

II JUSTICIA Y POLÍTICA: SENTENCIA Y SENTIMIENTO

1. *El proceso como drama*

Al finalizar la conferencia anterior hacía notar que para el buen funcionamiento del proceso (y lo mismo puede decirse respecto de todas las instituciones públicas, especialmente en los ordenamientos democráticos) tienen mayor importancia las costumbres de los que están llamados a realizarlo en la práctica, que la perfección técnica de las disposiciones abstractas que lo regulan.

Se dice comúnmente que el proceso, civil o penal, puede equipararse a un drama; y en efecto, como ocurre en un drama, se desarrolla a través de una sucesión de actos realizados por varias personas, en forma dialogada, distinguiéndose entre los diversos episodios concatenados, que encuentran su desenlace, como en un epílogo, en la sentencia. Y, verdaderamente, el proceso tiene con mucha frecuencia, no sólo en las formas, sino también en su sustancia humana, un desarrollo dramático, triste o cómico, según los casos, y que se pone de manifiesto por el interés morboso con el cual el público se apasiona por ciertas controversias penales, y por la frecuencia con que, en el teatro o en el cinematógrafo, se llevan a la escena o a la pantalla representaciones tomadas de la vida judicial.

Por otra parte, todos sabemos perfectamente que una cosa es leer un drama impreso, tal como ha sido escrito por el autor, y otra es verlo representado por un gran actor que lo recrea y lo transfigura a través de la interpretación teatral. También en el proceso ocurre algo semejante, puesto que las leyes del procedi-

miento son recreadas y transfiguradas por las personas que las traducen en actos procesales concretos, o, en otras palabras, se podría también decir por los “personajes” que las representan e interpretan en la escena judicial, pero con algo más, pues en tanto que en los dramas teatrales el diálogo está escrito totalmente por anticipado, línea por línea, en el drama judicial el derecho procesal preestablece solamente una serie de modelos esquemáticos y abstractos, molduras vacías que deben ser llenadas, cada vez, con palabras escritas o habladas, por quienes participan concretamente en cada juicio particular. El derecho procesal se asemeja mucho, por esto, al “canevâ” de la comedia del arte, en la cual, dentro del esquema de la propia parte, los personajes recitaban por su cuenta, o sea, improvisando.

2. *La imparcialidad como carácter esencial del juez*

El más importante entre los personajes del proceso, el verdadero protagonista, es el juez. Asiste mudo e impenetrable a todo el desenvolvimiento del drama, siempre presente, aun cuando se limite a escuchar en silencio la disputa de los otros personajes. Pero al final, la última palabra, la palabra resolutive, es la suya; todo lo que ha sido dicho en el curso del debate se resume y se disuelve en su decisión. El epílogo del drama, el último acto del rito, es la sentencia. “*Ite missa est*”, “*ite iudicatum est*”. El juez es el *deus ex machina*, como la aparición purificadora de Atenea en la catarsis de la *Orestíada*.¹⁸

¿Cuál es entonces la función del juez en el proceso? Es decir, ¿cuál es actualmente, según el concepto abstracto que le otorgan las leyes, pero según también la concreta realidad histórica, la función del juez situada en el sistema jurídico de una Constitución democrática?

Históricamente, la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición

¹⁸ Redenti, *Intorno al concetto di giurisdizione*, Parma, 1914, pp. 11 y 12.

en los albores de la civilización, es la *imparcialidad*.¹⁹ El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego; es un tercero *inter partes*, o mejor aún, *supra partes*. Lo que lo impulsa a juzgar no es un interés personal, egoísta, que se encuentre en contraste o en connivencia o amistad con uno o con otro de los egoísmos en conflicto. El interés que lo mueve es un interés superior, de orden colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil y pacíficamente, *ne cives ad arma veniant*, para mantener la paz social. Es por esto que debe ser extraño e indiferente a las solicitudes de las partes y al objeto de la lite, *nemo iudex in re propria*.

3. *Varios métodos para garantizar la imparcialidad*

Pero si la imparcialidad es un requisito inseparable de la idea de juez, no es igualmente indispensable, para que exista un juez, que deba ser llamado a decidir *secundum leges*. El juicio *secundum leges* es una de las formas, la más perfeccionada y “racionalizada” de hacer justicia, no obstante lo cual, en la historia de las instituciones judiciales han variado con el tiempo los criterios, o los mecanismos, de los cuales se han servido los jueces para ser, y sobre todo para parecer, imparciales.

En las edades primitivas, el juez se confunde con el sacerdote o con el adivino, que pide ayuda e inspiración a la superstición y a la magia, leyendo la motivación de sus sentencias en el vuelo de los pájaros o en las vísceras palpitantes de la víctima inmolada. El juicio de Dios, la prueba del fuego, las ordalías, eran expedientes para introducir en el juicio, como garantía de imparcialidad, fuerzas superiores a todo cálculo humano y a todo cuidado terrestre, como la indiferencia de los dioses o la suerte ciega. También el método seguido por el famoso juez Bridoye de Rabelais, que

¹⁹ Alcalá-Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, especialmente, los números 38 y ss.

ponía sobre la balanza los escritos de los dos litigantes y daba la razón a aquel cuyo fascículo pesaba más, era un sistema para alcanzar la imparcialidad; como también lo era la justicia de los cadíes turcos, que decidían, como decía Francesco Guicciardini, a “ojos cerrados”; y, sin embargo, haciendo una estadística de sus decisiones, no se debe creer que las probabilidades de equivocación fuesen para ellos más grandes que para nuestros jueces.

Si nosotros suponemos las sentencias de los turcos dadas a oscuras, se puede concluir que proporcionalmente la mitad sea justa sin que tal vez exista una menor proporción de resoluciones injustas en las dictadas entre nosotros, ya sea por ignorancia o por malicia de los jueces.²⁰

Y lo mismo puede decirse del procedimiento expedito que un viajero etnólogo refiere haber visto utilizar por una tribu salvaje, habitante de las riberas de un lago africano; cuando surgía un litigio, los dos contendientes eran atados a dos maderos plantados en las proximidades del lago, a igual distancia de la orilla del agua, y allí eran abandonados en espera de la sentencia. A poco se veía surgir de las ondas al juez, un caimán viejísimo educado en este oficio, el cual, después de haber considerado la situación, se arrastraba lentamente hacia uno de los postes. El litigante al que le tocaba ser devorado, perdía la causa (con la correspondiente condena en costas).

4. *La justicia del caso particular*

Pero sin recurrir a estas curiosidades remotas o imaginarias, lo cierto es que también en los ordenamientos en vigor se pueden encontrar numerosos ejemplos de procesos en los cuales, al juez que debe hacer justicia, se le pide una operación muy diversa de la consistente en la aplicación rigurosa de leyes pre-

²⁰ Francesco Guicciardini, *Ricordi*, segunda serie, núm. 209 (en *Scritti politici e ricordi*, ed. Laterza, Bari, 1933, p. 333).

constituidas. También en los sistemas procesales de la Europa continental se encuentran numerosos ejemplos de “jurisdicciones de equidad” o de colegios arbitrales integrados por “amigables compondores”,²¹ los cuales determinan la justicia del caso individual, inspirándose, no en la ley, que no los obliga, sino en el sentido de equidad que vive en su conciencia, y que les dicta la decisión más conveniente y adecuada a las circunstancias del caso particular.

Así, en Italia, los órganos de la justicia administrativa, ante los cuales tienen derecho de acudir los ciudadanos para impugnar los actos definitivos de la administración pública, pueden, en ciertos casos, cuando ejercen la llamada jurisdicción *de fondo*, hacer un nuevo examen del contenido del acto, no bajo el rígido aspecto de la legitimidad, sino bajo aquel, mucho más fluido y adaptable caso por caso, de la conveniencia técnica y del interés público.

En esta serie de ejemplos de justicia sin leyes no puede olvidarse la jurisdicción *disciplinaria* que ejercitan algunos colegios profesionales sobre sus miembros, como aquella que realizan los consejos forenses sobre los abogados, cuya conducta en el ejercicio de la abogacía no es examinada de acuerdo con las normas legales, sino según los dictámenes tradicionales de rectitud y de probidad profesional que todos los que pertenecen a la Orden deben encontrar vivos en su propia conciencia.

En todos estos casos el juez no puede limitarse a leer en el código la solución ya preparada hipotéticamente en un precepto legal, sino que debe buscar en su íntimo sentido de justicia una solución “caso por caso”, fabricada, por así decirlo, no *en serie*, sino *a medida*.

Pero el ejemplo más evidente de este fenómeno en la experiencia contemporánea nos lo proporcionan las condiciones en que funciona la justicia en los periodos revolucionarios o en los de reorganización que siguen inmediatamente a una revolución victoriosa.

²¹ Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, en *Studi sul processo civile*, II, 1930, pp. 1 y ss.

Pensad en lo que sucedió en Rusia después de la revolución de 1917. Los tribunales del régimen zarista fueron disueltos; los magistrados y los abogados fueron enviados a palear la nieve, y se abolieron en bloque todos los viejos códigos.

En este “vacío de leyes” fueron creados *ex novo* los tribunales del pueblo, integrados por obreros y campesinos competentes para decidir de todas las causas civiles y penales. No existiendo leyes escritas, ¿sobre qué criterios se fundaban para juzgar? Sobre la “conciencia proletaria”, se decía entonces; lo que significa decidir de acuerdo con criterios políticos, esto es, según las exigencias de la lucha política en curso de desarrollo, en la cual inclusive la sentencia del juez llega a ser instrumento de acción revolucionaria.

En estos periodos de brusca transformación del orden social, el juez ejercita una función declaradamente política: elige para el caso concreto la solución que le parece *más útil* para la causa de la revolución; se inspira en su sentimiento (o en su resentimiento) de hombre de partido. Por otra parte, aun actualmente, después de que el ordenamiento jurídico ha sido reconstruido en la Rusia soviética como un sistema de leyes escritas que los jueces son llamados a aplicar, se continúa afirmando resueltamente el carácter político de la función judicial. La distinción entre justicia y política no existe en Rusia en el mismo sentido en que es aceptada en la tradición liberal de la Europa occidental; Vyshinsky,²² el que más que diplomático, en virtud de sus libros, ha sido considerado como el ilustrador autorizado del sistema constitucional soviético, estima abiertamente el proceso como uno de los instrumentos de lucha política, primero para el triunfo, y posteriormente para la defensa, de la revolución socialista.

Algo semejante ocurrió en Alemania bajo el nazismo, especialmente en cuanto al proceso penal, cuando en el Código Penal se introdujo una disposición que permitía al juez, castigar no sólo por los hechos que fuesen considerados delitos por la ley

²² A. Y. Vyshinsky, *The law of the Soviet state*, Nueva York, 1951, especialmente, pp. 497 y ss.

criminal, sino además por hechos que, no obstante no haber sido previstos con anterioridad como delitos, fuesen estimados por el juez como “contrarios al sano sentimiento del pueblo alemán”.²³

5. *Justicia y política*

Es cierto, por tanto, que en todos estos casos el juez no extrae su decisión de normas preconstituidas, sino de su inmediato sentimiento, de su sentimiento de hombre político que vive en sociedad, y que participa en la dinámica de aspiraciones económicas y morales, de apetitos y repugnancias, y hasta de “mitos”, y de todo aquello que puede denominarse, de manera comprensiva, corrientes “políticas” de su tiempo. La transformación de la política en derecho es realizada de vez en cuando por el juez para el caso particular, como *lex specialis*, y no anticipadamente por el legislador, constituyendo lo que la teoría ha denominado la creación judicial del derecho, el “derecho libre”. Aquí, verdaderamente, *sententia*, como lo indica la etimología, deriva de *sentimiento*; la sentencia no es obra del intelecto y de la ciencia, consistente en conocer y declarar algo que ya existe, sino en la creación práctica, voluntad alimentada por la experiencia social, que impulsa al juzgador a la búsqueda de determinada utilidad política que dé satisfacción a la experiencia. Incluso cuando el juez busca la solución del caso particular guiándose por ciertas premisas de orden general, que siente como adquisición preexistente de la sociedad a que pertenece (la llamada *equidad social*), las encuentra en su interior, registradas en su conciencia.

Ésta es la justicia del caso particular, que tiene el mérito, si el juez sabe ser fiel intérprete de la sociedad en que vive, de convenir perfectamente a las concretas circunstancias del caso particular, sin dejar márgenes ni intersticios. Pero es una justicia aleatoria. Falta no sólo la certeza, sino también la probabilidad

²³ En tal sentido fue modificado el § 2 del *St. G. B.* (Código Penal) por la ley del 28 de junio de 1935, que entró en vigor el 1o. de setiembre del mismo año.

del derecho; no existe garantía de un tratamiento igual de los casos similares, porque cada caso es considerado como un *unicum*, que no puede tener similares; y, por tanto, solamente *a posteriori*, después de la sentencia, se conocen los derechos y los deberes de cada uno, así como lo que puede considerarse como lícito o ilícito. La persona se encuentra a merced del juez.

Éste es el semblante sombrío de la justicia revolucionaria en los periodos del terror, en la que los tribunales de partido, aun cuando no constituyan el pretexto para desahogar rencores personales dando apariencia de autoridad a la venganza privada, es preciso preguntarse si verdaderamente deben considerarse como órganos de justicia o bien como instrumentos sanguinarios de guerra civil. También en Italia hemos tenido recientemente duras experiencias sobre este problema de la justicia en los periodos revolucionarios, y así ha ocurrido en Francia, tanto que la revista *Esprit*, que es una de las voces más altas del espíritu europeo, ha sentido la necesidad de dedicar un número especial a esta materia,²⁴ en el cual Emmanuel Mounier se ha planteado esta angustiosa pregunta: *¿Y a-t-il une justice politique?* ¿Puede existir, sin *contradictio in adiecto*, una justicia política? ¿Y en qué circunstancias esta justicia, no obstante inspirarse en criterios políticos, puede continuar siendo justa?

6. *Justicia* “secundum leges”

Pero frente a este sistema de la creación judicial de derecho, frente a esta justicia dinámica y romántica, los ordenamientos constitucionales fundados en la separación de poderes otorgan la preferencia al sistema estático y “racionalizado” de la *creación legislativa* del derecho, que pretende realizar de manera absoluta la separación entre justicia y política.

En el sistema de la creación judicial, el pasaje de la política a la sentencia es inmediato y directo; el juez vive sumergido en la

²⁴ *Esprit*, París, año XV, número de agosto de 1947.

política. En el sistema de la creación legislativa, o de la “legalidad”, entre la política y el juez está de por medio la ley. También en este último caso el derecho es un producto depurado y, por así decirlo, cristalizado, de la política; pero este proceso de depuración se desarrolla en dos tiempos: la primera fase es legislativa, y posteriormente viene la judicial. Las fuerzas políticas desembocan todas, como un torrente impetuoso que presiona la rueda de un molino, sobre los engranajes de los órganos legislativos; es en el Parlamento donde el choque de la política se aquietta en las leyes. En su trabajo de transformación de la política en derecho, el legislador no toma en consideración el caso particular, la lite ya surgida y preanunciada, el acto del conflicto individual, sino que se coloca en un plano más alto que el de los episodios individuales, apreciando a distancia los intereses colectivos y siguiendo desde lo alto, como en un panorama, la dirección y el movimiento progresivo de las corrientes sociales. Y extrayendo de este diagnóstico social, hecho no sobre el caso individual, sino sobre un gran número de ellos, la previsión de que en el futuro ciertos comportamientos típicos pueden dar lugar a determinados conflictos de intereses entre los coasociados, establece anticipadamente, de manera general e hipotética, aquello que debe valer como justo para todos los casos que tengan en concreto los caracteres del tipo abstractamente determinado.

Así, por ejemplo, cuando en virtud de circunstancias extraordinarias (como han sido las devastaciones producidas por la guerra en toda Europa) se ha producido una escasez general de alojamientos, el legislador advierte que se ha iniciado un periodo en el cual los conflictos de intereses entre los propietarios de casas e inquilinos han asumido una relevancia social que antes no tenían, y siente la necesidad de establecer anticipadamente una regulación jurídica que discipline de manera uniforme todos los choques que están por verificarse.

El ordenamiento jurídico, así esquematizado, se puede parangonar a un fichero: cada artículo de los códigos es una ficha, hecha para un determinado modelo de comportamiento humano.

Todas las acciones humanas que tienen relevancia para la sociedad (para un determinado tipo de sociedad) son clasificadas por tipos y registradas en el fichero; todo lo que no está previsto significa que no tiene trascendencia social, y que, por tanto, es indiferente para el ordenamiento jurídico, el que, por definición, no puede tener lagunas.

7. *El silogismo judicial*

Y entonces se comprende fácilmente cómo en este sistema la etapa judicial, o sea, el segundo momento, es muy simple. El juez al cual se presenta el hecho no debe hacer otra cosa que clasificarlo jurídicamente, es decir, reconocer en él los caracteres típicos de uno de los modelos previstos en el fichero, y una vez encontrado, no debe hacer otra cosa que leer en la ficha, fácilmente y con prontitud, la solución apropiada.

Es éste el famoso *silogismo judicial*. La ley es un juicio hipotético de carácter general que vincula un efecto jurídico a un posible evento; “Si se realiza un caso del tipo *a*, se produce el efecto jurídico *b*”. Aquí, dice el juez, se verifica en concreto un caso que tiene los caracteres del tipo *a*; por tanto, declaro que debe producir en concreto el efecto jurídico *b*. Por consecuencia, todo el trabajo del juez se reduce a encontrar la coincidencia entre un caso concreto y la hipótesis establecida en forma abstracta por la norma, o sea, de acuerdo con la conocida terminología escolástica, la coincidencia entre la “hipótesis real” y la “hipótesis legal”.

Por tanto, se observa cómo en esta configuración todo el trabajo del juez es puro y tranquilo. El juez no tiene contacto directo con la política; entre él y la política está de por medio la muralla sin ventanas de la ley. Todas las escorias de la política, todo lo que la política tiene de impuro y desagradable, no llega a las manos del juez, que encuentra sobre su escritorio las pequeñas obras de orfebrería lógica formuladas por las leyes, pulidas y depuradas, ignorando el fango que ha sido necesario remover

para encontrar el metal y el fuego indispensable para fundirlo en el crisol.

Éste es el sistema de la legalidad, el mecanismo perfecto construido para los periodos felices de la vida constitucional. Es un sistema de calma y de optimismo, que corresponde a todos los principios iluministas de la democracia; es la “racionalización del poder”, que sustrae la decisión judicial al capricho del juzgador; es la división de poderes, que separa los campos del legislador y del juez; es la certeza de los derechos, suprema garantía de la libertad personal. Considerad la forma ingeniosa en que este sistema ha alcanzado la imparcialidad. El legislador es imparcial, porque desde lo alto, obrando sobre grandes números y anticipadamente, no puede prever en el futuro quién caerá individualmente en lo dispuesto por sus leyes, quién será el vencido y quién el vencedor, qué rostros vivientes quedarán comprendidos en los marcos establecidos con anterioridad. Y el juez, por su parte, no puede dejar de ser imparcial, porque al juzgar no puede dejar de hacer otra cosa que referirse a la ley. Sentencia justa en este sistema no significa sentencia conforme al sentimiento social, sino que quiere decir simplemente sentencia *conforme a la ley*; y si con posterioridad llega a ocurrir que la ley no corresponda (o ya no corresponda) al sentimiento social, esto no es asunto del juez, sino del legislador: *dura lex sed lex*.

Por tanto, la sentencia llega a ser un producto de pura lógica en la que no tiene cabida el sentimiento. El juez tiene la fortuna de vivir tranquilo y calmado, libre de las tempestades del sentimiento, en la serenidad lunar del silogismo. Recordad la célebre frase de Montesquieu: “Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’en peuvent moderer ni la force, ni la rigueur”.²⁵ Seres inanimados, máquinas; máquinas de hacer silogismos, o mejor aún, aparatos *ópticos*, porque en este sistema, según la concepción panlogística de los juristas, las leyes, en virtud de su predisposición hipotética y predeterminada, por la cual se prevé cierto efecto jurídico como

²⁵ *Esprit des lois*, libro XI, capítulo VI.

consecuencia automática de la realización concreta de determinada hipótesis, se aplican por sí, descienden ellas mismas para regular el mundo, y, por consecuencia, las relaciones jurídicas, los derechos, las obligaciones, nacen por sí, viven y se extinguen en el mundo jurídico *sin necesidad de la mediación del juez*

Ya sabéis que nosotros, los juristas, a fuerza de hacer silogismos nos hemos creado un mundo propio, donde nos imaginamos que las relaciones jurídicas viven como animales de una zoología metafísica, a los cuales sólo pueden aproximarse los iniciados, y así como Galileo veía al mundo hecho de triángulos, nosotros encontramos en nuestro camino a los derechos que se mueven y asisten al bautismo y a los funerales de las relaciones jurídicas. Todo esto sucede sin que el juez pueda intervenir para modificarlo, ya que el juez es un espectador que se limita a observar lo que debe *declarar* como ya existente; no crea los derechos, sino los declara. Es un mecanismo hecho de lentes selectivos que descubre a su alrededor lo que ya existe, pero que los ojos comunes no ven, o, si lo preferís, es un proyector que con su haz luminoso revela la misteriosa vida submarina de los organismos jurídicos.

8. *Imprevisibilidad de la sentencia*

Pero en este punto me siento tentado a dirigir una pregunta a aquellos de vosotros que como jueces o como abogados ya conocéis prácticamente cómo funciona en realidad la justicia. La pregunta que planteo es esta: ¿de verdad os parece que esta concepción puramente intelectualista y silogística del juez es satisfactoria y, sobre todo, que corresponde a la verdad?

La certeza del derecho... Cada uno sabe anticipadamente cuáles son sus derechos y sus deberes; todos pueden leer anticipadamente en las leyes, como en una lista de precios en el mercado, el valor jurídico de sus acciones; cada uno, cuando acude ante el juez, puede prever su suerte únicamente con saber razonar.

Pero ¿todo esto es verdad o ilusión? ¿Es estrictamente verdadero que en el sistema de la legalidad, la sentencia del juez es

previsible con seguridad? ¿Es propiamente verdad que el juez se limita a declarar lo que ya existe, tal como si fuese una historia de la realidad jurídica, sin concurrir con la voluntad estimulada por su sentimiento, a la creación práctica de esta realidad? También yo, en un ensayo juvenil,²⁶ he presentado la sentencia como una progresión de silogismos en cadena, pero con posterioridad la experiencia del patrocinio forense me ha demostrado, no que esta representación sea equivocada, pero sí que es incompleta y unilateral, porque aquel que imagina la sentencia como un silogismo no ve la sentencia viva, sino su cadáver, su esqueleto, su momia.

Digámoslo en confianza. ¿Quién entre nosotros, los abogados, puede prever anticipadamente el éxito de una causa? Ciertamente, en el sistema de la legalidad la previsión puede hacerse con un grado mayor de aproximación que en el sistema del derecho libre. Especialmente cuando entran en juego ciertas disposiciones de carácter rígido y formal, como las relativas a la prescripción y a la preclusión, el éxito del juicio se puede prever con un cálculo de probabilidades que se aproxima a la certeza.

Pero aun en estos casos no existe nunca una certeza absoluta. Cuando el cliente pide anticipadamente al abogado la garantía de una victoria segura, el defensor serio y honesto no puede responderle sino con el viejo adagio: *habent sua sidera lites*. En un tiempo me rebelaba contra este lema que consideraba desprecia-tivamente²⁷ como una expresión de vil y perezosa resignación; cuando se sabe que se tiene la razón, es preciso estar convencido de que la justicia es más fuerte que la adversidad de los astros. Pero posteriormente, con el pasar de los años, me he reconciliado con este lema, que adoptado antes del juicio puede tener para el patrocinador efectos deprimentes, pero si se utiliza con posterioridad es posible que adquiera un efecto consolador. Se debe prever el triunfo, se debe hacer todo para vencer, pero si

²⁶ Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, en *Studi*, cit., I, 1930, pp. 1 y ss.

²⁷ Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1938, 2a. ed., p. 3.

con posterioridad la sentencia del juez desmiente las previsiones, entonces es el momento de encontrar consuelo en la sabiduría del proverbio latino. La sentencia es injusta, no importa, *habent sua sidera lites*, y nos consolamos de esta manera.

9. *Insuficiencia, inclusive en el sistema de la legalidad, de la concepción meramente lógica de la sentencia*

La verdad es que el juez no es un mecanismo, no es una máquina calculadora. Es un hombre vivo, y su función de individualizar la ley y de aplicarla al caso concreto, que *in vitro* puede representarse como un silogismo, es en realidad una operación de síntesis que se cumple misteriosa y calurosamente en el crisol sellado del espíritu, en el cual la mediación y la soldadura entre la ley abstracta y el hecho concreto tienen necesidad, para realizarse, de la intuición y del sentimiento ardiente de una conciencia laboriosa. En suma, el sistema de la legalidad, y en general la teoría normativa del derecho, es un esquema didáctico, útil para los juristas, pero esta descomposición lógica de la sentencia se asemeja a los análisis de los químicos, que aun cuando hayan alcanzado a individualizar todas las sustancias elementales de las que está compuesto un organismo vivo no han logrado, sin embargo, encerrar en fórmulas la chispa de la cual ha brotado la vida por la misteriosa combinación de estos elementos.

Por otra parte, inclusive en el sistema de la legalidad, son las propias leyes las que ofrecen al juez el camino para hacer pasar el sentimiento hacia las rígidas fórmulas dictadas por la razón. Es la ley la que frecuentemente da al juez el poder de decidir según equidad, “según las circunstancias”, “con apreciación equitativa de las circunstancias del caso” (por ejemplo, el artículo 2056 del Código Civil Italiano). En la técnica legislativa se adoptan con frecuencia las expresiones tradicionales de significado genérico y variable (“buena fe”, “diligencia normal”, “diligencia del buen padre de familia”) que han sido denominadas imaginativamente los “órganos respiratorios” o “las válvulas de seguridad del siste-

ma jurídico”, porque a través de ellas el juez, dando un contenido concreto, caso por caso, a estas frases elásticas, logra hacer penetrar en las leyes muertas el aire vivificador de las exigencias sociales, que se encuentra en perpetuo movimiento de evolución. Pero aun sin acudir a estos conocidos expedientes técnicos, con los cuales el mismo legislador hace que en el interior del derecho “racionalizado” penetre el oxígeno de lo irracional, es preciso persuadirse de que toda interpretación constituye una nueva creación, y que en toda interpretación tiene decisiva influencia la inspiración individual.

La ley preestablecida es uno de los coeficientes que concurren a estimular la conciencia del juez en la decisión, pero no es el único factor, lo que explica ciertos fenómenos, que de otra manera pudieran parecer inexplicables, de disparidad de la jurisprudencia; dos jueces, en dos aulas de la misma Corte, tal vez el mismo día, aplicando la misma ley a dos casos absolutamente similares, deciden la misma cuestión en sentido diametralmente opuesto. ¿Cuál de ellos se ha equivocado? Ninguno de los dos, porque si la ley era la misma para ambos, si los hechos eran idénticos, sin embargo era diverso el sentimiento individual del juzgador, a través del cual la ley y los hechos se han encontrado. En casos como éstos no hay más que inclinarse ante los *sua sidera*; el litigante que ha perdido la causa porque ha sido juzgado en esta sala, la habría ganado si hubiese entrado, para ser juzgado, en la sala contigua; no es el juez el que ha equivocado la sentencia, sino el litigante que se ha equivocado de puerta. También los antiguos doctores conocían esta inestable perplejidad en que se encuentra el juzgador cuando la cuestión de derecho es tan sutil e incierta que puede bastar, para resolverla en favor de una parte más que en beneficio de la otra, apenas un leve impulso del sentimiento; y a este imperceptible viraje lo llamaban “el tanto del amigo”.²⁸

²⁸ G. Salvioi, *Storia del diritto italiano*, 9a. ed., Torino, 1930, p. 123, recuerda el “tanto del amigo”, atribuyéndolo a Deciano. *Cfr.* D. Tiberius Degianus, *Responsa*, vol. III, Venetiis, MDCII, resp. LIX, núm. 6, folio 149: “Amicitia facit iudicium pro reo, sicut inimicitia facit iudicium contra reum”.

10. *La sentencia, creación de la conciencia del juez*

Podemos, por tanto, concluir que reducir la función del juez a una simple actividad de hacer silogismos significa empobrecerla, hacerla estéril, disecarla. La justicia es algo mejor: es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana. Es precisamente este calor vital, este sentido de continua conquista, de vigilante responsabilidad, que es necesario apreciar e incrementar en el juez.

El peligro mayor que amenaza a los jueces en una democracia, y en general a todos los funcionarios públicos, es el peligro del hábito, de la indiferencia burocrática, de la irresponsabilidad anónima. Para el burócrata, los hombres dejan de ser personas vivas y se transforman en números, cédulas y fascículos: en un “expediente”, como se dice en el lenguaje de las oficinas, esto es, una carpeta bajo cuya cubierta están agrupados numerosos folios protocolizados, y en medio de ellos, un hombre disecado. Para el burócrata, los afanes del hombre vivo que está en espera no significan nada; ve aquel enorme cúmulo de papeles sobre su escritorio y sólo trata de encontrar un medio de hacerlo pasar al escritorio de otro burócrata, su vecino de oficina, y descargar sobre él el fastidio de aquel engorro.

¡Ay si esta indiferencia burocrática penetra entre los jueces!
¡Ay de ellos si se acostumbran al llamado punzante de su responsabilidad!

Quien reflexiona en el peso de los dolores humanos que está encomendado a la conciencia de los jueces se pregunta cómo ellos, con tan terrible tarea, pueden dormir con tranquilidad. Sin embargo, el sistema de legalidad entendido en forma demasiado escolástica, con el ingenioso mecanismo del silogismo judicial, parece hecho a propósito para privar al juez del sentido de su terrible responsabilidad y para ayudarlo a dormir sin angustias.

En la plaza se encuentra un ahorcado, condenado a muerte por el juez. La sentencia ha sido ejecutada, pero esa sentencia era injusta; el ahorcado era inocente.

¿Quién es el responsable de haber asesinado a ese inocente?
¿El legislador que ha establecido en la ley la pena de muerte en abstracto, o el juez que la ha aplicado en concreto?

Pero tanto el legislador como el juez encuentran la manera de salvar su alma con el pretexto del silogismo.

El legislador dice: no tengo la culpa de esa muerte; puedo dormir tranquilo porque la sentencia es un silogismo del cual sólo he construido la premisa mayor, una inocua fórmula hipotética general y abstracta, que amenazaba a todos, pero que no afectaba a ninguno. Quien lo ha asesinado ha sido el juez, ya que ha sido él quien ha extraído de las premisas inocuas la conclusión mortífera, la *lex specialis* que ha ordenado la muerte del inocente.

Pero el juez dice a su vez: no tengo la culpa de esa muerte, y puedo dormir tranquilo, ya que la sentencia es un silogismo del cual no he hecho otra cosa que extraer la conclusión de la premisa impuesta por el legislador. Ha sido el legislador quien lo ha asesinado, con su ley, que era ya una *sententia generalis*, en la cual también estaba comprendida la condena de aquel inocente.

Lex specialis, sententia generalis; así, el legislador y el juez se atribuyen, recíprocamente, la responsabilidad y pueden dormir tranquilos uno y otro, mientras el inocente se mece en la horca.

Pero ésta no puede ser la justicia de una democracia, ni éste puede ser el juez digno de la ciudad de los hombres libres. Ya hemos dicho con anterioridad que la democracia es un compromiso, un *engagement*: “faute de cet engagement la technique constitutionnelle est norte”. Lo mismo se puede decir en cuanto a la técnica judicial.

No queremos saber nada de los jueces de Montesquieu, “*etres inanimés*”, hechos de pura lógica. Queremos jueces con alma, jueces *engagés*, que sepan llevar con humano y vigilante empeño el gran peso que implica la enorme responsabilidad de hacer justicia.

(19 de febrero de 1952)