

**UNA APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO INTERPRETATIVO
DE BENJAMÍN NATHAN CARDOZO**

Por ELISENDA DE VILLAMOR MORGAN-EVANS
Licenciada en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. INTERÉS FILOSÓFICO EN BENJAMÍN NATHAN CARDOZO
- III. SISTEMA DE MÉTODOS EN B. CARDOZO
 - A. MÉTODO FILOSÓFICO O REGLA ANALÓGICA (LÍNEA DE LA PROGRESIÓN LÓGICA)
 - B. MÉTODO HISTÓRICO-EVOLUTIVO
 - C. MÉTODO DE LA COSTUMBRE
 - D. MÉTODO DE LA SOCIOLOGÍA. EL PODER DE LA JUSTICIA SOCIAL
- IV. LAS PARADOJAS DEL DERECHO
 - A. ESTABILIDAD Y PROGRESO
 - B. CONTRASTE ENTRE INTERESES OPUESTOS
 - C. INDIVIDUO Y SOCIEDAD
 - D. LIBERTAD Y GOBIERNO
 - E. IMITACIÓN O CREACIÓN
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Siempre que se trata en filosofía de un autor, es porque este autor suele presentarnos un problema concreto y el problema que nos presenta suele ser el problema que late en él. Así, hemos elegido a Benjamín Nathan Cardozo (1870-1938) porque el problema que nos presenta consiste en su propia existencia como juez. En sus días, marcados por el auge del positivismo filosófico y por tanto del positivismo jurídico –positivismo que en este caso es puro formalismo– se origina una reacción contra las exigencias formalistas normativistas en tres autores distintos que coinciden en el tiempo y en lugares diferentes, como son junto a Cardozo en Estados Unidos, Francois Géný en Francia y Eugen Ehrlich en Alemania. Aunque formando escuelas distintas sin embargo, coinciden en lo fundamental, consistente en que la construcción técnica del derecho positivo se presenta como el punto capital sobre el cual debe recaer y ejercitarse el trabajo del juriconsulto, pero esta obra esencialmente artificial, que es construida por el hombre, no tiene valor sino en cuanto es medio subordinado al fin de todo esfuerzo jurídico, que desemboca en la realización del ideal de justicia, ideal de justicia, que no tiene mejor expresión que el que le proporciona la sentencia judicial. Por esto, se podría recordar que el derecho no es sólo lo que los juristas dicen, sino también y principalmente lo que los juristas hacen.

Estas posiciones son las denominadas realistas, y aunque el término es bastante conocido y utilizado, sin embargo, poco se ha escrito acerca del concepto «*realismo jurídico*».

Normalmente, viene entendiéndose por realismo jurídico, una tendencia científica del derecho, que fija su atención en la experiencia jurídica, más precisamente en la experiencia humana.

Pero creo que este dato aunque bastante clarificador y sencillo, no nos muestra suficientemente su situación en el ámbito del pensamiento. Por ello, es conveniente acudir a Kant para conseguir este objetivo. Kant utiliza el término realismo en la primera edición de la «Crítica de la Razón Pura», para indicar por un lado la doctrina opuesta a la que él defiende, considerando el espacio y el tiempo independientes de nuestra sensibilidad, esto es, lo que viene a ser el «realismo transcendental» y por otro lado, su propia doctrina que admite la realidad externa de las cosas, siendo éste el «realismo empírico». El idealista trascendental, dice Kant, es un realista empírico y reconoce a la materia como fenómeno, una realidad que no tiene necesidad de ser deducida, sino que es inmediatamente percibida.

El término entró en el uso filosófico con Kant para designar doctrinas de interés actual, y no simplemente históricas, junto a considerar al pensamiento científico como punto de partida.

Pero el término «*realista*» en un sentido filosófico-científico, tal como lo hemos visto, al ser aplicado a lo jurídico, cambia su sentido, dada la peculiaridad sensible de las «cosas jurídicas», ya que la ciencia jurídica es eminentemente práctica, ya que todo lo que construye debe dirigirse inmediatamente a su aplicación.

Por tanto, «*realismo jurídico*» podría venir a referirse al desarrollo de una actividad científica que vuelca su interés en los hechos sociales y psicológicos sensibles (instintos heredados, creencias tradicionales, convicciones adquiridas,...) que existen con vida propia influyendo en la realidad aunque no lleguemos o queramos tenerlos en cuenta, siendo esto lo que perjudicaría la realización del ideal de justicia a través de las sentencias judiciales, que se convertirán en meros enunciados «sin vida» de una pretendida ciencia jurídica.

Retomando el tema, después de este breve y necesario «*excursus*», Benjamín N. Cardozo se inserta en el ámbito de una sociología teórica sin pretensiones filosóficas, más exactamente, dentro de la escuela de la «*libre interpretación del Derecho*». No se queda en la mera contemplación de una ciencia jurídica abstraída de la realidad, sino que ante todo pretende construir a ésta como un medio de consecución de realizar la justicia práctica. Este objetivo repercute en dos aspectos, el segundo consecuentemente del primero: su concepción del derecho, y por tanto, su concepción de la práctica jurídica, o aún más ciertamente, su concepción de la práctica jurídica le lleva a su concepción del derecho. Es precisamente este dato lo que confirma la crítica que Carlos Cossio hace de la filosofía de Cardozo, ya que «lo que cabe deplorar del pensamiento de Cardozo es la terminología filosófica inadecuada e incluso ingenuamente arbitraria de la que hace gala con frecuencia». Así, por ejemplo, llamar «el método de la filosofía» o el «método filosófico» al método deductivo, es ciertamente un deplorable anacronismo que ningún filósofo puede aceptar¹.

Dado que esto parece ser así, vamos a examinar los aspectos filosóficos y prácticos que Cardozo viene a tener en cuenta para la aplicación del derecho, haciéndose una serie de preguntas desde su posición de juez en el Common Law: ¿Qué es lo que hago cuando decido un caso? ¿A qué fuentes de información apelo como guía? ¿En qué proporción deberán contribuir? ¿Si un precedente es aplicable cuando me niego a seguirlo? ¿Si no hay ningún precedente aplicable, cuándo llego a la norma que servirá de precedente en el futuro? ¿Si estoy buscando la consistencia lógica, la simetría de la estructura jurídica, hasta qué punto o extremo debo buscarla? ¿En qué punto esa búsqueda será determinada por alguna costumbre o discrepancia por alguna consideración de bienestar social, por mis propias pautas de justicia y moral o por las comunes?

¹ Carlos Cossio, prefacio a la obra *La naturaleza de la función jurídica*, de B. Cardozo, Buenos Aires, Ed. Arayú, 1955, pág. XX.

Comenzaremos viendo donde encuentra el juez el derecho a aplicar: en el caso de existencia de constitución o ley, lo encontraríamos en la propia norma por lo que Cardozo hallaría una fácil aplicación, porque «no se necesitaría nada más que un proceso de búsqueda y comparación», punto éste criticado por comentaristas de nuestro sistema jurídico que niegan aquella facilidad de aplicación de las normas estando en contra del aforismo «*in claris non fit interpretatio*»².

En el caso de que la constitución o la ley guardaran silencio, el juez en el sistema del Common Law, debe apelar a éste, examinado los precedentes³ que están almacenados, las sentencias dictadas, siendo éstas no las últimas instancias del derecho pues detrás de esto, laten los principios básicos que son el postulado del razonamiento jurídico⁴, y todo ello debe ser considerado, según Cardozo, a la luz del Realismo y a través del método de libre decisión (Libre recherche scientifique) que otorga al juez el papel de representar a la comunidad, dando sentido y orden al derecho, subsana omisiones, corrige incertidumbres y armoniza los resultados con la justicia⁵.

«Los principios o normas del Case Law nunca se tratan como verdades definitivas, sino como hipótesis de trabajo, como experimento a prueba», ya que no debe haber una búsqueda ilimitada de la certidumbre que conllevaría a una inmovilidad del derecho. Estos dos principios de cambio y de conservación deben ser muy contrarrestados, el primero enfatiza la uniformidad y la simetría, y el segundo, es libre en sus valoraciones de justicia y equidad.

El problema fundamental del juez es en primer lugar, ver a través de los precedentes el principio subyacente «*la ratio decidendi*», momento que se hace más conscientemente siempre separando lo importante de lo accidental (*obiter dicta*), y ya en segundo lugar, examinar la dirección que debe tomar ese principio, es decir, fijar los límites, estudiando las tendencias de desarrollo y crecimiento.

II. INTERÉS FILOSÓFICO EN BENJAMÍN NATHAN CARDOZO

Antes de comentar su aspecto práctico, es necesario ver el interés del autor en relación a la filosofía. Cardozo se ha hecho defensor del filósofo en el campo del derecho, pero no le concierne la filosofía como valor cultural o interés

² E. Betti negaba que en la claridad no hiciera falta interpretación porque para aplicar cualquier norma siempre será necesaria una anterior interpretación.

³ Tal y como diría Blackstone: «Los precedentes son el oráculo viviente del derecho».

⁴ Podemos ver el sistema de fuentes del Common Law, que consiste en primer lugar en la sujeción a la ley, después al precedente (esta sujeción al precedente es más fuerte en Gran Bretaña que en Estados Unidos), y por último los principios jurídicos básicos, al contrario del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, siendo la Jurisprudencia no fuente sino complemento del ordenamiento jurídico junto con la doctrina que establezca el T.S. (art. 1 Cc.).

⁵ Ehrlich comentó «en última instancia, no hay otra garantía de justicia que la personalidad del juez».

especulativo, sino en sus efectos prácticos, incluyendo en la noción del término cómo el derecho nace, crece y a dónde tiende, esto es, génesis, crecimiento, fines y función. No intenta explicar la filosofía en términos generales y abstractos, sino para aplicar el fundamento de la ley, dada su posición práctica de juez.

¿Qué queremos decir por derecho? ¿Después de creado, cómo se desarrolla? ¿Cuáles son los principios que guían la elección del camino adecuado cuando hay incertidumbre? Estas cuestiones son un ejemplo de los problemas que tiene que solucionar la filosofía.

En el sistema inglés y americano (donde se sitúa Cardozo), el estudio del derecho es visto como el estudio de principios de orden que se revelan uniformemente en sus antecedentes y cuando estas uniformidades son suficientemente constantes con una predicción que asegura una razonable certidumbre, se puede decir que existe derecho.

Por lo tanto, Cardozo asienta la idea de que el derecho es ese cuerpo de principios y dogmas que con una razonable medida de probabilidad son predicciones⁶ que sirven como base del juicio y «cuando la predicción alcanza un alto grado de certidumbre hablamos del derecho como establecido» (aunque el error esté siempre presente) y si la predicción no alcanza ese grado podemos hablar de Derecho dudoso e incierto.

El derecho es una ciencia de predicción, una regla de conducta establecida para justificar una predicción con una certitud razonable que será reforzada por los juzgados si tiene autoridad y peso, es en fin, un principio o regla de derecho, por lo que tendría su fuente en la costumbre y en la convicción de equidad y justicia⁷.

Respecto al crecimiento del derecho a través del proceso judicial nos podemos hacer una pregunta: ¿Cómo se desarrolla éste, cuándo hay que dejar atrás antiguas reglas y establecer nuevas?

En nuestro sistema, es el aparato legislativo quien se encarga de ello, ya que el juez dentro del poder que se le otorga a la hora de la interpretación⁸ se atiene a la ley, a la norma jurídica, y ésta se va adaptando a través de los cambios en los pensamientos y en las actuaciones que se van produciendo en la sociedad, excepto en casos de lagunas que se le otorga una mayor libertad al juez para utilizar la interpretación extensiva o la analogía, o en su caso la equidad⁹.

⁶ Todos estos pensamientos conectan con la idea del Realismo jurídico de Alf Ross para quien la ciencia del derecho se basa en la predicción de las sentencias, por lo que hay que predecir.

⁷ B. Cardozo, *The growth of the Law*, New Haven, EE.UU., Yale University Press, 1924, pág. 43.

⁸ Denominada por E. Betti interpretación por medio de la autointegración en contra de autores como Francois Gèny que no consideran a la analogía, interpretación propiamente dicha, pues no se trata de averiguar una voluntad sino de suplirla «sea realmente ausente, sea insuficientemente consciente por sí misma para tener la virtud de imponerse», en Gèny *Méthode et sources de droit privé positif*, París, 1899, n.º 106, pág. 301.

⁹ Denominado por E. Betti, heterointegración del ordenamiento jurídico.

Como indica J. L. de los Mozos «en la actualidad, a pesar de que se considere el método del positivismo como definitivamente superado, en la práctica tal afirmación tiene poco de exacta. Efectivamente, no sólo persiste en la aplicación de la ley en numerosos dominios, sino que ha sufrido una especie de mutación muy peligrosa que se extiende a otras manifestaciones de la aplicación del derecho, permitiendo el método de interpretación (...) vemos que se reproduce en la manera de utilizar el precedente judicial, a través de las máximas de decisión; o habida cuenta la abundancia de referencias a cláusulas generales contenidas en los textos legales vemos que se extiende peligrosamente a la maximalización de los principios. Fenómeno que llega a contaminar a la propia jurisprudencia constitucional, y con mayor facilidad, a otras instancias supranacionales»¹⁰.

En el sistema americano e inglés con el Common Law, el juez debe hacer un análisis de las fuerzas y de los métodos que se utilizan para decidir, para favorecer un «*crecimiento*» del derecho a pesar de que no tenga completa libertad dada la sujeción al precedente, al estatuto, a la tradición o a una inmemorial técnica pero hay que tener en cuenta que los precedentes (la jurisprudencia) a veces están en contra de las necesidades sociales actuales y de ahí la importancia del método. Para Cardozo existen cuatro métodos fundamentales¹¹, pero la mayoría de las veces la elección no consistirá en escoger un método pues seguramente no será el oportuno, sino que lo necesario será la interacción entre muchos¹².

No es suficiente emparejar el caso con la regla, «la víctima es ofrecida a los dioses de la jurisprudencia en el altar de la regularidad»¹³, por ello es necesario un estudio, un análisis de los métodos para que el derecho no quede obsoleto y esté sirviendo a las necesidades de la vida.

Este análisis filosófico de los métodos es el «*iter*» para alcanzar la verdad, siempre teniendo en cuenta que ésta es relativa y nadie tiene el monopolio de la misma, siendo importante para su descubrimiento el estudio de los orígenes de las cosas pero más importante es aún el fin al que debe servir el derecho, afirmando Cardozo que «no se puede encontrar una deducción absoluta y eterna para premisas que son relativas y transitorias».

Respecto a la práctica de los métodos los juzgados ingleses siempre han sido fieles a la concepción preestablecida y en el campo del derecho privado no han permitido ninguna conclusión en guerra con la deducción lógica, es decir, se impone el método lógico.

¹⁰ J. L. de los Mozos, *Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de F. Gény*, Estrato del volume Quaderni Fiorentini, Milán, 1991.

¹¹ El método filosófico-lógico, el método histórico, el método de la costumbre y el método social e incluso un quinto método de revisión.

¹² Es el canon de la coherencia y de la totalidad de E. Betti.

¹³ B. Cardozo, *The Growth of the Law*, New Haven, EE.UU., Yale University Press, 1924, pág. 66.

Los juzgados estadounidenses han estado preparados para subordinar la lógica a la utilidad, utilizando un método sociológico a pesar de la adhesión al precedente.

El intento de Cardozo está en afirmar que ningún método es el soberano, sino que son instrumentos que no son antagónicos, sino aliados y el esfuerzo está en analizar y no en simplemente escoger, por ello, es importante conocer cómo funciona el principio o el precedente y ver qué fin se espera.

A propósito de la funciones y fines del derecho, el trabajo supone un esquema mental de cómo se está haciendo (función) y por qué se está haciendo (fin).

El método de la sociología que Cardozo introduce, hace el derecho más flexible dentro de condiciones de utilidad pública, pero es consciente que los demás métodos son también necesarios¹⁴.

En los casos de aplicación del método sociológico, en el que se da la inexistencia de reglas fijas, el elemento subjetivo del juez influye debido a su experiencia, a su comprensión de la justicia, su estudio de lo social, sus intuiciones, ignorancias y prejuicios, circunstancias que según Cardozo existen y que no deberían influir en la sentencia cuando se trata de elementos eminentemente subjetivos, pero hay que tomarlos en cuenta, pues a pesar de la búsqueda de una Justicia objetiva, el juez nunca será enteramente libre. Es un procedimiento, en palabras de F. Gèny, «lleno de matices, de análisis y de síntesis, de trabajo consciente e inconsciente, un procedimiento que no puede ser nunca racionalmente explicado», y la clave está en el análisis del interés social, en interpretar la conciencia social e intentando no anteponer los elementos subjetivos a los objetivos, y en base a la ley que en caso de inexistencia es cuando más aún debe buscarse la finalidad y función del derecho, que es una cuestión de filosofía.

Cardozo afirma que el problema de los jueces está muchas veces en que no suelen preguntarse si funciona el precepto, sino que se preguntan ¿existe ese precepto?, dando lugar a una mera subsunción del hecho a la norma, y olvidando la verdadera finalidad del derecho y su función que debe estar siempre en relación a la realidad del ambiente, pues en caso contrario, se corre el peligro de error en los juicios por desconocimiento de las consecuencias sociales y económicas.

Esta línea sociológica conduce a vitalizar el «*crecimiento del derecho*», pero nunca sustituyendo el exacto conocimiento de las condiciones por la simple conjetura o impresión de fuentes externas, utilizando en caso de duda el criterio de utilidad. El reconocimiento del poder de los jueces de modelar el derecho en conformidad con la moralidad vigente, se halla muy lejos de que ello implique la destrucción de todas las normas y su sustitución por el sentimiento subjetivo

¹⁴ Algunos términos sí que tienen su aplicación en diferentes métodos, como es el término «propiedad», concepto histórico; el «derecho comercial» es un concepto de la costumbre; «el derecho económico», concepto lógico o filosófico que forma un derecho más estricto y mecánico.

de justicia, todo lo que exige el método de la sociología es que busque el juez la justicia social¹⁵.

En todo esto, se puede ver la equivalencia del pensamiento de Cardozo con el «*pragmatismo*»¹⁶ que afecta al desarrollo del pensamiento jurídico por su utilidad, por su adaptación.

Para analizar la fuerza de un principio existen una serie de métodos para Cardozo.

III. SISTEMA DE MÉTODOS EN B. CARDOZO

A. MÉTODO FILOSÓFICO O REGLA ANALÓGICA (LÍNEA DE LA PROGRESIÓN LÓGICA)

Como indiqué anteriormente la denominación de este método como filosófico ha sido criticada ya que se le achaca el uso de una terminología filosófica inadecuada, como es el denominar método de la filosofía al método deductivo que en palabras de Carlos Cossio es un «anacronismo que ningún filósofo puede aceptar», pero quizás se pueda entender desde el punto de vista de que «*es un detalle que más que otra cosa revela cuánto se había alejado de una tradición filosófica rigurosa el mundo de los juristas en EE.UU., en la época en que escribió B. Cardozo. Hoy, las cosas han cambiado grandemente a este respecto, pero a pesar de no adoptar la terminología de Cardozo, sus ideas sobreviven con poderosa influencia, porque es cierto que el citado juez unía en rara conjunción el talento profundo, la inquietud filosófica, el conocimiento técnico, el sentido de lo humano, la visión del porvenir y la elegante estética en el manejo del lenguaje*»¹⁷.

El método consiste en utilizar la analogía como búsqueda de la solución judicial en base al precedente. Este método tiene una cierta presunción a su favor ya que es un principio que unifica los casos y las sentencias, pero no puede ser llevada la lógica más allá de lo que es.

Cardozo comentaba «debo ser lógico en la medida que debo ser imparcial», de todas formas, la vida del derecho nos ha dado una serie de principios con los que debemos actuar que quizás no han sido lógicos, pero sí son experiencia, que es más válida¹⁸.

¹⁵ Como dice Gèny, no podemos tener un sentido individual de justicia pues conllevaría a una «anarquía jurídica» o «impresionismo judicial».

¹⁶ El término pragmatismo fue introducido en filosofía en 1898 y existen dos versiones de su significado, (1) el pragmatismo metodológico, que no pretende definir la verdad o la realidad, sino sólo ser un procedimiento para determinar el significado de los términos y proposiciones y (2) el pragmatismo metafísico que es la concepción de W. James y F. C. S. Schiller que reducen la verdad a utilidad y la realidad a espíritu. Esta segunda concepción es compartida por buena parte de la filosofía contemporánea, donde se afirma que las acciones y los deseos humanos condicionan la verdad y de ahí, la relatividad del conocimiento; «Tout est relatif, voilà le seul principe absolu» (Windelband, *Introduction to Philosophy*, p. 38).

¹⁷ Carlos Cossio, Prefacio a la obra *La naturaleza de la función judicial*, de B. Cardozo, Buenos Aires, Ed. Arayú, 1955, pág. XX.

¹⁸ Cuando quien luego fuera catedrático de Harvard y magistrado del Tribunal Supremo de los EE.UU., Oliver Wendel Holmes, en las páginas iniciales de su celeberrima obra *The Common Law*,

«A falta de otras pruebas, el método filosófico debe quedar como el instrumento a usar por los tribunales y la suerte y el favoritismo deben ser excluidos y los negocios humanos deben ser gobernados con la uniformidad serena e imparcial que es de la esencia misma del derecho»¹⁹. El autor recogía el «método filosófico» o mejor dicho analógico, como un sistema que otorgaba certeza al derecho que al recoger el precedente no daría lugar normalmente a vacíos los cuales podrían ser aprovechados hacia algún interés particular.

Sin embargo «la fuerza directiva de la lógica no siempre se ejerce siguiendo un sendero único y sin obstrucciones»²⁰, por lo tanto podemos llegar a la conclusión de que debemos de hablar del término «flexibilidad» en el derecho.

Esta flexibilidad es importante sobre todo cuando nos encontramos con diferentes intereses y hay diferentes valores en juego: un principio o precedente nos puede llevar a una conclusión y otro principio o precedente a otra conclusión, dando lugar a un choque de intereses. En estos casos, debe escogerse una tercera que resulte de la combinación de ambas y es aquí donde entra en juego un aspecto fundamental del realismo, siendo esta tercera vía la representante de los «*intereses sociales*» que conduzcan a la justicia y que aclararán el bien jurídico predominante.

He aquí otro punto esencial en el pensamiento del autor, que más que filósofo es práctico del derecho, dada su posición de juez: la continua interacción que existe entre la certeza que se exige en el derecho y el continuo cambio al que debe ser sometido, dada la constante evolución de los tiempos y *mentalidades*, es decir, estabilidad y progreso.

Lo que B. Cardozo critica del «método filosófico o analógico-lógico» es su mal uso, que comienza cuando su método y fines son tratados como supremos y últimos.

Ciertamente el problema no es el de desechar la racionalización y los métodos lógicos en la ciencia del derecho positivo, el abuso consiste en considerar a las concepciones como ideales, provisionales y puramente subjetivas en su naturaleza, como dotadas de una realidad objetiva permanente (es un vestigio del realismo absoluto de la Edad Media).

Debido a ello, con un mal uso del método se llegaría al extremo de aceptar el silogismo como válido y el derecho se convertiría en mera analogía. No se

afirmaba «que no ha sido la lógica la vida del derecho, sino la experiencia. Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas dominantes, la intuición como motor de la vida pública, ya sea de una manera confesada o inconsciente, incluso los prejuicios que los jueces comparten en el resto de los humanos, han desempeñado un papel mucho más importante que el silogismo en la determinación de las reglas según las cuales los hombres deben ser gobernados». The Common Law, Harvard Univ. Press, Cambridge, mass, 1965 (la ed. Original apareció en 1881, un año antes de obtener la cátedra de Harvard y su promoción al puesto de magistrado togado del Tribunal Supremo de Massachusetts.); la cita en pág. 7.

¹⁹ B. Cardozo, *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, Ed. Araquí, 1955, p. 23.

²⁰ *Op. cit.*, pág. 27.

pueden aceptar unas premisas y dogmas inflexibles, no se puede aceptar la totalidad del derecho positivo «*a priori*». Realmente, estos conceptos fundamentales obtenidos por el método lógico deben ser desde la visión de Cardozo, el punto de partida del que se deriven las consecuencias adaptadas a las exigencias cambiantes de la vida que ganarán una nueva permanencia, aceptándolas al final como fundamentales y axiomáticas, pero hay que reconocer que no existe ningún principio mágico sino métodos que cambian según cambia el tiempo²¹.

B. MÉTODO HISTÓRICO-EVOLUTIVO

La importancia de este método para Cardozo, queda reflejada en sus palabras: «al juez desorientado le debe iluminar la luz de la historia; la historia al iluminar el pasado, ilumina el presente y al iluminar el presente ilumina el futuro»²².

No hay que confundir el «método filosófico-lógico» que desarrolla el derecho por un esfuerzo de la razón pura, que dirige un principio de no-contradicción con el pasado, o con alguna norma preestablecida (lo que podemos llamar «analogía»), con el «método histórico», que precisamente éste puede hacer más claro el sendero de la lógica²³; la investigación histórica explica y esclarece la presión que debe ejercer el pasado sobre el presente y éste sobre el futuro, es una investigación de los orígenes. Un ejemplo claro que menciona Cardozo de que existen algunos campos donde no puede haber progreso sin historia es en el de los derechos reales, sobre todo en el concepto «propiedad» con instituciones (restricciones sobre la enajenación, cesación propiedad absoluta,...) solamente inteligibles a la luz de la historia. Estos conceptos son sólo comprendidos como crecimiento histórico, al contrario de conceptos que toman su forma y figura bajo la influencia de la razón o de la ciencia, pero sí son compatibles.

El «método de la filosofía» lleva una vez fijadas las concepciones a través de la historia, a unas conclusiones lógicas con inexorable rigor.

C. MÉTODO DE LA COSTUMBRE

Si la historia y la filosofía no sirven para fijar la dirección de un principio, la costumbre puede ayudar.

²¹ En este sentido E. Betti comentaba que la ley no es perenne, sino que tiene un eterno fluir en la historia, por lo que viene a decir que deben existir diferentes métodos para encontrar la justicia. «El ordenamiento jurídico es un organismo en perenne movimiento y en continua transformación que sigue y refleja de cerca el movimiento y las transformaciones de la vida política-social», en *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1975, pág. 115.

²² Cardozo, *op. cit.*, pág. 39.

²³ Holmes, «The path of the Law», en *Harvard Law Review*, vol. 10, pág. 465.

Un primer problema que nos debemos plantear es ¿realmente la costumbre la hace la acción popular siendo luego codificada en su caso?, o es justamente al contrario, ¿la costumbre se forma a través de las normas de los jueces?

Cuando apelamos a la costumbre, apelamos a dos conceptos diferentes, siendo el primero, la costumbre de las decisiones judiciales y el segundo, una serie de hábitos, creencias y prácticas de la acción popular. Hoy por hoy, apelamos más al primer concepto, es decir, las decisiones judiciales nos dan las pautas para determinar cómo serán aplicadas las normas establecidas, pues el segundo concepto, que es la fuerza creadora de la acción popular no se da más que en ciertos momentos muy precisos a lo largo de la historia que solamente surgen cuando se crean nuevos hábitos y nuevo derecho, por lo tanto, por medio del cambio de nociones de utilidad y justicia (por ejemplo, la creación de nuevas normas debido a los avances tecnológicos).

Por lo tanto, la fuerza creadora de la costumbre se manifiesta por la aplicación de antiguas normas y por medio de la producción de las nuevas, existiendo en este último caso adhesión o ruptura con el pasado.

Gèny identifica a la costumbre con la moralidad vigente, con la «*recta conducta*» y éste es el punto de contacto entre el método de la tradición y el método de la sociología, ya que la sociología estudia el hábito, la espontaneidad de la conducta. El código moral de cada generación (costumbre, filosofía, conductas y creencias) suple a una norma para luego convertirse en ella. La presión de la sociedad inviste las formas de conducta en las mentes de la multitud con la sanción de la obligación moral y esa presión trabaja en la mente del juez que le inviste a través de su acción en sanción de la ley, es decir, como dice el autor, la presión de la sociedad produce una sanción moral y la presión del juez (por medio de la presión social) produce la sanción de ley.

Las costumbres cambiantes han traído cambios en la ley; cuando ha habido cambios (por ejemplo, del autoritarismo a la democracia) las fuerzas sociales que contribuyeron al cambio no escribieron su mensaje en los párrafos de una ley, lo dejaron en el aire, donde la presión era más efectiva, y de ahí se convertiría en ley²⁴.

Si un código necesita la referencia a normas morales, el mismo instrumento debe ser utilizado por los jueces para el «crecimiento del derecho», según Cardozo.

¿Cuál es la interacción entre moral y derecho?

Se puede definir la moral por la determinación de una totalidad de condiciones estáticas y dinámicas (imaginación, tradición, observancia de la realidades sociales) o por una interacción entre impulso y hábitos, entre costumbre y reflexión, o como principios y prácticas que la sociedad ve como inteligentes y

²⁴ B. Cardozo, *The paradoxes of legal science*, Nueva York, Ed. Columbia University Press, 1928, pág. 19.

lentos de virtud. Realmente hay numerosas definiciones; ¿y qué es Justicia? Bastantes autores asimilan Justicia a la libertad. No ha faltado quien haya considerado imposible definir el término de justicia y se limita a plantear la exigencia genérica de que una norma, para ser justa debe adaptarse a un sistema de valores siendo los fines más invocados el de felicidad (Aristóteles)²⁵, utilidad (los sofistas y Carnéades, Hume...)²⁶, libertad (Kant)²⁷, y la paz (Hobbes)²⁸.

Podría pensarse que el concepto de Justicia se caracteriza por diferentes términos éticos (que es el valor de la sociedad) y morales (que es el valor personal); obligaciones que son meramente morales se convierten en normas jurídicas con la sanción del poder y así, con este concepto de justicia, se asimila el derecho a la moral.

Así, cuando las relaciones humanas se organizan jurídicamente, las obligaciones de derecho, se asimilan a las obligaciones morales. Esto nos puede conducir a la siguiente pregunta; la moralidad de una determinada época, ¿es reforzada más tarde por ley o ocurre precisamente lo contrario, la ley crea moral?

Hace mucho se intentó separar la moral del derecho (por ejemplo, cuando nadie se ponía de acuerdo con la noción de propiedad), pero la obligación legal se ha expandido en obediencia a la necesidad de las obligaciones morales²⁹.

Cardozo afirma que las obligaciones morales forman la obligación legal, es decir todos esos enunciados o principios que tenemos creados (sea por conocimiento, costumbres, hábitos³⁰...) se convierten en ley.

Sin embargo, se puede llegar a pensar que muchas de las obligaciones legales son asumidas como obligaciones morales muchas veces, ya que se puede llegar a un tal convencimiento de lo positivo de norma que se asume bajo una identidad propia, es decir, el convencimiento de cumplir la ley no proviene del exterior sino del interior; e incluso psicológicamente puede darse un convencimiento bajo la presión de la sanción que puede llegarse a confundir por un convencimiento moral por influencia de la sociedad (influencia sociológica y psicológica).

La mayor parte de los autores afirma, en general, que la obligación moral hace que se plasme la obligación en derecho, en regla jurídica y que la costumbre de una acción produce convicción moral. «Así, que la norma jurídica se

²⁵ Aristóteles, *Ética nicomachea*, Oxford, Ed Bywater, 1957.

²⁶ Hume, *Inquiri Concerning the principles of morals*, 1752 Ed. T. H. Green y T. H. Grose, 1879.

²⁷ Kant, *Idee zu eine allgemeinen Geschichte in Weltbürgerliche Absich*, 1784, tesis V.

²⁸ Hobbes, *De Cive*, I.15.

²⁹ Solamente Bergson ha intentado reducir sustancialmente la obligación a la necesidad de hecho, entendiendo por obligación las costumbres sociales y por obligación en general «el hábito de contraer hábitos», *Deux sources*, cap. I.

³⁰ «Hábito» es un concepto diferente al de «costumbre», por hábito se entiende una disposición constante a hacer o a obrar de una manera determinada y «costumbre» implica un mecanismo adaptado para hacer repetir frecuentemente la acción en cuestión. El término hábito fue introducido por Aristóteles, *Metaphisica*, Oxford, Ed. Ross, 1924. V, 20,10,22, 10.

identifica con la norma moral que ejerce una presión tan fuerte que no es suficiente la sanción de la mera opinión de la sociedad, debe haber también la sanción del poder»³¹.

A modo de conclusión, se podría indicar que el método histórico es importante dada la multitud de conceptos jurídicos que son productos históricos; el método lógico tiene su base en la existencia de ciertos conceptos que la ciencia del derecho comparado muestra como común, y el método de la costumbre supone una fuerza de control. Sin embargo, las necesidades sociales exigen otra solución, y por ello, el autor afirma desde su posición defensora de la libre interpretación jurídica, la necesidad del método de la sociología.

D. MÉTODO DE LA SOCIOLOGÍA. EL PODER DE LA JUSTICIA SOCIAL

El método de la sociología tiene como finalidad tomar como punto esencial el orden social para cuestiones jurídicas, pues éste es el que fija su sendero, la dirección y la distancia, es decir, una adecuación al momento actual en el que debe ser aplicada la norma para conseguir la causa final del derecho, que es el bienestar de la sociedad.

Cardozo considera que esta postura que él defiende desde su sistema del Common Law, no perjudica la necesidad de certeza, uniformidad, orden y coherencia que debe poseer el derecho, eso sí, teniendo siempre en cuenta que algunas veces debe ser sacrificada esta necesidad en orden a una continua adecuación cuando realmente sea necesario, siempre valorando lo que es preponderante y no haciendo y deshaciendo normas a voluntad, sino sólo cuando no sea irracional e inconveniente.

Con esto se quiere decir que esta corriente de la escuela libre del derecho, otorga al juez una gran libertad para combatir la injusticia de una ley anacrónica consiguiendo el objetivo por medio del análisis de los intereses y valores sociales, concediendo al juez la función de suplir lo que la ley omite por medio de la interpretación. E. Ehrlich³², uno de los máximos exponentes de este movimiento en Alemania, todavía se extralimita más, afirmando que un código no puede limitar la discrecionalidad que el juez debe tener.

Para estos autores (Cardozo, Ehrlich, Gèny...) la judicatura tiene la función de hacer enunciados y audibles los ideales y esta función de los tribunales la pueden conservar sólo si ese poder es ejercido con conocimiento de los valores sociales y con elasticidad de adaptación a las cambiantes necesidades sociales³³. El curso del orden público sufre cambios independientes a la acción de los tribunales y no se debe aceptar la norma de hace cien años sino establecer una

³¹ B. Cardozo, *The paradoxes of legal science*, Nueva York, Ed. Columbia University Press, 1928, pág. 48

³² *Grundlegung der Sociologie des Rechts*, 1913, pág. 234.

³³ B. Cardozo, *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, Ed. Arayú, 1955, pág. 7.

aproximación tan exacta como las circunstancias lo permitan. Por ello, para estos autores, la desconfianza y la hostilidad de una generación debe encontrar su reflejo en decisiones judiciales debido al cambio de concepción de los valores sociales, así, lo que se puede afirmar es que el derecho está en continua formación si admitimos el cambio que se da en toda sociedad al cambiar los valores e igualmente con el surgimiento de nuevos conceptos.

B. Cardozo viene a decir, que en su análisis de la función judicial los factores históricos, de costumbre y de lógica son las fuerzas que moldean el progreso del derecho y la que dominará dependerá de la importancia o valor de los intereses sociales que son promovidos, siendo importantes a considerar conceptos como la utilidad y los estándares de recta conducta, así como la concepción que puede darse a los términos de libertad y justicia.

Comentaremos estos conceptos, desde la afirmación de que el objetivo del derecho es la justicia y la utilidad³⁴ general, base para la actividad de la libre interpretación del derecho. Normas obtenidas por un proceso de deducción lógica, partiendo de concepciones preestablecidas se han derrumbado ante la acción lenta, firme y erosiva de la utilidad y de la justicia; se piensa más en el fin a que debe servir el derecho y que las normas sean eficaces evitando las deducciones lógicas pasadas.

Esta idea de que los fines determinan la dirección en que el derecho crece³⁵, encuentra su instrumento en el método de la sociología ya que por medio de el fin se sopesan, equilibran, moderan y se armonizan los factores. «Si lo importante es el fin, como lo es para el método sociológico, la filosofía jurídica del Common Law es en el fondo la filosofía del pragmatismo³⁶, filosofía que en palabras de Windelband enuncia «el único principio absoluto que existe es que todo es relativo», abandonando así los productos del pensamiento conceptual (idealismo). Esta concepción teleológica viene a decir que el juez debe saber que por medio de su voluntad determina una norma que en ese momento tiene su origen en un acto creativo. Así, se puede ver, que el derecho crece a través de la historia pero también deliberadamente, porque la expresión de la moralidad vigente será falsa a no ser que el juez le de un logro moral o se encarne en fórmulas jurídicas.

Para encontrar las pautas del bienestar social hay que buscar un estándar objetivo, pues una ciencia jurídica que no sea puesta en relación con estos estándares externos corre el riesgo de degenerar en una ciencia jurídica de mero sen-

³⁴ El término «utilidad» alude a lo que sirve para la conservación del hombre o lo que satisface sus necesidades e intereses. La utilidad resulta fundamento de la doctrina moral que es el utilitarismo y es base de la actividad de la «libre investigación científica».

³⁵ La importancia de los fines del derecho para la determinación de la dirección que debe tomar el derecho para su crecimiento fue la gran contribución de Ihering a la teoría general del derecho.

³⁶ B. Cardozo, *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, Ed. Arayú, 1955. pág. 81, aludiendo a Pound en *Mechanical Jurisprudence*, Ed. Columbia Law Review, vol. 8, pág. 603 y 609.

timiento «die Gefühlsjurisprudenz»³⁷. Pero sí es cierto el aporte psicológico a esta afirmación de que la distinción entre la conciencia subjetiva y la objetiva, donde el juez no se halla limitado por normas establecidas es vana y tiende a hacerse una distinción de palabras. «La percepción del derecho objetivo toma el color de la mente subjetiva. Las conclusiones de la mente subjetiva toman el color de las prácticas acostumbradas y las creencias objetivadas. Hay una interacción constante y sutil entre lo que está fuera y lo que está dentro (...) sólo pálidamente y mediante una influencia subconsciente esa diferencia se reflejará en los tribunales»³⁸. Una vez más queda patente el peso del elemento subjetivo y las grandes aportaciones de las ciencias psicológica y social³⁹ en la actividad de la libre interpretación del derecho.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta otro campo de interés en la teoría de B. Cardozo, consistente en la dificultad que existe para juzgar y para escoger el camino adecuado en razón a lo que el autor ha denominado «las paradojas del derecho», esto es el continuo contraste que existe entre la estabilidad y el progreso (la certeza y la flexibilidad del derecho); el contraste de intereses opuestos; la interacción de lo individual y de la sociedad; la dicotomía libertad y gobierno; y finalmente la elección entre imitación y la creación jurídica.

IV. LAS PARADOJAS DEL DERECHO

A. ESTABILIDAD Y PROGRESO

Hay que constatar que existen dos espíritus que se necesitan pero que son antagónicos: el espíritu de cambio y el espíritu de conservación, es decir debe haber reflexión e imitación, razonamiento y repetición.

Es cierto que en el derecho anglosajón se busca una certeza y uniformidad existiendo una adhesión al precedente, como igualmente existe esa búsqueda en nuestro derecho, pero desde la sujeción a la ley, aunque esta uniformidad dejará de ser un bien, cuando se transforme en opresión. Debido a ello, Cardozo manifiesta que el interés social debe ser equilibrado por el interés social a que sirve la equidad u otros elementos del bienestar social, otorgando al juez el poder de decidir qué interés tiene más peso y esto lo hará por medio de su conocimiento, experiencia, estudio y reflexión de la vida misma⁴⁰, y en base a esto, a la actividad del juez se le puede llamar «libre investigación científica», libre porque está alejada de la acción de la autoridad positiva, y científica porque sólo puede encontrar sus bases sólidas en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar.

³⁷ B. Cardozo, *op. cit.*, pág. 84.

³⁸ B. Cardozo, *op. cit.*, pág. 88.

³⁹ Para E. Betti este aporte psicológico y social no contribuye al esclarecimiento de lo que es el derecho. Pero sí que tiene gran importancia como documento de costumbres fuera del campo jurídico.

⁴⁰ B. Cardozo, *op. cit.*, pág. 90.

La búsqueda de la certeza en el Common Law no es lo único importante en el derecho, pues si se la ensalza en demasía los jueces tenderán a buscar una falsa certeza en vez de buscar principios consistentes y tan profundos y fundamentales como los postulados de justicia. La certeza ganada por los precedentes puede sacrificar otra más profunda y vital, que es el ver el derecho en parches y en casos particulares, no debiendo olvidar el principio hermenéutico de la coherencia y totalidad⁴¹, que nos dará una visión del derecho más profunda, haciéndonos ver su estructura desde un punto donde la unidad del círculo esté visible.

B. CONTRASTE ENTRE INTERESES OPUESTOS

La mejor decisión de la respuesta entre extremos lo da una balanza de intereses, una apreciación de su valor, por lo que debemos detenernos en el término «valor». ¿Es el valor un elemento social o individual? Existen diferentes posturas.

Desde la antigüedad, la palabra ha sido usada para indicar la utilidad o el precio de los bienes materiales y la dignidad de las personas, después, los estoicos, quienes introdujeron el término en el dominio de la ética y denominaron «valor» a los objetos de las selecciones morales, es decir «toda contribución a una vida conforme a la razón»; ya en el mundo moderno, con Hobbes, el valor es «el precio de algo», es decir no es algo absoluto sino consecuencia de la necesidad y del juicio de otro; Kant lo limitaba al bien objetivo; en el mundo moderno con Nietzsche se vuelve a una concepción subjetiva inmanente al hombre. Más tarde nació el «relativismo de los valores» en el seno del historicismo, o sea de la consideración de la relación entre los valores y la historia. Los estudios contemporáneos consideran el «valor» como lo preferible, lo deseable, un criterio de juicio, es decir, se considera como una posibilidad de elección que elimina unas y da privilegio a otras.

Debido a ello, ¿el valor lo forma el producto de una vida en colectivo o es algo individual?, ¿el juez encuentra su valor moral leyendo la mente social o no? El valor de justicia o valor moral, para Cardozo es sólo un valor entre muchos (culturales, económicos...), los cuales deben ser sacrificados lo menos posible en correlación a los deseos de la sociedad como el juez lo percibe. En el sistema de valores prima el valor moral, pero siempre intentando que los demás valores se sacrifiquen lo menos posible, mirando hacia la sociedad⁴².

⁴¹ E. Betti en *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1975, otorga una importancia fundamental a los cánones de la autonomía hermenéutica (pág. 32), canon de la totalidad y coherencia (pág. 34), canon de la adaptación y adecuación de la norma jurídica (pág. 38) y canon de la adecuación al entender o canon de la correspondencia hermenéutica (pág. 41).

⁴² Pound afirma que el propósito del jurista debe ser el dar máximo efecto al cuerpo de intereses sociales.

Podría llegarse a la conclusión de que la ciencia de los valores (axiología) debe ser social y no personal. El juez debe tomar en cuenta no su estado de valores sino la que saque de su lectura de la mente social, siendo lo correcto llamar al valor moral social, «ética», y al valor moral personal, simplemente «moral» quien debe primar sobre los demás valores denominados éticos y entre estos se dilucidará el de más peso a través de su utilidad social.

Estos valores sociales, éticos, cambian, por lo que «la relación entre legalidad del acto y su valor en la sociedad es inevitable»⁴³, existiendo una relatividad de los verdades legales, afirmación a la que Cardozo hace referencia asentando que «en el derecho no hay nada absoluto»⁴⁴.

C. INDIVIDUO Y SOCIEDAD

Para el autor es ésta otra paradoja; el hombre necesita vivir en sociedad y debido a ello, se forma en grupos comenzando por la familia y acabando por el Estado, sin embargo, a pesar de esta necesidad existen repulsiones entre estos grupos a la vez que atracciones. La reconciliación de estos opuestos es uno de los problemas del derecho, es el problema de «libertad y gobierno».

¿Es el individuo el mismo que en grupo? ¿Es cierta la frase de Cicerón «hemos nacido para la agregación de los hombres y para la sociedad y la comunidad del género humano»?

Hobbes hablaba de sociedad como debida a las necesidades humanas⁴⁵, Kant afirmaba que el hombre tiene una inclinación a asociarse porque en el estado de sociedad se siente más hombre, es decir siente poder desarrollar mejor sus disposiciones naturales, pero también tiene una fuerte tendencia a disociarse porque tiene en sí también la cualidad antisocial de querer dirigir todo hacia su propio interés, por lo que espera encontrar resistencia en todas partes, y sabe que por su parte, debe tender a resistir en contra de los otros⁴⁶.

En las palabras de Kant podemos ver esta gran dicotomía que tiene el hombre, esa gran paradoja, que comenta Cardozo, quien afirma que «la mente social es la suma de las mentes individuales, pero, cuando están asociadas, no cuando están separadas»⁴⁷. Es decir, es la «voluntad general» de Rousseau. Hobhouse, por su parte, veía la mente social cristalizada en un momento, deseando esa voluntad general, pero, igualmente, siempre cuando el grupo está unido, no separado.

⁴³ B. Cardozo, *Paradoxes of legal science*, Nueva York, Ed. Columbia University Press, 1928, pág. 75.

⁴⁴ B. Cardozo, *op. cit.*, pág. 81.

⁴⁵ *De Cive*, 1642, I,2.

⁴⁶ *Ideen zu einer allgemeinen Geschichte in Weltbürgerlicher Absicht*, 1874, IV; *Metaphysik der Sitten*, 1875, II, 47.

⁴⁷ B. Cardozo, *The paradoxes of legal science*, Nueva York, Ed. Columbia University Press, 1928, pág. 88.

Se tiende a creer que no hay fusión, que no hay comunión mística del grupo, no existe el ideal de «sociedad mística», de la que Bergson⁴⁸ comenta como aspiración que nunca podrá ser realizada.

D. LIBERTAD Y GOBIERNO

El problema de la libertad y de gobierno es localizar sus límites y enseñar la línea en la que el grupo y el individuo pueden alcanzar la armonía.

El fin del derecho no es limitación ni freno para la libertad, su fin es mejorar la convivencia, pero para algunos autores, como para A. Lincoln el hecho de la existencia de derecho y de libertad era una paradoja pues consideraba a la libertad como ausencia de derecho.

Para Hobhouse, la libertad es un concepto social que significa en su abuso, libertad para uno y freno para otro. Para Locke, la libertad del hombre bajo gobierno es tener una regla igual para todos formulada por el poder legislativo y no variar en razón a casos particulares.

Haciendo alusión a la importancia que Cardozo otorga al método sociológico, es interesante en este punto hacer un contraste entre la mente sociológica y la mente psicológica respecto a la privación de libertad. Desde el punto de vista de la mente sociológica, cuando se comete un delito existe una privación de libertad en base a una política de posterior reinserción social, es decir, de mejorar al delincuente; pero en la mente psicológica, la realidad subyacente es el castigo, la venganza, ya que es una verdad muy conocida que el preso tras esta privación de su libertad no mejora, sino que muchas veces es al contrario, empeora, atentándose contra la política criminal de «reinserción y reeducación del reo»⁴⁹.

El propósito de Cardozo es preguntar si la libertad, no sólo tiene un concepto de ciencia social; la búsqueda para él importante, consiste en encontrar un principio coordinador en la historia o en la filosofía (razonando qué es lo que debería ser), así, se llegarían a mejores resultados que los a veces aceptados en los juzgados. Afirma la necesidad de un principio que coordine la libertad, un punto de referencia, un patrón que sea contrarrestado con el ambiente.

Se insiste actualmente en el hecho de que la libertad humana es una «libertad situada, una libertad encuadrada en lo real, una libertad bajo condición, una libertad relativa»⁵⁰. Por lo tanto, los problemas de libertad en el mundo moderno no pueden ser resueltos por fórmulas simples y totalitarias (como serían las sugeridas por un concepto de libertad anárquica), sino por el estudio de los límites y de las condiciones que en un campo y en una situación determinados, puedan hacer efectiva y eficaz la posibilidad de elección del hombre.

⁴⁸ *Deux sources*, I.

⁴⁹ Art. 25.2 de nuestra Constitución.

⁵⁰ Gurvitch, *Determinismes sociaux et liberté humaine*, 1955, pág. 81.

Sobre la libertad individual: la historia y la razón advierten que la libertad otorgada muchas veces ha desviado el desarrollo libre de la mente o del espíritu, pero esto mismo debe ser interpretado para conocer a través de la historia, la ciencia y la sociología las necesidades fundamentales del hombre.

Cuando hablamos de libertad no debemos dejar que la gran generalidad de la palabra, impida ver los efectos próximos prácticos e individuales que toda libertad debe poseer. La libertad personal se quedará vacía si no satisface la mínima necesidad de oportunidad que todos debemos tener para el crecimiento de nuestra personalidad. Por ello, tal como comenta Cardozo, «el crecimiento de nuestra personalidad se consigue mediante la libertad personal», porque «no hay libertad sin elección y no hay elección sin conocimiento»⁵¹. El conocimiento de una libertad es la libertad de saber, y a través de este saber, se produce esa elección por lo que somos libres en proporción a nuestro conocimiento.

Así, la esencia de la libertad es que el hombre alcance su personalidad en armonía con los impulsos, consiguiendo lo mejor de uno mismo. El freno es un mal cuando frustra el enriquecimiento personal espiritual, siendo la igualdad una condición necesaria para la libertad, pues libertad sin igualdad, produciría un mal resultado.

¿Debe ser la libertad un concepto social o no? Hobhouse afirma que la libertad personal tiene el límite ante la libertad de la comunidad, ya que sería imposible si no fuera así una convivencia social⁵², sin embargo, tal como asienta Barnes, la libertad individual queda en su esencia libre. Cardozo propone un estudio del comportamiento del hombre en aquel lugar determinado y en aquel momento para decidir si conviene más o menos libertad, siendo la comprensión de los hechos⁵³ fundamental para el análisis aplicando el método sociológico, y no olvidando la labor del juez quien con su experiencia puede tener un enfoque más acertado que aplicando una teoría abstracta.

E. IMITACIÓN O CREACIÓN

Se cuestiona la siguiente pregunta, ¿debe el juez imitar la reproducción de su sentencia basada en anteriores sentencias y dejar la creación para los estatutos?

Han existido dos posturas extremistas respecto este punto: por un lado, Coke, Hale, Blackstone⁵⁴, quienes afirmaban que el juez no crea y por otro lado Aus-

⁵¹ B. Cardozo, *Paradoxes of legal science*, Nueva York, Ed. Columbia University Press, 1927, pág. 104.

⁵² La percepción de esta verdad, produjo una aceptación mayoritaria en el derecho americano del poder de la legislación para regular condiciones industriales, estableciendo una igualdad entre el empresario y el trabajador.

⁵³ La escuela de la libre interpretación otorga una importancia fundamental a la comprensión de los hechos. B. Cardozo, *Naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, E. Arayú, 1955, pág. 7.

⁵⁴ La vieja teoría blackstoniana de las normas jurídicas preexistentes encaja con una teoría de un derecho natural, que decayó, pero que ha vuelto a resurgir, aunque ya no concebido como algo

tin, Holland, Gray, quienes opinaban que el derecho no es hecho por nadie más que por los jueces, afirmando que, la costumbre no será derecho hasta que no fuera consagrada por los tribunales, ni siquiera las leyes son derecho porque los tribunales deben fijar su sentido.

Cardozo deja la creación para los estatutos sólo en el caso que, se demostrara que, han sido y serán adecuados en el pasado, presente y futuro, propugnando la reproducción literal y mecánica sólo si la legislación fuera suficiente para el «crecimiento» del derecho, pero, como asienta el autor, no es el sistema adecuado, por lo tanto el juez debe crear. Esta afirmación podría recibir la crítica de E. Betti, ya que para el mencionado autor al aplicar la ley, por muy exacta que ésta sea, existiría también creación porque existe actividad por parte del juez y no se trata simplemente de aplicar la norma porque siempre será necesaria una anterior interpretación de aquella, conllevando esto una creación inevitable por parte del juez⁵⁵. Pero ambos autores llegan a la misma conclusión, de la necesidad de creación para aplicar la norma: para Cardozo, hay que demandar la acción creativa del juez por el hecho de adaptar la norma o principio a las circunstancias que tanto varían y por todos los elementos subjetivos que intervienen en el momento de dictar una sentencia, y para E. Betti, la interpretación de una norma para su posterior aplicación siempre implica creación.

Realmente, existe una cierta hostilidad a creer en la actividad creadora del juez debido que el estatuto es el derecho típico y el trabajo del juez es acudir a los hechos y encontrar el mandato, pero al ser los jueces los intérpretes de un contenido fijo rinden su significado a un proceso de razonamiento inexorable, que debe ser tomado como normal y adecuado⁵⁶.

Toda modificación bien estudiada implica crecimiento del derecho, a pesar de que, nuestra naturaleza lucha contra este método de revisión ya que implica un gran trabajo, pero que Cardozo reivindica como esencial.

V. CONCLUSIONES

Benjamín Nathan Cardozo es un máximo exponente de la escuela de la libre interpretación del derecho en los Estados Unidos, libre interpretación, que como asienta Eugen Ehrlich, debe tratarse de una libre investigación científica por parte del juez porque debe estar alejado de la autoridad positiva y porque se debe

estático y eterno, siendo el material al que hay que acudir cuando falten otras fuentes, pero siempre desde la sujeción al derecho positivo.

⁵⁵ Estando en contra del aforismo «*in claris non fit interpretatio*».

⁵⁶ «El positivismo quería dejar relegada a la interpretación a una mera operación lógica. Un positivismo que niega cualquier creación por parte del juez y que se halla siempre dispuesto a renacer y que cada vez cobra más importancia en las sociedades modernas, fuertemente tecnificadas. Un positivismo que aparece por primera vez con toda virulencia en los tiempos modernos a fines del siglo XIX debido a la herencia del pandectismo y su jurisprudencia de conceptos y a la crisis de los ideales de la codificación». J. L. de los Mozos en *Algunas reflexiones a propósito de la interpretación jurídica en la obra de F. Gèny*, Estrato dal volume Quaderni Fiorentini, Milán, 1991.

basar en datos objetivos. Siguiendo a esta corriente, el juez respecto a su función judicial no descubre sino crea derecho, no olvidando que hay muchas fuerzas que intervienen en su conciencia que dan fuerza y contenido a sus sentencias e incluso existen otra serie de fuerzas que no se hallan totalmente en la conciencia (apetencias, convicciones, predilecciones, prejuicios, instintos, emociones, hábitos...) de las cuales el juez debiera desprenderse ya que son factores que son creados por agentes subjetivos (educación, tradición, sugestión del ambiente...), pero que resulta realmente difícil una total desconexión, por lo que el juez ni cuando es libre es completamente libre, pero que del conocimiento de esa flaqueza se encontrará el ejercicio de la fuerza, para así, encontrar una justicia objetiva en base a los intereses sociales, ya que en las exigencias de la vida social reside la más fuerte probabilidad de descubrir el sentido del derecho.

Para el autor, el juez debe sacar su inspiración en principios consagrados y ejercitar una dirección basada en la tradición y metodizada por la analogía, disciplinada por un sistema y subordinada a la necesidad primordial del orden de la vida social.

La función judicial es una función de búsqueda y comparación donde es de gran importancia la certeza y estabilidad del derecho, pero, a pesar de la búsqueda de las eternas verdades y de su relativismo es necesaria la flexibilidad por la necesidad de adaptación que exige el derecho; debido a ello, Cardozo afirma que será importante tener en cuenta que la filosofía y el derecho van juntos ya que tienen una esencia eterna y no olvidar la necesidad de un derecho natural, que hoy en día es realista e histórica, pues suministra al juez la principal norma para juzgar cuando el precedente o la ley falten. El juez debe, dentro de su poder de innovación mantener una relación entre el derecho y la moral, entre los preceptos de ciencia jurídica y los de la razón y recta conducta, no olvidando nunca las funciones y propósitos que, el derecho tiene para llegar a su crecimiento, siempre respetando el precedente, pero, debiendo abandonarlo cuando se encuentre inconsistente con el sentimiento de la justicia o con el bienestar social. Con el derecho nos encontramos en el campo de una ciencia moral y en este campo no hay método que suplante enteramente a la razón subjetiva.

Respecto a las oposiciones fundamentales que parece haber en el derecho para Cardozo, son reconciliables y éste es el misterio del proceso legal, pero que, con la ayuda de la filosofía, tal como asienta el autor, se pueden crear valores en la vida a pesar de que el juez pueda sentirse inquietado con la sensación de incertidumbre, aunque ésta existirá siempre cuando se profundiza en las cosas y he aquí otra paradoja. Sin embargo, por debajo de todo ello late una constancia, una uniformidad, ya que «en la infinita función de seleccionar y revisar hay un constante rechazo de lo perjudicial y una constante retención de todo lo que es puro, sano y excelente, porque todo lo que es bueno perdurará y lo que es erróneo perecerá» según afirma Cardozo, debiéndose guiar el juez por la espontaneidad y persistencia del grupo que, demostrará ese interés social, que

cambiará no por concepciones metafísicas, sino, por consideraciones de conveniencia, utilidad y sentimiento de justicia.

El pensamiento de B. Cardozo puede resultar confortador desde el punto de vista de querer combatir un excesivo positivismo que, siempre será perjudicial debido a la utilización de una mera «lógica cerebrina», ficticia y abstracta que no conducirá nunca a buenos resultados y habida cuenta que, en derecho no existen principios mágicos, siempre será de interés esta dimensión social que nos propone el autor.