

**Oliver Wendell HOLMES, *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*,
estudio preliminar y traducción de César Arjona Sebastià,
Iustel, Madrid, 2006, 239 pp.**

LUIS LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid

PALABRAS CLAVE: realismo jurídico, derecho social, justicia constitucional, creación judicial del derecho, sociología del derecho
KEY WORDS: legal realism, social law, constitutional justice, judicial creation of law, sociology of law

La reciente publicación que en esta ocasión se reseña, *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, cubre una importante laguna en el elenco de clásicos jurídicos traducidos al español. La bibliografía existente sobre este autor, en efecto, es extraordinaria y llamativamente parca en nuestra lengua, tanto en lo que se refiere a su producción directa, como en lo que atañe a fuentes secundarias sobre su pensamiento o su obra. El nombre de O. W. Holmes aparece con frecuencia en los libros generales sobre teoría o filosofía del derecho, así como en las historias del pensamiento jurídico y en los manuales de sociología del derecho de nuestro país. Podría decirse que la referencia es prácticamente inevitable. Sin embargo, dicha presencia no se corresponde con un conocimiento real y extendido de sus ideas y, mucho menos, con una dedicación académica profunda a la naturaleza o relevancia de sus aportaciones. La práctica ausencia de bibliografía, antes mencionada, es buena muestra de esta situación. Así las cosas, son habituales las alusiones genéricas al papel de Holmes como pionero de las visiones sociológicas del derecho y como precedente del realismo jurídico. Pero la trascendencia del juez norteamericano, como po-

drá comprobarse a través de la lectura de este libro, es bastante más profunda y polifacética de lo que semejantes etiquetas parecen entrañar. De ahí que la presente publicación revista una especial importancia. Se intentarán detallar, a continuación, cuáles son las razones que abonan semejante apreciación.

Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes, como puede desprenderse del propio título, no es una obra acabada, ni un ensayo, ni un trabajo académico. Se trata, en realidad, de una colección de fragmentos de sentencias especialmente relevantes, que el juez Holmes vertió a lo largo de los treinta años (1902-1932) en los que formó parte de la Corte Suprema estadounidense. Y es que, pese al fundamental puesto que Holmes se ha ganado en la historia del pensamiento jurídico occidental, sus aportaciones no se encuentran tanto en sus escritos teóricos o en sus artículos, como en la propia actividad que desarrolló como juez. Las sentencias de las que fue ponente, así como los numerosísimos votos particulares que emitió a lo largo de su fecunda carrera, son así una fuente privilegiada para el conocimiento de sus ideas y para el seguimiento de sus posiciones, sus innovaciones y su significado en la cultura jurídica universal. Como señala el editor del volumen, "a diferencia de lo que suele ser la regla con los principales juristas teóricos, Holmes no plasmó su pensamiento en monografías ni en tratados ni en un cuerpo sólido de artículos, sino en escritos de carácter menos académico, principalmente conferencias y sentencias judiciales". En este caso, la publicación nos presenta una serie de fragmentos correspondientes a sus votos particulares más trascendentes, cuya importancia es especialmente destacable si tenemos en cuenta la etapa política y social que le tocó vivir durante su ejercicio en dicho tribunal. Repasemos brevemente este contexto.

Los años que van desde 1902 a 1932 enmarcan un período sumamente convulso en la historia de los Estados Unidos y, paralelamente, en el continente europeo. El crecimiento de la maquinización, el auge de los movimientos sociales, la lucha por los derechos civiles, las presiones de multitud de movimientos obreristas y sindicalistas, fueron la nota recurrente y preponderante durante el primer tercio del siglo XX en los Estados Unidos. Etapa en la que, sin embargo, su Tribunal Supremo ha sido justamente calificado como el tribunal del *laissez-faire*, es decir, como un tribunal profundamente conservador, opuesto a todo intento de renovar la legislación con miras a una protección de los nuevos sujetos políticos, que demandaban más derechos y unas mejores condiciones sociales. La culminación de dicha deriva, en lo que se refiere al Tribunal Supremo, será el famoso "gobierno de los jueces" durante el mandato de Roosevelt. Ante seme-

jante panorama, en el que los jueces ejercieron muchas veces un poder de interpretación abusivo de las cláusulas constitucionales, sin atender a las nuevas necesidades sociales y prestando una fidelidad a ultranza, ideológicamente perversa, a la intención del legislador original, la postura de Holmes fue crítica en numerosas ocasiones. Con ello, supuso un contrapunto clave para la gestación de una nueva forma de concebir el derecho, que terminaría nutriendo a los juristas y políticos subsiguientes e informaría la práctica jurisprudencial de los sucesivos tribunales. Si bien no acogidas en primera instancia, sus ideas serían asumidas y puestas en práctica por otros jueces posteriores, entre los cuales sobresale, con los debidos matices, el también famoso tribunal de la época Warren. Los votos discrepantes de Oliver Wendell Holmes constituyen, en este sentido, un valioso documento para conocer una parte de la historia estadounidense y para analizar el pensamiento del famoso juez en varias de sus facetas. No en vano, como se nos recuerda en el estudio preliminar de esta edición, Holmes llegó a ser conocido como el *great dissenter*, el "gran discrepante".

La tendencia predominante del tribunal, durante la etapa que nos interesa, fue la de apuntalar el *statu quo*, negando sistemáticamente derechos o concesiones sociales y respaldándose en una supuesta interpretación estricta, pretendidamente lógica y aséptica, de la intención original del legislador. Esta entronización de la lógica, del precedente y de la *ratio legislatoris*, cual si se tratara de instancias divinas e intocables, fue la que movió a Holmes a emitir una posición crítica con gran frecuencia. Pero no por razones ideológicas, pues su filiación política distaba mucho de ser izquierdista, sino más bien por motivos éticos y profesionales, lo que da idea de la integridad que presidió siempre su labor como jurista. Fue crítico, en primer lugar, porque percibió con claridad que la pretendida pureza y la pulcritud jurídica de esas decisiones, no hacía sino encubrir una posición política e ideológicamente sesgada. Con ello, pensaba Holmes, los jueces se arrogaban prerrogativas legislativas que nada tenían que ver con su función constitucional y su responsabilidad social¹. De ahí, en buena medida, el origen de su concepción realista y escéptica sobre el derecho, que más adelante fructificará en

¹ Como dirá certeramente el también famoso juez Frankfurter, "el Tribunal Supremo durante, aproximadamente, un cuarto de siglo, ha derivado el poder de *judicial review* en una revisión de la política legislativa, usurpando poderes que pertenecen al Congreso y a los legislativos de los distintos Estados (...) Ha sido un largo camino de abuso judicial". Citado en J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Navarra, 2006, p. 180.

una de las corrientes más potentes del pensamiento jurídico del siglo XX. En segundo lugar, su crítica tiene como diana la falta de sensibilidad social del derecho, es decir, su encastillamiento en fórmulas y preceptos legales abstractos, antiguos, que poco tienen que ver con las necesidades reales a las que éste debería dar cabida. De ahí su concepción evolutiva del derecho y, por ende, su contribución a los orígenes de la sociología jurídica.

Por todo ello, como se decía más arriba, el conocimiento de sus votos discrepantes resulta de especial trascendencia. Sin embargo, al menos existen dos razones más para justificar el mérito de esta publicación. Vayamos con la primera de ellas.

Quizá el campo donde más reconocido sea el papel de Holmes es el de la filosofía jurídica. Pues bien, el hecho de que su aportación no provenga de grandes tratados, de sutiles ensayos o de la retórica filigrana de la producción académica, constituye un elemento digno de tomarse en consideración. La potencialidad de la jurisprudencia, como plataforma de renovación del derecho y, a la vez, como materia de estudio y reflexión para los filósofos, se ponen aquí claramente de relieve. Asumiendo así una de las principales lecciones legadas por el gran juez, resulta imposible pensar sobre el derecho, o afrontar sus posibles renovaciones, sin el contacto con la realidad jurídica, con la praxis de los tribunales, con el derecho vivido. La distinción entre el *Law in books* y el *Law in action*, conceptos que apadrinaría más tarde Roscoe Pound, en este punto fiel seguidor de las enseñanzas de Holmes, es aquí de la mayor pertinencia. El derecho en acción y no el derecho de los libros, no la letra muerta de los códigos, sino la letra incardinada en el caso, filtrada previamente por el tribunal, es lo que verdaderamente cuenta a la hora de definir el derecho y a la hora de diagnosticar sus posibles problemas. La virtud creadora de la jurisprudencia y un cierto margen para la creación judicial del derecho son, en este sentido, capitales. En la misma línea, el estudio de las sentencias judiciales y su análisis teórico son un campo de trabajo, en buena medida inexplorado, que los filósofos del derecho deberían trillar con mayor asiduidad. Pues ello redundaría, sin duda, en dotar de una mayor frescura a la reflexión teórica.

La segunda razón que, a mi modo de ver, justifica la oportunidad de esta publicación, tiene que ver con la magnitud que está cobrando el problema de la justicia constitucional. Tanto por sus importantes repercusiones en la vida pública, como por el auge que el tema está adquiriendo en el ámbito teórico, la justicia constitucional constituye uno de los campos de atención

preferente por parte de los juristas en la actualidad. La justificación democrática del control de constitucionalidad, la pregunta sobre su naturaleza jurisdiccional o legislativa, los límites a los que dicho control deba estar sometido, la relevancia pública que se le deba otorgar, el alcance de sus funciones, los mecanismos a través de los que se deba llevar a cabo y tantos otros asuntos espinosos, se plantean cada vez con mayor perentoriedad. En este sentido, la publicación de estos *votos discrepantes* es especialmente oportuna. Al hilo de la labor de Holmes como juez constitucional, de su mentalidad con respecto a semejante función, se pueden plantear casi todas las cuestiones que hoy atormentan a los estudiosos y los políticos. Como se desprende de buena parte de lo dicho, las dudas sobre el papel que el tribunal constitucional debe desempeñar en el seno de la arquitectura jurídico-política de una sociedad, la responsabilidad de los jueces en esta materia y los problemas que su existencia conlleva, son asuntos que ya preocupaban entonces y cuya solución no puede afrontarse sin conocer los avatares ya vividos, así como las respuestas que se intentaron dar en su momento. Los mencionados problemas son muy recurrentes en la corta historia del constitucionalismo y, por esa razón, no deben dejarse caer en saco roto las aportaciones que puedan iluminarnos en las circunstancias actuales. Se trata, en efecto, del viejo problema tantas veces planteado en la democracia estadounidense, que enfrentaría más tarde a Kelsen y a Schmitt, que se volvió a suscitar tras la segunda guerra mundial y que hoy día nutre el debate en torno al neoconstitucionalismo. No es que debamos creer en la existencia de una *philosophia perennis*, es decir, en el eterno retorno de las mismas preguntas bajo diferentes ropajes, como si nada avanzáramos, como si estuviéramos empantañados en el mismo círculo vicioso una y otra vez, pero sí es cierto que muchos de los problemas actuales encuentran paralelismos parciales en los problemas del pasado. Así las cosas, parece razonable estudiar las voces del pretérito para escuchar con un oído más fino las del presente. Creo que el ejemplo del juez Holmes, ecuánime y a la vez comprometido, equilibrado pero nunca acrítico, ofrece un modelo de moderación responsable que hoy muchos magistrados deberían reconsiderar.

Hechas todas estas apreciaciones sobre las virtudes y la oportunidad de esta publicación, conviene hacer un breve repaso sobre las características de la edición. En el volumen distinguimos dos partes claramente delimitadas. En primer lugar, se nos ofrece un estudio preliminar, a cargo de César Arjona Sebastià, en el que creo que se tocan los asuntos más importantes a la ho-

ra de enfrentarse a la lectura de las sentencias: una breve semblanza biográfica de O. W. Holmes, una contextualización crítica y analítica del autor y su obra, una exposición igualmente acertada de los puntos nucleares de su pensamiento y una introducción a la obra en cuestión. Ni excesivamente largo, ni tampoco escaso, cumple a la perfección las funciones encomendadas a este tipo de estudios, cuya lectura no debe convertirse en una tarea premiosa y desalentadora, sino en una motivación para continuar leyendo. La introducción, en ese sentido, es suficientemente completa, crítica y rigurosa, pero no agota el tema y, por lo tanto, aporta buenas razones para continuar la lectura. En segundo lugar, se ofrece una selección de treinta y tres votos discrepantes, en ocasiones íntegros y en ocasiones reproducidos parcialmente, que emitiera Holmes entre 1903 y 1929. El modelo seguido al confeccionar la selección, como el propio editor nos señala, es el de la edición inglesa de 1929, *The Dissenting Opinions of Mr. Justice Holmes*, que corrió a cargo de Alfred Lief. Los votos se traducen, pues, de dicha edición, incluyéndose además las breves introducciones explicativas que redactara el propio Lief en la edición inglesa, en las que se describen las circunstancias y los términos de cada caso, sin los cuales el lector se encontraría bastante perdido, arrojado de sopetón a una argumentación cuya procedencia y razón de ser se desconocen.

Sin embargo, la edición española presenta algunas novedades importantes. En primer lugar, se ha descartado el orden de las sentencias de la edición original, en la que los votos se agrupaban por bloques temáticos, modelo que tomó posteriormente la edición italiana. El criterio seguido en esta ocasión es estrictamente cronológico, lo que, a mi modo de ver, supone un acierto y una mejora respecto de la ordenación original. El estudioso y, en particular, el filósofo del derecho, podrá darse cuenta de las virtudes de esta nueva colocación. A medida que avanzamos en la lectura, pueden percibirse cambios que de otra manera quedarían oscurecidos, tanto en lo que se refiere a la evolución de las circunstancias históricas en que los votos particulares se incardinan, como en lo que atañe al desarrollo de la personalidad judicial del propio Holmes. Puede percibirse así una tendencia, ligera pero constante, que evoluciona desde razonamientos más técnico-jurídicos, hasta argumentaciones de las que se destila un mayor calado teórico. Las consecuencias que de ello se derivan no son puramente anecdóticas, ni se trata de un detalle accidental que tan sólo pueda interesar al erudito. Creo que, por el contrario, permite hacer una lectura en clave histórica de todos esos votos, que así no sólo iluminan al interesado en la ciencia jurídica, sino también

al historiador o al politólogo. Como ya se ha señalado anteriormente, la historia del Tribunal Supremo norteamericano durante el primer tercio del siglo XX constituye un capítulo fundamental de la vida de ese país y, por añadidura, plantea problemas de alcance universal. Por otra parte, la ordenación cronológica de los votos deja la puerta abierta a la apreciación personal sobre la extensión temática de cada uno de ellos. De otra forma, se constreñiría o se condicionaría la interpretación de los mismos a un solo aspecto, cuando en realidad varias son las dimensiones que confluyen simultáneamente en la mayoría de ellos.

La segunda innovación tiene que ver con la selección que se ha hecho de la edición inglesa. De los cincuenta y cinco votos que se incluían en aquella, se nos ofrecen ahora sólo treinta y tres. Dicho recorte se justifica por la pretensión de no convertir la publicación en un mamotreto tedioso y excesivamente voluminoso. En esta ocasión, sin embargo, la decisión puede ser cuestionable. En primer lugar, porque el volumen actual podría haber incluido un número mayor de votos sin llegar todavía a ser pesado. Y, en segundo lugar, porque no está claro que los votos descartados sean de menor importancia que los que finalmente aparecen en la edición. Muchos de los votos que se incluyen son, en efecto, de enorme relevancia y valor jurídico o teórico, pero en otros casos no queda claro el porqué de su presencia. En cambio, sí se echan de menos algunos votos de gran interés que no figuran en la selección. Así, los casos *Baldwin vs. Missouri* (1930) o *United States vs. Moreland* (1922), en los que Holmes discrepó, encierran ideas interesantísimas que merecería la pena leer y estudiar. En el segundo de ellos, por ejemplo, se pueden encontrar frases tan bellas, de tanta enjundia y tan características del pensamiento de Holmes como la siguiente: "nuestra Constitución no es una camisa de fuerza. Es un organismo vivo. Como tal ha de crecer –de expandirse y de adaptarse a las nuevas condiciones. El crecimiento implica cambios, políticos, económicos y sociales (...) Nuestra Constitución ha resistido como ley fundamental de un pueblo siempre en desarrollo porque posee la capacidad de adaptación"².

En todo caso, no es este un defecto importante, ya que la selección es buena en términos generales y, además, la sola publicación de estas opiniones constituye un acierto muy digno de elogio. Desde este punto de vista, sería también deseable plantearse la edición española de algunas sentencias famosas, no sólo

² O. W. HOLMES, citado en J. DORADO PORRAS, *El debate sobre el control de constitucionalidad en Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 20.

discrepantes, que han tenido un gran protagonismo y que ilustran muy bien las ideas del juez norteamericano. Así, por ejemplo, la sentencia del famoso caso *Missouri vs. Holland* (1920), la de *Towne vs. Eisner* (1918) o la de *Gompers vs. United States* (1914), en las que Holmes fue ponente, contienen pasajes que ya han pasado a la historia del derecho y que aún deberían constituir lectura obligada para todo jurista que quiera acercarse a los grandes clásicos.

Podría inferirse, de todo lo dicho hasta ahora, que la obra reseñada presenta interés preferente o exclusivo para el filósofo del derecho. Pero nada hay tan alejado de la realidad. Se ha advertido sobre la importancia de esta obra en lo que toca al estudio de una fundamental etapa histórica de Estados Unidos, cuyo conocimiento nos abre a consideraciones de carácter universal. Desde este punto de vista, se decía, también los historiadores o los politólogos pueden encontrar en estos *votos discrepantes* un valioso documento para el análisis de diversos asuntos: desde el contexto político y social de las políticas rooseveltianas del New Deal, hasta la especial naturaleza de la Corte Suprema estadounidense. En este orden de cosas, los votos de las sentencias *Abrams vs. United States* (1919) y *Gitlow vs. New York* (1925), son dos textos históricos preciosos, pues ilustran cómo fueron perseguidas las ideologías revolucionarias, tanto comunistas como anarquistas, durante todos esos años en Estados Unidos. Sin embargo, no se acaba aquí la nómina de los posibles interesados por esta publicación. La mayoría de las ramas del derecho, a parte la filosofía y la historia, pueden encontrar en estos *votos* lecciones, ideas o ejemplos dignos de atender. Particularmente, el derecho laboral, el administrativo y el constitucional encontrarán sentencias que les muevan a la reflexión. Intentemos pormenorizarlo brevemente.

La mayoría de los votos críticos reproducidos se derivan de recursos interpuestos contra normas que estarían violentando el núcleo de valores, reglas o derechos constitucionalmente establecidos. En este sentido, su lectura ofrece un interés evidente para el constitucionalista, en la medida en que sugiere interesantes reflexiones sobre los límites de la interpretación constitucional, sobre la naturaleza de los derechos fundamentales como límites al poder o, como ya se señalaba antes, sobre el papel de la justicia constitucional. Representan, además, un capítulo esencial en la génesis de los derechos sociales como derechos fundamentales. Aquí enlazamos, también, con el interés que el laboralista pueda tener en la lectura de estos *votos*. Sin duda, el problema de mayor calado a lo largo de las treinta y tres opiniones particulares que se dan cita en el volumen, es el de la llamada cuestión social. Varios casos sobre libertad de sindicación (*Adair vs. United States*, *Coppage vs. Kansas* o *Truax vs. Corrigan*), el famosísimo caso *Lochner*

vs. New York, sobre duración de la jornada laboral, o el caso *Adkins vs. Children's Hospital*, sobre justicia salarial, son sólo una muestra de la cantidad de casos que el interesado en el derecho del trabajo puede encontrar en este libro. El debate profundo que se estaba dirimiendo durante todos aquellos años, en lo que se refiere a su proyección constitucional, tenía que ver con la pugna por doblegar el hasta entonces incólume principio de libertad contractual. La mayoría de los votos discrepantes citados son críticas de Holmes al tribunal por hacer uso abusivo de semejante cláusula, convirtiéndola en dogma de fe y desvirtuando, por tanto, el papel emancipador que pudo tener en el pasado. Con ello, se toca la piedra angular del derecho laboral y, en ese sentido, no creo que a nadie interesado en dicho campo le sean ajenas las opiniones que el juez Holmes vertiera en dichas ocasiones.

Por último, los fragmentos de sentencias aquí recopilados pueden ser de notable importancia para el derecho administrativo, pues la mayoría de ellas plantean conflictos entre los clásicos derechos de libertad y las modernas necesidades de *public policy*. En casi todos estos casos, haciendo gala de ese *laissez-faire* que caracterizó al tribunal durante tanto tiempo, no se dio apenas cabida a consideraciones que subrayasen la supremacía del interés público sobre el privado. Pero en algunas de estas ocasiones, sin embargo, el juez Holmes se mostró crítico con la decisión mayoritaria. En este libro se encontrará un precioso testimonio de ello: "La libertad del ciudadano de hacer lo que le plazca en la medida en que no interfiera con la libertad de otros de hacer lo mismo, que ha sido un lema para algunos escritores bien conocidos, es alterada por las leyes escolares, por la Dirección General de Correos (*Post Office*), o por cualquier institución estatal o municipal que recaude dinero para fines considerados deseables, tanto si a él le gusta como si no. La decimocuarta enmienda no concede validez jurídica a la *Social Statics* del señor Herbert Spencer"³.

Así pues, la lectura de esta obra puede resultar un ejercicio fructífero para una amplia gama de lectores. Además, como se decía al inicio de esta recensión, con su publicación se cubre una importante laguna bibliográfica en nuestra cultura jurídica. Todo jurista podrá observar, a través de la sucesión de las diferentes sentencias de este volumen, con sus votos críticos, con

³ O. W. HOLMES, *Lochner vs. New York*, 198 U. S. 45 (1905), incluido en la edición. Nótese la alusión final a Spencer, que supone una crítica al denominado darwinismo jurídico, es decir, a la lucha perenne de todos contra todos por la supervivencia en el tráfico jurídico, sin ninguna clase de control que imponga límites a la posible actuación injusta de los poderosos sobre los débiles.

sus presupuestos histórico-sociales y con su trasfondo político y humano, cómo la gestación del derecho es un proceso duro, prolongado y las más de las veces enconado. Un proceso en el que, como brillantemente expuso Jhering, la lucha tiene mayor protagonismo que el consenso, en el que la vida del derecho, el *Law in action*, sigue un camino mucho más arduo que el *Law in books*, en el que la hipotética perfección de los códigos no garantiza el éxito. Porque la letra de la ley se pone a prueba y, en muchas ocasiones, no resulta suficiente para garantizar el derecho y la justicia. Y es que, como ya dijera el propio Holmes en una famosa obra, "la vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia".

LUIS LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: lloredo@inst.uc3m.es