

De William Blackstone a Roscoe Pound: genealogía de una epistemología jurídica angloamericana

From William Blackstone to Roscoe Pound: An Anglo-American Legal Epistemology's Genealogy

VÍCTOR SAUCEDO

Profesor en el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid, España.
vsaucedo@der-pu.uc3m.es

ORCID [0000-0002-5820-1898](https://orcid.org/0000-0002-5820-1898)

RESUMEN

La exégesis, generación tras generación, del pensamiento de Roscoe Pound lo ha convertido en un clásico del realismo jurídico americano. No han faltado biografías intelectuales tratando de reconstruir su génesis, explicar influencias y documentar antecedentes. Sin embargo, estos intentos raramente sitúan las ideas de este padre putativo del realismo fuera de la línea demarcada por el tropo historiográfico de la antítesis entre formalismo y antiformalismo. Una distinción que asume siempre la ontología del derecho antes de afrontar su ciencia. En este artículo, se adoptará una nueva mirada desde el derecho como epistemología para elaborar la genealogía de los presupuestos de Pound. Dicho cambio nos llevará a visitar los caminos paralelos de la tradición de *Common Law*, con figuras como William Blackstone y Henry S. Maine, por un lado, y Jeremy Bentham y John Austin por otro; caminos que se cruzan en Oliver Wendell Holmes, Jr. antes de desembocar en nuestro autor. A través de este ejercicio, podremos ver cómo, en dicha tradición, el estatuto epistemológico de las normas ha oscilado entre verdad formal y material.

PALABRAS CLAVE: epistemología jurídica, formalismo, antiformalismo, realismo jurídico, pragmatismo jurídico, positivismo jurídico, derecho natural, *Common Law*.

ABSTRACT

Through generations revisiting his thought, Roscoe Pound has become an American legal realism classic. Intellectual biographies attempting to reconstruct the genesis of his thought, explain influences, and provide historical precedents are not lacking. However, these attempts rarely view the putative

father of realism through lenses other than the historiographical trope of the antithesis formalism/anti-formalism. This distinction presumes the ontology of law prior to its science. In this article, a new perspective on the law as epistemology will serve to trace back the genealogy of Pound's assumptions. This shift will lead us to revisit the parallel paths of the common law tradition, including names such as William Blackstone and Henry S. Maine on the one hand and Jeremy Bentham and John Austin on the other; these paths converging in Oliver Wendell Holmes, Jr. before leading to our author. Through this, we will see how laws' epistemological status has wavered in this tradition between formal and material truth.

KEYWORDS: legal epistemology, formalism, anti-formalism, legal realism, legal pragmatism, legal positivism, natural law, common law.

I. INTRODUCCIÓN

En la tradición de *Common Law*, la epistemología del derecho quedaba relegada a un aspecto secundario de la ciencia jurídica¹. Más bien, la preferencia era partir de la ontología². Los propios términos tradicionales de la teoría jurídica sugieren la justificación de la existencia de una cosa, no el conocimiento de las cosas existentes. En todo caso, se puede considerar un apartado de la teoría jurídica el conocimiento de las cosas que se han definido con anterioridad en el apartado ontológico.

1 Este trabajo se realizó en el marco de los proyectos de investigación SEJ 2004-01919, financiado Ministerio español de Educación y Ciencia) y PID2023-152206NB-C21, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033.

2 Véase la entrada 'epistemología': "Durante algún tiempo, por lo menos en español, se tendía a usar 'gnoseología' con preferencia a 'epistemología'. Luego, y en vista de que 'gnoseología' era empleado bastante a menudo por tendencias filosóficas de orientación escolástica, se tendió a usar 'gnoseología' en el sentido general de teoría del conocimiento, sin precisarse de qué tipo de conocimiento se trataba, y a introducir 'epistemología' para teoría del conocimiento científico, o para dilucidar problemas relativos al conocimiento cuyos principales ejemplos eran extraídos de las ciencias. Crecientemente, y en parte por influencia de la literatura anglosajona, se ha usado 'epistemología' prácticamente en casi todos los casos" (Ferrater Mora, 1994, p. 1041). Véase también la entrada 'ontología' (p. 2626): "El autor de la presente obra [se refiere al propio diccionario] ha usado 'ontología' —a diferencia de, en incluso en oposición a, metafísica— para designar toda investigación —compuesta primariamente de análisis conceptual, crítica y propuesta o elaboración de marcos conceptuales— relativa a los modos más generales de entender el mundo, esto es, las realidades de este mundo. A su entender, las investigaciones ontológicas deben estar en estrecha relación con trabajos científicos, no habiendo una línea claramente divisoria entre hipótesis científicas de cierto grado de generalidad e hipótesis ontológicas". Simplificando, llamaremos 'epistemología' al estudio de las condiciones de validez de los enunciados que dicen algo positivo acerca de las cosas del mundo y 'ontología' a aquella ciencia que pretende establecer cuáles son, y qué estatuto tienen, las cosas del mundo.

Sin embargo, de partida, el derecho no es tomado como conocimiento en sí mismo sino como realidad. El derecho son principios, normas, preceptos, mandatos, instituciones, un ordenamiento, la administración de unos valores sociales no escritos, una práctica con sentido en la experiencia de un grupo de personas, etc.; todos estos conceptos tienen en sí mismos una consistencia, una densidad propia del lenguaje que habla del mundo. Pero ¿cuál es la realidad de un principio? No, desde luego, la de las cosas materiales. ¿Es una realidad trascendente, una esencia?, ¿es una realidad fáctica?, ¿es un hecho?, ¿una acción? Y si es un hecho, ¿de dónde puede provenir un hecho que no sea de la cadena causal del mundo físico? O, por el contrario, ¿cómo es posible que el derecho tenga una realidad esencial y, sin embargo, interfiera en el mundo? Sea cual sea la aproximación siempre se ha partido del derecho como una realidad más entre las cosas del mundo, residiendo el principal problema en la explicación del estatuto que tenía el derecho frente a las demás realidades, así como el origen que, desde luego, no podía ser el mismo que el del resto de las cosas sujetas a la causalidad.

Podemos cambiar el punto de vista y dejar de pensar que el derecho es una cosa, para convertirlo en un conocimiento acerca de las cosas del mundo. En este caso la pregunta es: ¿de qué cosas es el derecho un conocimiento? Y, ¿qué tipo de conocimiento es el derecho?, ¿es un conocimiento análogo al de las ciencias naturales, o tiene que ver más con el de las ciencias formales? Desde este punto de vista epistemológico, si habíamos partido de una ontología del derecho, debemos asumir que entonces éste es un conocimiento de sí mismo. Para que una ciencia sea conocimiento de sí misma debe ser una ciencia formal, como la lógica o las matemáticas. Debe partir de objetos ideales como los números o la verdad, objetos que puedan ser descritos en proposiciones evidentes en sí mismas o axiomas. Los elementos a los que tradicionalmente se ha reducido la ciencia jurídica, como ontología, han sido los valores o principios, y la autoridad. A partir de ahí, se han construido axiomas como “el derecho es el mandato de la soberanía” o “el derecho es lo justo en cada caso”.

La aproximación epistemológica a la ciencia jurídica se remonta los utilitaristas Jeremy Bentham (1748-1832) y John Austin (1790-1859). Estos pensadores encontraron su primer escollo analítico en la noción central de ‘obligación’ o ‘deber ser’. Esa noción que se aparecía como

clara y distinta a ojos del jurista blackstoniano, no lo era tanto a los del epistemólogo positivista. El primero encontraba una certidumbre en su trato cotidiano con la misma, en la práctica: sabía cuál es su significado jurídico, y qué usos conlleva. Sin embargo, cuando el positivista preguntaba qué cosa del mundo refería³ la obligación, enmudecía. Para Austin y Bentham, el conocimiento científico es un conocimiento de consecuencias. Por ‘consecuencias’ entendían enunciados causales, en los que decimos, por ejemplo, que el incendio es consecuencia del fuego. Esa idea nos puede llegar a través de una generalización de un número de ocasiones en las que hemos visto la misma secuencia de hechos. También puede llegarnos por la educación, o por la mera autoridad. O bien puede llegarnos por algún tipo de cálculo que permita anticipar, a partir del conocimiento de determinadas reacciones químicas que se producen en el seno de la materia, que el fuego se propagará produciendo un incendio. Nos preguntábamos qué cosa sea el ‘deber ser’. Está claro que, si no denota nada del mundo, representa la relación entre dos cosas del mundo. Expresa una consecuencia. Que, si alguien se porta mal, le acaecerá un padecimiento. El nexo entre el portarse mal y el acaecer del padecimiento es la obligación, porque presenta este como consecuencia de aquel. Nos presenta, pues, como necesario u obligatorio una acción determinada, o su inhibición, si queremos evitar el padecimiento. Cómo conozcamos esa causalidad es algo que puede llegarnos a través del cálculo, de la experiencia o la educación⁴.

Si nos trasladamos de las islas británicas a los Estados Unidos, la epistemología jurídica del *Common Law* también ha transitado por la senda ontológica. En especial en torno al debate entre el ‘formalismo’

3 Tomamos las palabras ‘referir’ y ‘referencia’ en sus significados filosóficos. En particular en el significado que se les ha dado en la filosofía analítica, como aquello que es designado o señalado por una expresión. También se puede hablar de ‘denotación’ y, en un sentido restringido, de ‘significado’. Véase (Hierro Sánchez-Pescador, 1986, pp. 177-189). En cuanto a las comillas simples las utilizaremos cuando nos estemos refiriendo a la palabra o concepto en cuestión en lugar de a su significado.

4 Austin se pregunta cómo pueden existir sentimientos “que no son consecuencia de la reflexión sobre las tendencias de las acciones humanas, que no son consecuencia de la educación que recibimos de nuestros semejantes, que no son consecuencia ni efecto de antecedentes o causas que estén al alcance de nuestra inspección” (Austin, 1999, p. 95).

y el ‘antiformalismo’⁵ jurídico, sobre si el derecho es un objeto ideal, como los números de las matemáticas, o si por el contrario es un objeto empírico, es decir, un fenómeno social reductible a otros fenómenos. Por tanto, el conocimiento de este se ha expresado bien en términos deductivos, bien en términos pragmáticos. La diferencia entre ambos no radica en la epistemología, que sigue fundamentándose en la validez formal, sino en si se considera que los valores, como elemento mínimo de la ontología, son trascendentes o inmanentes a la sociedad y, por ende, si el derecho es la expresión esencial del orden —o de un orden

5 Estas palabras, tal y como la usamos, abarca en su significado otras como ‘realismo’ y ‘pragmatismo’. En los últimos años ha habido un interés en reconstruir la historia de los conceptos ‘formalismo’ y ‘antiformalismo’. (Sebok, 1998) define ‘antiformalismo’ como una visión técnica del derecho opuesta al formalismo como razonamiento jurídico deductivo. (Kalman, 2001) y (Stevens, 2001) han investigado los orígenes institucionales, particularmente en el mundo académico, del movimiento antiformalista como reivindicación del profesor universitario frente al juez de *Common Law*. En esta senda institucional, (Schlegel, 1995) distingue entre los verdaderos realistas frente a los realistas de salón. Entre estos últimos, Karl Llewellyn (1893-1962), Jerome Frank (1889-1957) y Roscoe Pound; entre los primeros, Walter Wheeler Cook (1873-1943), William O. Douglas (1898-1980) o Herman Oliphant (1884-1939). Una perspectiva que se aleja un paso de lo institucional, para prestar también atención a las redes sociales que se reproducen en esas instituciones, es la de (Hull, 1997) quien analiza las vidas paralelas de Roscoe Pound y Karl Llewellyn, para concluir que el rasgo fundamental del antiformalismo es el bricolaje cultural ya teorizado por Claude Lévi-Strauss. Entre la historia de las ideas y la historia institucional (LaPiana, 1994) analiza el formalismo jurídico desde el punto de vista de la experiencia del mítico decano de la *Harvard Law School* a finales del s. XIX, Christopher Columbus Langdell (1826-1906), en el contexto de la unificación procesal operada por el Código Procesal de Nueva York. (Duxbury, 1995), por otra parte, cuestiona el uso de la distinción entre ‘formalista’ y ‘antiformalista’, concluyendo que no hubo un movimiento antiformalista a comienzos del s. XX sino más bien una atmósfera favorable a una mayor politización de los jueces que se dispó tras la segunda guerra mundial. En cuanto a los modelos de pensamiento, (Horwitz, 1992) reconstruye la formación de un paradigma formalista clásico que se articula en torno a las ideas de neutralidad de la justicia y autonomía con respecto a la esfera política, limitando la intervención en el ámbito privado; a éste sucede un paradigma antiformalista social que cuestiona dicha neutralidad como mera apariencia que escondía la verdadera naturaleza política y partidista del derecho. También desde la historia de los paradigmas (Herget, 1990) limita sus modelos descriptivos a las teorías jurídicas y habla del paradigma poundiano para referirse a un modelo de pensamiento antiformalista que comienza a formarse en la época de Pound culminando con los realistas. Finalmente, (Wiecek, 1998) se centra en una lectura más doctrinal del formalismo jurídico, cuyas raíces sitúa en la evolución del principio constitucional del *rule of law* y en su ambivalente interpretación como mandato de la soberanía y como *higher law*. En cuando a la perspectiva continental, encontramos esfuerzos por acercar los autores antiformalistas al público europeo en (Tarello, 1962) y (Castiglione, 1995).

posible pactado— de la sociedad, o un instrumento para ordenar la sociedad según las circunstancias.

En este trabajo vamos a reconstruir cómo se configuró dicha epistemología a comienzos del s. XX, tomando como referencia el pensamiento de Roscoe Pound⁶. No nos interesa este jurista porque añade nada nuevo —de hecho, sus primeros escritos no tienen intención argumentativa, sino proselitista— sino como testimonio de la tradición ontológica de la ciencia del derecho en los Estados Unidos⁷ en la que la existencia de valores e intereses sociales se convierten en realidades incontrovertibles, y el derecho se vuelve una realidad instrumental, derivada de esos valores, de manera igualmente incontrovertible. Para ello, necesariamente hemos de reconstruir la genealogía de esta manera de entender el derecho. Comenzaremos por la ontología naturalista de la clásica ciencia jurídica de *Common Law*, epitomada en la obra William Blackstone, para seguir con el giro que John Austin imprime al adoptar una visión del derecho como epistemología de las voluntades humanas. Veremos también como la reacción a la epistemología del derecho de Austin lleva Henry Sumner Maine (1822-1888) y Oliver W. Holmes (1841-1935) hacia una ontología de los valores sociales y el carácter instrumental del derecho. De hecho, la epistemología ontologista⁸ de Blackstone estaba

6 Roscoe Pound (1870-1964) es recordado por su contribución a la filosofía del derecho. Decano de la Harvard Law School desde 1916 hasta 1936, su *sociological jurisprudence* “combinaba los conceptos jurídicos con el pragmatismo y las ciencias sociales en una nueva síntesis que sustituía la concepción estéril del derecho como un sistema cerrado” (Wigdor, 1974, p. ix). Saludada inicialmente con entusiasmo por sus contemporáneos, esta corriente de pensamiento fue duramente atacada por la siguiente generación de juristas realistas quienes consideraba que Pound no había desarrollado todo el potencial de sus premisas (Llewellyn, 1930, 1931). Sobre Pound, en español, podemos encontrar los trabajos de (García Ruiz, 2002) y (García Ruiz, 1997) y el estudio preliminar de la traducción de José Puig Brutau de (Pound, 1950, pp. ix-xlv). Brutau también tradujo (Pound, 1954) y (Pound, 2004), publicada póstumamente. (Casanova y Moreso, 1954) proporcionan una nueva traducción de una breve suma que Pound realizó de su pensamiento, así como la reimpresión de previas traducciones del mismo. Sobre su pensamiento véase también (Arjona, 2003) y (Deflem y Botero Bernal, 2006). Desde la historia de la memoria del jurista, (Petit, 1991, 1998, 2000, 2007, 2010, 2019) ha investigado las relaciones institucionales, profesionales y personales que se produjeron entre los antiformalistas norteamericanos y los juristas europeos de principios del s. XX. Ver también (Radin, 2001)

7 Véanse, por ejemplo, las palabras de un pragmático como (Posner, 1990, p. 5).

8 Usamos esta expresión para referirnos a que esa epistemología ha partido del derecho como cosa.

ya tan arraigada en el mundo del *Common Law*, que inevitablemente el cambio hacia el derecho como epistemología de las voluntades humanas (en su dimensión político-social) fue interpretado por Maine y Holmes como una sustitución de los valores eternos por la autoridad humana. Finalmente, estudiaremos los artículos de juventud de Roscoe Pound (1904, 1905a, 1905b, 1906), donde confluyen de manera bastante evidente los dispares elementos de esta tradición⁹.

II. BLACKSTONE: LOS VALORES DE LA RAZÓN

La reflexión sobre la epistemología del derecho en el mundo del *Common Law* se remonta a los jueces Edward Coke (1552-1634) y Matthew Hale (1609-1676), alcanzando su madurez en la obra de William Blackstone (Schweber, 1999, pp. 426-427). A principios del s. XIX, ésta era la tradición epistemológica imperante en el Reino Unido, si bien se alzaba la voz disidente de Jeremy Bentham, quien hacía suya la otra tradición positivista –que nunca había arraigado entre los *common lawyers*– inspirada por el gran filósofo Thomas Hobbes (1588-1679) (Sebok, 1998, pp. 22-23)¹⁰. Los primeros daban una explicación ‘deductiva’ de la naturaleza y fuente de la norma; tomaban las normas del *Common Law* como condicionadas a la existencia de unos valores trascendentes, de los que eran su consecuente lógico. Los segundos buscaban un referente empírico que pudiera dar cuenta de las normas y de su validez; creían que las

9 Nos centraremos en las obras principales de John Austin y Henry Sumner Maine, y el artículo de Oliver Wendell Holmes, Jr., donde se recoge de manera más completa y acabada su pensamiento con respecto a este problema específico: (Austin, 1999), (Maine, 1861), (Holmes, 1897).

10 Véase también (Cattaneo, 1962, pp. 219, 222-223, 226-227); Cattaneo considera el positivismo jurídico inglés como una escuela uniforme que tiene su precursor en Hobbes. A lo largo del presente trabajo trataremos de matizar esa idea, al menos respecto a Austin; si bien es cierto que la definición austiniana de soberanía calca la de Hobbes, el significado de las palabras no puede ser el mismo. Cattaneo, haciéndose eco de Hart, que a su vez se hace eco de una tradición que da sus primeros pasos con Maine, valora el trabajo Austin como la exposición analítica, separada de contenidos políticos y éticos, de las ideas que los anteriores miembros del grupo, Hobbes y Bentham habían descrito de una manera menos sistemática y enredadas en otros asuntos que los estrictamente jurídicos.

normas debían ser reflejo del mundo como cualquier otro enunciado de las ciencias naturales¹¹.

A mediados del siglo XVIII, el sistema jurídico del *Common Law* presentaba ciertas peculiaridades, cuya explicación y justificación habían de condicionar los términos de la reflexión epistemológica. En primer lugar, se centraba en la administración de justicia. El derecho objetivo era preferentemente el derecho procesal de los *writs* y las *forms of action* junto con la propia decisión del juez, constituida en precedente. La decisión judicial, por tanto, adopta la forma de un razonamiento derivado de un principio general que debe gobernar los casos análogos allí donde no hay un precedente idéntico. Qué tipo de principio se podía invocar era algo que estaba condicionado por el camino procesal escogido, donde se indicaba qué soluciones podían proveerse para cada circunstancia. Las diferentes *forms of action*, por tanto, funcionaban como categorías en las que clasificar los precedentes. Si bien inicialmente cada tipo de circunstancia tenía su remedio específico, en la época de Blackstone las circunstancias se debían encajar en un número prefijado de *forms of action*. En consecuencia, se había generalizado el uso de la ficción en la declaración de los hechos del caso; ficción que se extendía al resto del proceso (Maitland, 1909, pp. 1-7). En este contexto, la epistemología parte de unos problemas que prefiguran la búsqueda de la naturaleza y fuente de autoridad de la norma. La norma, el derecho objetivo, se presenta desconectada del mundo fáctico; su naturaleza debe ser otra, porque no se sostiene en la mera realidad. Por otro lado, si esto es así, no se puede esconder el hecho de que este derecho descansa, en apariencia, en la mera voluntad del juez que sostiene toda la ficción.

Para William Blackstone la naturaleza del derecho objetivo es consuetudinaria, entendida como el uso inmemorial de la máxima o principio o regla contenido en una línea de precedentes. Los precedentes no son propiamente las normas del *Common Law*, sino las proposiciones norma-

11 En el primer caso, se expresa la validez de la deducción, con independencia de la verdad o falsedad de las premisas y la conclusión; esta verdad, propia de los enunciados inferidos dentro de un sistema axiomático, se denomina validez formal. En el segundo caso, es necesario ir a la experiencia para comprobar si las premisas y la conclusión son verdaderas; esta es la verdad material, propia de los enunciados de las ciencias empíricas (Deaño, 1981, pp. 38-39).

tivas¹² recogidas en aquellos. Dichas proposiciones se han ido formando espontáneamente en la experiencia de los juristas y la comunidad a lo largo de los siglos, quienes las han ido construyendo sin seguir un plan consciente (Sebok, 1998, pp. 24)¹³. Por tanto, las normas de *Common Law* preexisten a los agentes que las expresan, esto es, los jueces que sientan el precedente (Simpson, 1986, pp. 18-19)¹⁴.

Ahora bien, si las normas del *Common Law* preexisten no pueden referirse a ninguna realidad empírica. Si éstas fueran el producto del uso en virtud de las circunstancias, habrían cambiado. No existiría una identidad de la norma a lo largo del tiempo, sino una sucesión de usos diversos. Si algo preexiste es porque de alguna manera ya estaba ahí, al margen de las circunstancias que puedan condicionar el uso. Por tanto, la segunda característica del *Common Law* es ser racional. El uso continuado se funda en el derecho natural, según es dictado por la recta razón. Para Blackstone, este derecho natural es el verdadero sustrato de los principios del *Common Law* (Sebok, 1998, p. 25)¹⁵. De modo que esos principios encuentran su validez en el acuerdo con el derecho divino o con los valores morales universales inscritos en la naturaleza de las cosas. Su fuente última de autoridad es trascendente. Nos encontramos ante una validez formal, condicionada a unos valores trascendentes que actúan como premisas. Las normas del *Common Law* solo son verdaderas si existen unos valores (o fines) absolutos, cuya realización a lo largo del tiempo ha generado dichas normas. O, dicho de otra manera, el *Common Law* son las soluciones que se ha ido deduciendo del derecho natural, según las necesidades de la comunidad en el devenir histórico. Eso explica por qué no tiene un autor específico y por qué es un derecho válido a pesar de esa carencia.

12 Sobre el alcance de estas proposiciones en la tradición de *Common Law* (Simpson, 1986, p.9). En el pensamiento jurídico del *Common Law* estas proposiciones teóricas generales pueden contener doctrinas, principios, reglas y, en ocasiones, definiciones.

13 Blackstone (2016, vol. 1, pp-67-68).

14 Hale decía que el derecho inglés estaba compuesto de *lex scripta* y *lex non scripta*. Esta última comprendía el *Common Law* propiamente hablando—las costumbres. Blackstone dividía el *unwritten law* en: costumbres generales, que eran normas universales de todo el reino; costumbres particulares, propias de los habitantes de ciertas localidades; normas particulares que eran adoptadas como costumbre en algunos tribunales específicos.

15 Blackstone (2016, vol. 3., p. 379); Blackstone (2016, vol. 1, pp. 69-70).

La función del juez, por tanto, es esencialmente cognoscitiva. El juez descubre la norma preexistente mediante el ejercicio de la razón artificial que le permite distinguir esa norma en la secuencia de precedentes. Tras descubrir un principio, el juez lo “ilumina” con la luz de la conciencia, es decir, lo sitúa en un sistema de principios independientes de la experiencia. Esos principios son el antecedente lógico de las proposiciones de *Common Law* y de ellos se deduce su validez. Los límites de esta función son los límites del razonamiento, tanto el analógico como el deductivo, más allá de los cuales se encuentra el ejercicio ilegítimo del arbitrio judicial. El juez razona, no crea. Custodia el derecho natural, protegiéndolo de tergiversaciones; sea por parte de la soberanía o por parte de otros jueces (Sebok, 1998, pp. 25-27). Así, lo justo pasa a significar aquello que se sigue de un razonamiento judicial; lo injusto, por el contrario, es aquello que nace de la mera voluntad sin control racional (Simpson, 1986, p. 10).

Queda por explicar, desde esta epistemología, otro tipo de normas del sistema jurídico del *Common Law*, que no preexisten, sino que tienen un origen cierto. Para resolver el problema del derecho positivo, Blackstone interpreta el derecho natural, además de razón o conciencia, como los derechos absolutos del estado de naturaleza. Así, en el tránsito de la sociedad natural a la civil, estos derechos quedan limitados por el interés general que se expresa en dichas normas positivas¹⁶. Sin embargo, la manera en que se determina esta limitación viene expresada en el propio derecho natural y es descubierta mediante la razón artificial del juez (Sebok, 1998, p. 28). De modo que lo más importante no es la existencia de límites, sino la manera en que han de establecerse; lo que situaba la labor de los jueces, más que los derechos naturales en centro del derecho natural (Sebok, 1998, p. 29). Por tanto, la validez de la norma positiva también depende del acuerdo con ese derecho natural, no de la mera voluntad de la soberanía, aun cuando su naturaleza sea diversa y no preexista. En palabras de Blackstone:

Este derecho natural, siendo coevo a la humanidad [misma] y dictado por Dios mismo, es, por supuesto, de obligación supe-

16 Blackstone (2016, vol. 1, pp. 124, 128-38).

rrior a cualquier otro. Es vinculante en todo el mundo, en todos los países y en toda época: ninguna ley humana tiene validez si es contraria a este; y aquellas que son válidas derivan toda su fuerza y toda su autoridad, indirecta o directamente, de este origen¹⁷.

Comparadas con el derecho positivo, las doctrinas del *Common Law* no se pueden expresar como una norma o serie de normas escritas que sirvan de guía para una acción futura (Sebok, 1998, pp. 29-30). No hay un método que no pase por la razón del juez para determinar la norma correcta de manera previa a los hechos. Es decir, el derecho viene siempre después de las conductas. El juez no está para guiarlas, sino para administrar justicia, y la justicia es la razón. La soberanía, que tiene voluntad, sí puede guiar la conducta. A condición de que respete los límites que le impone el derecho natural, reservando amplios espacios de libertad para el individuo.

Derecho espontáneo o preexistencia de la norma, naturaleza racional o metafísica, validez formal, función cognoscitiva del juez y límite de la norma positiva son las características de la epistemología blackstoniana. En primer lugar, la fuerza normativa no emana del agente que expresa la norma, sino de su uso inmemorial; la norma preexiste a los agentes que la expresan. En segundo lugar, la norma se infiere de unas esencias metafísicas, no se refiere a una realidad empírica. En tercer lugar, la validez de la norma es el acuerdo con su esencia; no son normas validas por sí mismas sino condicionadas a la verdad, evidente en sí misma, de unos valores trascendentes. En cuarto lugar, el conocimiento racional de esa esencia y el control de la misma corresponde al juez, que se ha ejercitado específicamente en esa racionalidad. En quinto lugar, el mero ejercicio de la voluntad, aunque sea la de la soberanía, no produce normas válidas si no cumple con las características que constituyen sus límites racionales. Con esta epistemología Blackstone explica los principales rasgos del sistema jurídico del *Common Law*.

17 Blackstone (2016, vol. 1, p. 41).

III. AUSTIN: LA RACIONALIDAD DE LA VOLUNTAD RACIONAL

Ante tal planteamiento, no es de extrañar que Inglaterra se resistiera a las reformas globales del sistema y prefiriera ir parcheando ese mítico *Common Law* a través de las decisiones judiciales y la legislación especial. Jeremy Bentham –quien había asistido a las lecciones de Blackstone en Oxford durante 1763 (Baker, 2002, p. 215)– sería el primero en plantear la necesidad de una reforma sistemática y completa del *Common Law* que viniera a simplificar y abolir el intrincado complejo de ficciones jurídicas, derecho natural y otras peculiaridades arcaicas (Sugarman, 1986, p. 35). Su proyecto, no obstante, tuvo más alcance teórico que práctico, concretándose en la deontología o ciencia de lo que debe ser, por contraposición a la ciencia de lo que es. El propósito de esta era reducir la ciencia de la jurisprudencia a los principios de la ciencia natural a partir de la tendencia natural del hombre hacia el placer y a evitar el dolor, de la cual se infiere el principio de utilidad. Así, el fin del derecho sería la consecución del mayor bienestar del mayor número posible de individuos, es decir, un equilibrio entre el placer y el dolor del agregado de individuos (Baker, 2002, p. 215). Sería el Whig radical Henry Brougham (1778-1868), uno de los acólitos de Bentham, quien pusiera la reforma jurídica en la agenda política con un discurso programático pronunciado en la Cámara de los Comunes en 1828 y, sobre todo, como *Lord Chancellor* entre 1830 hasta 1834, dando impulso a un fallido intento de codificación del derecho penal inglés. La reforma en Inglaterra, no obstante, se centró en el proceso con la abolición de los *forms of action*, y la reorganización de los tribunales superiores, sin que se llegaran a tocar los principios substantivos del *Common Law*. Por otro lado, en el plano de la reforma social, al que también apuntaba Bentham, el acento se trasladó del derecho judicial al legislativo. Las reformas sociales por medios legislativos se empezaban a discutir en las mismas comisiones parlamentarias en las que se abordaban la reforma del sistema jurídico, cuestionando el papel de los jueces ante las complejidades y cálculos que requería el establecer normas (Baker, 2002, pp. 215-217).

John Austin también pertenecía al círculo utilitarista formado en torno a las figuras de Jeremy Bentham y James Mill (1773-1836). Precisa-

mente ese círculo le invitó en 1827 a ocupar la cátedra de *Jurisprudence* en la recién inaugurada *University of London*. Para prepararse realizó un viaje a Alemania con el propósito de estudiar la ciencia jurídica continental, pero, cuando regresó, la cátedra resultó un fiasco. En 1832, el año de la muerte de Jeremy Bentham, se vio obligado a renunciar por falta de alumnos, publicando las lecciones introductorias como *The Province of Jurisprudence Determined*¹⁸. En este título Austin retoma el espíritu científico de Bentham, haciendo suyos los postulados de aquél, pero expuestos de una manera nueva (Sugarman, 1986, pp. 37-39). Para Bentham el problema de la epistemología del *Common Law* radicaba en que no reflejaba ningún objeto existente porque éste, en el fondo, no consistía más que en el arbitrio judicial oculto bajo la jerga naturalista (Simpson, 1986, p. 16). Para resolver ese problema Austin se vuelve hacia la voluntad racional, en cuya racionalidad encuentra el lenguaje y los referentes empíricos de los “enunciados” del derecho (Sugarman, 1986, p. 37). De este modo Austin construye la ciencia del derecho como es (Austin, 1999, pp. x-xi) en tres etapas distintas. En la primera, explica el llamado *rationale* del derecho, es decir, en virtud de la racionalidad de la voluntad explica el fenómeno jurídico como un diálogo de voluntades. En la siguiente, deconstruye el concepto blackstoniano de autoridad religiosa y naturaleza consuetudinaria de la norma, utilizando el *rationale* como herramienta crítica; como corolario separa la ciencia del derecho de la moral; lo que es (la voluntad racional), de lo que debe ser (las normas, de las que se siguen los valores). Por último, se propone explicar el concepto de suprema autoridad, o soberanía, en los términos empíricos del *rationale*.

Bentham y Austin pertenecen a una tradición de pensamiento que comienza en Hobbes, pasando también por Hume; aquélla que sustituye la autoridad religiosa por una autoridad terrenal. Ese logro en la explicación de la naturaleza y fuente de la norma significa un paso hacia un derecho empírico. Pero sería erróneo concebir el pensamiento de

18 Véase el prólogo de Felipe González Vicén a (Austin, 1951, pp. 7-8). Cfr. (Sugarman, 1986, p. 43). La intención originaria era publicarlo como una introducción a otro volumen, que se habría de titular *Lectures on Jurisprudence*. Éste se publicó póstumamente, en 1863, en una reconstrucción que su viuda realizaría a partir de las notas de aquél. Sin embargo, sería el *Province* el título que recibiría más atención.

Austin sólo a partir de la teoría de la soberanía de Hobbes (Sebok, 1998, pp. 30-32)¹⁹. Los intereses epistemológicos de Hobbes terminan con la explicación de la fuente de autoridad en un pacto de transferencia de los derechos naturales a la persona del soberano, conformando los derechos absolutos de la soberanía. Y esos derechos absolutos funcionan como los valores absolutos de Blackstone. La obligación nace del pacto y se explica por el pacto. Si bien la norma es una orden pública y refiere acciones, su naturaleza, aunque positiva, no es empírica. Ella misma podrá ser un producto empírico, pero, tomada como un enunciado, no se refiere a nada de este mundo. Si el pacto no preexistiera a la misma, la norma carecería de significado. No sería obligatoria y, por ende, no sería un mandato ni referiría acciones o conductas, aunque sí tuviera ese sentido.

Hume había expresado la existencia de una falacia en la epistemología de la ética: el paso del ‘ser’ al ‘deber ser’. Esto es, de la afirmación de unos valores a la conducta práctica. De lo que es bueno o malo, a lo que se debe hacer. Este es el modo de justificación de Blackstone, por ejemplo, quien sitúa la fuente de autoridad en unos valores metafísicos absolutos. He aquí la falacia, porque estamos pasando de un enunciado descriptivo, a otro de orden práctico. De lo que es no podemos inferir nunca lo que debe ser. Precisamente porque lo que debe ser no es todavía, sino que tiene que llegar a ser. Y no existe lo necesario. No es una cosa del mundo. El mundo solo se compone de lo que es. Por tanto, lo que *es* no puede ser lo que *debe ser*. Lo que debe ser es más bien una idea, un concepto. Con el expresamos la relación entre dos cosas del mundo, no una cosa del mundo. Cuando decimos que algo es necesario, estamos expresando que eso es consecuencia de otra cosa. Por ejemplo, decimos “si llueve, es necesario que el pavimento esté mojado” o “el pavimento debe estar mojado” para expresar la relación causal entre dos hechos:

19 Sebok (1998, pp. 30-32) resume la epistemología de Austin y Bentham en tres tesis: tesis de la separatividad, tesis de la imperatividad, tesis de las fuentes. En estos tres puntos sobrevuela la misma idea hobbesiana: la sustitución de la autoridad religiosa de los valores morales por la autoridad suprema de la norma positiva. En este apartado vamos a demostrar que el punto de partida de la epistemología de Austin no es la autoridad terrenal, sino el intento de explicar la soberanía de Hobbes en términos empíricos. El eje de su epistemología gira en torno a la racionalidad de la voluntad, no al apremio de la autoridad (Postema, 2019, p. 318).

el llover y que el pavimento esté mojado. Por lo tanto, podemos reducir el ‘deber ser’ al condicional lógico. Con el mismo no se expresa sino la relación entre dos hechos que deben ocurrir en la realidad. Es una predicción: “si... debe ser...” (Hume, 1991)²⁰.

Para Austin, con el ‘deber ser’ expresamos un tipo específico de predicciones. Aquéllas que tienen por objetivo servir de guía a nuestra experiencia. Esto es, de expresar una relación entre medios y fines que permita determinar nuestra conducta. “Si quiero ser feliz, no debo amar”. Donde la prescripción “no amar” se presenta como medio para conseguir un fin, “ser feliz”. Por tanto, dicha predicción esta formulada en términos prácticos, pues la voluntad se ha de determinar a partir de ella. Y esta predicción no es más que una generalización de la experiencia. La expresión de la relación causal entre dos hechos que se suceden con regularidad en la experiencia, que se presenta en una forma que permita determinar la conducta. Es decir, a partir de un número indeterminado de ocasiones en las que he conocido la infelicidad de las experiencias amorosas, infiero la relación causal “si amo, seré infeliz”,

20 Turégano Mansilla (2001, pp. 30, 130) distingue dos líneas interpretativas con respecto a la obra de John Austin: interpretaciones empiristas e interpretaciones racionalistas. Si bien Turégano se decanta por la segunda línea, este artículo comparte la “interpretación de la ciencia jurídica [de Austin] como empírica” de (Morison, 1982, pp. 1-5, 83, 65, 74, 91, 92, 106-7, 180-181). Morison realiza una interpretación esencialista del espíritu científico de Austin, que Turégano denomina empírico-formal (Turégano Mansilla, 2001, p. 137). Ese empirismo supone que “toda proposición es verdadera, falsa o no tiene ningún sentido; la pretensión de Austin era presentar el Derecho y la moral en proposiciones de las que se pudiera predicar su verdad o falsedad. En segundo lugar, para esta filosofía las proposiciones verdaderas son un reflejo de la realidad observable, una vez que se adapta el lenguaje para representar los hechos que observamos en las formas de las proposiciones de la lógica tradicional” (Turégano Mansilla, 2001, p. 139); todo lo cual implica renunciar a “las proposiciones imperativas [...] la suposición de que las proposiciones científicas dependen de un aparato conceptual ajeno a la experiencia [...] la noción de que la verdad de las proposiciones depende de criterios fijados por su utilidad para ciertos fines” (Turégano Mansilla, 2001, p. 139), esto es, conlleva renunciar al ontologismo y a la validez formal. Morison, no obstante, considera que el empirismo de Austin es secundario a su argumento principal señalando los momentos en que se aparta de aquel en la teoría de la soberanía o la definición del derecho que no se alejaba de la visión del práctico. En esa línea, Turégano piensa que hay elementos suficientes para dudar de esta interpretación empirista de Austin, en la idea de que este quería, más bien, establecer los principios abstractos de la ciencia jurídica general (Turégano Mansilla, 2001, pp. 144-145). Cfr. (Rumble, 1985 pp. 92-98).

que se presenta a mi voluntad como “si no quieres ser infeliz, no debes amar”:

En términos generales, la conducta humana, incluida aquella sujeta a los mandatos divinos, se rige inevitablemente por *normas*, o por *principios* o *máximas* [...] Si nuestra experiencia y observación de los hechos particulares no se *generalizaran*, de poco nos servirían en la *práctica*. Contemplar en el albur de cada ocasión un gran número de hechos y obtener de esos hechos particulares una conclusión aplicable al caso sería un proceso demasiado lento e incierto como para satisfacer los desafíos de nuestras vidas. Por lo tanto, las inferencias que la experiencia y la observación reiterada nos presentan a la mente se concretan en *principios*, o se condensan en *máximas*. Estos [principios] los tenemos siempre a la mano, y los aplicamos a casos singulares de forma inmediata y sin dudar; sin necesidad de repetir el proceso mediante el cual se obtuvieron; ni de recordar, y contemplar, las múltiples y complejas ponderaciones de las que [los principios] son compendios prácticos (Austin, 1999, pp. 49-50)²¹.

Es por eso por lo que podemos decir con propiedad que la voluntad es racional y que nuestra conducta se guía por la racionalidad. Es inevitable que realicemos generalizaciones causales a partir de la experiencia y que nuestra voluntad opere sobre esa base estableciendo razonamientos de fines y medios. De lo contrario, actuaríamos siempre de una manera espontánea, sin sentido y repitiendo una y otra vez los mismos errores. La práctica no se opone a la teoría, sino que parte de la teoría (Turégano Mansilla, 2001). La voluntad se guía por el mismo conocimiento causal del mundo que el que produce la ciencia:

Este es el principal uso, aunque no el único, de [la palabra] *teoría*: aquel que las personas ignorantes y débiles [de carácter] suelen *oponer* a la práctica, pero que es vital para una práctica guiada por la experiencia y la observación. [...] Puesto

21 *Cursivas en el texto original. En adelante, esté será el criterio que mantendremos para las citas literales.*

que la teoría verdadera es una *suma* de verdades particulares, su aplicación a casos particulares es necesariamente verdadera. Los términos de la teoría son generales y abstractos, pues de lo contrario las verdades particulares que implica no habrían sido abreviadas ni condensadas. Pero, a menos que sea verdadera acerca de los hechos particulares y, por lo tanto, verdadera en la práctica, carece de *verdad* alguna. *La verdad* es siempre particular, aunque *el lenguaje* sea normalmente general. Si los términos de la teoría no pueden determinarse en verdades particulares, la teoría es una mera jerga: una maraña de abstracciones sin sentido que a menudo enredan a las [personas] *instruidas*; y en la que la mente del ignorante queda, sin lugar a duda, atrapada y enredada, cuando se aparta de la senda de la autoridad y se atreve a pensar por sí misma (Austin, 1999, p. 50).

Austin nos advierte de la epistemología material, no formal, de su ciencia. Los enunciados, incluidos los de la voluntad, son generalizaciones de la experiencia. Por tanto, predicciones que requieren de la experiencia para decidir acerca de su verdad. La verdad no debe confundirse con la validez formal. La inferencia o deducción, por sí misma, no supone verdad alguna. Es mera jerga o lenguaje sin referencia a la realidad. Jerga sin significado que toma su veracidad de la autoridad de quien la pronuncia, o de quien se supone la ha pronunciado, que no podemos verificar por de ninguna manera.

Una vez descrita la racionalidad de la voluntad, y por qué la voluntad es racional, Austin deduce de esa racionalidad de la voluntad el lenguaje de los enunciados del derecho. Éstos son los mandatos. Órdenes que una voluntad da a otra voluntad. Es decir, es un enunciado proferido en un diálogo entre dos voluntades. Esta orden es una secuencia lingüística, o de otros símbolos, que el receptor del mensaje debe “descodificar” en sus correspondientes referentes. Tratándose de un diálogo de voluntades, esta orden viene expresada en el idioma de la voluntad: la predicción en términos de fines y medios. Así tenemos, por un lado, una voluntad que expresa un fin, que se denomina orden o mandato, dado que ese fin se realiza a través de otra voluntad: “Si expresas o das a entender

de manera indirecta el deseo de que debo hacer u omitir una acción [...] la *expresión* o *signo* de tu deseo es un *mandato*” (Austin, 1999, p 6).

Fin que se distingue de otros por los medios oportunos para conseguirlo. Puesto que estos deben determinar a la otra voluntad, constituyen amenazas:

Un mandato se distingue de otras manifestaciones del deseo, no por el modo en que se expresa, sino por el poder y la intención de quien ordena de infligir un mal o padecimiento si se ignora el deseo. Si no puedes o no quieres causarme un daño si no cumplo tu deseo, la expresión de tu deseo no es un mandato, aunque la formules en imperativo. [...] Es el poder y la intención de infligir *un mal* potencial, y *no* el poder y la intención de procurar *un bien* potencial, lo que designa la expresión de un deseo con el nombre de *mandato* (Austin, 1999, pp. 6-7; 10-11).

Para el receptor, medios y fines se presentan en un orden diverso. Cumplir con el deseo del emisor es un medio para evitar un mal. En cualquier caso, el receptor tiene dos acciones que se le presentan unidas por un nexo lógico. Se trata de una predicción: si no hace *x*, entonces ocurrirá *y*. Como quiera que esa predicción se presenta en un modo práctico, “si no quiero que ocurra *y*, debo hacer *x*”, la llamamos deber u obligación: “Cuando hablo directamente de la posibilidad de sufrir el mal, o (cambiando la expresión) de la susceptibilidad o aversión al padecimiento, empleo el término deber u obligación.” (Austin, 1999, p. 12).

Los preceptos del derecho se presentan como predicciones, como hipótesis prácticas cuya referencia son acciones que deben de ocurrir según una relación de causa y efecto y que, por lo tanto, no dependen más que de la experiencia para comprobar su veracidad. La verdad de un enunciado del derecho es material y expresa que, si no se quiere sufrir una sanción legal, el medio es cumplir la ley. Una predicción abstraída sobre dos fenómenos, que se tienen que dar con la suficiente regularidad como para que se pueda producir la generalización.

Esta concepción epistemológica se opone a aquella otra que buscaba la validez en el acuerdo con unos valores metafísicos, y que hacía de la preexistencia del derecho su naturaleza. Determinando el *rationale* del

derecho, Austin va a someter a crítica ambas ideas. Por un lado, que existan unos valores absolutos de los que el derecho derive su validez; de otro, que sea posible un derecho cuyas normas surjan y se adopten de manera espontánea. Para someter a crítica el concepto de autoridad metafísica, así como la naturaleza preexistente, Austin parte de una hipótesis. Que esos valores, y esas costumbres, se adoptaran como guías de conducta. En ambos casos, Austin llega a la conclusión contradictoria de que la voluntad operaría sobre un razonamiento de fines y medios. Por eso, Austin llama tanto al derecho natural como al derecho consuetudinario derecho por analogía. El fundamento de dicha analogía es el modo de razonar. La analogía es fuerte en el caso del derecho divino, pues el razonamiento se da en un diálogo de voluntades, y débil en el caso de la costumbre, donde la analogía sólo se establece por el efecto sobre la conducta (Austin, 1999, pp. 21-22).

En el caso de los valores del derecho natural, si han de adoptarse como guía de conducta, debemos considerar que parte de este son mandamientos revelados²². La otra parte son los valores inscritos en la naturaleza de las cosas o inferidos de los deseos de Dios. Estos valores son, por tanto, índices de los mandamientos no revelados de Dios:

De las leyes divinas, o leyes de Dios, algunas son *reveladas* o promulgadas, y otras *sin revelar*. Aquellas leyes de Dios que no han sido reveladas se denominan con frecuencia mediante las siguientes expresiones: ‘el derecho de la naturaleza’; ‘el derecho natural’; ‘el derecho manifestado al hombre por la luz de la naturaleza o la razón’; ‘las leyes, preceptos o dictados de la religión natural’ (Austin, 1999, p. 32).

Partiendo de dos concepciones éticas contrapuestas, Austin clasifica los valores atendiendo a su distinto modo de conocimiento. Por un lado, las éticas metafísicas presuponen que los valores son trascendentes y rigen de manera universal. El valor es algo intrínseco a determinadas acciones y cosas, por lo que existe lo bueno y lo malo en sí mismo. El modo de conocimiento de estos valores es interno:

22 La diferencia entre el derecho eterno y el divino en la escolástica.

[según las éticas metafísicas] hay acciones humanas que toda la humanidad aprueba, [y] acciones humanas que todos los hombres desapruedan; y estos sentimientos universales surgen al pensar en esas acciones, de forma espontánea, instantánea e inevitable (Austin, 1999, p. 33).

Por otro lado, está la perspectiva utilitaria. Los valores no son esencias sino propiedades de las acciones. Mediante ellos referimos la utilidad o perjuicio de una acción con respecto a un fin, el bienestar de la mayoría. Los conocemos de manera externa, es decir, mediante un cálculo similar al de las ciencias físicas: tomando como punto de partida el principio de utilidad (que Dios, en su infinita bondad, ha dispuesto como fin de sus criaturas) calculamos los efectos o tendencias de nuestras acciones en la sociedad:

[Según las éticas utilitaristas], las leyes de Dios, que no han sido reveladas ni promulgadas, deben ser deducidas por el hombre a partir de la bondad divina y de las tendencias de las acciones humanas. En otras palabras, la benevolencia de Dios, junto con el principio de la utilidad general, es nuestro único índice o guía de su derecho no revelado (Austin, 1999, p. 35).

Tanto en un caso como en el otro, el sujeto no adopta los valores como guía de conducta, sino como índices para inferir el mandato divino. El valor no indica sino el acuerdo o desacuerdo de una acción con ese mandato. Por tanto, la fuente de las obligaciones no radica en esos valores y cumplir con los mandatos es un medio para evitar las sanciones divinas. De modo que la voluntad, inevitablemente, se determina por un razonamiento, y no por la autoridad de los valores, para actuar:

Las leyes divinas, o leyes de Dios, son leyes establecidas por Dios para sus criaturas humanas [...] A diferencia de las obligaciones impuestas por las leyes humanas, las obligaciones impuestas por las leyes divinas pueden denominarse *obligaciones religiosas* [...] A diferencia de la infracción de las obligaciones impuestas por las leyes humanas, la infracción de las

obligaciones religiosas se denominan *pecados* [...] A diferencia de las sanciones anexas a las leyes humanas, las sanciones anexas a las leyes divinas pueden denominarse *sanciones religiosas*. Consisten en los males o padecimientos que podemos sufrir aquí o en el más allá, por designio directo de Dios y como *consecuencia* de quebrantar sus mandatos (Austin, 1999, pp. 31-32).

Si el derecho natural ha de tomarse como inspirador de normas de conducta, se sigue que la fuerza de aquellas, si la hubiere, descansa inevitablemente en el *rationale* de todo mandato. Los valores son índices de normas, no su fuente de autoridad. En sí mismos no constituyen motivos de conducta. Que una acción sea valorada como buena o mala sólo nos informa de la existencia de algún mandato que permite o prohíbe dicha acción, es decir, de un deseo o fin de la divinidad. La obligación que el mismo despierta es el razonamiento que hace de su cumplimiento un medio para evitar un castigo. Con lo que hemos llegado a una conclusión contradictoria, de la que se sigue la negación de la hipótesis de partida: que la obligación de las normas se infería de los valores absolutos del derecho natural. Y, por ende, desestimamos que la validez del derecho sea una validez formal.

En cuando a la naturaleza consuetudinaria del derecho, Austin la cuestiona aplicando el mismo método: viendo qué consecuencias se seguirían de la hipótesis de que dichas normas consuetudinarias se adoptarían como guías de conducta. Austin denomina moralidad positiva al conjunto de normas que surgen y se adoptan, de manera espontánea, en el seno de un grupo de individuos, entre las que se incluirían las costumbres. El origen de estas es la opinión pública, entendida como la opinión de un grupo de personas cualesquiera con respecto a la conducta de sus miembros. Ello quiere decir, que el derecho consuetudinario está constituido por una serie de valores compartidos por los miembros de un grupo o comunidad, no por normas preexistentes:

Las normas morales positivas, que impropia­mente se denominan así, son *leyes establecidas o impuestas por la opinión general*; es decir, por la opinión general de cualquier conjunto o sociedad de personas. Por ejemplo, algunas son establecidas o impues-

tas por la opinión general de quienes ejercen una profesión u oficio; otras, por la de quienes habitan una ciudad o provincia; otras, por la de una nación o sociedad política independiente; otras, por la de una sociedad más amplia formada por diversas naciones. [...] Cuando hablamos de una norma establecida por la opinión general, denotamos, con esa expresión, el siguiente hecho.—un grupo *indeterminado* o un *conjunto desconocido* de personas considera cierto modo de conducta con aversión o agrado; o bien (modificando la expresión), ese grupo indeterminado juzga desfavorable o favorablemente un modo de conducta dado (Austin, 1999, pp. 146-147).

Ese sentimiento de agrado o desagrado, que viene asociado a los valores que el grupo comparte, puede ser considerado como la causa de que alguno de sus miembros decida castigar, de la manera que entienda oportuna, a aquel cuya conducta juzga errada. Entre la norma que se infiere de dicho valor y la desaprobación que puede provocar es posible establecer una relación causal. Ésta es el origen de un razonamiento de fines y medios que determina la conducta de cada uno de los miembros:

A *consecuencia* de esa opinión, o a *consecuencia* de esa convicción, es probable que algunos de ellos se sientan contrariados por quien adopte o deje de adoptar dicho modo de conducta. Y, a *consecuencia* de ese descontento, es probable que *alguien* (*quién* en concreto siendo incierto) imponga algún padecimiento a quien lo provocó (Austin, 1999, p. 147).

Aquí, la racionalidad es una conjetura del sujeto. No parte de una inferencia del mundo fenoménico. No se fundamenta en un diálogo de voluntades, sino en la suposición de lo que la mayoría de los miembros del grupo desea y puede hacer si no se cumplen dichos deseos:

El grupo cuya opinión supuestamente establece la norma, no *ordena*, ni expresa ni tácitamente, que se prohíba o se promueva un modo de conducta determinada. Pues, al no ser un grupo determinado o conocido, no puede, *como grupo*, expresar ni dar a entender de manera indirecta un deseo. [...] La supuesta

ley o *norma* que la *opinión* [de ese grupo] dicta es simplemente la *convicción* que [el grupo] tiene, o simplemente la *opinión* que [el grupo] sostiene, respecto al modo de conducta (Austin, 1999, p. 147).

No puede haber normas de conducta porque no hay mandatos. Nos encontramos ante un grupo indeterminado que por eso mismo no es capaz de producirlas. Por tanto, no pueden existir normas espontáneas. Sin embargo, por la tendencia de la voluntad a obrar en términos racionales, el individuo que busca la aprobación del grupo razona como si existiera una norma cuya trasgresión estuviera sancionada. Como si obedecer esa norma ficticia fuese un medio para evitar la ficticia sanción. De ahí que, por analogía, consideremos a esos valores que un grupo comparte como mandatos. Ergo, con respecto a la preexistencia de las normas del derecho, Austin demuestra que dicha apreciación tiene su origen en la racionalidad de la voluntad. Lo cual significa que la hipótesis de que las normas de naturaleza consuetudinaria se adoptaran como normas de conducta nos lleva a una contradicción. De lo que se infiere que la hipótesis era errónea. La naturaleza del derecho es empírica. Son acciones que se presentan bajo una forma regular.

Austin ha demostrado que ambos ámbitos de valores, religioso y social no son fuente de obligaciones. Simplemente, puesto que el valor indica la correspondencia, o desacuerdo, de una acción con una norma, dada la racionalidad de la voluntad –que no puede determinarse si no es estableciendo una necesidad entre fines y medios– inferimos que existe una norma y suponemos que está sancionada; bien porque creemos que Dios desea el bien de sus criaturas, bien porque creemos que algún miembro de la sociedad puede querer castigarnos:

La conformidad o desacuerdo de las acciones voluntarias de los hombres con la norma a la que están sujetos, y por la cual son jueces [de dichas acciones], es una suerte de relación que puede denominarse *relación moral* [...] El bien y el mal no son sino placer o dolor, o aquello que nos ocasiona o nos procura placer o dolor. *El bien y el mal morales*, por lo tanto, no son más

que la conformidad o desacuerdo de nuestras acciones voluntarias con una norma (Austin, 1999, pp. 175-176)²³.

En ambos casos, el valor ha servido para construir la norma, pero esta sólo ha determinado la conducta en la medida en que se ha convertido en un mandato. Esto es, en la medida en que se le ha yuxtapuesto una sanción. Dicho de otra manera, no es del valor, sino de la representación de la acción valorada como seguida de otra acción, o efecto, de donde nace la necesidad u obligación. Por tanto, los valores no explican cómo es el derecho y, *a fortiori*, la ética no sirve de fundamento para la ciencia del derecho. La ética habla de los valores, sociales o religiosos, el derecho habla de las obligaciones, de mandatos y sanciones. Son dos ámbitos de conocimiento separados el uno del otro, aunque hablen del mismo objeto (Cattaneo, 1962, pp. 227-231, 235-236)²⁴. Uno habla de las propiedades de las acciones, el otro de las relaciones que se establecen entre las acciones.

Atendiendo al diálogo de voluntades podemos mirar el derecho desde dos perspectivas. Podemos hablar de la predicción de que a una acción le sigue otra, del derecho como es o atendiendo a su naturaleza, o bien podemos hablar del acto de voluntad que produce esa predicción, es decir, del derecho en tanto legislación. En este segundo caso, al tratarse de una acción, lo único que podemos hacer con propiedad es valorarla. Es decir, medirla con respecto a otra norma, con respecto a la cual será buena o mala, esto es, predecimos si se seguirá de una sanción o no:

La existencia de una norma es una cosa; sus méritos o deméritos son otra. Que una norma sea válida es una cuestión; que deba serlo, o que concuerde con un criterio determinado, es una cuestión diferente. Aunque se aparte del criterio determinado, una norma establecida por el Estado [...] es una norma que el

23 Austin, a su vez, cita a (Locke, 1849, pp. 250-251).

24 Una de las ideas fundamentales de Austin es la separación entre derecho y moral, ahora bien, Cattaneo no nos dice cuáles son las razones que Austin da para esta separación, como si esta separación fuera más un propósito metodológico, como si Austin se limitara a distribuir áreas de estudio y adjudicase la moral a un área distinta a la del derecho; de hecho, según Cattaneo, la base de la separación entre derecho y moral es la separación entre derecho como es, esto es ley positiva, y derecho como debe ser, esto es ley divina.

Estado ha establecido [...] Sir William Blackstone [...] nos dice que “las leyes de Dios [...] son de obligación superior a cualquier otra ley: [...] que todas las leyes humanas válidas derivan toda su fuerza y toda su autoridad, indirecta o directamente, de este origen dividido [...]” Si hubiera dicho que la ley humana que entra en conflicto con la ley de Dios no *debería* imponerse, habría dicho la verdad [...] Pero decir que una ley humana que entra en conflicto con la ley de Dios, por lo tanto, no es *vinculante* o no es *válida*, es un completo disparate (Austin, 1999, pp. 278-279)²⁵.

Cuando decimos que una norma es justa o injusta, no nos estamos refiriendo a la obligatoriedad de esa norma, que descansa en la predicción, sino a la obligación del agente de esa predicción de imponerla, o inhibirse de hacerlo. Tratándose del derecho positivo, dicha obligación no puede ser impuesta por el propio agente del mandato. Cuando valoramos un mandato positivo, lo hacemos con respecto al derecho natural o la opinión pública, expresando con ello la idea de que el agente estaba obligado por las normas derivadas de esos valores a legislar en un sentido determinado. Es decir, que el agente, en el caso de que haya quebrantado esas normas, recibirá una sanción divina o la desaprobación popular. Pero nunca deducimos de esos valores que la norma positiva no sea obligatoria. Por eso, Austin afirma que tanto el derecho constitucional como el internacional, careciendo de sanciones positivas, sólo se pueden considerar obligatorios desde el punto de vista de las sanciones religiosas y de la desaprobación de la opinión pública. Es decir, que el derecho constitucional solo se puede considerar como valores de moralidad positiva, o de derecho natural, pero nunca como leyes positivas, pues en este sentido no existe obligación. No hay predicción de un mal en caso de que se transgredieran las mismas:

Frente a un monarca propiamente dicho, o frente a un soberano múltiple en su capacidad colegiada y soberana, *el derecho constitucional* [...] se aplica, o se garantiza, mediante meras sanciones morales. Frente a un monarca propiamente dicho,

25 En la n. que viene de la p. 276). Austin cita (Blackstone, 2016, vol. 1, p. 41).

o frente a un soberano múltiple en su capacidad colegiada y soberana, el derecho constitucional y el derecho de las naciones se encuentran prácticamente en la misma situación. Son moralidad positiva, más que derecho positivo. El primero está tutelado por la opinión existente en la comunidad en cuestión, al igual que el segundo está tutelado por la opinión existente entre las naciones en general (Austin, 1999, p. 281).

Llegado a este punto, Austin ha refutado la anterior tradición epistemológica mediante el modelo de un diálogo racional de voluntades racionales. Sin embargo, la necesidad de una fuente suprema de autoridad para la norma positiva sigue siendo la presencia de un elemento irracional en la obligación, que además supone que la verdad de la norma no es sino validez formal. Para llegar a una epistemología plenamente empirista, basada en la racionalidad de la voluntad, Austin debe acometer la descripción de esa soberanía en términos igualmente empíricos y racionales. El estudio de la soberanía requiere, no obstante, un método que reduzca los términos políticos a las dimensiones de un diálogo de dos voluntades. Necesitamos un álgebra de voluntades.

Lo primero que debemos expresar en términos algebraicos es el tipo de diálogo que se producía entre las voluntades: es una relación donde una ordena y la otra obedece. Por tanto, se trata de una relación de superioridad o inferioridad, según se mire. Es decir, una voluntad está en una posición superior con respecto a la otra, o es mayor que la otra:

Las leyes y demás mandatos proceden de *los superiores* y vinculan y obligan a *los inferiores* [...] Voy a disipar el misterio que parece oscurecer ese significado elemental [...] el término *superioridad* significa *poder*: la potestad de causar un mal o padecimiento a otros y obligarlos, por el temor a ese mal, a amoldar su conducta a mis deseos (Austin, 1999, pp. 18-19).

La soberanía es un término que indica una posición relativa, no una serie de derechos o potestades. Diremos que, si x es superior a y , entonces x ordena a y , o y obedece a x (lo cual significa que los deseos de x son predicciones para y). Veamos ahora cuál es el contenido de sendas

variables a ambos lados de la relación. Austin define los mandatos que son leyes positivas como mandatos generales:

La ley es un mandato que obliga a una persona o personas [...] Pero, a diferencia del mandato ocasional o particular, la ley es el mandato que obliga a una persona o personas, y obliga *generalmente* a actos u omisiones de un tipo [...] En un lenguaje más popular pero menos diferenciado y preciso, la ley es el mandato que obliga a una persona o personas a un *modo* de conducta (Austin, 1999, p. 18).

La ley se dirige a una clase determinada²⁶ de individuos. La variable *y*, por tanto, designa un conjunto de voluntades. Ahora bien, dicha variable *y* sólo puede referirse a una voluntad. Si la ley fuera un mandato particular sería imposible reducir el grupo a una sola voluntad. Señalando simplemente una acción concreta para un conjunto de voluntades, no podemos hablar de unidad. Decir que 20.000 personas fueron al estadio a ver un partido de fútbol no significa que tuvieran una conducta colectiva. Sin embargo, si esas 20.000 personas van siempre, y animan siempre a su equipo, diremos que el grupo persigue un fin. Cuando el mandato es general, éste exige la adopción de una idéntica conducta, siempre y en toda ocasión, lo que produce una homogenización de la clase de voluntades en torno a un mismo fin. Cada voluntad perseguirá sus fines individuales, entre los que se encuentra evitar una sanción. Pero, al perseguir este último, el medio elegido constituye un fin de la colectividad que permite al grupo producir una conducta unitaria, como si fuera una sola voluntad. Hemos multiplicado una misma acción para el conjunto de voluntades.

Con respecto a la variable *x*, en el caso de que designara a una sola voluntad, no habría ningún problema. Sin embargo, si *x* constituye igualmente una clase indeterminada de voluntades, no podría darse el diálogo. Es el caso de la moralidad positiva (Austin, 1999, p. 147), donde la opinión pública se atribuye a un número indeterminado de individuos:

26 Según Austin: “Si un grupo de personas es determinado, todas las personas que lo componen están determinadas y son asignables, o cada persona que pertenece al mismo está determinada y puede ser señalada” (Austin, 1999, p. 151).

“una mayoría piensa que...”. Una mayoría que piensa, u opina, no puede dialogar. Pero si ese conjunto de individuos está determinado en torno a una característica común, o una serie de características singulares como, por ejemplo, “los representantes del parlamento”, o “el rey y los representantes del parlamento”, se puede producir una suma de voluntades que permita al grupo actuar como una sola voluntad que da órdenes, que desea un mismo fin:

Un conjunto determinado de personas es capaz de conducta *corporativa*, o es capaz, *como grupo* [de personas], de un comportamiento positivo o negativo [...] Como, por ejemplo, el reunirse en momentos y lugares determinados; el dictar expresa o tácitamente una ley u otro mandato; el elegir y delegar representantes para ejecutar sus intenciones o deseos; el recibir obediencia de otros, o de cualquiera de sus propios miembros (Austin, 1999, p. 156-157).

Hay, por consiguiente, dos tipos de operaciones: las conductas corporativas y las conductas cooperativas, las sumas y las multiplicaciones de voluntades. Por un lado, está la votación que permite mandar, esto es, desear que otras voluntades hagan algo. Y por otro, la obediencia del propio mandato general produce, en el conjunto de voluntades, el efecto homogeneizador de perseguir un mismo fin. Está claro que, por ejemplo, una clase puede al mismo tiempo votar, ordenar y obedecer sus órdenes. Aunque los individuos sean los mismos, estarán reunidos en torno a características diferentes y a operaciones diferentes. Una asamblea puede ordenar a las voluntades sujetas a la asamblea, siendo éstas las mismas que asisten a la asamblea, más no a la propia asamblea. Es decir, puede imponer un fin a los miembros, pero no puede atar a la asamblea a desear sólo un tipo de fines. Puede ordenar a los miembros no asistir más a la asamblea, pero no puede impedir que la asamblea ordene eso.

La clase de voluntades x , que puede consistir en un solo individuo denominado por un nombre propio, o una descripción genérica —‘William IV’ o ‘el rey de Inglaterra’— se denomina ‘soberanía’. La clase de voluntades y se denomina ‘sociedad política en estado de sujeción’. La clase formada por ambas dos, la clase que da fines y la clase que

sigue fines, forma un único cuerpo y es denominada ‘sociedad política independiente’:

La posición de sus demás miembros con respecto a ese superior determinado es [la de] *una situación de sujeción o de dependencia*. La relación mutua que subsiste entre ese superior y ellos puede denominarse *relación de soberano y súbdito*, o *relación de soberanía y sometimiento*. [...] Por “sociedad política independiente” o “nación independiente y soberana” queremos decir la sociedad política compuesta por el soberano y los súbditos (Austin, 1999, p. 200-201).

Austin ha definido el diálogo entre voluntades, a través del álgebra de voluntades, como una relación de dependencia entre una soberanía, situada del lado superior, que da los fines, y una sociedad en estado de sujeción, del lado inferior, que persigue los fines dados. Y dicha relación da lugar a la sociedad política independiente. El último paso para completar la epistemología es describir las condiciones que hacen posible esa relación:

Si el superior humano *determinado, que no tiene el hábito de obediencia a otro igual superior*, recibe obediencia *habitual de la mayor parte* de una sociedad en particular, ese superior determinado es el soberano de esa sociedad, y la sociedad (incluido el superior) es una sociedad política e independiente (Austin, 1999, p. 200).

Si hubiésemos omitido la crítica del concepto de autoridad que Austin hace en las lecciones centrales del *Province* (Sugarman, 1986,

pp. 43, 53)²⁷, interpretaríamos esta definición como la capacidad de imponer fines de la soberanía, y la obligación de perseguirlos por parte de la sociedad, fundamentada en una autoridad de hecho. El hábito indicaría el proceso físico por el que los individuos se acostumbraron a esa autoridad, el olvido. Lo cual no es suficiente para poder hablar de un origen empírico de la soberanía. Pero ‘hábito’ y ‘obediencia’ son palabras que tienen un significado en el texto que no podemos soslayar. Obedecer cualquier norma, en la forma de un imperativo, sea cual sea su origen, es determinar a la voluntad racionalmente. Es decir, adoptar unos medios que deben darse, o son necesarios, para evitar un mal. Ese *rationale*, por otra parte, era una predicción, esto es, una generalización a partir de una serie de acciones que presentaban una regularidad en la experiencia. Así pues, si alguien se habitúa a un tipo de razonamiento de fines y medios, quiere decir que ha inferido dicho razonamiento de experiencias similares. Alguien que se habitúa a tomar el autobús para ir a trabajar es alguien que ha inferido de una serie de repeticiones que ese autobús lo lleva a su trabajo y que, por tanto, coger el autobús es un medio para llegar al trabajo. Cuando un grupo de voluntades llega a la inferencia de que incumplir los deseos de otra voluntad, o grupo de voluntades, acarrea un padecimiento, se ha formado el *rationale* que permite que ese grupo obedezca habitualmente. De modo que el origen de la soberanía es el origen de la predicción. Austin no sólo explica la naturaleza del derecho en términos empíricos, sino también la fuente de su validez. La autoridad no es más que la generalización de la relación entre dos acciones: obedecer y el mal por parte de un agente

27 Las “Lectures” fueron consideradas demasiado complicadas para la mayoría de los lectores y, en consecuencia, reeditadas en una versión más popular, destinada a los estudiantes, donde se habían suprimido las partes en las que se analizaba la relación entre la moralidad y el derecho, y entre el derecho positivo, la ley divina y el principio de utilidad. El mismo Maine, que marcaría la pauta de la lectura de Austin, consideraba la discusión entre el derecho divino, el derecho natural y la teoría de utilidad como la parte más irrelevante del *Province*, pues creía que la identificación entre aquellos tres aspectos no encajaba en un tratado que no se preocupaba por la filosofía de la legislación, ni por los valores. Maine creía, por tanto, que Austin realizaba una defensa de los valores del *Common Law*, cuando simplemente trataba de buscar premisas para demostrar que, si una voluntad se guiara por el derecho divino, lo haría según el *rationale*, no según la autoridad. El propio Sugarman admite que la vulgarización de Austin, a través de agentes como Maine, oscurecería su propósito empírico, en especial en su descripción de la soberanía.

determinado. Un grupo de personas que comparten dicha experiencia, y que por tanto ha generalizado en el mismo sentido, es una sociedad política independiente. Siempre y cuando aquel que da las normas lo haga de manera incondicionada, no porque tema la sanción de otra voluntad; en tal caso, el verdadero origen de todas las sanciones sería esta última voluntad²⁸.

Con la descripción de la soberanía en términos empíricos, Austin culmina la epistemología del derecho. No necesita de ningún antecedente para determinar la validez de un mandato. Siendo este una predicción de una acción que sucede a otra, no necesitamos más que de la experiencia para construirlo, y nos basta con ir a la realidad para comprobarlo. Cada nuevo caso en el que un incumplimiento de los deseos de la soberanía conlleve un mal, verificará nuestra generalización. Por soberanía simplemente designamos al agente u origen de las sanciones y los deseos.

IV. HENRY SUMNER MAINE: LOS VALORES DE LA SOCIEDAD

Jeremy Bentham no sólo había encarnado el espíritu reformador que recorrería el sistema jurídico inglés durante el siglo XIX, también había sido el portavoz del código en Inglaterra. Un código que habría de ser redactado a partir del principio de utilidad, sin partir de ninguna otra norma anterior. Sin embargo, sus anhelos no tuvieron ningún eco en la realidad. Con la paulatina codificación de algunos apartados del *Common Law*, entre 1830 y 1860, para su uso en la India colonial, se reabriría el debate sobre la necesidad de codificación en Inglaterra. Aunque la reducción del derecho no escrito a códigos se interpretó por muchos como un atentado contra la maleabilidad judicial que había caracterizado a los principios del *Common Law*, este nuevo impulso hacia la codificación de la década de los 60, produjo algunos resultados: en

28 Por eso (Austin, 1999, p. 40), concede tanta importancia a la aplicación rigurosa de la norma, aun cuando haya casos excepcionales en los que se podría dejar de aplicar. Lo importante no es la sanción de la conducta, sino la inferencia que el resto de los individuos realiza de la sanción de la conducta: "Si el acto se permitiera o tolerara en el caso excepcional y anómalo, los motivos para abstenerse en los demás se debilitarían o desaparecerían."

1861 se refundía parte de la legislación penal, en 1868 se iniciaba una serie de revisiones de los *statute books*, en 1869 se creaba el cargo del *parliamentary counsel* y, en 1866, se establecería una Real Comisión para el estudio de la pertinencia de la realización de un *digest* del *Common Law* (Baker, 2002, pp. 218-219).

En mitad de esta ola de propuestas para la simplificación del *Common Law* apareció la obra de Henry Sumner Maine (Maine, 1861)²⁹ –donde recogía una serie de lecciones que había impartido los años anteriores en el *Middle Temple*– que tendría una gran acogida (Piccinini, 2003, pp. 4-14). Frente a la nebulosa autoridad del *Common Law* en la epistemología de Blackstone, la interpretación de la epistemología de Bentham y Austin como si la fuente última de autoridad fuese la soberanía, con la consiguiente reducción del derecho a derecho positivo, parece acorde con el espíritu simplificador de los tiempos (Sugarman, 1986, pp. 42-43). Sin embargo, la posibilidad de la codificación no se presentó como una ruptura con el derecho anterior, como pretendiera Bentham, sino como una transformación. Más bien, se trataba de un logro técnico que permitía una mayor certidumbre que la masa de precedentes en la administración de justicia. La obra de Maine se centra en esta transformación del derecho que estudia como un fenómeno histórico, postulando una alternativa al estático diálogo de voluntades y una explicación empírica del naturalismo.

Su método es el estudio de la norma como algo vivo, en cuya evolución funcional podemos encontrar las respuestas sobre su naturaleza. El estudio de la historia permite a Maine descubrir y demostrar ciertos hechos. En primer lugar, la naturaleza técnica del derecho positivo: es un logro “evolutivo” que significa una mayor certidumbre en la administración de justicia. Ello quiere decir que nace para estabilizar y fijar los valores de la comunidad en unas normas de conducta, que sirvan de medida para mantenerla ordenada. Por tanto, ese instrumento será usado con propiedad cuando esté de acuerdo con dichos valores o fines de la comunidad. Por eso, en segundo lugar, es otro hecho histórico que

29 Como menciona (Duxbury, 2005, pp. 2-9), Maine nunca llegó a conocer la fama que tuvo Austin. Y eso se debió, en gran medida, a que su obra se catalogó pronto como un tratado histórico-antropológico sin substancia teórica.

ha habido usos y abusos del derecho positivo; que existe un buen uso y un uso desviado con respecto a ese fin para el que se creó.

Para Maine, el elemento empírico de la historia, a partir del cual se puede hacer afirmaciones científicas, es el proceso. La verdad histórica no es el hecho sino el proceso que lleva al hecho. Cuando ese proceso no es singular, sino que se repite de manera cíclica, nos encontramos ante un fenómeno histórico. Observando el derecho como un fenómeno histórico, Maine está cambiando el punto de vista epistemológico con respecto a Austin. Éste había tomado las normas como si de los enunciados de una ciencia se tratasen y había buscado los referentes empíricos de los mismos. Maine toma a las propias normas como referentes empíricos (Piccinini, 2003, pp. 67-68, 81-82). Por tanto, su ciencia jurídica no es una ciencia de lo que las normas digan, sino de lo que se puede decir de las normas; lo que supone un retorno a la tradición epistemológica anterior. Eso que se puede decir, se averigua estudiando la historia del derecho como si de un ser vivo, que ha evolucionado a partir de su entorno, se tratase:

Si pudiéramos, de alguna manera, determinar las formas primitivas de las concepciones jurídicas, nos serían de incalculable valor. Estas ideas rudimentarias son para el jurista lo que los estratos primarios de la Tierra son para el geólogo. Contienen, potencialmente, todas las formas en las que el derecho se ha manifestado posteriormente. La premura o el prejuicio que generalmente las ha relegado a un tratamiento superficial es la causa del estado insatisfactorio en que se encuentra la ciencia jurídica. Las investigaciones del jurista se llevan a cabo, en realidad, de forma muy similar a como se realizaban las investigaciones en la física y la fisiología antes de que la observación sustituyera la presunción. Teorías plausibles y exhaustivas, pero por completo sin verificar, como la del Derecho Natural o el Pacto Social [...] oscurecen la verdad no solo desviando la atención del único ámbito donde [la verdad] puede encontrarse, sino también [de] la influencia más real e importante que, una vez formuladas y asumidas [dichas teorías sin verifi-

car], pueden ejercer sobre las etapas posteriores de la ciencia jurídica (Maine, 1861, pp. 2-3).

Maine comienza su investigación trazando una línea evolutiva (Elliott, 1985, pp. 43-45) que va desde las primitivas formas de administrar justicia hasta a la aparición de los códigos –que representan el arquetipo de derecho positivo: derecho escrito, público, fuente de autoridad en la soberanía. Esta evolución se produce a partir de diversos procesos históricos concomitantes: la aparición de la escritura, el paso de la autoridad religiosa a la civil, el paso de la soberanía tribal a la territorial (de un poder compartido a una fuerza central). La progresiva realización de estos procesos da lugar a tres etapas: la *era heroica*, donde el arbitrio religioso de un jefe de clanes sirve de guía para la administración de justicia, siempre como solución particular de cada caso (Maine, 1861, pp. 3-9); la *era del derecho consuetudinario*, en la que una soberanía mixta (una aristocracia cuyos miembros en parte se apoyan en sus intereses de clan, en parte en el dominio territorial) administra justicia gracias a una autoridad casi independiente de la religiosa, a partir de la costumbre o repetición de fórmulas basadas en los precedentes de decisiones anteriores, cuyo conocimiento es monopolio de esa aristocracia (Maine, 1861, pp. 9-13); finalmente, la *era de los códigos*, donde la voluntad de un cuerpo popular, independiente de la inspiración religiosa (una soberanía territorial en monopolio de la fuerza) redacta, a partir de las costumbres, normas públicas que deben ser obedecidas en virtud de la mera fuerza del autor (Maine, 1861, pp. 13-19).

El derecho positivo no es más que un instrumento para administrar justicia de una manera mucho más estable que si se realizara en virtud de la inspiración religiosa y apoyándose en el mero arbitrio para descubrir las normas a aplicar. Ese es el fin técnico hacia el que tendía el proceso histórico que da lugar a la aparición de los códigos. Pero, por eso mismo, la aparición de este instrumento también ha supuesto un cambio en la idea de administración de justicia. Ahora se trata de aplicar la norma, no de descubrirla:

Sin embargo, con los Códigos comienza una nueva era. Después de esta época, siempre que reconstruimos el curso del cambio jurídico, podemos atribuirlo al deseo consciente de mejora, o

en cualquier caso a la consecución de objetivos distintos de los que se perseguían en los tiempos primitivos [...] tras la era de los códigos, la distinción entre sociedades estáticas y progresivas comienza a hacerse sentir (Maine, 1861, pp. 20-21).

Sin embargo, el fin sigue siendo el mismo: ordenar la sociedad de acuerdo con sus propios valores. Por eso la aparición del derecho positivo supone, al mismo tiempo, la división de las sociedades en progresivas y estacionarias. Puesto que los valores de las sociedades son el verdadero elemento empírico, cuando éstos cambian se puede decir que la sociedad ha progresado. Ahora bien, el derecho positivo supone una fijación de esos valores en unas normas que además se han de aplicar, esto es, que no parten de la investigación de los valores de la sociedad, como ocurriría en las épocas del arbitrio judicial. Por tanto, el derecho positivo puede actuar como un dique que contiene el curso histórico de la sociedad, fijándola en unos valores determinados. Puede convertir en estacionaria esa sociedad:

Respecto [a las sociedades progresivas], cabe señalar que las necesidades sociales y la opinión social siempre se sitúan, en mayor o menor medida, por delante del Derecho. Podemos aproximarnos indefinidamente a cerrar la brecha entre ambos, pero esta tiende perpetuamente a reabrirse. El Derecho es estable; las sociedades a las que nos referimos son progresivas. La mayor o menor felicidad de un pueblo depende de la prontitud con que se reduzca dicha brecha (Maine, 1861, p. 23).

La diferencia entre una sociedad estacionaria y otra que no lo es reside en el modo en que se aplica la norma. Es decir, el modo en que se usa el instrumento. Cuando simplemente se aplica la norma, sin limitación alguna, estamos ante un mal uso que puede conducir a consecuencias tan nefastas como la sociedad de castas de la India (Maine, 1861, pp. 18-19). En este caso, el derecho ha limitado el progreso de la sociedad (Maine, 1861, p. 22). Cuando, en cambio, se mantiene esa actitud de las formas primitivas de la administración de justicia, es decir, se busca el acuerdo de la norma con los valores sociales de los que proviene, se puede percibir cuándo se ha producido el desfase

entre la norma y la sociedad; y se está en disposición de subsanarlo. Entonces, por el contrario, es la sociedad la que limita al derecho y lo hace evolucionar (Maine, 1861, p. 22). Así pues, Maine atribuye unos valores instrumentales a ese objeto empírico que es la norma: puede usarse bien, cuando se deriva su aplicación del acuerdo con los valores de la sociedad, y de manera abusiva, cuando no se deriva. A partir de esta idea, Maine explica cómo los valores sociales se transforman en normas en las sociedades progresivas. Es la repetición cíclica del mismo proceso que había dado lugar a la aparición de derecho positivo a partir de las primitivas formas de administración de justicia, permitiendo la fijación de los valores sociales. En definitiva, supone la permanencia del papel descubridor del juez:

Se puede formular una proposición general de cierto valor con respecto a los mecanismos mediante los cuales el Derecho se reconcilia con la sociedad [...] las Ficciones Jurídicas, la Equidad y la Legislación. Su orden histórico es en el que las he enumerado. A veces, se observará que dos de ellos operan conjuntamente, y existen sistemas jurídicos que han escapado a la influencia de uno u otro [mecanismo] (Maine, 1861, pp. 23-24).

Maine describe la evolución del contenido de la norma como si se tratara del cambio aristotélico, donde la materia o substrato fuese la norma y la forma, que pasa de un estado potencial a otro actual, los valores sociales. Para llevar a cabo dicho cambio era necesaria la acción de un agente. Maine distingue tres agentes, a los que corresponden tres etapas distintas de la transformación de la norma. La primera etapa es la *ficción jurídica*: hay una mera tergiversación de la norma para que refleje los nuevos valores, sin que eso signifique un cambio en la *apariencia* externa de aquella. El agente es el mero arbitrio judicial (Maine, 1861, pp. 24-27). La *equidad* sucede a ésta; la invisible tergiversación se transforma en unos principios externos, de naturaleza moral, correctores de la norma. En este caso el agente es un sistema paralelo de administración de justicia que permite una mayor visibilidad del cambio de la norma (Maine, 1861, pp. 27-28). Finalmente, el resultado de la aplicación de esos principios se vuelve visible en una nueva norma a través del tercer

agente del cambio, la *legislación* (Maine, 1861, pp. 28-31). En conclusión, este proceso histórico nos muestra como la norma está subordinada en todo momento a los valores de la sociedad. Y cómo es posible que los valores se materialicen espontáneamente en normas positivas.

A su vez, Maine explica la epistemología de Blackstone como la idealización de parte de este proceso. El buen uso del desfasado *Common Law*, remitiéndolo a los nuevos valores de su sociedad, es interpretado por Blackstone como el necesario acuerdo de la norma de *Common Law* con el derecho natural. Es decir, Blackstone ha tomado los valores de su época por universales, y el mal uso, por la injusticia de la norma:

Nada resulta más aversivo para los hombres, tanto individualmente como en conjunto, que admitir su progreso moral como una realidad sustancial. Esta reticencia se manifiesta, en lo que respecta a los individuos, en el respeto desmesurado que se suele profesar a la dudosa virtud de la coherencia. El cambio en la opinión colectiva de toda una sociedad es demasiado palpable para ignorarlo [...] pero existe una enorme resistencia a aceptarlo como un fenómeno primario, y se suele explicar como la recuperación de una perfección perdida—el retorno gradual a una condición de la que la raza se había apartado (Maine, 1861, pp. 67-68).

Maine, en realidad, retoma la vieja epistemología. La verdad vuelve a ser validez formal. Los referentes ya no son las acciones de las voluntades racionales, como pretendiera Austin. El elemento verdaderamente empírico son los valores, que son inmanentes, en vez de trascendentes, a las sociedades históricas. Para demostrar la transformación espontánea de estos valores en normas, Maine describe determinados procesos cíclicos. Sin embargo, esto no es necesario para demostrar su epistemología. Se trata de un mero recurso retórico que produce la impresión de que la legislación se realiza siempre a partir de los valores de la sociedad y con el propósito de ordenar ésta de acuerdo con los mismos³⁰. De lo que se

30 Ver Landauer (2002, pp. 3-5) quien menciona la importancia que se empieza a dar a la explicación del derecho como respuesta al desarrollo social, a partir de la obra de Maine.

sigue que legislar contra esos valores, o imponiendo otro orden, es una injusticia. La tesis de Maine no deja de ser una revisión de Blackstone: los valores naturales se vuelven sociales; la justicia o injusticia de la norma, según esté de acuerdo o en desacuerdo con dichos valores, se convierte en el buen o mal uso del derecho; el derecho positivo se reduce a un instrumento que, en vez de reflejar la realidad, se usa de acuerdo con unos fines. En definitiva, lo que podemos decir en la ciencia del derecho es lo que podemos decir de la norma: que es justa o injusta, según este de acuerdo, o en desacuerdo, con otra norma derivada de los valores de la sociedad. Justicia o injusticia, no obstante, en vez de ser valores que se refieren a un orden natural, ahora se refieren al progreso social. De modo que el límite del derecho positivo es la sociedad, que preexiste con sus propios valores y fines, *inventando* el derecho positivo para perseguir esos valores y fines con una mayor eficacia.

V. OLIVER WENDELL HOLMES, JR.: LA RAZÓN PRAGMÁTICA

Desde sus orígenes, la historia del pensamiento jurídico estadounidense ha estado marcada por el papel central que juega la constitución en dicho sistema jurídico. La doctrina que refleja y justifica ese protagonismo es el principio del *rule of law*³¹. Ésta consta de tres características esenciales: primacía del derecho sobre el poder arbitrario; la sujeción de todo el pueblo, incluidos los gobernantes, a la autoridad de los tribunales; el

31 Sobre las dificultades de traducción de esta expresión por ‘imperio de la ley’, ‘principio de legalidad’, ‘estado de derecho’, sobre todo porque el principio del *rule of law* indica el “régimen o regla de algo definitivamente anterior y presumiblemente superior a la ley”, véase (Clavero, 1997, pp. 181-236). Sobre los problemas de la traducción jurídica véanse las sugestivas reflexiones de (Petit, 2007), a propósito de la creación, a principios del siglo XX, de una colección-biblioteca de penalistas europeos, por parte de juristas estadounidenses, para un público estadounidense. En este caso los problemas de la traducción dan lugar a las posibilidades de la traducción. En la creación de una biblioteca concurren tres factores que dan lugar a la creación de una nueva obra: la uniformización de varias lenguas en una, la inclusión de textos disímiles formando un solo cuerpo frente a su singularidad particular y al resto de textos posibles sobre la misma materia; y, por último, el proceso identificación que sufre la obra con su traductor, y éste con la misma, ejemplificado en el *Pierre Menard, autor del Quijote* de Borges.

derecho público se deriva del privado y no al revés (Wiecek, 1998, pp. 98-99)³².

El primer aspecto viene a decir que, si la autoridad suprema o soberanía es la del pueblo y la constitución constituye su mandato expreso, entonces el resto de los poderes emanan del pueblo. Por tanto, el legislativo, el ejecutivo, y el judicial no tienen más poder que el que les es conferido a través de la constitución.

El segundo aspecto significa que, dado que los jueces tienen autoridad para aplicar e interpretar el derecho y la constitución es derecho, los jueces deben aplicar e interpretar la constitución. Por tanto, dado que el gobierno deriva su autoridad del mandato constitucional, también este está sujeto a la autoridad de los tribunales.

Por último, dado que el derecho público está limitado constitucionalmente a unos fines determinados y el contorno de esos fines está trazado por el derecho privado, la esfera de los derechos individuales no se deriva de la pública, sino al contrario. El gobierno existe por el consentimiento del pueblo, de modo que aquel está limitado por la sociedad, cuyos valores se entienden individuales (Wiecek, 1998, pp. 27-37).

De aquí nace la doctrina del control de constitucionalidad, por la cual una ley que el Tribunal Supremo declara inconstitucional no es aplicable, mientras el propio tribunal no declare lo contrario; puesto que el precedente del Tribunal Supremo, aunque no vincula al propio tribunal, sí vincula a los tribunales inferiores. Naturalmente, el papel de este tribunal y el significado del texto constitucional conllevan problemas. Si los jueces son los intérpretes últimos de la constitución, parece que eso los sitúa con un excedente de autoridad, con respecto a la legislatura, no previsto en la propia constitución. Pero estos problemas conllevan discusiones en torno al origen –y contenido– de los valores constitucionales, no acerca de la epistemología en que se apoyaba el principio del *rule of law*.

La constitución norteamericana se ha tomado por un texto de valores absolutos, tanto en lo que hace a la forma del gobierno como a los límites de la legislatura. El principio del *rule of law* exige el acuerdo de

32 Wiecek, a su vez, parte de la definición dada por (Dicey, 1885).

toda norma positiva con esos valores. Por tanto, dicha doctrina implicaba la epistemología de la validez formal. El ‘deber ser’ como acuerdo con unos valores. Esta presencia de la epistemología blackstoniana en el derecho constitucional tuvo el efecto de hacerla arraigar en el pensamiento jurídico norteamericano, al tiempo que retroalimentaba al propio derecho constitucional. Las divergencias surgieron en torno al origen de los valores. Por un lado, se ha tomado a la soberanía popular, que los expresa en el mandato constitucional, como origen de estos. Lo que requiere una lectura judicial ceñida a la letra y a métodos de interpretación que sean coherentes con la misma. Por otro lado, hay otra línea interpretativa que entiende que la constitución es también *higher law*. Esto es, se interpreta que los derechos individuales protegidos por la constitución son los derechos y los principios del *Common Law* y, como tales, anteriores al mandato constitucional, por lo que su autoridad no deriva de tal mandato. La fuente de esta es trascendente. Por tanto, los jueces pueden promover la defensa de estos derechos naturales incluso aunque no lo refiera expresamente el mandato constitucional, pues siguen siendo valores absolutos de toda república, aunque no los respalde la autoridad suprema. Comoquiera que es un derecho absoluto, y que el juez se limita a deducir lógicamente las consecuencias que se siguen del mismo, tampoco en este caso habría una extralimitación o un abuso de autoridad por parte de los jueces del Tribunal Supremo (Wiecek, 1998, pp. 27-37).

Hacia el final de la Guerra de Secesión, esta interpretación naturalista había perdido fuerza y en su lugar había nacido una nueva doctrina. La paz trajo consigo una serie de enmiendas a la constitución con el propósito de proscribir el esclavismo de las legislaciones estatales. La XIV enmienda, que era una versión circunscrita a los estados del *due process of law* de la V enmienda, proporcionó la coartada para una nueva interpretación de los derechos individuales protegidos por la constitución. El *substantive due process* consistía en atribuir unos derechos sustantivos a las disposiciones adjetivas del *due process of law*. Si había garantías procesales, debía haber unos derechos individuales cuyo contenido había que desglosar. Era una interpretación literal, no trascendente, del anterior *higher law*.

Así, bajo la doctrina de los derechos individuales, se realizó toda una reinterpretación de la legislación de corte social, que por aquel entonces constituía una de las principales preocupaciones políticas. Especialmente se vieron en esos derechos individuales, protegidos por la *due process clause*, valores como la libertad de contrato o el derecho a la propiedad que se enarbolaron contra la regulación de la jornada laboral, de las condiciones laborales, de la responsabilidad por accidentes, de la justicia distributiva, etc. Mientras que los beneficiados de esta doctrina se amparaban en el estricto uso de la lógica y de la epistemología del principio del *rule of law*, los críticos denunciaban el uso arbitrario y partidario bajo la apariencia de neutralidad (Wiecek, 1998, pp. 123-126).

La doctrina del *substantive due process* representaba, para muchos, el fracaso del principio, o la imposibilidad de un *rule of law* basado en unos valores absolutos. La única solución a los problemas prácticos que se derivaban de esta epistemología debía dar cuenta de la inevitable autoridad extra de los jueces para adaptar el principio del *rule of law* a la sociedad. Es decir, la única manera de salvar esa doctrina era hacer de los valores constitucionales unos valores relativos. Interpretar la constitución en función de la sociedad y un modo de administrar justicia que implicara que los jueces no solo deducen, sino que intervienen.

En el primer tercio del siglo XX, Oliver Wendell Holmes, Jr. sería el juez del Tribunal Supremo norteamericano que, a través de sus votos particulares, daría voz a esta nueva interpretación del principio del *rule of law*. Pero sus ideas se habían venido madurando durante años, con anterioridad a su paso por el Tribunal Supremo, en una reflexión que no sólo atendía a la doctrina, sino que había partido de los problemas epistemológicos. Uno de sus artículos más citados (Holmes, 1997) es una exposición de la epistemología del derecho dónde se mezclan las epistemologías de Austin y Maine, dando a la primera un sentido crítico y, a la segunda, uno constructivo. De hecho, la epistemología empirista sirve a Holmes para destruir el principio del *rule of law* basado en valores absolutos, mientras que la epistemología de Maine le permite introducir nuevos valores relativos. A pesar del carácter contradictorio de ambas epistemologías, Holmes las unifica en una única definición: “El objeto de nuestro estudio, pues, es la predicción, la predicción del uso de la fuerza pública a través de los tribunales” (Holmes, 1997, p. 457).

Esta definición consta de dos partes. La predicción del uso de la fuerza pública y el hecho de que ésta venga realizada finalmente a través de un instrumento, esto es, que la sanción sea una consecuencia de la administración de justicia. Por tanto, Holmes comparte la idea de que la naturaleza empírica del derecho descansa en la interpretación del 'deber ser' como condicional de un razonamiento de fines y medios. Pero al mismo tiempo, considera que las normas están desprovistas de referentes cuando llegan a los tribunales; más bien son instrumentos en manos de los jueces, que van a necesitar del acuerdo con unos valores para poder ser consideradas obligatorias.

Holmes, al igual que Austin, separa el derecho de la autoridad de los valores éticos. Y lo hace con el mismo razonamiento que reducía la autoridad de los valores éticos a la racionalidad de la voluntad. Para representar esta separación recurre a dos arquetipos: el hombre bueno, aquel que razona teniendo en cuenta el fin de evitar los males de la conciencia, y el hombre malo, que razona según un condicional en el cual cumplir la norma es un medio para evitar una sanción. Los fines que persigue el hombre bueno son los mismos dentro que fuera de la norma, mientras que los fines que persigue el hombre malo sólo existen en la norma. Esto es, la obligación, para el hombre bueno es la previsión de un mal que siempre tiene presente, mientras que el hombre malo sólo se siente obligado cuando hay una sanción legal. Con ello, Holmes enfatiza la idea de que la obligación no es más que la previsión de un mal, que la norma solo se presenta como mandato si es un medio para evitar un mal (Luban, 2000, pp. 36-40)³³:

El hombre al que no le importa la norma ética que sus vecinos aceptan y practican, probablemente se preocupará bastante, no obstante, por evitar que le hagan desembolsar dinero y querrá mantenerse alejado de la cárcel si puede [...] Si quieres conocer el derecho sin más, debes verlo como [lo hace] el hombre malo, que solo se preocupa por las consecuencias materiales que ese conocimiento le permite predecir, no como

33 Sobre la influencia de Austin en los autores americanos, y en Holmes en particular, véase Rumble (1985, p. 5), Turégano Mansilla (2001, p. 134). Ver también Rumble (1981); Pohlman (1984) y Alschuler (1997, pp. 139-140).

el bueno, que encuentra sus razones para obrar, ya sea dentro o fuera del derecho, en las sanciones más vagas de la conciencia (Holmes, 1897, p. 459) ³⁴.

Al igual que Austin, Holmes se apoya en la racionalidad de la voluntad para destruir la autoridad de los valores religiosos. Sin embargo, no toma a ésta como referente a partir del cual construir la epistemología del derecho. La validez sigue siendo una cuestión de acuerdo con unos valores. El problema, para Holmes, no es hacer de los enunciados del derecho verdades materiales, sino el origen de los valores; esto es, que no sean absolutos, sino espontáneos, que no sean evidentes en sí mismos, sino relativos a una sociedad. Holmes encontrará en la propia racionalidad de la voluntad el origen de unos valores que no se apoyen en la autoridad de la soberanía, ni que tampoco sean trascendentes; y sirvan, sin embargo, de criterio de validez de las normas:

Se puede suponer, como Hobbes, Bentham y Austin, que todo el derecho emana del soberano, incluso cuando los primeros seres humanos en enunciarla son los jueces, o se puede pensar que el derecho es la voz del *Zeitgeist*, o lo que se prefiera. Todo esto es lo mismo para lo que pretendo [...] aún con miras a la predicción, al revelar algún orden, alguna explicación racional y algún principio de desarrollo para las normas que [el soberano] estableció. En todo sistema se pueden encontrar tales explicaciones y principios. Es con respecto a ellos que surge una segunda falacia, que considero importante exponer (Holmes, 1897, p. 465).

Holmes asume que el derecho es un ámbito práctico, y que, por tanto, la epistemología de este no es igual que la de las ciencias formales, sino aquella de las ciencias naturales que expresan relaciones causales, verificables en el mundo (Sebok, 1998, pp. 61-65):

El postulado sobre el que basamos nuestra concepción del universo es que existe una relación cuantitativa fija entre todo fenómeno y sus antecedentes y consecuentes. Si exis-

34 Ver Pohlman (1984, p. 72).

tiera algún fenómeno sin estas relaciones cuantitativas fijas, sería un milagro. Se encontraría fuera de la ley de la causa y el efecto, y tal cosa trasciende nuestra facultad de pensamiento, o al menos es algo a partir de lo cual no podemos razonar [...] Así pues, en el sentido más amplio, es cierto que el derecho es un desarrollo lógico, como todo lo demás. El peligro al que me refiero no reside en admitir que el principio que rige otros fenómenos rige también el derecho, sino en la idea de que un sistema dado, el nuestro, por ejemplo, pueda elaborarse como si fuera matemática a partir de algunos axiomas generales [acerca] de [la] conducta [humana] (Holmes, 1897, p. 465).

Sin embargo, el aspecto central del derecho, como ámbito práctico, no es la conducta en el seno de un diálogo de voluntades, sino la administración de justicia, esto es, la conducta de los jueces. Por lo tanto, los jueces no aplican la norma a partir de un razonamiento deductivo, sino que actúan, deciden. Ello quiere decir que determinan su voluntad y, en consecuencia, que realizan un razonamiento de fines y medios. Para que la aplicación de una norma se les presente como una acción necesaria, los jueces deben referirla a un fin del cual sea medio dicha aplicación: satisfacer las necesidades y opiniones de la sociedad. El medio no siempre está determinado de antemano, en la medida en que dichas necesidades están en continuo cambio. A veces, será la aplicación de la norma que ha dado la soberanía en un mandato; a veces, será la administración de justicia en torno a los valores de la sociedad. Por eso, dice Holmes, el deber del juez es la mediación o equilibrio de los intereses y valores en juego en el seno de la sociedad, pues es la única manera de determinar la norma concreta a aplicar para satisfacer a dicha sociedad. La determinación de la voluntad a partir de un razonamiento inconsciente, sin ayudarse de la herramienta de la ponderación de intereses, supone que el juez toma los valores de la clase a la que pertenece como los de toda la sociedad (Sebok, 1998, pp. 65, 68):

Detrás de la forma lógica subyace un juicio sobre el valor relativo y la importancia de posturas legislativas contrapuestas; un juicio, a menudo mudo e inconsciente, sin duda, pero que constituye la raíz y la esencia misma de todo el procedimiento.

A cualquier conclusión se le puede dar una forma lógica [...] Esto se debe a alguna creencia sobre la práctica de la comunidad o de una clase [social], o a alguna opinión sobre una política, o, en resumen, a alguna actitud personal ante un asunto que no admite una medición cuantitativa exacta y, por lo tanto, no permite conclusiones lógicas precisas. Tales asuntos son, en realidad, campos de batalla donde no existen los medios para establecer resoluciones que sean válidas para siempre, y donde la decisión no puede hacer más que plasmar la preferencia de un grupo determinado en un momento y lugar dados. No nos damos cuenta de cuán amplio el ámbito de nuestro derecho nuestro sujeto a replanteamiento en respuesta a un pequeño desplazamiento en la mentalidad pública. Ninguna proposición concreta es evidente por sí misma. [...] Creo que los propios jueces no han reconocido adecuadamente su deber de ponderar cuestiones de beneficio social. La obligación es inevitable, y el resultado de la a menudo manifiesta reticencia judicial a tratar tales cuestiones es simplemente dejar la motivación y fundamento de la sentencia sin expresar, y a menudo inconscientemente, como he dicho (Holmes, 1897, pp. 466-467).

Holmes parte de la interpretación instrumental que Maine³⁵ hace de la epistemología naturalista (Herget, 1990, p. 43)³⁶, buscando nuevos argumentos para justificarla, como el hecho de que los jueces realizan un razonamiento práctico y no formal. De ahí deduce el test de la pondera-

35 Véase Elliot (1985, p. 46), sobre la importancia de Maine en el pensamiento norteamericano.

36 Algunos años antes, Holmes había publicado *The Common Law* (1881). Tal es el parecido entre este libro y el *Ancient Law* de Maine, que Herget opina que el propósito de Holmes debía ser emular a Maine, narrando la evolución del *Common Law* como aquel lo había narrado la del derecho romano. Ver Pohlman (1984, pp. 3-4, 58-60). Véase también Alschuler (1997, pp. 104-105).

ción de intereses para conocer los valores de la sociedad. No obstante, Holmes no renuncia al argumento histórico (Elliot, 1985, pp. 51-55)³⁷:

El desarrollo de nuestro derecho ha proseguido durante casi mil años, como el desarrollo de una planta, cada generación dando el inevitable siguiente paso, la mente, como la materia, simplemente obedeciendo la ley de crecimiento espontáneo [...] el fin social al que apunta una norma de derecho se oscurece y solo se alcanza parcialmente como consecuencia del hecho de que la norma debe su forma a un desarrollo histórico gradual, en lugar de ser reformulada conscientemente y expresamente, en su totalidad, con relación al fin en cuestión (Holmes, 1897, pp. 468-469).

La definición de Holmes permite acomodar el principio del *rule of law* en una explicación secular del origen los valores constitucionales. Para relativizar dichos valores se apoya en el argumento de la racionalidad de la voluntad. Por un lado, siguiendo la estela de Austin, desmonta la autoridad de los derechos naturales en un mero razonamiento que tiene como propósito evitar una sanción. Por otro, la misma racionalidad vista desde el punto de vista de los jueces, y teniendo en cuenta que la historia demuestra que el derecho no es sino un instrumento, sirve a Holmes para vaciar la autoridad positiva. El resultado es que los valores de la constitución no son sino los valores de la sociedad, instrumentalizados a través de los jueces del Tribunal Supremo. El deber de éstos es ser conscientes de ello y objetivar los valores de la sociedad a través de una ponderación de intereses. El principio del *rule of law*, por tanto, traza los límites del derecho positivo a partir de los valores de la sociedad. Por tanto, la epistemología sigue siendo aquella de Blackstone, en la que las normas eran válidas si estaban de acuerdo con unos valores.

37 Elliot señala como Holmes una idea mainiana de evolución de las doctrinas jurídicas a partir de las necesidades sociales con el modo de razonar práctico de los jueces, que sería el mecanismo de aquella evolución. Una norma no tiene sentido si no es porque "satisface" un interés o deseo de la sociedad. El juez, por tanto, al aplicar la norma no está sino eligiendo entre diferentes intereses contrapuestos, por lo que debe ser consciente de esos intereses que dan sentido al derecho.

VI. ROSCOE POUND: LA EPISTEMOLOGÍA POR CONVICCIÓN

Roscoe Pound es conocido como el fundador de una corriente de pensamiento, denominada *sociological jurisprudence* (Tarello, 1988, p. 388)³⁸, que habría de renovar la ciencia del derecho en los Estados Unidos durante el primer cuarto del siglo XX. Sin embargo, pocos hechos avalan esa afirmación, si tenemos en cuenta que nunca llegó a articular dicha corriente en una teoría³⁹ y que su fama se debió en gran medida a las circunstancias que rodearon la aparición de sus primeros artículos. De hecho, lo que resultaba atractivo de la *sociological jurisprudence* era más bien la epistemología en que se apoyaba. Y la fama de Roscoe Pound se debió a la elocuencia con la que defendió esa epistemología. Si echamos un vistazo al currículum de Roscoe Pound, descubrimos que en 1906 publica una conferencia (Pound, 1906), pronunciada ante la *American Bar Association*, que habría de dar a conocer su nombre en los círculos progresistas (Friedman, 2002, p. 490)⁴⁰. Dicha conferencia fue suficiente para que, al año siguiente, John Henry Wigmore, decano de la *Northwestern University Law School*, lo llamara para dar clases. En 1908 se incorporaría a la *Chicago Law School*, y en 1910 sería nombrado *Story professor of law* en la *Harvard Law School*. Finalmente, en 1916 se convertiría en decano de dicha universidad, para permanecer en el cargo

38 Tarello define tres significados de la expresión *sociological jurisprudence*. En primer lugar, se refiere a la escuela de pensamiento jurídico que parte de la crítica al punto de vista analítico para adoptar, en su lugar, una perspectiva funcional. En segundo lugar, denomina a un heterogéneo grupo de pensadores entre los que incluye al propio Pound, junto con nombres como Montesquieu, Génay o Ehrlich. Finalmente, también se usa para referir toda aproximación que, además de la norma escrita, busque la explicación del derecho en su consideración como un fenómeno social. Véase también (Herget, 1990, pp. 165-166) quien considera que el pensamiento de Pound supone una crítica al formalismo jurídico desde un punto de vista funcional: el sistema jurídico no es independiente del contexto social y, por lo tanto, los juristas deben explicar las normas teniendo en cuenta los fines de la sociedad.

39 Como se ha indicado antes, Hull (1997, p. 12) interpreta este rasgo del pensamiento de Pound como bricolaje cultural.

40 Para Friedman esta conferencia, junto con otros escritos que la seguirán, convierten a Pound en un reformista abierto que critica el formalismo jurídico escondido tras la doctrina de la “substantive due process”. (Horwitz, 1992, pp. 217-218), se manifiesta en idéntico sentido. Cfr. (Schlegel, 1995, p. 81) quien, sin embargo, interpreta dicha conferencia antes como una reivindicación profesional del papel del mundo académico ante los cambios de la sociedad, que como una denuncia de la situación.

durante veinte años. Naturalmente, Pound publicaría otros artículos y libros, pero ninguno será tan recordado como éste (Sayre, 1948, pp. 2-3).

La mayor parte de la elite de la abogacía asistió a dicho encuentro anual. El éxito fue tal que se pidió de inmediato reimprimir el artículo y distribuirlo antes de que fuera publicado en las actas del encuentro. John Henry Wigmore, entre otros, quería que el mensaje de Pound llegara a todos los jueces y abogados que no habían podido escucharlo de viva voz. El artículo había conectado con la sensibilidad de los progresistas⁴¹, que pretendían dar satisfacción a las crecientes demandas sociales en materia legislativa, al tiempo que había incomodado al pensamiento conservador identificado con la interpretación individualista de la constitución y la perpetuación del estado de las cosas (Hull, 1997, pp. 61-65)⁴². El hecho de que causara el entusiasmo de unos, y el rechazo de otros, nos alerta sobre la originalidad del artículo. Valga éste como punto de referencia para determinar la evolución del pensamiento del joven Roscoe Pound, y para plantear las hipótesis que permitan explicar ese éxito de público.

El otro punto de referencia lo fijamos en una carta que escribe a Omer F. Hershey, con quien había entablado amistad en la *Harvard Law School* durante su fugaz paso por los estudios jurídicos en 1889, y con el que mantendrá correspondencia durante varios años (Sayre, 1948, pp. 10, 78-79). La fecha es el 2 de noviembre de 1892. Pound apenas cuenta

41 Estos primeros artículos se enmarcan en el giro social de la ciencia jurídica americana a comienzos del siglo XX. Este giro se caracterizó por una creciente conciencia de la interdependencia social, de la necesidad de adaptar el derecho a las nuevas realidades sociales nacidas de la urbanización y la industrialización, y de proporcionar un nuevo modelo de Estado que ampliara sus competencias con respecto al limitado papel de juez neutral del modelo liberal. En el plano de la ciencia jurídica, los juristas sociales rechazaron el formalismo (ver *supra*) y, asumiendo que el derecho era un instrumento transformador, propusieron que no sólo el legislador sino también los juristas, jueces y administradores colmaran las lagunas del orden liberal atendiendo a las necesidades sociales. Ahora el jurista se presentaba como un ingeniero social (ver *infra*). La *sociological jurisprudence* de Pound servía de puente entre el paradigma de la ciencia jurídica liberal y este nuevo planteamiento que acercaba aquella a otras disciplinas como la sociología. En particular Pound sirvió como intérprete que facilitó la recepción de figuras del pensamiento social europeo como Rudolph von Jhering, Eugen Ehrlich, François Génny, Léon Duguit o Édouard Lambert; véase (Kennedy, 2003, pp. 648-647), (Kennedy & Belleau, 2000), (Horwitz, 1992), (McManaman, 1958).

42 Véase también Petit (2000, pp. 503-554, 507-508).

con veintidós años y está realizando la pasantía en el bufete de su padre, al tiempo que estudia botánica en la universidad de Nebraska (Sayre, 1948, pp. 86-88). En esta carta encontramos ideas sobre la epistemología del derecho que a Pound le resultan familiares, y de las que quiere persuadir a su amigo:

Holland y otros que podría mencionar son histólogos comparativos del Derecho Moderno. [...] El Derecho, como todo lo supra-orgánico, es esencialmente orgánico—quiero decir, al pensar acerca del mismo, me tienta concebirlo de esta manera y creo que es la mejor manera de abordarlo. El estudio de la Ciencia Jurídica siguiendo estrictamente las directrices de Holland, sin ir más allá, es tan moralmente infructuoso como el estudio de la anatomía comparada de los vertebrados sin tener en cuenta que los vertebrados no siempre han sido vertebrados y que la vida es algo *vivo*. Tal concepción [del Derecho como orgánico] le infunde cierta vida—le insufla espíritu o no. El Derecho, tal como existe hoy, puede ser “el mandato” del soberano—pero no siempre ha sido así, ni mucho menos. ¡Y por esa misma razón, tampoco es *esencialmente* eso hoy! El Derecho es una criatura viviente desarrollándose, y cuando se estudia como tal, debe ser sumamente interesante para se interese en algo vivo. Quizás hayan visto una nota del profesor Gray en la *Harvard Law Review* del año pasado en la que dudaba de la existencia misma de la Ciencia Jurídica. Es curioso que nadie pueda ponerse de acuerdo sobre qué es la Ciencia Jurídica y, como nadie está de acuerdo con nadie desde el principio, la contradicción y la confusión se vuelven, por supuesto, intolerables a medida que se avanza. En realidad, no existen *fundamenta Jurisprudientiae acceptados*. Creo que la solución radica en el reconocimiento del carácter orgánico del derecho. Todos los fenómenos supra-orgánicos se tratan ahora como orgánicos. El lenguaje lo ha sido durante años, y la política, y la ciencia política ahora también, la teología, y veo que [ilegible] publica ahora un libro sobre el carácter orgánico de la literatura. ¿Por qué no tratar el derecho de la misma manera? La Ciencia Jurídica

dica, tal como la entienden Austin y Holland, serían entonces la histología y anatomía del derecho moderno, y solo una parte, aunque muy necesaria, de la Ciencia Jurídica. [...] Por lo tanto, si tuviera que escribir sobre la Ciencia del Derecho, comenzaría con la anatomía e histología del derecho tal como lo conocemos en las sociedades civilizadas. [...] *No sería necesario definir el derecho*. Nada orgánico puede definirse. [...] Es como atar una cuerda a un árbol. El árbol crecerá y romperá la cuerda. El derecho también crecerá, y todas las definiciones que le hayan impuesto estudiantes y juristas del pasado no habrán logrado detenerlo⁴³.

El primer año de escuela de Pound, Stephen Pound dio a su hijo tres libros de teoría jurídica, para que los leyera (Treviño, 2002, p. ix)⁴⁴. Uno de ellos era el *Ancient Law* de Maine. En esta carta las tesis de Maine ocupan el espacio central y son referidas a su amigo como contrapuestas a las de Austin y Holland: la idea de que Austin reduce la epistemología del derecho a la teoría de la soberanía; el hecho de que la naturaleza empírica no se revele en el punto de vista positivista, sino en la evolución del derecho, y de que, a la luz de esa evolución, la teoría de la soberanía de Austin sea considerada con un logro técnico; el supuesto de que el derecho debe ser estudiado como un instrumento, de manera funcional; el hecho de que en las teorías de los autores del pasado se refleja el derecho en función de su sociedad, como los anillos del árbol registran el entorno en que vivió.

El punto central es la oposición entre la definición del derecho y el derecho como instrumento⁴⁵. Para Pound, Austin propone una definición abstracta de lo que es derecho del mismo modo que un matemático o un lógico comenzaría por establecer los axiomas, evidentes en sí

43 Reproduzco la transcripción que Hull (1997), hace de la misma, recogida de los "Sayre Papers" (pp. 43-46).

44 Los otros dos eran: el *Elements of Jurisprudence* (1880) de Thomas E. Holland y el *Science of Law* (1874) de Sheldon Amos. (Sugarman, 1986, pp. 42, 44), menciona este libro de Holland como heredero de la teoría de Austin, entendida como "la ciencia formal del derecho positivo". Tuvo tal éxito que se editó en trece ocasiones. Por su parte, Amos era quien había declarado a Austin como fundador de la ciencia del derecho.

45 García Ruiz (2002, p. 50) afirma que el instrumentalismo significa que la naturaleza del derecho no puede separarse de la función o fin para el que se usa.

mismos, del sistema⁴⁶. Así la definición del derecho como el mandato de la soberanía se interpreta como afirmación de la autoridad de la soberanía, como primer principio evidente del que se derivan el resto de las normas del sistema. Es decir, como marca de los valores que actúan como primeros principios. De hecho, opone esta definición, que entiende como verdad formal, no empírica, al verdadero empirismo de la evolución del derecho.

Este documento también nos revela aspectos más subjetivos acerca del modo irreflexivo en que Pound adopta estas ideas. No existe ninguna argumentación o demostración que lleve a ellas. Para Pound hay dos hechos evidentes: que Austin y Holland proponen una suerte de sistema de normas, como si de un sistema lógico se tratase, partiendo de la autoridad, evidente en sí misma, de la soberanía, y que, por otro lado, el derecho es un instrumento históricamente usado en función de los intereses sociales. Es cierto que en una carta no hay espacio para la argumentación, sino para la confidencia o la noticia. Es también comprensible que un joven de apenas veintidós años recoja las ideas que circulan por el mundo como hechos incontrovertibles. Con todo, por eso mismo, la carta de Pound se antoja un indicio del pensamiento de la época. Esas dos ideas que hemos referido, y que constituyen las dos tesis centrales de Maine, son ya lugares comunes del pensamiento que pueden aparecer, más allá de los muros del mundo académico, en el epistolario de dos jóvenes abogados, junto a otros temas más mundanos⁴⁷.

En 1903 el currículo de Roscoe Pound había engrosado ostensiblemente: se había licenciado en botánica⁴⁸, había publicado un libro, junto con F. E. Clemens, sobre la geobotánica de Nebraska (Pound, 1977), había servido como juez comisionado para la *Supreme Court of Nebraska*⁴⁹, había sido profesor de derecho romano y profesor asociado

46 Pound (1912, pp. 3-4) dice que, según el método analítico, un sistema jurídico se estudia de modo que “its structure, subject-matter, and doctrines may be studied with a view of reaching general underlying principles of legal reasoning and of testing individual rules and doctrines by such examination and by comparison with principles underlying other systems”.

47 Encontramos ejemplos de cartas mundanas en Sayre (1948): disputas y celos entre los dos amigos (pp. 79-81), acerca del trabajo en la oficina de su padre y de la difícil relación con éste (pp. 87-89).

48 En 1897 (Sayre, 1948, p. 65).

49 Entre 1901 y 1903 (Sayre, 1948, pp. 122-134).

en el *College of Law of the University of Nebraska*⁵⁰, y ya era decano de dicha facultad de derecho⁵¹. En el artículo titulado “The Decadence of Equity” (Pound, 1905b, pp. 20-35). Roscoe Pound explica la evolución y función de la *equity* según el método de Maine.

En primer lugar, Pound describe el marco conceptual en el que va a explicar la evolución y función de la *equity*. El derecho se aborda desde el punto de vista de la administración de justicia. Hay en ésta dos elementos: la discreción y el derecho escrito. La discreción se opone al derecho escrito, el cual representa una mayor certidumbre en la administración de justicia y, por ende, un avance técnico. El elemento discrecional es el origen a partir del cual ha evolucionado el elemento técnico. Además, permanece activo aun cuando se administre justicia conforme al derecho escrito. Para denominar a uno y a otro, Pound acuña sendas expresiones: ‘justicia conforme a derecho’ y ‘justicia sin derecho’. Una definición del derecho, como había mostrado Holmes, debe dar cuenta de ambas formas de justicia. Por último, parafraseando a John Salmond, expresa otra idea de Maine: tan peligrosa es la aplicación estricta de la norma como la ausencia de certidumbre. Habrá momentos en los que sea necesaria recurrir a una, y momentos en los que haya que recurrir a otra:

Encontramos por doquier dos ideas antagónicas operando en la administración de justicia: lo técnico y lo discrecional. Casi podríamos llamarlas, lo jurídico y lo contrajurídico⁵²; siendo precisos, podríamos denominarlas lo jurídico y lo prejurídico. Si tenemos en cuenta que el objeto del derecho es la administración de justicia, vemos que este objeto puede alcanzarse, y de hecho con frecuencia se alcanza, sin [la mediación del] derecho. En las comunidades arcaicas, tanto pasadas como presentes, la justicia sin derecho era lo normal. Antes del derecho, existía la justicia sin derecho; y después del derecho, y durante su evolución, aún la encontramos bajo el nombre de

50 Los años 1895 y 1899, respectivamente; (Sayre, 1948, p. 137).

51 Entre 1903 y 1907 (Sayre, 1948, p. 139).

52 Los términos usados en el original son *legal* y *anti-legal*. Acuño el término *contrajurídico* para evitar *antijurídico*, cuyo uso sería errado en este contexto.

discrecionalidad, o justicia natural, o equidad y recta conciencia, como elemento contrajurídico. Evitando enredarnos en la discusión sobre la definición de derecho, podemos decir que las leyes son normas generales reconocidas o aplicadas en la administración de justicia. Pero el hecho mismo de que las leyes sean normas generales, basadas en la abstracción y la omisión de los elementos variables y menos relevantes de los acontecimientos, las vuelve mecánicas en su funcionamiento. [...] Como afirma Salmond: “Nunca podemos estar seguros al aplicar una norma general a un caso particular, los elementos omitidos podrían no ser relevantes; y si acaso fueran relevantes, y aplicáramos la norma general sin tenerlos en cuenta, incurriríamos en error. Esta es la principal objeción a la sustitución de la discrecionalidad judicial por la norma. Cuanto más general sea la norma, mayor será la tendencia al error. Pero, por otro lado, cuanto más cautelosa, matizada y restringida sea la norma, mayor será su complejidad y las dificultades de su aplicación”⁵³.

A continuación, pasa a explicar la evolución y función de la *equity* en el sistema del *Common Law*. Maine la había descrito como un uso de la norma escrita que permitiera dar cabida a las nuevas demandas de la sociedad. Con respecto al anterior uso, la *ficción* representaba un mayor grado de visibilidad de la norma social: la *equidad* era una jurisdicción paralela⁵⁴, que aplicaba principios propios a la vieja norma. Roscoe Pound se permite mejorar la explicación utilizando el propio método de Maine. En su opinión, la *equidad* no es un agente más, sino que, en sí misma, ejemplifica el paso de la discreción al elemento técnico. Es decir, la *equidad* comienza simplemente como variación del significado de una norma para dar cabida a una nueva realidad. Esa variación se

53 1907 (Sayre, 1948, pp. 20-21). Cita Salmond (1893, p. 92).

54 En el ámbito del *Common Law*, el término *equidad*, no sólo designa esa justicia natural que tanto preocupara a los juristas del *ius commune*, sino también a una jurisdicción específica que surgió de la aplicación de esta en la Cancillería para mitigar el formalismo y el formulismo de la justicia de *Common Law*. Con el tiempo, esa jurisdicción se consolidaría como autónoma, con sus propios procedimientos y sus principios específicos. Véase (Baker, 2002, 97-116)

va asentando hasta que se convierte en un principio y la *equidad* en un sistema. Y este sistema, a través de los precedentes judiciales, acaba por permearse al resto del sistema jurídico del *Common Law*. El paso de la discreción a la norma escrita ha culminado. Sin embargo, la llegada de la norma escrita supone que aparecerá un desfase que hará necesaria la discreción de nuevo. Luego, volverá a ser necesaria la justicia administrada de una manera más estable que la que puede ofrecer el mero arbitrio. Por tanto, nos encontramos con un ciclo que nunca se cierra del todo, sino que hay una continua transformación de los valores de la sociedad en norma positiva, que acabará relativizada cuando cambian los valores:

La definición de equidad de Maine ha sido criticada en la medida en que se refiere a “un conjunto de normas”, argumentando que “la verdadera y original distinción entre derecho y equidad no es entre dos conjuntos de normas en conflicto, sino entre un sistema de administración judicial basado en reglas fijas y un sistema rival regido únicamente por la discreción judicial”. Sin embargo, la definición de Maine yerra simplemente al ser una definición demasiado vinculada a una equidad ya madura. Si tomamos la afirmación de Clark de que la equidad es “la mejora o integración jurisdiccional de las normas jurídicas existentes en función de la moral vigente”, y la complementamos con la afirmación de Maine de que es un “conjunto de normas existiendo de modo paralelo al derecho positivo vigente y que, por lo demás, pretenden sustituir el derecho positivo en virtud de una sacralidad superior inherente a esos principios”, y añadimos que se convierte en un conjunto fijo de normas que admite una mayor libertad de actuación judicial, aplicadas de maneras particulares y solo para ciertos casos por razones históricas, habremos reconstruido con bastante precisión las etapas de la evolución desde la equidad primigenia hasta el sistema moderno [de equidad]. [...] Pero cuando desembocamos en un *sistema* de discrecionalidad judicial, hemos regresado casi a nuestro punto de partida. La reacción hacia la justicia sin ley hace tiempo que

se agotó, y las poderosas fuerzas que impulsan el derecho han hecho retroceder el péndulo. El elemento contrajurídico se ha vuelto a reducir al mínimo, y habiéndose completado la tarea de la liberación [del derecho de la ley], el sistema por el cual se vio la luz permanece simplemente como un accidente de la administración judicial, que obliga a las personas, por accidente histórico, a buscar remedio [judicial] aquí en vez de allí, o de este modo en vez de aquel, sin afectar sensiblemente la materia de las normas aplicadas (Pound, 1905b, pp. 22-23)⁵⁵.

Roscoe Pound parte de la epistemología de Maine como presupuesto de su artículo. No pretende demostrar que la administración de justicia pase por ese ciclo. Eso es para Pound un hecho incontrovertible. Lo que pretende demostrar es que la *equidad* no es sólo una parte del ciclo (Green, 1995, p. 1964)⁵⁶. de adaptación de la norma escrita al progreso social, sino que ella misma sufre el ciclo entero. Es decir, que Maine no se había percatado de que existía un subciclo dentro de la *instrumentalidad* de la *equidad*.

Un año después publica “A New School of Jurists” (Pound, 1904). Con respecto al artículo anterior, éste incluye un mayor número de citas, con referencia a innumerables autores europeos, y un estilo más sintético. No obstante, la mayor parte del texto transcurre en la descripción de ese ciclo a lo largo de la historia de diversos sistemas jurídicos. Trata de demostrar como los juristas de cada época no hacían sino reflejar, en sus definiciones del derecho, el momento del ciclo en que se encontraban. Por tanto, la definición de Austin del derecho como mandato de la soberanía se corresponde con un momento de madurez técnica del derecho, pero no con su esencia. Pound interpreta las definiciones del derecho en un sentido axiomático, como si con ellas se diera cuenta de los primeros principios evidentes del sistema. Así, tras criticar la definición del derecho de Austin y del concepto de definición en general, Pound propone su alternativa epistemológica que no es sino la fórmula de Holmes expresada en un estilo lacónico: el derecho no es un fin, sino

55 Pound cita Salmond (1893, p. 93), Clark (1883, p. 373) y Maine (1861, p. 28).

56 La historia jurídica para Pound se caracteriza por estos ciclos entre la presencia de un poder central y relajación de este.

un medio. El derecho coincide con el razonamiento práctico que realiza el juez a la hora de administrar justicia, que es un acto de la voluntad y no un producto de la razón. No existen normas que sean, para el juez, fines en sí mismos. Por tanto, no existen normas válidas en sí mismas, o en virtud de que su fuente se pueda trazar hasta la autoridad de la soberanía. Esa norma podrá, o no, ser medio del razonamiento del juez:

Al comprender que una respuesta definitiva a la pregunta “¿Qué es el derecho?” es imposible, puesto que lo que se pretende definir está vivo y desarrollándose, y por lo tanto sujeto a cambios, el representante más destacado de la nueva escuela abandona dicha cuestión y la rodea definiendo el orden jurídico (*Rechtsordnung*) en el que el derecho tiene lugar y para el cual existe. Los medios para alcanzar este orden jurídico pueden ser diversos: pueden ser la imposición y la coacción, o la razón y la justicia. Sin embargo, el fin ha estado frente a los hombres desde los albores de la evolución jurídica. Al apelar, desde la fase particular del derecho actualmente vigente, a la concepción universal del orden jurídico, la nueva escuela señala el camino para el desarrollo futuro de la ciencia jurídica. El derecho no es un fin, sino un medio. Una escuela que lo estudie como un mecanismo social hará un gran servicio si logra librarnos de la condición de podredumbre seca que el pensamiento jurídico ha contraído hasta ahora en los períodos de legislación y codificación, y preservar o restaurar los ideales jurídicos de la razón y la justicia, que, por el momento, parecemos destinados a perder u olvidar (Pound, 1904, pp. 265-266).

Pound invariablemente, repite la misma composición retórica en sus artículos. Por un lado, demuestra “empíricamente” la verdadera naturaleza instrumental del derecho mediante la narración del ciclo transformativo entre los valores de la sociedad y las normas positivas. Por otro, define la validez de una norma como el acuerdo con esos valores sociales, a través del razonamiento práctico de los jueces. El conjunto se cierra oponiendo esa naturaleza y esa validez a la epistemología de Austin, que se representa como un sistema lógico derivado del concepto de norma como el mandato de la soberanía. Pound bautiza las ideas

unificadas en esta estructura retórica como la *Sociological School*, que se opone a la antagonista *Analytical School*, heredera del positivismo de John Austin. El resultado de este relato es que las ideas de Holmes, recogidas en parte de Maine, que no pasaban de ser una revisión de la epistemología tradicional y del principio del *rule of law*, adoptan la apariencia de una nueva corriente de pensamiento, mientras que la epistemología empirista de Austin es valorada como una anacrónica heredera del formalismo de Blackstone (Simpson, 1986, pp. 10-12)⁵⁷.

En el siguiente artículo (Pound, 1905a), Roscoe Pound usa la figura del ciclo jurídico para criticar la interpretación literal de las doctrinas constitucionales del principio del *rule of law* y de la doctrina del *due process*. Muestra la evolución de éstas en función de los valores de la sociedad, desde las primitivas formas germánicas de administrar justicia hasta la moderna interpretación substantiva de los derechos individuales contenidos en la *due process clause*. El aspecto más interesante del artículo es la aparición de la idea de injusticia como la aplicación inflexible de la norma que no permite el progreso social cuando éste se ha producido. Pound acuña la expresión *descontento popular*⁵⁸, para esta noción de Maine de la tiranía del sistema jurídico. El *descontento popular* surge cuando la brecha entre la norma escrita y la sociedad no se ha sorteado. Para Pound, la sociedad estadounidense, que había consagrado los derechos individuales en la constitución, había dado un giro hacia las demandas colectivas: quería, entre otras cuestiones, la regulación de las condiciones y horarios laborales. Aplicar las normas constitucionales, que exigen un respeto de los derechos individuales, no es justicia sino impedir el cambio social. Lo justo, en este caso, no pasa por la certidumbre, sino por el uso del arbitrio para interpretar esas

57 Mucho tiempo después, Simpson sigue caracterizando el positivismo austiniiano como un sistema compacto y coherente de normas, que derivan su validez de una autoridad humana, en vez del derecho natural; (Sugarman, 1986, p. 42), describe como, tanto Bentham como Austin, acabaron compartiendo el casillero de la *Analytical School*, opuesta a aquel otro de la *Historial School*, donde se encontraba, por ejemplo, Henry Sumner Maine.

58 Traducimos esta expresión como ‘descontento popular’ en vez de la traducción literal ‘insatisfacción popular’ porque juzgamos que es más afín al castellano, sin por ello traicionar el significado. Por esa razón en adelante el artículo ‘el’ precederá a dicha expresión.

normas de manera que reflejen las demandas sociales. Interpretaciones que, tarde o temprano, emergerán en nuevas normas constitucionales:

En mi opinión, el verdadero peligro para el *Common Law* reside en otro ámbito. Hasta ahora, la gente ha estado detrás del mismo [...] Pero hoy en día, lo popular no es el individuo, sino la sociedad. Hoy, por primera vez, el *Common Law* se encuentra frente a la gente; por primera vez, en lugar de garantizar lo que más aprecian, lo ven esencialmente como algo que se interpone constantemente entre ellos y lo que quieren. Es innegable que existe un creciente descontento popular con nuestro sistema jurídico. Existe una opinión generalizada de que [el *Common Law*] lo impide todo y no hace nada (Pound, 1905a, p. 344).

El éxito de “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice” en los círculos progresistas⁵⁹ radica esencialmente en dos ideas que, aunque Pound hubiera ya mentado, no habían gozado de un público tan influyente. La primera, es el hecho de que la norma positiva refleje el cambiante valor social, como tesis que se sigue del ciclo jurídico; es decir, que la fuente de la autoridad del derecho radica, en última instancia, en el acuerdo o desacuerdo con esos valores. La segunda, es el modo de razonar práctico en que Holmes había apoyado esa tesis. En particular, el diseño del test de la ponderación de intereses que permitía identificar cuándo se producía ese acuerdo y cuándo no y, por lo tanto, cuándo el juez tenía autoridad para dejar de aplicar una norma que se había quedado anticuada, o aplicarla de un modo flexible.

Como habíamos dicho a propósito de Holmes, el razonamiento del juez en verdad era un razonamiento práctico para determinar su

59 Tidmarsh (2006, p. 513) nos habla de una revolución progresista iniciada por este discurso de un anónimo abogado de Nebraska.

voluntad (Tarello, 1988, pp. 388-390)⁶⁰. De modo que la norma a aplicar se le presentaba como un medio para conseguir algún fin. El fin que debe conseguir es un equilibrio entre los diversos intereses y valores que refleje la sociedad. Así, cuando la sociedad es homogénea, valores e intereses están generalizados. Es el momento en que es necesaria la seguridad jurídica y en el que los valores de la sociedad van a coincidir con la norma positiva, es decir, ésta es un medio para satisfacer esos intereses y deseos. Sin embargo, cuando la sociedad no presenta esa homogeneidad es necesario ponderar los diversos intereses y valores de los diversos grupos sociales, para poder encontrar un medio adecuado de satisfacer a la sociedad en su conjunto. Si utilizáramos la norma positiva disponible, impondríamos un medio inapropiado. Por tanto, esa medición de los intereses y valores en juego, unida al cálculo de una ponderación entre los mismos, sirve de test para determinar si una norma positiva está de acuerdo con los valores de la sociedad. Esto es, si el juez encuentra que es un medio adecuado con respecto al fin que ha determinado. Del mismo modo, la ponderación de intereses sirve de test de la autoridad del juez. Un juez que no sea consciente de este razonamiento, como decía Holmes, es un juez que no mide los intereses de la sociedad, sino que toma los suyos por fin de la norma.

60 Más adelante Pound acuñará otra de sus expresiones para denominar este razonamiento práctico del juez “descubierto” por Holmes. Hablará del *social engineer*. Así la *sociological jurisprudence*, entendida como ingeniería social, tiene como propósito determinar los intereses sociales en conflicto. La dirección en la que se resuelve el conflicto, esto es, el fin del que se inferirá la norma, es el *social control*. Véase también (Hovenkamp, 1985). Este otro concepto del *social control* lo había tomado de los sociólogos que defendían un darwinismo reformista, por oposición al determinismo del darwinismo social de Herbert Spencer, que corregían reintroduciendo las habilidades humanas para modificar el medio y cooperar con otros miembros de la sociedad, esto es, la capacidad de proponerse fines y de realizarlos colectivamente. De modo que el hombre en sociedad no es víctima de una cruda lucha por la supervivencia, sino que es capaz de superar su destino redistribuyendo los escasos recursos. La organización de la sociedad, de acuerdo con las necesidades y valores que tiene, para conseguir ese fin, es el *social control*. Y el instrumento más eficaz para conseguirlo es el derecho. Pound acaba convencido de que ese es el fin al que tiende la evolución del derecho. Cfr. (García Ruiz, 1997) quien ve en Pound tres planos desde los que entender el derecho: como orden jurídico, como conjunto de preceptos, como administración de justicia. Esos tres planos se integran en la noción de control social como fin del derecho que se alcanza mediante medios coactivos.

La apreciación no puede ser el mero arbitrio, sino éste ayudado del instrumental de las ciencias sociales:

En épocas de sistemas morales absolutos o recibidos de manera extensiva, la disparidad entre los efectos jurídicos y las rigurosas exigencias éticas solo interesará a los individuos. En épocas de libre pensamiento individual en materia de moral y ética, y especialmente en una época de transición social e industrial, esa disparidad se intensifica considerablemente e interesa a amplios sectores de la sociedad. La justicia, que es el fin del derecho, es el compromiso ideal entre las actividades de cada individuo y las actividades de todos en un mundo de masas. El derecho busca armonizar estas actividades y ajustar las relaciones de cada persona con sus semejantes de acuerdo con el sentido moral de la comunidad. Cuando la comunidad comparte una misma concepción de la justicia, esto es posible. Cuando la comunidad está dividida y fragmentada, y los grupos, clases e intereses, que no se comprenden mutuamente muy bien, tienen concepciones contradictorias de la justicia, la tarea se torna sumamente difícil. Es imposible que las ideas jurídicas y éticas coincidan plenamente en una sociedad así. El individuo examina los casos uno por uno y los evalúa según su propio criterio de lo correcto e incorrecto. El jurista, en cambio, debe examinar los casos en su conjunto y evaluarlos, en gran medida, según un estándar artificial. Debe aplicar la ética de la comunidad, no la suya propia. Si se le concede discrecionalidad, su criterio será el de la clase a la que pertenece. Si la ley le impide actuar con libertad, deberá aplicar la ética del pasado, tal como se formula en el Common Law y la legislación. En cualquier caso, los estándares éticos judiciales e individuales discreparán (Pound, 1906, pp. 732-733).

La recuperación del principio del *rule of law*, en relación con la doctrina del *substantive due process*, pasaba por esta epistemología remozada. Si los derechos individuales no eran un medio adecuado para conseguir el equilibrio de intereses sociales, pero sí las reformas legislativas laborales, entonces estas normas estaban de acuerdo con

los valores sociales y eran legítimas. Por tanto, podían pasarse bajo una interpretación “ficticia” de la constitución. La legitimidad no venía de la constitución sino de la sociedad.

Roscoe Pound no dijo nada original (Petit, 2000, p. 523)⁶¹ en su discurso sobre las causas del descontento popular con la administración de justicia. De hecho, en su obra final (Pound, 1959), a 53 años de distancia de este discurso y a 67 de aquella carta que escribiera a Omer F. Hershey, Pound no se había movido un ápice de sus convicciones epistemológicas (Mitchel, 2002, p. 726)⁶². Y si no hubiera tenido esas convicciones probablemente hubiese pasado desapercibido. En aquella conferencia expresó una serie de ideas que ya eran compartidas por un numeroso grupo de profesores⁶³. Como él, tomaban esas ideas como hechos incontrovertibles y las hacían eje de una batalla contra el otro bando político. En especial contra un modo de entender la constitución que no se juzgaba acorde con los tiempos. La virtud de Pound radica esencialmente en sus habilidades retóricas, que le permiten, por ejemplo, acuñar una serie de expresiones pegadizas, de inconfundible aroma político: *jurisprudencia mecánica*, *descontento popular*, *sociological jurisprudence*, *justicia conforme/sin derecho*, *derecho de los libros/derecho en acción*, etc. A través de estas expresiones consiguió simplificar la epistemología de Austin, Maine y Holmes, haciéndola asequible a un público mucho más amplio de abogados y jueces, que quizá no están

61 Descartada la originalidad de la obra de Pound en general, Carlos Petit señala que “su obra nos sirve, simplemente, como el testimonio locuaz de una época pasada”; la reconstrucción de esa época lleva a Carlos Petit, descifrando la maraña de los hechos históricos, a descubrir la presencia conceptual, vía Édouard-Ferdinand Lambert, del *legal standard* de un Roscoe Pound más tardío en Al-Sanhûrî, el principal autor del código nacional egipcio de 1948.

62 A partir del análisis de esta obra, Mitchel concluye que hay dos lecturas posibles de la misma. En la primera, Roscoe Pound considera la historia del derecho como un ciclo en el que la legislación se transforma continuamente a través de la actividad judicial, y el resultado de ésta se acaba convirtiendo en legislación. En la segunda, Pound estudia el derecho como el resultado de la actividad judicial, desde el punto de vista característico del razonamiento pragmático del juez del *Common Law*.

63 Herget (1990, pp. 147-170), denomina ‘paradigma poundiano’ a esta epistemología práctica que habría de ganar adeptos a lo largo del primer cuarto del siglo XX. Entre otros nombres, Herget menciona a Ezra Thayer, John Chipman Gray, Jabez Fox y el propio Holmes. Todos coincidían en una crítica a la epistemología de Austin, entendida como la reducción de la fuente de validez a la soberanía, y en considerar que la norma debía estar de acuerdo con los valores de la sociedad.

tan interesados por las cuestiones teóricas como por las causas de la situación de la administración de justicia. Ese grupo de personas, que compartía el mismo credo, supo ver el potencial evangelizador de Roscoe Pound y lo convirtió inmediatamente en el centro intelectual de un movimiento que hasta entonces no había existido como tal⁶⁴. Es por eso por lo que podemos concluir que, con Roscoe Pound, la vieja tradición epistemológica comienza su nueva andadura en los Estados Unidos. Anteriormente había existido el necesario germen intelectual, forjado por un debate en torno a los argumentos epistemológicos. Ese era el momento de las ideas. Con Roscoe Pound había llegado el momento de las acciones, de esa mezcla irreflexiva de repetición y simplificación de las ideas, que siguen su curso histórico, desprovistas de su medio natural que es la lógica.

Nuestro propósito era desenterrar las raíces epistemológicas de los primeros artículos de Roscoe Pound. Con ellas, nos hemos traído algunas ideas acerca de la epistemología de la ciencia jurídica y de las relaciones entre derecho, sociedad y poder. En la cultura jurídica del *Common Law*, la manera de entender esas relaciones y de plantear la epistemología nace de una tradición que ha permanecido, en lo esencial, inalterada. La otra tradición, casi surgida al mismo tiempo, supone, para los pensadores más comprometidos con el espíritu del *Common Law*, una desviación con respecto a aquella. Por eso ha sido expuesta como un mero paso de la incertidumbre a la certidumbre que no debiera ser irreversible.

REFERENCIAS

- ALSCHULER, A. W. (1997). *Law without values: The life, work, and legacy of Justice Holmes*. The University of Chicago Press.
- ARJONA, C. (2003). Afinidades entre Dworkin y Roscoe Pound: Un breve estudio sobre influencias y coincidencias. *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 387–417.

64 Hull (1997, pp. 6-7) describe a Pound como un “networker” nato que entre 1906 y 1930 se convirtió en el centro de una red de profesores progresistas pragmatistas.

- AUSTIN, J. (1832). *The province of jurisprudence determined*. John Murray. (Reimpresión 1999, The Lawbook Exchange).
- AUSTIN, J. (1951). *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*. Instituto de Estudios Políticos.
- BAKER, J. H. (2002). *An introduction to the English legal history*. Butterworths-LexisNexis.
- BLACKSTONE, W. (2016). *Commentaries on the laws of England: The Oxford edition of Blackstone* (Vols. 1–4). Oxford University Press. (Obra publicada originalmente entre 1765 y 1769)
- CASANOVA, P., y Moreso, J. J. (1994). *El ámbito de lo jurídico lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Crítica.
- CASTIGNONE, S. (1995). *Diritto, linguaggio, realtà: Saggi sul realismo giuridico*. Giappichelli.
- CATTANEO, M. A. (1962). *Il positivismo giuridico inglese*. Giuffrè.
- CLARK, E. C. (1883). *Practical jurisprudence, a comment on Austin*. Cambridge University Press.
- CLAVERO, B. (1997). *Happy constitutions*. Trotta.
- DEAÑO, A. (1981). *Introducción a la lógica formal* (3rd ed.). Alianza Editorial.
- DEFLEM, M., & BOTERO BERNAL, A. (2006). Jurisprudencia sociológica y sociología del derecho. *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, 5(10), 107–119.
- DICEY, A. V. (1885). *Lectures introductory to the study of the law of the constitution*. Macmillan.
- DUXBURY, N. (1995). *Patterns of American jurisprudence*. Clarendon Press.
- DUXBURY, N. (2005). English jurisprudence between Austin and Hart. *Virginia Law Review*, 91, 1–91.
- ELLIOTT, D. (1985). The evolutionary tradition in jurisprudence. *Columbia Law Review*, 85, 38–94.
- FERRATER Mora, J. (1994). *Diccionario de filosofía* (5th ed.). Ariel.
- FRIEDMAN, L. (2002). *American law in the twentieth century*. Yale University Press.

- GARCÍA Ruiz, L. (1997). Aproximación al concepto de derecho de Roscoe Pound. *Persona y Derecho*, 36, 47–94.
- GARCÍA Ruiz, L. (2002). *Derecho, intereses y civilización: El pensamiento jurídico de Roscoe Pound*. Comares.
- GREEN, T. A. (1995). Freedom and criminal responsibility in the age of Pound: An essay on criminal justice. *Michigan Law Review*, 93, 1915–2053.
- HERGET, J. (1990). *American jurisprudence, 1870–1970*. Houston Law Review.
- HIERRO Sánchez-Pescador, J. (1986). *Principios de filosofía del lenguaje*. Alianza.
- HOLMES, O. W., Jr. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, 10, 457–478.
- HOLMES, O. W., Jr. (2009). *The common law* (G. E. White, Ed.). The Belknap Press of Harvard University Press. (Obra publicada originalmente en 1881).
- HORWITZ, M. J. (1992). *The transformation of American law: 1870–1960*. Oxford University Press.
- HOVENKAMP, H. (1985). Evolutionary models in jurisprudence. *Texas Law Review*, 64, 645–685.
- HULL, N. E. H. (1997). *Roscoe Pound & Karl Llewellyn: Searching for an American jurisprudence*. The University of Chicago Press.
- HUME, D. (1991). *A treatise of human nature* (2nd ed., Vol. 1; P. H. Nidditch & L. A. Selby-Bigge, Eds.). Clarendon Press. (Obra publicada originalmente en 1739-40).
- KALMAN, L. (1986). *Legal realism at Yale (1927–1960)*. University of North Carolina Press. (Reprinted 2001, The Lawbook Exchange).
- KENNEDY, D. (2003). Two globalizations of law & (and) legal thought: 1850-1968. *Suffolk University Law Review*, 36(3), 631–680.

- KENNEDY, D., & BELLEAU, M.-C. (2000). François Géný aux États-Unis. En C. Thomasset, J. Vanderlinden, & P. Jestaz (Eds.), *François Géný, mythe et réalité. 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique* (pp. 648–647). Yvon Blais.
- LANDAUER, C. (2002). From status to treaty: Henry Sumner Maine's international law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 15, 219–254.
- LAPIANA, W. P. (1994). *Logic & experience: The origin of modern American legal education*. Oxford University Press.
- LLEWELLYN, K. (1930). A realistic jurisprudence—The next step. *Columbia Law Review*, 30, 431–465.
- LLEWELLYN, K. (1931). Some realism about realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 44, 1222–1264.
- LOCKE, J. (1849). *An essay concerning human understanding* (30th ed.). William Tegg & Co. (Obra publicada originalmente en 1690)
- LUBAN, D. (2000). The bad man and the good lawyer. En S. J. Burton (Ed.), *The path of the law and its influence* (pp. 33–49). Cambridge University Press.
- MCMANAMAN, L. J. (1958). Social engineering: the legal philosophy of Roscoe Pound. *St. John's Law Review*, 33(1), 1–47.
- MAITLAND, F. W. (1909). *Equity and the forms of action at common law: Two courses of lectures*. Cambridge University Press.
- MAINE, H. S. (1861). *Ancient law: Its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*. Holt. (Reimpresión 1986, The University of Arizona Press).
- MORISON, W. L. (1982). *John Austin*. Edward Arnold.
- PETIT, C. (1991). A contributor to the method of investigation: Sobre la fortuna de Géný en América. *Quaderni Fiorentini*, 20, 261–310.
- PETIT, C. (1998). Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la Belle Époque. En *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento: In memoria di Mario Rotondi* (pp. 53–98). Istituto Lombardo di Scienze e Lettere.

- PETIT, C. (2000). Harvard en Lyon: Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert. In B. Durand & L. Mayali (Eds.), *Excerptiones iuris: Studies in honor of André Gouron* (pp. 503–554). The Robbins Collection.
- PETIT, C. (2007). Lombroso en Chicago: Presencias europeas en la Modern Criminal Science americana. *Quaderni Fiorentini*, 36, 801–900.
- PETIT, C. (2010). Lombroso et l'Amérique. *Revue de Science Criminelle*, 17–30.
- PETIT, C. (2019). John H. Wigmore and European culture in the Progressive Era. *Clio@Thémis*, 16. <https://doi.org/10.35562/cliothemis.541>
- PICCININI, M. (2003). *Tra legge e contratto: Una lettura di Ancient Law di Henry S. Maine*. Giuffrè.
- POHLMAN, H. L. (1984). *Justice Oliver Wendell Holmes & utilitarian jurisprudence*. Harvard University Press.
- POSTEMA, G. J. (2019). *Bentham and the common law tradition* (2nd ed.). Oxford University Press. (Obra publicada originalmente en 1986)
- POSNER, R. (1990). *The problems of jurisprudence*. Harvard University Press.
- POUND, R. (1904). A new school of jurists. *University Studies*, 4, 249–266.
- POUND, R. (1905a). Do we need a philosophy of law? *Columbia Law Review*, 5, 339–353.
- POUND, R. (1905b). The decadence of equity. *Columbia Law Review*, 5, 20–35.
- POUND, R. (1906). Causes of popular dissatisfaction with the administration of justice. *American Law Review*, 40, 729–749.
- POUND, R. (1912). *Introduction to the study of law*. American School of Correspondence.
- POUND, R. (1942). *Social control through law*. Transaction Publishers.
- POUND, R. (1950). *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico* (J. Puig Brutau, Trans.). Ariel.

- POUND, R. (1954). *El espíritu del “Common Law”* (J. Puig Brutau, Trans.). Bosch.
- POUND, R. (1959). *Jurisprudence*. West Publishing Co.
- POUND, R. (1977). *The phytogeography of Nebraska*. Arno Press. (Original work published 1897).
- POUND, R. (2004). *Evolución de la libertad: el desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad* (Albolote, Granada): Comares.
- RADIN, M. (2001). *Cartas romanísticas (1923–1950): Estudio y edición, con una nota de lectura sobre California y el derecho romano* (C. Petit, Ed.). Jovene.
- RUMBLE, W. E. (1981). The legal positivism of John Austin and the realist movement in American jurisprudence. *Cornell Law Review*, 66, 986–1031.
- RUMBLE, W. E. (1985). *The thought of John Austin*. The Atholone Press.
- SALMOND, J. W. (1893). *The first principles of jurisprudence*. Stevens & Haynes.
- SAYRE, P. (1948). *The life of Roscoe Pound*. College of Law Committee, State University of Iowa.
- SCHLEGEL, J. H. (1995). *American legal realism & empirical social science*. University of North Carolina Press.
- SCHWEBER, H. (1999). The “science” of legal science: The model of the natural sciences in nineteenth-century American legal education. *Law and History Review*, 17, 421–453.
- SEBOK, A. J. (1998). *Legal positivism in American jurisprudence*. Cambridge University Press.
- SIMPSON, B. (1986). The common law and legal theory. En W. Twining (Ed.), *Legal theory and common law* (pp. 8–25). Basil Blackwell.
- STEVENS, R. (1983). *Law school: Legal education in America from the 1850s to the 1980s*. University of North Carolina Press. (Reimpresión 2001, The Lawbook Exchange).

- SUGARMAN, D. (1986). The making of the textbook tradition. In W. Twining (Ed.), *Legal theory and common law* (pp. 26–61). Basil Blackwell.
- TARELLO, G. (1962). *Il realismo giuridico americano*. Giuffrè.
- TARELLO, G. (1988). *Cultura giuridica del diritto*. Il Mulino.
- TIDMARSH, J. (2006). Pound's century, and ours. *Notre Dame Law Review*, 81, 513–588.
- TREVIÑO, A. J. (2002). Transaction introduction. En R. Pound, *Social control through law* (pp. vii–xlix). Transaction Publishers. (Original work published 1942)
- TURÉGANO Mansilla, I. (2001). *Derecho y moral en John Austin*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- WIECEK, W. M. (1998). *The lost world of classical legal thought*. Oxford University Press.
- WIGDOR, D. (1974). *Roscoe Pound: Philosopher of law*. Greenwood Press.