

IGUALDAD MORAL Y ELITISMO INTELECTUAL EN LA TEORIA DEL DERECHO DE BENJAMIN NATHAN CARDOZO"

Laura MIRAUT MARTIN, profesora del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

1. INTRODUCCION

2. EL PROBLEMA DE LA IGUALDAD EN LA PERSPECTIVA DE LA DIGNIDAD MORAL

3. EL PROBLEMA DE LA IGUALDAD EN LA PERSPECTIVA DE LA ACTITUD MORAL

4. LA CONJUGACION DE LA IGUALDAD MORAL Y DEL ELITISMO INTELECTUAL EN LA DECISION JURIDICA

5. BIBLIOGRAFIA

1.- INTRODUCCION

La teoría del derecho de Benjamin Nathan Cardozo no es una teoría global del sistema jurídico, no realiza un tratamiento articulado de los distintos elementos integrantes del derecho. Es, sobre todo, una teoría dirigida a mostrar los procedimientos que sigue el juez para fijar el contenido de sus sentencias. En este punto se entremezclan, muchas veces de forma desordenada, consideraciones de carácter descriptivo con otras de índole prescriptiva. Estas últimas adquieren mayor presencia e intensidad a medida que avanza en el tiempo su formulación. Quedan apuntadas en *The Nature of the Judicial Process*, cuyo propósito confesado es directamente combinar los dos tipos de consideraciones (Cardozo, 1921:2). Alcanzan una mayor profundidad en *The Growth of the Law*, sobre todo en el análisis que allí realiza de la filosofía como instrumento de crecimiento del derecho (Cardozo, 1924:21 ss.) y en el de la función y los fines del derecho (Cardozo, 1924:81 ss.). Pero su desarrollo más completo no se produce hasta la publicación de su obra *The Paradoxes of Legal Science* (Cardozo, 1928). Es aquí donde, recogiendo algunos elementos dispersos de sus obras de juventud, expone más precisamente su concepción general de los valores jurídicos en tanto que valores que han de inspirar a la decisión del juez, y con ella su postura acerca de la igualdad moral de los hombres.

La enorme repercusión que desde el momento de su publicación ha tenido *The Nature of the Judicial Process*, del que se ha dicho que hasta los años sesenta fue el segundo trabajo de

teoría del derecho más influyente después de La Senda del Derecho de Holmes (Posner, 1990:20), ha hecho que se prestara una atención especial a los aspectos más directamente tratados en ella. En este sentido referirse al punto de vista moral de la decisión jurídica es una constante entre los comentaristas de la teoría jurídica de Cardozo (Aronson, 1938; Gouch, 1954; Kaufman, 1998; Levy, 1938; Patterson, 1939-1940; etc.), dada la relevancia que el mismo tiene en la puesta en marcha de los métodos del proceso judicial. Sin embargo, su carácter adjetivo, instrumental a la determinación del contenido de la decisión jurídica, ha dificultado la realización de análisis suficientemente particularizados de su concepción axiológica en general (entre estos, Brubaker, 1979) y del problema de la igualdad moral de los hombres en particular.

La igualdad moral de los hombres puede ser entendida en dos planos distintos: el del contenido de la dignidad moral y el de la actitud moral. Se puede así hablar del problema de la igualdad o de la desigualdad de los hombres en cuanto al contenido de su dignidad moral y en cuanto a su actitud moral. Cardozo va a contemplar el problema desde ambas perspectivas, atribuyéndoles soluciones distintas. Les reconoce también una incidencia diferente a la hora de concretar el contenido de la decisión jurídica. Vemos a continuación sus planteamientos.

2.- EL PROBLEMA DE LA IGUALDAD EN LA PERSPECTIVA DE LA DIGNIDAD MORAL

Benjamín N. Cardozo asume sin rodeos la idea de la igualdad de los hombres en cuanto a su dignidad moral. Ésta va a influir decisivamente en su teoría, constituyendo de un lado el fundamento de la autoridad pública, y con ella también de la institución jurídica, y de otro, la razón para dirigir el orden jurídico hacia la consecución de una sociedad en la que se haga realidad la igualdad de oportunidades.

En cuanto al primero de los puntos Cardozo parte de considerar el ejercicio irrestricto de la libertad como un posible atentado a la igualdad moral de los hombres. No se trata de negar la idea de libertad individual. Al contrario, Cardozo la entiende como el objetivo a perseguir por la decisión jurídica, tanto en el nivel legislativo como en el nivel judicial. Lo que ocurre es que siendo su ejercicio un bien apetecible por todos los hombres, la no regulación del mismo conduce inevitablemente a su disfrute desigual. La libertad, lejos de quedar garantizada para todos en la misma medida, queda a merced de quien disponga del poder suficiente para ejercitarla. Se convierte así en un motivo de conflicto entre los individuos.

En este punto nos habla Cardozo de la "paradoja subyacente de la libertad", señalando que: "Libertad en su sentido más literal es la negación del derecho, para el derecho es restricción y la ausencia de restricción es la anarquía. De otro lado, la anarquía, al destruir la restricción, dejaría a la libertad a la exclusiva posesión del fuerte o del carente de escrúpulos" (Cardozo, 1928:94). La solución a esta paradoja la encuentra Cardozo en la realización en condiciones de igualdad del ejercicio de la libertad. La regulación jurídica restringe, ciertamente, las posibilidades de ejercitar la libertad, pero al mismo tiempo hace viable que todos lo puedan

hacer en igual medida, cualquiera que sea su fuerza, su poder o el respeto que le merezcan los demás, su sentido social en definitiva.

La razón de la institución de la autoridad pública y del derecho radica en este punto. Ambos suponen un freno para la libertad. Pero también suponen un cauce para su ejercicio ordenado en el que se excluyen las posiciones ventajosas. Al impedir que sólo los que disponen de la fuerza necesaria o los que carecen de escrúpulos puedan acceder al uso y disfrute de la libertad se coloca a todos los seres humanos en una situación paritaria. La libertad es así la misma para todos. Todos han de poder acceder a ella en condiciones de igualdad, justificándose en ese empeño las restricciones que la misma pueda sufrir. La libertad es un valor que en realidad se realiza debidamente a través de su propia restricción. En este sentido la igualdad moral de los hombres constituye el fundamento directo de la institución jurídica al canalizar adecuadamente el ejercicio de la libertad de cada uno, evitando que éste pueda suponer un quebranto para el debido ejercicio de la libertad del resto de los miembros del grupo social.

Cardozo reconoce con el nombre de *singenismo* al instinto que mueve al individuo a la asociación con sus semejantes pero este instinto no garantiza la ordenación de la vida social. Al contrario, es fuente de conflictos, de "atracciones y repulsiones" entre los individuos y los grupos cuya reconciliación constituye "uno de los destacados problemas del derecho, el problema de la libertad y el gobierno" (Cardozo, 1928:87). En este punto radica la misma legitimación del Estado en cuanto grupo de grupos, señala Cardozo en lo que se ha entendido como una dudosa manifestación contractualista (Gouch, 1954:139). La ordenación del problema de la coexistencia de las libertades no puede prescindir del imperativo de la igualdad moral de los hombres, aunque ello limite en primera instancia el mismo ejercicio espontáneo de la libertad.

Pero la igualdad moral no se limita a fundamentar la institución jurídica. También le marca el sentido que han de seguir sus preceptos. Éste se encuentra constreñido por la exigencia de realizar el principio de igualdad de oportunidades. Siendo igual la dignidad moral de los individuos habrán de ser también iguales las oportunidades de que dispongan en la vida social. El imperativo de la igualdad moral no sólo garantiza la pervivencia de la libertad de cada uno. Impone asimismo que todos los individuos dispongan de las mismas posibilidades de acceder a los bienes públicos, y entre ellos, en particular al ejercicio de la libertad. La igualdad es en este sentido la "condición necesaria de la libertad" (Cardozo, 1928:117).

El verdadero sentido de la libertad se manifiesta así como "un ajustamiento de restricciones hacia el fin de la igualdad de oportunidades" (Cardozo, 1928:118). A la posición paritaria se llega a través de la comunicación libre de las ideas que proporciona el conocimiento. Esto supone, lógicamente, la negativa por principio a cualquier interferencia estatal que pueda uniformar las ideas y actitudes de los ciudadanos, esto es, a "proporcionar a todos dentro del Estado un molde de pensamiento establecido por el propio Estado" (Cardozo, 1928:112).

Pero Cardozo se da cuenta también de que no todos tienen la posibilidad real de participar en ese proceso comunicativo y de obtener en él el correspondiente provecho. Hay ocasiones en que es preciso interferir en el proceso de libre adquisición de los conocimientos para paliar las insuficiencias que puedan tener ciertos individuos. Las políticas paternalistas tienen aquí su justificación. Cardozo las admite en un sentido muy restrictivo.

Una interpretación muy estricta de sus palabras, que sólo tuviera en cuenta su sentido literal, llevaría a pensar que las políticas paternalistas sólo pueden legitimarse con respecto a los jóvenes, a quienes tiene el gobierno el derecho de "asegurar un mínimo de conocimiento" (Cardozo, 1928:111). Cabe, sin embargo, también una interpretación más amplia que identificara el término joven con el de sujeto necesitado o deficiente en su formación. Hay dos razones a favor de esta interpretación. Por un lado, Cardozo toma como referencia para sus afirmaciones un texto de Hobhouse que justifica el paternalismo como medio para la protección de los jóvenes y de los débiles. Por otro, al no señalar cuál es el límite de la juventud, a partir de qué edad una persona deja de ser joven, podría pensarse que utiliza la expresión en un sentido figurado.

Entonces, el problema es saber cuáles son exactamente los conocimientos que deben transmitirse paternalistamente a los necesitados. Cardozo responde a esta pregunta señalando que: "El mundo dispone de un determinado stock de conocimientos que ha sido acumulado a lo largo de los siglos. El valor de este stock ha sido lo suficientemente verificado a lo largo de las sucesivas generaciones como para poder decir que impedir a los jóvenes participar de él sería quitarles la posibilidad de llevar más lejos las fronteras del conocimiento" (Cardozo, 1928:111). Como se ve la respuesta es muy ambigua, porque se remite a conceptos absolutamente indeterminados. Sin embargo, lo importante es tener en cuenta que en la mente de Cardozo está jugando siempre la idea de colocar al hombre en una situación de igualdad de oportunidades.

Cardozo tiene muy claro el carácter excepcional que han de tener las políticas paternalistas. La regla es la formación libre de las ideas en un debate en el que todos se expresen sin cortapisas. Pero esta regla debe romperse cuando se hace imposible conseguir su objetivo. El liberalismo de Cardozo se hace en este punto profundamente igualitario. La igualdad de oportunidades es el santo y seña de la actuación de los poderes públicos, y en especial de la actuación de los jueces al fijar el contenido de sus decisiones.

3.- EL PROBLEMA DE LA IGUALDAD EN LA PERSPECTIVA DE LA ACTITUD MORAL

Si todos los hombres son igualmente merecedores del respeto a su dignidad moral, no todos tienen un comportamiento igualmente moral. Las actitudes de los individuos varían en la vida social. No se ajustan de igual modo al canon de moralidad social existente. Ni siquiera son igualmente coherentes con las normas de su propia moral individual.

Cardozo tiene muy en cuenta esta idea al expresar el fundamento moral que ha de tener toda sentencia. Piensa que el derecho no es la simple traducción de la moral pero que sí debe estar inspirado en cierto modo en la moral. La moral es un elemento directivo de la sentencia, aunque no es el único. En este punto hay que preguntarse entonces de qué moral se trata, a qué moral apela Cardozo para guiar el sentido de las decisiones jurídicas.

La respuesta a esta pregunta tiene dos aspectos. Cardozo distingue por un lado un núcleo duro de la moral que incluye a las "normas de conducta que en cualquier lugar y época son comúnmente aceptadas bajo la influencia combinada de la razón, la práctica y la tradición como morales e inmorales" (Cardozo, 1928:36-37). Fuera de ese núcleo duro las reglas morales varían en función del tiempo y del lugar. En este punto la moral que debe guiar la decisión jurídica es la moral del grupo social.

El problema es que dentro del grupo social hay también configuraciones morales diferentes. Los hombres no son iguales en su actitud moral. Al referirse a la moral del grupo social podría entenderse, en principio, que está pensando en la actitud moral de la mayoría de los miembros del grupo, o del hombre medio que no destaca especialmente por sus cualidades morales ni por su perversidad. Pero su opinión es más compleja.

Algunos textos de su obra parecen reforzar esta primera solución. Así, cuando en respuesta a la pregunta por el estándar moral que debe guiar la sentencia señala que "todo lo que puedo decir es que la línea debe estar por encima del más bajo nivel de principios y prácticas morales y por debajo del nivel más elevado... el derecho no debe exigir a la gente la moralidad de los santos y los profetas" (Cardozo, 1928:37). O cuando dice que "el modelo jurídico de valores morales es la conducta que es moral en cualquier situación dada cuando el actor es visto "als ob", como si estuviera dotado de una voluntad y de un entendimiento de nivel normal" (Cardozo, 1928:35).

Esta primera impresión se viene abajo, sin embargo, al puntualizar Cardozo expresamente que el derecho "deberá seguir o esforzarse en seguir el principio y la práctica de los hombres y mujeres de la comunidad cuya mentalidad social pueda calificarse como inteligente y virtuosa" (Cardozo, 1928:37). En este punto parece claro que el modelo propuesto no puede medirse por el número de personas que lo compartan. Es el modelo del hombre inteligente y virtuoso el que debe tomar en cuenta la decisión jurídica. Un modelo que, por su propia naturaleza, sólo es propio de un sector del grupo social. Este modelo no llega a alcanzar, ciertamente, al de los santos y los profetas, se queda en un nivel más normal. Pero tampoco es el de la generalidad de la gente. Es el de quienes por un lado tienen un comportamiento virtuoso, esto es, un comportamiento coherente con su propia moral individual, y por otro, tienen los conocimientos y la agilidad mental que permiten considerarles como inteligentes. En este punto la decisión jurídica asume una fundamentación elitista, la fundamentación del elitismo intelectual.

Vemos pues que el hecho de la actitud moral desigual de los hombres va a influir también terminantemente en la formación de la decisión jurídica. La actitud moralmente desigual de los hombres se manifiesta en el comportamiento personal y en la capacidad de comprensión de las cosas. La decisión jurídica no deberá fundarse en la moral del hombre inteligente que actúe de modo incoherente con sus principios ni en la del hombre coherente que no sea capaz de discernir adecuadamente el bien del mal.

En este punto la inteligencia es una condición necesaria pero no suficiente en la formación del modelo moral a seguir. Siendo una condición necesaria ha de respetarse, sin embargo, en todas las ocasiones. La constatación de la desigualdad de los hombres en cuanto a su actitud moral lleva así, entre otras cosas, a la puesta de relieve del elitismo intelectual como pauta para fijar la moral social que ha de guiar a la decisión jurídica.

4.- LA CONJUGACION DE LA IGUALDAD MORAL Y DEL ELITISMO INTELECTUAL EN LA DECISION JURIDICA

Como hemos podido ver, el problema de la igualdad moral actúa sobre la decisión jurídica en un sentido doble. Por un lado, la igualdad en la dignidad moral de los individuos implica a los poderes públicos en la garantía de la igualdad de oportunidades de todos los hombres para acceder al conocimiento. Por otro, su desigualdad en la actitud moral hace que sólo se acepte como criterio moral de la decisión jurídica el sentido moral del hombre inteligente, del hombre que sabe discernir de la forma más iluminada y correcta el bien del mal.

Esta doble característica exige un principio de conjugación que, por otro lado, resulte coherente con la teoría de Cardozo. Ésta se basa en la teoría del crecimiento o desarrollo del derecho. Pues bien, en lo que concierne al contenido moral de la decisión jurídica el progreso jurídico se produce por el afinamiento moral que conlleva el conocimiento. Es, precisamente, el conocimiento el que va a permitirle al hombre elegir: "no hay opción sin conocimiento, a menos que se trate de una simple ilusión" (Cardozo, 1928:104). El conocimiento es, a su vez, un producto directo del singenismo. El hombre es como es en función de su pertenencia y de su acción en el grupo. Dentro de él adquiere sus informaciones, asiste a las discusiones, formula sus opiniones, que a su vez se integran en la misma discusión pública permitiéndole afinar sus puntos de vista.

Todo este proceso de discusión pública producida al amparo de la libertad de expresión de los distintos contendientes garantiza al hombre la adquisición de sus conocimientos. Nadie debe quedar excluido de ese proceso porque en él está la razón del perfeccionamiento del hombre. Todos deben tener las mismas oportunidades para profundizar sus conocimientos en este proceso. Pero, ciertamente, esto no supone que todos vayan a sacar el mismo provecho de él. Si el derecho quiere mantener su condición de modelo ideal de comportamientos y de organización social habrá de valorar adecuadamente este dato.

El tránsito de la idea de perfeccionismo del hombre a la del perfeccionismo del derecho conllevará que sea el estándar moral de quienes mejor aprovechen las condiciones que se les ofrecen para su formación y conocimiento el que rijan los destinos de la sociedad. Se da en este punto por descontado que el estándar habrá de incluir necesariamente el principio de igualdad moral de los hombres, y con él la igualdad de oportunidades para acceder a una situación que permita a cada uno integrarse en la elite intelectual que constituye el motor de arranque del desarrollo del derecho. En la lucha que sostienen el consenso y la perfección para establecerse como criterios determinantes de la solución jurídica Cardozo realiza una importante concesión a la perfección. Pero ello no obsta a la función que pueda cumplir el respeto a la igualdad moral de los hombres en la generación de un acuerdo cada vez mayor en torno a sus verdades.

5. BIBLIOGRAFIA

ARONSON, M. J.: "Cardozo's doctrine of sociological jurisprudence", en *Journal of Social Philosophy*, Vol. 4, n. 1, October 1938, pp. 5-44.

BRUBAKER S. C.: "The Moral Element in Cardozo's Jurisprudence", *Cardozo Law Review*, Spring 1979, Vol. I, Issue I, pp. 229-256.

CARDOZO, B. N.: *The Growth of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1924, 145 pp.

CARDOZO, B. N.: *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921, (versión española *La naturaleza de la Función Judicial*, traducción de Eduardo Ponsa, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1955, 146 pp.).

CARDOZO, B. N.: *The Paradoxes of Legal Science*, New York, Columbia University Press, 1928, 142 pp.

GOUCH, W. T.: *The Legal Theory of Benjamin N. Cardozo*, Diss. Johns Hopkins University, Baltimore, Maryland, 1954, 271 pp.

KAUFMAN, A. L.: *Cardozo*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1998, 731 pp.

LEVY, B. H.: *Cardozo and frontiers of legal thinking. With Selected Opinions*, New York, Oxford University Press, 1938, 315 pp.

PATTERSON, E. W.: "Cardozo's Philosophy of Law", en *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 88, 1939-40, pp. 71-91 y 157-176.

POSNER, R. A.: *Cardozo. A Study in Reputation*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1990, 156 pp.