

Neil DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, 520 páginas.

Patterns of American Jurisprudence es un intento de comprender y abarcar las principales tendencias del pensamiento jurídico norteamericano de los siglos XIX y XX. Conforme con la inclinación que prospera entre los historiadores del pensamiento anglosajones, Duxbury asume que el entendimiento de formas de pensar de otro tiempo, sujetas a circunstancias pasadas y a motivaciones tal vez diferentes de las que hoy dominan, precisa de una consideración conjunta de la forma de pensar y del contexto en que surgió.

Así es como Neil Duxbury nos propone un examen de las diferentes trayectorias seguidas por la teoría del Derecho estadounidense, en el que el análisis interno de las diferentes corrientes de pensamiento se combina con la situación de las mismas en el entorno intelectual, académico, social, económico y político de la época.

Esta concepción contextual de la historia del pensamiento jurídico es importantísima para Duxbury, que cree que la forma en que entendemos los conceptos y los temas de la teoría del Derecho influye en la forma en que hacemos historia del pensamiento jurídico. Consecuentemente, es vital entender tales conceptos y temas de manera correcta, y para ello necesitamos recurrir a la comprensión del contexto en que fueron desarrollados.

Por otra parte, la presentación que nos ofrece Duxbury en su libro rehuye explícitamente el modelo pendular de la evolución de las ideas jurídicas. El autor intenta demostrar que determinadas concepciones acerca del Derecho no surgen en respuesta crítica a otras concepciones dominantes en ese momento, sino que cada diferente concepción sigue un proceso, relativamente lento, de incubación, desarrollo, madurez y declive; en cualquiera de estas fases, desde luego, la concepción de que se trate puede entrar en pugna con otras, y salir victoriosa o derrotada de dicha pugna. Pero este hecho no es determinante de su especificidad, sino resultado de ella.

Según Duxbury, el pensamiento jurídico norteamericano se caracteriza por la coexistencia en su seno de varios modelos: el formalista, el realista, el procesual y el enfoque de análisis económico del Derecho coexistieron por algún tiempo, y ninguno ha llegado realmente a desplazar a los demás; el realismo feneció, víctima de sus propias insuficiencias, pero dejando una herencia que otros movimientos aprovecharían más adelante; los demás modelos han pervivido de un modo u otro. El movimiento de los *critical legal studies* también parece estar debilitándose, sin que ello pueda atribuirse a un empeño singular por parte de los académicos más conservadores en desacreditarlo.

Patterns of American Jurisprudence se compone de una introducción y seis capítulos, respectivamente, dedicados a la caída del formalismo jurídico, a la evolución del realismo, a la propuesta «post-realista» de Harold Lasswell y Myres McDougal, que se apoya en la ciencia política, al retorno al pensamiento jurídico racionalista que caracterizó a la *process jurisprudence*, al análisis económico del Derecho, y al movimiento de los *critical legal studies* y sus epígonos actuales (las *race theory*, *pragmatist philosophy*, *feminist theory*). Hagamos un somero repaso de cada uno de estos temas.

En el capítulo primero de su obra, Duxbury nos presenta el pensamiento jurídico formalista en los Estados Unidos como el doble producto de las facultades de Derecho y de los tribunales. Necesario como actitud intelectual para facilitar

el nacimiento y la consolidación de las disciplinas científicas, el formalismo se extendió durante el siglo XIX, y se plasmó en un método de enseñanza del Derecho, conocido como el *case-method*, y en la adopción de la doctrina del *laissez-faire* por los tribunales norteamericanos, una doctrina curiosamente entreverada de evolucionismo y darwinismo social -creencia en la supervivencia del mejor adaptado.

El formalismo jurídico en su doble vertiente fue puesto en entredicho ya a finales del siglo XIX. Así lo prueba, dice Duxbury, el pensamiento de Holmes, de Pound y de Gray. De Holmes, Duxbury destaca el poderoso influjo que en él operó el pragmatismo americano, y que le llevó a la construcción de un pensamiento jurídico centrado en la gente y sus intereses. Pero Duxbury nos hace notar que, aunque Holmes se había mostrado crítico con la tradición formalista en el pensamiento jurídico, aunque había dicho que la vida del Derecho no era lógica, sino experiencia, no negaba un lugar para la lógica en el mundo del Derecho, y tenía un genuino interés en hacer que el estudio del Derecho fuese «científico», puntos ambos que la acercan a la propia tradición que critica.

En el segundo capítulo de su libro, Neil Duxbury nos relata la evolución de la crítica realista, sus virtudes y sus defectos. El autor caracteriza este movimiento como un *estado de ánimo intelectual (intellectual mood)*, que consistió en una insatisfacción con el formalismo jurídico, pero que fue además sólo una pieza de un escenario intelectual y político más amplio. Dicha insatisfacción indujo a los realistas a intentar incorporar las ciencias sociales a la enseñanza del Derecho, lo que a su vez elevaría la disciplina jurídica de modo incuestionable a la categoría de ciencia. Así descrito, pues, el realismo jurídico fue un intento de convertir la Teoría del Derecho en una ciencia aplicada.

El realismo es el producto de una evolución lenta y vacilante, nos dice Duxbury. Con ello desacredita la versión clásica, que sostiene que el «realismo» es un movimiento que surgió acuñado por Llewellyn en su conocida polémica con Roscoe Pound. Esta polémica, sujeta al escrutinio de Duxbury, que acude en busca de ayuda a otros investigadores que han tratado a fondo el aspecto histórico de la cuestión, resulta no ser más que un enfrentamiento en que Llewellyn quiere demostrar que la nueva forma de hacer ciencia del Derecho es diferente de la vieja de Pound sin que, a juicio de Duxbury, haya razones para pensar que el realismo no fue sino una continuación del escepticismo de Holmes y la *sociological jurisprudence* de Pound.

El autor sostiene que, estorbados por una cierta falta de visión y de estrategia científica, los realistas insistieron demasiado en la reacción contra el formalismo, y se preocuparon demasiado poco por definir el propio concepto de interdisciplinariedad que tanto defendieron. Por otro lado, el realismo también incurrió en vicios formalistas, por querer superar las insuficiencias de la idea de seguridad jurídica formalista, por el procedimiento de sustituirla por una nueva idea de seguridad jurídica que se apoye sobre las ciencias sociales.

El capítulo tercero de *Patterns of American Jurisprudence* está dedicado al pensamiento de dos autores «post-realistas» que formularon una teoría del Derecho y unas propuestas de reforma de la enseñanza del Derecho particulares: se trata de Harold D. Lasswell y de Myres McDougal.

Lasswell y McDougal vinieron a construir una teoría del Derecho que, sin prescindir de los postulados esenciales del realismo, no pudiese ser achacada de ser nihilista en cuanto a valores. Ello a tono con la preocupación dominante en la política en tiempo de la Segunda Guerra Mundial, en la que el fascismo fue considerado como una amenaza potencial contra la que había que combatir, también

desde el terreno del pensamiento jurídico. Lasswell y McDougal, originalmente preocupados por el empobrecimiento intelectual de las facultades de Derecho, terminaron buscando una forma de establecer un orden mundial post-bélico, apoyado en valores e ideales propios de la democracia norteamericana, y cristalizando su pensamiento en una teoría del Derecho internacional. En lo que respecta a la componente neorrealista de su pensamiento, fracasaron parcialmente. Duxbury sostiene, sin embargo, que el suyo fue el primer intento realizado por norteamericanos de concebir el ejercicio del Derecho en sus diferentes facetas como una empresa abiertamente política. Además, su *policy science* estuvo demasiado preocupada por diseñar una metodología propia, y demasiado poco por la utilidad práctica de la misma. Por otra parte, dado que Lasswell y McDougal diseñaron un modelo que permite el progreso político y social, pero no definieron el término «progreso», sus propuestas no pasaron de ser un catálogo de objetivos difusos y de puntos a clarificar.

El capítulo cuarto de *Patterns of American Jurisprudence* lo dedica Duxbury al examen de lo que podríamos llamar la tradición racionalista en el pensamiento jurídico norteamericano. Una vez más, Duxbury nos recuerda que esta tradición no surgió en respuesta crítica al realismo, puesto que una y otro surgen y evolucionan históricamente en paralelo. En este aspecto, la *process jurisprudence* se revela como una faceta de la cultura norteamericana, que en consecuencia continúa apareciendo en el pensamiento jurídico contemporáneo. La *process jurisprudence* quiere convertir la razón en el motor del pensamiento jurídico, si bien al término *reason* se le otorga un significado que cambia según quien considere el término. Y es que la *process jurisprudence*, nos dice Duxbury, es un fenómeno de maduración colectiva de un pensamiento; está fundada en una actitud concorde, más que en una estrategia.

Aunque el término «proceso» ya se empleaba en tiempos de Langdell, y fue del interés de Holmes y de los realistas, la *process jurisprudence* adopta un concepto de «proceso» mucho más sofisticado, que se convirtió en concepto central de su pensamiento a partir del momento en que se volvió a dar vida al concepto de «principio». Duxbury repasa el proceso de recuperación de este concepto por la teoría jurídica estadounidense, por Robert M. Hutchins, John Dickinson y Lon L. Fuller.

Para Duxbury, el término «proceso» tuvo una enorme importancia en el desarrollo de la perspectiva del consenso racional que dominó el pensamiento político estadounidense a partir de la Segunda Guerra Mundial. Lo que mueve a Duxbury a examinar qué respuestas se había dado a la cuestión de si el consenso era o no un factor de gobernación en los Estados Unidos durante la primera mitad de este siglo. Al final de esta trayectoria se pensaba en un sistema democrático fundado sobre un consenso racional sobre convicciones políticas, sin el cual no soportaría las permanentes tensiones de la lucha política. La tarea de la ciencia política, pues, consiste en hallar técnicas eficientes de realización de los valores sobre los que exista un amplio consenso; como dice Duxbury, la estructura social existente sería el criterio de la racionalidad política.

Un aspecto interesante de la obra de Duxbury consiste en que aborda, bajo la óptica del historiador del pensamiento jurídico, desarrollos relativamente recientes, como lo son los últimos hitos del análisis económico del Derecho, el movimiento de los *critical legal studies*, y las excrecencias del mismo surgidas en los ochenta, como la *feminist jurisprudence* o la *race theory*.

En el capítulo quinto, Duxbury nos narra toda la historia de la interconexión entre el pensamiento jurídico y la ciencia económica en los Estados Unidos. Ésta

se remonta a finales del siglo XIX, y se mantiene hasta la fecha, adoptando diferentes formas y con propuestas diferentes, y sin que se pueda hablar de una verdadera continuidad y homogeneidad en su pensamiento. Mientras los primeros analistas económicos del Derecho (entre los que se encontraban los institucionalistas) se interesaban por cuestiones muy fundamentales a propósito de la relación entre el Derecho y la distribución de los recursos, la tradición de análisis económico del Derecho centrada en la Universidad de Chicago asume los perfiles de un retorno a la economía neo-clásica, perfeccionándola y dotándola de instrumentos de comprobación empírica. Entre las varias figuras de esta tradición cuya trayectoria intelectual analiza Duxbury, destacan Milton Friedman, Ronald Coase y Richard Posner. En particular, merecen el interés de Duxbury los recientes intentos de extender el análisis económico del Derecho a ámbitos de regulación no primariamente económica, como la familia o la criminalidad y que, a su juicio, con todo lo que implican de aberración, significan la demostración de que las herramientas del análisis económico pueden ser potencialmente extendidas a todos los campos del Derecho, así como ponen de manifiesto que es posible y hasta conveniente una integración de la economía con las demás ciencias sociales.

Por lo que hace al movimiento de los *critical legal studies*, Duxbury señala que estamos ante uno de los pocos movimientos de pensamiento jurídico norteamericano que sí ha surgido en respuesta crítica a los demás, al tiempo que se declara explícitamente sucesor del realismo jurídico -afirmación ésta que, de todos modos, hay que tomar con las debidas cautelas.

Duxbury traza los orígenes políticos del movimiento en las revueltas universitarias de los años sesenta, y señala interesantes paralelos entre éstas y aquél, siendo muy crítico con la «cultura de la queja» y la sumisión de la libertad de pensamiento a la corrección política que el movimiento crítico ha propiciado. Las figuras principales del movimiento, Morton Horwitz, Duncan Kennedy y Roberto Unger, reciben la atención de Duxbury, utilizando su pensamiento para trazar a grandes rasgos el ideario de la teoría crítica: rechazo del consenso político y social liberal, que resulta opresivo por mor de sus contradicciones internas (en el orden liberal existiría una contradicción no resuelta entre libertad y dominación); prédica de la necesidad de trascender el orden liberal *vía* diseño de otro apoyado en valores de tipo comunitario, y esfuerzos (son notables los de Unger) por construir una nueva utopía social y política, sobre las ruinas del orden liberal.

La obra de Duxbury puede ser considerada, por el detalle de sus consideraciones, y por la riquísima documentación que el autor ha manejado sabiamente, como imprescindible para todos aquellos que quieran conocer las principales tendencias del pensamiento jurídico norteamericano, aunque el enfoque contextual pueda resultar al lector un tanto dispersador de la atención, y de poca ayuda al análisis crítico de dicho pensamiento. Su análisis del realismo, en particular, resulta revelador en muchos puntos, y pone en entredicho ciertas versiones algo simplificadas y sesgadas de este movimiento que circulan por Europa.

En cuanto a la tesis de Duxbury de que las corrientes intelectuales siguen dinámicas propias, convendría, de todos modos, no olvidar que es muchas veces el diálogo externo con otras tradiciones lo que hace a una o a otra cristalizar como tales corrientes, fenómeno que serviría para explicar por qué la visión pendular de la historia del pensamiento, tan denostada por Duxbury en este libro, ha gozado de tanto predicamento.

Félix Francisco SÁNCHEZ DÍAZ