

EL JUSTICE OLIVER WENDELL HOLMES. «THE GREAT DISSENTER» DE LA SUPREME COURT

Francisco Fernández Segado
*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO

I.- Introducción: el *dissent*, «the hallmark of the American judiciary». II.- La «Marshall Court», las *opinions of the Court* y los primeros *dissents*. III.- El paradigma de los «*dissenters*»: Oliver Wendell Holmes y el realismo legal: A) Holmes, el apóstol de la libertad. B) Holmes, «The Great Dissenter». C) Holmes y el realismo legal. D) Los grandes *dissents* de Holmes: a) El *dissent* en el *Child Labor case* (1918). b) El *Lochner case* (1905): a) La posición de la Corte: La reconducción a la cláusula del *due process of law* de la *liberty of contract*. La absolutización de esta libertad y sus bases intelectuales. b) El *dissent* de Holmes y su trascendencia.

I. INTRODUCCIÓN: EL *DISSENT*, «THE HALLMARK OF THE AMERICAN JUDICIARY»

Un instituto de notabilísimo interés con el que nos encontramos en ciertos países al abordar las decisiones constitucionales es el de la *dissenting opinion*, voto particular, *opinione dissenziente*, *Sondervotum*, *opinion dissidente* o *voto de vencido*, que con todas estas denominaciones se le reconoce. La trascendencia de su acogida o rechazo es notable, pues no cabe ignorar que se trata de un instituto bivalente, que aun cuando presenta una naturaleza jurídico-procesal, ofrece asimismo unos perfiles políticos indiscutibles.

Es opinión absolutamente común, como reconocen todos los comparatistas¹, que la publicidad de las opiniones disidentes de los jueces representa la tradición inglesa recepcionada en los países de *common law* y después en los de la *Commonwealth*, pero no corresponde por el contrario a los países del llamado Derecho continental europeo. Esta idea tan sólo puede ser aceptada como punto de partida, aunque no absolutizada, pues lo cierto es que el instituto procesal en cuestión ha sido recepcionado en bastantes países con sistemas jurídicos de *civil law*, España entre ellos.

En cualquier caso, si el *dissent* se ha identificado con algún país, ése es sin duda los Estados Unidos, hasta el extremo de que bien puede afirmarse que si la *judicial review* es uno de los rasgos más identitarios del sistema jurídico norteamericano («constitutional review by courts –ha escrito Ginsburg²– is an institution that has been for some two centuries our nation's hallmark and pride»), el *dissent* es a su vez el sello de calidad de las *opinions* o sentencias, muy particularmente de las de la *Supreme Court*³, y, por lo mismo, bien podría sustentarse que del conjunto del sistema judicial norteamericano. Hasta tal punto se valora el instituto del *dissent* en los Estados Unidos que se ha llegado a afirmar que «America was founded in dissent»⁴ o que «America would not be America without dissenting opinions», pues es a través de una constante y crítica supervisión como se descubren las goteras del tejado «the leak in the roof», como aparecen las roturas en las presas «the break in the dam» y como se ponen al descubierto los desgarreros en el ropaje de la justicia «the rent in the garment of justice»⁵.

En sintonía con todo ello, se constata la familiaridad con la que los *judicial dissents* se han incorporado desde el primer día al sistema judicial

¹ Entre otros muchos, Gino GORLA: «Le opinioni non segrete dei giudici dissenzienti nelle tradizioni dell'Italia preunitaria», en *Il Foro Italiano*, Anno CVII, Vol. CV, Roma, 1982, pp. 97 y ss.; en concreto, p. 97.

² Ruth Bader GINSBURG: «Speaking in a judicial voice», en *New York University Law Review*, Vol. 67, No. 6, December 1992, pp. 1185 y ss.; en concreto, p. 1205.

³ Para el actual *Associate Justice* Antonin Scalia, nombrado Juez del Tribunal Supremo en 1986, el sistema de las *separate opinions* ha convertido al Tribunal Supremo en el foro central del debate legal. Antonin SCALIA: «Remarks on dissenting opinions», en la obra *L'opinione dissenziente*, a cura di Adele ANZON, Giuffrè Editore, Milano, 1995, pp. 411 y ss.; en concreto, p. 421. No distinto es el juicio de un autor foráneo como el italiano Vigoriti, para quien «le opinioni dissenzienti dei giudici supremi rappresentino, per la qualità delle stesse e la posizione dell'organo, la manifestazione più nota ed articolata dell'istituto, e quindi il punto di riferimento naturale di qualunque indagine sul tema». Vincenzo VIGORITI: «Corte costituzionale e dissenting opinions», en *Il Foro Italiano*, Anno CXIX, n.º 7-8, Luglio/Agosto 1994, pp. 2060 y ss.; en concreto, p. 2061.

⁴ Edward C. VOSS: «Dissent: Sign of a Healthy Court», en *Arizona State Law Journal*, Vol. 24, 1992, pp. 643 y ss.; en concreto, p. 643.

⁵ Michael A. MUSMANNO: «Dissenting opinions», en *Kansas Law Review*, Vol. 6, 1957-1958, pp. 407 y ss.; en concreto, pp. 408-409.

norteamericano⁶, lo que a su vez se ha puesto en conexión, de un lado, con el énfasis del individualismo y de la libertad de expresión que impregna el *American spirit*⁷, lo que ha tenido a su vez como lógica consecuencia la consideración del *dissent* como un auténtico derecho del juez «the right to dissent»⁸ y de otro, con la idea de que no existe un permanente y básico dogma constitucional, lo que a su vez se traduce en que el principio vital de la *Supreme Court* sea no el de la unidad, sino el de la diversidad⁹. Esta idea ya había quedado perfectamente expresada por otro de los grandes *Justices* de la Corte Suprema, el Juez Douglas, quien, nombrado por el Presidente Roosevelt en 1939, desempeñaría su cargo por un dilatadísimo período (hasta 1975). En un *speech* pronunciado en 1948, ya expresó con toda claridad que la certeza y la unanimidad en la interpretación del Derecho sólo son posibles bajo los sistemas fascistas y comunistas¹⁰. Pero, por supuesto, nadie como ese gran *Justice* que fue Oliver Wendell Holmes ha puesto de relieve con mayor intensidad y con perfecta coherencia en su extraordinaria obra judicial, cuán ilusoria es la búsqueda de certeza por parte de los juristas. Pero a ello nos referiremos en un momento ulterior.

Es cierto, en cualquier caso, que no puede ignorarse el importante rol jugado al efecto por las preferencias ideológicas o políticas de cada Juez¹¹.

⁶ «It is plainly evident –afirmaba Roberts hace más de un siglo– that the public has been familiar with judicial dissents from the first days of our American judiciary and that such opinions were viewed with no alarm by either the profession or laity». V. H. ROBERTS: «Dissenting Opinions», en *American Law Review*, Vol. 39, 1905, pp. 23 y ss.; en concreto, p. 29.

⁷ Voss alude al «irrepressible instinct of expression» que, aplicado a los jueces, se manifestaría en las dissenting opinions. Edward C. VOSS: «Dissent: Sign of a Healthy Court», op. cit., p. 647.

⁸ Brennan, nombrado *Associate Justice* en 1956 por el Presidente Eisenhower, cargo que ejercería durante 34 años, calificaría el dissent como un derecho, tildándolo como «one of the great and cherished freedoms that we enjoy by reason of the excellent accident of our American births». William J. BRENNAN, Jr.: «In Defense of Dissents», en *The Hastings Law Journal*, Vol. 37, 1985-1986, pp. 427 y ss.; en concreto, p. 438.

⁹ Charles AIKIN: «The role of dissenting opinions in American Courts», en *Il Politico*, Anno XXXIII, 1968, n.º 2, pp. 262 y ss.; en concreto, pp. 264-265.

¹⁰ William Orville DOUGLAS: «The Dissent: A Safeguard of Democracy». (Address before the ABA Section of Judicial Administration, Seattle, Wash., 1948). Inicialmente publicado en *Journal American of Judicial Society*, Vol. 32, 1948, pp. 104 y ss. Nosotros manejamos el mismo trabajo publicado bajo el título de «In Defense of Dissent», en la obra *The Supreme Court: Views From Inside*, edited by Alan F. WESTIN, W.W. Norton & Company, Inc., New York, 1961, pp. 51 y ss.; en concreto, p. 52. Existe una versión italiana de este trabajo bajo el título «Il «dissent»: una salvaguardia per la democrazia», publicada en la obra *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, a cura di Costantino MORTATI, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 105 y ss.

¹¹ De ello se ha hecho eco con algún detenimiento Lawrence BAUM: *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, pp. 192 y ss.

Otro clarividente Juez, el *Justice* Cardozo, en 1921, antes de acceder al Tribunal Supremo (sería nombrado Juez del mismo en 1932 por el Presidente Hoover), expresaba con sencillas e irrefutables palabras el notable peso de la tendencia filosófica o ideológica de cada Juez: «There is in each of us a stream of tendency, whether you choose to call philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action. Judges cannot escape that current any more than other mortals»¹². No debe extrañar por lo mismo que los niveles de acuerdo entre los magistrados sean más elevados entre quienes mantienen posiciones ideológicas más próximas.

La adecuada comprensión del instituto del *dissent* no puede prescindir de la consideración relativa a la naturaleza del sistema jurídico norteamericano. Nos hallamos como es de sobra conocido ante un sistema de *common law* históricamente connotado por el carácter personalizado de las decisiones judiciales, de las que constituye buena muestra la práctica inicial de la formulación de las sentencias a través de las llamadas *seriatim opinions*, que sólo quebraría con la llegada a la Corte Suprema como *Chief Justice*, de John Marshall (4 de febrero de 1801). Ello iba a suponer que los *dissents* encontraran perfecto encaje en un sistema judicial personalizado, bien diferente del modelo judicial burocrático, unitario e impersonal de los sistemas de *civil law*, en los que la salvaguarda de la unidad colegial, protegida por el principio del secreto de las deliberaciones, obscurece todo atisbo personalista.

Al margen de ello, innecesario sería decirlo, la preferencia de los sistemas de *common law* por las *dissenting opinions* se debe también a la particular estructura de sus normas jurídicas y al rol que en relación a ellas ha venido desempeñando la jurisprudencia y, de modo muy particular, la fundamentación de las sentencias. En los sistemas de *civil law* el Derecho se halla codificado y, por lo tanto, vertebrado en un sistema orgánico de reglas precisa y rigurosamente formuladas; por lo mismo, la fundamentación de una sentencia opera en el ámbito de este conjunto de normas cuya existencia no está controvertida. La motivación –ha escrito Sereni¹³– consiste en un conjunto de silogismos que, partiendo de reglas fácilmente verificables, tiene por objeto dar una justificación lógico-jurídica a la decisión de un caso concreto. Por el contrario, en los sistemas de *common law*, en los que el Derecho no se halla codificado, el juez, ante un caso concreto, debe

¹² Benjamin N. CARDOZO: *The nature of judicial process*, Yale University Press, twenty-seventh printing, New Haven and London, 1967, p. 12.

¹³ Angelo Piero SERENI: «Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux», en *Revue générale de droit international publique*, 1964, pp. 819 y ss.; en concreto, pp. 827-828.

con frecuencia entregarse a la delicada y compleja función de búsqueda de las reglas jurídicas vigentes («finding the law»); quiere ello decir que el juez, antes de interpretar la regla, ha de buscarla, con lo que desarrolla una función creadora más consciente e intensamente que el juez de los sistemas de *civil law*. Así las cosas, los *dissents* cumplen una función que se relaciona con la que es propia de la motivación en tales sistemas jurídicos. El juez de *common law* viene obligado, de resultas del peculiar rol que ha de cumplir, a invocar con mucha mayor frecuencia que su homólogo de los sistemas europeo-continental principios generales que aún no han alcanzado el estadio de la sistematización y rígida enunciación en forma escrita o, al menos, positivada. En tal contexto, los *dissents* encuentran su principal justificación en la posibilidad de que sean enunciadas (y en su día aplicadas) reglas diferentes de las que se invocan en la fundamentación de la sentencia.

Dicho lo que antecede, quizá convenga añadir una matización conceptual. Las *dissenting opinions* de que venimos hablando pueden incluirse dentro de una categoría más general, las *separate opinions*, que no sólo engloban el supuesto de disidencia, sino también el de concurrencia, pues en ocasiones la opinión disidente, técnicamente, se trata de una *concurring opinion*, o lo que es igual, de un desacuerdo con el razonamiento de la mayoría (*reasoning*)¹⁴, pero no con la parte dispositiva de la decisión; dicho de otro modo, la *concurring opinion* llega a iguales conclusiones que la posición mayoritaria, pero fundándose en un razonamiento diferente¹⁵. Esta perspectiva de las *separate opinions* no deja de ofrecer un aspecto problemático, patológico incluso; nos referimos al caso en que el razonamiento mayoritario, esto es, el sostenido por el mayor número de jueces, no alcan-

¹⁴ A su vez, dentro del *reasoning* se plantea la problemática de la distinción entre *holding* y *dictum*, un sub-aspecto del problema atinente al referente del *decisis*, de especial relevancia en los sistemas de *common law* si se tiene presente el principio *stare decisis*. Abordando la cuestión, Hardisty escribía: «under rule stare decisis, decisis refers only to those precedential rules of law labeled «holdings» (or *rationes decidendi*) not those labeled «dicta». «A «dictum» –añadía poco después– is a judicial statement of a legal rule which was not «necessary» to the judicial result». En definitiva, *holding* será aquella «rule of law» necesaria para el fallo o parte dispositiva de la decisión y, por lo mismo, será vinculante (*stare decisis*). Pero el problema, en ocasiones, puede seguir en pie a la vista de la dificultad que a veces suscita determinar lo que es «necessary». Cfr. al respecto, James HARDISTY: «Reflections on Stare Decisis», en *Indiana Law Journal*, Vol. 55, 1979-1980, pp. 41 y ss.; en concreto, pp. 57-58.

¹⁵ «Broadly speaking –escribe Abraham en su ya clásica obra, en alusión a las *concurring*– it usually signifies the concurrence of its author in the decision, but not reasoning of the Court». Henry J. ABRAHAM: *The Judicial Process (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France)*, seventh edition, Oxford University Press, New York/Oxford, 1998, pp. 225-226.

za, sin embargo, una mayoría en el tribunal, lo que se traduce en que dicha *opinion*, no obstante ser mayoritaria, carezca de autoridad suficiente para establecer un precedente vinculante en el futuro, lo que en un país en que el principio *stare decisis* tiene una notable relevancia no deja de ser una grave disfunción. Nos hallamos, en definitiva, ante el fenómeno de las *plurality opinions*, también conocidas como las *no-clear-majority decisions*¹⁶.

En el dispar conjunto argumental que precede puede encontrar su sustento el hecho de que, frente a las prácticas restrictivas de otros sistemas legales, las tradiciones del *American Judiciary* nunca han insistido en que los *justices sitting in banc* oculten la existencia de divisiones entre ellos tras una fachada de pretendida unanimidad. Los jueces que disienten de una decisión de sus colegas pueden expresar su disenso y dar sus razones. Y esta práctica, señalaría un constitucionalista tan relevante como Pritchett¹⁷, ha tenido un inconmensurable efecto en el crecimiento del Derecho y en la promoción de un principio de personalización de la responsabilidad del juez.

Para darnos una idea aproximada de la relevancia que en el plano constitucional presentan los *dissents*, recordaremos que en los debates académicos que periódicamente han tenido lugar en Norteamérica acerca de qué textos podían ser considerados canónicos, esto es, «canons of constitutional law», no faltan autores que defienden la inserción de los *dissents* dentro de estos cánones, aunque sea más bien con el perfil de anti-cánones. En tal sentido, Primus entiende¹⁸ que la noción de un «canonical dissent» requiere de una explicación que se asienta en dos ideas, una acerca de la naturaleza del *dissent* y otra acerca de la forma del «constitutional canon». La idea tradicional es la de que los *dissents* son declaraciones de puntos de vista («statements of positions») rechazados por el Derecho, a lo que se une la idea de que el canon está compuesto de aquellos textos a los que el

¹⁶ «Plurality decisions, also called no-clear-majority decisions, are those in which a majority of the Court agrees upon the judgment but not upon a single rationale to support the result. Thus, there is no «opinion of the Court» in the ordinary sense. Plurality decisions are to be distinguished from affirmances by an equally divided Court, when there is no majority agreement even on the result, and from per curiam opinions in which a majority of Justices expresses at least summary agreement on the reasoning». Con esta claridad se pronuncia Novak, una de las autoras que más certeramente ha estudiado esta problemática. Cfr. al respecto, Linda NOVAK: «The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions», en *Columbia Law Review*, Vol. 80, No. 4, May 1980, pp. 756 y ss.; en concreto, p. 756, nota 1.

¹⁷ C. Herman PRITCHETT: «The divided Supreme Court, 1944-1945», en *Michigan Law Review*, Vol. 44, 1945-1946, pp. 427 y ss.; en concreto, p. 427.

¹⁸ Richard A. PRIMUS: «Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent», en *Duke Law Journal*, Vol. 48, 1998-1999, pp. 243 y ss.; en concreto, p. 301.

Derecho ha dado autoridad. Sin embargo, para el mencionado autor, el canon es actualmente más amplio («more capacious»). Su estructura es dual y su trayectoria anticanónica da asilo a muchas posiciones rechazadas. Por lo mismo, hay un sentido en el que es erróneo pensar que las posiciones expresadas en un *dissent* han quedado rechazadas. «Because the constitutional canon is dual, its authorities always keep us mindful of the set of their possible replacements».

En definitiva, la escritura de *dissenting* o *minority opinions* se ha convertido en una fase normal del modelo de acción judicial norteamericano, utilizando los *Justices* numerosas vías para la formulación de su desacuerdo, tal y como recuerda la doctrina¹⁹: *separate opinion, concurring opinion, concurring in the result, dissent in part, dissent from a per curiam...*

El hecho de que el instituto en cuestión se considere en nuestro tiempo «a regular component of Supreme Court decision making»²⁰ no debe hacer olvidar que no siempre en la vida del Tribunal Supremo fue visualizado así. Bien al contrario, en el curso de los primeros años de la *Marshall Court*, el Tribunal desarrolló una regla institucional que favorecía fuertemente las «opiniones únicas», viéndose las «opiniones disidentes» como una forma de desobediencia institucional, siendo por lo mismo desaconsejadas. Y aunque tal visión no dejara de ser fugaz, y, progresivamente, el *dissent* fuera incorporándose al paisaje natural del *American judiciary*²¹, es lo cierto que no han faltado, ni faltan, percepciones críticas acerca de la institución. Como significara uno de los grandes Jueces norteamericanos, *Chief Justice* de la Corte Suprema de California, Roger Traynor²², algunos miran la *dissenting opinion* como «l'enfant terrible of appellate practice». Sería otro bien relevante Juez, el *Judge Learned Hand*, quien formulara las más duras críticas hacia este instituto procesal²³, al tildar de desastrosa la división de la opinión de un tribunal que se anuda a un *dissent*, en cuanto que con él

¹⁹ Charles AIKIN: «The United States Supreme Court: The Judicial Dissent», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 18, 1969, pp. 467 y ss.; en concreto, p. 468.

²⁰ Matthew P. BERGMAN: «Dissent in the judicial process: discord in service of harmony», en *Denver University Law Review*, Vol. 68, 1991, pp. 79 y ss.; en concreto, p. 79.

²¹ Tan es así que, como destaca Abraham, un simple *dissent* sin explicación, tal como «Mr. Justice Butler dissents» (en *Palko v. Connecticut*, 1937), representa un voto en el lado opuesto a la opinión mayoritaria. Henry J. ABRAHAM: *The Judicial Process*, op. cit., pp. 222-223. Demás está añadir que ello presupone la innecesariedad de la motivación de los *dissents*.

²² Roger J. TRAYNOR: «Some open questions on the work of State Appellate Courts», en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 24, No. 2, Winter 1957, pp. 211 y ss.; en concreto, p. 218.

²³ Learned HAND: *The Bill of Rights*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1958, pp. 72-73.

se anula «the impact of monolithic solidarity on which the authority of a bench of judges so largely depends». Y hace más de un siglo (en 1895), el Justice Edward White, en el caso *Pollock v. Farmer's Loan*, afirmaba: «The only purpose which an elaborate dissent can accomplish, if any, is to weaken the effect of the opinion of the majority, and thus engender want of confidence in the conclusions of the court of last resort». El argumento de que el *dissent* quiebra la autoridad del tribunal y de sus decisiones, engendrando la ausencia de seguridad, sigue siendo hoy el más repetido entre las minorías opuestas al mismo.

En cualquier caso, las consideraciones críticas no han hecho palidecer la trascendencia del instituto, en el que muchos ven una de las razones más relevantes, si es que no la que más, del secreto del éxito de los tribunales en el sistema norteamericano²⁴.

II. LA «MARSHALL COURT», LAS *OPINIONS OF THE COURT* Y LOS PRIMEROS DISSENTS

1. Una opinión por entero compartida por los historiadores es la de que la llegada de John Marshall a la presidencia de la *Supreme Court* en 1801 supuso el inicio del desarrollo de un nuevo proceso de deliberación del órgano, que, postergando las *seriatim opinions*, heredadas de la tradición inglesa, que entrañaban el pronunciamiento individualizado de cada uno de los jueces, vino a consagrar las *opinions of the Court*²⁵. No cabe la más mínima duda de que la filosofía de Marshall se encaminó a fortalecer la Corte como una entidad con voz propia frente a un órgano concebido como la resultante de una suma de voces individuales. Ello fue acompañado de un dato especialmente significativo: el *Chief Justice* se convirtió en el principal portavoz de la *Supreme Court*.

Y junto a todo ello, ha de tenerse muy presente la adelantada visión que Marshall tuvo de la Constitución. El *Chief Justice* siempre se opuso a un entendimiento de la Carta de 1787 que condujera a equipararla a un mero código legal. «We must never forget –aduciría en el trascendental caso *McCulloch v. Maryland* (1819)– that it is a constitution we are ex-

²⁴ «In the dissent, –escribía Ganoe en 1941– perhaps, lies the secret of the success of the Court in the American system». John T. GANOE: «The passing of the old dissent», en *Oregon Law Review*, Vol. XXI, 1941-1942, pp. 285 y ss.; en concreto, p. 295.

²⁵ «Enjoying a relatively homogeneous court –escribe Voss– Chief Justice Marshall developed the process of delivering an «opinion of the court», an opinion usually presented by the Chief Justice with the majority's assent». Edward C. VOSS: «Dissent: Sign of a Healthy Court», op. cit., p. 645.

pounding». En esta familiar frase, diría quien habría de ser otro gran Juez, el *Justice* Frankfurter²⁶, Marshall expresó «the core of his constitutional philosophy». Cualesquiera que fueren las esperanzas de los *framers* con el texto, Marshall asumió que ellos habían querido que el mismo permaneciera «for ages to come»²⁷. De ahí que el *Chief Justice* asumiera como tarea propia «to fix for all times the basic meanings of the Constitution, to establish the constitutional system so clearly and so authoritatively that attempts at deviation would prove futile»²⁸.

Marshall, escribiría Garfield²⁹, se encontró con la Constitución de papel e hizo de ella poder; se encontró con un esqueleto y lo revistió de carne y hueso, o lo que es igual, le dio naturaleza humana. Marshall fue quien estableció el trascendental rol de la *Supreme Court* como intérprete autorizado de la Constitución («authoritative expounder of the Constitution») y fue él asimismo quien asumió la función de asentar los fundamentos jurídicos de una nación fuerte, dotada de la autoridad necesaria para permitir gobernarla eficazmente.

El *rule of law* significa para toda persona que vive en una sociedad políticamente organizada, que ha conseguido un relativamente alto grado de objetividad e imparcialidad en su Derecho sustantivo, rasgos que resultan a su vez vitalizados por la existencia de un poder judicial independiente guiado por el procedimiento del *due process* y fiel a la perspectiva de que tanto el gobierno como los funcionarios públicos están sujetos al *rule of law*. Pues bien, la influencia de Marshall respecto de estos tres vitalizadores elementos resultó sustancial y muy beneficiosa. Quien fuera Decano de la «Law School» de la Universidad de Pennsylvania compendiaría en la idea «equal justice under law» la aportación de Marshall al «American rule of law»³⁰.

La Corte de Marshall, contra lo que pudiera pensarse por lo dicho, está lejos de presentarse como monolítica. Si acaso, por el alto grado de unanimi-

²⁶ Felix FRANKFURTER: «John Marshall and the judicial function», en *Harvard Law Review*, Vol. 69, No. 2, December 1955, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 218.

²⁷ «A Constitution – escribe Marshall en el caso *Cohens v. Virginia* (1821)– is framed for ages to come, and is designed to approach immortality as nearly as human institutions can approach it».

²⁸ Donald G. MORGAN: «The Origin of Supreme Court Dissent», en *The William and Mary Quarterly*, Vol. 10, No. 3, July 1953, pp. 353 y ss.; en concreto, p. 361.

²⁹ *Apud* Bernard SCHWARTZ: «The Judicial Ten: America's Greatest Judges», en *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 4, 1979, pp. 405 y ss.; en concreto, p. 408. Existe versión española de este trabajo con el título: *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1980.

³⁰ Jefferson B. FORDHAM and Theodore H. HUSTED: «John Marshall and the rule of law», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1955-1956, pp. 57 y ss.; en concreto, p. 68.

dad alcanzado en las controversias suscitadas en cuestiones relativas al poder nacional, o federal, si así se prefiere, se podría visualizar como «an ideological monolith» hasta 1823³¹, pero nunca, desde luego, más allá de esa fecha. Por lo demás, las tensiones en la Corte fueron abundantes desde el primer momento de la llegada de Marshall a la presidencia, entre otras razones, por el complejo proceso de acomodo de las diversas filosofías en presencia.

Fue en el caso *Talbot v. Seeman* (1801) donde Marshall puso fin a la práctica de las *seriatim opinions*. A partir del mismo, la *Supreme Court* escribió como «a single unit», quedando toda disensión producida en su seno en secreto, circunstancia que se ha considerado³² como una importante condición previa para la hábil asunción de poder por la *Supreme Court* en el celeberrimo caso *Marbury v. Madison* (1803)³³. De esta forma, se establecía el que iba a convertirse en uno de los postulados básicos del *American case-law system*: «the decision of a majority determines the result and establishes a precedent for use in subsequent adjudication (...). The result plus the reasoning found in the «opinion of the Court» determine the precedent value of any particular case»³⁴.

La unanimidad del Tribunal presidido por Marshall no se iba a prolongar mucho tiempo. La llegada de William Johnson a la Corte (nombrado por el Presidente Thomas Jefferson en 1804, ejercería el cargo de *Justice* hasta 1834), que ha sido considerado³⁵ como «his most independent colleague», tuvo mucho que ver con ello. Johnson, efectivamente, formulaba la primera *separate opinion*, no bajo la forma de *dissenting*, sino de *concurring*, en el caso *Huidekoper's Lessee v. Douglas* (1805). Pero al tratarse de una «concurrancia» y no de una «disidencia *stricto sensu*», la doctrina ha venido a considerar de modo bastante generalizado que la primera quiebra

³¹ En tal sentido, Robert G. SEDDIG: «John Marshall and the origins of Supreme Court leadership», en *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 36, No. 4, Summer 1975, pp. 785 y ss.; en concreto, p. 813.

³² Matthew P. BERGMAN: «Dissent in the judicial process: discord in service of harmony», op. cit., p. 81.

³³ Ello no obstante, hay quienes consideran que la primera *opinion of the Court* pronunciada por la *Marshall Court* se produjo en el caso *United States v. Schooner Peggy* (1801). Así se sostiene, por ejemplo, en el artículo que aparece dentro de las «Notes» de la *Harvard Law Review* (en adelante aludiremos a la autoría de este tipo de artículos bajo la rúbrica de «Harvard-Note»), Vol. 94, No. 5, March 1991, pp. 1127 y ss.; en concreto, p. 1127, nota 1.

³⁴ «Supreme Court no-clear-majority decisions. A study in stare decisis», *Comments*, en *The University of Chicago Press* (en adelante nos referiremos a la autoría de este tipo de artículos bajo la rúbrica de «Chicago-Comment»), Vol. 24, 1956-1957, pp. 99 y ss.; en concreto, p. 99.

³⁵ David P. CURRIE: «The Constitution in the Supreme Court: The Powers of the Federal Courts, 1801-1835», en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 49, 1982, pp. 646 y ss.; en concreto, p. 647.

formal de la tradición de unanimidad establecida con Marshall tuvo como responsable no a Johnson, sino al *Justice* William Paterson (que el Presidente Washington nombrara en 1793)³⁶, quien en el caso *Simms & Wise v. Slacum* (1806) suscribió el primer auténtico *dissent*.

Tras las dos decisiones aludidas, que entrañaban la quiebra de la concepción de la disciplina judicial sustentada por el *Chief Justice*, los *dissents* dejaron de ser una rareza, Bien es verdad que hasta los primeros años del siglo XX su porcentaje fue bastante bajo. Evans³⁷, en un análisis que abarca el período que media entre 1789 y 1928, lo cifra en un 15, 21 por 100 del total de las *Supreme Court decisions*. En ninguna etapa de este período de tiempo, próximo al siglo y medio, el porcentaje de *separate opinions* superó el 20 por 100 del total de *opinions of the Court*, no llegando en muchos años ni siquiera al 10 por 100. El contraste de estos porcentajes con los de etapas sucesivas es impactante, creciendo las *separate opinions* de modo imparable en la Corte post-rooseveltiana³⁸, hasta alcanzar su cima en la *Burger Court* (1969-1986), en la que tan sólo el 21, 6 por 100 de las decisiones se adoptaron por unanimidad.

En la etapa de la Corte Suprema que algún autor ha denominado «the golden age of constitutional interpretation (1811-1825)³⁹, de las 492 decisiones dictadas, tanto en cuestiones constitucionales como en cualesquiera otras, sólo en 43 de ellas se suscribieron *separate opinions*, lo que supone un porcentaje relativamente bajo, de un 8, 7 por 100 del total de resoluciones. La incorporación a la Corte de un grandísimo jurista como Joseph Story (en febrero de 1812, por nombramiento del Presidente Madison) iba a ser de enorme utilidad para Marshall porque Story se convertiría quizá en el mejor aliado del *Chief Justice*. De hecho, en 1818, Story mostraba claramente su preferencia por las reglas establecidas por Marshall y por el *Justice* Washington⁴⁰, y en una carta dirigida a Henry Wheaton escribía:

³⁶ Entre otros, Karl M. ZoBELL: «Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration», op. cit., p. 195. Asimismo, William J. BRENNAN, Jr.: «In Defense of Dissents», en *The Hastings Law Journal*, Vol. 37, 1985-1986, pp. 427 y ss.; en concreto, p. 434.

³⁷ Evans A. EVANS: «The Dissenting Opinion. Its Use and Abuse», en *Missouri Law Review*, Vol. III, 1938, pp. 120 y ss.; en concreto, p. 139.

³⁸ Cfr. al respecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, tomo I, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, en especial, pp. 347 y ss.

³⁹ Robert G. SEDDIG: «John Marshall and the origins of Supreme Court leadership», op. cit., p. 810.

⁴⁰ Bushrod Washington, sobrino del Presidente Washington, sería nombrado *Associate Justice* en 1799 por el Presidente Adams, permaneciendo en el cargo hasta 1829. Su actuación no dejaría de ser polémica en algún momento, como cuando, ofendiendo el sentido del decoro y oportunidad de una función como la judicial, descendió del *bench* a la arena política para hacer campaña activa en favor de un candidato a un cargo político. Cfr. al

«At the earnest suggestion (I will not call it by a stronger name) of Mr. Justice Washington, I have determined not to deliver a dissenting opinion in *Olivera v. The United Insurance Co.* The truth is, I was never more entirely satisfied that any decision was wrong, than that this is, but Judge Washington thinks (and very correctly) that the habit of delivering dissenting opinions in ordinary occasions weakened the authority of the Court, and is of no public benefits»⁴¹.

La última etapa de la *Marshall Court*, que inicia su andadura en 1826, es la que muestra un mayor grado de disidencia. Según los datos que facilita Seddig⁴², de las 461 decisiones dictadas por la *Supreme Court*, 60 de ellas irán acompañadas de, al menos, un *dissent*, lo que supone un 13 por 100 del total.

La muerte del *Justice* Washington (en noviembre de 1829) asestó un fuerte golpe a la *Marshall Court*. En lugar del viejo Federalista, el Presidente Andrew Jackson nombró a Henry Baldwin, «an erratic individual whose behavior contributed greatly to increase internal disruption»⁴³. A tal circunstancia se unirían otras bien diferentes que contribuirían a explicar el progresivo incremento de la disidencia. La nueva importancia de las cuestiones de naturaleza constitucional en la agenda de la Corte y la propia actitud de los *Justices*, bien distinta de la adoptada por los integrantes del órgano de los primeros años de la presidencia de Marshall, son algunas de las razones aducidas al efecto⁴⁴.

De cuanto se acaba de exponer puede extraerse la conclusión de que no sería acorde con la realidad de la *Marshall Court* una visión monolítica de la misma, pues tal visualización no sólo ignoraría importantes cambios en la interpretación constitucional, sino, lo que ahora importa más, también alteraciones significativas en el liderazgo del *Chief Justice*, no obstante lo cual, en 1835, la desaparición de Marshall dejaba en herencia una posición para el presidente del Tribunal Supremo de la máxima importancia en el sistema político norteamericano.

respecto, George L. HASKINS: «Law versus Politics in the early years of the Marshall Court», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, 1981-1982, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 3-4.

⁴¹ Carta de Joseph Story a Henry Wheaton, fechada el 8 de abril de 1818. Recogida en la obra *Life and Letters of Joseph Story*, W. Story ed., 1851, pp. 303-304. Cit. por Robert G. SEDDIG: *John Marshall and the origins...*, op. cit., p. 814.

⁴² Robert G. SEDDIG, en *Ibidem*, p. 800.

⁴³ *Ibidem*, p. 824.

⁴⁴ Igor KIRMAN: «Standing Apart to Be Part: The Precedential Value of Supreme Court Concurring Opinions», en *Columbia Law Review*, Vol. 95, No. 8, December 1995, pp. 2083 y ss.; en concreto, p. 2087.

2. El examen del recurso a las *separate opinions* en el período que media entre 1810 y 1910 revela la aparición de un histórico tipo peculiar de la *American jurisprudence*, el *dissenting Justice*⁴⁵, que difiere no sólo de la opinión de la mayoría, sino también del espíritu que la informa, aun cuando en este período la literatura del *dissent* esté dominada por el trabajo de muy pocos hombres.

Muchos han sido los *dissents* expresados en la vida del Tribunal Supremo y muy numerosos también los jueces disidentes. Sin embargo, son pocos los que han pasado a la historia, circunstancia que, en gran medida, se ha debido a su visión profética. En expresión de Barth⁴⁶, se trata de los «Prophets with Honor». Se trata, dicho de otro modo, de los *dissents* que a menudo revelan la congruencia percibida entre la Constitución y los «evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society»⁴⁷.

Profética sería la visión del *Justice* John Marshall Harlan (nombrado en 1877 por el Presidente Hayes, permaneciendo en su cargo hasta 1911, año de su muerte) en el celeberrimo caso *Plessy v. Ferguson* (1896), en el que, frente a la infame doctrina de la Corte, que apoyó la segregación racial impuesta por algunos Estados en base a la denigrante doctrina de que un trato «separado pero igual» no violaba el derecho de los ciudadanos a la igual protección ante la ley, el *Justice* Harlan escribió unas memorables palabras: «Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens». El *dissent* de Harlan se convertiría medio siglo después en la doctrina unánime de la *Supreme Court* en el no menos célebre caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), que deshizo la doctrina «separate but equal». Harlan representó la quintaesencia de la voz que grita en el desierto⁴⁸, pero esa voz resultó a la postre ser profética.

En forma análoga, por recordar otro caso histórico, Oliver Wendell Holmes, en su bien conocido *dissent* en el caso *Lochner v. New York* (1905), se convirtió en el guía de la crítica emitida por la generación siguiente respecto de la doctrina del *substantive due process* y de la libertad de contrata-

⁴⁵ Karl M. ZoBELL: «Division of opinion in the Supreme Court...», op. cit., pp. 195-196.

⁴⁶ Alan BARTH: *Prophets with Honor: Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*, 1974. Cit. por William J. BRENNAN, Jr.: «In Defense of Dissents», op. cit., pp. 430-431.

⁴⁷ *Trop v. Dulles* (1958). En esta sentencia, decidida el 31 de marzo de 1958 por una escasa mayoría de 5 votos a favor frente a 4 en contra, en la que se acoge esa alusión a los «standards de decencia que el progreso de las sociedades va imponiendo», el Tribunal decidió que la expatriación por cualquier razón constituía un «cruel and unusual punishment» prohibido por la Octava Enmienda. Consecuentemente, el Congreso no podía imponer ese castigo sin violar la mencionada cláusula de la VIII Enmienda.

⁴⁸ William J. BRENNAN, Jr.: «In Defense of Dissents», op. cit., p. 431.

ción, pero de ello nos ocuparemos en detalle más adelante. En 1937, el argumento esgrimido por Holmes, del que puede recordarse ahora su famosa afirmación de que «la XIV Enmienda no ha constitucionalizado la teoría de los equilibrios sociales de H. Spencer», se convirtió en doctrina mayoritaria cuando la *Supreme Court*, en un trascendental *overruling*, derribó el precedente *Lochner*, que entrañaba la renuncia a toda interferencia judicial en el control de constitucionalidad de la legislación industrial y laboral de los Estados, en el bien conocido caso *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), sentencia de la que sería ponente el *Chief Justice* Charles Evans Hughes.

Es verdad que aunque uno de los fines del *dissent*, quizá el más relevante, sea el de persuadir a los colegas con vistas a que en el futuro puedan adscribirse a la posición sustentada en la disidencia, no siempre es ése el objetivo perseguido, o por lo menos la finalidad primigenia. De ello ilustra con nitidez la siguiente reflexión de Curtis⁴⁹: «Dissents serve a large purpose than either to cover scruples of conscience or to save your judicial reputation as a good lawyer. Dissents are competing opinions in their own right. They are what the dissenter would have said if he had persuaded enough of his colleagues to agree with him». En definitiva, aunque la finalidad persuasiva⁵⁰ con vistas al futuro sea de enorme relevancia, en muchas ocasiones, el *dissent* revela la profunda convicción del disidente en torno a una determinada interpretación o postulado jurídico, a veces, incluso, por razones de conciencia, si bien es en algunos de estos casos cuando el *dissent* adquiere su más profunda proyección profética. Como escribe Kelman⁵¹, «deep conviction is the fuel that drives dissent past the limits of hope, beyond appeal to the intelligence of a future day, and into the realm of the quixotic».

Junto a los grandes *Justices* a que antes hemos aludido, que han marcado la historia del sistema judicial norteamericano, muchos otros han tenido un rol relevante en relación con el instituto en cuestión. Los hay, sin más, que han destacado por su enorme prolijidad en la formulación de *separate opinions*, aunque es cierto que, en ocasiones, los grandes *dissenters* no han sido especialmente prolíficos en las disidencias. Un Juez del «United States Circuit Court of Appeals» (Seventh Circuit, Chicago), el *Judge* Evans, en un artículo publicado en 1938, procedió a computar el número de *opinions*,

⁴⁹ Charles CURTIS: *Lions Under the Throne*, 1947, pp. 74-75. Cit. por Maurice KELMAN: «The Forked Path of Dissent», en *Supreme Court Review*, Vol. 1985, 1985, pp. 227 y ss.; en concreto, p. 239.

⁵⁰ «The majority —escribe el propio Curtis (Ibidem)— exercise all the powers of the Court, but the minority have a curious concurrent jurisdiction over the future. For a dissent is a formal appeal for a rehearing by the Court sometime in the future, if not on the next occasion».

⁵¹ Maurice KELMAN: «The Forked Path of Dissent», op. cit., p. 257.

dissents y *concurrences* de la Corte Suprema, sistematizándolo en función de los volúmenes en los que se recogen las *opinions of the Court* (que agrupa, a partir del décimo volumen, de diez en diez) y englobándolos en tres grandes bloques: del volumen 5 al 100 (cronológicamente llega hasta 1879 y en esta etapa se contabilizan 5.419 *opinions*, 716 *dissents* y 142 *concurrences*); del volumen 101 al 187 (período que va de 1880 a 1902, en el que se computan 5.635 *opinions*, 649 *dissents* y 113 *concurrences*), y en fin, del volumen 188 al 279 (que se corresponde cronológicamente con los años 1903 a 1928, en el que Evans cuenta 6.065 *opinions*, 799 *dissents* y 184 *concurrences*)⁵².

Al margen ya de los datos precedentes, nos interesa aludir a lo que Evans denomina⁵³ «Justices Dissenting Record», esto es, a los Jueces que mayor número de *separate opinions* formularon en el largo período estudiado (hasta 1928). Ese ranking, que el mencionado autor no ordena, podemos estructurarlo por nuestra parte como sigue: 1.º *Justice* Edward Douglas White (Juez entre 1894 y 1910), con un total de 285 *separate opinions*; 2.º *Justice* John Marshall Harlan (Juez entre 1877 y 1911), con un total de 284 *separate opinions*; 3.º *Justice* Stephen Johnson Field (miembro del Supremo entre 1863 y 1897), que totaliza 270 *separate opinions*; 4.º *Justice* David Josiah Brewer (Juez de la *Supreme Court* entre 1890 y 1910), con un total de 269; 5.º *Justice* Oliver Wendell Holmes (Juez de la Corte entre 1902 y 1932), con un montante total de 205 *separate opinions*; 6.º *Justice* Louis Dembitz Brandeis (Juez entre 1916 y 1939), con 197 *separate opinions*, como es obvio, hasta la fecha computada (1928); 7.º *Justice* Samuel Freeman Miller (Juez del Supremo entre 1862 y 1890), con 162 *separate opinions*; 8.º *Justice* James Clark McReynolds (Juez entre 1914 y 1941), con un total (hasta 1928) de 158; 9.º *Justice* Joseph P. Bradley (en el Tribunal entre 1870 y 1892), con un total de 154 *separate opinions*; 10.º *Justice* Nathan Clifford (Juez del Supremo entre 1858 y 1881), que totaliza 141, y finalmente, 11.º *Justice* John Hessin Clarke (Juez de la Corte entre 1916 y 1922), con un total de 107 *separate opinions*.

De los datos precedentes destacaríamos el hecho de que, con dos únicas excepciones (las de los *Justices* White y Clifford), todos los Jueces enumerados han ocupado el cargo por un período de veinte o más años, no obstante lo cual es sorprendente que quien encabeza el ranking tan sólo desempeñara su función de Juez del Supremo durante 16 años, lo que presupone que suscribiera un promedio de casi 18 *separate opinions*

⁵² Evans A. EVANS: «The Dissenting Opinions—Its Use and Abuse», op. cit., pp. 138-139.

⁵³ *Ibidem*, p. 140.

anuales. Por lo demás, el hecho de que los cálculos llevados a cabo por Evans y plasmados hasta ahora lleguen tan sólo hasta 1928, se traduce en que, en algunos supuestos, particularmente en los de los Jueces Brandeis y McReynolds, el ranking deba ser modificado. En efecto, con los datos que adicionalmente ofrece el mismo autor acerca de las *dissenting opinions* en el período que media entre el 8 de octubre de 1929 y el 1 de junio de 1937 (volúmenes de recopilación de *opinions* de la *Supreme Court* números 280 a 301), Brandeis, que en esta última etapa acumula 91 *separate opinions*, pasaría a ocupar el primer puesto de esa escala, totalizando 288 *separate opinions*. Y también ascendería en ella McReynolds, que entre 1929 y 1937 acumula 79 *separate opinions*, lo que le hace totalizar 237.

Tan sólo añadiremos que, si nos circunscribimos a esa última etapa computada por Evans, los cinco *Justices* que en ella acumulan mayor número de *separate opinions* son, por este orden: Harlan Fiske Stone (*Associate Justice* entre 1925 y 1941, año en que sería promovido por el Presidente Roosevelt al cargo de *Chief Justice*); Louis Dembitz Brandeis (Juez, como antes se dijo, entre 1916 y 1939); Benjamin Nathan Cardozo (*Justice* entre 1922 y 1938); James Clark McReynolds (como asimismo dijimos, Juez entre 1914 y 1941), y Pierce Butler (Juez del Supremo entre 1923 y 1939).

No vamos a detenernos más en estos datos numéricos, que en todo caso se cierran aproximadamente en el momento del triunfo de la que se conoce como «Revolución constitucional». Ya se ha señalado que el número de disidencias irá progresivamente en aumento a partir de 1937, encontrándonos en los años subsiguientes, a lo largo del siglo, con *Justices* que superarán de largo el número de disidencias del Juez Brandeis, que dijimos que era quien encabezaba ese escalafón, por así llamarlo. Así, por poner algunos ejemplos, el Juez John Marshall Harlan, o el segundo *Justice* Harlan, como también se le conoce, (Juez entre 1955 y 1971), aún teniendo en cuenta que las cifras de cómputo de los distintos autores que de ello se han ocupado no concuerdan por entero, escribió más de 400 *separate opinions*, y un número aún superior sería el que suscribiría el *Justice* William Joseph Brennan, Jr. (Juez de la Corte entre 1956 y 1990), que supera el medio centenar.

Todo ello deja meridianamente claro que el *Justice* Oliver Wendell Holmes, del que vamos a pasar a ocuparnos de inmediato, no fue ni de lejos el mayor disidente, si se atiende a los datos cuantitativos, pero pocos dudan de que nadie como él merece el título de «the great dissenter», no por la cantidad de sus *separate opinions*, sino por la enorme trascendencia e impacto de sus votos particulares. Ningún otro Juez vería sus posiciones

disidentes convertidas, tan rápidamente y en tan gran número, en la doctrina oficial de la Corte a través lógicamente del pertinente *overruling*.

Posiblemente, ningún otro fue tan original, y al unísono tan rupturista en sus planteamientos, como este inconmensurable jurista. En él nos centramos.

III. EL PARADIGMA DE LOS «DISSENTERS»: OLIVER WENDELL HOLMES Y EL REALISMO LEGAL

A) HOLMES, EL APÓSTOL DE LA LIBERTAD

Nacido en Boston (1841) e hijo de un médico, profesor de Anatomía y Psicología de la Universidad de Harvard⁵⁴, Oliver Wendell Holmes fue *Justice* de la Corte Suprema de Massachusetts (1882-1899) y Presidente de la misma (1899-1902) inmediatamente antes de ser nombrado por el Presidente Theodore Roosevelt, el 8 de diciembre de 1902, *Associate Justice* de la *Supreme Court*, cargo en el que permanecería hasta su retirada el 12 de enero de 1932, habiendo, pues, celebrado su nonagésimo cumpleaños como *Justice*, en plenitud de facultades, innecesario es decirlo. Fallecería en 1935. Holmes, diría ZoBell⁵⁵, «was and remains the best known figure who has ever been connected with the Supreme Court and one of the four or five most widely regarded individuals in American government history».

La llegada de Holmes al Tribunal Supremo anuncia una nueva era, la del llamado *liberal dissent*⁵⁶, lo que sin ningún género de dudas debe de ponerse en íntima conexión con su mismo talante. En el muy relevante homenaje que le dedicó la *Harvard Law Review* con ocasión de su nonagésimo cumpleaños⁵⁷, Cardozo –que al año siguiente, tras su retiro, sustituiría a Holmes en la *Supreme Court*, ubicándose, como se ha subrayado general-

⁵⁴ Como recuerda Kurland, en su comentario bibliográfico a la obra de Mark De Wolfe Howe, *Justice Oliver Wendell Holmes: The Shaping Years, 1841-1870* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1957), la profesión jurídica no fue, sin embargo, completamente ajena a su familia, pues su abuelo materno fue un distinguido Juez de la *Supreme Judicial Court of Massachusetts*. Philip B. KURLAND: «Portrait of the Jurist as a Young Mind» (Book Reviews), en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 25, 1957-1958, pp. 206 y ss.; en concreto, p. 216.

⁵⁵ Karl M. ZoBELL: «Division of opinion in the Supreme Court...», op. cit., p. 201.

⁵⁶ John T. GANOE: «The passing of the old dissent», en *Oregon Law Review*, Vol. XXI, 1941-1942, pp. 285 y ss.; en concreto, p. 287.

⁵⁷ *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 677-696. Colaboraciones de Charles Evans Hughes, C. Sankey, W. A. Jowitt, Benjamin Nathan Cardozo y Sir Frederick Pollock.

zadamente⁵⁸, en la misma tradición— recordaba de Holmes que «Men speak of him as a great Liberal, a lover of Freedom and its apostle», para apostillar de inmediato: «All this in truth he is, yet in his devotion to Freedom he has not been willing to make himself the slave of a mere slogan»⁵⁹. El título de «gran liberal y apóstol de la libertad», en último término, como el propio Cardozo reconocía, no era sino el resultado de un hecho inequívoco: nadie como Holmes había trabajado más incesantemente para demostrar la verdad de que los derechos nunca son absolutos, aunque siempre se encuentran en lucha y encaminados a que sean declarados en sí mismos como tales. A este respecto, es paradigmático el último párrafo del *dissent* que Holmes presentó en el caso *Truax v. Corrigan* (1921)⁶⁰: «Debo añadir una consideración general. No hay nada que lamente más que la utilización de la Decimocuarta Enmienda más allá de la estricta fuerza de sus palabras para evitar la realización de experimentos sociales que una parte importante de la comunidad desea, como manifiesta en los distintos Estados, aunque esos experimentos puedan parecerme a mí y a aquellos cuya opinión más respeto fútiles o incluso nocivos».

En los años veinte, tras la incorporación de Brandeis a la Corte Suprema (en 1916 exactamente), las palabras «Justice Holmes and Brandeis dissent-ed» llegaron a ser un estribillo familiar («a familiar refrain») en las discusiones acerca del trabajo de la Corte, y poco tiempo después, tras la llegada al Tribunal de Stone (en 1925), un nuevo estribillo se consolidó: «Holmes, Brandeis, and Stone dissenting», convirtiéndose, como escribe Swisher⁶¹, en «the hallmark of liberalism with respect to constitutional issues».

Algunos autores han subrayado la importancia de Brandeis en el liberalismo de Holmes. Así, Konefsky llega a decir que hay quienes sospechan que Holmes era en el fondo («at heart») un conservador y que su liberalismo fue, de largo, producto de la influencia que Brandeis ejerció sobre él⁶².

⁵⁸ «Cardozo —escribe, por ejemplo, Griswold— was appointed in his place and carried on the same tradition, though with his own lustre». Erwin N. GRISWOLD: «Owen J. Roberts as a Judge», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1955-1956, pp. 332 y ss.; en concreto, p. 335.

⁵⁹ Benjamin N. CARDOZO: «Mr. Justice Holmes», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931 (No. 5, March 1931), pp. 682 y ss.; en concreto, p. 687.

⁶⁰ A efectos de los dissents de Holmes, manejamos, indistintamente, estas dos obras: *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes*, estudio preliminar y traducción de César ARJONA SEBASTIÀ, Iustel, Madrid, 2006, y la obra publicada en Italia, Oliver WENDELL HOLMES: *Opinioni dissenzienti*, a cura di Carmelo GERACI, Giuffrè Editore, Milano, 1975.

⁶¹ Carl Brent SWISHER: «The Supreme Court—Need for Re-Evaluation», en *Virginia Law Review*, Vol. 40, No. 7, November 1954, pp. 837 y ss.; en concreto, p. 842.

⁶² Samuel J. KONEFSKY: «Holmes and Brandeis: companions in dissent», en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 10, 1956-1957, pp. 269 y ss.; en concreto, p. 269.

Incluso, se dice que el *Chief Justice* William Howard Taft (que presidió el Tribunal Supremo entre 1921 y 1930, y del que, como dato peculiar, recordaremos que, al margen de otros muchos y muy relevantes cargos, a fines de 1908 había sido elegido Presidente de los Estados Unidos, cargo que ejerció durante cuatro años, siendo derrotado al final de su mandato por el demócrata Wilson), a través de su correspondencia privada, fue parcialmente responsable de alimentar «el mito de la completa dependencia de Holmes respecto a Brandeis»⁶³. Innecesario es decir que es imposible entrar a valorar tales especulaciones. Con todo, algunos datos objetivos sí pueden ser traídos a la memoria. Brandeis se incorporó a la Corte casi catorce años después que Holmes. Éste, al margen ya de su importante labor judicial ejercida en Massachusetts, era bien conocido por sus *dissents* en la *Supreme Court* de corte inequívocamente liberal con anterioridad a la llegada de Brandeis. Pensemos, por poner un único, aunque realmente paradigmático, ejemplo, en su celeberrima disidencia en el caso *Lochner v. New York* (1905). Y todo ello, al margen ya de sus bien conocidos escritos, entre ellos su famoso libro *The Common Law*, cuya 1.ª edición es de 1881, y su célebre artículo «The path of the law», que publica la *Harvard Law Review* el 25 de marzo de 1897⁶⁴, y que a su vez reproducía una conferencia pronunciada el 8 de enero de ese mismo año con ocasión de la inauguración del nuevo «Hall» de la *Boston University School of Law*. A nuestro juicio, sería una trivialización hacer depender unilateralmente el liberalismo de Holmes del influjo de Brandeis, sin que ello deba entenderse en el sentido de que queramos negar toda influencia del último sobre el primero.

Por lo demás, las diferencias de carácter y de talante entre los dos grandes *Justices* parece que eran notables, incluso abismales. De Holmes se ha dicho⁶⁵ que era un «scholar and philosopher», cuyo escepticismo respecto del hombre y de la sociedad lo convirtió en desdeñoso de los impulsos hacia delante y hacia atrás de los reformistas. Y de Brandeis, que era por naturaleza un luchador por las causas («a fighter for causes»), cuya confianza en las posibilidades de una regeneración social derivó de su creencia en que a través del empleo de la inteligencia, los hombres pueden aprender a controlar su destino. Desde una óptica bien distinta, Freund marcó con gran agudeza las diferencias entre uno y otro. «Holmes and Cardozo

⁶³ *Ibidem*, p. 270.

⁶⁴ Oliver Wendell HOLMES: «The path of the law», en *Harvard Law Review*, Vol. X, 1896-1897, pp. 457 y ss.

⁶⁵ Samuel J KONEFSKY: «Holmes and Brandeis: companions in dissent», *op. cit.*, p. 281.

–escribía hace poco más de medio siglo el connotado Profesor de Harvard⁶⁶– belonged to the school of Shakespeare, Brandeis to that of Balzac and Anatole France».

B) HOLMES, «*THE GREAT DISSENTER*»

Muchos han otorgado a Oliver W. Holmes el título de «*The Great Dissenter*»⁶⁷; sin embargo, y de ello ya nos hicimos eco, la realidad estadística nos muestra que Holmes no fue un gran disidente, por lo menos desde una óptica puramente cuantitativa. Los datos que ofrece la doctrina al efecto son significativos. Schwartz⁶⁸ recuerda que mientras Holmes ocupó su puesto en el Supremo, éste dictó unas 6.000 sentencias; Holmes sólo formuló *dissents* o se adhirió a los escritos por otros jueces en 70 ocasiones. Mello, a su vez, precisa⁶⁹ que durante sus treinta años en la Corte, Holmes escribió 975 *opinions of the Court*, 72 *dissenting opinions* y 14 *concurring opinions*; además, Holmes disintió sin formalizar por escrito su disidencia en un centenar de ocasiones. Los datos, como puede apreciarse, no son exactamente coincidentes, algo muy normal entre la doctrina norteamericana cuando se atiende a sus recuentos de disidencias o concurrencias de los Jueces del Supremo, pero la divergencia no es significativa. Sí lo es, por contra, si confrontamos los datos de Evans, ya transcritos en un momento precedente, que, recordémoslo, cuantifica en un total de 205 las *separate opinions* de Holmes. Este dato nos parece en exceso exagerado, y sólo admisible si se presupone que el autor ha tomado en cuenta las disidencias de Holmes que éste, finalmente, no plasmó por escrito. Pero incluso aunque se admitiera el número de dos centenares de *dissenting y concurring*, todavía el número total de disidencias de Holmes sería muy inferior al de otros grandes disidentes de la Corte. En definitiva,

⁶⁶ Paul A. FREUND: «Mr. Justice Brandeis. A Centennial Memoir», en *Harvard Law Review*, Vol. 70, No. 5, March 1957, pp. 769 y ss.; en concreto, p. 776.

⁶⁷ Así lo reconocen, entre otros muchos, Karl M. ZoBELL, en su clásico y documentadísimo trabajo, «Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial desintegration», en *Cornell Law Review*, Vol. 44, 1958-1959, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 202. En idéntico sentido y dentro ya de la doctrina europea, Carmelo GERACI, en la «Introduzione» a la obra del propio Oliver Wendell HOLMES: *Opinioni dissenzienti*, op. cit., pp. VII y ss.; en concreto, p. XI. En este libro se recoge, en lengua italiana, gran parte de la obra escrita de Holmes, incluyendo su célebre artículo «La via del Diritto» («The Path of the Law»).

⁶⁸ Bernard SCHWARTZ: «The Judicial Ten: America's Greatest Judges», op. cit., p. 421.

⁶⁹ Michael MELLO: «Adhering to our views: Justices Brennan and Marshall and the relentless dissent to death as a punishment», en *Florida State University Law Review*, Vol. 22, 1994-1995, pp. 591 y ss.; en concreto, p. 627.

Holmes nunca podría ostentar el título que se le atribuye en atención al puro dato cuantitativo.

Lo que acabamos de decir ha sido puesto de relieve muchas veces y desde tiempos lejanos. Buen ejemplo de ello lo encontramos en las reflexiones que realizara el relevante Profesor londinense Sir Frederick Pollock, gran amigo de Holmes, en el monográfico de homenaje al último que la *Harvard Law Review* le tributara con ocasión de convertirse en no-nagenario, ejerciendo en plenitud las funciones de su cargo de *Justice*, un hecho, desde luego, digno de encomio y de admiración. «Some people –escribía Pollock⁷⁰– seem to think that Mr. Justice Holmes is always dissenting. Does he really dissent much oftener than his learned brethren, or is the impression due to the weight rather than the number of the dissents?». Es innecesario responder a la pregunta que precede. En la propia interrogación ya está implícita la respuesta. No puede caber duda alguna de que la fama que siempre acompañó al *Justice* Holmes como *dissenter* es consecuencia del impacto, de la fuerza de sus *dissents*. Como señala Aikin⁷¹, si sus *dissents* fueron relativamente pocos, por el contrario, «his dissent were both challenging and powerful»⁷². Por todo ello, no puede aceptarse el criterio sustentado por algunos autores, en el sentido de que se habría exagerado notablemente el rol de disidente de Holmes. En cuanto asentado en un puro criterio numérico, tal juicio es erróneo, pues, como bien se ha dicho, «la evaluación de un fenómeno de profundidad intelectual y de significado histórico, no podría hacerse con base en las meras estadísticas»⁷³.

La misma fuerza de los *dissents* de Holmes permite explicar que un elevado número de ellos se convirtieran antes o después, a través del pertinente *overruling*, en Derecho vigente. ZoBell ha hecho hincapié⁷⁴ en el dato harto elocuente, de que el número de *dissents* de Holmes que llegaron a convertirse en Derecho es notablemente superior a la media de los que lo logran («un uncommon degree, Justice Holmes' dissenting opinions «became the law»): algo menos de un 10 por 100 de los 173 *dissents* que

⁷⁰ Frederick POLLOCK: «Mr. Justice Holmes», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, No. 5, March 1931, pp. 693 y ss.; en concreto, p. 695.

⁷¹ Charles AIKIN: «The United States Supreme Court: The Judicial Dissent», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 18, 1969, pp. 467 y ss.; en concreto, p. 470.

⁷² No deja de tener interés recordar la apreciación hecha por quien habría de ser otro gran *Associate Justice*, Felix Frankfurter, que ejerciera el cargo entre 1939 y 1962. «To consider Mr. Justice Holmes' opinions –decía Frankfurter antes de su acceso a la *Supreme Court*– is to string pearls». Cit. por Frederick POLLOCK: «Mr. Justice Holmes», op. cit., p. 695.

⁷³ Samuel F. KONEFSKY: «Holmes and Brandeis: companions in dissent», op. cit., p. 277.

⁷⁴ Karl M. ZoBELL: «Division of opinion...», op. cit., p. 211.

cuantifica este autor (lo que da pie para pensar que, al igual que Evans, contabiliza las disidencias no escritas de Holmes) fueron reconocidos en su sustancia con posterioridad, o subsecuentemente declarados Derecho vigente. Si por establecer una comparación, se confronta este dato con el porcentajes de *dissents* del Justice Harlan –otro gran disidente– que llegaron a ser Derecho vigente, la confrontación revela no sólo un más elevado porcentaje a favor de Holmes, sino, lo que también resulta significativo, que esa conversión se produjo en un más reducido espacio de tiempo. «The post-1937 Court –escribe al respecto McCloskey, en la que es una de las obras clásicas sobre la Corte Suprema⁷⁵– in effect adopted the criterion urged by Justice Holmes in his classic series of dissents during the first three decades of the century»⁷⁶.

Mientras hubo de pasar una generación tras su muerte para que el gran Justice John Marshall Harlan, el primer Harlan (Juez entre 1877 y 1911), autor de uno de los más célebres *dissents* de la historia judicial norteamericana, del que ya nos hemos hecho eco, el formulado en la infame sentencia del caso *Plessy v. Ferguson* (decidido el 18 de mayo de 1896), fuera realmente (desde un plano jurídico) redescubierto, al producirse el *overruling* de *Plessy* en el no menos célebre caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (decidido el 17 de mayo de 1954), tan sólo tres años después del famoso *dissent* holmesiano en *Lochner v. New York* (1905), el Tribunal fundamentaba una excepción frente a la rotunda decisión del caso *Lochner*; al enfrentarse a una norma legal que regulaba las horas de trabajo de las mujeres. Como recuerda McCloskey⁷⁷, la Corte razonó en el sentido de

⁷⁵ Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, 2nd ed. (revised by Sanford LEVINSON), The University of Chicago Press, Chicago & London, 1994, pp. 124-125.

⁷⁶ Bien significativa de este cambio de tendencia, en perfecta ósmosis con el pensamiento de Holmes, será la sentencia dictada en el célebre caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938), que escribe como *opinion of the Court* el muy relevante Justice Harlan Fiske Stone, posteriormente nombrado *Chief Justice*. En ella puede leerse lo que sigue:

«Sólo podemos declarar inconstitucionales las leyes que afecten a las transacciones comerciales ordinarias en caso de que, a la luz de los hechos conocidos o que puedan tenerse por ciertos, pueda descartarse que se fundamenten en una base racional, dados el conocimiento y la experiencia de los legisladores».

El Tribunal sentaba de esta forma un auténtico principio de presunción de la constitucionalidad, que aunque en la muy trascendental nota a pie de página núm. 4 de la sentencia («a footnote that has become more important than the text», dirá de ella J. M. BALKIN, en «The Footnote», en *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, 1988-1989, pp. 275 y ss.; en concreto, p. 281) se vea un tanto aminorado, cuando la ley de que se trate parezca a simple vista referirse a alguna de las prohibiciones expresamente contenidas en la Constitución, como, por ejemplo, las establecidas en las diez Primeras Enmiendas (el conocido como *Bill of Rights*), regla que también puede extenderse a la Enmienda XIV, lo cierto es que ni tan siquiera en esos casos se prescinde por entero del referido principio.

⁷⁷ Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, op. cit., p. 104.

que «the social and physical characteristics of women put them at a special disadvantage in the struggle for subsistence, and it is therefore reasonable for the state to limit the hours they can be worked». Pocos años después, en 1917, el caso *Bunting v. Oregon* suponía el *overruling* de la doctrina *Lochner*; en la línea defendida por el *dissent* de Holmes, al que nos referiremos con algún detalle más adelante. Y el conocidísimo caso *West Coast Hotel v. Parrish* (decidido el 29 de marzo de 1937) supondrá el punto de inflexión del Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre el *New Deal* rooseveltiano, tan combatida por Holmes, y con ello el triunfo de la que se conoce como «Revolución constitucional».

La procedencia de Oliver W. Holmes de la Corte Suprema de Massachusetts no dejó de condicionarlo en su posicionamiento en torno al *dissent*. En Massachusetts era muy raro que los jueces disidentes hicieran público su *dissent*. No debe extrañar por ello que en su primer *dissent* en la *United States Supreme Court*, en el caso *Northern Securities Co. v. United States* (1903), afirmara Holmes: «I am unable to agree with the judgment of the majority of the Court, and although I think it useless and underisable, as a rule, to express dissent, I feel bound to do so in this case and to give my reasons for it»⁷⁸.

Por otra parte, su propia filosofía, tendente al compromiso y al intercambio de ideas, de la que encontramos una manifestación paradigmática en su conocido *dissent* en el caso *Abrams v. United States* (1919)⁷⁹, le conducirá a una inequívoca posición de *self restraint*. Y así podrá afirmar⁸⁰ que «imitation of the past, until we have a clear reason for change, no more

⁷⁸ Kurt H. NADELMANN: «The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy», en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 8, 1959, pp. 415 y ss.; en concreto, p. 419. Este artículo, uno de los más importantes sobre el tema del *dissent*, puede verse asimismo en versión italiana, «Il «dissenso» nelle decisioni giudiziarie (pubblicità contro segretezza)», en la obra *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, a cura di Costantino MORTATI, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 31 y ss. Asimismo, en versión alemana, «Das Minderheitsvotum im Kollegialgericht – Bekanntgabe oder Geheimhaltung?», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 86. Band, Heft 1, Juli 1961, pp. 39 y ss.

⁷⁹ Bien significativas al respecto son las siguientes reflexiones de Holmes en el *dissent* que suscribe en el mencionado caso, *Abrams v. United States* (1919): «Pero cuando los humanos se han dado cuenta de que el tiempo ha frustrado muchas doctrinas, pueden llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos mismos de su conducta, que la mejor manera de alcanzar el bien último es a través del libre intercambio de ideas, que el mejor test para la verdad es que la idea pueda ser aceptada en la competición del mercado, y que la verdad es la única base sobre la que sus deseos pueden realizarse. Esa es al menos la teoría de nuestra Constitución».

⁸⁰ Oliver Wendell HOLMES: «Holdsworth's English Law», en *Collected Legal Papers*, 1920, pp. 285 y ss.; en concreto, p. 290. Cit. por Herbert WECHSLER: «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, Vol. 73, No. 1, November 1959, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 17.

needs justification than appetite». En su voto disidente en el caso *Baldwin v. Missouri* (1930), refleja de modo inequívoco esta llamada a la prudencia: «Ahora bien, no creo que el constituyente haya entendido darnos carta blanca para introducir nuestras convicciones económicas o morales en sus prohibiciones»⁸¹.

C) HOLMES Y EL REALISMO LEGAL

El *Justice* Holmes, a través de sus sucesivos pronunciamientos, muy particularmente de sus *dissents*, se convertirá en el más destacado abandorado de la Corte a favor del realismo legal, o lo que es igual, de un abandono de la búsqueda del significado auténtico de las normas constitucionales y su sustitución por el acomodo de los principios constitucionales a las necesidades sociales y a los valores mutantes de cada momento histórico.

Holmes mostró un inequívoco escepticismo frente a los dogmas y las opiniones dogmáticas. «No hay una sola proposición general que valga lo más mínimo», escribía en una carta dirigida a su amigo Sir Frederick Pollock en 1919, tal y como ya tuvimos oportunidad de mencionar. Nadie, dirá Cardozo⁸², combatió más eficazmente que él la represión de una fórmula y la tiranía de las etiquetas («the Tyranny of tags and tickets»). En la misma dirección, Frankfurter señalaba en 1916⁸³ que en los más variados casos el *Justice* Holmes mostraba el mismo realismo, el mismo rechazo a dejarse derrotar por la lógica formal, idéntica mirada hacia las necesidades y costumbres locales, la misma deferencia hacia el conocimiento del hecho local. Holmes reconoce que el gobierno significa necesariamente experimentación, y mientras lo esencial de las limitaciones constitucionales es confinar el área de experimentación, las limitaciones no vienen definidas «per se» y han sido proyectadas para permitir el gobierno. Necesariamente, por tanto, la puerta no estaba dirigida a ser cerrada a la prueba y al error. «Constitutional law –escribía nuestro *Justice* en el caso *Blinn v. Nelson*– like any other mortal contrivance, has to take some chances».

Las *dissenting opinions* de Holmes son mucho más que la notabilísima obra interpretativa de un gran Juez; son, como bien se ha dicho, una

⁸¹ Puede verse el texto de este dissent en Oliver W. HOLMES: *Opinioni dissenzienti*, op. cit., pp. 250-252.

⁸² Benjamin N. CARDOZO: «Mr. Justice Holmes», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 682 y ss.; en concreto, p. 688.

⁸³ Felix FRANKFURTER: «The constitutional opinions of Justice Holmes», en *Harvard Law Review*, Vol. XXIX, 1915-1916, pp. 683 y ss.; en concreto, pp. 691-692.

auténtica obra de filosofía jurídica⁸⁴, lo que no debe extrañar si se advierte la sólida formación filosófica de Holmes desde sus años más jóvenes⁸⁵. No es, por lo demás, una obra aislada, sino que debe conectarse estrechamente con sus escritos anteriores.

En su trascendental trabajo «The Path of the Law», retomando la idea que ya expresara en su obra más relevante y emblemática, *The Common Law*⁸⁶, cuya 1.ª edición fue publicada en 1881, reiteraba⁸⁷ la falacia de la noción de que «the only force at work in the development of the law is logic»⁸⁸. Holmes aduce que aunque en un sentido amplísimo es cierto que el Derecho es un desarrollo lógico como cualquier otra cosa, existe un peligro evidente a su juicio, que no se encuentra en admitir que los principios que gobiernan los otros fenómenos gobiernen también el Derecho, sino en la idea de que un determinado sistema pueda ser tratado «like mathematics from some general axioms of conduct». Es éste un error propio de las distintas escuelas, si bien el error no queda aquí confinado. Recuerda Holmes haber escuchado en una ocasión a un eminente juez afirmar no haber dictado jamás una decisión de cuya justicia no estuviese absolutamente seguro.

Este modo de pensar lo concibe enteramente natural, pues la formación de los juristas es una formación en la lógica. Los procedimientos de analogía, diferenciación y deducción son los más habituales. «The language of judicial decision –añade nuestro *Justice*– is mainly the language of log-

⁸⁴ César ARJONA, en su «Estudio Preliminar» a la obra Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes, op. cit., pp. 11 y ss.; en concreto, p. 39.

⁸⁵ Kurland se ha hecho eco del profundo interés del joven Holmes por la filosofía, de lo que constituirían buena prueba sus lecturas de Platón, Comte, Fichte, Butler («Ancien Philosophy»), Vaughan («Hours with the Mystics») y Spencer, entre otros. Philip B. KURLAND: «Portrait of the Jurist as a Young Mind», op. cit., p. 212.

⁸⁶ De esta obra diría Jowitt que era «one of the few legal textbooks which the courts have recognized». W. A. JOWITT: «Mr. Justice Holmes. On behalf of the English Bar», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, No. 5, March 1931, p. 681.

⁸⁷ Oliver Wendell HOLMES: «The Path of the Law», en *Harvard Law Review*, Vol. X, No. 8, March 25, 1897, pp. 457 y ss.; en concreto, p. 465.

⁸⁸ En el origen de este dominio de la lógica hay que retrotraerse a la rígida y dogmática concepción medieval, según la cual la jurisprudencia, que en cuanto norma de vida se reconducía a una de las especies de la filosofía, en tanto que *interpretatio verborum*, se insertaba en la lógica. De ahí que, como puede leerse en el Cod. Haenel, siempre «quod tractat de interpretatione verborum supponitur loice». Cfr. al efecto, Mauro CAPPELLETI: «L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico» (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale), en *Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. terzo, CEDAM, Padova, 1958, pp. 83 y ss.; en particular, cfr. el punto relativo a «conferme desunte dalle critiche alla teoria dell'interpretazione giuridica come «pura» attività logica o conoscitiva» (pp. 132-138).

ic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind»⁸⁹. Sin embargo, este deseo de certeza y de tranquilidad es un tanto inconsistente, pues la certeza es generalmente ilusión y la tranquilidad no pertenece al destino del hombre. Es por ello por lo que Holmes entiende⁹⁰ que ninguna proposición concreta es «per se» evidente: «No concrete proposition is self-evident, no matter how ready we may be to accept it, non even Mr. Herbert Spencer's. Every man has a right to do what he wills, provided he interferes not with a like right on the part of his neighbors».

Aunque los primeros teóricos del realismo jurídico norteamericano, Karl N. Llewellyn, Profesor de la *Columbia Law School*, y el Decano Roscoe Pound, de la *Harvard Law School*⁹¹, no formalizarán, por así decirlo, su posición sino hasta los últimos años de la década de los veinte, o incluso en

⁸⁹ Oliver Wendell HOLMES: «The Path of the Law», op. cit., pp. 465-466.

⁹⁰ Ibidem, p. 466.

⁹¹ Especialmente sugestiva sería la trayectoria de Roscoe Pound. En el homenaje que la *Harvard Law Review* le rindió en 1964, con ocasión de su fallecimiento, el *Justice* de la Suprema Corte Thomas Campbell Clark subrayaba la paradoja de que un Doctor en Botánica sea recordado imperecederamente «as an architect of the law». Tom. C. CLARK: «A Tribute to Roscoe Pound», en *Harvard Law Review*, Vol. 78, No. 1, November 1964, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 1.

Desde que en 1896 publicara en *The Green Bag* su primer artículo, «Dogs and the Law», hasta su desaparición en 1964, un millar de títulos vieron la luz, los cuales eran considerados por Griswold, en el mismo homenaje, como sus monumentos, «more durable than bronze and granite» (Erwin N. GRISWOLD: «Roscoe Pound—1870-1964», en *Harvard Law Review*, Vol. 78, No. 1, November 1964, pp. 4 y ss.; en concreto, p. 4). «The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice», «The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence», «Interpretations of Legal History» y «The Spirit of the Common Law», este último traducido al español por José Puig Bretau (El espíritu del «common law», Bosch, Barcelona, 1954).

En el Prefacio que el mismo Pound hacía de la mencionada edición española (escrito en Boston, en abril de 1954), el autor, en pocas palabras, condensaba lo que había sido su permanente visión del Derecho. Tras poner de relieve los enormes cambios producidos en la sociedad (la urbanización), en la economía (la industrialización, la mecanización total, la unificación económica...) y, de resultas de todo ello, en el propio Estado (el Estado se ha convertido en una empresa de servicios), desde que se publicara la 1.ª edición de su libro (en 1921) hasta el momento en que escribe este Prefacio, Pound señalaba que, ello no obstante, «tenemos motivos para confiar en que la técnica del *common law*, la manera de aplicar la experiencia a nuevas situaciones, de buscar su desarrollo de manera racional y de someter la obra de la razón a la prueba de la ulterior experiencia, permitirán al jurista americano triunfar en la empresa de situar al *common law* a la altura de las necesidades de esta hora». Tras recordar unas conocidas palabras de Holmes («la continuidad histórica no es un deber, es una necesidad»), Pound concluye: «No tenemos ninguna obligación de conservar las normas y los dogmas del pasado en la forma que los hemos recibido, pero nos incumbe el deber de trabajar con la experiencia del pasado y con el mismo espíritu del Derecho que nos la ha proporcionado» (Roscoe POUND, Prefacio a la traducción española antes mencionada, pp. 7-9; en concreto, p. 9).

los primeros años de la década inmediata posterior⁹², sin embargo, como el propio Llewellyn admitía, desde el inicio del nuevo siglo, los seguidores de esta nueva forma de entender el Derecho se habían visto emulados por el fermento que había supuesto el liderazgo del Decano Roscoe Pound.

En su formulación de los puntos comunes de partida del realismo⁹³, Llewellyn se hará eco, entre otros, de un punto que queremos ahora recordar: «The conception of the law as a means to social ends and not as an end in itself». Y Pound, en su esbozo de «a program of relativist-realist jurisprudence», que funda en siete puntos⁹⁴, incluirá entre ellos: una actitud funcional que, por ejemplo, supone el estudio no sólo de lo que los preceptos, doctrinas e instituciones son y de cómo han llegado a serlo, sino de cómo operan⁹⁵, y un reconocimiento del significado de cada caso individual, en contraste con el absoluto universalismo del pasado siglo, sin perder de vista el significado de las generalizaciones y conceptos como instrumentos encaminados hacia los fines del orden jurídico. Y en definitiva, a modo de último *item* omnicompreensivo, «a recognition that there are many approaches to juristic truth and that each is significant with respect to particular problems of the legal order»⁹⁶.

La lectura de estos rasgos referenciales del *realistic movement*, por utilizar la identificación que le da Llewellyn, revela bien a las claras la ubicación de Oliver W. Holmes. Bastante tiempo después, Bobbio, refiriéndose a aquellas corrientes sociológicas o neo-realistas que insisten de modo particularmente polémico en la separación entre lógica y Derecho, considerando que les compete el combate histórico por la «liberazione definitiva della giurisprudenza dall'abbraccio mortale con la logica», ubicará a Holmes como abanderado de esta corriente al señalar: «Il motto di questa corrente può essere considerato una della più famose battute del giudice Holmes, le parole con cui inizia l'opera sulla *Common Law*: «Vita del

⁹² En 1931, Llewellyn reafirmaba que no existía una escuela de realistas, que no había un grupo con un credo oficial aceptado, ni tan siquiera emergente. «There is, however, a movement in thought and work about law. The movement, the method of attack, is wider than the number of its adherents». Karl N. LLEWELLYN: «Some Realism about Realism—Responding to Dean Pound», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 1222 y ss.; en concreto, pp. 1223-1224.

⁹³ Cfr. al efecto, Karl N. LLEWELLYN: «Some Realism about Realism...», op. cit., pp. 1235 y ss.

⁹⁴ Cfr. al respecto, Roscoe POUND: «The call for a realist jurisprudence», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 697 y ss.; en concreto, pp. 710-711.

⁹⁵ «... our new realist in jurisprudence will urge particularly study of concrete instances of rules or doctrines or institutions in action». Roscoe POUND: «The call for a realist jurisprudence», op. cit., p. 710.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 711.

diritto non fu la logica, ma l'esperienza»⁹⁷. Cuando Holmes escribe esta reflexión («the life of the law has not been logic: it has been experience»), y a ella añade que el Derecho encuentra su filosofía en «considerations of what is expedient for the community concerned», está haciendo sonar, dirá Schwartz⁹⁸, el clarín de la jurisprudencia del siglo XX⁹⁹.

La desconfianza de Holmes en la lógica y en la «mathematical nicety» de las soluciones jurídicas se iba a traducir en su doctrina del significado vital, que no formal, de la Constitución, y en el acento que iba a poner sobre las cuestiones de grado o condición social¹⁰⁰. Esa visión contraria a una jurisprudencia mecánica y, por lo mismo, abierta a la sociedad, a la realidad, que puede comprenderse perfectamente si se atiende a lo que muchos años después aducía otro enorme jurista, Calamandrei, para quien «la realtà è sempre più ricca di ogni previsione»¹⁰¹, y por lo mismo, «il giurista non è infatti un conservatore di vecchie formule fuori d'uso, quasi come chi dicesse il conservatore di un museo di anticaglie»¹⁰², tendrá su vivo reflejo en los *dissents* de Holmes.

Recordaremos a este respecto dos ejemplos bien significativos. El primero lo encontramos en el caso *Coppage v. Kansas* (1915), desencadenado por el despido de un guardagujas por una compañía ferroviaria por negarse a renunciar a su afiliación sindical, lo que acontece en 1911, despido que una ley de Kansas de 1909 consideraba una falta. Holmes, en un conciso *dissent*, expuso su visión hermenéutica abierta a la sociedad: «En las condiciones actuales, no es extraño que un trabajador piense que sólo perteneciendo a un sindicato puede asegurarse un contrato justo (...). Si esa

⁹⁷ Norberto BOBBIO: «Diritto e Logica», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Anno XXXIX, fascicolo I-III, Gennaio/Giugno 1962, pp. 9 y ss.; en concreto, pp. 11-12. Añadamos, aunque sea de modo marginal, que en este clásico trabajo, Bobbio postulará la distinción entre lógica del Derecho y lógica de los juristas, análoga a la que postularía Kalinowski entre lógica de las normas y lógica jurídica.

⁹⁸ Bernard SCHWARTZ: «The Judicial Ten...», op. cit., p. 424.

⁹⁹ En palabras de uno de los más brillantes realistas, Felix S. Cohen, formuladas en su etapa final, «las vivas ficciones y metáforas de la jurisprudencia tradicional no son más que poéticas y nemotécnicas estratagemas para formular decisiones sustentadas con base en otros fundamentos». L. K. COHEN, ed.: *The Legal Conscience—Selected Papers of Felix S. Cohen*, Yale University Press, New Haven, 1960, p. 37. Cit. por Alexander M. BICKEL: *The Least Dangerous Branch (The Supreme Court at the Bar of Politics)*, 2nd ed., Yale University Press, New Haven and London, 1986 (first published, 1962, by the Bobbs-Merrill Company, Inc.), p. 79.

¹⁰⁰ Análogamente, Carmelo GERACI, en su «Introduzione» a la obra de Oliver W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, op. cit., p. XXXIX.

¹⁰¹ Piero CALAMANDREI: «La funzione della giurisprudenza nel tempo presente», en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, Anno IX, n.º 2, Giugno 1955, pp. 252 y ss.; en concreto, p. 258.

¹⁰² *Ibidem*, p. 253.

creencia, sea correcta o errónea, puede mantenerla una persona razonable, considero que puede ser impuesta jurídicamente para garantizar la igualdad entre las partes que fundamenta la libertad contractual». «No me incumbe decidir si la promulgación de este tipo de leyes resultará a largo plazo beneficiosa o no para los trabajadores, pero opino firmemente que no hay nada en la Constitución de los Estados Unidos que lo impida». Frente a tal posición, el *Justice* Mahlon Pitney, escribiendo la *opinion of the Court*, y con fundamento en el derecho a comprar y vender mano de obra, entendió que el trabajador había tenido libertad de elección, por lo que su despido empresarial no podía ser considerado una falta.

Bien significativo será asimismo el posicionamiento de Holmes en el caso *Gitlow v. New York* (1925). El Sr. Gitlow había sido acusado de promover «anarquía criminal», que una ley de Nueva York definía como aquella doctrina que postulaba que el gobierno organizado fuera derrocado por la fuerza. La causa de la acusación era un panfleto escrito por el Sr. Gitlow, «The Left Wing Manifesto», publicado por el ala izquierda del partido socialista en Nueva York, en junio de 1919. El *Justice* Edward Terry Sanford, redactor de la *opinion of the Court*, reconoció que la ley no castigaba doctrinas abstractas, pero entendió que en su última frase («La Internacional Comunista llama al proletariado del mundo a la lucha definitiva») el manifiesto contenía un lenguaje de instigación directa. Ante la cuestión realmente relevante de si la ley newyorkina privaba a Gitlow de su libertad de expresión en violación de la cláusula del *due process of law* de la Decimocuarta Enmienda, Sanford afirmó que había peligro «en una simple chispa revolucionaria» y confirmó la constitucionalidad de la ley.

En su *dissent*, suscrito conjuntamente con el *Justice* Brandeis, Holmes consideró que la decisión debía ser revocada. Tras reivindicar la aplicación del criterio utilizado por la Corte en el caso *Schenck v. United States* (1919) (atender a las circunstancias para apreciar si se ha creado realmente un peligro claro e inminente que el Estado tiene el derecho de impedir) y relativizar la diferencia entre la expresión de una opinión y una instigación (en sentido estricto, la única diferencia es el entusiasmo del orador en relación con el resultado), Holmes sostendrá: «Si las creencias expresadas a través de la dictadura del proletariado están destinadas a ser aceptadas por las fuerzas dominantes de la comunidad, el único sentido de la libertad de expresión es que se les conceda su oportunidad y puedan abrirse camino». La grandeza del pensamiento holmesiano aún se puede apreciar en mayor medida si se recuerda que no tenía ninguna simpatía respecto de la ideología comunista. Pero la tolerancia y el rechazo de cualquier absolutismo marcarían toda su vida. Felix Frankfurter, que habría de ser otro de los

grandes *Justices* de la *Supreme Court*, así lo subrayaba en 1931, cuando concluía un estudio introductorio a la publicación de varios de los trabajos de juventud de Holmes, afirmando: «The philosopher's stone which Mr. Justice Holmes has constantly employed for arbitrament is the conviction that our constitutional system rests upon tolerance and that its greatest enemy is the Absolute»¹⁰³.

Las reflexiones precedentemente transcritas en su *dissent* en el caso *Gitlow* no son sino una muestra más de su pragmatismo, de su rechazo de toda visión intransigente y absoluta y, en último término, de su visión de la Constitución como una norma abierta hacia el futuro, como a *living Constitution*.

D) LOS GRANDES *DISSENTS* DE HOLMES

a) El *dissent* en el *Child Labor case* (1918)

Hemos de ocuparnos finalmente de dos de los *dissents* más célebres, y a la par trascendentes, de Holmes. Su disidencia en el conocido como el *Child Labor case*, a la que se unieron los Jueces Brandeis, McKenna y Clarke, y la que quizá ha suscitado mayores comentarios de todas las opiniones divergentes expresadas por Holmes: su *dissenting opinion* en el caso *Lochner*.

En el caso *Hammer v. Dagenhart* (1918), también conocido como el *Child Labor case*, la Corte consideró que el Congreso había sobrepasado sus límites constitucionales al aprobar en 1916 una ley (la conocida como *Keating-Owen Child Labor Act*) prohibiendo el transporte interestatal de mercancías producidas con la ayuda del trabajo de los niños. La mayoría interpretó que la ley no pretendía regular el transporte interestatal, sino establecer un *standard* acerca de la edad a partir de la cual los niños podían ser empleados¹⁰⁴. Los Jueces de la mayoría vinieron a entender que si la ley relativa al trabajo de los niños fuera apoyada, «the American system of dual governmental powers might be practically destroyed».

¹⁰³ Felix FRANKFURTER: «The early writings of O. W. Holmes, Jr.», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 717 y ss.; en concreto, p. 724.

¹⁰⁴ En la *opinion of the Court*, escrita por el *Justice* William Rufus Day, se puede leer lo que sigue: «The Act in its effect does not regulate transportation among the States, but aims to standardize the ages at which children may be employed in mining and manufacturing within the States. The goods shipped are of themselves harmless... When offered for shipment, and before transportation begins, the labor of their production is over, and the mere fact that they were intended for interstate commerce transportation does not make their production subject to federal control under the commerce power».

El *dissent* de Holmes en este caso es, ante todo, un argumento contra la inserción en las decisiones judiciales de puntos de vista personales sobre aspectos de política social. Significativamente, Holmes mencionaba en su disidencia la afirmación del *Chief Justice* Salmon P. Chase (que, nombrado por Lincoln, ocupó la presidencia de la Corte entre 1864 y 1873), realizada medio siglo antes, en el sentido de que «the judicial cannot prescribe to the legislative department of the governmental limitations upon the exercise of its acknowledged powers».

El motivo colateral para la anulación de la *Child Labor Act* fue su supuesto impacto sobre la economía interna de los Estados, consideración que el disidente juzgó por entero irrelevante, pues, a juicio de Holmes, «the Act does not meddle with anything belonging to the States». Los Estados «pueden regular sus asuntos internos y su comercio interior («domestic commerce») como ellos quieran». Pero cuando los Estados traten de enviar sus productos más allá de la demarcación estatal, entonces estarán yendo más allá de sus derechos. Si no hubiera Constitución ni Congreso, sus poderes para traspasar tal demarcación dependerían de sus vecinos. Pero, añade Holmes, «under the Constitution such commerce belongs not to the States but to Congress to regulate. It may carry out its views of public policy whatever indirect effect they have upon the activities of the States».

En fin, en el *Child Labor case*, Holmes insistió en que los jueces no se encontraban en libertad para preocuparse por sí mismos de los motivos que pudieran inspirar una determinada legislación. Como dijera Konefsky¹⁰⁵, «his call for judicial objectivity was stern and even sardonic». Algunas de las reflexiones del gran disidente corroboran tal apreciación:

«The notion that prohibition is any less prohibition when applied to things now thought evil I do not understand –escribe Holmes en su *dissent*–. But if there is any matter upon which civilized countries have agreed –far more unanimously than they have with regard to intoxicants and some other matters over which this country is now emotionally aroused– it is the evil of premature and excessive child labor. I should have thought that if we were to introduce our own moral conceptions where in my opinion they do not belong, this was preeminently a case for upholding the exercise of all its powers by the United States.

But I had thought that the propriety of the exercise of a power admitted to exist in some cases was for the consideration of Congress alone and that this Court always has disavowed the right to intrude its judgment upon questions

¹⁰⁵ Samuel J. KONEFSKY: «Holmes and Brandeis: companions in dissent», op. cit., p. 286.

of policy or morals. It is not for this Court to pronounce when prohibition is necessary to regulation if it ever may be necessary—to say that it is permissible as against strong drink but not so against the product of ruined lives».

El rechazo de Holmes a que la Corte impregne su pronunciamiento de consideraciones políticas o morales es manifiesto, y constituirá una de las constantes de su posicionamiento judicial.

El Congreso reaccionaría con rapidez frente a la desafortunada decisión de la Corte, aprobando una segunda *federal Child Labor law*, utilizando para ello su *taxing power* para aplicar a los fabricantes los mismos standards normativos incluidos en la *Keating-Owen law*. La Corte, imperterrita, y dando una vez más muestra de su absoluta insensibilidad social, volvió a derribar la nueva ley protectora de los niños, en esta ocasión en el caso *Bailey v. Drexel Furniture Co.* (1922). Sin embargo, el tiempo terminaría dando la razón a Holmes dos décadas más tarde. En efecto, en el caso *United States v. Darby Lumber Co.*, una sentencia decidida por unanimidad el 3 de febrero de 1941, escribiendo para la Corte el Justice Harlan Fiske Stone, que justamente cinco meses después (el 3 de julio) sería nombrado *Chief Justice* por el Presidente Roosevelt, y en la que Stone aludiría de modo explícito al «poderoso y ahora clásico *dissent* de Holmes», la Corte llevaba a cabo el *overruling* de la doctrina sentada en el *Child Labor case*, considerando plenamente conforme con la Constitución la *Fair Labor Standards Act* (también llamada la *Wages and Hours Act*), aprobada en 1938, y considerada el texto legal principal de la *New Deal legislation*. Añadamos que esta ley establecía un marco de salarios mínimos y de unos máximos de horas de trabajo para los empleados de las industrias cuyos productos fueren transportados y utilizados para el comercio interestatal. Poco más de 22 años después, la posición de Holmes en este punto, tan relevante socialmente, se convertía en la doctrina oficial de una Corte unánime, dato este último bien revelador del cambio de posicionamiento de sus miembros, nuevos en su gran mayoría.

b) El *Lochner case* (1905)

La sentencia del caso *Lochner*, que Rehnquist, quien fuera hasta su fallecimiento hace muy pocos años *Chief Justice* del Tribunal, calificara como una de las más desafortunadas decisiones de la Corte¹⁰⁶, representa

¹⁰⁶ William H. REHNQUIST: *The Supreme Court. How It Was How It Is*, Quill/William Morrow, New York, 1987, p. 205.

uno de esos momentos de la historia de la *Supreme Court* en el siglo XX en que los jueces, temporalmente, se hicieron la ilusión de que el movimiento de progresiva normación de la vida social y laboral podía ser interrumpido más que retrasado por los pronunciamientos judiciales. Las excepciones que los jueces admitieron en sus decisiones frente a las leyes reguladoras de los horarios laborales (*hours laws*), particularmente el principio relativo a las ocupaciones insalubres, no podían ocultar, como reconocería McCloskey¹⁰⁷, el hecho de que una rigurosa línea había sido trazada.

De los muchos *dissents* que escribió Holmes, ninguno tan celebrado y conocido como el que formularía en un caso no menos comentado y, desde luego, emblemático de la reticente actitud de la Corte frente a la legislación social, como sería el *Lochner case*. El caso *Lochner v. New York* fue decidido el 17 de abril de 1905 por el voto de 5 frente a 4 Jueces, escribiendo la *opinion of the Court* el Justice Rufus W. Peckham y presentando sus *dissents* los Jueces Holmes y Harlan (uniéndose al del último los Jueces Edward D. White y William R. Day). La mejor comprensión de las posiciones de la Corte y de los disidentes creemos que exige hacer unas reflexiones previas sobre el que venía siendo (y sería hasta el triunfo en 1937 de la Revolución constitucional) el posicionamiento de la *Supreme Court* desde fines del siglo XIX en torno a los temas socio-económicos, absolutamente condicionado por el desmesurado y absolutista enfoque que, al amparo de la cláusula del *due process of law*, iba a dar a la *liberty of contract*. Ello puede contribuir a explicar, que no a justificar, el sistemático rechazo de la Corte a las leyes integrantes del *New Deal* rooseveltiano.

a') *La posición de la Corte: La reconducción a la cláusula del due process of law de la liberty of contract. La absolutización de esta libertad y sus bases intelectuales*

1. En el tramo final del siglo XIX, la Corte Suprema había elaborado laboriosamente un «set of doctrines» que podía ser utilizado para el control judicial de las relaciones atinentes a los asuntos de gobierno. Con arreglo a estas doctrinas, las medidas económicas quedaban ahora sujetas a revisión judicial, con la particularidad de que esta supervisión, como señala McCloskey¹⁰⁸, podía ser estricta y constante o laxa y ocasional, como el Tribunal prefiriera. Esta libertad de opción en el control fue inherente, entre

¹⁰⁷ Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, op. cit., p. 103.

¹⁰⁸ Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, op. cit., p. 108.

otras doctrinas, a las *tax doctrines*, a las *commerce doctrines* y, sobre todo, a las *due process doctrines*.

La cláusula del *due process of law* fue contemplada por la Enmienda V y reproducida más tarde por la sección primera de la Enmienda XIV¹⁰⁹, visualizándose inicialmente dentro del ámbito del *criminal process* en un doble sentido: *procedural due process* y *substantive due process*, lo que no significaba un abandono del ámbito procesal penal, sino tan sólo que dentro del mismo algunas garantías tenían un contenido más sustantivo, como la no obligación de responder por un delito «unless on a presentment or indictment of a Grand Jury». Sin embargo, ya antes de la Guerra Civil, y el caso *Dred Scott* (1857) es un buen ejemplo de ello, comenzó a acudirse a la V Enmienda como una garantía sustantiva de determinados derechos de propiedad.

La nueva jurisprudencia iba a consolidarse en 1897, en el caso *Allgeyer v. Louisiana*, decidido por unanimidad, escribiendo la *opinion of the Court* el Juez Peckham. En esta sentencia, la Corte, por primera vez, consideró inconstitucional una ley estatal (de Louisiana) por el hecho de que privaba a una persona de su derecho a contratar, de su libertad contractual. La Corte establecía de esta forma la *liberty of contract*, entendiendo que la libertad garantizada por la Constitución incluye el derecho de una persona «to be free in the enjoyment of all his faculties, to be free to use them in all lawful ways; to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts» que puedan ser apropiados para la realización de tales objetivos¹¹⁰. La ley en cuestión, en pocas palabras, prohibía actuar como intermediarios de seguros a empresas que no estuviesen autorizadas para realizar operaciones en el Estado de Louisiana.

¹⁰⁹ Recordemos la dicción de esta bien conocida norma constitucional: «All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws». La Enmienda XIV, a cuya sección 1.ª pertenece el texto transcrito, fue ratificada en 1868, y forma parte del trío de Enmiendas (XIII, XIV y XV) que se ratificaron tras la Guerra Civil (en 1865, 1868 y 1870, respectivamente). En cualquier caso, ya el texto de la Enmienda V —que en cuanto integrante de las diez primeras Enmiendas (ratificadas en 1791) constituye el llamado *Bill of Rights*, que inicialmente se consideró de aplicación tan sólo a la Unión— incluye la cláusula del *due process of law* («No person... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...»).

¹¹⁰ Cfr. al efecto, Charles Evans HUGHES: *The Supreme Court of the United States (Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation)*, Columbia University Press, New York, 1928, pp. 204-205. Existe asimismo una edición en español, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, 2.ª ed. española, México, 1971.

Progresivamente, el contenido sustantivo de la Quinta y Decimocuarta Enmiendas se acentuó, lo que, innecesario es decirlo, incrementó notablemente el activismo judicial. La *liberty of contract* se convirtió en algo sagrado, con la sola excepción de los «business affected with a public interest», anudándose a tal visión la consideración de que cualquier interferencia gubernamental con las relaciones económicas esenciales, tales como los precios o los salarios, violaba esa misma libertad de contrato.

El caso *Adair v. United States*, decidido el 27 de enero de 1908 por 7 votos frente a 2, expresando Harlan la *opinion of the Court*, y manifestándose en *dissent* Holmes y McKenna, es verdaderamente paradigmático de este posicionamiento de la Suprema Corte. En este caso se enjuició la llamada *Erdman Act* de 1898, que trataba de prevenir la ruptura del comercio interestatal de resultas de disputas laborales. John Marshall Harlan, escribiendo para la Corte, razonaría como sigue: «The right of a person to sell his labor upon such terms as he deems proper, is in its essence, the same as the right of the purchaser of labor to prescribe the conditions upon which he will accept such labor from the person offering to sell it. So the right of the employee to quit the service of the employer, for whatever reason, is the same as the right of the employer, for whatever reason, to dispense with the services of such employee (...). In all such particulars the employer and the employee have equality of right, and any legislation that disturbs that equality is an arbitrary interference with the *liberty of contract*, which no government can legally justify in a free land».

El Justice Joseph McKenna, en su disidencia, clamó en favor del *judicial realism*, mientras que Oliver W. Holmes se hizo eco de la posición que ya había manifestado con toda nitidez en su *dissent* en el *Lochner case*. Para Holmes, no cabía duda: el legislativo era el árbitro adecuado de las políticas públicas y, en cuanto tal, podía razonablemente limitar la libertad de contrato. Añadamos que Roscoe Pound consideraría esta sentencia como el emblema de la «mechanical jurisprudence», en cuanto que, a su juicio, la misma recurría a tecnicismos y conceptualizaciones («technicalities and conceptualizations») cuyo fin último no era otro que hacer fracasar los fines exigidos por la justicia.

Los sociólogos y los partidarios de un enfoque realista del Derecho se situarían a años luz del enfoque del *Adair case*. «Much of discussion about *equal rights* –escribe Ward, un conocido sociólogo¹¹¹– is utterly hollow. All the ado made over the system of contract is surcharged of fallacy». Pound,

¹¹¹ WARD: *Applied Sociology*, p. 281. Cit. por Roscoe POUND: «Liberty of contract», en *Yale Law Journal*, Vol. XVIII, 1908-1909, pp. 454 y ss.; en concreto, p. 454.

de cuya dura crítica a la sentencia acabamos de hacernos eco, se situaba de modo inequívoco en la misma posición. A su juicio¹¹², para cualquier persona bien informada acerca de las actuales condiciones de la industria, la precedente afirmación no tenía vuelta de hoja («goes without saying»). ¿Por qué entonces los tribunales persisten en la falacia? ¿Por qué imponen muchos de ellos una teoría económica de la igualdad frente a las condiciones reales de desigualdad?

2. Creemos de interés ahora detenernos brevemente en las bases intelectuales y en el proceso histórico que conducen a una visión tan irreal del Derecho.

Como soporte último de esta visión nos encontramos con la teoría del *laissez faire*, que, como recordara uno de los mayores constitucionalistas norteamericanos, Corwin¹¹³, dominó el pensamiento de la *American Bar Association*, fundada en 1878, y posteriormente el de la propia *Supreme Court*. Se trataba de una construcción pretenciosa y compleja que se presentó de la noche a la mañana al pueblo norteamericano como si de una nueva doctrina de Derecho natural se tratase, una doctrina que, innecesario es decirlo, otorga al mantenimiento de la competitividad económica el «status of a preferred constitutional value».

En el trasfondo de todo ello hemos de remontarnos a Adam Smith (1723-1790) y a su obra clave, *Wealth of Nations* (Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones), publicada en Londres en 1776, en la que, a partir de la sencilla idea de que la fuente de toda riqueza es la actividad, el trabajo del hombre, de resultados de la cual, la mejor organización económica se alcanza de modo espontáneo cuando el hombre puede actuar bajo el impulso de su interés personal, se vienen a fijar unos principios del orden económico llamados a asegurar automáticamente el bienestar social. En 1857, John Stuart Mill, en su *Political Economy*, planteaba una visión revisada de la obra smithiana, proponiendo el principio del *laissez faire* como un principio útil tanto para la política como para la legislación. Esta filosofía era seguida asimismo por Charles Darwin (1809-1882) en su obra capital, *Origins of Species* (1859), e igualmente por el sociólogo y filósofo Herbert Spencer (1820-1903), —objeto en los *dissents* de Holmes de algunas célebres referencias— en cuya obra *Justice* (1891) se planteará por vez primera con cierta amplitud la cuestión de si «the right to free contract» podía ser considerado como un derecho fundamental.

¹¹² Roscoe POUND: «Liberty of contract», op. cit., p. 454.

¹¹³ Edward S. CORWIN: «John Marshall, Revolutionist malgré lui», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1955-1956, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 17.

En Norteamérica, uno de los discípulos de Spencer, John Fiske, contribuiría a que se reforzara la noción de la «governmental passivity». Spencer vino a deducir de su doctrina, comúnmente conocida como del *laissez faire*, su formulación de la justicia, de modo tal que llegó a ser un principio fundamental del credo de quienes pretendían minimizar las funciones del Estado, que la más trascendente de sus funciones era reforzar a través del Derecho las obligaciones creadas por los contratos. Sin embargo, como recordaba Pound¹¹⁴, no cabía olvidar que con su filosofía los individualistas ingleses pretendían abolir un cuerpo institucional anticuado que impedía el progreso humano. A tal efecto, «the freedom of contract» pareció ser el mejor y más operativo instrumento. Ello, por supuesto, propició que el *common law* llegara a ser completamente individualista. Pero es obvio que las circunstancias de fines del siglo XIX eran muy distintas a las de un siglo antes, no obstante lo cual tal concepción iba a mantenerse en las instituciones clave de la vida jurídica norteamericana¹¹⁵. De esta forma, como pusiera de relieve Corwin¹¹⁶, tras algunas vacilaciones, la *Supreme Court* iba a terminar admitiendo que «the term *liberty* of the «due process» clause was intended to annex the principles of *laissez faire* capitalism to the Constitution and put them beyond reach of state legislative power»¹¹⁷.

¹¹⁴ Roscoe POUND: «Liberty of contract», op. cit., p. 457.

¹¹⁵ Edward S. CORWIN –en *The Twilight of the Supreme Court (A History of our Constitutional Theory)*, Archon Books (first edition by Yale University Press, 1934), 1970, pp. 20-21– se hace eco de cómo el principio del *laissez faire* también interfirió sobre «the power to regulate commerce in the sense of governing it», lo que ocurrió por vez primera en el *Sugar Trust case*, que concernía a la *Sherman Anti-Trust Act* de 1890.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 77-78.

¹¹⁷ Quizá no deba extrañar por ello mismo que en 1913 Beard, en su célebre libro *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, incluyera entre sus conclusiones la siguiente: «La Constitución es fundamentalmente un texto económico que parte del principio según el cual los derechos esenciales de propiedad son anteriores a todo gobierno y moralmente se hallan fuera del alcance de las mayorías populares». Manejamos la versión francesa de la obra. Charles A. BEARD: *Une Relecture Économique de la Constitution des États-Unis*, Economica, Paris, 1988, p. 297.

En sintonía con la idea precedente, aún debe extrañar menos que Beard sostuviera en su obra que la separación entre legislativo y ejecutivo formalizada en la Constitución de 1787 fuera en último término la resultante de que los propietarios, los capitalistas, quisieran asegurarse frente a la supremacía del legislativo, impidiendo así que pudiera atentar contra sus intereses de resultas de los impulsos democratizadores del pueblo. Ello, por supuesto, no significaba postergar la influencia de Montesquieu, sino tan sólo, como bien adujera Cotta, explicar que tras la aceptación del célebre principio de Charles Louis de Secondat existía un puro determinismo económico. Cfr. a este respecto, Sergio COTTA: «Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la Constitution Fédérale des États-Unis», en *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1951, pp. 225 y ss.; en concreto, p. 245.

b') *El dissent de Holmes y su trascendencia*

1. El conocido como «caso de las panaderías» (*bakeshop case*) se produjo a raíz de una ley del Estado de Nueva York que estableció la prohibición de que los panaderos trabajaran más de diez horas al día o sesenta a la semana. Hacia fines del siglo XIX no era infrecuente que los trabajadores cualificados de las panaderías trabajaran más de un centenar de horas semanales. En las ciudades, las panaderías se hallaban generalmente localizadas en los sótanos de las casas de vecindad, con lo que la combinación de un largo número de horas expuestos al polvo de la harina, la humedad y las temperaturas extremas de calor y frío de esos sótanos, hizo pensar a los legisladores que tendría efectos nocivos sobre la salud de esos trabajadores, circunstancia que condujo a la Legislatura del Estado de Nueva York, en 1895, a dictar una ley regulando las condiciones sanitarias a que había de acomodarse el trabajo de los panaderos, incluyendo en esa regulación el establecimiento de unos límites máximos de horas de trabajo.

Una empresa de panadería de Utica, que había sido multada en dos ocasiones por contravenir las previsiones de la Ley de 1895, planteó un litigio aduciendo que la ley era inconstitucional al establecer una regulación discriminatoria en cuanto vulneradora del principio de igualdad. La *litis* llegó a la *Supreme Court*, y la problemática que se planteó el ponente de la sentencia, el Juez Peckham, fue la de qué debía prevalecer: si la libertad de contratación o, por el contrario, el *police power* estatal.

Definiendo la posición ajustadamente mayoritaria, Peckham consideró que la ley traspasaba el límite marcado constitucionalmente frente al ejercicio por parte de los Estados de sus competencias de policía. La mayoría iba a rechazar que la ley tuviera un fundamento razonable, pues no podía considerarse que una ley de sanidad pudiera entrañar una injerencia ilegítima en los derechos de los ciudadanos (tanto trabajadores como patronos) a pactar sus horarios de trabajo como mejor les conviniera. «Leyes como ésta –puede leerse en la sentencia– que limitan las horas que los adultos con plena capacidad pueden trabajar para ganarse la vida, no son sino intromisiones ilegítimas en los derechos de los ciudadanos». En definitiva, la ley sería declarada inconstitucional al ser considerada como una innecesaria, irrazonable y arbitraria interferencia sobre la libertad de contratación y, por lo mismo, como una norma legal vulneradora de la Decimocuarta Enmienda.

Sería justamente esta sentencia, junto a otras dos dictadas en la misma época por la Corte Suprema del Estado de Nueva York, los casos en que ya el Presidente Theodore Roosevelt fundamentó las bases de su crítica a

los tribunales, propiciando su famosa «Charter of Democracy», discurso pronunciado en Columbus (Ohio), en 1912, en el que se manifestó a favor del *recall* de los jueces¹¹⁸.

2. En su celeberrimo y ensalzado *dissent*, el Justice Holmes comenzará señalando que el caso en cuestión se había decidido en base a una teoría económica que una gran parte del país no compartía. A la posteridad pasaría su bien conocida afirmación de que «the Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's *Social Statics*», alusión con la que Holmes se refería a la obra que Herbert Spencer había publicado en 1851 (*Social Statics or The Conditions Essential to Human Happiness Specified, and the First of Them Developed*). En ella, el ya antes mencionado filósofo defensor del evolucionismo (de hecho, este libro era uno de los varios de Spencer en que el sociólogo inglés plasmaría las doctrinas del darwinismo social) sostendría una radical defensa del principio del *laissez faire*. Como ya dijimos, en su clásico trabajo, «The Path of the Law», Holmes se había hecho eco de la tesis spenceriana de que «todo hombre tiene el derecho a hacer lo que quiera, con tal que no interfiera en el mismo derecho que tienen sus vecinos», considerando que ni siquiera tal propuesta era por sí misma evidente. Este libro de Spencer, como gran parte de su obra, alcanzó una gran popularidad tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos durante el último tercio del siglo XIX, no sólo a un nivel estrictamente científico, sino asimismo sobre la propia opinión pública norteamericana¹¹⁹.

Más adelante, Holmes expresa su rechazo respecto de la idea de que una Constitución encarne una determinada teoría económica: «A Constitution is not intended to embody a particular economic theory, wether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of *laissez faire*. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar, or novel, and even shocking, ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States».

«Creo –manifestaré para concluir su voto disidente– que la palabra libertad, tal como consta en la Decimocuarta Enmienda, es tergiversada cuando se la toma para impedir las consecuencias naturales de una opinión

¹¹⁸ Thomas Jefferson KNIGHT: «The dissenting opinions of Justice Harlan», en *The American Law Review*, Vol. LI, July/August 1917, pp. 481 y ss.; en concreto, p. 504.

¹¹⁹ Así lo reconocería Rehnquist, quien se hace eco al efecto de un juicio de Hofstadter, para quien: «In the three decades after the Civil War it was impossible to be active in any field of intellectual work without mastering Spencer». William H. REHNQUIST: *The Supreme Court*, op. cit., p. 208.

dominante, a no ser que pueda afirmarse que una persona sensata y razonable necesariamente reconocería que la ley propuesta infringe principios fundamentales tal como han sido entendidos por las tradiciones de nuestro pueblo y de nuestro Derecho. No se requiere investigación alguna para demostrar que no puede pronunciarse tan radical condena contra la ley que nos ocupa. Una persona razonable podría considerarla una medida adecuada en pro de la salud».

El *dissent* de Holmes no sólo sentó las bases para la posterior retirada por parte de la Corte de la peculiar interpretación del *substantive due process* que venía manteniendo, sino que se convirtió en un elemento decisivo en la legitimación de las *dissenting opinions*, e incluso, como diría Ray¹²⁰, en que éstas se vieran rodeadas de un aura de fantasía. En análoga dirección, Palmer puso de relieve¹²¹ que el vigor de la argumentación holmesiana, la fascinación de su personalidad y, sobre todo, el triunfo posterior de sus ideas en materias de profundo significado, condujo a revelar y confirmar la capacidad de las *dissenting opinions* para operar como «a powerful instrument of change in the law». Pero por encima de todos los demás *dissents* de Holmes, éste, como reconocería otro de los grandes *Justices* de la Corte, Benjamin Nathan Cardozo, marcará el inicio de una nueva era¹²².

¹²⁰ Laura Krugman RAY: «Justice Brennan and the jurisprudence of dissent», en *Temple Law Review*, Vol. 61, No. 2, Summer 1988, pp. 307 y ss.; en concreto, p. 310.

¹²¹ Ben W. PALMER: «Supreme Court of the United States: Analysis of Alleged and Real Causes of Dissents», en *American Bar Association Journal*, Vol. 34, 1948, pp. 677 y ss.; en concreto, pp. 680-681.

¹²² Los cambios sociales de fines del siglo XIX y principios del XX iban a tener un reflejo en la reformulación de los derechos fundamentales. Hough fijará el alba de una nueva época en 1883, de resultas de la sentencia dictada en el caso *Hurtado v. California* (1884). Charles M. HOUGH: «Due Process of Law—To Day», en *Harvard Law Review*, Vol. XXXII, 1918-1919, pp. 218 y ss.; en concreto, p. 227.

En el caso que acabamos de mencionar, la Corte Suprema reconoció que las Constituciones escritas en los Estados Unidos fueron consideradas esenciales para la protección de los derechos y libertades del pueblo frente a los abusos del poder delegado a sus gobiernos y que las previsiones de los *Bill of Rights* «were limitations upon all the powers of government, legislative as well as executive and judicial» (Charles Evans HUGHES: *The Supreme Court...*, op. cit., p. 194). Si la nueva época de las libertades podía entenderse que ya había sido esbozada, aún habría de verse oscurecida por brumas y nieblas. Todavía en 1905 la decisión dictada en el *Lochner case* mantenía un discurso insensible a la luz del nuevo espíritu. Sin embargo, no se podía decir otro tanto del *dissent* de Holmes. Todo lo contrario. Como escribiría Cardozo, «it is the dissenting opinion of Justice Holmes which men will turn to in the future as the beginning of an era». (Benjamin N. CARDOZO: *The nature of the judicial process*, op. cit., p. 79).

El antes citado Hough escribiría al respecto: «No man has seen more plainly that the court was measuring the legislature's reasons by its own intellectual yardstick than has Justice Holmes; none more keenly perceived that the notations thereupon marked those results of environment and education which many men seem to regard as the will of Good

Aunque la idea ya ha quedado plasmada, vale la pena insistir en ella en los términos en que lo ha hecho Kurland¹²³, para el que una de las consecuencias de la contribución de Holmes al Derecho anglo-americano fue la destrucción del mito de la certeza del Derecho. Realmente, ya en esta trascendental etapa de la vida de la *Supreme Court* esa idea de certeza era cuestionada. En coherencia con ello, se veía como algo natural que los jueces discreparan. No faltó incluso quien considerara¹²⁴ que lo extraño no era que los jueces discreparan, sino que no se produjeran tales divergencias de criterio.

En el trasfondo de todo ello se trasluce una transformación del instituto del *dissent*, que va a pasar a convertirse en un instrumento a cuyo través los jueces van a afirmar su personal responsabilidad, que entendían como perteneciente a un orden más elevado, el de la responsabilidad institucional asumida ante la Corte por cada uno de ellos, o por la propia Corte ante la ciudadanía. Así las cosas no ha de extrañar lo más mínimo que el *Justice Jackson* escribiera en 1955 que «the Court functions less as one deliberative body than as nine». Nadie puede dudar, apostillaría ZoBell¹²⁵, de que tal proposición reflejaba una situación de hecho, o por lo menos un deseable estado de cosas, y es por lo mismo por lo que el propio autor entiende que a partir de los años treinta puede hablarse de un retorno a las *seriatim opinions*.

En todas estas transformaciones, no podemos en modo alguno dejar de reconocerlo, el rol que desempeñará Holmes será de la mayor relevancia. El decisivo cambio jurisprudencial que tendrá lugar en la *Supreme Court* tras el triunfo de la *Constitutional revolution* (1937) debe mucho al pensamiento holmesiano. Pero para concluir con esta breve aproximación a su trayectoria judicial como *dissenter* y a su pensamiento, quizá nada sea tan

or the decrees of fate» (Charles M. HOUGH: «Due Process of Law...», op. cit., p. 232). En fin, quien habrá de ser otro gran Justice, Frankfurter, subrayará el crudo empirismo latente en otra de las conocidas afirmaciones que Holmes hace en su dissent del *Lochner case*, aquella en la que dice: «General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise». (Felix FRANKFURTER: «The constitutional opinions of Justice Holmes», en *Harvard Law Review*, Vol. XXIX, 1915-1916, pp. 683 y ss.; en concreto, p. 687.

¹²³ Philip B. KURLAND: «The Supreme Court and the Attrition of the State Power», en *Stanford Law Review*, Vol. 10, 1957-1958, pp. 274 y ss.; en concreto, p. 277.

¹²⁴ «In the reports of the courts of last resort –escribe Stager– there are many decisions by a divided court. That judges frequently do not agree, is not at all strange – it would be strange if it were otherwise, for the law is not an exact science, like mathematics, but, at the last analysis, it is merely some person's or person's opinion, judgment». Walter STAGER: «Dissenting Opinions», en *Illinois Law Review*, Vol. XIX, 1924-1925, pp. 604 y ss.; en concreto, p. 604.

¹²⁵ Karl M. ZOBELL: «Division of opinion in the Supreme Court...», op. cit., p. 203.

oportuno como recordar nuevamente la que Frankfurter considerara como su piedra filosofal: «The philosopher's stone which Mr. Justice Holmes has constantly employed for arbitrament is the conviction that our constitutional system rests upon tolerance and that its greatest enemy is the Absolute»¹²⁶. Y es que esta afirmación, con simplicidad y brillantez, muestra, a nuestro entender, la clave de bóveda de la arquitectura holmesiana.

¹²⁶ Felix FRANKFURTER: «The Early Writings of O. W. Holmes», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 717 y ss.; en concreto, p. 724.