

El modelo darwinista del derecho: una interpretación organicista del primer Roscoe Pound



Víctor Manuel Saucedo Maqueda
Universidad de Huelva, España

doi: <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v19n1-2020003>



El modelo darwinista del derecho: una interpretación organicista del primer Roscoe Pound*

Resumen: si bien Roscoe Pound tiene su lugar en la historia del pensamiento jurídico gracias a su *sociological jurisprudence*, el organicismo jurídico de sus primeros trabajos es menos conocido. En este artículo, se rastreará aquel en la formación botánica de Pound. Se verá cómo se diferencia del organicismo clásico y cómo se integra en el debate sobre las fuentes del derecho en la tradición del *common law*. Finalmente, se propondrá una interpretación en clave darwinista de dicho organicismo jurídico en sus primeros escritos.

Palabras clave: *sociological jurisprudence*, darwinismo, organicismo jurídico, fuentes jurídicas, ciencia del derecho, historia.

The Darwinian Legal Model: an Organicist Interpretation of Roscoe Pound's Early Writings

Abstract: Roscoe Pound's legal organicism is perhaps less well-known than his *sociological jurisprudence*. In this article, I will trace it back to Pound's botanical education. I will compare classical legal organicism with Pound's as well as the latter's place in the debate about the sources of law in the common law tradition. Finally, I will tentatively propose a Darwinian interpretation of the legal organicism in his early writings.

Keywords: *sociological jurisprudence*, Darwinism, legal organicism, legal sources, jurisprudence, history.

Fecha de recepción: 6 de mayo de 2019

Fecha de aceptación: 3 de julio de 2019

Forma de citar (APA): Saucedo-Maqueda, V. (2020). El modelo darwinista del derecho: una interpretación organicista del primer Roscoe Pound. *Revista Filosofía UIS*, 19(1), DOI: 10.18273/revfil.v19n1-2020003

Forma de citar (Harvard): Saucedo-Maqueda, V. (2020). El modelo darwinista del derecho: una interpretación organicista del primer Roscoe Pound. *Revista Filosofía UIS*, 19(1), 129-164.

Víctor Manuel Saucedo Maqueda: español. Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de la Universidad de Huelva, España.

ORCID iD: orcid.org/0000-0002-5820-1898

Correo electrónico: victor.saucedo.maqueda@gmail.com

*Artículo de reflexión derivado de investigación.

El modelo darwinista del derecho: una interpretación organicista del primer Roscoe Pound

1. Introducción

Conocido entre nosotros bajo la denominación de *sociological jurisprudence*¹, el pensamiento del jurista norteamericano Roscoe Pound (1870-1960) se ha caracterizado en torno a tres aspectos centrales: el antiformalismo, el funcionalismo, el voluntarismo². En primer lugar, Roscoe Pound ha sido calificado de antiformalista por su oposición al paradigma jurídico reinante en Norteamérica a principios del siglo XX. En el formalismo, el *common law* se concebía como un sistema autónomo de principios y doctrinas determinadas a través de la analogía de caso a caso y la inducción, aplicadas deductivamente a nuevos casos. En la medida en que el derecho constitucional se había desarrollado jurisprudencialmente, este formalismo jurídico tuvo especial transcendencia en los avatares legislativos de esta época. En particular, porque permitía naturalizar, como parte de ese *common law* de principios eternos, la ideología liberal del Estado neutral en un universo económico donde los individuos libres competían entre sí según sus méritos sin interferencia externa que alterara las desigualdades naturales que estaban en la base del intercambio económico. Así, a través del control de constitucionalidad, se dejó sin efecto la legislación de los estados en materia fiscal puesto que,

¹ Por su visión funcional del Derecho, hace ya más de medio siglo el ilustre civilista y comparatista José Puig Brutau lo tradujo y dio a conocer al público hispano (Pound, 1950), reeditada por Comares (2004), y por Pound (1954); también se publicó póstumamente (Pound, 2004). La traducción de una breve síntesis que el propio Pound hace de su pensamiento, junto con la reedición de traducciones previas, puede consultarse en Casanova y Moreso (1994). Una reconstrucción global de la filosofía de Pound se recoge en García-Ruiz (2002) así como el artículo de García-Ruiz (1997). Otro estudio analítico del pensamiento de Pound, limitado a la comparación con Dworkin puede consultarse en Arjona (2003). Aparte de estos trabajos iusfilosóficos, una interpretación desde la sociología se puede encontrar en Deflem y Bernal (2006).

² (Cfr. Tarello, 1988, p. 388). Giovanni Tarello define tres significados de la expresión *sociological jurisprudence*. En primer lugar, se refiere a la escuela de pensamiento jurídico que parte de la crítica al punto de vista analítico para adoptar, en su lugar, una perspectiva funcional. En segundo lugar, denomina a un heterogéneo grupo de pensadores entre los que incluye al propio Pound, junto con nombres como Montesquieu, Gény o Ehrlich. Finalmente, también se usa para referir toda aproximación que, además de la norma escrita, busque la explicación del derecho en su consideración como un fenómeno social.

en tanto redistributiva, interfería con el derecho de propiedad; y se declaró inconstitucional la legislación en materia laboral en tanto que entraba en conflicto con la libertad de contrato (Horwitz, 1992, pp. 9-31). Por eso, el antiformalismo de Pound siempre parece vinculado a la causa social en EE. UU. como reflejo en la profesión jurídica del naciente movimiento progresista en reacción a la llamada *Lochner Era*³ (Friedman, 2002, p. 490; Horwitz, 1992, p. 34).

Pound critica el formalismo desde un punto de vista funcional. En palabras de Leopoldo García Ruiz, para Pound “no pueden separarse gratuitamente el *qué* y el *para qué* del Derecho” (García-Ruiz, 1997, p. 50)⁴. En ese sentido, se ha enfatizado el voluntarismo de Pound. La *sociological jurisprudence* tiene por objetivo determinar los intereses de la sociedad, cuya tutela, a través del elemento preceptivo, dará lugar al *social control*. Esta es la dirección en que se resuelven, por parte del operador jurídico, los conflictos de intereses en la sociedad. En otras palabras, a través de la *sociological jurisprudence* el operador jurídico se convierte en ingeniero social (Tarello, 1988, pp. 388-390; Fassò, 1981, pp. 218-219).

Sin embargo, menos conocida es su concepción organicista del *common law*. Desde este punto de vista, el funcionalismo implica que no se debe estudiar el sistema jurídico de manera autónoma, sino el desarrollo del derecho en su contexto social. En la visión organicista, por tanto, el voluntarismo jurídico se difumina. El edificio del derecho se ha ido construyendo en etapas sucesivas en las que cada generación ha heredado lo construido por la generación anterior. Así pues, visto en su conjunto, el edificio no obedece a ningún diseño racional, ni esconde ninguna voluntad (Herget, 1990, pp. 165-166; Wigdor, 1974, pp. 212-217).

Pero cabe preguntarse si Pound aporta algo nuevo o si su organicismo jurídico no es más que una continuación de Savigny y Maine. Para responder a esta cuestión, tenemos que volvernos hacia sus primeros escritos, allí donde el organicismo jurídico de Pound aparece de manera más visible. Lo que no es mera coincidencia, puesto que estos artículos están más próximos en el tiempo al Pound que se formó en la disciplina de la que tomó el modelo explicativo del que nace su organicismo jurídico: el darwinismo. Precisamente, es este modelo

³ En la sentencia del caso *Lochner v. Nueva York* (1905), la Corte Suprema de Estados Unidos declaró ilegal la legislación en materia laboral de Nueva York porque consideraba que establecer un máximo de ocho horas en la jornada de los panaderos era interferir con la libertad de contrato. Este caso actuó como la espoleta del pensamiento progresista que denunció esta actitud como partidista (Horwitz, 1992, pp. 33-63).

⁴ Las cursivas de la cita son propias del autor. En adelante, siempre que aparezcan entrecomillados en la cita, propias del autor, los referiré en cursiva.

explicativo el que permitía dotar de coherencia a lo que a primera vista parecía como un mero ejercicio de eclecticismo intelectual⁵.

2. Pound botanista

En un primer acercamiento a los artículos tempranos de Roscoe Pound, nos damos cuenta de que se están expresando ideas demasiado elaboradas para el breve espacio en el que se exponen. Se ha suprimido el argumento y se ha pasado directamente a las conclusiones. Tal vez ello se deba a que muchos de esos artículos nacieron inicialmente como discursos para ser leídos ante asociaciones profesionales de abogados (Sayre, 1948, pp. 6-7). En esa circunstancia, es más apropiado buscar un hilo conocido del público que permita comunicar dichas conclusiones de manera amena, pero sin alterarlas en lo esencial. Preferentemente un tema de actualidad, o de interés para los asistentes, que le permitiera captar rápidamente la atención de su público (Hull, 1997, p. 60). Como quiera que sea, esta ausencia debe ser colmada preguntándonos por el modelo que ha servido de apoyo al pensamiento de Roscoe Pound en esta época temprana.

Lo primero que nos choca en la lectura de esos artículos es una presencia persistente de la historia. En todos hay enumeraciones, más o menos profusas, de la historia del derecho en general, o del *common law*, o de su ciencia. Aunque dichas enumeraciones parecen ser parte del discurso no queda claro por qué lo son. Quizá sea mera retórica, un ejercicio de petulante erudición (Hull, 1997, p. 51; Lasser, 2002, p. 737). Sin embargo, no debe pasar desapercibido que, junto a estas excursiones históricas, siempre aparece la palabra *evolution*. Su sola mención lleva consigo tantas connotaciones que nos hace volver a esos recorridos históricos, esperando encontrar algo de mayor importancia en el conjunto del texto. Esa curiosidad se acrecienta aún más, si cabe, cuando tomamos conciencia de que el joven Pound estaba interesado en la ciencia desde su infancia (Sayre,

⁵ Se ha reprochado a Pound su tendencia a articular escuelas e ideas de lo más variopintas en un único discurso, aunque no fuera capaz, sin embargo, de articular una teoría propia (Herget, 1990, p. 166). Así, su obra ha sido etiquetada de bricolaje cultural (Hull, 1997, p. 12) (cfr. Sayre, 1948, pp. 5-13). En España, un reseñista temprano de las traducciones de Puig Brutau señala que “este gran jurista no es un verdadero filósofo ni un filósofo del Derecho [...] sus escritos [...] no pueden considerarse como auténticas aportaciones a la Filosofía del Derecho [...] [más bien] le preocupa el hecho contemporáneo [...] [y] huye de enfrentarse a últimos problemas [...] quizá el calificativo que mejor convenga a Pound sea el de ensayista, o si se quiere el de periodista de gran formato” (De Castro y Bravo, 1950, p. 756). Sin embargo, detrás de esa amalgama de ideas estaba el modelo explicativo darwinista. Si Pound se interesaba en otros autores era para demostrar la validez de ese modelo aplicado al estudio el Derecho. Esa capacidad de Pound para realizar grandes clasificaciones de las diversas escuelas y teorías que se han ido sucediendo a lo largo de la historia está, a su vez, relacionada con un modo de mirar a la historia que es propio del darwinismo.

1948, p. 57). De hecho, cuando emprendió el camino de Harvard lo hizo con la intención de estudiar botánica. Sin embargo, una vez allí, encontró un nuevo amor (Sayre, 1948, p. 59). En la *Harvard Law School* reinaba el decano Langdell desde 1870, un personaje central en la historia de la enseñanza del derecho en Norteamérica al haber introducido un novedoso método de estudio basado en el análisis de casos: el *casebook method*. Pound quedó impresionado por dicho método (Hull, 1997, p. 39), probablemente porque mostraba que el derecho podía ser una tarea intelectual además de una carrera práctica.

Precisamente, en el año que permaneció en Harvard, Pound conoció y se hizo amigo de Omer Hershey, con quien mantendría amistad epistolar durante toda su vida (Hull, 1997, p. 40)⁶. A través de dicha correspondencia, podemos valorar hasta qué punto el contacto con el método y las concepciones de Langdell habían despertado en Roscoe Pound un encendido interés en la idea de aplicar el método de la ciencia natural al derecho; aunque de una manera más científica que la del propio Langdell, cuyas taxonomías e inducción limitada estaban aún atadas a la concepción baconiana protestante de la ciencia. En una de esas cartas, en noviembre de 1892, escribió:

Holland and others I might name are comparative Histologists of Modern Law. Law like every super organic thing is essentially organic —I mean when I think of it I am tempted to think of it that way and I believe it can be best handled that way. The study of Jurisprudence on the strict lines laid down by Holland without going further is as unprofitable morally as the study of comparative anatomy of vertebrates without having in mind that vertebrates have not always been vertebrates and that life is a living thing. Such conception does put a sort of life into it —whether or not it puts spirit into it. Law may as it now exists be the *command of a sovereign*— but it hasn't always been that by any means. And for that reason it isn't essentially that now! Law is a living developing thing and when studied as such must be intensely interesting to one who can get interested in a living thing [...] (Hull, 1997, pp. 43-45).

El derecho puede resultar interesante al botánico, pero solo en la medida en que ese cambio del punto de vista conlleve también un cambio de modelo explicativo. En esta carta quedan reflejadas las intuiciones que Roscoe Pound desarrollará, una década más tarde, en una serie de artículos que lo convertirán en un personaje público (aunque por otras razones). Esas intuiciones se concentran en un cambio del punto de vista. Hasta ese momento se había hecho *histología* del derecho. Los problemas que hasta entonces habían preocupado a la ciencia del derecho tenían que ver con las normas en su conjunto. Ahora, en cambio, había que tener en cuenta que el derecho es un organismo vivo que ha evolucionado; esto es, que ha cambiado a partir de un antepasado previo del que se ha diferenciado:

⁶ A Hershey dedicó Pound *The Spirit of the Common Law* (Pound, 1921).

You may have seen a note by Prof. Gray in the Harvard Law Review last year in which he doubted whether there was such a thing as Jurisprudence at all. It is singular that no one agrees with anyone else as to what Jurisprudence is and as no one agrees with anyone else at the outset, of course the contradiction and confusion becomes appalling as one proceeds. There really are no recognized fundamenta Jurisprudentiae. I think the solution lies in the recognition of the organic character of law. All super organic phenomena are now being treated as organic. Language has been for years, and Politics, and Political science now is, theology, and I see [illegible] now comes out with a book on the organic character of literature. Why not treat law in the same way? Jurisprudence as Austin and Holland understand it, then becomes the histology and anatomy of modern law, and only a part, though a very necessary part, of Jurisprudence [...] So if I were to write on Jurisprudence, I should begin with the anatomy and histology of law as we know in civilized communities [...] It would not be necessary to define law. Nothing organic can be defined [...] It is like tying a string around a tree. The tree will grow and break the string. The law, too, will grow, and all the string tied about it by way of definition by past students and learned writers, have not availed to stop it (Hull, 1997, p. 45).

Roscoe Pound estaba reconociendo cuál es la debilidad del anterior punto de vista. Sea por inducción analógica, o por deducción, todas estas aproximaciones se basan en una serie de principios evidentes en sí mismos de los que partiría todo el desarrollo jurídico. Por consiguiente, tanto uno como otro excluyen la contradicción. Ahora bien, en la medida en que unos parten de unos principios para fundar su ciencia del Derecho, y otros de principios opuestos, llegamos a una diversidad de ciencias del Derecho mutuamente excluyentes. Esto ocurre siempre que vemos las teorías en sucesión. El error radicaba en que no se puede definir el Derecho porque cambia: se debe dar cuenta del mismo de una manera funcional que explique su evidente dimensión dinámica. Quienes propongan una definición del Derecho no estarán sino atando una cuerda a un momento concreto de su crecimiento. Es decir, no harán sino dar cuenta de su estructura estática: la anatomía de sus tejidos. Y eso, dice Pound, no deja de ser una parte necesaria de la ciencia del Derecho. Ahora bien, la idea del Derecho como ser vivo también debe entenderse desde el punto de vista de la actuación judicial. La rígida norma, desde el lado del juez que ha de determinarla, se convierte en algo inesperado que hay que predecir. La unión de estos dos puntos de vista en uno solo es importante para entender el modelo de Pound. La rígida norma del antiguo punto de vista analítico cambia en el tiempo y también se modifica en su determinación judicial. El modelo de las ciencias naturales le va a permitir conjugar ambos cambios, ambos modos de entender la vida del Derecho. Para ello partirá del análisis de las *histologías* anteriores⁷.

⁷ Cfr. Walter, 1949, pp. 182-187.

Al mismo tiempo que expresaba estas ideas a su amigo Hershey, Roscoe Pound había retomado su carrera como botanista e iniciado su formación como *practitioner* en el bufete de su padre. Matriculado en botánica en la universidad de Nebraska en 1890 (este su segundo intento concluirá con la obtención del doctorado en botánica en 1897), se unió al *seminarium botanicum* del doctor Bessey, del cual será su más entusiasta miembro (Sayre, 1948, p. 66). En ese seminario, Pound se formó en la metodología y práctica científica en el campo de la botánica; en especial, de la nascente ecología, de la que el propio Pound es considerado uno de sus pioneros en América por su contribución al estudio de la geobotánica (o distribución y desarrollo geográfico de la flora) de Nebraska (Sayre, 1948, pp. 68-69)⁸. Por tanto, cuando dio por concluida su carrera como botánico en 1901 y se disponía a empezar una carrera como profesor y pensador del Derecho, Roscoe Pound tenía un conocimiento práctico de la teoría de la selección de las especies, pues no solo había leído la obra de Darwin, sino que había puesto en práctica esas ideas en sus trabajos de campo en ecología (Hill, 1988, p. 187).

En conclusión, en los años inmediatos que preceden a la publicación de sus primeros artículos, Roscoe Pound estaba convencido de la necesidad de aplicar una metodología propia de las ciencias naturales al Derecho. Pero ¿cuál sería esa metodología? Está claro que el modelo analítico resultaba insuficiente para Pound. El modelo más cercano a Pound era el de la biología⁹. De hecho, las cartas que hemos referido no solo se hallan repletas de metáforas biológicas, sino que explícitamente expresan que el Derecho debe estudiarse como un organismo viviente. Ahora bien, el organicismo jurídico no era precisamente un punto de vista nuevo.

⁸ Los resultados de ese estudio se publicaron en Pound y Clements (1900).

⁹ Durante su paso por el *Seminarium Botanicum* de la Universidad de Nebraska, Pound se interesó por el fenómeno de la simbiosis publicando el artículo "Symbiosis and Mutualism" (Pound, 1893). A la luz de su posterior *sociological jurisprudence*, este artículo ha merecido interpretaciones contrapuestas sobre la matriz de las ideas jurídicas de Pound. Hay quien ha visto en estos estudios ecológicos la idea de que los individuos aparecen en relaciones de mutua interdependencia y no pueden ser considerados al margen de su entorno social (Bosselman y Tarlock, 1994, pp. 853-854). Sin embargo, en otros casos se ha señalado que, en aquel artículo, Pound minimizó la importancia de ciertos ejemplos de simbiosis en el reino vegetal al tiempo que enfatizaba una interpretación estrictamente darwinista. Así, la aparente cooperación entre especies no se trataba sino de parasitismo. Puesto que los reformistas sociales de principios del siglo XIX se volvieron a la biología del mutualismo como contraargumento a la ética competitiva del darwinismo social, Pound probablemente era consciente de las connotaciones anticapitalistas del estudio de la simbiosis en las plantas (Ryan, 2002, pp. 48-50). Finalmente, a manera de síntesis, otros autores han concluido que lo que Pound trajo del estudio de la simbiosis en la botánica a su *sociological jurisprudence* fue la idea de los conflictos de intereses que subyacen al fenómeno de la cooperación en la naturaleza (Frederickson y Bronstein, 2016, p. ii). Por otro lado, se ha argumentado que Pound se inspiró en el concepto ecológico de *vegetación* o conjunto de plantas relacionadas funcionalmente entre sí y con su entorno. De la misma manera que complejos cambios en el hábitat causaban la sucesión de vegetaciones, cambios en el entorno histórico motivaron las diversas etapas de la evolución jurídica (Walter, 1949, pp. 187-188).

3. Evolución y evolucionismo

El organicismo jurídico clásico, que sin duda sirvió como punto de partida para el pensamiento de Pound, se fundamentaba en un concepto de evolución que dista del modelo darwinista. Los autores más representativos de este organicismo son Friedrich Carl von Savigny, Henry Sumner Maine y Oliver Wendell Holmes, Jr. (Elliott, 1985, pp. 38-94)¹⁰. Mientras que los dos primeros circunscriben el proceso evolutivo del Derecho a la evolución general de la sociedad, el tercero busca un modelo propio de la evolución en las doctrinas jurídicas.

El fundador de la Escuela Histórica del Derecho fue el referente de partida de las teorías angloamericanas sobre la evolución social del Derecho¹¹. En el calor del debate sobre la adopción del código napoleónico en Alemania, apoyándose en la historia del Derecho romano, Savigny había argumentado que el pueblo alemán aún no estaba maduro para dar ese paso. Según Savigny, la evolución de los sistemas jurídicos pasa por diversas etapas hasta que se llega al momento de la redacción del código. Esta evolución jurídica se apoya y parte de una evolución natural de las sociedades, desde la animalidad hasta la civilización. La conexión entre sociedad y sistema jurídico se basa en que el Derecho, lejos de ser una creación del Estado, es una parte del espíritu del pueblo. Esta conexión orgánica entre el Derecho y el pueblo, es comparada a la que existe con la lengua: la existencia y evolución de la segunda son atributos del primero (Elliott, 1985, pp. 40-43).

En el mundo angloamericano, Maine dio el pistoletazo de salida del organicismo jurídico moderno con su famoso libro *Ancient Law* (1861). Al igual que Savigny, Maine determina una serie de estadios por los que las sociedades han de pasar, aunque distingue entre sociedades progresivas y estáticas. Cada una de esas etapas se fundamenta en la anterior. La primitiva etapa nos la encontramos en las primeras concepciones de la ley y el Derecho que son, en palabras de Maine, como los estratos primitivos de la tierra para el geólogo. Este estadio más primitivo del desarrollo de los sistemas jurídicos es el basado en el mero juicio del rey, sin más desarrollo jurisprudencial. La siguiente etapa la marca el nacimiento de las aristocracias y, con ellas, un cuerpo de normas que serán detentadas, en monopolio, por una casta de funcionarios especializados. A partir de estas

¹⁰ Elliott ofrece un elenco de autores que han adoptado modelos evolutivos a la hora de explicar la historia del Derecho. Es obvio que su selección podría ampliarse, pero como representación de los más influyentes en el mundo angloamericano, es suficiente. Me detengo en las descripciones que hace Elliott de las concepciones evolutivas de aquellos que publicaron sus ideas en fechas anteriores a las de los artículos de Pound. No deja de resultar chocante que Elliott no incluya a este último en su lista.

¹¹ De hecho, el *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho) se tradujo primero al inglés como *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence* (cfr. Von Savigny, 2015, p. 9).

aristocracias surgirán el derecho consuetudinario y, luego, la codificación. Esta evolución es una constante en las sociedades progresivas, es decir, estas etapas constituyen un modelo universal. La metáfora de las edades del hombre es evidente: todo sistema jurídico ha de pasar por las mismas etapas del desarrollo humano, desde su infancia a su madurez (Elliott, 1985, pp. 43-46).

Oliver Wendell Holmes, Jr. es una de las figuras centrales en la cultura jurídica americana. Cuando Pound publicó sus primeros artículos, aquel ya había publicado el que será un referente fundacional de la nueva ciencia jurídica americana, *The Common Law* (1881). Como dijimos, Holmes plantea el asunto de la evolución jurídica desde un punto de vista diferente. Son las propias doctrinas las que evolucionan para adaptarse al entorno social que les da sentido. Esta concepción se recoge detalladamente en su artículo "Law in Science and Science in Law" (Holmes, 1899). Esa evolución de las doctrinas jurídicas consta de dos movimientos. Uno interno, en el que las concepciones jurídicas siguen un desarrollo lógico y se vuelven cada vez más generales; y otro externo, en el que se produce una lucha por la supervivencia entre esas concepciones, con la consiguiente victoria de la más fuerte. El mecanismo que explica estos dos movimientos descansa en las decisiones de los jueces. Según Holmes, la verdadera justificación del *rule of law* reside en que el Derecho da satisfacción a los intereses sociales. Para que esto sea así, es necesario que quienes hacen y ejecutan el Derecho sean conscientes de esos intereses. Cuando un juez ha de decidir sobre un caso, en el fondo, está eligiendo entre dos intereses. Por tanto, si en vez de la acción de un juez en concreto nos fijamos en la serie de decisiones, vemos esos dos movimientos de la evolución de las doctrinas del Derecho: el crecimiento interno y la lucha por la supervivencia (Elliott, 1985, pp. 50-55).

En todas estas concepciones encontramos diversos puntos de los que podría haber partido Roscoe Pound para fundamentar su modelo evolutivo del Derecho. En todas ellas, no obstante, se verifica un hecho que no tiene correspondencia en los artículos de Roscoe Pound. Al margen de si explican el mecanismo del cambio o no, o de si ponen el énfasis en la sociedad o en las doctrinas del Derecho, en estos autores la concepción de la evolución es lineal. Sea de una manera progresiva y mecánica a través de etapas como en el caso de Savigny y Maine, o de una manera dinámica y adaptativa, en todas encontramos una línea del tiempo y un sentido histórico. Sea la realización del espíritu de un pueblo, sea el desarrollo material de una civilización o sea la supervivencia del más fuerte y

la generalización. En cambio, la historia de Roscoe Pound no tiene dirección, es cíclica (Lasser, 2002)¹².

Esta concepción de la evolución circular o cíclica es una consecuencia de la teoría darwiniana. Solo un científico de formación podría haberla comprendido y usado con propiedad. Es cierto que las ideas de Holmes de lucha por la supervivencia y adaptación al medio social de las doctrinas jurídicas recuerdan a Darwin. Pero se trata, más bien, de un acercamiento externo a las ideas de Darwin más que del uso de un modelo explicativo. De hecho, faltan aquellos elementos más trascendentales de la teoría darwiniana que convierten la historia natural en una historia cíclica, cuya explicación es funcional pero no teleológica.

Llegados a este punto, quiero hacer algunas aclaraciones con respecto al significado de la teoría darwinista. Fuera de los ámbitos biológicos, es frecuente confundir la teoría de la evolución de las especies por selección natural con el darwinismo social. Aunque relacionadas, son dos concepciones diferentes. La concepción social del darwinismo, identificada con Herbert Spencer y Auguste Comte, se fundamenta en la fórmula determinista de un contexto de recursos escasos, la lucha por la supervivencia entre los individuos y la supervivencia del más fuerte.

En ese sentido, se ha identificado el pensamiento de Pound con el de los reformistas darwinistas: el economista Richard T. Ely y los sociólogos Lester Frank

¹² Debemos tener en cuenta que Lasser parte de la obra final de Roscoe Pound, *Jurisprudence* (1959). La tesis central de Lasser es que hay dos lecturas paralelas de Pound. Este señala dos maneras contradictorias de entender la historia en Pound: una cíclica y otra lineal. La historia cíclica estaría asociada a la distinción de dos elementos en los sistemas jurídicos, el legislativo y el judicial que se alternarían cíclicamente, convirtiéndose el uno en el otro. Asociada a esa historia, Lasser vería la dimensión del Pound erudito y cosmopolita que centraría su método comparativo en las teorías del derecho y no en la acción judicial. Con esas dos categorías, y deteniéndose en las teorías, Pound compara la mayoría de los sistemas jurídicos europeos. En cambio, en relación con su historia lineal, en la que el derecho atraviesa por diferentes etapas, estaría el Pound más provinciano que analizaría el mundo desde la perspectiva propia del *common law*, la actividad judicial. Así, Lasser cree ver una teleología clara que entiende el modelo del precedente como el destino de una jurisprudencia universal. Lasser juzga que la existencia de estos dos modelos históricos es la razón de que no se pueda realizar una lectura unitaria de los textos de Pound. Y considera esa capacidad para unificar diversas ideas en un todo como una gran habilidad retórica de Pound que le permite exponer esas dos lecturas contradictorias sin que por ello la unidad del texto se resienta. Lasser, no obstante, parte de la idea de que evolución y ciclo son dos ideas antitéticas (tanto como las nociones de teoría y práctica judicial). La teoría de la evolución de Darwin, sin embargo, conjuga la idea de cambio con la de circularidad.

Ward y Edward Ross. Estos parten del evolucionismo de Spencer, corrigiéndolo para introducir tanto la capacidad del hombre para modificar su medio y ser dueño de su destino, como la capacidad cooperativa y la sociabilidad humana. Estas capacidades permiten la existencia de la cultura como correctora de la cruda lucha por los mínimos recursos que preconizara Spencer. Y, como uno de los más fundamentales productos de la cultura, el Derecho, que estaría destinado tanto al necesario control social como a la redistribución de la riqueza. De acuerdo con esta interpretación, Roscoe Pound, influenciado por su colega y amigo en la universidad de Nebraska, Edward Ross, habría incorporado esta teoría a sus propias concepciones. Así el antiformalismo, el funcionalismo y el instrumentalismo de Roscoe Pound cobran sentido bajo la noción de control social como fin al que tiende la evolución del Derecho. Como último peldaño de una serie de escalones evolutivos, el Derecho se preocuparía por la distribución de los escasos recursos. Este es el Roscoe Pound que habla de ingeniería social, de intervenir en el desarrollo del Derecho, de reformas legales (Hovenkamp, 1985, pp. 671-683).

Sin embargo, la relación con los reformistas darwinistas no significa necesariamente que Pound suscribiera idéntico método. Por ahora, baste decir que Roscoe Pound centra el punto de vista de la evolución del Derecho en un lugar diferente. Al igual que Holmes, Roscoe Pound considera una evolución de las doctrinas y preceptos jurídicos más que de la sociedad. En lugar de hacer de la evolución del Derecho una evolución subsidiaria de la social, Pound descubre en el Derecho sus propios mecanismos de cambio de manera autónoma con independencia de los cambios en la sociedad. Solo en el momento en que haya que definir el sentido del cambio va a jugar un papel la sociedad. Esto se relaciona con el papel que, a su vez, juega el azar en la teoría de Darwin. Un papel que no se refleja en el tosco determinismo de Spencer ni en las versiones corregidas para dar cabida a la voluntad humana. En sí misma, la teoría darwiniana es una explicación determinista porque la evolución se explica por el principio mecánico de la selección natural. Sin embargo, lo que encontramos en ambos términos de ese proceso de selección natural es espontáneo. A continuación, exponemos, de manera abreviada, la teoría de la selección natural (Bowler, 1995)¹³.

En 1831, un jovencísimo Darwin se embarcó como naturalista a bordo del *Beagle* rumbo a Patagonia, Tierra de Fuego, Chile y Perú. En una de las escalas en las islas Galápagos observó que una especie de ave (los pinzones) era común tanto en las islas como en el continente. Sin embargo, pese a que los hábitats eran similares, en cada isla había una variedad característica que presentaba ligeras variaciones morfológicas. Más tarde constataría que cada una de esas variedades constituía, en el fondo, una especie distinta. El aislamiento geográfico había dividido a la especie en varias. Esto le permitía concluir que todas las especies

¹³ En especial, se puede encontrar un resumen de los argumentos del famoso volumen de Darwin en el apartado "El argumento del Origen de las especies" dentro del capítulo séptimo.

habían evolucionado a partir de un antepasado común, del que se habían diversificado, acumulando pequeños cambios graduales a lo largo de millones de años. Llegado a este punto, es cuando Darwin necesita de un mecanismo que explique causalmente el proceso. En los animales domésticos como perros o vacas, por ejemplo, existe una variabilidad que los criadores aprovechan para seleccionar las variedades más ventajosas. Darwin pensó que en la naturaleza debía ocurrir un proceso similar, en el que las fuerzas naturales hacen las veces de criadores. Y es ahí donde entra en juego Malthus: en cada generación nacen más individuos de los que los recursos del medio pueden mantener. Solo las variedades más aptas sobrevivirían lo suficiente para reproducirse y transmitir sus atributos a la siguiente generación. Al igual que la escasez de recursos, otros cambios en el medio ejercen de selección natural: cambios geológicos, climáticos y la llegada de nuevas especies.

Nos interesa destacar que no existe una relación causal entre los cambios en el medio y las variaciones. Ambos son espontáneos. Si una especie ha sobrevivido y pasado sus rasgos a la siguiente generación es porque estos, espontáneamente generados, coincidían con los cambios espontáneos del medio. Es decir, porque tenían una ventaja adaptativa en comparación con las otras especies con las que competían. En cambio, si miramos el proceso evolutivo en su conjunto y queremos explicar por qué una especie se ha convertido en otra y así sucesivamente hasta diversificarse, encontramos la causa en la selección natural de las especies más adaptadas a su medio.

Podemos señalar dos niveles de circularidad en Darwin. Por un lado, está la circularidad derivada de la variabilidad de las especies, por lo que el orden de las variaciones no da el orden de su selección. Lo nuevo y lo viejo en una especie dependen del medio en que se encuentre. Según los cambios del medio, un rasgo morfológico nuevo en esa especie, y que inicialmente no sea nocivo, puede ser apto y no apto sucesivamente. Lo nuevo, al no permitir la adaptación, se torna en viejo, esto es, lleva la especie a la extinción. Las variaciones en la morfología de una especie son espontáneas y entre una variación y su selección no existe ninguna causalidad. Por otro lado, esto tiene su reflejo en el registro fósil donde se refleja el ciclo extinción/nueva especie. Las mismas condiciones ambientales que han llevado a la extinción de una especie han posibilitado que aparezca otra nueva. Una variedad que ha sido seleccionada, en la medida en que los fenómenos naturales son cíclicos, está condenada a variar de nuevo si quiere adaptarse a los futuros cambios.

4. La escuela analítica y el problema de las fuentes del Derecho

Una vez realizado este excursus en la teoría de Darwin, y antes de proceder a describir cómo Pound la aplica al Derecho, debemos esbozar los contornos del

debate que en el que se sitúan sus primeros escritos. Para Roscoe Pound, Henry Sumner Maine conecta las tesis analíticas con el desarrollo histórico del Derecho (Pound, 1904, pp. 249-250). Para comprender en qué consiste el punto de vista analítico nos dirigiremos al siguiente diálogo que Pound establece con la visión de Maine tanto del Derecho como sistema de normas como de su evolución histórica:

[...] Maine's supposition that the newer states of the union would take the Louisiana code for the substratum of their law, and his prophecy that Roman law would become the lingua franca of universal jurisprudence, has proved wide off the mark (Pound, 1905b).

Maine no solo había predicho eso, sino que también se había imaginado lo que ocurriría en Nueva York como consecuencia de la difusión del código de Luisiana:

But for its success and popularity, we should not probably have had the advantage of watching the greatest experiment which has ever been tried on English jurisprudence—the still proceeding codification and consolidation of the entire law of New York (Maine, 1871, p. 361).

Roscoe Pound, cincuenta años después de que Maine mirara con optimismo al futuro, constata lo que ha ocurrido:

Moreover, general codification, when it comes, is almost certain, unless an entire change of feeling intervenes, to be a restatement of the common law in improved form, pruned of archaism and antinomies, to be construed according common law principles, and in due time overlaid by a new growth of adjudicated cases. The failure of the New York Draft Codes to meet the requirements of a good code-making has set back codification so thoroughly, that none of us are likely to see a codified common law (Pound, 1905b, p. 343).

Para comprender lo que Roscoe Pound está reprochando y, al mismo tiempo, afirmando debemos detenernos un momento a indagar los fundamentos de las predicciones de Maine. En primer lugar, para este, el Derecho romano es como una especie de gramática pura del Derecho. No le importan tanto, en ese sentido, los contenidos de ese Derecho como su forma, donde encuentra una suerte de lenguaje formal del Derecho como el de las matemáticas (Maine, 1871, p. 336).

Dejando para más tarde la cuestión de la universalidad de esa gramática que subyace al Derecho romano y que está relacionada con la pertinencia de su enseñanza, enumeraremos los elementos fundamentales de que consta la misma: definiciones unívocas, establecimiento de principios, uso de la deducción para derivar de los principios las normas y preceptos, y de la subsunción para derivar su aplicación al caso particular. Maine ve, como consecuencia inmediata de la

adopción de estos elementos de la gramática del Derecho romano, una mayor eficiencia; con ella se pueden resolver problemas complejos de manera sencilla y rápida. Y no es casualidad que, siendo la eficiencia la característica central de un lenguaje formal del Derecho, la historia del crecimiento y desarrollo del Derecho romano sea fundamentada por Maine en las condiciones materiales.

Así pues, las causas indirectas del crecimiento del Derecho son sus condiciones materiales. La historia nos muestra que la cantidad de energías que Roma invierte en el Derecho se traducen en su perfección. Al igual que la civilización romana va creciendo en complejidad hasta el Imperio, la gestión de la vida cotidiana del mismo requerirá de una mayor eficiencia. Eso se traduce en la necesidad de un mayor desarrollo técnico del Derecho que, por tanto, nos lleva finalmente al máximo grado de abstracción, que sería la elaboración de un lenguaje del Derecho, una suerte de gramática o lógica del Derecho. No obstante, también existen causas internas. Y en estas también el Derecho coincide con el resto de las ciencias. Maine está hablando de las causas internas al propio discurso, que hacen que cada vez se progrese un poco más sobre la base de las anteriores elaboraciones. Es decir, Maine se refiere a la aplicación de la razón al desarrollo del Derecho. La gramática perfecta contenida en el Derecho romano es fruto tanto de las condiciones materiales como de la razón (Maine, 1871, pp. 379-380).

Ello conlleva dos niveles de universalidad. Por un lado, aquellas sociedades progresivas que se enfrenten a similares desafíos que los de Roma dedicarán iguales esfuerzos al desarrollo del Derecho. Por otro lado, emplearán el mismo instrumento: la razón. Ahora bien, la razón siempre nos lleva a los mismos resultados. Es por estos dos motivos que Maine se permite denominar al Derecho Romano como lenguaje universal de la ciencia del Derecho: porque los problemas de eficiencia que resuelve son universales, propios de todas las sociedades progresivas, y porque el lenguaje en que los resuelve es el resultado de la lógica.

Echemos un vistazo a cómo Maine localiza los problemas de eficiencia en el sistema del *common law*, y a qué los achaca (lo cual se infiere fácilmente si tenemos en cuenta que la solución a la falta de eficiencia es la abstracción). A propósito de cómo la formalización del lenguaje jurídico trae consigo una mayor eficiencia, se pregunta si ese es el caso del Derecho inglés:

It is impossible to answer the question without calling attention to the singular condition of our whole legal language. The technical part of it [whatever may be thought of the system to which it was an appendage] was certainly once quite able to cope with all the points which arose [...] But its serviceableness has long since ceased. The technicalities of English law have lost all their rigidity and accuracy without at the same time becoming equal to the discussion of the questions which press daily on the attention of the Bench and the Bar (Maine, 1871, p. 34).

Nos encontramos con un proceso de decadencia del elemento técnico, al que acompaña, como consecuencia indeseable, la pérdida de eficiencia.

El problema del *common law* es el casuismo: la presencia de un vocabulario impreciso que va creciendo a golpe de precedentes; la misma prolijidad a que obligan los precedentes; el empleo de la analogía y la interpretación, que llevan a la confusión y a la incapacidad para sacar adelante nuevas leyes. En resumidas cuentas, las antinomias que conllevan ese descuido de la formulación jurídica con el que Maine se refiere a la ausencia de una formalización a la altura de la gramática del Derecho Romano. O dicho desde otro punto de vista, la prevalencia del elemento discrecional, de cierto grado de incertidumbre, en el sistema del *common law* que hace que el elemento técnico decaiga (Maine, 1871, pp. 347-349). Ante lo cual la solución es:

[...] if English practitioners were subjected to any system of legal education in which proper attention was paid to the dialect of legislation and law. This branch of study may be described, though the comparison cannot from the nature of the case be taken strictly, as having for its object to bring all language, for legal purposes, to the condition of algebraic symbols, and therefore to produce uniformity of method in its employment, and identity of inference in its interpretation (Maine, 1871, p. 372).

A partir de aquí podemos perfilar la noción de ciencia del Derecho de Maine. En primer lugar, diremos que sus conclusiones parten de la historia, o al menos se apoyan en ella. Una historia que establece una relación entre las condiciones materiales de las sociedades progresivas y la mayor o menor racionalización. A mayores necesidades prácticas, mayor racionalización, se podría decir en una fórmula tosca. De aquí se infiere que el Derecho Romano es un buen ejemplo de cómo la necesidad de eficiencia ha llevado a una formalización máxima del lenguaje del Derecho, que permitiera su aplicación uniforme, unívoca y determinada. El modelo de ciencia de Maine es la lógica o las matemáticas: los lenguajes formalizados en sistemas axiomáticos. Y, por tanto, Maine observa los problemas jurídicos desde la perspectiva del lenguaje; por eso un lenguaje técnicamente superior al del *common law*, como lo es el del Derecho Romano que está en la base del código de Luisiana, ha de imponer su modelo poco a poco.

Pero las predicciones de Maine no se han cumplido. Lo que quiere decir, según Pound, que su método era errado. En el punto de vista analítico existe una tendencia a ver el Derecho como un conjunto autónomo de normas que no solo es independiente de la acción judicial, sino que debe serlo. De ahí su preocupación por la eficiencia. El mal de todo sistema jurídico es la incertidumbre en la aplicación de las normas, que se traduce en el casuismo. La incapacidad, por tanto, de gobernar un sistema jurídico que es como una torre de Babel. Por eso, la

solución va a ser el diseño de un lenguaje que elimine esa incertidumbre. Frente a los dialectos de cada juez y cada tribunal, se opondrá un lenguaje universal cuyo modelo es el de la lógica. Lo mismo que un matemático de Londres puede llegar a las mismas conclusiones que uno de París o Berlín, dos jueces distintos habrán de llegar a parecidas conclusiones si parten de idénticos principios (Maine, 1871, p. 341). Con lo cual el sistema estará rígidamente determinado.

Esta llamada de Maine a educar a los futuros juristas en un lenguaje formal del Derecho coincide en EE. UU. y Europa con un cambio en la orientación de la reflexión jurídica hacia el problema de la determinación del derecho en los tribunales. El hecho incontestable ahora es la vida del Derecho. La necesaria eficiencia se pierde por el camino que lleva hasta la sentencia final como el agua que se filtra por las tuberías. No se puede pretender, ante la realidad fenoménica de la aplicación del Derecho, fijar la idea de justicia de antemano en un lenguaje lógico.

Para empezar, Estados Unidos es un país de *common law*, donde existe una tradición en la utilización de normas judiciales provenientes de las costumbres, o la moral, o la pura discreción judicial. El sistema autónomo de normas de los analíticos, sin embargo, plantea el problema de que todas esas normas que tradicionalmente se habían venido empleando, quedan fuera del sistema. En particular, el problema se plantea en relación con la definición austiniana del Derecho como mandato de la soberanía¹⁴. Con esta definición se da cuenta de qué tipo de normas pertenecen al sistema. Surge así el problema de las fuentes. Una serie de autores se plantea el problema de cómo volver a introducir aquellas fuentes tradicionales que ahora quedan excluidas del proceso de decisión judicial.

En 1872, Holmes argumenta, en contra de la perspectiva austiniana, que los factores que motivan a un juez para decidir en un caso de Derecho mercantil, por ejemplo, no solo comprenden los casos precedentes o las leyes, sino que también incluyen otros factores como las costumbres, las prácticas comerciales, la perspectiva económica del juez, su sentido de la justicia o incluso sus prejuicios (Frankfurter, 1931, pp. 788-790), con lo que, en la práctica, se están multiplicando las fuentes. Ezra Thayer se encamina en esa dirección: se equivocan tanto quienes consideran que la legislación es la única forma de Derecho, como quienes no distinguen entre esta y otro tipo de normas, como las costumbres y la moral. Se equivocan porque no tienen en cuenta cómo el razonamiento de jueces y tribunales orienta el Derecho. Thayer argumenta hábilmente para incluir nuevas fuentes: fuerza de ley solo la tienen las normas nacidas del ejercicio de la soberanía,

¹⁴ "A law is a command which obliges a person or persons [...] But, as contradistinguished or opposed to an occasional or particular command, a law is a command which obliges a person or persons, and obliges generally to acts or forbearances of a class [...] Law and other commands are said to proceed from superiors, and to bind or oblige inferiors" (Austin, 2003, pp. 18-19; ed. facsímile, originalmente publicado en 1832).

pero esas normas han de apoyarse en la moral de la comunidad (Thayer, 1891; citado en Herget, 1990, p. 172). John Chipman Gray da pasos más atrevidos. Hay normas que son mandato de la soberanía, pero no son leyes; y leyes que no son mandato de la soberanía; ergo, la definición de Austin no es acertada. Ahora bien, eso tampoco significa que la costumbre es determinante en la decisión judicial. Si la costumbre parecía presente, era porque esta coincidía con la propia moral del juez. Pero si ambas no coinciden, es la opinión del juez la que prevalece. En definitiva, aunque las fuentes principales siguen siendo el precedente y la ley, como ocurre en Thayer, esta se explica mejor en relación con la actividad jurídica. De modo que la ciencia del Derecho trataría de aquellos principios en los que jueces y tribunales deberían apoyarse para decidir los casos (Gray, 1909; citado en Herget, 1990). La idea de duplicidad de fuentes se ha transformado en la idea de posibilidad: teniendo en cuenta la variable que introducen jueces y tribunales, los principios pueden determinarse de varias maneras. Holmes se une a esta idea probabilística y afirma que el Derecho consiste en las profecías de lo que los jueces harán en realidad. Cualquier cosa que ayude a la predicción será una fuente y el Derecho es la propia predicción acertada (Holmes Jr., 1897; citado en Herget, 1990, p. 39). Jabez Fox, siguiendo a los dos últimos, declara que no se puede abandonar la noción de Derecho como mandato de la soberanía, solo para caer en estándares sociales externos que cumplen el papel de un poder invisible. Aunque Fox no niega la fuerza de la ley y los precedentes, reconoce el papel creativo del juez a la hora de aplicar estas, lo cual conlleva incertidumbre (Fox, 1900, pp. 39-43; citado en Herget, 1990).

En el intento de volver a introducir las fuentes ajurídicas¹⁵, esta serie de autores, en el fondo, habían causado otro problema. Como quiera que habían tratado de mantener la idea de sistema y, por tanto, de norma legítima, no han encontrado otro camino para reintroducir las fuentes tradicionales del *common law* que el de la creatividad judicial: las fuentes oficiales siguen siendo las leyes y los precedentes, tal y como ha establecido la soberanía, pero estas se determinan en la decisión del juez. En resumen, la rígida determinación que la lógica del Derecho pretendía imponer se desvanece en el momento de la decisión judicial. Allí todo es incertidumbre, y no se sabe cuál será el fundamento último que mueve al juez.

En segundo lugar, en Europa la tradición es diferente. Desde hace algún tiempo se ha venido aplicando una sola fuente: la ley. El juez, además, es un funcionario público. Todas las posibilidades y variaciones han de estar previstas en el código. La tarea del juez es estudiarlo, encajar el caso según las previsiones implícitas en el propio código y deducir una conclusión que permita decidir. El problema que se plantea en este caso es la imposibilidad de los códigos para prever todos

¹⁵ Me permito acuñar este neologismo para traducir lo que Pound llama *anti-legal element*, refiriéndose tanto a las fuentes que quedan fuera del esquema positivista como al arbitrio judicial que se vale de ellas para alterar el contenido de las fuentes reconocidas.

los casos y, sin embargo, el poco margen que dejan al juez para encajar aquellos casos no previstos. Es precisamente este dogma el que ataca la Escuela de la Exégesis, que comienza a andar con los trabajos de François Geny (Petit, 1991, pp. 261-310; sobre el aprecio de Roscoe Pound por Gény ver pp. 229-233)¹⁶. Este punto de partida crítico llevará a enfatizar el papel creativo de los jueces. Los componentes de esta escuela acaban negando la autonomía del sistema jurídico: los jueces deben decidir sobre la base de un conocimiento originado en las ciencias sociales y la medición de los intereses contrapuestos involucrados en cada causa, ponderando al mismo tiempo el interés general.

5. El modelo darwinista

Roscoe Pound recoge tanto la idea de que el caso particular no encaja en la norma general, como la idea de que la actividad de los jueces con respecto a la norma genera un grado de incertidumbre con respecto a la misma. Pound acepta la existencia de un sistema de normas que, sin embargo, deja fuera otras; partiendo de que siempre será necesario un margen de discreción para que el juez adapte la norma general al caso particular. Lo que supone el uso de esas fuentes ajurídicas tradicionales del *common law* que son anteriores al derecho positivo. En la medida en que las fuentes disponibles para colmar esa discreción se multiplican, ello lleva un grado de incertidumbre:

Everywhere we find to antagonistic ideas at work in the administration of justice—the technical and the discretionary. These might almost be called the legal and the anti-legal; with entire accuracy we may term them the legal and the pre-legal. For it we bear in mind that the object of law is the administration of justice, we see that that object may be accomplished, and often is, without law [...] in archaic communities, past and present, justice without law is the normal type. Before the law, we have justice without law; and after the law and during the evolution of law we still have it under the name of discretion, or natural justice, or equity and good conscience, as an anti-legal element. Without entangling ourselves in the discussion as to the definition of law, we may say that laws are general rules recognized or enforced in the administration of justice. But the very fact that laws are

¹⁶ Aunque en sus primeros artículos no aparecen citas de Gény, en los años que siguieron a la irrupción de los realistas, Pound lo presenta en una conferencia como uno de los cinco autores más significativos del pensamiento jurídico contemporáneo, sobre todo, por detenerse a analizar la relación entre los elementos técnicos y discrecionales en la aplicación de los preceptos legales. Del mismo autor deben señalarse otros dos trabajos que revelan esta ignorada faceta de Pound como nodo de una red de juristas de ambos lados del Atlántico por la que circulan ideas, textos y traducciones. Así, Carlos Petit nos descubre la presencia conceptual, vía Édouard-Ferdinand Lambert, del *legal standard* de un Roscoe Pound más tardío en Al-Sanhûrî, el principal autor del código nacional egipcio de 1948 (Petit, 2003, pp. 503-554). Igualmente, del paso de Pound por Chicago como profesor de la Northwestern University Law School y de su participación en la organización de espacios de encuentro entre la ciencia penal europea y la americana a principios del siglo XX nos habla Petit (2007, pp. 801-900; particularmente en pp. 811-820).

general rules, based on abstraction and the disregard of the variable and less material elements in affairs, makes them mechanical in their operation [...] As Salmond puts it *We can never be sure in applying a general rule to a particular case, the eliminated elements may not be material; and if peradventure, they are material, and we apply the general rule without regard to them, we fall into error. This is the great objection to the substitution of law for judicial discretion. The more general the rule, the greater is the tendency to error. But, on the other hand, the more guarded, qualified, and restricted the rule, the greater its complexity and the difficulties of its application* (Pound, 1905a, pp. 20-21)¹⁷.

Si a los autores americanos les interesaba la predicción de esa incertidumbre, y a los europeos reconocer su necesidad, lo que le interesa a Pound es el resultado de la misma. El análisis del sistema de *equity* le sirve como ejemplo de esa aplicación de la discreción a la norma general para adaptarla al caso, y de los resultados que produce:

Clark tells us that *reasonable modification of existing law* is the fundamental idea of equity, and discretionary interference with the operation of general rules in order to do justice in particular cases was obviously the original theory. Indeed, we may refer its origin to the exercise of that same power of dispensing with the law in particular cases for particular reasons that afterwards brought about the downfall of the Stuarts [...] And through it all, under one name or another, we shall see the idea of wider discretion, greater freedom of application, more elasticity in view of particular cases [...] (Pound, 1905a, pp. 21-22).

Por tanto, el fruto de la aplicación de la discreción dispensada para ajustar la norma general al caso es una modificación de la norma. La incertidumbre de la decisión judicial se traduce en una nueva norma que se parece a la anterior pero que no es idéntica. Es una variación de la norma originaria. En su continuo trato con la realidad, la actividad judicial no está haciendo sino producir variaciones espontáneas de las normas del sistema. Azar y modificación son conceptos fundamentales en la teoría darwiniana. Pero, antes de retornar al ejemplo de la *equity*, debemos realizar una excursión por la historia.

Según la definición austriana, solamente son normas del sistema y, por tanto, fuentes que motivan la decisión judicial, las normas impuestas por la soberanía. Como habíamos visto, ello impedía que las costumbres, la ética, y otras tantas normas de carácter no imperativo, sirvieran para fundamentar la decisión judicial. Teniendo en cuenta que, a través de los precedentes judiciales dichas normas han ido quedando fijadas en lo que Roscoe Pound llama el elemento histórico, la historia nos muestra, no obstante, lo siguiente:

A developed body of law is made up of two chief elements: The enacted

¹⁷ Este artículo fue previamente leído en público en el segundo encuentro anual de la "Nebraska Bar Association" realizado el 9 y el 10 de 1902. La cursiva es propia.

or imperative element, which is the modern element and its tending to become predominant, and the traditional or habitual element, [] the older or historical element upon which juristic speculation proceeds by interpretation and analogy. Corresponding to these two elements in the law, two distinct words, originally expressing two distinct ideas, are to be found in most languages spoken by people among whom law has reached any great development. The one set of words (*ius*, *Recht*, *droit*, *diritto*) has particular reference to the idea of right and justice, but it is used to mean law in general. It is appropriate to periods in which law is formative or is expanding and developing through juridical speculation or some other non-imperative agency. The other set of words (*lex*, *Gesetz*, *loi*, *legge*) refers primarily to that which is enacted or set authoritatively, but tends to mean law as a whole. It is appropriate to periods of enacted law, and to periods in which the growing-point is in legislation. As now one and now other of the elements of which law is made up has prevailed; now one and now the other name has come to be used for the whole [...] A similar double series is to be observed in the formulas in which jurists have expressed their conceptions of law. The two sets of words of which *ius* and *lex* respectively are the types represent two ideas between which definitions of law have oscillated according to the circumstances of legal systems and the agencies through which these rules have been expressed for the time being (Pound, 1904, pp. 252-253).

Roscoe Pound saca las siguientes conclusiones de estos hechos: en primer lugar, las palabras *ius* y *lex* designan tanto al tipo de norma, imperativa o ética, como al sistema en su conjunto, por consiguiente, tanto las fuentes ajurídicas, como las leyes han venido siendo usadas como principios del sistema. En segundo lugar, ha habido una oscilación cíclica entre una fuente y otra, lo cual, teniendo en cuenta que ambas pertenecen al mismo sistema, quiere decir que de alguna manera han estado en conflicto. Por tanto, cuando un grupo de normas venía considerado como fuente del sistema, las otras quedaban excluidas del mismo y pasaban a considerarse ajurídicas. Así pues, las nociones de sistema y de fuente son relativas. Se sigue, en tercer lugar, que el motivo por el que un conjunto de normas ha llegado a ser fuentes (se han constituido en sistema autónomo de normas) y, por ende, ha entrado en conflicto con las otras normas que se tornan en ajurídicas, parece relacionado con las circunstancias del sistema jurídico:

Realizing that a final answer to the question, 'What is law?' is impossible, since the thing to be defined is living and growing, and therefore subject to change, the most conspicuous representative of the new school abandons that question and goes behind it to define the legal order (*Rechtsordnung*) in which law results and for which exists. The means of attaining this legal order may vary. They may be command and coercion or reason and justice. But the end has been before men from the beginning of legal evolution. By appealing from the particular phase of law which is now current to the universal conception of the legal order, the new school points out the road for future development in jurisprudence. Law is not an end, but a means

(Pound, 1904, pp. 265-266).

He aquí que surge la otra idea de vida del Derecho. El Derecho no solo está vivo porque cambia en la acción judicial, sino que también porque evoluciona en el tiempo. Desde este punto de vista privilegiado, observamos la sucesión de sistemas en relación con las sociedades que también cambian. Definir el sistema es inútil desde esta perspectiva. Da lo mismo que sea un conjunto de normas u otro, porque lo realmente importante es que ese conjunto de normas cambia en función de la propia evolución cultural de los pueblos. El factor decisivo para que una norma sea principio del sistema y otra quede relegada a elemento ajurídico no es sino la evolución de la sociedad.

Apoyándose en Josef Kohler (1910, pp. 14-15), Pound introduce la idea de que la evolución del Derecho está en función de la evolución cultural de las sociedades y que, por tanto, hemos de abandonar la idea de sistema por el binomio entre sociedad y Derecho. Sin embargo, esta idea de evolución es aún lineal, pues una fase anula a la anterior mientras que, como hemos visto, Pound ha constatado una serie de oscilaciones en la historia del Derecho. Por otro lado, la relación funcional entre Derecho y sociedad está expuesta de una manera todavía muy vaga, sin que sepamos muy bien por qué el Derecho es un medio. Para afinar aún más debemos proseguir con las excursiones históricas:

Nothing in the history of our common law is more striking than its tenacity in holding ground. Like our English speech, there seems to be something about it that commends it to men of diverse lands and races, and where it once goes, stays. From the beginning, it has been in competition if not in conflict, with other systems, and it has steadily gained ground. On its own soil, it has to meet and resist the canon law in the twelfth century, the Roman law at the Renaissance, the powers of the crown exerted against its fundamental doctrine of the supremacy of law in the sixteenth and seventeenth centuries, the influx of foreign law through the law merchant in the eighteenth century, the legislative reform-movement in England and America, at the same time, a temporary but formidable agitation for French law, influenced by the spread of the code Napoleon and the success of the Louisiana Civil Code (Pound, 1905b, p. 339).

Más adelante volveremos sobre este párrafo a propósito de la competencia. De momento, resaltamos la extraordinaria perseverancia del sistema jurídico de *common law* con respecto a los intentos de introducir normas de carácter imperativo en su seno. La razón de dicho éxito queda, como hemos dicho, para más tarde. Por ahora, nos centramos en la descripción del mismo que realiza Pound en otros términos que los estrictamente jurídicos.

Según Pound, a lo largo de la historia, las normas del *common law* han

prevalecido en aquellos momentos en que las mismas estaban alineadas con los intereses de la sociedad. La coincidencia de los intereses que el *common law* protegía con los intereses que la sociedad deseaba proteger es lo que en realidad habíamos denominado sistema. Cuando han cambiado los intereses sociales, como en la época de Pound, nos encontramos con que el *common law* ya no se alinea con esos intereses. De hecho, puesto que ahora el *common law* se presenta como sistema formalizado que no permite el cambio, se produce lo que Roscoe Pound llama *popular dissatisfaction* (Pound, 1905b, p. 344).

Así, nos encontramos con la idea darwiniana de la selección natural. Cuando se producen cambios ostensibles en el medio, solo aquellas especies que cuenten con características morfológicas adecuadas sobrevivirán. Esa coincidencia entre la morfología y las nuevas características del medio es lo que se denomina selección natural. Es, además, cuando la variabilidad natural juega un papel trascendental. El mayor o menor éxito evolutivo de una especie descansa en que cuente con alguna variación que encaje en ese medio. Obviamente, como la variación es espontánea, esta supervivencia también lo es. Es hora de retornar al sistema de *equity*.

Pound no considera, como hace Maine, que la *equity* sea un aparte dentro del sistema jurídico del *common law*. La *equity* no es una suerte de *impasse* mientras llegan los nuevos códigos; una solución temporal que permite la vigencia del viejo conjunto de normas escritas cuando la sociedad progresiva ha cambiado. Para Pound la *equity* no es un accidente en la historia del Derecho, fruto de las propias circunstancias materiales que hacen que, entre los primitivos esfuerzos de abstracción y los nuevos códigos, haya una suerte de laguna. Por el contrario, debemos considerar que la *equity* cumple una función dentro del sistema jurídico de *common law* a lo largo de su historia. Es una reacción necesaria en ciertos periodos (Pound, 1905a, p. 21).

En sus artículos, Roscoe Pound va cambiando el punto de vista de una manera tan sutil como radical. A través de un fragmento en que cita a Maine, ha saltado de la perspectiva sincrónica, con la que había empezado, a la diacrónica. Cabe mentar también que en la cita de Maine ha empleado la palabra *fósil*, que el británico no emplea en el texto original (Maine, 1986, pp. 20-21; publicado en 1861, esta reedición está basada en la primera edición americana de 1864). Y, además, podemos leer en el mismo lugar que, dado que las sociedades progresivas tienden al cambio y el Derecho a la estabilidad, lagunas jurídicas como las que causaron la aparición de la *equity* tienden a reproducirse, descansando el mayor o menor descontento social en la prontitud con que es superado dicho desfase (Maine, 1986, p. 23). Así, mientras Maine tiende a ver esos desfases temporales entre el Derecho y la sociedad como trances entre código y código que se sortean de la mejor manera posible apelando al uso de la discreción, Roscoe Pound considera que son, sin embargo, un elemento más que otorga al conjunto entero

una dimensión dinámica. Por tanto, entre discreción y derecho codificado existe una relación cíclica: uno es la causa del otro, y viceversa.

Pero antes de explicar esa relación dinámica entre sociedad y Derecho y, dentro de este, entre discreción y Derecho formal, volvamos al fósil mentado por Pound que, sin embargo, Maine no mienta. A esta metáfora podemos añadir otra idea de Josef Kohler: la filosofía o teoría del Derecho naturalista no era sino el propio sistema jurídico de la época tomado en sí mismo, de manera autónoma con respecto a su sociedad, y justificado por sus propios principios (Kohler, 1910, pp. 9-10), —esta misma idea aparece en Pound, 1904, aunque expresada de una manera oblicua—. Aún podemos añadir una tercera metáfora. En el apartado biográfico habíamos reproducido una carta de Pound a su amigo de Harvard, Omer Hershey. En ella, le decía que intentar definir lo que es el Derecho era como atar una cuerda alrededor de un árbol. Y de hecho algo parecido ocurre dentro del árbol, cuyo tronco va generando anillos concéntricos. En cada uno de esos anillos se encuentran cifrados no solo los momentos de su crecimiento, sino también cómo era el medio que lo rodeaba en ese momento. Si miramos cada una de esas instantáneas en su secuencia, obtenemos la historia de la evolución de ese árbol en su medio. Algo similar ocurre con el registro fósil: en cada uno de los estratos geológicos nos encontramos con las especies que poblaban un determinado territorio en un período determinado. Así, siguiendo la secuencia de estratos, podemos trazar la historia de las especies en su relación con el medio. Roscoe Pound considera la sucesión de definiciones sistemáticas del Derecho que los diversos teóricos y filósofos han realizado a lo largo de la historia como una suerte de registro fósil que se puede consultar para ver la historia natural del Derecho (Pound, 1904, p. 252).

Como habíamos dicho antes, los sistemas jurídicos no eran más que la coincidencia de intereses entre una serie de normas y la sociedad. Esto solo es visible en la diacronía. El teórico del Derecho, desde la sincronía, solo ve un conjunto de normas cerrado y autónomo que trata de definir. En esa definición queda, por tanto, fosilizado el Derecho de una época (cfr. Fassò, 1981, p. 219). Por eso:

Equity, then started as a reaction towards justice without law and in its development became a system wherein the element of judicial discretion was given a greater play, and the circumstances of particular cases were more attended to than the fixity of legal rules would permit. But as soon it began to be a system, for the reasons already indicated, the scope of discretion began to narrow. A good view of this process may be had comparing the results reached by various writers who have essayed to define equity, all of whom are in a measure right, for they have merely seized on different stages as the bases of their definitions (Pound, 1905a, p. 22).

Ya está adelantando aquí qué es lo que ha encontrado, pero permítanme seguir con el párrafo porque merece la pena ver cómo es dicho registro:

Maine's definition of equity has been criticized in so far as it refers to a *body of rules* on the ground that *the true and original distinction between law and equity is one, not between two conflicting bodies of rules, but between a system of judicial administration based on fixed rules and a competing system governed solely by judicial discretion*. But Maine's definition simply errs in being too exclusively a definition of developed equity. If we take Clark's statement that equity is *the judicial modification or supplementing of existing rules of law by reference to current morality*, follow it by Maine's statement that it is a *body of rules, existing by the side of the existing law and claiming incidentally to supersede the civil law in virtue of a superior sanctity inherent in those principles* and add that it becomes a fixed body of rules admitting of somewhat greater freedom of judicial action, for historical reasons administered in certain fashions and for certain cases only, we shall have traced fairly well the steps in the evolution from the original equity to the modern system (Pound, 1905a, p. 22)¹⁸.

Esa historia natural nos muestra el siguiente ciclo: primero nos encontramos con que la *equity* aparece como la variación, en ciertos casos, de ciertas normas; luego como un conjunto de normas que compiten con las vigentes; finalmente, la *equity* es un conjunto de normas fijas que admite alguna mayor flexibilidad. En otras palabras, nos encontramos con el ciclo entre la discreción y la norma escrita. La discreción provoca la aparición de ciertas variaciones de las normas escritas vigentes. Y he aquí cómo se desvela la función que cumple la discreción dentro del sistema jurídico. Variar las normas escritas para que el sistema rejuvenezca, esto es, se pueda adaptar a futuros cambios en el entorno. Por ende, la relación que guarda con la norma escrita es tanto de causa como de efecto: la discreción es, al mismo tiempo, anulación de una norma como norma ella misma en tanto que variación. El secreto de estas conclusiones, como decíamos, radicaba en el paso que Roscoe Pound hace de la perspectiva sincrónica a la diacrónica: vista estáticamente, la discreción no es más que casuismo puesto que solo ayuda a adaptar una norma abstracta a las circunstancias particulares del caso. Vistas diacrónicamente, cada una de esas dispensas de la norma general pasarán a ser otras tantas variaciones, alguna de las cuales, con el paso del tiempo, devendrá ella misma fuente del sistema y, por tanto, será ella misma variada. Con lo cual se habrán acumulado dos cambios, y así sucesivamente:

But when we have come to a system of judicial discretion, we are back very near to our starting point. The reaction toward justice without law has long spent itself, and the powerful forces that make for law have drawn the pendulum back. The anti-legal element has come to be a minimum once more, and the work of liberalization being accomplished, the system

¹⁸ La cursiva de la cita es propia del autor de este artículo.

whereby it was brought about remains merely as an accident of judicial administration, requiring men for historical reasons to seek relief here rather than there, or in this way rather than that, without sensibly affecting the substance of the rules applied (Pound, 1905a, p. 23).

Ahora bien, como su propio nombre indica, el registro fósil está constituido de fósiles, ¿cuál es el origen de los mismos?

[...] *So soon as a system of law becomes reduced to completeness of outward form, it has a natural tendency to crystallize into a rigidity unsuited to free applications which the actual circumstances of human life demand* (Pound, 1905a, p. 24; Roscoe Pound, a su vez, está citando e interpretando el *Science of Law* de Sheldon Amos).

El fenómeno de la fosilización consta de dos partes: un sistema jurídico que se ha vuelto demasiado rígido y las circunstancias cambiantes de la sociedad. Ahora bien, como hemos visto antes en el ejemplo de la *equity*, el destino final de las variaciones iniciales no era otro que volverse, con el paso del tiempo, derecho escrito ellas mismas. Ese derecho escrito o formal adquiere una forma más refinada cuando deviene principio. Es, entonces, cuando el sistema jurídico adopta esa forma externa que no es sino una formalización absoluta del mismo; estamos hablando de la forma deductiva. Por tanto, bajo este grado de formalización máximo difícilmente podrá hacer frente a las cambiantes circunstancias. Y es esa forma acabada, que inevitablemente habrá de desaparecer, la que los teóricos del Derecho registran en sus definiciones del Derecho.

Es, de esta manera, como la historia natural del sistema de la *equity* nos ha desvelado cuál era la función de la discreción dentro del sistema y, al mismo tiempo, por qué esa función es necesaria para su supervivencia. Pound traza una serie de paralelismos que le permiten traer el modelo darwiniano de la historia natural a la historia de los sistemas normativos: las especies son los distintos sistemas normativos, dentro de las mismas podemos diferenciar entre los rasgos morfológicos que permanecen estables (por los que podemos hablar de una especie) y los rasgos que varían de una generación a otra. Por eso, Roscoe Pound considera el derecho escrito o formalizado y el derecho discrecional como las dos caras de una misma moneda. Por otro lado, nos encontramos con la selección natural: los cambiantes intereses de las diferentes sociedades van a jugar ese papel. Luego tenemos las especies adaptadas, esos sistemas normativos formalizados y avocados a la desaparición y a su fijación en las teorías del Derecho de los filósofos de la época. Pero nada nos puede mostrar mejor esto que la manera en que Roscoe Pound describe el ciclo variación-selección-extinción para la *equity*.

El cambio a un contexto más específico de intereses sociales (como pueda ser el nacimiento del moderno mundo de los negocios) tiene, como contrapartida

inmediata, la fijación de gran parte de la *equity* inicial en el sistema de principios con arbitrio limitado de Lord Eldon. La aparición del moderno mundo de los negocios ha obrado como selección natural entre las variedades que no eran apropiadas a esos cambios, que desaparecerán, y las variedades que sí lo eran. Por eso, el sistema no es sino la coincidencia entre los intereses de las normas y los de la sociedad. Solo en el momento de la selección, y mientras que no se produzcan nuevos y ostensibles cambios, una serie de normas se va a convertir en principios y el resto va a quedar fuera, constituyendo el elemento ajurídico (Pound, 1905a, pp. 24-25).

Ahora bien, la propia selección de una serie de normas significa que estas van a comenzar a variar en la acción judicial y, sobre todo, que esas normas constituidas como sistema son ya, en sí mismas, fósiles vivientes; la misma circunstancia que al aparecer, las seleccionó, al desaparecer les dejará sin el suelo sobre el que se asientan (Pound, 1905a, p. 25). Desde el mismo momento en que se formaliza, el Derecho adquiere la acuciante necesidad de ser liberado. La vida no se puede detener y el precio que paga una variedad por triunfar evolutivamente en un entorno cambiante es, a la larga, desaparecer. Las especies mejor adaptadas también son las más vulnerables a los cambios del entorno. Del mismo modo, el sistema jurídico más formalizado es el más vulnerable a los cambios en la sociedad (Pound, 1905a, p. 26).

Queda, no obstante, otro aspecto importante de la teoría darwiniana. La selección natural descansa en el hecho de que las variaciones se heredan de una generación a otra. Sin la herencia, las variedades no podrían continuar y acumular otras variaciones hasta convertirse en nuevas especies. Roscoe Pound señala, como hecho trascendental del que depende todo el proceso posterior que lleva a una variedad de una norma gestada en la *equity* a convertirse en un principio neto de *common law*, el hecho de que se convierta en precedente (Pound, 1905a, p. 25). Esto es, que esa variedad pueda pasar a la siguiente generación.

Una de las consecuencias más curiosas de la aplicación de la concepción darwinista de variabilidad al Derecho es que la aparición de estas variaciones es espontánea y no guarda relación con su selección. Esto es, las doctrinas del Derecho originariamente han nacido como una desviación de la norma general sin más propósito que el de encajar las circunstancias de un caso, sin función ninguna en el seno del sistema jurídico; ha sido el cambio en las circunstancias sociales el que les ha permitido prosperar hasta adquirir una función dentro del sistema. Y, al mismo tiempo, se ha dejado sin función a otras normas. Esta espontaneidad, como habíamos dicho antes, conlleva que la historia natural sea cíclica y no lineal.

Nos queda aún por explicar la competencia entre las especies. Es decir, aquella oscilación entre las normas de origen judicial y aquellas de carácter imperativo

que, sucesivamente, se convertían la una en fuente, y la otra en elemento foráneo. Para ello, debemos recordar aquel relato triunfal que Roscoe Pound hacía de la historia del *common law* que había sobrevivido varios intentos de colocar otro sistema en su lugar.

El primer hecho relevante es que el sistema jurídico del *common law* ha tenido que competir con nuevas formas de Derecho. Lo que produjo una lucha por la supervivencia, dado que ambos competían por los recursos del mismo hábitat: la sociedad inglesa. Sin embargo, pese a la continua aparición de distintas variedades de derecho positivo, el sistema del *common law* ha conseguido sobrevivir. El ecosistema en que la especie del *common law* encaja está compuesto por la competencia del derecho positivo y por la sociedad inglesa. Por tanto, los rasgos morfológicos se explican en función de esas dos variables: los cambios que decidan la selección de distintas variaciones de la especie original serán tanto en la competencia como en el hábitat. Las especies no solo están adaptadas a los cambios en el hábitat, como puedan ser los cambios climáticos, sino también en su competencia, sus depredadores, y demás. El *common law* ha sabido adaptarse tanto a los cambios producidos en el pueblo inglés como a la aparición de la competencia. Así que, finalmente, un sistema es un conjunto de normas que se explica en función de unos intereses sociales y de otro conjunto de normas que queda excluido.

El *common law* no solo ha permanecido, sino que además ha colonizado nuevos territorios donde ya existían variedades de la especie del derecho positivo (Pound, 1905b, pp. 340-341). Este sistema jurídico es una especie muy competitiva. La colonización, por otro lado, contradice las historias lineales que consideran la evolución como fruto directo del contexto en que se desarrolla el Derecho, no del propio Derecho. La metáfora preferida de estos autores es el idioma, algo tan vinculado al desarrollo de un pueblo como su Derecho. Ahora bien, Roscoe Pound otorga un nuevo sentido a esta metáfora: el inglés es un idioma viajero que ha hecho fortuna entre “men of diverse lands and races”. Y esa misma adaptabilidad del inglés a diversos entornos parece ser el secreto del éxito del *common law*, que hace que “where it once goes, it stays” (Pound, 1905b, p. 339).

6. Conclusiones

Hemos visto como Roscoe Pound analiza el fenómeno particular del ciclo variación-selección-extinción en lo que sería la historia natural del Derecho. A modo de conclusión y recapitulación de las ideas vertidas, nada nos parece más oportuno que dejar hablar a Pound una vez más. Veremos ahora las leyes universales que operan inexorablemente sobre todo sistema jurídico y que constituyen los verdaderos principios de una auténtica ciencia natural del Derecho. Roscoe

Pound expresa estos principios de una manera bastante nítida en su artículo "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice" (Pound, 1906). Hemos de recordar que ese descontento mostrado por la opinión pública no era sino la manifestación de un cambio ostensible en el entorno del sistema jurídico. Y, por ende, el síntoma de la activación de los mecanismos de selección que decidirán la continuidad de los sistemas jurídicos. Al hablar de las causas del descontento popular, Roscoe Pound no hace sino establecer en qué consisten los mecanismos de selección.

Roscoe Pound agrupa las causas bajo cuatro grandes epígrafes. El más general es el primero, refiriéndose los otros tres a los problemas específicos del sistema angloamericano que se explicarán, en última instancia, por las causas más generales. Bajo el epígrafe "Causes for dissatisfaction with any legal system" Pound ofrece cuatro posibilidades, cada una de las cuales se deduce de la anterior (Pound, 1906, p. 731). De esas cuatro, solo las dos primeras son principios universales, mientras que las otras son escolios de estas. Dichos principios son: la necesaria aplicación mecánica de las normas y la necesaria diferencia de crecimiento entre el Derecho y la opinión pública:

The most important and more constant cause of dissatisfaction with all law at all times is to be found in the necessarily mechanical operation of legal rules. This is one of the penalties of uniformity. Legal history shows an oscillation between wide judicial discretion on the one hand and strict confinement of the magistrate by minute and detailed rules upon the other hand. From time to time more or less reversion to justice without law becomes necessary in order to bring the public administration of justice into touch with changed moral, social, or political conditions. But such periods of reversion result only in new rules or changed rules. In time the modes of exercising discretion becomes fixed, the course of judicial action becomes stable and uniform, and the new element, whether custom or equity or natural law, becomes as rigid and mechanical as the old. This mechanical action of the law may be minimized, but it cannot be obviated. Laws are general rules; and the process of making them general involves elimination of the immaterial elements of particular controversies [...] If to meet this inherent difficulty in administering justice according law we introduce a judicial dispensing power, the result is uncertainty and an intolerable scope for the personal equation of the magistrate. If we turn to the other extreme and pile up exceptions and qualifications and provisos, the legal system becomes cumbrous and unworkable. Hence the law has always ended in a compromise, in a middle course between wide discretion and over-minute legislation (Pound, 1906, pp. 731-732).

La primera ley o el primer principio universal: la variabilidad de los sistemas jurídicos. La existencia de unos elementos morfológicos distintivos y estables que, sin embargo, se realizan en constantes variaciones. Esto es, el elemento formal (la norma escrita) y el elemento discrecional que produce la variabilidad. El origen

de esta variabilidad se encuentra en la propia necesidad de dar cabida al caso particular en la norma general. El resultado de esa acción es una modificación de la norma, cuyo destino es cumplir un ciclo que la llevará, si las circunstancias son favorables, a convertirse en norma general.

Aquí Pound añade algunas consideraciones que explican cómo se produce la variabilidad y la mecanización. Para ello, Pound ofrece una versión de la idea de conflicto de intereses individuales como motor del Derecho, acompañada de la idea de Gray de que cuando existe conflicto entre los valores imperantes y los suyos, el juez tiende a apoyarse en su propio interés:

In periods of absolute or generally received moral systems, the contrast between legal results and strict ethical requirements will appeal only to individuals. In periods of free individual thought in morals and ethics, and especially in an age of social and industrial transition, this contrast is greatly intensified and appeals to large classes of society (Pound, 1906, p. 732).

Es decir, detrás del problema que suponía el desajuste entre el caso particular y la norma general, en el fondo, siempre hay un conflicto de intereses. Por emplear un vocabulario más contemporáneo, cuando la opinión pública está situada en lo colectivo (y puesto que, como se dijo, la coincidencia entre intereses de opinión pública y norma es lo que hace al sistema) el conflicto de la norma con el caso es en torno a los intereses individuales. Y viceversa:

Justice, which is the end of law, is the ideal compromise between the activities of each and the activities of all in a crowded world. The law seeks to harmonize these activities and adjust the relations of every man with his fellows so as to accord with the moral sense of the community. When the community is at one in its ideas of justice, this is possible (Pound, 1906, pp. 732-733).

La justicia consiste en un equilibrio entre los intereses individuales y los colectivos. Y el Derecho, en conseguir ese equilibrio conjugándolo, además, con el interés de la sociedad expresado en la norma. Es evidente que, como interés individual y colectivo son dos conceptos antinómicos, para que se consiga este equilibrio tanto interés individual como colectivo deben coincidir. En ese caso, no es necesario más que la actuación mecánica del juez. Estamos, por tanto, en el momento de selección, en el que el interés de las normas coincide con el interés de la sociedad —que, a su vez, ha alcanzado un punto de equilibrio entre intereses individuales y colectivos, es decir, de consenso—:

[...] When the community is divided and diversified, and groups and classes and interests, understanding each other none too well, have conflicting ideas of justice, the task is extremely difficult. It is impossible that legal and ethical ideas should be in entire accord in such a society. The individual

looks at cases one by one and measures them by his individual sense of right and wrong. The lawyer must look at cases in gross, and must measure them largely by an artificial standard. He must apply the ethics of the community, not his own. If discretion is given to him, his view will be that of the class from which he comes. If his hands are tied by law, he must apply the ethics of the past as formulated in common law and legislation. In either event, judicial and individual ethical standards will diverge (Pound, 1906, p. 733).

En cambio, cuando en una sociedad hay tanto intereses individuales como colectivos en conflicto, siempre se va a producir un desfase en la aplicación de la norma al caso particular. Como ya no se da esa coincidencia entre el interés de la sociedad y del conjunto de normas, para resolver el conflicto es necesario un margen de discreción. El fin de esa discreción es restituir el equilibrio entre el interés individual y colectivo, y los de la norma. Pero, en realidad, no es una restitución del equilibrio sino la introducción de un grado de incertidumbre. En primer lugar, el juez se decantará hacia un lado u otro de la balanza según el interés del grupo al que pertenezca. En segundo lugar, modificará el interés de la norma para dar cabida a este resultado. Es así como en la variación de la norma de manera espontánea e imprevista entran a formar parte nuevos intereses. Que esa variación tenga fortuna dependerá en gran medida de hacia dónde vaya la sociedad:

A closely related cause of dissatisfaction with the administration of justice according to law is to be found in the inevitable difference in rate of progress between law and public opinion. In order to preclude corruption, to exclude the personal prejudices of magistrates, and to minimize individual incompetence, law formulates the moral sentiments of the community in rules to which the judgments of tribunal must conform. These rules, being formulations of public opinion, can not exist until public opinion becomes fixed and settled and can not change until a change of public opinion has become complete. It follows that the difficulty in the judicial administration of justice, like the preceding, may be minimized, but not obviated [...] Public opinion must affect the administration of justice through the rules by which justice is administered rather than direct administration. All interference with the uniform and automatic application of these rules, when actual controversies arise, introduces an anti-legal element which becomes intolerable. But, as public opinion affects tribunals through the rules by which they decide and these rules, once made, stand till abrogated or altered, any system of law will be made up of successive strata of rules and doctrines representing successive and often widely divergent periods of public opinion. In this sense, law is often in very truth a government of the living by the dead. The unconscious changes of judicial law-making and the direct alterations of legislation and codification operate to make this government by the dead reasonably tolerable. The law does not respond quickly to new conditions. It does not change until ill effects are felt; often not until they are felt acutely. The moral or intellectual or economic change

must come first. While it is coming, and until it is so complete as to affect the law and formulate itself therein, friction must ensue (Pound, 1906, pp. 733-734).

El segundo principio universal es la evolución de los sistemas jurídicos por selección. Un sistema jurídico no es más que un conjunto de normas que coincide en intereses con una sociedad determinada. Los intereses que las normas protegen son los que la sociedad quiere ver protegidos. Ese momento de su selección también es, visto desde su singularidad, el momento de su mecanización o formalización como un sistema autónomo, al segregar otro conjunto de normas que quedarán como ajurídicas. Nuevos cambios parciales en los intereses de la sociedad producirán variabilidad en ese conjunto de normas, dando lugar a nuevas normas. Cuando los cambios parciales en los intereses de la sociedad hayan cuajado en un cambio completo en un sentido u otro, aquellas normas que encajen con las nuevas condiciones serán seleccionadas y se constituirán en principios del sistema. En cambio, aquellas que no encajen se extinguirán y se convertirán en fósiles y pasarán a ser el elemento ajurídico. La diferencia entre la vida y la muerte de una norma la determinan tanto las condiciones cambiantes como las variaciones que haya sufrido la misma.

Este modelo de ciencia natural del Derecho parte de estos dos principios inducidos del análisis de la historia del Derecho y de la actividad judicial de acuerdo con las ideas analíticas (cfr. García-Ruiz, 1997, pp. 47-69)¹⁹. Quizá lo más importante de este modelo es que conjuga estos dos puntos de vista, el sincrónico y el diacrónico, que mutuamente se explican y se influyen. Ambos puntos de vista son como los dos lados del espejo en el que se miraba Alicia. Las certidumbres que existen en este lado se diluyen al pasar al otro. Roscoe Pound utiliza las expresiones *mechanical* (Pound, 1905a, p. 20) y *social mechanism* (Pound, 1904, p. 266) para referirse a ambos lados. En el plano sincrónico, *mechanical* indica que al aplicarse el Derecho al material de la realidad produce incertidumbre. En cambio, esa incertidumbre se transforma en determinismo al pasar al plano diacrónico. No existe nada azaroso en el mecanismo por el que un conjunto de normas se determina en sistema: es la coincidencia entre dos intereses. De igual manera, si vamos de un lado a otro del espejo vemos o bien un sistema cerrado de normas, o bien la coincidencia entre los intereses de un conjunto de normas y los intereses de la sociedad excluyendo otro conjunto de normas. Todo depende

¹⁹ Leopoldo García-Ruiz realiza una exposición de la última obra de Pound, *Jurisprudence*. Según indica aquel, el derecho puede entenderse desde tres puntos de vista: como orden jurídico, esto es en el seno de una sociedad políticamente organizada; como conjunto de preceptos, técnicas e ideales jurídicos, es decir, como un conjunto de materiales que pueden guiar la acción judicial; como la actuación de un juez, esto es, como lo que pasa en las salas de justicia. Estas tres miradas se integran en la noción de control social, que va a ser una de las expresiones utilizadas para referirse al fin del derecho como reconocedor de intereses sociales connotando que la protección de esos intereses se hará por medios coactivos. Aunque con modificaciones importantes, en lo esencial, vemos aún restos del modelo darwiniano en una época tan tardía.

de la perspectiva que adoptemos. Gracias al manejo de estos dos planos Pound resuelve el problema de la incertidumbre que planteaban sus compatriotas sin por ello tener que renunciar al sistema de normas.

Referencias

- Austin, J. (2003). *The Province of Jurisprudence Determined*. New Jersey: The Lawbook Exchange.
- Arjona, C. (2003). Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre las influencias y coincidencias. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 387-417.
- Bosselman, F. P. y Tarlock, A. D. (1994). The Influence of Ecological Science on American Law: An Introduction. *Chicago-Kent Law Review*, 69, 847-873.
- Bowler, P. J. (1995). *Charles Darwin: el hombre y su influencia*. Madrid: Alianza.
- Casanovas, P. y Moreso, J. J. (1994). *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica.
- De Castro y Bravo, F. (1950). Notas críticas: En torno a una traducción. La "Common Law". Roscoe Pound. *Anuario de derecho civil*, (3), 749-758.
- Deflem, M. y Botero-Bernal, A. (2006). Jurisprudencia sociológica y sociología del derecho. *Opinión Jurídica*, 5(10), 107-119.
- Elliott, E. D. (1985). The Evolutionary Tradition in Jurisprudence. *Columbia Law Review*, 85, 38-94.
- Fassò, G. (1981). *Historia de la filosofía del derecho vol. 2*. (J. F. Lorca Navarrete, trad.). Madrid: Ediciones Pirámide.
- Fox, J. (1900). Law and Logic. *Harvard Law Review*, 14(1), 39-43.
- Frankfurter, F. (1931). The Early Writings of O. W. Holmes, Jr. *Harvard Law Review*, 44(5), 717-827.
- Frederickson, M. E. & Bronstein, J. L. (2016). From Lichens to the Law: Cooperation as a Theme in the Diverse Career of Roscoe Pound. *The American Naturalist*, 188(5), ii-iii.

- Friedman, L. M. (2002). *American Law in the 20th Century*. New Haven: Yale University Press.
- García-Ruiz, L. (1997). Aproximación al concepto de Derecho de Roscoe Pound. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, (36), 47-94.
- García-Ruiz, L. (2002). *Derecho, intereses y civilización. El pensamiento jurídico de Roscoe Pound*. Granada: Comares.
- Gray, J. C. (1909). *The Nature and Sources of the Law*. New York: The Columbia University Press.
- Herget, J. E. (1990). *American Jurisprudence, 1870-1970: A History*. Houston: Rice University Press.
- Hill, M. (1988). Roscoe Pound and the "Seminarium Botanicum" at the University of Nebraska, 1888-1889. *Transactions of the Nebraska Academy of Sciences and Affiliated Societies*, XVI, 185-190.
- Holmes Jr., O. W. (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 10(8), 457-478.
- Holmes, O. W. (1899). Law in Science and Science in Law. *Harvard Law Review*, 12(7), 443-463.
- Horwitz, M. J. (1992). *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York: Oxford University Press.
- Hovenkamp, H. (1985). Evolutionary Models in Jurisprudence. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 64(4), 645-685.
- Hull, N. E. H. (1997). *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*. Chicago: University of Chicago Press.
- Kohler, J. (1910). *Filosofía del derecho e historia universal del derecho*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Lasser, M. (2002). Comparative Readings of Roscoe Pound's Jurisprudence. *American Journal of Comparative Law*, 50(4), 719-752.
- Maine, H. S. (1871). *Village-Communities in the East and West. Six Lectures Delivered at Oxford*. London: John Murray, Albemarle Street.

- Maine, H. S. (1986). *Ancient law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*. Tucson: University of Arizona Press.
- Petit, C. (1991). "A Contributor to the Method of Investigation". Sobre la Fortuna de Gény en America. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20(1), 201-269.
- Petit, C. (2003). Harvard en Lyon. Lecturas de Roscoe Pound en el Institut Lambert. En A. Botero & S. Estrada (eds.). *Temas de filosofía del derecho* (pp. 183-239). Medellín, Colombia: Editorial Universidad de Medellín.
- Petit, C. (2007). Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la "Modern Criminal Science" americana. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36(2), 801-900.
- Pound, R. (1893). Symbiosis and mutualism. *The American Naturalist*, 27(318), 509-520.
- Pound, R. (1904). A New School of Jurists. *University Studies*, 4(3), 249-266.
- Pound, R. (1905a). Decadence of Equity. *Columbia Law Review*, 5, 20-35.
- Pound, R. (1905b). Do We Need a Philosophy of Law? *Columbia Law Review*, 5, 339-353.
- Pound, R. (1906). The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. *American Law Review*, 40, 729-749.
- Pound, R. (1921). *The Spirit of the Common Law*. Frankestown, New Hampshire: Marshall Jones Company.
- Pound, R. (1950). *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. (J. Puig Brutau, trad.). Barcelona: Ariel.
- Pound, R. (1954). *El espíritu del "Common Law"*. (J. Puig Brutau, trad.). Barcelona: Bosch.
- Pound, R. (2004). *Evolución de la libertad: el desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*. Granada: Comares.
- Pound, R. & Clements, F. E. (1900). *Phytogeography of Nebraska*. Lincoln: University of Nebraska Botanical Seminar.

Ryan, F. (2002). *Darwin's Blind Spot: Evolution Beyond Natural Selection*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt.

Sayre, P. (1948). *The Life of Roscoe Pound*. Iowa: State University of Iowa.

Tarello, G. (1988). *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino.

Thayer, E. R. (1891). Judicial Legislation Its Legitimate Function in the Development of the Common Law. *Harvard Law Review*, 5, 172-201.

Von Savigny, F. C. (2015). *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. (J. Díaz García, trad.). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Walter, E. V. (1949). Legal Ecology of Roscoe Pound. *Miami Law Quarterly*, 4, 178-207.

Wigdor, D. (1974). *Roscoe Pound: Philosopher of Law*. Westport: Greenwood Press.