

## IV

### LA CRISIS DE LA MOTIVACION

1. La motivación como justificación lógica de la sentencia.—2. La motivación como conducto para la impugnación.—3. El veredicto no motivado y no impugnado de los jurados; reforma de las Cortes de Assises en Italia.—4. La motivación como justificación posterior de la parte dispositiva.—5. El “sentido jurídico” de los abogados.—6. Intuición y lógica de la sentencia.—7. La motivación como control del “sentido jurídico”.—8. Crítica marxista de la justicia “burguesa”.—9. La crisis de la motivación.—10. Motivación evasiva de la ley.—11. Motivación polémica.—12. La crisis del derecho en los períodos de rápidas transformaciones políticas.

#### *1. La motivación como justificación lógica de la sentencia.*

La motivación constituye el signo más importante y típico de la “racionalización” de la función jurisdiccional.

La sentencia debe ser motivada. En todos los

códigos procesales modernos, civiles y penales, la motivación se establece como uno de los requisitos esenciales de la sentencia, y para aquellos que pretenden ver en el fallo solamente su aspecto lógico, la motivación es la enunciación de las premisas del silogismo que concluye en los puntos resolutivos. El requisito de la motivación es considerado tan importante, que se eleva a la categoría de garantía constitucional, y así el artículo 111 de la Constitución Italiana establece que "todas las resoluciones jurisdiccionales deben ser motivadas".

Este requisito de la motivación tiene preponderadamente una función exhortativa, y por así decirlo, pedagógica. El juez no se conforma con ordenar, no se limita ya al "*sic volo, sic iubeo*", pronunciado desde lo alto de su sitial, sino que desciende al nivel del justiciable, y al mismo tiempo que manda, pretende explicarle la racionalidad de esa orden. La motivación es, antes que nada, la justificación, que quiere ser persuasiva, de la bondad de la sentencia. Desde el momento en que la justicia ha descendido del cielo a la tierra, y se ha comenzado a admitir que la respuesta del juez es palabra humana y no oráculo sobrenatural e infalible, que se adora y no se discute, el hombre ha sentido la necesidad de utilizar razones humanas para declarar la justicia de los hombres, y la motivación constituye precisamente la parte razonada de la

sentencia, que sirve para demostrar que el fallo es justo y por qué es justo, y para persuadir a la parte vencida que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y de la fuerza.

Aun a nosotros, los abogados, nos puede ocurrir que en la motivación de la sentencia que nos es contraria encontremos razonamientos del juzgador, en los cuales no habíamos reflexionado con anterioridad y que nos permiten conocer el error de la tesis que sostuvimos primeramente, y el hecho de haber perdido con justicia un litigio puede llegar a tener para nosotros casi el mismo efecto tranquilizador que nos produciría llegar a alcanzar la razón cuando se tiene el convencimiento de tenerla.

## *2. La motivación como conducto para la impugnación.*

Pero, además de esta finalidad psicológica de justificación y de persuasión, la motivación tiene también otra función más estrictamente jurídica, o sea la de poner a las partes en condición de verificar si en el razonamiento que ha conducido al juez a decidir en determinado sentido pueden descubrirse alguno de aquellos defectos que dan motivos a los diversos medios de impugnación.

El fundamento de las diversas impugnaciones, que la parte vencida puede intentar ante el mismo juez o ante un juez superior, constituye en la mayor parte de los casos un vicio, un error o una desviación efectuados en el *iter* lógico recorrido por el juzgador, que en un cierto momento lo han llevado fuera del camino, llegando así a una meta equivocada en los puntos resolutivos, es decir, a una conclusión diversa de la que debe estimarse justa. Entonces la motivación, que es un balance escrito en la sentencia, de los fundamentos de hecho y de derecho que llevan al juez a la conclusión (por lo que podría calificarse de diario de viaje de la lógica judicial) constituye el trámite indispensable para introducir al lector dentro del pensamiento del juez, con el objeto de darle la posibilidad de controlar si en el camino de sus silogismos ha existido, en cualquier punto, una caída o una desviación del camino recto. La motivación llega a ser de este modo el espejo revelador de los errores del juzgador. Cuando el abogado examina una sentencia para descubrir en ella motivos pertinentes de impugnación, el terreno en el cual va a la caza de errores se localiza fundamentalmente en la motivación, en la cual escudriña cada una de sus frases y palabras, porque puede suceder que precisamente en una palabra o hasta en un simple signo gramatical se esconda una fractura sutil de carácter lógico, suficiente para introducir en

el fallo la palanca de la impugnación, y de esta manera hacer saltar todo el edificio. Una demostración de que la motivación es considerada como garantía esencial de la impugnación radica en la circunstancia de que en el derecho italiano, al igual que en otras legislaciones, está previsto como motivo especial para recurrir en casación la "omisa, insuficiente o contradictoria motivación acerca de un punto decisivo de la controversia planteado por las partes o suscitado de oficio" (artículo 360, N<sup>o</sup> 5, del Código Italiano de Procedimiento Civil).

3. *El veredicto no motivado y no impugnabile de los jurados; reforma de las Cortes de Assises en Italia.*

Motivación e impugnación son instituciones de cierta manera paralelas en las legislaciones procesales, ya que frecuentemente donde no está establecida la motivación no es admisible la impugnación, porque toda impugnación presupone una crítica y una censura del acto que se impugna, lo que no es posible prácticamente cuando no pueden conocerse las razones en las cuales el acto se funda y se justifica.

Por esta razón no eran apelables las sentencias de las Cortes de Assises cuando todavía estaba vigente en Italia el sistema de los jurados populares, toda vez que no siendo motivado el

“veredicto” del jurado, no era posible su crítica y, por tanto, no podía ser apelada la sentencia que se apoyaba en el mismo. Los jurados debían responder con un sí o con un no a las preguntas que le fueran hechas por el Presidente, sin manifestar las razones de su respuesta, cuyos motivos deberían permanecer encerrados en el secreto de sus conciencias, sin el esfuerzo que se impone invariablemente al juez profesional de intentar la traducción de los impulsos sentimentales en fríos silogismos, no obstante que antes que de la razón, el fallo brota primeramente con base en dichos impulsos. Pero el juicio inmotivado de los jurados se limitaba a los hechos y su calificación penal; el juez togado, que tenía la tarea final de aplicar la pena al hecho examinado y calificado por los jurados y de añadir así al veredicto lo que le faltaba aún para convertirlo en sentencia, debía expresar por su cuenta los motivos de su resolución. En tal virtud la motivación se restringía necesariamente al campo limitado de la pena aplicable, y sólo en este campo limitado la sentencia podía ser impugnada en casación.

El jurado fue abolido en Italia por el régimen fascista, principalmente por razones políticas, porque lo estimó como una de las instituciones inspiradas en la idea de la soberanía popular proveniente del siglo XIX, contra la cual se cebó la dictadura, y en lugar del sistema de

jurados, en el cual la formación de la sentencia se perfeccionaba en dos fases cronológicamente diversas, confiadas a dos órganos distintos que funcionaban separadamente <sup>(34)</sup>, fue establecido un colegio único de composición mixta, integrado por jueces letrados y por “asesores”, cuyas sentencias deberían ser motivadas tanto jurídicamente como en relación con los hechos, según las reglas comunes.

Pero aun después de la caída del fascismo, el jurado no fue restablecido en su forma antigua, puesto que desaparecidas las razones políticas que habían llevado a su abolición, permanecieron válidas, para no restablecerlo, las razones técnicas. La Constitución vigente en Italia ha restablecido el principio de “la participación directa del pueblo en la administración de justicia” (artículo 102); pero, por otra parte, como de acuerdo con el artículo 111 de la misma Constitución todas las resoluciones jurisdiccionales, sin excepción, deben ser motivadas, se ha considerado que este inderogable principio constitucional no puede conciliarse con el restablecimiento del veredicto no motivado. Así, actualmente también las sentencias de las Cortes de Assises deben ser motivadas en su integridad, en hecho y en derecho, y consecuentemente, con-

(34) CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, en *Studi*, II, pág. 211.

tra ellas se admite, actualmente, la impugnación (35). Es posible que esta abolición sea correcta, porque el sistema tradicional del jurado, en el cual sus miembros eran llamados a decidir sin manifestar las razones de su juicio, parecía configurado a propósito para instigar a los jurados a resolver irracionalmente, como tantas veces la práctica lo ha demostrado, de manera que el veredicto, más que la expresión de la más pura sensibilidad social, se reducía con frecuencia a establecer el triunfo del "puro irracional", tanto más peligroso cuanto que su irracionalidad institucional lo sustrajera a toda posibilidad de impugnación motivada.

#### 4. *La motivación como justificación posterior de la parte dispositiva.*

La motivación parece comprobar, *per tabulas*, la naturaleza esencialmente lógica de la sentencia, pudiendo decirse que el silogismo judicial, más que las construcciones de los teóricos, vive la realidad judicial, en virtud de que la misma ley exige que toda sentencia sea acompañada de esa especie de radiografía lógica que hace aparecer por transparencia el esqueleto racional.

(35) Ley de 10 de abril de 1951, n. 287, sobre la reorganización de los juicios en *Assises* (modificada por ley de 24 de noviembre de 1951, n. 1324, y ley de 5 de mayo de 1952, n. 405).



Podría decirse que la misma ley, al exigir que en el texto definitivo de la sentencia los puntos resolutivos estén precedidos por la motivación, quiere hacer aparecer a la luz del sol la estructura silogística de la sentencia y persuadir a los justiciables de que en la concatenación rigurosa de las vértebras lógicas ningún camino se ha dejado a la arbitrariedad.

Sin embargo, nos surgen dudas cuando advertimos que, según lo que las mismas leyes procesales admiten, la parte dispositiva del fallo, en vez de ser cronológicamente un *posterius* de la motivación, es normalmente un *prius*; la sentencia, como acto de voluntad, ya ha nacido antes de que el juez haya expresado claramente cuáles son las razones lógicas que lo han impedido a querer de esta manera; la conclusión del silogismo está ya fijada irrevocablemente antes de que sean formuladas las premisas.

El artículo 276 del Código de Procedimiento Civil Italiano, que regula la deliberación de la sentencia en cámara de consejo, dispone que: "Terminada la votación, el Presidente escribe y firma la parte dispositiva. La motivación la extiende *después* el relator...". Sólo cuando la redacción de la motivación ha terminado, la sentencia puede ser publicada (artículo 133 del mismo Ordenamiento); y esto puede ocurrir después de muchos días, y a veces después de muchos meses, de haber sido deliberada la sentencia.

Es aún más significativo lo que sucede en el proceso penal, en el cual la sentencia es “pronunciada” inmediatamente al terminar la discusión mediante la lectura, en la audiencia pública, de la parte dispositiva (artículo 472 del Código de Procedimiento Penal Italiano), y también en este caso la sentencia completa, acompañada de las consideraciones que justifiquen la parte dispositiva, es depositada en la secretaría dentro de quince días (artículo 15 del citado Código de Procedimiento Penal).

Estas disposiciones producen perplejidad: ¿La motivación es verdaderamente la premisa lógica de la cual deriva la parte dispositiva como una consecuencia necesaria e ineludible, o constituye más bien una especie de autoapología a tesis obligada, con la cual el juzgador, que ya ha definido una voluntad surgida de móviles destinados a permanecer ocultos en el secreto de su conciencia, busca argumentos defensivos, de apariencia racional, para tratar de justificarse públicamente?

Las disposiciones de las leyes procesales que hemos recordado con anterioridad pueden hacernos pensar que la motivación es un expediente de hipocresía formal establecido, por así decirlo, para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la injusticia.

En realidad, estos preceptos, los cuales reco-

nocen con cándida sinceridad que la parte dispositiva puede nacer antes que la motivación en la conciencia del juez, constituyen la mejor demostración de la insuficiencia y la unilateralidad de las teorías que reducen la sentencia al esquema de un silogismo. Es la misma ley la que nos está diciendo lo contrario. Sería insensato el contador que pretendiese fijar el total de una suma antes de conocer las cifras que deben sumarse; pero la sentencia, como ya se dijo, no es operación aritmética, sino que constituye un acto mucho más complejo y misterioso, que tiene sus raíces en la conciencia moral y no puede explicarse a través de las leyes abstractas de los números.

La motivación, en la mayor parte de los casos, refleja, más que un estudio previo realizado por el juez para decidir correctamente, un examen de conciencia efectuado posteriormente por el mismo juzgador para persuadirse de haber juzgado bien. La motivación es una comprobación lógica para controlar a la luz de la razón, la bondad de una decisión surgida del sentimiento; es la "racionalización" del sentido de justicia; es la demostración de que el juzgador se quiere dar a sí mismo antes que a las partes la *ratio scripta* que convalida el descubrimiento nacido de su intuición.

### 5. *El "sentido jurídico" de los abogados.*

En el fondo, también en el sistema de la legalidad, los jueces, para decidir las causas, actúan como los abogados para defenderla; primero surge la intuición, que casi podría calificarse de fantasía, para revelar la tesis que debe sustentarse; posteriormente viene la dialéctica a buscar los motivos jurídicos para sostenerla.

Los que tienen alguna experiencia en el patrocinio forense conocen la manera como se configura frecuentemente, en la mente del abogado, el consejo que debe proporcionar a quien se dirige a él para iniciar un juicio (hablo del abogado honesto, de aquel que sabe ser el primer juez de su cliente). El cliente, al proporcionar las primeras informaciones al abogado, acumula ante él, a granel, una serie de hechos toscos, en medio de los cuales no se alcanza a descubrir vestigio de perfiles jurídicos. Entonces el abogado se pone pacientemente a elegir, investigar y combinar los fragmentos separados para poner en orden aquella confusión. Y al fin se produce en él una iluminación, la mezcla informe se purifica y se restablece la unidad, y de golpe divisa (como Leonardo adivinaba figuras humanas en las manchas de humedad de los viejos muros) los lineamientos de una figura típica, que otorga sentido jurídico al caso. Sólo cuando este descubrimiento del caso típico ha sido he-

cho, más por la intuición que por el razonamiento, acompañada de un sentimiento casi instintivo de simpatía o de repugnancia, comienza el trabajo de investigación y de control en la legislación y en la doctrina.

Este "sentido jurídico" es una lenta conquista de decenios de experiencia forense. Finalmente llega a constituir una especie de clarividencia, y cuando este sentido ha dado su respuesta y se obtiene éxito al encontrar, hojeando los tratados y los repertorios, la confirmación segura, razonada y racional de su exactitud, constituye uno de los momentos felices de la vida del jurista, porque sirve para confirmar que el sentido de la justicia no es una variable ilusión subjetiva, sino una educación del espíritu que se afina y se perfecciona con la experiencia, hasta el grado de poder alcanzar a entrever por sí, por intuición, la solución justa, que encuentra en los libros la comprobación segura de la doctrina.

Los profanos creen que los juristas son personas omniscientes, que conocen todas las leyes de memoria. Desgraciados juristas si debiesen aprender de memoria decenas de millares de artículos en continua evolución. Pero los juristas no son prontuarios legislativos, sino que son aquellos que saben cómo se debe estudiar un caso jurídico (como lo enseñó con el ejemplo VITTORIO SCIALOJA), son los que conocen el método para descubrir los aspectos jurídicos de los casos huma-

nos; pero fundamentalmente, son los que *sienten* cómo debe ser resuelto un caso. Muchas veces, cuando uno de mis jóvenes colaboradores me viene a pedir un consejo sobre un caso que está estudiando, le manifiesto: —No he estudiado el caso y no conozco los preceptos que lo regulan, pero *siento* que *debe existir* una ley que establezca tal cosa; o si la ley no existe, *debe existir* algún precedente jurisprudencial en el mismo sentido. . . — Yo no conozco la ley, y no he consultado la jurisprudencia, pero cuando con posterioridad mi joven colaborador, a fuerza de investigaciones realizadas con la guía de esta intuición, me viene a decir que escondido en el laberinto de leyes especiales ha encontrado precisamente el artículo imaginado, o que en un viejo repertorio se encuentra precisamente el fallo que confirma mi diagnóstico, esto me proporciona la misma alegría que experimenta el investigador de laboratorio cuando el microscopio le da la confirmación experimental de la hipótesis que su intuición le ha sugerido.

#### 6. *Intuición y lógica de la sentencia.*

Lo mismo sucede a los jueces, para los cuales el momento verdaderamente decisivo y culminante de su trabajo consiste en encontrar la parte dispositiva; y posteriormente, la motivación viene por sí misma cuando se trata de juzgado-

res en los cuales se encuentre vigilante el sentido del derecho. Entre los magistrados designados para decidir una causa muy complicada y difícil he oído frecuentemente circular esta frase: "Sentencia de fácil decisión pero de difícil motivación". Se explica así la costumbre seguida en los tribunales colegiados norteamericanos, en los cuales se autoriza al juez disidente para que publique los motivos de su disconformidad, admitiéndose, además, que los jueces se encuentren de acuerdo con la aprobación de la parte dispositiva, pero que puedan tener opinión diversa sobre los fundamentos más idóneos para justificarla, y publiquen, juntamente con la sentencia, la motivación individual <sup>(36)</sup>. Lo que confirma que no siempre la parte dispositiva es una consecuencia necesaria de la motivación, puesto que en los itinerarios de la lógica, puede ocurrir que exista más de un camino para llegar a Roma.

#### 7. *La motivación como control del "sentido jurídico"*.

Por otra parte, si bien es cierto que en la realidad psicológica de la función de juzgar, la motivación es un *posterius* respecto de la parte dispositiva (explicación más que preparación), puede suceder también que la motivación llegue

(36) Cfr. ADAMS, *ob. y loc. cit.*

a ser una pantalla que sirva para esconder los diversos móviles de los cuales ha nacido la parte dispositiva, para disfrazar con una fundamentación plausible las verdaderas razones de la decisión, que son inconfesables. Un jurisconsulto alemán ha realizado un paciente trabajo de análisis de muchas decenas de sentencias para demostrar que los fundamentos declarados en el fallo no eran los verdaderos motivos que habían determinado la decisión; un trabajo sutilísimo de psicología y de lógica judiciales dirigido a descubrir bajo la fundamentación aparente la motivación verdadera (37). Con frecuencia sucede que el estudioso alejado del mundo forense que lee la elaborada motivación de una sentencia en una revista jurídica puede llegar a sospechar que ni el mismo juzgador estaba convencido de sus razonamientos, en virtud de los malabarismos y sutilezas dialécticas a los que ha tenido que recurrir para justificar su tesis, y que esos razonamientos de estilo curialesco sirven solamente para encubrir el contrabando de una actitud parcial o de alguna arbitrariedad.

Para obtener que en la formación de la sentencia se produzca la deseable coincidencia entre la intuición que la dicta y la razón que la controla (y que, por consecuencia, la motivación sea

(37) Cfr. L. BENDIX, *Die irrationalen Kräfte der zivilrechtlichen Urteilstätigkeit*, etc. (Breslau, 1927).



verdaderamente una leal explicación y no un falso disfraz de la decisión) es necesario que el sentimiento y la razón del juez funcionen al unísono, o sea que el sentimiento que se encuentra vivo en la conciencia del juzgador, y del cual extrae su decisión antes que del razonamiento, sea el mismo sentimiento social que el legislador ha consagrado en sus leyes. Esto es lo que se quiere significar cuando se habla de *ratio legis*, de “espíritu de la ley”, de “intención del legislador”. En los regímenes democráticos, la ley es un producto de la conciencia social. El legislador de un Estado democrático no tiene el arbitrio (como por la fuerza y por un cierto período puede ser logrado por un tirano o un dictador) de expedir leyes caprichosas que contrasten con las exigencias históricas, sino que deben encontrar inspiración (y ésta es la función del sistema parlamentario) en la conciencia colectiva de la sociedad de la cual es intérprete. También el juez vive sumergido en la sociedad, y cuando interpreta la ley para aplicarla al caso concreto, debe buscar inspiración en el mismo sentimiento de utilidad social del cual ha nacido la ley; investigar la “intención del legislador” quiere decir precisamente ahondar en las mismas fuentes sociales y políticas a las que se ha consagrado el legislador para entender plenamente el significado y el alcance de la ley.

Cuando se dice (e inclusive yo he llegado a

decirlo) que, en el sistema de la legalidad, entre el juez y la política se encuentra de por medio la muralla de la ley <sup>(38)</sup>, se expresa algo que es exacto solamente en parte, porque puede suceder que precisamente para comprender con plenitud la ley, para ser fiel intérprete y para encontrarse al unísono con ella, el juez deba remontarse a las razones históricas de las cuales ha nacido la ley y que son de carácter político y social. Si una ley ha surgido de un cambio revolucionario de gobierno, no puede el juez, al aplicarla, guiarse por sentimientos contrarrevolucionarios y reaccionarios; en el sistema de la legalidad, el sentimiento debe ser para el juez un estímulo para continuar y desarrollar la ley, no una instigación para eludirla, traicionarla o hacerla vana.

#### 8. *Crítica marxista de la justicia "burguesa".*

Aunque el tiempo me imponga la necesidad de no hacer sino una fugaz alusión sobre el tema, en estos momentos quisiera detenerme a examinar, pesando el pro y el contra del fundamento de las críticas con las que los marxistas han hecho constantemente blanco a la justicia que llaman "burguesa", o sea la establecida en los Estados de Europa Occidental, que se imparte por una organización judicial, independientemente de

(38) CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, cit.

cualquier otro poder y compuesta de jueces juristas nombrados vitaliciamente, y cuya función consiste solamente en la fiel aplicación de las leyes dictadas por el poder legislativo. No es necesario, para recoger estas críticas, acudir a una fuente autorizada del pensamiento soviético, como VYSHINSKY (39), sino que es suficiente leer las páginas escritas por un inglés convertido al marxismo, HAROLD LASKY (40) para encontrar la demostración de que la justicia "burguesa" es una justicia "de clase", en la cual el juez, como cualquier otro jurista, es el intérprete de las leyes dictadas para la tutela de la riqueza y del privilegio, convirtiéndose, sin advertirlo, en un instrumento de esta misma tiranía, y destinado a justificar con sofismas sutiles la prepotencia del rico en daño del pobre. En el contraste que existe entre los humildes y los poderosos, que se encuentra en el centro de la inmortal novela manzoniana, el doctor Azzecagarbugli ha escogido, sin vacilar, el partido de los privilegiados.

Existe, indudablemente, algo de verdad en esta censura, no sólo porque los jueces juristas, a los cuales se les exige una preparación univer-

(39) *Ob. y loc. cit.*

(40) H. J. LASKY, *Democracy in Crisis*, 1933, traducción italiana de A. SCHIAVI, *Democrazia in crisi*, Bari, 1935, págs. 118-127; *Parliamentary Government in England*, 1938, traducción francesa: *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, Paris, 1950, págs. 242 y sigtes.

sitaria que los hijos de las clases pobres no tienen medio de procurarse, provienen frecuentemente de las clases llamadas “burguesas”, sino también porque si la ley es la expresión de los intereses de la clase dominante, es inevitable que el juez llegue a ser, si quiere ser fiel intérprete de la propia ley, un instrumento de los mismos intereses y, por tanto, aun sin darse cuenta, llega a ser un instrumento de dominio social de la clase que está en el poder. De manera que puede suceder que los oprimidos, que solamente a través de la sentencia del juzgador sienten la mordedura concreta de la opresión, que en la ley es solamente abstracta y potencial, se sienten inclinados a tomarla con el juez que tienen cerca y no con el legislador lejano, ya que es el juzgador el que traduce en sufrimientos individuales la amenaza que en la ley aparece remota e inocua. Muchas veces el juez lleva ante la opinión pública el peso de las culpas del legislador, y se les considera jueces de clase, porque son intérpretes de leyes de clase; precisamente aquí, en la ciudad de México, en los murales alegóricos con los cuales el pintor Orozco ha adornado el palacio de la Suprema Corte de Justicia, se puede leer en claros símbolos lo que piensa el pueblo encadenado de los jueces puestos al servicio de los regímenes de opresión (41).

(41) Un detalle de uno de estos frescos se reproduce en la cubierta de la edición italiana de este libro.

Pero la acusación pierde gran parte de su valor en los ordenamientos judiciales de los Estados gobernados por un régimen democrático parlamentario, en el cual si bien los jueces son nombrados vitaliciamente y provienen con frecuencia de la clase media, el mecanismo constitucional está estructurado de tal manera que permite una continua renovación de la clase política en el poder y, por tanto, de los intereses que dicha clase traduce en leyes; de manera que la gradual adecuación a las nuevas exigencias sociales que se efectúan en la legislación repercute necesariamente (y a veces se preanuncia) en la jurisprudencia de los jueces, en la cual, mejor que en las leyes, se puede seguir el camino, fatigoso pero ininterrumpido, de la justicia social.

En consecuencia, se puede concluir que cuando los marxistas acusan a la justicia "burguesa" de ser un instrumento de lucha política de la que se sirve la clase dominante para mantenerse en el poder, hacen un reproche que si bien es fundado en parte, puede volverse en su contra con mayor razón, toda vez que en la dictadura del proletariado, la justicia se jacta abiertamente de constituir un arma de lucha política para la defensa del socialismo, con la sola diferencia de que en el sistema occidental de la legalidad, la política puede llegar hasta el juez, pero siempre por infiltración capilar, o sea, depurada y moderada a través de la pantalla porosa de la ley.

## 9. *La crisis de la motivación.*

La función normal de la motivación, que es la de establecer un fundamento racional al sentimiento social de la justicia del que obtiene su primer impulso la sentencia, se desenvuelve armónicamente en forma que podría llamarse fisiológica, en los períodos históricos de estancamiento y de pacífica evolución social que se continúa sin sobresaltos, o sea cuando las leyes en vigor son acatadas por la mayoría de la opinión pública, porque las estima en correspondencia con el sentimiento popular, y cuando el juez, al aplicarlas, puede sentirse espiritualmente unificado con el legislador de su pueblo.

Pero el drama de la motivación comienza cuando el sentimiento social del juez se encuentra en desacuerdo con el que ha inspirado el legislador, es decir, cuando el juez, con motivo de acontecimientos históricos que han ocasionado bruscas transformaciones políticas y rupturas en la continuidad jurídica, se encuentra en el deber de aplicar una ley que en su conciencia considera socialmente injusta, no obstante que se diga que en el sistema de la legalidad impera el principio de *dura lex sed lex* y que, en consecuencia, el juez debe tomar la ley como es, sin juzgarla. Pero el juez es un hombre vivo, y como tal, antes de aplicar la ley, la juzga; incluso cuando esté pronto a la obediencia, no puede acallar dentro

de sí la valoración moral y política que le proviene de la conciencia. Y si acallando esa voz, se encuentra en la obligación de aplicar una ley a la que interiormente no tiene confianza, es de esperar que la aplique mecánicamente, por deber de cargo, con fría pedantería burocrática, pero no se le podrá pedir que se convierta en un vivificador y un re-creador de la ley a la cual se siente íntimamente extraño y francamente hostil; y, por tanto, la propia ley se transforma en una fórmula árida y reducida a la exégesis literal, encomendada a un juez que no la aprecia y que no comparte sus fundamentos.

Se realizan entonces las situaciones patológicas de disonancia y de sordo contraste entre el juez y la ley, en las que la motivación pierde su función fisiológica y se transforma, según los casos, en una pantalla de hipocresía establecida a propósito para ocultar los verdaderos motivos de la decisión, o bien, una forma de protesta encubierta, con la cual el juez, no obstante que decida formalmente de conformidad con lo que la ley impone, se ingenia para revelar, por transparencia, bajo la motivación aparente, que debería servir para demostrar las justicias del fallo, las razones que lo hacen aparecer injusto.

La crisis de la legalidad, en cuya base se encuentra siempre una discrepancia más o menos aguda entre las leyes en vigor y las exigencias sociales, se hacen visibles en el campo de la justi-

cia, a través del fenómeno singular de patología judicial que se puede denominar la *crisis de la motivación*.

#### 10. *Motivación evasiva de la ley.*

En estos últimos decenios, han sido tantas y provenientes de tan variadas direcciones las causas mundiales de esta crisis de la justicia que se refleja en la motivación, que los estudiosos han tenido la posibilidad de distinguir y clasificar, como en un laboratorio experimental, diversas figuras típicas del mismo fenómeno, del cual hemos tenido repetidas experiencias en Italia.

Primeramente encontramos, durante el período de la dictadura y de la invasión extranjera, la inquietud de los jueces obligados por los opresores de dentro y de fuera a la aplicación de leyes crueles e insensatas, contra las cuales se rebelaba su conciencia humana (como sucedía con las leyes llamadas “raciales”, perseguidoras de los judíos); y aún más grave, el tormento de los magistrados encargados de condenar como jueces las infracciones legales que también ellos, como ciudadanos, se encontraban en la necesidad de realizar cada día. No es posible olvidar el caso angustioso de un juez que debía condenar a los ciudadanos acusados de haber adquirido víveres en el “mercado negro”, con violación de las leyes de abastecimiento de tiempo de guerra,



y que todas las mañanas, antes de acudir a la audiencia, debía recorrer afanosamente la ciudad para tratar de adquirir en el mismo mercado negro un poco de carne para su hijito, consumido por una larga enfermedad.

Recientemente se ha publicado en América un ensayo muy original del profesor CAHN, intitulado *El sentido de la injusticia (The sense of injustice)* (42), el cual examina la justicia en su momento negativo, con el objeto de demostrar en forma pragmática cómo se revela y actúa en la vida social y judicial el sentido de lo justo, es decir, estudia la rebeldía natural que se despierta en las conciencias ante la injusticia; y así como la enfermedad nos hace desear el bien, antes inadvertido, de la salud, o como el aire, cuya necesidad sólo se siente cuando nos falta, el sentido de la injusticia nos revela el valor de la justicia cuando ésta se encuentra en peligro. Frente a ciertas leyes inhumanas, como las de la persecución "racial", se mostraba incontenible el sentido de la injusticia, más fuerte que todo razonamiento, impulsando a los jueces a buscar ingeniosos pretextos dialécticos para eludir en sus fallos la despiadada locura de esas leyes abominables; y la motivación era frecuentemente la pantalla colocada hábilmente con el fin de realizar esa generosa traición. Constituiría una indagación

(42) E. N. CAHN, *The sense of injustice*, New York, 1950.

de gran interés político y social la que tratase de reconstruir, a través del estudio analítico de la motivación, los esfuerzos hechos por los jueces para restringir y atenuar el alcance de las leyes odiosas, contrarias a su conciencia, toda vez que el resultado de esa investigación podría servir para demostrar la medida del nivel moral de la magistratura durante el mismo período.

### *11. Motivación polémica.*

Pero en los países en los cuales la guerra ha provocado la caída de las dictaduras y el retorno a la libertad, la crisis de la motivación se ha manifestado, aún después de la desaparición del régimen anterior, en otra forma y en sentido opuesto.

La caída del régimen fascista no produjo una renovación radical del personal de la judicatura ni grandes cambios en la legislación ordinaria; de manera que aún después de la entrada en vigor de la Constitución Republicana, gran parte de las leyes antiguas continuaron en vigor, y para aplicarlas permanecieron en sus puestos los mismos magistrados que durante veinte años se habían acostumbrado a interpretarlas con espíritu conformista. La costumbre se transforma después de mucho tiempo en una especie de esclerosis, inclusive en el campo de la judicatura y, por tanto, aunque el régimen anterior hubie-

se caído y sus premisas constitucionales hayan sido destruidas, sin embargo las leyes que deben aplicarse son las mismas. ¿Cómo puede actuar el juez envejecido durante veinte años de dictadura para interpretar con nuevo espíritu democrático las leyes que por ese largo tiempo ha sentido animadas por una inspiración autoritaria?

El juez que no se haya aficionado en forma irremediable al espíritu de las viejas leyes puede recurrir a la interpretación evolutiva y de esta manera, en las fórmulas elásticas de las leyes que han permanecido aparentemente inmutadas, penetrar, a través de la invocación de los principios generales del nuevo ordenamiento, un espíritu nuevo; el intérprete que quiera realizar el pequeño esfuerzo que implica levantar la cabeza de la página de su código y de mirar por un instante desde la ventana lo que ha sucedido en la calle, advierte fácilmente que el significado de ciertos preceptos, cuyo texto no ha sido tocado por el nuevo ordenamiento, tiene en la actualidad carácter completamente opuesto al que tenía bajo el régimen caído; por ejemplo, el delito de "propaganda subversiva" (artículo 272 del Código Penal Italiano) significa hoy, en concreto, precisamente lo contrario de lo que significaba hace veinte años.

Pero no todos los jueces son capaces de realizar esta pequeña labor, especialmente aquellos que han envejecido en el cargo, ya que perma-

necen frecuentemente apegados a los viejos ídolos lógicos; en efecto, es difícil que después de haber interpretado las leyes durante veinte años con determinado espíritu, posean la agilidad mental que se requiere para liberarse del viejo conformismo y para adaptarse a un espíritu nuevo. Puede suceder que en los períodos inmediatos a un cambio brusco afloren en las consideraciones de las sentencias las más imprevisibles disonancias o “desajustes” históricos, como ocurre cuando las leyes republicanas son interpretadas con espíritu monárquico y las antifascistas con espíritu fascista y las leyes innovadoras sean aplicadas con criterio conservador. Por tanto, cuando en ocasiones la motivación de un fallo va en contra de sus puntos resolutivos e inclusive tenga el propósito de desacreditarlos.

La doctrina conoce desde hace tiempo las llamadas sentencias “suicidas”<sup>(43)</sup>, en las cuales el juez redactor tiene la finalidad de dar a entender en las consideraciones que aun cuando por conformismo se ha resignado a decidir en determinado sentido, no obstante está plenamente convencido, en conciencia, que su decisión es injusta, de manera que para salvar su alma, exhorta a los benévololectores para que no la

(43) G. ESCOBEDO, *Sentenze suicide*, Città di Castello, 1941.

tomen en serio y procuren que sea reformada en apelación.

Además en este último decenio se han conocido en todos los países convulsionados por la catástrofe otras figuras de "desajustes" de la motivación, como las llamadas sentencias *polémicas*, en las que algunos jueces nostálgicos toman como pretexto el caso sometido a su decisión, para transformar la motivación, en la cual sólo deberían consignar los fundamentos jurídicos atinentes a la causa, en una tribuna electoral, destinada a desahogar sus resentimientos de hombre de partido.

Existen inclusive otros subterfugios aún menos limpios, como el consistente en pronunciar un dispositivo absolutorio que el imputado, plenamente satisfecho, no tiene interés en impugnar dentro del breve término preclusivo que sigue a la publicación, pero que se hace seguir, una vez que ya ha concluido dicho término, de unas consideraciones infamantes que el afectado no tiene posibilidad de recurrir.

## 12. *La crisis del derecho en los periodos de rápidas transformaciones políticas.*

Pero, por fortuna, éstos son casos excepcionales, síntomas aislados del malestar que también e inevitablemente afecta a las instituciones judiciales después de los grandes trastornos históri-

cos, hasta que el nuevo orden ha superado la etapa de asentamiento (44). Con posterioridad, gradualmente, los jueces irreductibles son jubilados y sustituidos en sus cargos por jóvenes crecidos en el nuevo clima político, reformándose la magistratura para ponerla en consonancia con el espíritu de las nuevas leyes, que por algunos años había sido trastornado, y entonces se llega a calmar inclusive la "crisis de la motivación".

No hay que descorazonarse por esta situación, porque solamente en los períodos de conmociones sociales de carácter general también los jueces llegan a encontrarse en la situación contradictoria que consiste en la pérdida de su fe en la justicia.

El jurista francés RIPERT, profesor de la Facultad de Derecho de París, escribió hace algunos años (1949) un libro digno de meditación, intitolado *Le déclin du droit*, que ha resonado como una campana a rebato sobre la crisis de la legalidad que aflige a Europa (45). RIPERT hace un agudo y laborioso análisis en relación con la ley del más fuerte: la degeneración publicista del derecho privado, el incumplimiento de las obligaciones, la falta de continuidad en el dere-

(44) Cfr. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, en el volumen *La crisi del diritto*, publicado por la Universidad de Padua, Padova, 1953.

(45) G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, 1949.

cho, la falta de certeza jurídica, el debilitamiento de los derechos individuales. La conclusión del eminente jurista es demasiado desalentadora: "El derecho se encuentra en decadencia...". Pero esta conclusión me hace recordar, con todo el respeto debido a su comprensible y natural desesperanza de viejo tratadista, el epigrama que aprendí, siendo niño, en una antología escolar:

*Lloraba la doncella  
sentada frente al mar;  
lloraba conmovida  
del sol, el declinar.  
Calma, niña, calma;  
sosiega tu penar,  
que el sol que aquí declina,  
resurge más allá (e).*

(e) Traducción libre de los siguientes versos que consigna el original italiano, pág. 118:

*Sedeua in pianti e lai  
la signorina al mar;  
la commoveua assai  
del sole il tramontar.*

*Si calmi, signorina;  
l'affare così va:  
il sol di qua declina,  
e torna su di là.*

Lic. HÉCTOR FIX ZAMUDIO.

También el derecho, como el sol, declina aquí pero retorna más allá, y por ello nosotros, los juristas, si queremos cumplir con nuestro cometido social, no debemos entristecernos por la justicia que tramonta, sino que debemos procurar que se transforme la legalidad de un instrumento conservador en un medio útil y pacífico de renovación social, capaz de guiar al mundo, sin nuevas catástrofes, hacia la claridad de la justicia que resurge.

(24 de febrero de 1952)