se valora la responsabilidad ante los demás, responsabilidad que implica empatía, afecto, cariño, bondad y generosidad. Se enfatiza la importancia de ayudar a otros en su desarrollo, nutrirlos, alimentarlos.¹⁰¹⁰

El Feminismo cultural ha recibido críticas tanto de las feministas liberales como de las radicales. La objeción principal estriba en que al tratar de rescatar la perspectiva femenina, tiende a reafirmar los estereotipos creados en la sociedad patriarcal sobre la mujer. Sin embargo, para las feministas culturales tan solo se trata de valorizar aquellos aspectos positivos del rol tradicional femenino, pero rechazando los aspectos negativos, tal como la sumisión a sus maridos. Es una reafirmación de que para vivir en sociedad, las mujeres no tienen que abandonar aquellas características que valoran y las hacen sentir bien con ellas mismas.¹⁰¹¹

Por último, el Feminismo Radical, enfatiza las relaciones de poder entre hombres y mujeres que existen en la sociedad. Entre los temas más abordados por las feministas radicales es la construcción de estatutos legales directamente relacionados a la mujer. Entre estos podemos señalar los estatutos sobre la violación, la pornografía, el hostigamiento sexual, los derechos reproductivos y la práctica voluntaria de la

¹⁰¹⁰ Lacey, Linda J., *Introducing Feminist Jurisprudence: An analysis of Oklahoma's Seduction Statute*, 25 Tulsa L. J. 775, 786 (1990).

¹⁰¹¹ Lacey, Linda J., *Introducing Feminist Jurisprudence: An analysis of Oklahoma's Seduction Statute*, 25 Tulsa L. J. 775, 787-788 (1990).

sexualidad,¹⁰¹² entre otros. La tesis básica es que todas estas prácticas sexuales son trabajadas por el Derecho y entendidas por la sociedad desde una perspectiva masculina contribuyendo así al papel subordinado que tiene la mujer con respecto al hombre.¹⁰¹³

Una de las principales exponentes del feminismo radical lo es Catherine MacKinnon,¹⁰¹⁴ quien entiende que la perspectiva de la mujer ha sido excluida en la formación de las instituciones legales que rigen la sociedad.¹⁰¹⁵ Para MacKinnon la crítica feminista no puede separarse del tema del poder, puesto que la perspectiva masculina se impone sobre el mundo y la manera en que lo entendemos.¹⁰¹⁶ La sexualidad tal como ha sido construida en la sociedad patriarcal establece una jerarquía de género, donde la perspectiva masculina es hegemónica, y el Derecho recoge dicha perspectiva masculina y la implementa aún al momento de definir asuntos tan cercanos a la mujer como el discrimen por razón de género y delitos como la violación.¹⁰¹⁷

Al igual que sucediera con el “Critical Legal Studies” a finales de la década del 80, las autoras feministas asumen posturas críticas propias

¹⁰¹² Este tal vez ha sido el planteamiento más controversial hecho por las feministas radicales, al visualizar las relaciones sexuales voluntarias entre hombre y mujer como parte del esquema de subordinación de la mujer. Dworkin, Andrea. *Intercourse*. Basic Books, 1987.

¹⁰¹³ Lacey, Linda J., *Introducing Feminist Jurisprudence: An analysis of Oklahoma’s Seduction Statute*, 25 Tulsa L. J. 775, 790 (1990).

¹⁰¹⁴ Catharine MacKinnon se ha distinguido por su trabajo en el tema del hostigamiento sexual en el empleo Mackinnon Catharine, *Sexual Harassment of Working Women: a Case of Sex Discrimination*, Yale University, New Haven, CT, (1979); y por su lucha contra la pornografía. MacKinnon, Catharine, *Difference and Dominance: On Sex Discrimination*, *Feminism Unmodified*, 32-45 (1987).

¹⁰¹⁵ MacKinnon, Catherine, *Reflections on Sex Equality Under Law*, 100 Yale Law Journal No. 5, 1281 Centennial Issue (Mar., 1991).

¹⁰¹⁶ MacKinnon, Catharine, *Feminism, Marxism, Method and the State: Towards a Feminist Jurisprudence*, 8 *Signs* 635, 636 (1983).

¹⁰¹⁷ “Substantively, the way the male point of view frames an experience is the way it is framed by state policy” . . . “As male is the implicit reference for human, maleness will be the measure of equality in sex discrimination law.” MacKinnon, Catharine, *Feminism, Marxism, Method and the State: Towards a Feminist Jurisprudence*, 8 *Signs* 635, 644-649-455 (1983)

de la postmodernidad. De esta manera las autoras feministas abandonan las argumentaciones basadas en el rescate de una “perspectiva propia de la mujer”, tal y como si existiese una visión femenina universal, para adentrarse en una crítica al “discurso” legal mediante el uso de la deconstrucción. La deconstrucción ofrece a las feministas una herramienta para hacer visible como el discurso del Derecho encubre valores e intereses masculinos y menosprecia los valores e intereses femeninos.¹⁰¹⁸

Las posturas básicas del feminismo postmoderno incluyen: El rechazo a las nociones de objetividad, universalidad y esencialismo que aparecen en la jurisprudencia feminista moderna. Enfatizan en la concepción del género como algo socialmente construido, la afirmación de que no existe una esencia común compartida por todas las mujeres y la coexistencia de una “multiplicidad” de estrategias para enfrentar el problema de la desigualdad por género.¹⁰¹⁹ Este reconocimiento de lo múltiple, tanto en las perspectivas femeninas como en su respuesta a la desigualdad por género existente en el sistema de Derecho explica la existencia de autores que plantean una perspectiva pragmática concentrándose en ofrecer respuestas apropiadas para las distintas situaciones y no en buscar una respuesta que nos permita resolver todos los posibles problemas bajo todas las posibles circunstancias.¹⁰²⁰

Por último creemos importante señalar la existencia de autores feministas que trabajan la interseccionalidad de raza y sexo. De esta manera se toma consciencia que las experiencias de las mujeres no están

¹⁰¹⁸ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 142.

¹⁰¹⁹ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 143-145.

¹⁰²⁰ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 146.

marcas solo por su género, sino también por otros factores entre los que se destaca el discrimen racial. Se plantea que asuntos como el género y la raza no pueden tratarse como asuntos mutamente excluyentes, pues ambos son necesarios al momento de entender la posición, por ejemplo de una mujer negra. Este planteamiento sobre la importancia de la interseccionalidad entre género y raza, abre las puertas para otros intereses interseccionales.¹⁰²¹

7.2.5.3 ORIGEN Y DESARROLLO DE LAS ESCUELAS CRÍTICAS – CRITICAL RACE THEORY

Hablaremos brevemente del “Critical Race Theory”. Este movimiento que se origina dentro del “Critical Legal Studies” agrupa a activistas e intelectuales interesados en estudiar y transformar las relaciones existentes entre los conceptos de raza, racismo y poder.¹⁰²² Las raíces del movimiento se remontan a la década del 1970, cuando un grupo de activistas, abogados y académicos perciben que el desarrollo de los derechos civiles, surgidos en los Estados Unidos durante la década del 1960, había quedado estancado ante una contra ofensiva del pensamiento racista.¹⁰²³

Ante la necesidad de buscar nuevas formas de enfrentar las múltiples maneras en la que un racismo de tipo sutil ganaba terreno en los Estados Unidos, distintos autores se reunieron en un taller ofrecido en la Universidad de Madison, Wisconsin durante el verano de 1989. Intelectualmente, el Critical Race Theory se nutre de las experiencias de

¹⁰²¹ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 147-148.

¹⁰²² Delgado, Richard and Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York University Press, New York, 2012, p. 3.

¹⁰²³ Delgado, Richard and Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York University Press, New York, 2012, p. 4.

varios pensadores y activistas tanto dentro como fuera de los Estados Unidos. De una parte, esta en deuda con aquellos movimientos que le precedieron en la historia del pensamiento crítico en el campo del Derecho, en particular nos referimos a los movimientos del “Critical Legal Studies” y al “Feminist Jurisprudence”. Del primero, asumen la idea de la indefinición del Derecho y de ahí las múltiples posibilidades de interpretar y aplicar el Derecho de una manera original, distinta a las interpretaciones tradicionales. Y del Feminist Jurisprudence, adquieren la suspicacia necesaria para percibir la relación existente entre las distintas formas en que se maneja el poder en la sociedad y la construcción de los roles sociales y los patrones de conducta social que hacen posible la explotación.¹⁰²⁴

De otra parte, los autores del Critical Race Theory, también reciben influencias del pensamiento europeo, sobretodo en las ideas de autores interesados en el manejo del poder en la sociedad como Antonio Gramsci y Michel Foucault. También se interesaron por las ideas y técnicas deconstructivistas trabajadas por Jacques Derrida. A este bagaje teórico, el Critical Race Theory, habría de añadir las experiencias prácticas que aportaron los activistas norteamericanos, tales como Sojourner Truth, Frederick Douglas, W.E.B. Du Bois, César Chavez, Martin Luther King, entre otros. Por último, al trabajo de los activistas, ciertamente habría que añadir las experiencias de grupos como el “Black Power” y el movimiento Chicano de los años 60 y 70 en el apoderamiento de las comunidades discriminadas por asuntos de raza.¹⁰²⁵

Pasemos ahora un breve vistazo sobre las principales ideas promovidas por los autores del Critical Race Theory. La primera de ellas gira en torno

¹⁰²⁴ Delgado, Richard and Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York University Press, New York, 2012, p. 4-5.

¹⁰²⁵ Delgado, Richard and Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York University Press, New York, 2012, p. 5.

a la crítica de la igualdad formal existente en el sistema jurídico. Para los autores del Critical Race Theory, el tratar como iguales a personas que se encuentran en una diferente condición debido al discrimen existente en la sociedad es una forma más de discrimen. Ante la sociedad, el Derecho da la impresión de ser justo, de tratar a todos de igual manera sin importar su raza (color blind). El problema estriba en que la posición socioeconómica de grupos que han sido históricamente discriminados, no es la misma que la de los grupos dominantes. La oportunidad de los grupos marginados por razón de su raza, de obtener la mejor educación, o los mejores empleos, de tener la mejor vivienda, o al menos de recibir igual paga por igual trabajo es sumamente limitada al comparada con las oportunidades ofrecidas al grupo dominante. Cuando el Derecho hace las mismas exigencias a ambos grupos, los integrantes del grupo dominante, quienes cuentan con mejores recursos salen favorecidos por la norma jurídica.¹⁰²⁶

La tesis de la “Convergencia de Intereses” es otro de los temas característicos de los autores del movimiento del Critical Race Theory. El planteamiento básico de la “convergencia de intereses” es que el reclamo de igualdad de la minoría negra en los Estados Unidos solo será reconocido por los Tribunales de dicho país, cuando coincidan, o al menos no se afecten, los intereses de la clase alta y media de la raza blanca, con los intereses de la minoría negra. Esta tesis fue presentada por Derrick Bell en su escrito *Brown v. Board of Education and the Interest-convergece Dilemma*.¹⁰²⁷ En palabras de Derrick Bell

¹⁰²⁶ El contraste entre los pensadores teóricos del movimiento del Critical Race Theory y los pensadores realistas es presentado por Delgado, Richard and Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York University Press, New York, 2012, p. 20-22.

¹⁰²⁷ 93 Harvard L. Rev. 518 (1980).

. . . this principle of “interest convergence provides: The interest of blacks in achieving racial equality will be accommodated only when it converges with the interests of whites. However, the fourteenth amendment, standing alone, will not authorize a judicial remedy providing effective racial equality for blacks where the remedy sought threatens the superior societal status of middle and upper class whites.

*It follows that the availability of fourteenth amendment protection in racial cases may not actually be determined by the character of harm suffered by blacks or the quantum of liability proved against whites. Racial remedies may instead be outward manifestations of unspoken and perhaps subconscious judicial conclusions that the remedies, if granted, will secure, advance, or at least not harm societal interests deemed important by middle and upper class whites.*¹⁰²⁸

En su artículo, el Profesor Bell, luego de presentar a sus lectores la tesis central del “convergence of interest” procede a aplicar dicha tesis a la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso de *Brown v. Board of Education*.¹⁰²⁹ Para el Prof. Derrick Bell, al prestar atención al contexto existente en los Estados Unidos en el año de 1954, podemos apreciar la manera en que, tanto en el plano interno, como en el plano internacional, convergieron distintos intereses de la mayoría blanca de aquel entonces, con los intereses de la minoría negra, haciendo de la decisión de *Brown v. Board of Education*, algo necesario y hasta cierto punto, predecible e inevitable.

En el plano interno, el Prof. Bell son señala que los Estados Unidos acababan de salir de la “Guerra de Corea”¹⁰³⁰ y numerosos soldados negros, que habían sacrificado sus vidas en una guerra que se presentaba al público norteamericano como una guerra mantener los

¹⁰²⁸ Bell, Derrick, *Brown v. Board of Education: Interest-convergence Dilemma*, 93 Harvard L. Rev. 518, 523 (1980)

¹⁰²⁹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁰³⁰ La “Guerra de Corea” tuvo lugar entre el 25 June 1950 – 27 July 1953.

valores democráticos, regresaban a los Estados Unidos a vivir en condiciones de subordinación ante los blancos. Resulta fácil de entender, que estas personas, que en el campo de batalla habían luchado junto a los blancos, no estarían dispuestos a aceptar con docilidad, el que se les tratase como inferiores. En otras palabras, existía en el 1954 una posibilidad latente de reclamos sociales masivos de parte de las comunidades negras.¹⁰³¹ Otro aspecto a considerarse en el plano interno, era el proceso de industrialización del sur de los Estados Unidos. Para muchos el sur necesitaba hacer la transición entre una economía agrícola basada en las plantaciones donde la mano de obra era esclava a una economía industrial, el terminar con la segregación racial resultaba ser un paso necesario para el desarrollo industrial en el sur.¹⁰³²

En cuanto al plano internacional, cabe señalar que durante la guerra fría, los Estados Unidos estaban interesados en allegarse todos los aliados posibles en su lucha contra el comunismo internacional. Las naciones emergentes, en su mayoría de población negra, percibirían una decisión en contra de la segregación racial como una reafirmación del principio básico de la democracia norteamericana de que todos los hombres fueron creados iguales. Dicho en otras palabras, la decisión de Brown tenía entre otros propósitos, el de mejorar la imagen internacional de los Estados Unidos.¹⁰³³ Para el Profesor Bell, estos tres elementos junto al argumento de la inmoralidad de las leyes que permitían la

¹⁰³¹ Bell, Derrick, *Brown v. Board of Education: Interest-convergence Dilemma*, 93 Harvard L. Rev. 518, 524 (1980). Puede verse además el análisis presentado en Delgado, Richard and Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York University Press, New York, 2012, p. 23.

¹⁰³² Bell, Derrick, *Brown v. Board of Education: Interest-convergence Dilemma*, 93 Harvard L. Rev. 518, 525 (1980).

¹⁰³³ Bell, Derrick, *Brown v. Board of Education: Interest-convergence Dilemma*, 93 Harvard L. Rev. 518, 524 (1980).

segregación, los que al converger con el interés de trato igual de la minoría negra posibilitaron la decisión de Brown.¹⁰³⁴

Otro tema central de los pensadores del Critical Race Theory es el relacionado a la construcción social del concepto de raza. Entienden los autores del Critical Race Theory que el concepto de raza no responde a ninguna realidad genética o biológica. Dicho en otras palabras, rasgos como el color de la piel o la textura del cabello, representan un porcentaje ínfimo de nuestro material genético y en nada afectan otras características, como la capacidad intelectual, la personalidad y el comportamiento moral, que son las que nos distinguen como seres humanos. El concepto de raza es el producto de prácticas y relaciones sociales utilizadas para la dominación de un grupo sobre otro. La raza es una categoría que la inventada socialmente, que el grupo dominante dentro de la sociedad utiliza para manipular la opinión pública y justificar la explotación de un grupo sobre otro.¹⁰³⁵

Esto nos lleva al cuarto tema a discutirse bajo el Critical Race Theory, este es el tema del “Differential Racialization”. La idea bajo el concepto de “Diferencial Racialization” es que la sociedad dominante hace distinciones raciales entre los diferentes grupos y les adscribe a las distintas características a cada raza. Las características atribuidas no tienen ningún fundamento científico, tan solo dependen de las necesidades particulares del grupo dominante en la sociedad en un momento dado. A modo de ejemplo podemos señalar que un grupo minoritario en un momento dado podía ser catalogado como exótico, mientras que en otro momento puede ser catalogado como peligroso. Así pasó por ejemplo con los japoneses, quienes durante la segunda guerra

¹⁰³⁴ Bell, Derrick, *Brown v. Board of Education: Interest-convergence Dilemma*, 93 Harvard L. Rev. 518, 525 (1980).

¹⁰³⁵ Delgado, Richard and Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York University Press, New York, 2012, p. 8-9.

mundial fueron reubicados forzosamente en campos de concentración.¹⁰³⁶

La “Interseccionalidad” es otros de los temas trabajados por pensadores del “Critical Race Theory”. Por interseccionalidad nos referimos a que la identidad de los seres humanos es un hecho social sumamente complejo. Todos tenemos identidades que se superponen unas a otras y en ocasiones se encuentran en conflicto. Una misma persona puede ser mujer, negra, comunista y homosexual, su identidad será pues el resultado de cómo estos distintos elementos se conjugan entre sí.¹⁰³⁷

Por último, hablaremos brevemente de la tesis del “voice of color”. El concepto “voice of color” encierra la idea de que por el hecho de haber sufrido en carne propia los efectos del discrimin y la opresión, los distintos grupos minoritarios pueden comunicar a la clase dominante unas experiencias muy propias de lo que represente ser negro, o hispano, o asiático, o mujer. De aquí la importancia en que sean los discriminados quienes escriban sobre el discrimin, ya que su punto de vista es único y puede abrirle los ojos a otras personas que no han experimentado el discrimin de forma directa.¹⁰³⁸

En la actualidad, el Critical Race Theory se ha nutrido de las experiencias e historias de distintos grupos, que se han ido diferenciando hasta considerarse escuelas de pensamiento por derecho propio. Entre estos grupos se encuentran el Latino and Latina Critical Legal Theory (Lat-Crit), el Asian-American Jurisprudence y el Queer-Crit, entre otros.

¹⁰³⁶ Delgado, Richard and Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York University Press, New York, 2012, p. 9.

¹⁰³⁷ Delgado, Richard and Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York University Press, New York, 2012, p. 9-10.

¹⁰³⁸ Delgado, Richard and Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York University Press, New York, 2012, p. 10.

Cada uno de esos grupos ha establecido sus prioridades y desarrollado su propia agenda de trabajo y sus temas de estudio particulares.¹⁰³⁹

7.3 CONTRASTE ENTRE LAS IDEAS DE OLIVER WENDELL HOLMES, JR. Y LAS ESCUELAS CRÍTICAS.

Para propósitos de discusión, bajo el término “escuelas críticas” nos referimos tanto al “Critical Legal Studies” como a su progenie, el “Feminist Jurisprudence” y el “Critical Race Theory”. En sus comienzos, la crítica del Derecho y la sociedad, planteada por las escuelas críticas, estaba fuertemente marcado por elementos del realismo jurídico y del marxismo crítico. De una parte, y como secuela del realismo jurídico, estos grupos dirigen su crítica a la diferencia existente entre el derecho en los libros y el derecho real. Su principal aportación crítica consistía en demostrar las maneras en que el “derecho real” violaba los principios e ideales establecidos en el derecho que aparecía en los libros. De otra parte y como herencia del marxismo, los críticos del Derecho centraban su interés en el carácter ideológico de la doctrina jurídica.¹⁰⁴⁰

Si anteriormente, enfatizamos en las características que definen y diferencian a las distintas “escuelas críticas” entre sí, entendemos que todos tienen una base común, como herederos del realismo jurídico y de la tradición marxista. Esta base se pone de manifiesto en los primeros

¹⁰³⁹ Delgado, Richard and Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York University Press, New York, 2012, p.10.

¹⁰⁴⁰ Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, New York, 1997, p. 448.

autores pertenecientes al “Critical Legal Studies”, y en vista de que tanto el “Feminist Jurisprudence”, como el “Critical Race Theory” surgen de la fragmentación del “Critical Legal Studies”, podemos percibir la existencia de ideas fundamentales comunes entre las “escuelas críticas”. Por lo que discutiremos en esta sección dos de estas ideas fundamentales, estas son: la idea de la indeterminación del Derecho, y la visión utilitarista del Derecho.

El primero de estos elementos, la indeterminación del derecho, tiene un fuerte contenido de la escuela realista norteamericana. Hemos visto anteriormente en este capítulo, como los autores realistas criticaban el carácter indeterminado del Derecho, al argumentar que tanto el contenido del derecho sustantivo, como el razonamiento jurídico utilizado para su análisis, son insuficientes para llegar a un resultado único.

Hemos mencionado además, que por Derecho sustantivo o material, los realistas se referían a las reglas, doctrinas y normas jurídicas y señalaban que en ellas existían problemas de vaguedad, vacíos legales y conflictos, tanto en las normas jurídicas, como en las jurisprudenciales. Mientras que por razonamiento jurídico, los realistas hacían referencia al modo de razonar en el derecho, esto es a la manera en que se puede racionalmente construir y defender un argumento jurídico. Entendían los realistas que todo caso donde un Juez tuviese que interpretar el Derecho vigente, o su aplicación a los hechos, era por definición, un ejemplo de indeterminación del Derecho, pues al tener que efectuar una interpretación, los jueces implícitamente aceptan que puede existir más de una interpretación válida para la situación que necesitamos resolver.

Los integrantes de las escuelas críticas en aceptan la propuesta realista en cuanto a la indeterminación del Derecho y llegan aún a asumir una

postura más radical. Es que la indeterminación del Derecho, no se limita a aquellos casos de vaguedad, vacíos legales y conflictos normativos o jurisprudenciales, sino que llegan a plantear que el Derecho siempre es indeterminado. Para Duncan Kennedy,¹⁰⁴¹ el Derecho es indeterminado debido a una contradicción fundamental del liberalismo, la contradicción entre el individuo y la comunidad, entre el individuo y los otros.¹⁰⁴² Esta contradicción tiene su origen en concepciones irreconciliables del ser humano y la sociedad, que Kennedy definirá como las visiones “individualista”, sustentada en valores como la independencia y la libertad, y “altruista”, sustentada en valores como el compartir, la solidaridad, la interdependencia. Entiende Kennedy que de esta contradicción fundamental surgen todas las contradicciones existentes en el campo del Derecho, y que permiten la viabilidad de dos interpretaciones.¹⁰⁴³

Más tarde Roberto Unger trabajará la contradicción del liberalismo en cuanto a la valoración de la autonomía individual y la vida en comunidad.¹⁰⁴⁴ Luego, con el pasar del tiempo, también se incorporaron al “Estudio Crítico del Derecho” elementos de la teoría literaria estructuralista y post-estructuralista.¹⁰⁴⁵ Una segunda generación del “Critical Legal Studies” asumirá las técnicas deconstructivistas, y al aplicarlas al análisis del discurso legal, logran hacer patente la existencia

¹⁰⁴¹ Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 Buff. L. Rev. 209 (1979) y Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 Harvard Law Rev. 1685 (1976).

¹⁰⁴² Para Kennedy la contradicción estriba en que las relaciones con los otros son al mismo tiempo, necesarias para e incompatibles con nuestra libertad. Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 Buff. L. Rev. 209, (1979).

¹⁰⁴³ Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_6, © Springer Science+Business Media B.V. 2011, p. 233.

¹⁰⁴⁴ Unger, Roberto, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1983, p. 8.

¹⁰⁴⁵ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 116-127 y Feldman, Stephen M., *American Legal Thought From Premodernism to Postmodernism: An Intellectual Voyage*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 30-38.

de discursos alternativos y subordinados al discurso dominante recogido en el Derecho. El objetivo de todos estos autores críticos era el exponer la inconsistencia interna del Derecho y las paradojas existentes en la doctrina legal.

El otro elemento distintivo del pensamiento de las escuelas críticas es el que se refiere al Derecho cuando es utilizado como una herramienta en manos del grupo o grupos que se encuentran en el poder. Si bien para los realistas el Derecho era un instrumento real de coerción, y de aquí la importancia que ven los realistas en realizar estudios empíricos sobre la manera en que se aplica el Derecho. Para las escuelas críticas, el arma principal del sistema jurídico consiste en entender el Derecho como ideología.¹⁰⁴⁶

Entender el Derecho como ideología, implica reconocer el Derecho como un instrumento que tiene una doble función, por un lado, tiene la función de promover y proteger las relaciones sociales y políticas que favorecen a la clase dominante. Estas relaciones sociales protegidas por el Derecho, son de naturaleza coercitiva, jerárquica y contrarias a los intereses de los ciudadanos ordinarios y los grupos minoritarios en general. Por otro lado, la otra función del Derecho consiste en enmascarar la manera en que sirve a la clase dominante presentándose ante los ciudadanos comunes como algo natural y necesario para la sana convivencia. Esto es, el Derecho tiene la función de inducir a los ciudadanos, a tener una idea falsa sobre las relaciones sociales que se dan bajo el sistema legal. Este engaño se realiza de forma consciente, su

¹⁰⁴⁶ Tan temprano como en 1975 Unger muestra como tras la teoría liberal se esconden posiciones políticas que benefician a los grupos particulares. Unger, Roberto, *Knowledge and Politics*, Free Press, New York, 1975.

objetivo no es otro que el enmascarar la manera en que, por medio del Derecho, se beneficia una clase por sobre todas las demás.¹⁰⁴⁷

Se podría afirmar que los autores del Critical Legal Studies, heredan la crítica ideológica del Derecho de la Escuela de Frankfurt (Frankfurt School of Critical Theory). La Escuela de Frankfurt trataba de explicar la manera en que el Derecho, considerado como ideología política, no era otra cosa que una herramienta usada para el beneficio de una clase privilegiada. Para lograr esta meta, sus integrantes se esfuerzan en hacer visible esa función del Derecho como ideología política. Los autores del “Critical Legal Studies” comparten estas ideas de la Escuela de Frankfurt, pero se diferencian al no compartir el objetivo último de dicha escuela, que es el utilizar el análisis crítico para construir una teoría empírica sobre la verdad moral y política.¹⁰⁴⁸

Los dos elementos antes mencionados, esto es el visulizar el Derecho como algo indeterminado y como una herramienta a ser utilizado en beneficio de un grupo, son aspectos compartidos por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. Hemos visto anteriormente, bajo la discusión del realismo jurídico, como la tesis de la indefinición del Derecho planteada por los realistas, donde la indefinición del Derecho es una limitada a ciertos casos en particular, a aquellos casos difíciles donde existe vaguedad, vacíos o conflictos normativos o jurisprudenciales resulta ser afín a la visión del Derecho de Oliver Wendell Holmes, Jr.

Más aún, la idea de la existencia de más de una interpretación válida para los problemas jurídicos, es fundamental para el desarrollo de las

¹⁰⁴⁷ Postema, G.J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_6, © Springer Science+Bussiness Media B.V. 2011, p. 215-217.

¹⁰⁴⁸ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, p. 115-116.

ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. sobre la función del derecho como mecanismo para imponer la política pública de los grupos en el poder¹⁰⁴⁹, sobre la función de los jueces cuando se encuentran en la disyuntiva de tomar decisiones fundamentales en las que se establece política pública¹⁰⁵⁰ y la concepción del jurista del futuro¹⁰⁵¹ para quien el estudio y manejo de los aspectos contextuales que rodean al Derecho, tales como las repercusiones económicas que puede tener una decisión judicial, tienen más importancia que el conocimiento de la jurisprudencia.

Dicho en otras palabras, los autores de los movimientos críticos, están en deuda con el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en dos ideas fundamentales. La primera de ellas, se refiere la idea de la indeterminación del Derecho. Esto es, la co-existencia en el sistema jurídico, de distintas interpretaciones del Derecho cuya validez jurídica puede ser sustentada racionalmente. La segunda idea fundamental en que las “escuelas críticas” se encuentran en deuda con la figura del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., es en cuanto a la visión del Derecho como mecanismo para que quienes ostentan el poder puedan garantizar la protección de sus intereses. Si bien las “escuelas críticas” desarrollan su

¹⁰⁴⁹ Esta es una de las pocas ideas que acompaña el pensamiento del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. a través de su vida profesional. El primero de los escritos en que puede apreciarse esa idea es el de “The Gas Stokers Strike” aparecido en el volumen 7 del *American Law Review* 582 (1873). Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Gas-Stokers Strike’ reimpreso en Novick, Sheldon 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, p. 398.

¹⁰⁵⁰ *I think that the judges themselves have failed adequately to recognize their duty of weighing considerations of social advantage.* Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Path of Law’ reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 398.

¹⁰⁵¹ *For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.* Holmes, Jr., Oliver Wendell, ‘The Path of Law’ reimpreso en Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. III, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 399.

análisis jurídico utilizando técnicas muy distintas a las empleadas por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., como lo son las que enmarcan el pensamiento posmoderno, ambas ideas fueron plasmadas, aunque de manera más rudimentaria, en los escritos jurídicos del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr.

OLIVER WENDELL HOLMES, JR. Y SU OBRA UNA FUSIÓN SISTEMÁTICO-EXISTENCIAL

CONCLUSIONS

1. The experience of Oliver Wendell Holmes, Jr. as an infantry officer in the American Civil War, defined three fundamental philosophical ideas that affected his thinking, his understanding of the world, his views on human relations and his views regarding the institutions that govern society.
 - a. From idealism to moral skepticism: Having found that his enemies on the battlefield defended the evil of slavery with the same conviction for right and truth as the union soldiers, made Oliver Wendell Holmes Jr. question the existence of a universally valid truth and allowed him to come to the conclusion that there are only relative values.
 - b. The strength as a criterion of legitimacy : Judge Oliver Wendell Holmes , Jr. sensed that due to the absence of absolute truths, of no universal approach to legitimize a course of action, humans have to resort to the use of force as the only alternative to legitimize human actions. This leads Oliver Wendell Holmes , Jr. to state that war is a necessary function in human history as it validates the ideas of the victors. In a world without absolute criteria, war is the last resort to justify the imposition of ideas on others. For Oliver Wendell Holmes Jr. the ability to conquer the enemy by force legitimizes the imposition of the ideas of the victor.
 - c. The human condition is a constant struggle: After rejecting the existence of absolute truths for Oliver Wendell Holmes ,

Jr. it seemed contradictory that men gave their lives without the certainty that they died for the truth, and yet every day, promptly went to the battlefield and sacrificed their lives. For Oliver Wendell Holmes, Jr. the battles that he engaged in while at war began to serve as metaphors for human life. He began to understand that the value of life is in the struggle itself. Thus comes to the conclusion that life was nothing but a battle and that the existence of human beings was marked by struggle and pain.

2. These philosophical ideas explain how Oliver Wendell Holmes, Jr. understands the relationship between law and morality. In his essay "The Path of Law", after almost 15 years as a Judge of the Supreme Court of Massachusetts, Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. established a clear separation between law and morality. This idea is novel in the North American Common Law, because of Holmes' insistence on the separation of the two concepts to some commentators "The Path" of Law becomes the first work of positivist legal theory written by an American jurist.
3. Regarding the concept of Law, Oliver Wendell Holmes, Jr. views the law as a system designed to establish the public policy of the ruling class (who hold political power) by imposing burdens on those who do not possess the political power. In this vision achieving either political power peacefully through the ballot box or through the use of violence will validate the legal system.
4. The philosophical ideas of Oliver Wendell Holmes, Jr. also conditioned his vision of civil rights. For Holmes Jr. rights are only a hypothesis of a promise, a promise that the state will use force

against anyone who prevents its exercise. However, all legal rights by their nature can be revoked when the dominant interests in society so require, no absolute legal rights exist then. Oliver Wendell Holmes, Jr. went on to state that believes only that the truly important rights for a society are those for which a group of people is willing to fight and these could include such important issues as religion or as trivial as the price of a glass of beer.

5. His philosophical ideas also mark the way Oliver Wendell Holmes Jr. understands the work of judges. In the absence of absolute truths, the function of a judge is not to impose their personal criteria, but to promote ideas or public policy favored by the majority in power. That is, the ideas that were victorious in social battles, either through the ballot box or through the use of force. In cases where the judge lacks tools that allow to discriminate between the possible valid legal solutions, the role of the judge is to apply the public policy of the state.
6. In addition to ensuring the imposition of majority public policy. Oliver Wendell Holmes, Jr. understands that judges also have a role in ensuring the evolutionary process of society. With no absolute truths Judge cannot justify imposing their ideas on others. The role of the judge is rather to guard the rules that govern the social debate, promoting, as far as possible, that the debate is conducted fairly and peacefully.
7. Oliver Wendell Holmes, Jr. understands the law as a living thing, always in flux therefore rejected any legal concept that does not take into account human experiences. Although he is aware that the decisions of the judges are presented dressed in logical

clothing, he understands that this is the product of the need for the legal order to provide an image of correction in the decisions. The reason is that when reading a judicial decision that is logically structured the reader has the impression that logical analysis allowed only one possible interpretation of the facts and therefore only one possible solution to the situation in question.

However, this is not always the case in the field of law, quite frequently the logical language only served to mask a subjective intention. It is imperative then to take into account the social contexts in which decisions take place and the reasons behind the public policy of the State.

This does not imply that Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., rejects the study of conceptual logical aspects of the law but does that this approach is incomplete and insufficient to understand the legal phenomenon. For Judge Oliver Wendell Homes, Jr. the distinctive element of law is its close relationship with the real world, with the context that gave it birth. It is for this reason that the logic is insufficient, if we really want to know what the law is, we should study it from its genesis and explore the different moments, which were recorded in the history of the legal rule. The life of the law, is not logic but experience.

8. The vision of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. of the law is of an instrumental nature, the law must be used to serve society, maintain social order and making life possible. The law must take into account the needs of society and provide for the orderly management of that reality. The function of law is to regulate human coexistence and this should recognize the existence of

instincts and passions in order to regulate them in the most efficient way for society.

9. Oliver Wendell Holmes, Jr., understood that the law should be assessed in terms of their social effectiveness. The law can be considered more or less effective in attention to the way it promotes social order, i.e., as to whether or not it effectively achieved the management of human instincts so that different ideas can be discussed in order and peace.
10. A key element of the legal theory of Oliver Wendell Holmes, Jr. is the importance it attaches to the use of history to understand the law. The importance of historical analysis starts from the premise that the law is something alive, something that has its own history. For Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. between law and society there is what we might call a dialogic relation, i.e. society is the original source of law, which once created, influenced by his standards, the same society that he created. But society is ever changing, never fails to bring new needs and conflicts, so the law has to adapt to new social needs and must be constantly renewed. Historical analysis helps us to understand the circumstances that led to the existence of the rule, evaluate its effectiveness and assess whether the current social context still needs the rule or if on the contrary, current conditions have changed to the point of making it ineffective.
11. Judge Oliver Wendell Holmes, Jr., viewed the lawyer of the future as a counsel master of statistics and economics. He believed that the primary role of the lawyer is not to logically apply the law that is written in the books, but to collaborate in the construction of a new law when necessary. The main task of jurists is that of

bringing the law into society, to take what is and turn it into what it should be: a work of permanent revolution.

12. The legal-philosophical thoughts of Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. lay the foundation for the development of modern schools in American Law. These schools of legal thought took the basic elements of modern thought.
13. The so called modern schools took the basic elements of modern thought and integrated them to legal doctrines, for example:
 - a. Skepticism: Doubt of any explanation based on "natural law" and tradition.
 - b. Rationalism: applied to the task of founding the legal field through science.
 - c. Secularism: manifested in a sharp separation between moral field and the legal field.
 - d. Idea of Progress: Trust in the law as to ensure the viability of social progress.
14. Both Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., and the followers of legal formalism share the view that the law should be scientifically based. They rejected the principles of natural law as the basis of law. Similarly, they share respect for the doctrine of "stare decisis" as a mechanism that offered stability to the system.
15. Judge Oliver Wendell Holmes, Jr., visualized the North American Common Law, as something living, something that was in constant development, something that never came to completion. Therefore no common law could be configured as a complete, comprehensive system to collect all of the legal phenomenon and logically ordered from concepts.

16. Another difference between ideas Oliver Judge Wendell Holmes, Jr. and Legal Formalism is that for the followers of the Legal Formalism, the essence of analysis of law was in the drafting and logical application of certain fundamental principles, however for Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. logical analysis was an incomplete tool to understand the legal phenomenon.
17. Finally, Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. rejected the idea of neutrality in law, an idea that turned out to be seminal for the Legal Formalism. For Judge Holmes, Jr. law was an instrument that was in the hands of those who held political power, so that its contents had to reflect the public policy of the state. The only element of neutrality, was that the judge should refrain from promoting his personal ideas and decide in favor of promoting the public policy of the State.
18. Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. was a forerunner of the ideas of legal realism, this can be evidenced by the following:
 - a. rejection of theoretical and abstract study of law,
 - b. skepticism,
 - c. close relationship between law and society, and to a lesser degree,
 - d. The recognition of the subjectivity of judgments.
19. Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. was a forerunner of the ideas of the school of "Law and Economics", in particular:
 - a. The idea that the use of socio-economic knowledge was important in legal analysis

- b. Instrumental view of law, which is seen as a tool to achieve social ends.
 - c. The idea that the law operates from an economic logic.
 - d. The idea that the role of judges in issuing judgments is to maximize social welfare.
 - e. The importance of the study of economics for lawyers.
20. Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. pioneered the ideas of critical schools in particular:
- a. The indeterminacy of law: That is, the co-existence in the legal system of different interpretations whose legal validity can be supported rationally.
 - b. The instrumental view of law: The vision of law as a mechanism of domination, so that those in power can guarantee the protection of their interests.
21. For Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. the meaning of human existence is to understand life as a constant struggle, a struggle to meet a self-imposed duty to the point of giving his life for it. It should be noted that Justice Holmes, Jr. transformed his personal life to be a living example of his ideas, embracing the daily struggle that his career as a judge gave him. During his 29 years on the Supreme Court, Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., served under the direction of four President Justices, wrote 873 judicial opinions, plus 30 concurring opinions and 72 dissenting opinions. Since Judge Oliver Wendell Holmes, Jr. was part of collegiate court, his ideas are not truly reflected directly in judicial decisions, this is why it is necessary to analyze his non-judicial writings, articles in legal journals, conferences, letters, diaries, and from there move on to rebuild his legal philosophical ideas.

OLIVER WENDELL HOLMES, JR. Y SU OBRA UNA FUSIÓN SISTEMÁTICO-EXISTENCIAL

CONCLUSIONES

1. La experiencia vivida por Oliver Wendell Holmes, Jr. como oficial de infantería en la Guerra Civil Norteamericana, definió tres ideas filosóficas fundamentales que afectarán su manera de pensar, de entender el mundo, las relaciones humanas y las instituciones que rigen la sociedad.
 - a. Paso del idealismo al escepticismo moral: El haber constatado en el campo de batalla, que sus enemigos, aquellos que defendían el mal de la esclavitud, tenían la misma convicción de estar luchando de parte del bien y la verdad. Hace que Oliver Wendell Holmes, Jr. cuestione la existencia de verdades de validez universal y llegue a concluir que solo existen valores relativos.
 - b. La fuerza como criterio de legitimación: El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. intuyó que al no existir verdades absolutas, al no existir un criterio universal que legitime un curso de acción, los seres humanos tienen como única alternativa, el recurrir al uso de la fuerza como criterio de legitimación de las acciones humanas. Esto lleva al Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. a afirmar que la guerra tiene una función necesaria en la historia humana, la de validar las ideas de los vencedores. En un mundo carente de criterios absolutos, la guerra es el último recurso para justificar la imposición de unas ideas sobre otras. Para Oliver Wendell Holmes, Jr. la capacidad de vencer al enemigo, la capacidad de obligarlo a comportarse de una manera determinada, la

capacidad de someter la voluntad del vencido a las ideas del vencedor, el único criterio para justificar dichas ideas.

- c. La condición humana es de constante lucha y el sentido de la vida esta en asumir esa realidad: Al rechazar la existencia de verdades absolutas a Oliver Wendell Holmes, Jr. le parecía un absurdo ver a hombres entregar su vida, sin tener la certeza de que morían por una verdad, y sin embargo, día a día, acudían puntualmente al campo de batalla y ofrendaban su vida. Las batallas vividas en la guerra comenzaron a ser una metáfora de la vida humana, y Oliver Wendell Holmes, Jr. fue internalizando que el valor de la vida se encuentra en la lucha misma, la lucha por hacer aquello que queremos hacer, aquello que disfrutamos, aunque ese aquello no tenga validez universal. Llega así a concluir que la vida no era otra cosa que una batalla y que la existencia de los seres humanos estaba marcada por la lucha y el dolor.
2. Estas ideas filosóficas explican la manera en que Oliver Wendell Holmes, Jr. entiende la relación entre Derecho y Moral. En su escrito “The Path of Law”, después de casi 15 años como Juez del Tribunal Supremo de Massachusetts, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. establece una separación tajante entre Derecho y Moral. Idea que resulta novel en el Derecho Común Norteamericano, de hecho debido a la insistencia en la separación de ambos conceptos para algunos comentaristas “The Path” of Law” se convierte en el primer trabajo de naturaleza positivista escrito por un jurista norteamericano.
 3. En cuanto al concepto del Derecho, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. visualiza el Derecho como un sistema diseñado

para establecer la política pública de la clase gobernante (quienes ostentan el poder político) mediante la imposición de cargas a quienes no poseen el poder político. En esta visión se percibe la idea de que el sistema jurídico quedará validado mediante la obtención del poder político ya sea de forma pacífica a través de las urnas o mediante el uso de la violencia.

4. Las ideas filosóficas de Oliver Wendell Holmes, Jr. condicionaron además su visión de los derechos civiles. Para Holmes Jr. los derechos tan solo una hipótesis de una profecía, la profecía de que el estado utilizará la fuerza contra cualquiera que impida su ejercicio. Sin embargo, todos los derechos legales, por su propia naturaleza, pueden ser revocados cuando los intereses dominantes en la sociedad así lo requieran, no existen pues derechos legales absolutos. Oliver Wendell Holmes, Jr. llegó a afirmar que sólo cree en aquellos derechos por los que un grupo de personas está dispuesto a luchar, y estos incluyen asuntos tan importantes como la religión o tan triviales como el precio de un vaso de cerveza.
5. Sus ideas filosóficas también marcan la manera en que Oliver Wendell Holmes, Jr. visualiza el trabajo de los jueces. Ante la ausencia de verdades absolutas, la función de un Juez no es la de imponer sus criterios personales, que no tienen ninguna garantía de validez universal, sino la de promover las ideas o política pública favorecidas por la mayoría que ostenta el poder y recogidas en las normas jurídicas. Esto es, las ideas que fueron legitimadas al resultar vencedoras en las batallas sociales, ya sea a través de las urnas o a través del uso de la fuerza. En aquellos casos donde el Juez carezca de herramientas que le permita discriminar entre las posibles

soluciones legales válidas, o cuando la ley guarde silencio ante la situación planteada, la función del juez será la de aplicar la política pública del Estado, a partir de su interpretación personal, sobre cuál es la política pública. Por existir un elemento de subjetividad en la decisión judicial, resulta claro que otro juez, en igual situación, podría resolver válidamente de manera opuesta.

6. Además de garantizar la imposición de la política pública mayoritaria. Oliver Wendell Holmes, Jr. entiende que los jueces tienen además la función de garantizar el proceso evolutivo de la sociedad. Al no existir las verdades absolutas el Juez no puede justificar la imposición de sus ideas sobre las de los demás. La función del juez es más bien la de garantizar las reglas que han de regir el debate social, promoviendo, en cuanto sea posible, que dicho debate se lleve a cabo de forma justa y pacífica.

7. Oliver Wendell Holmes, Jr. visualiza el Derecho como algo vivo, siempre en constante cambio para atender las necesidades sociales, por esta razón rechazaba cualquier concepción jurídica que no tome en cuenta las experiencias humanas. Pues si bien esta consciente de que las decisiones de los jueces se presentan vestidas de un ropaje lógico, entiende que esto es el producto de la necesidad que tiene el orden legal de ofrecer una imagen de corrección en sus decisiones. La razón es que al leer una decisión judicial estructurada lógicamente, el lector queda en la impresión de que el análisis lógico solo permitía una posible interpretación de los hechos y por ende, sólo una posible solución a la situación planteada. Sin embargo, esto no siempre

es así en el campo del Derecho, en mas ocasiones que las que queremos aceptar, tras el lenguaje lógico de la decisión judicial, sólo existe una justificación para una aplicación subjetiva de la ley. Para entender este fenómeno es necesario que el concepto del Derecho incluya las condiciones socio-económicas en que se toma la decisión y las características de la política pública promovida por el Estado. Lo anterior no implica que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., rechace el estudio del aspecto lógico conceptual del Derecho, sino que hace hincapié en que este tipo de acercamiento resulta incompleto y por ende insuficiente para entender el fenómeno jurídico. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. el elemento distintivo del Derecho es su estrecha relación con el mundo real, con el contexto que le dio origen. Es por esta razón que la lógica resulta insuficiente, si en verdad queremos conocer lo que es el Derecho debemos partir de su génesis y recorrer los distintos momentos que quedaron grabados en la historia de la norma jurídica. La vida del Derecho, su motor, no es la lógica, sino la experiencia.

8. La visión del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. del Derecho es una de naturaleza instrumental, el Derecho ha ser utilizado para servirle a la sociedad, manteniendo el orden y haciendo posible la convivencia. El Derecho debe tomar en cuenta las necesidades existentes en la sociedad y asumir las posturas que permitan el manejo ordenado de dicha realidad. La función del Derecho es la de regular la convivencia humana y para esto debe reconocer la existencia de los instintos y pasiones humanas, para así regularlos de la manera más eficiente para sociedad.

9. Oliver Wendell Holmes, Jr., entiende que el Derecho debe evaluarse en términos de su efectividad social. El Derecho podrá ser considerado más o menos efectivo en atención a la manera en que promueve el orden social, esto es, en cuanto a si logra o no manejar los instintos humanos de forma que se puedan debatir las distintas ideas de forma ordenada y en lo posible pacífica.

10. Un elemento fundamental de la teoría jurídica de Oliver Wendell Holmes, Jr. es la importancia que atribuye al uso de la historia para entender el Derecho. La importancia del análisis histórico parte de la premisa de el Derecho es algo vivo, algo que tiene su propia historia. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. entre Derecho y sociedad hay lo que podríamos llamar una relación dialógica, esto es la sociedad es la fuente original del Derecho, que una vez creado, influencia por medio de sus normas, a la misma sociedad que lo creó. Pero la sociedad al ser siempre cambiante, nunca deja de aportar nuevas necesidades y conflictos, por lo que el Derecho, para adaptarse a las nuevas necesidades sociales, ha de renovarse constantemente a partir de la sociedad. El análisis histórico nos sirve para entender las circunstancias que motivaron la existencia de la norma, evaluar su efectividad y analizar si el contexto social actual todavía la hace necesaria o si por el contrario, las condiciones actuales han cambiado al punto de hacerla ineficaz.

11. Para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., el abogado del futuro debe ser un conocedor de estadísticas y economía, pues entiende que la función principal del abogado no es la aplicar de manera lógica el Derecho que se tiene escrito en los libros,

sino la colaborar en la construcción de un nuevo Derecho cuando sea necesario. Desde la perspectiva del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., el Derecho se encuentra en constante cambio para poder satisfacer las nuevas necesidades sociales. Y este trabajo de acercar el Derecho a la sociedad, de llevarlo de lo que es, a lo que debe ser, este trabajo de revolución permanente, es la principal tarea de los juristas. Y lo hace vistiendo sus ideas de ropaje jurídico y debatiéndolas contra las ideas de otros juristas en el foro judicial, la lucha en foro judicial legitimará las ideas finalmente favorecidas.

12. Las ideas filosófico-jurídicas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. sientan las bases para el desarrollo de las escuelas modernas en el Derecho Norteamericano. Estas escuelas de pensamiento jurídico asumieron los elementos básicos del pensamiento moderno, entre los que se distinguen:
 - a. Escepticismo: ante cualquier explicación del Derecho basada en el “Derecho Natural” y en la tradición.
 - b. Racionalismo: aplicado a la tarea de fundamentar el campo jurídico por medio de la ciencia.
 - c. Secularismo: manifestado en una tajante separación entre el campo moral y el campo legal
 - d. Idea del Progreso: Confianza en el Derecho como viabilizador del progreso social.

13. Las llamadas escuelas modernas asumieron los elementos básicos del pensamiento moderno. Estas doctrinas jurídicas de corte moderno se distinguen por asumir los siguientes elementos:
 - a. Escepticismo: ante cualquier explicación del Derecho basada en el “Derecho Natural” y en la tradición.

- b. Racionalismo: aplicado a la tarea de fundamentar el campo jurídico por medio de la ciencia.
 - c. Secularismo: manifestado en una tajante separación entre el campo moral y el campo legal.
 - d. Idea del Progreso: Confianza en el Derecho como viabilizador del progreso social.
14. Tanto el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., como los seguidores del formalismo jurídico comparten la visión de que el Derecho debe tener una base científica, por lo que ambos rechazaban los principios del Derecho Natural como fundamento del Derecho. De igual manera, ambos comparten el respeto a la doctrina del “Stare Decisis” por entenderla necesaria como mecanismo que ofrecía estabilidad al sistema.
15. El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., visualizaba el Derecho Común Norteamericano, como algo vivo, algo que se encontraba en constante desarrollo, algo que nunca llegaba a completarse. Por esta razón no compartía con el formalismo jurídico la idea de que todo el Derecho Común podría configurarse como un sistema completo, abarcador, que recogiera la totalidad del fenómeno jurídico y la ordenara de forma lógica a partir de conceptos.
16. Otra diferencia entre las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. y el Formalismo Jurídico es que para los seguidores del Formalismo Jurídico, la esencia del análisis del Derecho se encontraba en la elaboración y aplicación lógica de ciertos principios fundamentales, sin embargo para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. el análisis lógico resultaba incompleto para entender el fenómeno jurídico. Un análisis lógico no puede

dar cuenta de la percepción del Juez Holmes, Jr. del Derecho como algo vivo, un Derecho en constante devenir gracias a su relación con la sociedad y su visión Derecho como instrumento para promover la política pública del Estado.

17. Por último, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. rechazaba la idea de la neutralidad del Derecho, idea que resultaba ser seminal para el Formalismo Jurídico. Para el Juez Holmes, Jr. el Derecho era un instrumento que quedaba en manos de quienes ejercían el poder político, por lo que su contenido había de reflejar la política pública del estado. El único elemento de neutralidad, era la que debía ser asumida por el juez al abstenerse de promover sus ideas personales y decidir a favor de promover la política pública del Estado.

18. El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. fue precursor de las ideas del realismo jurídico, en cuanto a:

- a. El rechazo del estudio teórico-abstracto del Derecho,
- b. El escepticismo normativo,
- c. La estrecha relación existente entre Derecho y sociedad, y aunque en menor grado,
- d. La subjetividad de las decisiones judiciales.

19. El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. fue precursor de las ideas de la escuela de “Law and Economics”, en cuanto a:

- a. La idea de que para manejar correctamente el Derecho hay que utilizar las herramientas que las ciencias sociales ponen a nuestro alcance, en especial el uso del conocimiento socio-económico.
- b. Visión instrumental del Derecho, que es visto como una herramienta para alcanzar fines sociales.

- c. La idea de que el Derecho funciona a partir de una lógica económica.
 - d. La idea de que la función de los jueces al emitir decisiones judiciales es la de maximizar el bienestar social.
 - e. La importancia del estudio de la economía para los juristas.
20. El Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. fue precursor de las ideas de las escuelas críticas en cuanto a:
- a. La indeterminación del Derecho: Esto es, la co-existencia en el sistema jurídico, de distintas interpretaciones del Derecho cuya validez jurídica puede ser sustentada racionalmente.
 - b. La visión instrumental del Derecho: La visión del Derecho como mecanismo de dominación, para que quienes ostentan el poder puedan garantizar la protección de sus intereses.
21. Como resultado de sus ideas filosóficas, para el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. el sentido de la existencia humana consiste en entender la vida como una lucha constante, una lucha para cumplir con un deber autoimpuesto, de valor relativo y aceptarlo así, hasta el punto de dar la vida por ello. Cabe señalar que el Juez Holmes, Jr. transformó su vida personal en un vivo ejemplo de sus ideas, abrazando la lucha diaria que su carrera como juez le proporcionaba. Durante su estadía de 29 años en el Tribunal Supremo, el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., sirvió bajo la dirección de cuatro jueces presidentes, escribió unas 873 opiniones judiciales, además de unas 30 opiniones concurrentes y 72 opiniones disidentes, convirtiéndose en el Juez del Tribunal Supremo con más opiniones escritas. Sin embargo, toda vez que el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. formó parte de tribunales colegiados, sus ideas no quedan verdaderamente plasmadas de manera directa

en sus decisiones judiciales, es por esto que es preciso el análisis de sus escritos no judiciales, artículos de revista jurídica, conferencias, cartas, diarios, para de allí pasar a reconstruir sus ideas filosófico jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA TEMÁTICA: HOLMES COMO AUTOR

OBRA NO JURÍDICA DE OLIVER WENDELL HOLMES

La mayor parte de las obras del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. consultadas por el suscribiente para la preparación de esta tesis fueron tomadas de la compilación publicada por Novick, Sheldon, cuya cita es:

Novick, Sheldon M. Ed., *The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Vol. I-III, University of Chicago Press, Chicago, 1995.

En adelante la compilación de Novick será identificada en esta bibliografía como “Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. __, p. ____.” y para cada uno de los escritos del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., consultados por el suscribiente se señalará la página correspondiente en la compleción. En aquellos casos donde el documento utilizado provenga de una fuente distinta a la obra de Novick, se hará referencia a la publicación utilizada por el suscribiente.

ESCRITOS DEL JUEZ OLIVER WENDELL HOLMES, JR. COMO ESTUDIANTE¹⁰⁵²

Books, 4 Harvard Magazine 408 (1858) –
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol 1, p. 139

Editor's Table, 7 Harvard Magazine 26 (1860)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol 1, p.
143

Editor's Table, 7 Harvard Magazine 37 (1860)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol 1, p.
144

Plato, 2 University Quarterly 205 (1860)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol 1, p.
145

¹⁰⁵² Por ser una traducción y no un trabajo donde exponga ideas propias, he omitido de este listado la traducción de la apología de Sócrates realizada por Oliver Wendell Holmes, Jr. Alrededor de 1860.

Notes on Albert Durer, 7 Harvard Magazine 41 (1860)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol 1, p. 153

Alma Mater, 7 Harvard Magazine 48 (1860)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol 1, p. 157

Book Notices, 7 Harvard Magazine 111 (1860)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol 1, p. 158

Book Notices, 7 Harvard Magazine 235 (1861)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol 1, p. 159

Obituario a Francis Lowell Gardner, (1861)
Este obituario fue transcrito de los records del Porcelian Club para la compilación efectuada por Novick, Sheldon.
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol 1, p. 160

Submission for the Bowdoin Prize (1861)
Se refiere a un ensayo original en Griego Clásico sometido para el Bowdoin Prize el 1er. de Mayo de 1861.
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol 1, p. 160-167.

Pre-Raphaelitism, 7 Harvard Magazine 345 (1861)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol 1, p. 167

Class Book – Entry, Class Book 1861, pp. 329-331.
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol 1, p. 169

Escritos del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. relacionados a la Guerra Civil

Carta al Coronel William Raymond Lee (1862)
Recorte de periódico sin nombre ni fecha, aparecido en los Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr., Biblioteca de la Escuela de Derecho de Harvard, (Paige Box 22, Item 1).
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works . . .*, p. 170

How Fought Our Brothers, Harvard College Class of 186, *First Triennial Report* (Cambridge: Privately Printed, 1864) p. 64
Poema
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 172

H.L.A., poema dedicado a la memoria de su amigo Henry L. "Little" Abbot, quien falleciera en la campaña de "Wilderness" durante la Guerra Civil, recorte de periódico de octubre 17, 1864

Documentos de Oliver Wendell Holmes, Biblioteca de la Escuela de Derecho de Harvard, (Paige Box 4)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 172

Arthur Dehon, Harvard Memorial Biographies, ed. T.W. Higginson, Cambridge, Mass: Server and Francis, 1866, Vol. 2, p. 233.

Obituario al Primer Teniente Arthur Dehon, quien murió en Fredricksburg, Va., el 13 de diciembre de 1862)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 173

Francis W. Palfrey, Obituario, recorte de periódico del Boston Post, 24 de diciembre de 1889.

Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr., Biblioteca de la Escuela de Derecho de Harvard, (Paige Box 18, Item 4).

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 177

Tribute to a Brave Soldier, Resolutions on the Death of General W. Raymond Lee, recorte de periódico del Boston Evening Transcript, 6 de enero de 1892.

Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr., Biblioteca de la Escuela de Derecho de Harvard (Paige Box 19, Item 5).

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 178

Charles C. Beaman, obituario, recorte de periódico del Boston Evening Transcript, 18 de diciembre de 1900.

Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr., Biblioteca de la Escuela de Derecho de Harvard (Paige Box 19, Item 5).

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 178

Captain Magnitzky, obituario, recorte de periódico del Boston Evening Transcript, 20 de septiembre de 1910.

Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr., Biblioteca de la Escuela de Derecho de Harvard (Paige Box 19, Item 5).

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 179

Escritos de Oliver Wendell Holmes, Jr., publicados en el American Law Review entre los años de 1867-1873

DIGESTOS DE JURISPRUDENCIA

Digesto del “English Law Reports”, para los meses de mayo, junio y julio de 1868.

3 American Law Review 87 (1868)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 183

Selección para el Digesto de “State Reports” (1868)

3 American Law Review 116 (1868)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 184

ARTÍCULOS, COMENTARIOS Y RESEÑAS DE LIBROS

Reseña del Libro: *Roscoe’s Digest of the Law of Evidence in Criminal Cases* by David Power, Esq., 6th. American Ed., Philadelphia: T. & J. W. Johnson, 1866.

1 American Law Review 375 (1867)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 185

Reseña del Libro: *Manual of Medical Jurisprudence* por Alfred Swaine Taylor, M.D., F.R.S., 6th. American Edition, Philadelphia: Henry C. Lea, 1867.

1 American Law Review 377 (1867)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 187

Reseña del Libro: *Commentaries on Equity, Jurisprudence, as administered in England and America* por Joseph Story, LL.D. 9th Ed., Vols. I and II, Boston: Little, Brown, & Co., 1867.

1 American Law Review 554 (1867)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 188

Reseña del Libro: *A Treatise on the American Law of Easements and Servitudes* por Emory Washburn, LL.D., 2nd. Ed., Little, Brown, & Company, 1867

2 American Law Review 159 (1867)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
189

Reseña del Libro: *A Treatise on the Law of Bill of Exchange, Promisory Notes, Bank-Notes, and Checks* por Sir John Barnard Byle, 5th. Ed., Philadelphia: T. & J. W. Johnson & Co., 1868.

2 American Law Review 328 (1868)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
190

Summary of Events: Impeachment

2 American Law Review 547 (1868)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
191

Report of Cases Heard and Decided in the Supreme Court of Michigan, desde el 11 de julio de 1867, hasta el 28 de abril de 1868

3 American Law Review 141 (1868)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
198

Report of Cases in Law and Equity, argued and determined in the Supreme Court of Georgia, at Milledgeville, December Term, 1866.

3 American Law Review 144 (1868)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
199

Report on Cases argued and determined in the Supreme Court of Wisconsin, September Term, 1867.

3 American Law Review 147 (1868)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
201

Report on Cases determined in the Supreme Court of the State of Nevada, during the year 1867

3 American Law Review 148 (1868)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
202

Report on Cases argued and determined in the Supreme
Court of Queen's Bench and the Court of Exchenquer
Chamber on appeal form the Corut of Queen's Bench
3 American Law Review 150 (1868)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
203

*Report on Cases in Law and Equity, determined in the Supreme
Court of the State of Iowa*

3 American Law Review 357 (1869)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
204

Reseña del Libro: *A Treatise on the Law of Sale of Personal Property*
por J. P. Benjamin, Esq., London: Henry Sweet, 1868

3 American Law Review 541 (1869)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
206

*Report on Cases Determined in the Supreme Court of the State of
California, at October Term, 1867*

3 American Law Review 550 (1869)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
207

Reports of Cases at Law and in Chancery Argued and
Determined in the Supreme Court of Illinois,

3 American Law Review 556 (1869)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
209

*Reports of Cases heard and decided in the Supreme Court of
Michigan from April 28, 1868 to January 11, 1869*

3 American Law Review 757 (1869)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
210

Reseña del Libro: *The History of the Law of Tenures of Land in
England and Ireland. With particular reference to Inheritable
Tenancy; Leasehold Tenure; Tenancy at Will; and Tenant Right*, por
W.F. Finlason, Esq. London: Stevens & Haynes, 1870

4 American Law Review 752 (1870)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
211

Summary of Events: The Legal Tender Cases

4 American Law Review 768 (1870)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
212

Codes, and the Arrangement of the Law

5 American Law Review 1 (1870)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 212

Reseña del Libro: *A Treatise on the Law of the Domestic Relations: Embracing Husband and Wife, Parent and Child, Guardian and Ward, Infancy, and Master and Servant*, por James Schouler, of the Boston Bar, Boston: Little, Brown & Company, 1870.

5 American Law Review 113 (1870)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 222

Reseña del Libro: *Essays upon the From of the Law* por Thomas Erskine Holland, M.A., London: Butterworths, 1870

5 American Law Review 114 (1870)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 223

Reseña del Libro: *Commentaries on Equity, as administered in England and America*, por Joseph Story, LL.D. 10th. Ed., Two Volumes, Boston: Little, Brown, & Company, 1870

5 American Law Review 115 (1870)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 224

Reseña del Libro: *The House of Lords Cases: on Appeals and Writs of Error, and Claims of Peerage, during Sessions 1852, 1853 and 1854*, por Charles Clark, Esq., Vol IV, Boston: Little, Brown, & Company, 1870

5 American Law Review 116 (1870)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 225

Artículo: *Ultra Vires: How Far are Corporations Liable for Acts Not Authorized by their Charters? The East Anglian Railways Co. V. The Eastern Counties Railway Co.*

5 American Law Review 272 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 226

Reseña del Libro: *The Law of Torts* por C. G. Addison, Esq., Boston: Little, Brown, & Company, 1870

5 American Law Review 340 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 237

Reseña del Libro: *A Treatise on the Law of Negligence* por Thomas G. Shearman and Amasa A. Redfield, 2nd. Ed., New York: Baker, Voorhis, & Co, 1870.

5 American Law Review 343 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 238

Reseña del Libro: *The House of Lords Cases on Appeals and Writs of Error and Claims of Peerage*, por Charles Clark, Esq., Vols. V and VI, Boston: Little, Brown, & Company, 1870.

5 American Law Review 346 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 238

Reseña del Libro: *The Code of Procedure of the State of New York, as Amended to 1870* por John Townshend, New York: Baker Voorhis, & Co.

5 American Law Review 359 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1 , p. 239

Reseña del Libro: *A Treatise on the Rules for the Selection of the Parties to an Action* por A. V. Dicey, Esq., London: William Maxwell & Son, 1870

5 American Law Review 534 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 240

Reseña del Libro: *The Law of Negligence*, Robert Campbell, M.A., London: Stevens & Haynes, 1871

5 American Law Review 536 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 241

Reseña del Libro: *A Digest of the Decisions of the Federal Courts*, por Frederick C. Brightly, Esq., Vol. II, Philadelphia: Kay & Brother, 1870.

5 American Law Review 539 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 242

Reseña del Libro: *A Selection of Cases on the Law of Contracts* por C. C. Langdell, Boston: Little, Brown, & Company, 1870

5 American Law Review 539 (1871)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
243

Reseña del Libro: *Law and Practice in Bankruptcy*, Orlando F. Blump, Register in Bankruptcy, New York: Baker, Voorhis, & C., 1871.

5 American Law Review 540 (1871)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
243

Reseña de una Revista Jurídica: *The Law Magazine and Law Review; Quaterly Journal of Jurisprudence, September, 1870, to February, 1871*, Volume XXX, London: Butterworths, 1871.

5 American Law Review 541 (1871)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
244

Reseña del Libro: *Treatsie on the Law of Private Corporations Aggregate* por Joseph K. Angell and Samuel Ames. 9th. John Lathrop, Boston: Little, Brown & Company, 1870.

5 American Law Review 542 (1871)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
244

Reseña del Libro: *A Digest of all the reported Cases decided in the Supreme Court of Errors and the Superior Court of the State of Conneticut* por Simeon E. Baldwin, Boston: Little, Brown & Company, 1871.

5 American Law Review 542 (1871)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. I, p.
245

Reseña del Libro: *A Treatsie of the Statutes of Elizabeth against Fraudulent Conveyances* por Henry W. May, B.A. London: Stevens & Haynes, 1870

5 American Law Review 543 (1871)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
245

Reseña del Libro: *The Hose of the Lords Cases on Appeals and Writs of Error, and Claims of Peerage, during the sessions 1858-1864* por Charles Clark Esq. By appointment of the House of Lords, Vols. VII, VIII, IX and X. Boston: Little, Brown, & Company, 1871.

5 American Law Review 544 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 246

Reseña del Libro: *The Law of Wills: Parts II and III, Devises, Legacies and Testamentary Trusts; Their Construction, Discharge, and Mode of Enforcement; The Probate Wills; The Duties of Executors, Administrators, and other Testamentary Trustees; and the Settlement and Distribution of Estates, with the Law of Trusts.* por Isaac F. Redfield, LL.D., 2nd. Ed., Boston: Little, Brown, & Company, 1870

5 American Law Review 546 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 247

Reseña del Libro: *The American Reports* por Isaac Grants Albany: John D. Parsons, Jr., 1871.

5 American Law Review 549 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 248

Reseña del caso: *Superior Court of the City of New York, Palmer v. De Witt (Pamphlet, Diossy & Co.)*

5 American Law Review 567 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 249

Reseña de la Ponencia: *The Academical Study of the Civil Law (An Inaugural Lecture, Delivered at Oxford, February 25, 1871 by James Bryce, D.C.L., of Licoln's Inn, Barrister of Law, and Fellow of Oriel College; Rgious Professor of Civil Law in the University of Oxford.* London and New York: Macmillan & Company, 1871 (Pamphlet).

5 American Law Review 715 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 250

Reseña del Libro: *Curiosities of the Law Reporters*, por Franklin Fiske Heard, Boston: Lee & Shepard, New York: Lee, Shepard, & Dillingham, 1871.

5 American Law Review 717 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 251

Reseña del Libro: *Leading and Selected American Cases in the Law of Bills of Exchange, Promisory Notes, and Checks*, por Isaac F. Redfield and Melville M. Bigelow, Boston: Little, Brown, & Company, 1871

5 American Law Review 720 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 251

Comentario sobre la colección de casos: *Cases decided in the District and Circuit Courts of the United States for the Pennsylvania District*, Published by Redwood Fisher, 1813, Reprinted by Bourguin & Welsh, Philadelphia, 1871

5 American Law Review 725 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 252

Reseña del Artículo: "The Medico-legal Value of Confession as an Evidence of Guilt", por Dr. William A. Hammond, *The Journal of Psychological Medicine* for April 1871, New York.

5 American Law Review 742

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 252

Comentario sobre legislación: *The Ku-Klux Bill*

5 American Law Review 749 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 253

The Rights of Chinamen (Oliver Wendell Holmes, Jr. contesta una carta que preguntaba sobre el estatus legal de las personas nacidas en China y de las personas nacidas en los Estados Unidos

de padres nacidos en China, bajo la enmienda 14 a la Constitución de los Estados Unidos.

5 American Law Review 780 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 256

Misunderstandings of the Civil Law

6 American Law Review 37 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 257

Reseña del Libro: *The Science of Legal Judgement* por James A Ram, of the Inner Temple, Barrister at Law, con añadiduras y anotaciones de John Townshend, of the New York Bar, New York: Baker, Voorhis & Co., 1971.

6 American Law Review 134 (1971)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 266

Reseña del Libro: *Law and Practice in Bankruptcy* por Orlando F. Bump, Register in Bankruptcy, 4th. Ed., New York: Baker, Voorhis & Co. 1871.

6 American Law Review 137 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 267

Reseña del Libro: *A Treatise on the Constitutional Limitations* por Thomas M. Cooley, One of the Justices of the Supreme Court of Michigan, 2nd. Ed., Boston: Little, Brown, & Co. 1871.

6 American Law Review 140 (1871)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 268

Reseña del Libro: *A Treatise upon the United States Courts, and their Practice: Explaining the Enactments by which they are controlled; their Organization and Power; their peculiar Jurisdiction; and the Modes of Pleadings and Procedure in them,* por Benjamin Vaughan Abbott, Vol. II, New York: Diossy & Co., 1871

6 American Law Review 149 (1871)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
270

Comentario sobre Jurisprudencia: *English Chancery Reports*,
Macnaghten & Gordon, 3 Vols., De Gex, Macnaghten, & Gordon,
Vols. I y II, Boston: Little, Brown, & Co. 1871.

6 American Law Review 349 (1871)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
270

Comentario sobre Jurisprudencia: *Massachusetts Report 103-
Cases argued and determined in the Supreme Judicial Court of
Massachusetts, October 1869 – January 1870*, Albert G. Browne,
Jr., Reporter, Boston: H. O. Houghton & Co. 1872.

6 American Law Review 350 (1871)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
271

Reseña del Libro: *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, por
C. C. Langdell, Dane Professor of Law in Harvard University,
Prepared for use as a text-book in Harvard Law School, Boston:
Little, Brown, & Co., 1871.

6 American Law Review 353 (1871)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
273

Contestación a una carta enviada a los editores del American Law
Review: Oliver Wendell Holmes, Jr. contesta una carta en la que un
lector preguntaba sobre el alcance de la responsabilidad de los
funcionarios gubernamentales por los intereses que generan los
fondos públicos, mientras están en manos de dicho funcionario.

6 American Law Review 396 (1872)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p.
274

*Grain Elevators: On the Title to Grain in Public Warehouses, Harry
Chase and Others v. Joseph C. Washburn*, 1 Ohio N. S. 244.

6 American Law Review 450 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 275

Reseña del Libro: *Principles of the Law of Real Property* por Joshua Williams, Esq., of Lincoln's Inn, one of Her Majesty's Counsel. 4th. American from 9th. English Ed., Philadelphia: T. & J. W. Johnson & Co., 1872.

6 American Law Review 549 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 289

Reseña del Libro: *American Leading Cases; being select decisions of American Courts in several departments of law; with especial reference to Mercantile Law*, anotadas por J. I. Clark Hare and H. B. Wallace, 5th Ed., 2 Vols., Philadelphia: T. & J. W. Johnson & Co., 1871.

6 American Law Review 550 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 290

Reseña del Libro: *American Trade-Mark Cases*, A Compilation of all reported Trade-Mark Cases decided in the American Courts prior to the Year of 1871, Editados por Rowland Cox, & c., Cincinnati: Robert Clarke & Co., 1871

6 American Law Review 553 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 291

Reseña del Libro: *Reports of all the publised Life and Accident Insurance Cases determined in the American Courts prior to January, 1871 and Reports of the Life and Accident Insurance Cases determined in the Courts of America, England and Ireland, between January, 1871 and January, 1872*, together with most of the prior English Cases, con anotaciones y referencias de Melville M. Bigelow, of the Boston Bar, New York: Hurd & Houghton, 1872.

6 American Law Review 554 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 292

Comentario sobre Jurisprudencia: *Massachusetts Report 104, Cases argued and determined in the Supreme Judicial Court of Massachusetts, January to September; 1870*, Albert G. Browne, Jr., Reporter, Boston: H. O. Houghton & Co., 1872

6 American Law Review 556 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 292

Reseña sobre el Libro: *The Law of Contracts* por Francis Hillard, 2Vols., Philadelphia: Kay & Brother, 1872.

6 American Law Review 558 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 294

Reseña sobre la Revista: *The Law Magazine and Review*, New York Series, No.3, April 1, 1872, London: Butterwoths.

6 American Law Review 723 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 294

Reseña de la reimpresión simultánea:

- *A Treatise on the Law and Practice of Injunctions in Equity*, por William Williamson Kerr, of Lincoln's Inn, Barrister at Law, Editado y anotado con referencias a los casos Americanos por William A. Herrick, Boston: Little, Brown, & Co., 1871;
- *A Treatise on the Law of Fraud and Mistake* por William Williamson Kerr, &c., con anotaciones a los casos americanos por Orlando F. Bump, Counsellor at Law, New York: Baker, Voorhis & Co., 1872;
- *A Treatise on the Law and Practice as to Receivers appointed by the Court of Chancery*, por William Williamson Kerr, & C., con anotaciones y referencias a las autoridades Americanas por George Tucker Bispham, Philadelphia: Kay & Brother, 1872. (Esta nota fue escrita conjuntamente por Oliver Wendell Holmes, Jr. y John Ropes y no se tiene constancia sobre si alguna porción puede ser adjudicada en su totalidad a Oliver Wendell Holmes, Jr.)

6 American Law Review 728 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 297

Reseña del Libro: *Fire Insurance Cases: Being a collection of all the reported cases on Fire Insurance, in England, Ireland, Scotland, and America, from the earliest period to the present time, chronologically arranged, Vol. I, Covering the period from 1729 to 1839, con anotaciones y referencias por Edmund H. Bennett, New York: Hurd & Houghton, 1872.*

6 American Law Review 731 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 298

Reseña sobre el Índice: *Index to Precedents in Conveyancing, and to Common and Commercial Forms*, por Walter Arthur Copinger, Esq., of the Middle Temple, Barrister at Law, London: Stevens & Haynes, 1872.

6 American Law Review 732 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 298

Reseña sobre el Libro: *Notes on Common Forms, A book of Massachusetts Law*, por Uriel H. Crocker, 2nd. Ed., Boston: Little, Brown, & Co., 1872.

6 American Law Review 732 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 299

Reseña sobre el Digesto: *The Massachusetts Digest; Digest of the Decisions of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, from the year of 1857 to the year 1869*, por Edmund H. Bennett and Henry W. Holland, Vol. III, Boston: Little, Brown, & Co., 1872

6 American Law Review 733 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 299

Reseña del Libro: *Digest of the Reported Cases (from 1756 to 1870, Inclusive) Relating to Criminal Law, Criminal Information and Extradition*, por R.A. Fisher, Esq., of the Middle Temple, Barrister at Law, San Francisco: Sumner Whitney & Co. 1871.

6 American Law Review 737 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 300

Reseña del Libro: *Judgements delivered in the Court of the United States for the District of Massachusetts* por John Lowell, LL.D., District Judge, Boston: Little, Brown, & Co., 1872.

6 American Law Review 743 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 300

Nota introductoria a la reproducción del texto de una ley: *A New Practice Act*, (Practice in the United States Courts, June 1, 1872, ch. 255, 17 U. S. Statutes at Large, 196.

6 American Law Review 748 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 302

Artículo: *The Arrangement of the Law – Privity*

7 American Law Review 46 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 303

Comentario sobre Jurisprudencia: *The Legal Tender Cases of 1871*

7 American Law Review 146 (1872)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 318

Comentario sobre Legislación: *The Code of Iowa, Report of Commissioners to Revise Statutes of State of Iowa, and Stephen's Codification in India and England* (Speech by Mr. Fitzjames Stephen, Q.C.

7 American Law Review 318 (1873)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 319

Reseña del Libro: *Outlines of Roman Law* por T. Whitcombe Greene, B.C.L., of Lincoln's Inn, Barrister at Law, London: Stevens & Sons, 1872.

7 American Law Review 320 (1873)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 321

Reseña del Libro: *An Epitome and Analysis of Savigny's Treatise on Obligations in Roman Law*, por Archibald Brown, of the Middle Temple, Esq., Barrister at Law, and B.C.L. Oxon, London: Stevens & Haynes, 1872.

7 American Law Review 320 (1873)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 322

Comentario sobre la aparición de una revista jurídica: *American Civil Law Journal* (New York, January 1, 1873).

7 American Law Review 578 (1873)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 322

Artículo: *The Gas-Stoker's Strike*

7 American Law Review 582 (1873)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 323

Artículo: *The Theory of Torts*

7 American Law Review 652 (1873)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 326

Reseña del Libro: *An Index of Cases Overruled, Reversed, Denied, Doubted, Limited, and Distinguished by the Courts of America, England and Ireland, from the Earliest Period to the Present Time*, por Melville M. Bigelow, Boston: Little, Brown, & Co., 1873.

7 American Law Review 716 (1873)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 1, p. 335

Anotaciones de Oliver Wendell Holmes, Jr. a la 12ma. Edición de los *Commentaries on American Law* de James Kent.

Estas anotaciones tomaron a Oliver Wendell Holmes, Jr. unos tres años que van desde 1870 hasta el mes de diciembre de 1873. Sus anotaciones no se limitaron a la incorporación de la jurisprudencia reciente, sino que preparó resúmenes sobre el desarrollo que se ha

registrado en las distintas áreas del Derecho desde la época en que Kent escribió sus comentarios. En sus anotaciones Oliver Wendell Holmes, Jr. confrontaba las ideas de Kent, con los últimos desarrollos en teoría jurídica, cuestionando, refutando e incluso presentando distintas alternativas a las ideas y el análisis del derecho común norteamericano realizado por Kent. El resultado final fue las anotaciones realizadas por Oliver Wendell Holmes, Jr. pasaron a ser el punto central de la edición, opacando el texto de Kent.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 2

Escritos publicados por Oliver Wendell Holmes, Jr., en el *American Law Review* entre los años de 1876-1881

ARTÍCULOS COMENTARIOS Y RESEÑAS FUERON PREPARADOS CON EL PROPÓSITO DE QUE SE CONVIRTIESEN EN LOS TEMAS TRATADOS EN SU OBRA THE COMMON LAW.

Artículo: *Primitive Notions in Modern Law*, No. I

10 *American Law Review* 422 (1876)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 4

Reseña: *Essays in Anglo-Saxon Law*. Little, Brown & Co.; London: Macmillan & co., 1876, 8vo., pp. xii, 392.

11 *American Law Review* 327 (1877)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 16

Artículo: *Primitive Notions in Modern Law*, No. II

11 *American Law Review* 641 (1877)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 21

Análisis de Jurisprudencia: *United States Reports, Supreme Court, Vol. 94*, Cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States, October Term, 1876. reported by William T. Otto, ol. IV, Boston: Little, Brown, & Co., 1877, 8vo. pp. Xix, 878.

12 *American Law Review* 354 (1878)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 35

Artículo: *Possession*

12 American Law Review 688 (1878)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 37

Artículo: *Common Carriers and the Common Law*

13 American Law Review 609 (1879)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 60

Artículo: *Trespass and Negligence*

14 American Law Review 1 (1880)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 76

Reseña del Libro: *The Law of Domicile as a branch of the Law of England, stated in the form of Rules*, By A.V. Dicey, B.C.L., Barrister at Law, London: Stevens & Sons., 1879, 8vo. pp. xvi, 386.

14 American Law Review 67 (1880)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 100

Reseña conjunta de los libros:

- *A Selection of Cases on the Law of Contracts, with a Summary of the Topics covered by the Cases*, by C.C. Langdell, Dane Professor of Law in Harvard University, 2nd. Ed., Boston: Little, Brown, & Co., 1879, Two vols., 8vo., pp. xviii, 1116.
- *Principles of the English Law of Contract*, By Sir William R. Anson, Bart., M.A., B.C.L., of the Inner Temple, Barrister at Law, Oxford, at the Clarendon Press., 1879, One Vol. 12mo. Pp. xxxii, 358

14 American Law Review 233 (1880)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p.102

Clausura de los "Lowell Lectures": *The Common Law*

Boston Daily Advertiser, January 1, 1881

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 104

Libro: *The Common Law*, by Oliver Wendell Holmes, Jr., Boston: Little, Brown & Co., 1881

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 109

ARTÍCULOS, COMENTARIOS, RESEÑAS Y CARTAS DE OLIVER WENDELL HOLMES, JR. POSTERIORES A LA PUBLICACIÓN DE SU LIBRO "THE COMMON LAW"

Artículo: *Early English Equity*

1 Law Quarterly Review 162 (1885)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 327

Artículo: *Just the Boy Wanted*

Youth Companion, February 7, 1889

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 338

Artículo: *Agency I*

4 Harvard Law Review 345 (1891)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 340

Artículo: *Agency II*

5 Harvard Law Review 1 (1891)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 355

Artículo: *Privilege, Malice and Intent*

8 Harvard Law Review 1 (1894)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 371

Letter to Yale Students in Response to Resolutions on the Death of Dr. Holmes (November 4, 1894)

Recorte de Periódico que es parte de los Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr., Biblioteca de la Escuela de Derecho de Harvard, (Paige Box 19, Item 5.)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 380

Artículo: *Executors*

9 Harvard Law Review 42 (1895)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 381

Artículo: *Bar as a Profession*

Youth's Companion February 20, 1896

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 386

Ponencia en la Universidad de Boston, 8 de enero de 1897: *The Path of Law*

10 Harvard Law Review 457 (1897)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 391

Artículo: *Law in Science and Science in Law*

12 Harvard Law Review 443 (1899)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 406

Versión Resumida para una ponencia ofrecida ante el "New York Bar Association" el 17 de enero de 1899: *Law in Science and Science in Law*

Recorte de periódico (Albany Argus) aparecido en los Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr. (Paige Box 19, Item 5)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 420

Artículo: *A Theory of Legal Interpretation*

12 Harvard Law Review 417 (1899)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 422

Introducción preparada para una reimpresión del “Espíritu de las Leyes” del Barón de Montesquieu: *Montesquieu*

“Espíritu de las Leyes” del Barón de Montesquieu, Thomas Nugent, Traductor, revisada por J.V. Prichard, New York: D. Appleton and Co., 1900

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 425

Carta enviada a la revista *Cosmopolitan*: *Economic Elements*

Publicada en la revista *Cosmopolitan* de Febrero de 1906 a la página 397

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 432

La versión reimpresa por Novick fue tomada de una recopilación de escritos de Oliver Wendell Holmes, Jr., realizada por Harold J. Laski. Vease Holmes, Jr., *Oliver Wendell Collected Legal Papers*, New York: Harcourt, Brace and Howe, 1920.

In Memoriam: Frederic William Maitland

23 *Law Quarterly Review* 137 (1907)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 434

Reseña del Libro: *A History of English Law*, by W.S. Holdsworth, D.C.L. London: Methuen & Co., 1909, 8v0., Vol. II, xxxi and 572 pp.; Vol III, xxxviii, 532 pp.

25 *Law Quarterly Review* 412 (1909)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 434

Carta al Juez Putnam, con motivo de la muerte del Juez Presidente Fuller el 12 de julio de 1910

22 *The Green Bag* 528

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 437

Entrevista

Recorte de periódico aparecido en los documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr. (Paige Box 19, Item 5.)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 438

Reseña: *Introduction to the General Survey of Events, Sources, Persons and Movements in Continental Legal History*, by Various European Authors.

Continental Legal History Series, Vol.1: *Introduction to the General Survey of Events, Sources, Persons and Movements in Continental Legal History*, Boston: Little, Brown & Co., 1912
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 439

Ponencia leída en la reunión del “Massachusetts Historical Society” de 12 de marzo de 191: *John Chipman Gray*

48 Massachusetts Historical Society Proceedings 323 (1915)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 441

Artículo: Ideals and Doubts

10 Illinois Law Review 1 (1915)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 442

Reseña: *Bracton de Legibus et Consuetudinibus Angliae*

Bracton de Legibus et Consuetudinibus Angliae, Edited by George E. Woodbine, Yale University Press, New Haven, 1915, Vol. I.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 444

Artículo: Natural Law

32 Harvard Law Review 40 (1918)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 445

Carta al “Harvard Liberal Club”

La carta fue leída en la reunión del “Harvard Liberal Club” de 12 de enero de 1920

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 448

Prefacio a los “Collected Legal Papers”

Holmes, Jr., Oliver Wendell, *Collected Legal Papers*, New York: Harcourt, Brace and Howe, 1920.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 449

Introducción a “Rational Basis of Legal Institutions

Rational Basis of Legal Institutions, Eds. J.H. Wigmore and A. Kocourek, New York: Macmillan, 1923.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 449

Carta al Juez Presidente y los Jueces Asociados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, 12 de enero de 1932

284US vi.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 451

Carta al Presidente Herbert Hoover de 12 de enero de 1932

284 US vii

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 451

Carta al “Federal Bar Association” de 29 de febrero de 1932

Federal Bar Association Journal 2, no.3:177 (April 1935)

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 452

Introducción a “Mr. Justice Brandeis

Mr. Justice Brandeis, Ed. Felix Frankfurter, New Haven: Yale University Press, 1932

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 452

Carta al “Law Quarterly Review”

51 Law Quarterly Review 4 (Enero, 1935)
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p.
453

DISCURSOS

Memorial Day

Discurso pronunciado el 30 de mayo de 1884, en Keene,
N.H., ante John Sedgewick Post No. 4, Gran Ejército de la
República
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p.
462

Harvard College in the War

Contestación a Brindis, en los actos de graduación de la
Universidad de Harvard el 25 de junio 1884
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p.
467

The Law

Pronunciado en una cena del Suffolk Bar Association el 5 de
febrero de 1885
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p.
468

The Puritan

Pronunciado en el 250 Aniversario de la Primera Iglesia en
Cambridge, el 12 de Febrero de 1886
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p.
470

The Profession of the Law

Pronunciado el 17 de febrero de 1886 ante los Graduados de
Bachiller en la Universidad de Harvard.
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p.
471

On Receiving the Degree of Doctor of Laws

Pronunciado en los Actos de Graduación de la Universidad de Yale, el 30 de julio de 1886.

The Usage of Law Schools

Pronunciado en el 250 Aniversario de la Universidad de Harvard, ante el “Harvard Law School Association” en Cambridge, el 5 de noviembre de 1886.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 474

Sidney Bartlett

Contestación a la Resolución del “Bar”, Boston, 23 de marzo de 1889.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 480

Daniel S. Richardson

Contestación a la Resolución del “Bar”, Lowell, 15 de abril de 1890

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 482

The Use of Colleges

Pronunciado en la cena de ex alumnos de la Universidad de Yale, Boston, 3 de febrero de 1891.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 483

William Allen, Associate Justice of the Supreme Court of Massachusetts

Contestación a la Resolución del “Bar”, Greenfield, September 15, 1891

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 484

The Soldier’s Faith

Pronunciado el día de la Recordación, el 30 de mayo de 1895, en una reunión convocada por la Clase Graduanda de la Universidad de Harvard.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 486

Learning and Science

Pronunciado en la cena del “Harvard Law School Association” en honor al Profesor C.C. Langdell, el 25 de junio de 1895

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 491

George Otis Shattuck

Contestación a la Resolución del “Bar”, Boston, 29 de mayo de 1897

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 492

Walbridge Abner Field, Chief Justice of the Supreme Judicial Court of Massachusetts.

Contestación a la Resolución del “Bar”, Boston, 25 de noviembre de 1899.

Speech

Pronunciado en la cena ofrecida al Juez Presidente Holmes por el “Bar Association of Boston”, el 7 de marzo de 1900.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 498

John Marshall

En contestación a la moción para que el Tribunal levante sus trabajos, el 4 de febrero de 1901, en el aniversario 100 del día en que Marshall tomó su asiento como Juez Presidente.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 500

Ipswich

Pronunciado en la develación de unas placas para el recuerdo de unas efemérides el 31 de julio de 1902
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 502

The Class of '61

En el 50 aniversario de la graduación, 28 de junio de 1911.
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 504

Law and the Court

Pronunciado en la cena del “Harvard Law School Association” de Nueva York el 15 de febrero de 1913.
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 505

DISCURSOS PRONUNCIADOS POR OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

Bajo este título agrupamos una serie de discursos que en los “Collected Works” de Novick aparecen como “Uncollected and Unpublished”. Estos discursos según explica el propio Novick fueron tomados de un cuaderno en el que Oliver Wendell Holmes, Jr. anotaba sus discursos e incluía en el las correcciones realizadas para acercar el discurso escrito al que finalmente pronunció en público.

Discurso

Pronunciado en la cena que forma parte de los actos de graduación en la Universidad de Harvard el 30 de junio de 1880.
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 509

Discurso

Pronunciado en una cena de ex alumnos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston el 3 de junio de 1890.
Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 511

Discurso

Pronunciado al 20mo. Regimiento de Voluntarios de Massachusetts.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 512

Discurso

Pronunciado en la cena del Tavern Club en honor de Paul Bourget el 4 de diciembre de 1893.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 513

Discurso

Pronunciado en la cena de Tavern Club en honor de Rudyard Kipling el 24 de abril de 1895.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 514

Memorial en honor de Arthur P. Bonney and Frederic T. Greenhalge

Presentado ante el "Supreme Judicial Court" el 21 de abril de 1896 (Lowell: 1896).

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 515

Discurso

Pronunciado en la cena del Tavern Club en honor a Rudolph C. Lehmann el 24 de noviembre de 1896.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 516

Discurso

Pronunciado en los actos de graduación de la Universidad de Brown en el año de 1897.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 517

Discurso

Pronunciado en reunión del “20th Regimental Association” el 11 de diciembre de 1897.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 519

Asaph Churchill

Contestación a una Resolución del “Bar” de 21 de febrero de 1898.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 520

Edward Avery and Eratus Worthington

Contestación a una Resolución del “Bar” del 27 de mayo de 1898 en Dedham.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 521

Discurso

Pronunciado en una cena del “Tavern Club” en honor a Albert Venn Dicey el 4 de noviembre de 1898

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 522

Discurso

Pronunciado en el banquete para el Almirante Dewey el 14 de octubre de 1899. (Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr., -Paige Box 19, Item 5.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 523

Discurso

Pronunciado en la cena del “Tavern Club Dinner en honor al Dr. S. Weir Mitchell el 4 de marzo de 1900 (Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr. – Paige Box 19, Item 5).

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 525

William Crowninshield Endicott

Contestación a una Resolución del “Bar”, en Boston el 24 de noviembre de 1900.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 526

Discurso al Essex Bar

Tomado de un escrito a máquina, corregido y sin fecha que obra en los Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr. “Addenda Box”.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 528

Discurso

Pronunciado en los actos de dedicatoria del Edificio de la Escuela de Derecho de la Universidad de Northwestern, el 20 de octubre de 1902 – Tomado del “Chicago Legal News”, el 25 de octubre de 1902.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 529

Discurso

Pronunciado en la cena del “Chicago Bar Association” el 21 de octubre de 1902. – Tomado del “Chicago Legal News” 25 de octubre de 1902.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 532

Discurso

Pronunciado en la cena del “Tavern Club” la noche antes de que Oliver Wendell Holmes, Jr. partiera a ocupar su puesto en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el 14 de noviembre de 1902.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 533

Discurso

Pronunciado en el banquete del “Middlesex Bar Association” el 3 de diciembre de 1902 – Tomado de un recorte de Periódico en los Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr. (Paige Box 19, Item 5).

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 535

Discurso

Pronunciado en reunión del “2nd. Army Corps Association” en Washington, D.C., el 13 de marzo de 1903. – Tomado de un manuscrito en los Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr., (Paige Box 19, Item 5).

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 537

Sarah Whitman

Tomado de un recorte de periódico con anotaciones en los Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr. – Paige Box 19, Item 5. (Boston Globe, 17 de julio de 1904).

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 538

Discurso

Pronunciado en la cena del “Alpha Delta Phi Club” en Cambridge, el 27 de septiembre de 1912 – Tomado de un manuscrito en los Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr. – “Addenda” Box.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 539

Discurso Radial

Pronunciado en ocasión de su 90 aniversario, el 8 de marzo de 1931 – Tomado de un manuscrito en los Documentos de Oliver Wendell Holmes, Jr., Box 19, Folder 12.

Reimpreso en Novick, Sheldon, *Collected Works*, Vol. 3, p. 541

DIARIO DE GUERRA DE OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

De Wolfe Howe, Mark ed., *Touch with Fire: Civil War Letters and Diary of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Fordham University Press, New York, 2000.

COLECCIONES DE CORRESPONDENCIA DE OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

Burton, David H., Ed., *Holmes-Sheehan Correspondence: The Letters of Justice Oliver Wendell Holmes and Canon Patrick Augustine Sheehan*, National University Publications, N.Y., 1976.

De Wolf Howe, Mark, Ed., *Holmes-Laski Letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Laski 1916-1935*, Vol. I y II, Harvard University Press, Massachusetts, 1953.

De Wolfe Howe, Mark ed., *Holmes-Pollock Letters, The correspondece of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1961.

Menel, Robert M. Y Compston, Christine L., ed., *Holmes & Frankfurter: Their Correspondence, 1912-1934*, University of New Hampshire, University Press of New England, 1996.

COLECCIONES DE LAS OBRAS DEL JUEZ OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

Lerner, Max, Ed. *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, Halcyon House, Garden City, New York, 1948.

Posner A. Richard, Ed., *The Essential Holmes: Selection from letters, speeches, judicial opinions, and other writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, University of Chicago Press, Chicago, 1992.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

TRABAJOS DE CARÁCTER BIOGRÁFICO SOBRE OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

Alschuler, Albert W., *Law without values: The life, work, and Legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press, Chicago, 2000.

Baker, Liva, *The Justice from Beacon Hill – The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, Harper Collins Publishers, New York, 1991.

Burton, Steven J., ed., *The Path of the Law and it's Influence*, Cambridge University Press, 2000.

Drinker Bowen, Catherine, *The Yankee from Olympus*, Little, Brown and Company, 1944.

Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Shaping Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1957.

Howe, Mark DeWolfe, *Justice Oliver Wendell Holmes, The Proving Years, 1870-1882*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1963.

Novick, Sheldon M., *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little, Brown & Company, Boston, 1989.

White, Edward G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, New York, 1993.

Schwartz, Bernard, *Algunos Artífices del Derecho Norteamericano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.

LIBROS SOBRE OLIVER WENDELL HOLMES, JR. Y SUS APORTACIONES AL CAMPO DEL DERECHO.

Frankfurter, Felix, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, 2nd. Ed., The Belkan Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1961.

Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992.

Kellogg, Frederic R., *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy*, Greenwood Press, Connecticut, 1984.

Kens, Paul, *Lochner v. New York: Economic Regulation on Trial*, University Press of Kansas, Lawrence, Kansas, 1998

Lief, Alfred, *The Dissenting Opinions of Mr. Justice Holmes*, Vanguard Press, New York, 1929

Pohlman H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes & Utilitarian Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1984.

Reiman Mathias W., "The Common Law and German Legal Science", según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992.

Rosenberg, David, *The Hidden Holmes: His theory of torts in history*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995.

Shiver, Harry C., *The Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Dennis & Co., Inc. Law Book Publishers, Buffalo, N.Y., 1940.

ARTÍCULOS DE REVISTAS JURÍDICAS SOBRE LA VIDA Y OBRA DE OLIVER WENDELL HOLMES, JR.:

Atiyah, Patrick, "The Legacy of Holmes Through English Eyes", publicado en *Holmes and the Common Law a Century Later: The Holmes Lectures, 1981*, Occasional Pamphlet Number Ten, Harvard Law School, Cambridge, Mass., 1983.

Frankfurter, Felix, *Mr. Justice Holmes*, 48 Harv. L. Rev. 1279 (1935).

Frankfurter, Felix, *Mr. Justice Holmes and the Constitution*, 41 Harvard Law Review 121 (1927).

Frankfurter, Felix, *Twenty years of Mr. Justice Holmes's Constitutional Opinions*, 36 Harv. L. Rev. 909 (1923).

Frankfurter, Felix, *The Constitutional Opinions of Justice Holmes*, 29 Harv. L. Rev. 683 (1916).

Gordon, Robert. *Holmes' Common Law as Legal Science and Social Science*, 10 Hofstra Law Review 719.

Grey, Thomas C., *Holmes and Legal Pragmatism*, 41 Stan L. Rev. 787 (1989).

Hamilton, Walton H., *The Legal Philosophy of Justices Holmes and Brandeis*, 33 Current History 654 (1931).

Horwitz Morton J., ed., "Holmes in American Legal Thought", según aparece en Gordon, Robert W. ed., *The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford University Press, California, 1992.

Kaplan, Benjamin, "Encounters with Oliver Wendell Holmes, Jr.", publicado en *Holmes and the Common Law a Century Later: The Holmes Lectures, 1981*, Occasional Pamphlet Number Ten, Harvard Law School, Cambridge, Mass., 1983.

Kelly, Patrick J., *Was Holmes a Pragmatist? Reflections on a New Twist to an Old Argument*, 14 S Ill U. L. J. 427 (1990).

Kelley, Patrick J., "Holmes on the Supreme Judicial Court: The Theorist As a Judge" publicado en Osgood, Russell, K., *The History of the Law in Massachusetts: The Supreme Judicial Court 1692-1992*, Supreme Judicial Court Historical Society, Boston, 1992.

Lahav, Pnina, *Holmes and Brandeis: Libertarian and Republican Justifications for Free Speech*, 4 JL & pol., 451 (1987).

Luban, David, *Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint*, 44 Duke Law Journal, 449 (1994).

Lucey, Francis E., *Holmes-Liberal-Humanitarian-Believer in Democracy?*, 39 Geo L J 523 (1951).

McKinnon, Harold R., *The Secret of Mr. Justice Holmes*, 36 ABA J. 261, 345, 343 (1950).

Minda, Gary, *One Hundred Years of Modern Legal Thought: From Langdell and Holmes to Posner and Schlag*, 28 *Indiana Law Review* 353.

Novick, Sheldon, M., *Justice Holmes's Philosophy*, 70 *Washington U. L. Q.* 703 (1992).

Palmer, Ben W., *Hobbes, Holmes and Hitler*, 31 *ABA J.* 569 (1945).

Rogat, Yosai, *Mr. Justice Holmes: A dissenting opinion* (part 1), 15 *Stan L. Rev.* 254 (1963).

Rogat, Yosai, *Mr. Justice Holmes: A dissenting opinion* (part 2), 15 *Stan L. Rev.* 254 (1963).

Rogat, Yosai & O'Fallon, James M., *Mr. Justice Holmes: A dissenting opinion-The Speech Cases*, 36 *Stan L. Rev.* 1349 (1984)

Rogat, Yosai, *The Judge as Spectator*, 31 *U Chi L Rev.* 213 (1964).

Roseblatt, Rand, *Holmes, Pierce and Legal Pragmatism*, 84 *Yale L.J.* 1123 (1975).

Sunstein, Cass, *Lochner's Legacy*, 87 *Columbia Law Review* 873 (1987).

Spenziale, Marcia, *By Their Fruits You Shall Know Them: Pragmaticism and the Prediction Theory of Law*, 9 *Manitoba L.J.*, 29 (1978).

Touster, Saul; *Holmes a Hundred Years Ago: The Common Law and Legal Theory*, 10 *Hoftra Law Review* 673.

Tushnet, Mark, *The Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes on the Supreme Judicial Court*, 63 *Virginia Law Review* 975 (1977).

Vetter, Jan, "Holmes and Evolution", publicado en *Holmes and the Common Law a Century Later: The Holmes Lectures, 1981*, Occasional Pamphlet Number Ten, Harvard Law School, Cambridge, Mass., 1983.

Wells Hantzis, *Legal Innovation within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, 82 *Northwestern University L Rev.* 541 (1988).

White, G. Edward, *The Integrity of Holmes' Jurisprudence*, 10 Hofstra Law Review 633 (1982)

White, G. Edward, *The Canonization of Holmes and Brandeis: Epistemology and Judicial Reputations*, 70 New York University Law Review 576 (1995).

LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTA JURÍDICA SOBRE EL DERECHO EN GENERAL¹⁰⁵³

Realismo Jurídico Norteamericano: Se incluyen bajo este acápite los libros y artículos de revista jurídica consultado sobre los comienzos y desarrollo de las primeras ideas de la escuela o movimiento del pensamiento jurídico norteamericano conocido como Realismo Jurídico Norteamericano.

Cohen, F., *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 Columbia Law Review 809 (1935).

Fisher William W., at al., *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, 1993.

Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2009.

Hutcheson, *The Judgement Intuitive: the Funtion of the 'Huntch' in Judicial Decisions*, 14 Cornell Law Quaterly, 274 según citado en Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 2009.

Leiter, Brian, "Legal Realism" publicado en Patterson Dennis, Ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, Massachusetts, 1999.

¹⁰⁵³ En el último de los capítulos de esta Tesis se trabajó sobre las ideas de distintas escuelas o movimientos de pensamiento jurídico en los estados unidos y la influencia que estas recibieron de las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. Las escuelas de pensamiento discutidas son el "Realismo Jurídico Norteamericano", "Law and Economics", "Critical Legal Studies", "Feminist Jurisprudence" y "Critical Race Theory". Procedo ahora a indicar los materiales utilizados para analizar los orígenes e ideas principales de las dichas escuelas de pensamiento.

Kalman, Laura, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1986.

Kronman, A., *The Lost Lawyer*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1993.

Llewellyn, Karl N., *A Realistic Jurisprudence-The Next Step*, 30 Columbia Law Review 431 (1930).

Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush*, Oceana Publications, New York, 1930.

Llewellyn, Karl, *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, 44 Harvard Law Review 1222 (1931).

Pound, Roscoe, *The Call for a Realist Jurisprudence*, 44 Harvard Law Review 697 (1931).

Pound, Roscoe, *Interpreation of Legal History*, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts, 2013.

Pound, Roscoe, *Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, edición revisada, 1954.

Pound, Roscoe, *Justice According to Law*, Yale University Press, New Haven, 1951.

Pound, Roscoe, *Social Control Through Law*, 2da edición, Yale University Press, New Haven, 1968.

Pound, Roscoe, *The Scope and Purpose of the Sociological Jurisprudence*, 25 Harvard Law Review 489 (1912).

Pound, Roscoe, *Liberty of Contract*, 18 Yale Law Review 489 (1909).

Singer, Joseph W., *Legal Realism Now*, 76 California Law Review 465 (1988) (critica de libro).

Speziale, Langdell's Concept of laws as a Science: The Beginning of Anti-formalism in American Legal Theory, 5 Vermont Law Review 1 (1980).

White, Edward G., "From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century

America” en *Patterns of American Legal Thought*, Quid Pro Books, New Orleans, 2010.

Law and Economics: Se incluyen bajo este acápite los libros y artículos de revista jurídica consultado sobre los comienzos y desarrollo de las primeras ideas de la escuela o movimiento del pensamiento jurídico norteamericano conocido como “Law and Economics”.

Calebresi Guido, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 *Yale Law Journal* 499 (1961).

Calebresi Guido, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970.

Coase, Ronald, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law & Economics* 1 (1960).

Coleman, Jules L., *Afterword: The Rational Choice Approach to Legal Rules*, 65 *Chicago-Kent Law Review* 177 (1989).

Dau-Schmidt, Kenneth G., *Relaxing Traditional Economic Assumptions and Values: Toward a New Multidisciplinary Discourse of Law*, 42 *Syracuse Law Review* 181 (1991).

Durán y Lalaguna, Paloma. *Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Comares, Granada, 1992.

Ellickson, Robert C., *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, 65 *Chicago-Kent Law Review* 23 (1989).

Kennedy, Duncan, *Cost Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*, 33 *Stanford Law Review* 387 (1981).

Kornhauser, Lewis A., *An Economic Perspective on Stare Decisis*, 65 *Chicago-Kent Law Review* 63 (1989).

Leff, Arthur, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, 60 *Virginia Law Review* 451 (1974).

Malloy, Robin Paul, *Toward a New Discourse of Law and Economics*, 42 *Syracuse Law Review* 27 (1991).

Minda, Gary, *The Lawyer-Economist at Chicago: Richard Posner and the Economic Analysis of Law*, 39 Ohio State Law Journal, 439 (1978)

Pigou, Arthur, *The Economics of Welfare*, 4th. Ed., Macmillan, London, 1932.

Polisnky, A. Mitchell, *Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*, 87 Harvard Law Review 655 (1974).

Polisnky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, Aspen Publishers, New York, 2003.

Posner, Richard, *Economic Analysis of the Law*, 2nd. Ed., Little Brown & Co., 1977.

Posner, Richard, *The Present Situation in Legal Scholarship*, 90 Yale Law Journal 1113 (1981).

Posner, Richard, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 Columbia Law Review, 1193 (1985).

Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1993.

Posner, Richard, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2002.

Posner, Richard, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2003.

Posner, Richard, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2008.

Rose-Ackerman, Susan, *Progressive Law and Economics-And the New Administrative Law*, 98 Yale Law Journal 341 (1988).

Schlag, Pierre, *The Problem of Transaction Costs*, 62 Southern California Law Review 1661 (1989).

Critical Legal Studies: Se incluyen bajo este acápite los libros y artículos de revista jurídica consultados sobre los comienzos y desarrollo de las

primeras ideas de la escuela o movimiento del pensamiento jurídico norteamericano conocido como “Critical Legal Studies”.

Balkin, Jack M., *The Crystalline Structure of Legal Thought*, 39 Rutgers Law Review 1 (1986).

Cornell, Drucilla, *Toward a Modern/Postmodern Reconstruction of Ethics*, 133 U. PA. L. Rev. 291 (1985).

Dalton, Clare, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 Yale Law Journal 997 (1985).

Frug, Gerald E., *The Ideology of Bureocracy in American Law*, 97 Harvard Law Review 1276 (1984).

Hernández-Truyol, Berta E., Harris, Angela & Valdés, Francisco, *Beyond the First Decade: A Forward-Looking History of LatCrit Theory, Community and Praxis*, 17 Berkeley La Raza L.J. 169, 175 (2006);

Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1987.

Kennedy, Duncan, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 Harvard Law Rev. 1685 (1976).

Kennedy, Duncan, *The Structure of Blackstone’s Commentaries*, 28 Buff. L. Rev. 209 (1979) .

Kennedy, Duncan, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*, A Far Press, Cambridge, 1983.

Peller, Gary, *The Discourse of Constitutional Degradation*, 81 Georgetown Law Journal 313(1992).

Pérez Lledó, Juan A., *El Movimiento del Critical Legal Studies*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

Unger, Roberto, *Knowledge and Politics*, Free Press, New York, 1975.

Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1987.

Schlegel, J. H., *Notes toward and intimate, opinionated and affectionate history of the conference on legal studies*. 36 Stanford Law Review 391 (1984).

Stick, John, *Can Nihilism Be Pragmatic?*, 100 Harvard Law Review 332, (1998)

Tuhsnet, Mark, *The Degradation of Constitutional Discourse*, 81 Georgetown Law Journal 251 (1992).

Turshnet, Mark, *Reply*, 81 Georgetown Law Journal 343 (1992).

Feminist Jurisprudence: Se incluyen bajo este acápite los libros y artículos de revista jurídica sobre la escuela o movimiento del pensamiento jurídico norteamericano conocido por "Feminist Jurisprudence".

Abrams, Kathryn, *Hearing the Call of Stories*, 79 California Law Review 971 (1991).

Bender, Leslie, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 Journal of Legal Education 3 (1988).

Cornell, Drucilla, *Sexual Difference, the Feminine, and Equivalency: A Critique of MacKinnon's "Toward a Feminist Theory of the State"*, 100 Yale Law Journal 2247 (1991).

Finley, Lucinda, *Choice and Freedom: Elusive Issues in the Search for Gender Justice*, 96 Yale Law Journal 914 (1987).

Freedman, Ann, *Sex Equality, Sex Differences and the Supreme Court*, 92 Yale Law Journal 913 (1983).

Guilligan, Carol, *In a Different Voice*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1982.

Lacey, Linda J., *Introducing Feminist Jurisprudence: An analysis of Oklahoma's Seduction Statute*, 25 Tulsa L. J. 775, 780 (1990).

Littleton, Christine, *Reconstructing Sexual Equality*, 75 California L. Rev. 1279, 1252 (1987).

Mackinnon Catharine, *Sexual Harassment of Working Women: a Case of Sex Discrimination*, Yale University, New Haven, CT, (1979).

MacKinnon, Catharine, *Feminism, Marxism, Method and the State: Towards a Feminist Jurisprudence*, 8 Signs 635 (1983).

MacKinnon, Catharine, *Difference and Dominance: On Sex Discrimination, Feminism Unmodified*, 32-45 (1987).

MacKinnon, Catherine A., *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1991.

MacKinnon, Catherine, *Reflections on Sex Equality Under Law*, 100 Yale Law Journal No. 5, 1281 Centennial Issue (Mar., 1991).

Minow, Martha, *Foreword: Justice Engendered*, 101 Harvard Law Review 10 (1987).

Rhode, Deborah L., *Justice and Gender*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1989.

Rhode, Deborah L., *The “No-Problem” Problem: Feminist Challenges and Cultural Change*, 100 Yale Law Journal 1731 (1991).

Scales, Ann, *Toward a Feminist Jurisprudence*, 56 Indiana Law Journal 375 (1981).

Sustein, Cass, *Feminism and Legal Theory* (Book Review), 101 Harvard Law Review 826 (1988).

West, Robin, *Jurisprudence and Gender*, 55 U. Chicago Law Review 1, 4 (1988).

Williams, Joan, *Dissolving the Sameness/Difference Debate: A Postmodern Path beyond Essentialism in Feminist and Critical Race Theory*, 1991 Duke Law Journal 296 (1991).

Critical Race Theory: Se incluyen bajo este acápite los libros y artículos de revista jurídica consultados sobre la escuela o movimiento del pensamiento jurídico norteamericano conocido por “Critical Race Theory”.

Barnes, Robin D., *Race Consciousness: The Thematic Content of Racial Distinctiveness in Critical Race Scholarship*, 103 Harvard Law Review 1864 (1990).

Bell, Derrick, *Brown v. Board of Education: Interest-convergence Dilemma*, 93 Harvard L. Rev. 518, 523 (1980).

Bell, Derrick, *And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*, Basic Books, New York, 1987.

Bell, Derrick, *Confronting Authority: Reflections of an Ardent Protester*, Beacon Press, Boston, 1994.

Bell, Derrick, *Foreword: The Civil Rights Chronicles*, 99 Harvard Law Review 4 (1985).

Calmore, John O., *Critical Race Theory, Archie Shepp, and Fire Music: Securing an Authentic Intellectual Life in a Multicultural World*, 65 Southern California Law Review 2129 (1992).

Chang, Robert S., *Toward an Asian American Legal Scholarship: Critical Race Theory, Post Estructuralism and Narrative Space*, 81 California Law Review 1243 (1993).

Crenshaw, Kimberly Williams, *Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 Harvard Law Review 1331 (1988).

Culp Jr., Jerome McCristal., *Toward a Black Legal Scholarship: Race and Original Understanding*, 1991Duke Law Journal 39 (1991).

Delgado, Richard and Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York University Press, New York, 2012.

Freeman, Alan D., *Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law: A Critical Review of the Supreme Court Doctrine*, 62 Minnesota Law Review 1049 (1978).

Kennedy, Randall L., *Racial Critiques of Legal Academia*, 102 Harvard Law Review 1745 (1989).

Lopez, Haney, *Dog Whistle Politics: How Coded Racial Appeals have Reinvented Racism and Wrecked the Middle Class*, Oxford University Press, New York, 2014.

Matsuda, Mari J., *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, 87 Michigan Law Review 2320 (1989).

Peller, Gary, *Race Consciousness*, 1990 Duke Law Journal 758 (1990).

Sowell, Thomas, *Affirmative Action Around the World: An Empirical Study*, Yale University Press, New haven, 2004.

Torres, Gerald, *Critical Race Theory: The Decline of the Universalist Ideal and the Hope of Plural Justice-Some Observations and Questions of an Emerging Phenomenon*, 75 Minnesota Law Review 993 (1991).

Educación Jurídica en los EU: Libros consultados para el análisis de la educación jurídica en los Estados Unidos para el tiempo en que Oliver Wendell Holmes, Jr. fue estudiante de Derecho.

Harno, Albert J., *Legal Education in the U.S.: A Report Prepared for the Survey of the Legal Profession*, San Francisco: Bancroft-Whitney Company, 1953. v, 211 Reprinted 2004 by The Lawbook Exchange, Ltd.

Harvard Law School Association, *The Centennial History of the Harvard Law School, 1817-1919*, Harvard Law School Association, 1918.

Morrison, Samuel E., *Three Centuries of Harvard*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1936.

Redlich, Josef, *The Common Law and the Case Method in American Law Schools*, Merrymound Press, Boston, 1914.

Stevens, Robert, *Law School: Legal Education in America from the 1850's to the 1980's*, University of North Carolina Press, Chapell Hill, 1987.

Warren, Charles, *A History of the American Bar*, Little, Brown, and Co., Boston, 1911.

Otros libros y Artículos de Revista Jurídica sobre el Derecho: Se desglosan aquí los materiales consultados que ofrecieron al autor una visión general del campo del Derecho y particularmente del Derecho Común en los Estados Unidos y los temas relacionados a la sociología y filosofía del Derecho.

Ackerman, Bruce A. *Reconstructing American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1984.

Alberstein, Michal, *Pragmatism and Law: from philosophy to dispute resolution*, Ashgate-Dartmouth,, Vermont, 2002.

Alchourron, C.E. y Bulygin, E. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas*, 2da reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las Piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.

Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Prometheus Books, New York, 2000.

Azúa Reyes, Sergio T., *Metodología y Técnicas de la Investigación Jurídica*, Editorial Porrúa, México, 1990.

Betegón Carrillo, Jerónimo et. al., *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw Hill/Interamericana de España, Madrid, 1997.

Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, 5th Ed., Carolina Academic Press, North Carolina, 2009.

Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993.

Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1974.

Caballero Harriet, Francisco Javier, *Algunas claves para otra mundialización*, Ediciones Funglode, Santo Domingo, 2009.

Caballero Harriet, Francisco Javier y Olabuégana Ruiz, J. I., *Materiales de Sociología Jurídica*.

Calvo García, Manuel, *Los Fundamentos del Método Jurídico: Una Revisión Crítica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

Carbonnier, Jean, *Sociología Jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

Cardozo, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921.

Chase, Anthony, *Law and History: The Evolution of American Legal System*, The New Press, New York, 1997.

Cook, Charles, *The American Codification Movement*, Westport, Conn., 1981.

Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Editorial Taurus, Madrid, 1988.

Durán y Lalaguna, Paloma, *Notas de Teoría del Derecho*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997.

Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977.

Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2001.

Ehrlich, Eugen, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, trad. al inglés de W.L. Moll, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1936 (originalmente publicado en Alemania bajo el título *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munich, Dunker & Humblodt, 1913).

Falcón y Tella, Maria, *La Interpretación Lógica y Sistemática de la Ley*, en López Moreno, Angeles (coordinadora), *Teoría y Práctica en la Aplicación e Interpretación del Derecho*, Editorial Colex, Madrid 1999.

Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1996.

Felman, Stephen M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*, Oxford University Press, New York, 2000.

Freund, Paul A., *On Understanding the Supreme Court*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1977.

Fried, Charles, *Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2004.

Friedman, Lawrence M., *American Law in the 20th. Century*, Yale University Press, New Haven, 2002.

Frosini, Vittorio, *La letra y el espíritu de la ley*, Ariel Derecho, Barcelona, 1995.

Friedman, Lawrence M., *A History of American Law*, 3rd. Ed., Touchstone Book, Simon & Schuster, New York, 2005.

Fucito, Felipe, *Sociología del Derecho: El Orden Jurídico y sus Condicionantes Sociales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1993.

Gény, Francois, *Método de Interpretacion y Fuentes del Derecho Privado*, Madrid, Editorial Reus, 1925.

Gerhardt, Michael, J., *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, 2nd. Ed., LexisNexis, New York, 2000.

Gilmore, Grant, *The Ages of American Law*, Yale University Press, New Haven, 1997.

Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

Gurvitch, Georges, *Elementos de Sociología Jurídica*, Editorial Comares, Granada, 2001.

Gutiérrez, Carlos José, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 4ta. Ed., Editorial Juricentro, San Jose, Costa Rica, 1985.

Hall, Kermit L., Ed., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, New York, 1992.

Harno, Albert J., *Legal Education in the United States: A Report Prepared for the Survey of the Legal Profession* (1953).

Harris, J. W., *Legal Philosophies*, 2da. Ed., Butterworths, London, 1977.

Haskins, George, "Law and Authority in Early Massachusetts: A Study in Tradition and Design" en Langbein, John H., ed., *The History of the Common Law: The development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen Publishers, New York, 2009.

- Heck, Philipp, *El Problema de la Creación del Derecho*, trad. Cast. Jose Puig Brutau, Editorial Comares, Granada, 1999.
- Hernández López, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- Hervada, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, 2000.
- Herget, James, *American Jurisprudence 1870-1970*, Rice University Press, Houston, Tx., 1990.
- Hohfeld, Wesley N., *Fundamental Legal Conceptions*, Yale University Press, New Haven, 1919.
- Horowitz, Morton J., *The Transformation of American Law 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977.
- Horowitz, Morton J., *The Transformation of American Law 1870-1960*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1992.
- Hull, Natalie E.H., *Roscoe Pound and Karly Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, University of Chicago Press, Chicago, 1997.
- Ihering, Rudolph von, *El Fin del Derecho*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1946.
- Irons, Peter, *A People's History of the Supreme Court*, Penguin Books, New York, 2006.
- Irons, Peter, *The Courage of Their Convictions: Sixteen Americans Who Fought Their Way to the Supreme Court*, Penguin Books, New York, 1990.
- Iturralde Sesma, Victoria, *El Precedente en el Common Law*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- Jackson, Robert H., *The Struggle for Judicial Supremacy: A Study of a Crisis in American Power Politics*, Alfred A. Knopf, New York, 1941.
- Joyce, Craig, *The Rise of the Supreme Court Reporter: An institucional Perspective on Marshall Court Ascendancy*, 83

Michigan L. Rev. 1291 (1985) reimpresso en Langbein, John H., ed., *The History of the Common Law: The development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen Publishers, New York, 2009.

Konefsky, J. Samuel. *The Legacy of Holmes and Brandeis: A Study in the Influence of Ideas*, The Macmillan Co., New York, 1956.

Kronman, A., *The Lost Lawyer*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1993.

Kutler, Stanley I., *The Supreme Court and the Constitution: Readings in American Constitutional History*, 3rd. Ed., W. W. Norton & Co., New York, 1984.

Langbein, John H., ed., *The History of the Common Law: The development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen Publishers, New York, 2009.

Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, 4ta edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1975.

Levy, Leonard W., *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press, New Heaven, 1999.

López Moreno, Angeles (coordinadora), *Cuaderno de Prácticas de Teoría del Derecho*, Editorial Colex, Madrid, 2001.

López Moreno, Angeles (coordinadora), *Teoría y Práctica en la Aplicación e Interpretación del Derecho*, Editorial Colex, Madrid 1999.

López Hernández, José, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

Luban, David, *Legal Modernism*, University of Michigan Press, Ann Arbor, MI, 1997

Maine, Henry, *Ancient Law*, London, Edición 1930.

Martínez Roldán Luis y Fernández Suárez, Aquilino, Jesús, *Curso de Teoría del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1997.

Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995.

Murphy, Paul L., *The Constitution in Crisis Times: 1918-1969*, Harper and Row, New York, 1972.

Nelson, William E., *Americanization of the Common Law: The Impact of Legal Change on Massachusetts Society, 1760-1830*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1975

Nonet, P. y Selznick, P., *Law and Society in Transition*, Octagon, New York, 1978.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *La Seguridad Jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1992.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Teoría del Derecho: Una Concepción de la Experiencia Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997.

Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Massachusetts, 1993

Postema, G. J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, DOI 10.1007/978-90-481-8960-1_3, © Springer+Business Media B.V., 2011

Ratnapala, Suri, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2009.

Rehbinder, Manfred, *Sociología del Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981.

Recaséns Fiches, Luis, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, Editorial Porrúa, México, tomo I, 1963.

Recaséns Fiches, Luis, *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, Fondo de Cultura Económico, México, 1940.

Rodes, Jr., Robert E., *Schools of Jurisprudence*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2011.

Rodríguez Paniagua, José María, *Ley y Derecho*, Editorial Technos, Madrid, 1976.

Ross Alf, *Teoría de las Fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid, 1999.

Rivera Ramos Efrén, *The Leal Construction of Identity: The Judicial and Social Legacy of American Colonialism in Puerto Rico*, American Psychological Association, Washington, D.C., 2001.

Ruiz Miguel, Alfonso, *Una Filosofía del Derecho en Modelos Históricos: De la Antigüedad a los Inicios del Constitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

Rujana Quintero, Miguel (Compilador), *Teoría Jurídica: Reflexiones Críticas*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003.

Russo, Eduardo Angel, *Teoría General del Derecho: En la modernidad y en la postmodernidad*, 2da. Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

Sánchez de la Torre, Angel, *Sociología del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 2da Edición, 1987.

Savigny, Friedrich Karl von, *Metodología Jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

Savigny, Friedrich Karl von, *Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949.

Savigny, Friedrich Carl von, *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, Littlewodd and Co., London, 1831.

Schwartz, Bernard, *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, New York, 1993.

Schwartz, Bernard, *Algunos Artífices del Derecho Norteamericano.*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.

Sinha, Surya Prakash, *What is Law?*, Paragon House, New York, 1989.

Sinha, Surya Prakash, *Jurisprudence in a Nutshell*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1993.

Soriano, Ramón, *Sociología del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1997.

Sunstein, Cass R., *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2009.

Sustein, Cass R., et. al., *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Brookings Institution Press, Washington, DC, 2006.

Tebbit, Mark, *Philosophy of Law: An Introduction*, 2nd. Ed., Routledge, New York, 2005.

Tigar, Michael E. & Levy, Madeleine R., *Law and the Rise of Capitalism*, Montly Review Press, New York, 2000.

Treves, Renato, *La Sociología del Derecho: Orígenes, Investigación, Problemas*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988.

Trías Monge, José, *Teoría de Adjudicación*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, 2000.

Trías Monge, José, *Sociedad, Derecho y Justicia*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, 1986.

Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho del Estado: Del Renacimiento a Kant*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

Vallet de Goytisolo, Juan, *El Razonamiento Jurídico: La Analogía y la Equidad*, Gráficas Aguirre Campano, Madrid, 1997.

Wacks, Raymond, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2006.

Weber, Max, *Sociología del Derecho*, Editorial Comares, Granada, 2001.

White, G. Edward, *Patterns of American Legal Thought*, Quid Pro Books, New Orleans, 2010.

White, G. Edward, *The Constitution and the New Deal*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2001

White, G. Edward, *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges*, Oxford University Press, New York, 1976.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Editorial MAD, Sevilla, 2006.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Historia de las Ideas Jurídicas: De la Antigüedad Clásica a la Modernidad*, Editorial Porrúa, Mexico, 2008.

ARTÍCULOS DE REVISTA JURÍDICA (GENERAL):

Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Expression*, 25 University of California in Los Angeles Law Review 964 (1978).

Bandes, Susan, *Erie and the History of the True Federalism*, 110 Yale Law Review 829 (2001) (critica de libro).

Bork, Robert, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 Indiana Law Journal 1 (1971).

Caballero Harriet, Francisco Javier, *Globalización, Estado y Derecho*, XVII Anuario de Filosofía del Derecho 13 (2000).

Casto, William R, *The Erie Doctrine and the Structure of Constitutional Revolution*, 62 Tulane Law Review 907 (1988).

Cole, D., *Agon at Agora: Creative Misreadings in the First Amendment Tradition*, 95 Yale Law Journal 857 (1986).

Cover, Robert, *The Left, The Right, and The First Amendment: 1918-1928*, 40 Maryland Law Review 349 (1981).

Di Pietro, Alfredo, *La Prudente Tarea de Interpretación en el Derecho Romano*, Anuario De Filosofía Jurídica y Social, 1989.

Ferrer Arellano, Joaquín, *La Superación del Formalismo Jurídico Mediante una Apertura a la Filosofía del Derecho*, XIII Anuario de Filosofía del Derecho 79 (1967).

Gracia Figueroa, Alfonso, *Acerca de la Indeterminación del Derecho*, XV Anuario de Filosofía del Derecho 369 (1998).

González Vicén, Felipe, *Sobre los Orígenes y Supuestos del Formalismo en el Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, VIII Anuario de Filosofía del Derecho 47 (1961).

Grey, Thomas C., *Modern American Legal Thought. Patterns of American Jurisprudence by Reil Duxbury*, 106 Yale Law Journal 493 (critica de libro).

Horowitz, Morton, *History and Theory*, 96 Yale Law Journal 1825 (1987).

Ingber, Stanley, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, 1984 Duke Law Journal 1 (1984).

López Hernández, José, *El Formalismo en La Teoría Jurídica Estadounidense*, XVII Anuario de Filosofía del Derecho 267, 2001.

Mendelson, Wallace, *The Influence of James B. Thayer Upon the Work of Holmes, Brandeis and Frankfurter*, 31 Vanderbilt Law Review 71 (1978).

Montoro Ballesteros, Alberto, *La Seguridad Jurídica en la Configuración del Derecho como Ordenamiento*, XVIII Anuario de Filosofía del Derecho 301 (2001).

Montoro Ballesteros, Alberto, *La Seguridad Jurídica en Perspectiva Histórica*, XVI Anuario de Filosofía del Derecho 219 (1998).

Nolan, Dennis R., *Sir William Blackstone and the New American Republic: A Study of Intellectual Impact*, 51 New York University Law Review 731 (1976).

Osuna Fernández-Largo, Antonio, *Notas Propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho*, V Anuario de Filosofía del Derecho 55 (1988).

Parker, Richard Davies, *The Past of Constitutional Theory--And its Future*, 42 Ohio State Law Journal 223 (1981).

Rabban, David, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, 50 University of Chicago Law Review 1207 (1983).

Sebok, Anthony J., *Misunderstanding Positivism*, 93 Michigan Law Review 2054 (1995).

Siegel, Stephen A., *John Chipman Gray and the Moral Basis of Classical Legal Thought*, 86 Iowa Law Review 15 13 (2001).

Smith, Steven D., *Skepticism, Tolerance, and Truth in the Theory of Free Expression*, 60 Southern California Law Review 649 (1987).

Sunstein, Cass R., *Interest Groups in American Law*, 38 Stanford Law Review 29 (1985).

Jurisprudencia Consultada: Se incluye aquí la jurisprudencia relacionada con el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., sus ideas y su época que consultada para trabajar los temas de esta Tesis.

Abrams v. United States, 250 US 616 (1919) (Opni3n Disidente)

Adair v. United States, 208 US 161 (1908)

Adkins v. Children's Hospital, 261 US 525 (1923)

Allgeyer v. Louisiana, 166 US 578 (1897)

American Banana Corp. v. United Fruit Co., 213 US 347 (1909)

American Steel Foundries v. Tri-City Council, 257 US 184 (1921)

Barney v. City of New York, 193 US 430 (1904).

Baer v. United States, 249 US 47 (1919)

Bailey v. Alabama, 219 US 219 (1911)

Baltimore and Ohio Railroad Co. v. Goodman, 275 US 66 (1927).

Baltzer v. United States, 248 US 593 (1918).

Berea College v. Kentucky, 211 US 45 (1908).

Blackstone v. Miller, 188 US 189 (1903).

Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 US 239 (1903)

Block v. Hirsh, 256 US 135 (1921)

Brown & White Taxicab & Transfer Co. v. Brown & Yellow Taxicab & Transfer Co., 276 US 518, 533 (Holmes Dissented).

Buck v. Bell, 247 US 200 (1927)

Burt v. Advertiser Newspaper Co., 154 Mass. 238 (1891)

Cameron v. New England Telephone and Telegraph Co., 182 Mass. 310 (1902)

Champion v. Ames, 188 US 321 (1903)

Commonwealth v. Abrahams, 156 Mass. 57 (1892)

Commonwealth v. Cleary, 172 Mass. 172 (1898)

Commonwealth v. Davis, 162 Mass. 510 (1895)

Commonwealth v. Fenno, 134 Mass. 406 (1883)

Commonwealth v. Kennedy, 170 Mass. 18 (1897)

Commonwealth v. Peaslee, 177 Mass. 267 (1901)

Commonwealth v. Perry, 155 Mass. 117 (1891)

Commonwealth v. Pierce, 138 Mass. 165 (1884)

Davis v. Massachusetts, 167 US 43 (1897)

DeLima v. Bidwell, 182 US 1 (1901).

Debs v. United States, 249 US 211 (1919).

Downes v. Bidwell, 182 US 244 (1901).

Elmer v. Fessenden, 151 Mass. 359 (1890).

Erie Railroad v. Tompkins, 304 US 64 (1938).

Evans v. Gore, 253 US 245 (1920).

Fall v. Eastin, 215 US 1 (1909).

Fox v. Washington, 236 US 273 (1915).

Frank v. Mangum, , 237 US 309 (1915) (Opini3n Disidente)

Frohwerk v. United States, 249 US 204 (1919).

Frost Trucking Co. v. Railroad Commission of California, 271 US 583 (1926) (Opini3n Disidente).

Gilbert v. Minnesota, 254 US 325 (1920)

Giles v. Harris, 189 US 475 (1903).

Gitlow v. New York, 268 US 652 (1925) - Opini3n Disidente.

Guinn v. United States, 238 US 347 (1915).

Hammer v. Dagenhart, 247 US 251 (1918).

Harriman v. Interstate Commerce Commission, 211 US 407 (1908).

Hawaii v. Mankichi, 190 US 197 (1903).

Hawkins v. Graham, 149 Mass. 284 (1884).

Heard v. Sturgis, 146 Mass. 545 (1888).

Howard v. Fleming, 191 US 126 (1903).

Kepner v. United States, 195 US 100 (1904) - Opini3n Disidente.

Kuhn v. Fairmont Coal Co., 215 US 349 (1910) - Opini3n Disidente.

Leach v. Carlile, 258 US 138 (1922) - Opini3n Disidente.

Lochner v. New York, 198 US 45 (1905).

Masses Publishing Co. v. Passen, 244 F. 535 (1917).

McAuliffe v. New Bedford, 162 Mass. 510 (1892).

McCabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway, 235 US 151 (1914).

McDonald v. Mabee, 243 US 90 (1917).

Meyer v. Nebraska, 262 US 390 (1923) - Opini3n Disidente.

Michigan Trust Co. v. Ferry, 228 US 346 (1913).

Milwaukee Social Democrat Pub. Co. v. Burleson 255 US 407 (1921)
- Opinión Disidente

Moore v. Dempsey, 261 US 86 (1923).

Muller v. Oregon, 208 US 412 (1908).

Myers v. Anderson, 238 US 363 (1915).

Myers v. United States, 272 US 52 (1926).

Nixon v. Herdon, 273 US 13 (1927).

Noble State Bank v. Haskell, 219 US 104 (1911).

Norther Securities Co. v. United States, 193 US 197 (1904) -
Opinión Disidente.

Olmstead v. United States, 277 US 438 (1928) - Opinión Disidente.

Otis v. Parker, 186 US 606 (1903)

Patterson v. Colorado, 205 US 454 (1907).

Pastone v. Pennsylvania, 232 US 138 (1914).

Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 US 393 (1922).

Pennsylvania Fire Ins. Co. v. Gold Issue Mining Co., 243 US 93
(1917).

Pierce v. United States, 252 US 239 (1920) - Opinión Disidente.

Plant v. Woods, 176 Mass. 492 (1900) - Opinión Disidente.

Plessy v. Ferguson, 164 US 537 (1896)

Prudential Insurance Co. v. Cheek, 259 US 530 (1922).

Pullman Co. v. Adams, 189 US 420 (1903).

Pullman Co. v. Kansas, 216 US 56 (1910) - Opinión Disidente.

Rachel v. Walker, 4 Mo. 350 (1837).

Rasmussen v. United States, 197 US 516 (1905).

Raymond v. Chicago Union Traction Co., 207US 20 (1907) - Opinión Disidente.

Schafer v. United States, 251 US 466 (1920) - Opinión Disidente.
Schenck v. United States, 249 US 47 (1919).

Scott v. Sandford, 19 Howard 393 (1857)

Silverthorne Lumber Co., v. United States, 251 US 385 (1920).

Southern Pacific Co. v. Jensen, 244 US 205 (1917) - Opinión Disidente.

Spade v. Lynn and Boston Railroad, 172 Mass. 488 (1899).

Strander v. Graham, 51 US 82 (1851).

Swift & Co. v. United States, 196 US 375 (1905).

Tasker v. Stanley, 153 Mass. 148 (1891).

Toledo Newspaper Co. v. United States, 247 US 402 (1918).

Truax v. Corrigan, 257 US 312 (1921).

Tyson & Brother v. Banton, 273 US 418 (1927).

United States v. Ames, 9 Otto 35 (1879)

United States v. Reynolds, 235 US 133 (1914) - Opinión Concurrente.

United States v. Schwimmer, 279 US 644 (1929)

Vegelahn v. Gunter, 167 Mass. 92 (1896) - Opinión Disidente.

Weber v. Couch, 134 Mass. 26 (1883).

Weems v. United States, 217 US 349 (1910) - Opinión Disidente.

Western Union Tel. Co. v. Kansas, 216 US 1 (1910) - Opinión Disidente.

Western Union Tel. Co. v. Foster, 247 US 105 (1918).

Whitney v. California, 274 US 357 (1927) - Opinión Disidente.

Williams v. Heard, 140 US 529 (1891).

OTROS LIBROS CONSULTADOS:

Annan, Noel, *Leslie Stephen: The Godless Victorian*, Random House, New York, 1984.

Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1992.

Camus, Albert, *El Mito de Sísifo*, publicado en Albert Camus Obras I, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

Caplow, Theodore, *La Investigación Sociológica*, Editorial Laia Barcelona, 1971.

Cruz, Manuel, *Filosofía Contemporánea*, Editorial Taurus, Madrid, 2002.

Diggins, John Patrick, *The Promise of Pragmatism: Modernism and the Crisis of Knowledge and Authority*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

Hegel, G. W. F., *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, New York, 2012.

Hegel, G. W. F., *Phenomenology of Spirit*, Oxford University Press, New York, 1977.

Hegel, G. W. F., *Philosophy of Mind*, Oxford University Press, New York, 1894.

Hume, David, *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, 3ra edición, Clarendon Press, Oxford, 1976.

Hume, David, *Treatise of Human Nature*, Clarendon Press, Oxford, 1967.

Knox, John, *The Forgotten Memoir of John Knox*, Hutchinson, Dennis J. and Garrow, David J., Eds., University of Chicago Press, Chicago, 2002.

James, William, *Pragmatism and Other Essays*, Prometheus Books Ed., New York, 1991.

Kant, Immanuel, *Critique of Pure Reason*, Henry G. Bohn (ed.), London, 1855.

Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, 2da. Ed., Madrid, 1994.

Kirkland, Edward C., *Industry Comes of Age: Business, Labor, and Public Policy, 1860–1897*, Quadrangle books, Chicago, 1967.

Krasnoff, Larry, *Hegel's Phenomenology of Spirit an introduction*, Cambridge University Press, New York, 2008.

Kuhn, Thomas, *The Structure of Scientific Revolutions*, 4th. Ed., University of Chicago Press, Chicago, 2012.

Matthew, H. C. G., *Gladstone. 1875–1898*, Oxford University Press, 1995.

Menand, Louis, *The Metaphysical Club: A story of Ideas in America*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2001.

Mill, John Stuart, *On Liberty*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1989.

Mill, John Stuart, "Utilitarianism", publicado en Troyer, John, Ed., *The Classical Utilitarians: Bentham and Mill*, Hackett Publishing, Co., Indianapolis, 2003.

Mires, Fernando, *La Revolución que Nadie Soñó*, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 1996.

Montesquieu, Charles L. *El Espíritu de las Leyes*, Río Piedras, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1964.

Parrington, Vernon L., *The Beginnings of Critical Realism in America: 1860-1920*, Harcourt, Brace & World, Inc., New York, 1958.

Rosen, Frederick, "Benthan", publicado en Arrington, Robert L. Ed., *Companion to the Philosophers*, Blackwell Publishers, Oxford, 2001.

Rorty, Richard, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1979

Wilson, Fred, "John Stuart Mill", publicado en, Zalta, Edward N., Ed. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Spring 2012*. <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/mill/>>

Wilson, Woodrow, *The New Freedom*, Doubleday, Page & Company, New York, 1913.

Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic: 1776-1787*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1998.