



Las Resoluciones Judiciales

François Gorphe

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

México, 2003

LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

FRANÇOIS GORPHE

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL

PRESENTACIÓN

La impresión y difusión de libros doctrinarios que aborden, en toda su extensión, la multitud y complejidad de facetas acerca de la función judicial, tradicionalmente se han visto englobadas desde la perspectiva del Derecho adjetivo; de esta manera, se cuentan por cientos, y hasta en miles, el número de obras que estudian y analizan la mecánica que rodea al acto de *sentenciar* del juzgador como la última parte de un conjunto de actos ordenados y previstos en la ley que conforman al *procedimiento*, que en su fin trascendente de impartir Justicia por parte de un tercero extra y supra partes provisto de imperio estatal, se transforma en el *proceso*.

Pero además de lo anterior, debemos preguntarnos: ¿Qué hay más allá de esa serie de operaciones de aparente envoltura lógica que culminan con un fallo judicial, al cual también se le presupone como de carácter estrictamente formal? Si todos reconocemos y aceptamos el hecho de que el juzgador es humano, y por lo tanto falible; si todos reconocemos que la mejor forma de reducir el mar-

gen de error en las sentencias es instituir un sistema de recursos, sea cual fuere la denominación de ellos así como la de los juzgadores (unitarios o colegiados) de nivel superior; entonces por qué no empezar a investigar cuáles son los aspectos psicológicos que envuelven al juez en el momento justo en que éste se encuentra preparando su fallo; motivo que nos da pauta para incursionar en las poco exploradas aguas de la *Psicología judicial*, terreno prácticamente desconocido —y menos aún estudiado— en nuestro país; y excelente pretexto intelectual para que el **H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal** se honre en presentar al público jurídico de esta Ciudad, dentro de su colección "*Doctrina*", este magnífico libro intitulado "*Las Resoluciones Judiciales*", del catedrático francés François Gorphe.

—0—

El acto de *juzgar*, en sentido general y no judicial, admite dos puntos de vista: en el primero, denominado *lógico*, sólo se relacionan dos conceptos; mientras que en el segundo de ellos, el *psicológico*, se relaciona la decisión mental con dichos conceptos, proceso llamado de la *adhesión al enlace de las representaciones*, noción que se aplica, precisamente, al *juicio judicial*. Este último concepto, se ve complementado con una serie de juicios previos, intermedios y elementales, que sirven de pautas de referencia para la emisión del fallo final, que es la *intuición*, base científicamente reconocida de todo procedimiento

lógico, ampliamente utilizado, como la experiencia lo demuestra, en la conformación del fallo de tipo judicial. Y por último, existe un tercer elemento de todos conocido, pero casi nunca admitido en la literatura procesal clásica, el cual influye directamente en cualquier fallo, y es la *voluntad* o *sentimiento* del juzgador, de ahí que nuestro autor manifieste que:

“... todo juicio práctico implica una doble intención: no sólo la intención judicial inicial, dirigida hacia cierto contenido del pensamiento, que también se encuentra en el juicio teórico, sino además una intención final, que constituye a la vez el resultado de un acto mental y el principio de una volición. Una y otra se encuentran en los juicios de los jueces, llamados asimismo resoluciones. Sometido a la imperiosa consigna de estatuir sobre el litigio, el juez está obligado a adoptar siempre una posición, y eso aunque las razones en pro y en contra se equilibren; y, cuando se trata de fijar la cuantía de una condena, es llamado a decidir con cierto margen de arbitrio.”

De lo anterior se obtiene nuestra primera, pero importantísima, conclusión: que es prácticamente imposible calificar y encuadrar al proceso de sentenciar que realizan los jueces como el de un silogismo lógico, tal y como se presenta en los libros de texto clásicos. Esta noción, la del silogismo, se basa en una concepción muy abstracta y teo-

rizante del Derecho, en donde el juez sólo realiza deducciones de reglas y principios generales al asunto que conoce, y esto ha originado —con mucha razón— que socialmente se perciba al juez como *“una especie de equilibrista de ideas a la manera de un matemático, y la jurisprudencia como una suerte de “justa verbal”, de “retablo de ficciones” e incluso “circo para ejercicios de acrobacia dialéctica”*, calificativos éstos que si bien serían susceptibles de aplicarse a los postulados de la doctrina pura, no acontece lo mismo con la actividad judicial que tiene una base eminentemente práctica y real, debido a que de los casos de la vida diaria y de la aplicación de la Ley a ellos, es en donde los criterios jurisprudenciales se van moldeando.

Esta lucha conceptual entre estas dos visiones de la realidad procesal ha originado en el mundo, e incluso dentro de la conciencia de cada uno de los juzgadores, dos escuelas diferentes acerca de lo que debe ser y entenderse por una recta función judicial: la primera, de carácter intelectualista, propone la supremacía de la función lógica dentro del proceso de sentencia del juez; mientras que la segunda, admite una innegable, aunque no cuantificable, influencia del sentimiento y la voluntad en la apreciación de los hechos del litigio sobre el cual se va a fallar, lo que da como resultado a una corriente que propugna por la abierta inclusión de la equidad (definida por nuestro autor como *“una noción vivificadora del derecho, a la cual se recurre constantemente por la justicia”*) en la actividad judicial; percepciones que aun en sistemas de Derecho escrito —como el nuestro— son susceptibles de observarse

según la índole de la materia, debido a que en los asuntos en los cuales se busca el reconocimiento y la determinación de un hecho jurídico (como sucede, por lo general, en la materia civil) predomina el elemento *saber*, mientras que en aquéllos en que debe decidirse o ejecutarse algún tipo de condena (como son preferentemente los de la materia penal) tiene primacía el factor *querer*.



La publicación de esta innovadora y original obra —de extraordinario valor científico— en materia procesal, que este Alto Órgano Jurisdiccional, a través de su Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, gustosamente pone a disposición del muy culto y conocedor lector capitalino, es una prueba palpable de la indeclinable y honda creencia en el sostenimiento y continuidad de la tarea editorial, importante misión auxiliar para la trascendente función de impartir Justicia, labor que día con día realizan los señores Magistrados y Jueces con el firme propósito de que sus actuaciones y resoluciones se encuentren apegadas estrictamente a Derecho, con amplio sustrato doctrinario, y además con un contenido socialmente justo.

MAG. JUAN LUIS GONZÁLEZ A. CARRANCÁ
PRESIDENTE DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL

Invierno del 2002-2003.

ÍNDICE SUMARIO

	<i>Pág.</i>
PREFACIO	1

INTRODUCCIÓN

Objeto nuevo del presente estudio: cómo elaboran los jueces sus fallos o resoluciones judiciales en general, desde el doble punto de vista lógico y sobre todo psicológico. La crinología, dependiente de la psicología judicial.

Precedentes estudios psicojudiciales con los cuales se relaciona éste, principalmente los de GROSS, CLAPARÈDE, HELLWIG y ALTAVILLA. Estudio de lógica judicial de FABREGUETTES. Estudio de psicología jurídica de HUSSON.

Utilidad de tales estudios, no sólo para el conocimiento psicogenético de la jurisprudencia, sino también para las aplicaciones psicotécnicas y psicognósticas relativas a las condiciones favorables para los fallos y las aptitudes para bien juzgar. Comparación con el estudio del testimonio.

División del tema	9
-------------------------	---

PRIMERA PARTE

EL PROCESO GENERAL DEL FALLO JUDICIAL

CAPÍTULO PRIMERO

EL ACTO DE JUZGAR: ELEMENTOS PSICOLÓGICOS

Cómo se incluyen los juicios de los jueces en la noción general del juicio, y por qué se caracterizan. Constituyen juicios desarrollados, formulados, concretos, realizadores, que se traducen en una resolución ejecutoria, que soluciona un litigio e implica un acto de voluntad.

De cómo los trabajos experimentales del Instituto de Wurzburg, acerca de los juicios elementales, concuerdan con las observaciones judiciales sobre el papel de la intuición y la acción de la intención en los juicios complejos de los jueces, que entran en la categoría de juicios prácticamente motivados que entrañan adoptar una posición.

Forma lógica de los juicios judiciales en sus dos partes: motivos y parte dispositiva, rigurosamente enlazadas, como las premisas con la conclusión.

Su complejidad y la insuficiencia de la antigua concepción abstracta. Parte de apreciaciones y de elementos extraintelectuales colocados en forma silogística, e importancia de los motivos no expresados.

Utilidad de construir el fallo en forma. La concentración mental, acabada por la de la redacción concisa.

Carácter concreto y práctico de los fallos judiciales. Papel constante de la voluntad, más acentuado en las condenas, sobre todo en materia penal. Diferencias en el carácter de los jueces.

Base afectiva del espíritu de equidad en la jurisprudencia. Diversos ejemplos, relativos a la buena fe, al abuso del derecho, etc. El fallo de equidad y el papel general de la equidad para individualizar la regla. Método empírico inglés del *case law*.

Equilibrio que ha de buscarse entre los diversos elementos intelectuales, afectivos y voluntarios, mediante el uso del buen sentido práctico, aun respetando el rigor lógico de los principios, a fin de practicar el arte de juzgar

21

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ARTE DE JUZGAR:

FORMACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y SUS DIRECTIVAS

Análisis de la formación progresiva de la nueva jurisprudencia francesa sobre la presunción de responsabilidad por causa de las cosas inanimadas (art. 1384 del Cód. civ.), nacida con ocasión de los accidentes automovilísticos y de las máquinas, a fin de asegurar la protección de las víctimas, y extendida a toda suerte de accidentes o de daños, dentro de límites que se trata de determinar. En busca de un criterio: responsabilidad por el daño de una cosa cuya guarda se tiene; discusiones e incertidumbres sobre la noción de guarda, material o jurídica, y sobre la obligación de custodia. En procura de una fórmula definitiva, que concuerde con las restantes reglas de la responsabilidad. Interferencia de reglas: casos mal resueltos todavía.

Finalidad equitativa de esa jurisprudencia: asegurar una justa reparación de los daños. Doble base del principio: la culpa (responsabilidad subjetiva clásica) y el riesgo (responsabilidad objetiva nueva). Responsabilidad por vicio de la cosa.

Comparación con la jurisprudencia belga, que ha evolucionado al mismo tiempo, acerca de la responsabilidad por hecho del hombre, completada por la del vicio de la cosa.

Tendencia humanitaria y base moral de estas concepciones de la jurisprudencia, que vuelve a encontrarse en materias afines. La noción humana de justicia

40

CAPÍTULO TERCERO

LAS OPERACIONES DEL PENSAMIENTO
QUE CONDUCEN AL FALLO DE LOS JUECES

Carácter a la vez práctico y racional del fallo judicial. Autoridad de la cosa juzgada y verdad generalizable. Comparación con el *case law*.

Papel preparatorio de la intuición en la formación de todo fallo, especialmente sobre las cuestiones de hecho. Superioridad general del pensamiento espontáneo sobre el pensamiento reflexivo: aplicación al pensamiento judicial.

Acción latente del sentimiento: del sentimiento del derecho a la conciencia del derecho, del sentimiento de lo justo al ideal de la justicia. Modalidades y función de estos sentimientos.

Relatividad de las apreciaciones de los jueces, reducidas por recurrir a los precedentes, al proceder por comparación con los casos semejantes ya resueltos.

La finalidad del juicio que surge de la dirección del pensamiento o de la intención. La doble progresión constante del pensamiento, por desarrollo o análisis y por conexión o síntesis, se encuentra también en los fallos, con su doble parte analítica y sintética. Sirve para explicar los progresos del pensamiento jurisprudencial en lo que pueda tener de inventivo.

Función del análisis en la preparación de los materiales. Función de la síntesis en la reconstrucción de los hechos, en la hipótesis provisional y en la conclusión. Función común de una y otra, que el espíritu crítico ha de equilibrar. Todo juicio final es el resultado de muchos otros.

Función respectiva de las diversas operaciones intelectuales en cada etapa del proceso del fallo 55

SEGUNDA PARTE

LAS OPERACIONES SUCESIVAS DE LOS DIVERSOS JUICIOS

COMPLEJIDAD INEXPRESADA DEL PROCESO INTERNO DEL PENSAMIENTO 73

CAPÍTULO PRIMERO

EL PLANTEAMIENTO DEL LITIGIO

Las diferentes clases de juicios.

Cómo se plantean las cuestiones que han de juzgarse entre las pretensiones contrarias de las partes. Eficacia de la manera de plantearlas.

Formas lógicas de las cuestiones que constituyen el litigio, que se reducen a una doble alternativa de la demanda y de la defensa. Dentro de la complejidad de las pretensiones y de los medios, hay que empezar por reducir a la unidad el planteamiento de las cuestiones, con cuestiones subordinadas. Importancia de discernir lo esencial para la solución.

En materia penal, donde la demanda se presenta en forma de acusación, las cuestiones son estrictas y revisten una califi-

cación jurídica de los actos imputados. Formalismo de las preguntas dirigidas al jurado.

Distinción fundamental entre las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho. En materia criminal, es rigurosa; pero resulta artificial. Inseparabilidad de la comprobación de los hechos y de la apreciación del derecho, con la primera como base.

Cuestiones intermedias de derecho y de hecho: cuestiones generales de hecho y cuestiones concretas de derecho (WEHLI). Posible mezcla. Ejemplos diversos.

Dos formas de cuestiones de derecho: la subsunción, que les es propia, y la apreciación, que tanto puede referirse al derecho como al hecho. Su interpenetración. Toda apreciación exige un análisis.

La distinción del hecho y del derecho en las cortes de assises.

De la diversidad de las cuestiones, ¿surge una especialización de los jueces, y hasta qué punto es útil? El caso de las jurisdicciones especiales. El caso de los jueces consulares.

Cómo deben colaborar los diversos peritos con los jueces.

74

CAPÍTULO SEGUNDO

LA COMPROBACIÓN Y LA APRECIACIÓN DE LOS HECHOS DE LA CAUSA

Imprecisión terminológica de esta operación compleja.

La base objetiva del fallo y la actitud positiva del juez, comparada con la del hombre de ciencia y la del médico.

La selección de los hechos pertinentes y la función rectora de la idea. La apreciación provisional de los hechos en el curso de la administración de las pruebas. Las hipótesis provisionales de reconstrucción de los hechos.

Utilidad del conocimiento previo de los autos, y peligro de atenerse a ellos. Papel del presidente en la dirección de los debates, y actitud que debe adoptar, sin exceso de celo.

La convicción prematura y las conclusiones engañosas. Caso curioso. La acogida de diversas hipótesis antes de elegir.

La influencia del conocimiento del derecho y de la jurisprudencia. Investigación excesiva de precedentes judiciales.

Condición particular de los jurados, que se guían por las impresiones de la vista. Dificultad que tienen para seguir los debates. Base superficial, efectiva y sugestiva de sus opiniones.

Influencia de la simpatía o de la antipatía sobre los fallos, sobre todo en los jueces improvisados. Influencia de los diversos sentimientos inspirados por el acusado, y la persuasión oratoria

94

CAPÍTULO TERCERO

LA CONVICCIÓN DE LOS JUECES

En qué consiste: intermedia entre la creencia y la certeza. Diferentes grados de adhesión.

La opinión personal de los jueces y la convicción predominante del tribunal. La convicción íntima de los jurados, carente de motivos y por demás subjetiva.

La libre apreciación de las pruebas en concreto. Para evitar la arbitrariedad es necesario un método racional que apoye las convicciones sobre el resultado de un examen analítico y crítico de las pruebas, según una técnica científica general (remisión a una obra precedente).

La exclusión de la duda racional y la posibilidad del error. Reglas prudentes del derecho inglés.

La noción judicial de certeza. Insuficiencia de la verosimilitud. Naturaleza de la verdad judicial: en cierta parte, subjetiva y aproximada. Papel no definitivo de las probabilidades.

Régimen particular de las pruebas legales en determinadas materias 112

CAPÍTULO CUARTO

LA APLICACIÓN DEL DERECHO Y LA RESOLUCIÓN

Fase final y jurídica del fallo. Procedimiento deductivo de la aplicación propiamente dicha del derecho.

La búsqueda previa del derecho aplicable y la calificación del hecho para determinar la regla que conviene. Cómo se elige entre los principios aplicables. Papel fundamental de la apreciación moral.

Cómo juega la calificación en derecho penal, donde es necesaria, y en derecho civil, en que es más libre.

Función de apreciación en la interpretación de la ley. Intervención del sentimiento del derecho, en concurrencia con la razón. Límites de la "libre formación del derecho".

Base moral del fallo penal.

Una vez elegido el principio, modalidades por las cuales se adapta a la causa. Dificultad de las evaluaciones morales: recurso a los precedentes.

Cómo se aprecia la culpabilidad y se determina la pena, y cómo una condiciona a la otra. Influencias subjetivas a este respecto: la ecuación personal y el papel de los diversos sentimientos, que se manifiestan con más fuerza en los jurados, al no estar contrarrestados por ideas y hábitos profesionales: lo que explica los veredictos irracionales.

El artificio consistente en colocarse mentalmente en el lugar del acusado: "el error del psicólogo".

La individualización de la pena, realizada solamente en la relación cuantitativa y limitada a una dosimetría penal. Por realizar en la relación cualitativa, extendiéndola a la consideración de la criminalidad subjetiva del delincuente, sin tener en cuenta la del móvil del crimen. Las nuevas tendencias criminológicas, relacionadas con la persona del delincuente, indagan factores criminógenos y tendencias profundas, en el camino de la realización de una justicia más científica.

La crisis de la justicia penal, y la dificultad para el juez de conciliar los puntos de vista, con frecuencia opuestos, de la protección social y de la preocupación por la personalidad individual que ha de ser corregida. Aspecto que ha de examinarse en la personalidad del delincuente: el estado de criminalidad. Dobles formas de personalidades.

La apreciación del derecho, distinguida de la de los hechos. La investigación de medidas de valor, para evitar la arbitrariedad. Dificultad de elegir el modo y la medida de apreciación; recurso a la conciencia del juez, inspirada, a través de la jurisprudencia, en la conciencia común de la judicatura.

El proceso experimental destaca particularmente en la formación del *common law* angloamericano. La jurisprudencia es una obra colectiva, y todo fallo depende de ella. De ahí su carácter impersonal.

Continuidad y flexibilidad de la jurisprudencia, que debe inspirarse por analogía en los precedentes, sin incurrir en la imitación. Ejemplo de imitación viciosa. La autoridad de los precedentes en el *common law* angloamericano.

Conclusión: cuestión de medida y de grados; pero necesidad de un método en el fallo 127

CONCLUSIÓN

Complejidad y variedad del juicio judicial, que conduce a una serie de juicios particulares.

El análisis del fallo revela las condiciones favorables para su buena formación, que son a la vez subjetivas y objetivas. Por parte del juez, consiste ante todo en la imparcialidad y en el espíritu de objetividad. Sin embargo, hay que concederles una participación a los elementos subjetivos en los juicios de apreciación: sentimientos, intuiciones, actos de voluntad. Lo que sitúa al juez entre el hombre de ciencia y el hombre de acción social. Fusión de tales elementos en la razón común de la jurisprudencia. Su atenuación por la conciencia profesional.

La acción, revelada por el psicoanálisis, de las influencias inconscientes sobre la manera de juzgar. Utilidad, para el juez, de empezar por conocerse a sí mismo, para saber qué puede turbar o desviar sus fallos, e intentar evitarlo. Ejemplo de prevenciones, defectos o tendencias especiales que han de ser corregidos.

Inconvenientes de haber tenido anteriormente distintos hábitos profesionales. La actitud femenina.

Otras condiciones por parte del juez: el saber, completado por la experiencia; la aptitud para juzgar rectamente; por último, el espíritu de justicia.

Utilidad de un examen psicotécnico, enlazado con la orientación profesional, antes de ser admitido en la carrera, para reconocer las aptitudes y las cualidades, descubrir las deficiencias y las anomalías de los aspirantes, de las cuales pueden no tener ellos conciencia.

Finalmente, importancia de las condiciones morales: la conciencia del juez como centro de la justicia 166

BIBLIOGRAFÍA 179

ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES 183

ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS 187

PREFACIO

La crítica del testimonio, la Apreciación de las pruebas (*), numerosas monografías y artículos de revista han consagrado y hecho conocer en todo el mundo el nombre científico de FRANÇOIS GORPHE. Volviendo a tomar la antorcha encendida por GABRIEL TARDE, algo abandonada después de la muerte de éste, ha fijado su atención sobre este aspecto naturalista o sociológico del problema represivo, que escapa a las investigaciones del criminalista clásico. Ha respondido así a las preocupaciones científicas que el II Congreso Internacional de Criminología, celebrado en París en el mes de septiembre de 1950, se ha propuesto aclimatar en suelo francés. Pero ha comprendido que este método nuevo no puede producir todos sus efectos sino teniendo en cuenta el aspecto jurídico de las cuestiones. Ambos puntos de vista se muestran inseparables. GORPHE, en su carrera de magistrado, y esto constituye un parecido más con GABRIEL TARDE, ha encontrado ocasión para poner en juego sus facultades preciosas de observación y experimentación.

Aplicado a la evolución del proceso tanto civil como penal, su pensamiento sigue el orden cronológico, que integra también, evidentemente, el orden lógico, al abordar, tras el examen del testimonio, y luego del examen, más general, de la producción e interpretación de las pruebas, la elaboración de los fallos; porque las pruebas son la materia, el objeto indispensable, de las especulaciones del juez. El análisis de los "datos" debe preceder al del "resultado". Sin embargo, el orden adoptado por GORPHE integra al mismo tiempo un orden de dificultad creciente. Si disponía, en los casos precedentes, de una literatura importante, si la técnica probatoria ha constituido el objeto, especialmente en los Estados Unidos, de investigaciones y experimentos su-

(*) En francés, *La critique du témoignage y Appréciation des preuves en justice*, traducida ésta y publicada por EJE A (Buenos Aires), "Colección Ciencia del Proceso" (N. del T.).

gestivos, el autor se aventuraba, al abordar el fallo en sentido estricto, en terreno poco menos que inexplorado. Mientras que la sustancia del fallo, la forma del fallo han originado muchísimos estudios, las etapas que recorre el pensamiento del juez se encuentran envueltas en cierto misterio. Los móviles del juzgador están lejos de identificarse siempre con los motivos expresados en la sentencia. El escollo o riesgo de fracasar, para el psicólogo que quiere expresar o caracterizar tales móviles, encerrarlos en normas, consiste en el exceso de adivinación y de abstracción. Pues bien, el mérito indiscutible, el mérito esencial, a nuestro juicio, de GORPHE, está en precisar con hechos, tomados de su valiosa experiencia judicial, un pensamiento orientado constantemente hacia conclusiones positivas. Este método, eminentemente francés, era el único medio de vencer la dificultad del intento.

La complejidad del mismo no resulta imputable tan sólo a la variedad de los fallos de que se trata, y que comprenden tanto las resoluciones dictadas en el curso de la instancia, con vistas a preparar la resolución final, como el fallo definitivo con que el litigio concluye. Se debe aquélla a la diversidad de las facultades del hombre que la elaboración de tales fallos pone en juego; pues, si el espíritu de lógica predomina, con el esfuerzo sucesivo, y alternativo en ocasiones, de análisis y de síntesis que dirige, con el arte delicado de discernir la regla de derecho aplicable, para desenredar, de la madeja de los hechos, lo esencial de lo accesorio, el elemento afectivo no queda excluido por ello. El sentimiento desempeña su papel sobre todo en esos asuntos criminales donde ni la responsabilidad moral del acusado ni la exigencia del interés social resultan susceptibles de evaluación matemática. Pero hay más, como la conciencia del juez, sobre todo cuando se trata de condenar, no se conforma con la verosimilitud, ni siquiera con la probabilidad, y como la propia certidumbre, contrariamente al alcance aparente del término, es susceptible de graduación, resulta en definitiva que es la voluntad del juez la que fija el momento y el sentido de la resolución.

Ese *complexus* de factores tan diversos lo caracteriza GORPHE al señalar la acción combinada, en la psicología del juez, del razonamiento y de la intuición. El primero es objetivo, y conduce a conclusiones generalmente admitidas. La segunda es individual, subjetiva: no entraña la convicción de otro. Ahora bien, como el fallo, para cumplir su función social, debe satisfacer el sentimiento común, la deliberación que permite la confrontación y, en su caso, la conciliación de los puntos de vista es preferible a la apreciación del juez único. El análisis psicológico sugiere así

a GORPHE un argumento suplementario a favor del sistema francés de los tribunales colegiados.

La complejidad de la obra judicial depende además de la dualidad de funciones que incumben al magistrado. Es éste a la vez, lo es necesariamente en un régimen de legalidad, juez del hecho y juez del derecho. La idea de separar esas funciones, la de confiarlas a personas diferentes, inspira, como es sabido, la tradicional institución del jurado. En otro tiempo, elocuentes laudatores temporis acti han deseado el retorno de esta institución, desaparecida hoy de casi todos los países de Europa que han hecho una experiencia secular del mismo. Desde el punto de vista francés, la consideramos a la vez como un accidente de la historia —la ininteligente adaptación, en época de apasionamiento por los ingleses, de una institución británica— y como efecto de un prejuicio político ya extinguido: el de JEAN JACQUES ROUSSEAU. Ofrece los vestigios que ÉMILE FAGUET estigmatizaba por constituer —y los constituyen todavía— los vicios fundamentales de nuestra organización democrática: el culto de la incompetencia y el horror a las responsabilidades. La formulación de las cuestiones planteadas por el presidente de la corte de assises, la distribución de tareas entre el jurado y la corte han probado hace ya mucho que la separación entre el hecho y el derecho resulta impracticable. El mérito de GORPHE consiste en aportar una demostración, a la par psicológica y jurídica, de tal imposibilidad. Con miras al fallo, los hechos no pueden determinarse útilmente más que a la luz de un principio de derecho, de una calificación jurídica preconcebida. Las reglas del derecho sólo adquieren sentido a través de la visión de especies concretas, mediante la previa concepción de una esfera de hecho que aquéllas rigen. La confrontación del hecho y del derecho que el fallo implica, exige un vaivén del pensamiento del juzgador, un ir y venir del hecho al derecho y del derecho al hecho. Tal resultado no puede obtenerse más que por la deliberación conjunta de los magistrados y del jurado. Ese sistema es el conocido con el nombre de escabinado (**).

La instauración del escabinado señala de modo evidente una influencia de la técnica sobre la administración de la justicia penal. Pero no existe apenas hoy día actividad social en la cual

(**) Se ha traducido literalmente la palabra *échevinage* por escabinado, a pesar de que esta voz no pertenezca al léxico castellano, porque representa de una manera bastante exacta la institución que se encuentra principalmente en el derecho germánico. Hubiera podido traducirse por régimen de regiduría, ya que los escabinos tuvieron las funciones, en el orden administrativo, de regidores o concejales, pero nos ha parecido que nada se aclararía con esa traducción (N. del T.).

baste con el buen sentido... que no es la cosa que más abunda en el mundo. Los jurados son técnicos no sólo en la medida en que son llamados en razón de calidades profesionales, como en los tribunales paritarios o en los tribunales de menores, sino también en la medida en que reflejan el sentimiento público y evitan el efecto de la rutina profesional, el punto débil de los magistrados. Estos son técnicos no sólo en la aplicación del derecho, sino también en la apreciación de los hechos, cuya diferenciación exige hábitos espirituales que se adquieren por la instrucción y la experiencia.

Si, en algún caso particular, como el de las cámaras correccionales económicas, el escabinado ha sido un fracaso, se ha debido a estar mal elegidos los técnicos. Fuera de ello, la experiencia realizada responde en todas partes a los votos de los magistrados y de los jurados —únicos capaces de conocer las modalidades de su cooperación— y a las aspiraciones del público, que aprecia sus resultados.

* * *

Nuestros ejemplos precedentes se refieren a la justicia penal. Y, en efecto, es a la justicia penal a la que se aplican en primer lugar las observaciones de GORPHE. No hay por qué sorprenderse de ello; puesto que, teniendo por objeto al individuo humano, al abrir sobre la realidad psicológica y social horizontes más amplios, apela inmediatamente a las facultades intuitivas de aquel que la administra. Pero no pasa de ser una diferencia de grado. Las reglas de la técnica son comunes. Entre la justicia civil y la justicia penal existe la misma comunidad de método, la misma unidad fundamental, que entre las cuestiones de hecho y las de derecho. Sin desconocer el interés que ofrece la especialización del juez represivo —o, más bien, de algunos jueces represivos, tales como el juez de instrucción y el juez de menores—, GORPHE asigna a esta especialización límites que justifica la interpenetración frecuente, dentro de los mismos litigios, de cuestiones de derecho civil con cuestiones de derecho penal. Se muestra asimismo favorable a la práctica de "rotación anual" inherente al funcionamiento de nuestras jurisdicciones de derecho común. Resulta sugestivo observar que, cuando se trata para él de poner de relieve la insuficiencia de las deducciones puramente lógicas, sacadas de la ley, de informar sobre la actitud del juez, GORPHE recurre para sus demostraciones a la jurisprudencia civil, a una jurisprudencia civil notable: la relativa a los accidentes automovilísticos.

Constituye hecho bien conocido que la teoría clásica de la responsabilidad nacida de la culpa, surgida de los artículos 1382

y 1384 del Código civil, se ha revelado inadecuada para la necesidad social engendrada por el pernicioso funcionamiento de industrias (accidentes de trabajo), el manejo de aparatos peligrosos, tales como los instrumentos perfeccionados de locomoción. De ahí, la aparición de sistemas doctrinales que han establecido como substratum de la responsabilidad civil algo distinto de la culpa: el riesgo que crea el funcionamiento de una máquina peligrosa, la obligación nacida de custodia jurídica, o tan sólo de la guarda material de una cosa. Y el juez, ante tales sistemas, se ha encontrado dividido entre su noción de la justicia, que excluye, en ausencia de responsabilidad moral, una condena por daños y perjuicios, y la inquietud de responder a la preocupación igualitaria de la masa, que pretende vincular con la riqueza un deber propio, correlativo al privilegio que ella misma constituye. De ahí los tanteos, las aproximaciones, las restricciones de esa jurisprudencia relativa a los accidentes de la circulación. De ahí, la propensión a lanzar por la borda la clásica teoría de la culpa, y una repugnancia igual a verificarlo. Un caso donde la objeción reviste fuerza especial se encuentra en la admisión, y luego en el rechazamiento, de la obligación, para el propietario, de reparar los daños causados por la cosa robada a él.

No parece que GORPHE haya considerado, en el terreno del derecho penal, un conflicto tal de deberes en la conciencia del juez. No cabrá sorprenderse de eso; porque la idea de una responsabilidad penal sin culpa choca sin más, cual una paradoja. Y, sin embargo, debemos preguntarnos si la influencia positivista y las exigencias de la política presente no permiten verificar, incluso en este punto, ese paralelismo del derecho civil y del derecho penal que es la idea fundamental del sistema de GORPHE.

Entre el derecho internacional de ayer y el de hoy se ha producido un cambio radical que caracterizan disposiciones recientes. Hasta hace poco, la teoría de los actos de Estado beneficiaba con una inmunidad completa al criminal cuyo acto no había sido más que la expresión de una política nacional. Esa inmunidad se fundaba en la ausencia de culpa personal que implicaba la orden del gobierno que se imponía al súbdito, en virtud de un deber de lealtad que ni siquiera se discutía. Al día siguiente de terminar las hostilidades, el acuerdo internacional de Londres del 8 de agosto de 1945, relativo al enjuiciamiento de los criminales de guerra, significó la ruina de ese sistema al excluir el efecto justificante, e incluso el efecto absolutorio, de la orden superior. Y es que el progreso técnico, la transformación de los armamentos han asignado a los actos de Estado consecuencias dañosas en que la conciencia pública universal no

tolera la inmensidad. El dirigente, el jefe de un ejército se encuentran, en grado muy superior, en la situación del director de una industria o en la del automovilista que han puesto en acción cosas peligrosas. Aquéllos deberán soportar, como estos últimos, pero con mayor severidad, las consecuencias del riesgo que han creado, de la custodia que han asumido. ¿Quiere eso decir que, en la represión de la criminalidad política internacional, la consideración de la culpa moral será repudiada en lo sucesivo? Con seguridad, no. La Comisión del Derecho Internacional, instituida el 21 de noviembre de 1947, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, suaviza la disposición del estatuto de Londres al recordar que el acusado no es responsable de su crimen más que si ha tenido moralmente la facultad de elegir. Esa innovación está conforme con la jurisprudencia internacional, formada espontáneamente de 1945 a 1947.

En la conciencia del juez penal, como en la del juez civil, se han producido fluctuaciones en la noción tradicional ante las exigencias de una situación de hecho renovada: una confrontación de los postulados de la justicia moral y de las necesidades crecientes de la defensa social. Este conflicto, alimentado por factores pasionales, no ha recibido, ni recibirá en breve plazo, su solución definitiva.

No creemos que esa dificultad embarazosa en que el juzgador se halla disminuya la idea que debemos trazarnos de su misión: por el contrario, la agiganta. Pone de relieve la libertad creciente de que usa con respecto a la ley: el artículo 1384 del Código civil recibe de él un alcance que su texto no justifica, y que sus autores no quisieron probablemente. Aun a riesgo de parecer que se juega a la paradoja, diremos que tal independencia es común al juez civil y al juez penal.

El fetichismo que algunos profesan con relación al principio de la legalidad de los delitos y de las penas está condenado por la historia, que registra su relatividad en el tiempo y en el espacio. En Francia, su aplicación, que excluye la retroactividad de las leyes penales, es objeto de frecuentes transgresiones, sin que la opinión se sienta conmovida. Nuestro caos legislativo —que no pretendemos imputar únicamente a la culpa de los legisladores— reduce la apariencia de garantía que ofrece al derecho individual. En cuanto a las relaciones internacionales, el juicio de Nuremberg, conforme al estatuto de Londres, lo ha situado en su verdadero rango, al recordar que la máxima *Nullum crimen sine lege* no limita la soberanía de los Estados y no formula sino una regla generalmente seguida ⁽¹⁾. La doctrina dominante

(1) *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international (Nuremberg, 1947)*, t. L, pág. 231.

admite, con matices, que la creación de una jurisdicción penal internacional no debe aguardar la elaboración detallada de un Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ⁽²⁾.

Eso no significa que sea justo ni útil castigar un acto cuyo autor no distinguía, en el momento de cometerlo, el carácter criminal. Pero eso prueba que existe un abismo entre la aplicación literal y la actuación racional de la ley. La ley constituye un factor esencial del Derecho; pero no es su único factor. Y lo es tanto menos por cuanto nuestra Constitución francesa, como otras Constituciones, la subordina a la costumbre y a las convenciones internacionales. El interés de las investigaciones psicológicas y sociológicas, felizmente proseguidas por GORPHE, está en poner de relieve la variedad de fuentes en que se alimentan la reflexión, la intuición y, finalmente, la resolución del juzgador. Su decisión no integra un hecho aislado. Es considerada en relación con las razones de orden individual o social que han dictado las resoluciones precedentes. Resulta difícil no entrever y recibir con alborozo los horizontes que esta visión de la función judicial abre a la jurisprudencia del mañana.

H. DONNEDIEU DE VABRES

Profesor de la Facultad de Derecho de París

(2) Debe consultarse, especialmente, entre las recientes publicaciones, el estudio de ANTOINE SOTTILE, *Le problème de la création d'une cour pénale internationale permanente*, ed. sep. de la *Revue de droit international*, ns. 2, 3, 1951; y el memorándum de V. PELLA sobre *Un projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, en el *C. de droit international*, A/C N., 4/39, 24 de noviembre de 1950.

INTRODUCCIÓN

Objeto nuevo del presente estudio: cómo elaboran los jueces sus fallos o resoluciones judiciales en general, desde el doble punto de vista lógico y sobre todo psicológico. La crinología, dependiente de la psicología judicial.

Precedentes estudios psicojudiciales con los cuales se relaciona éste, principalmente los de GROSS, CLAPARÈDE, HELLWIG y ALTAVILLA. Estudio de lógica judicial de FABREGUETTES. Estudio de psicología jurídica de HUSSON.

Utilidad de tales estudios, no sólo para el conocimiento psicogenético de la jurisprudencia, sino también para las aplicaciones psicotécnicas y psicognósticas relativas a las condiciones favorables para los fallos y las aptitudes para bien juzgar. Comparación con el estudio del testimonio.

División del tema.

Los jueces pronuncian fallos, que es su función principal. Al menos, dictan resoluciones judiciales que, por denominarse también providencias, autos, sentencias e incluso veredictos, según la jurisdicción ⁽¹⁾, constituyen, aparte de cuestiones de pro-

⁽¹⁾ Se reserva más especialmente el nombre de autos (*jugements*) a las resoluciones de los tribunales o jurisdicciones inferiores, y el de sentencias (*arrêts*) a las resoluciones de las cortes o de las jurisdicciones superiores, que ponen fin al proceso, al juzgar en última instancia. Las providencias (*ordonnances*) son más bien medidas graciosas (de jurisdicción voluntaria) o contenciosas tomadas por un juez único, que estatuye ante demanda verbal (*requête*) o sumaria (*référé*), etc. Los laudos (*sentences*) son resoluciones de los árbitros; aunque también se les da a veces ese nombre a las de los jueces de paz, y sobre todo en última instancia, donde también tienen facultades para juzgar según la equidad. Estas diversas especies de resoluciones judiciales no son sino variedades de fallos *lato sensu*. Los veredictos son algo diferentes: se denominan así las declaraciones del jurado en respuesta a las preguntas del presidente del tribunal criminal; constituyen decisiones soberanas en cuanto a los hechos y arbitrarias (*).

(*) La adaptación del tecnicismo procesal francés resulta complicada en todo caso, por la similitud literal entre ese idioma y el español, pero con diversidad de significado, cuando no por la multiplicidad de acepciones además. Al conservar entre paréntesis los términos del

cedimiento, actos de la misma naturaleza, susceptibles de entrar en un estudio de conjunto y único. Juzgar los litigios y las infracciones es la doble función judicial por excelencia, hacia la cual tiende o alrededor de la que gravita la mayoría de las demás en el recinto de la justicia.

Desde el instante en que la *psicología aplicada*, cuya esfera aparece inmensa, ha comenzado a introducirse en este recinto, en otro tiempo reservado a los juristas, parece que no debe permanecer indiferente ante ninguna de las grandes manifestaciones de la actividad judicial. La *psicología judicial* sería muy incompleta, si no inexacta, si, tras haber estudiado al deponente *lato sensu* (testigo, acusado, etc.), que solamente es para el juez un objeto de conocimiento, descuidara el examen del juez mismo, *lato sensu*, sea el que sea su título (presidente, magistrado o juez); es decir, el sujeto cognoscente, tanto en su persona (punto de vista estático) como en su acción (punto de vista dinámico): doble tarea de la *crinología*, ciencia que apenas si existe, fuera del nombre ⁽²⁾. Entre las cuestiones más importantes de lo que cabe llamar la *crinología dinámica* se presenta la del fallo judicial.

No obstante, en los albores de una ciencia, más que nunca, resulta útil precisar y limitar los problemas que han de examinarse. Investiguemos, pues, tan sólo *cómo forman los jueces sus fallos* y hacen justicia. Cuestión esencialmente psicológica, sin serlo exclusivamente para el práctico: depende de la *lógica* o metodología judicial, al mismo tiempo que de la *psicología* judicial. En la realidad de la vida, esas dos especies de relaciones se encuentran generalmente mezcladas en las operaciones intelectuales superiores. El fallo es un proceso psicológico, y debe ser una operación lógica, a la vez que debe corresponderse con los principios del derecho y de la justicia. Los fallos bien formulados, obra de magistrados experimentados, satisfacen todas esas exigencias, y tales son los que resulta más útil estudiar, si se quiere que la ciencia judicial sirva al arte de juzgar.

La presente obra, que es de un práctico, no se detiene, por tanto, en la simple observación o análisis de los hechos sobre los que está basada; sino que, al comentarlos, intentará deducir apreciaciones útiles e ideas directrices para la técnica judicial.

La mayor dificultad de este trabajo proviene de su novedad. Por eso quedará todavía lejos de su objetivo. Mientras otras

original, y dado lo explícito del texto —sin repercusión ulterior en la obra—, no será difícil subsanar cualquier error cometido al intentar el ajuste de ambos vocabularios procesales (N. del T.).

⁽²⁾ Este vocablo, propuesto por CLAPARÈDE, no ha sido aún aceptado por el uso.

cuestiones de psicología judicial, relativas a los acusados o a los testigos, han suscitado, en ciertos países, numerosas investigaciones desde principios de este siglo y tienden a imponerse a los propios juristas, la cuestión del fallo judicial ha permanecido por completo en la sombra. Y es que no interesa directamente más que a los profesionales; y éstos, orientandos exclusivamente hacia la aplicación del derecho, fieles a su ciencia y a su técnica propia, apegados a las tradiciones y a la experiencia de los tribunales, cuando no a cierto empirismo de procedimiento y a determinada rutina de parsimonia cotidiana, son poco dados a avanzar en un terreno donde la prudencia constituye virtud capital.

El ilustre magistrado austríaco que ha contribuido como nadie a fundar la psicología judicial y criminal, HANS GROSS, ha consagrado desde luego al juez una parte de su obra principal: *Kriminalpsychologie*, aparecida en 1898; pero casi no se ocupa sino del juez de instrucción. Se encuentran, aquí y allá, en las obras de los juristas alemanes y austríacos con espíritu filosófico, como ZACHARIAS, UNGER y otros, interesantes apreciaciones acerca de la manera de comprender los procesos y las funciones judiciales. En 1903 se encuentra, en el primer número de *Juristisch psychiatrische Grenzfragen*, un importante artículo del fiscal letrado (*Rechtsanwalt*) K. H. GÖRRES que, con el título *Der Wahrspruch der Geschworenen und seine psychologischen Grundlagen* (El veredicto de los jurados y sus bases psicológicas), estudia con gran exactitud y fina psicología la formación del veredicto.

Era la época en que, por impulso de H. GROSS en Austria, de A. BINET en Francia y de W. STERN en Alemania, los autores se lanzaban con ardor a las primeras aplicaciones de la psicología individual experimental, especialmente en la ciencia del testimonio. Esa fogosidad no llegó hasta el estudio de problemas más exclusivamente reservados a la esfera judicial, como el del fallo. Sin embargo, STERN comprobaba la existencia de diferentes tipos de jueces: el tipo resuelto y el tipo vacilante; el tipo prudente y el tipo inquieto; el tipo objetivo, que "espera" pasivamente el excitante, y el tipo subjetivo, que "se espera" tal o cual resultado, por formarse una opinión preconcebida⁽³⁾.

Por su parte, el profesor CLAPARÈDE, director del Laboratorio de psicología de Ginebra, señalaba todo el interés de las investigaciones de este género, no sólo sobre la cuestión del testimonio, que se estudiaba con preferencia, sino también sobre la

(3) W. STERN, *Ueber Psychologie der individuelle Differenzen* (Leipzig, 1900), cap. X.

del fallo judicial, que no era abordado todavía. En un interesante artículo de conjunto sobre la "Psicología judicial" (*Année psychologique*, 1906), que dividía en dos partes: "psicología del juez" y "psicología del deponente" (testigo o acusado), indicaba, para la primera, algunas cuestiones que podían plantearse (*) y dos principales órdenes de investigaciones realizables: 1º desde el punto de vista psicognóstico, para saber mediante qué signos cabe reconocer a los que poseen aptitud desarrollada para juzgar correctamente; 2º desde el punto de vista psicotécnico, para saber cuáles son las mejores condiciones realizables para elaborar un fallo correcto. Pero el llamamiento del ilustre psicólogo encontró escaso eco, y él mismo orientó por distinto derrotero su actividad científica; el magnífico programa se encuentra todavía por desarrollar.

En 1913, el magistrado austriaco WEHLI dió a la publicidad, en el *Festschrift für Adolf Wach*, un artículo que, por su título, *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung* (Contribución al análisis del acto del fallo), parecería entrar de lleno en el tema; pero, en realidad, se reducía a un problema particular, el de las relaciones entre las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho.

Únicamente un magistrado alemán contemporáneo (recientemente fallecido), criminalista y psicólogo, ALBERT HELLWIG, ha tenido el mérito de abordar el conjunto de la cuestión de la formación del fallo judicial en un importante informe presentado, en junio de 1912, a la Sociedad Psicológica (*Psychologisch Gesellschaft*) de Berlín, y que, completado por notas muy documentadas, fué publicado en 1914 en el *Gerichtssaal*, con el título de *Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung* (De la psicología de la formación del fallo judicial). No se trata más que de un ensayo, como el autor declara; pero presentaba por completo el estado de la cuestión en aquella época —y ésta apenas si ha adelantado después—, y al mismo tiempo indicaba las opiniones de los autores, es decir, de los juristas alemanes y austriacos —y casi no existen otros—, sobre las bases psicológicas del fallo, especialmente de aquellos de los tribunales, y sobre las condiciones previas que pueden, en consecuencia, ser asignadas a los fallos para su correcta formación. El autor se dirige especialmente a sus colegas que quieran informarse de los verdaderos motivos de sus resoluciones, y extraer de ellos enseñanzas para juzgar con las mayores probabilidades de verdad: fin prác-

(*) Entre otras, la cuestión de saber si el orden en el cual son presentados los materiales al juez juega algún papel en la manera de apreciarlos, como ha sido comprobado por G. E. MÜLLER respecto de la comparación de los pesos.

tico de los más loables, que se agrega a la finalidad científica. Este interesante estudio se encuentra completado, acerca del problema de la convicción del juez, por otro artículo del mismo autor, titulado *Wahreit und Wahrscheinlinchkeit im Strafverfahren* (Verdad y verosimilitud en el procedimiento penal), aparecido algunos años después en el mismo periódico judicial *Der Gerichtssaal*.

En Francia, donde la psicología judicial ha estado muy descuidada, los contados autores que se han ocupado de la técnica judicial han permanecido en el terreno del derecho. El magistrado de la Corte de Casación FABREGUETTES trazó con acierto, erudición y autoridad, en 1914, en una obra importante y conocida, *La logique judiciaire et l'art de juger*, las reglas y directrices que se imponen a los jueces; pero se limitaba al examen de los procedimientos lógicos y de las pruebas jurídicas empleadas en la investigación y demostración de la verdad ante la justicia; y, hablando con propiedad, no toca el punto de vista psicológico⁽⁵⁾.

(5) Después de haber sido escritas estas líneas, ha aparecido, dentro de un orden de ideas muy afín, un importante estudio de un filósofo muy versado en el derecho, para analizar el pensamiento jurídico en su formación de conjunto, a la vez jurisprudencial y doctrinal, acerca de las concepciones nuevas de la responsabilidad civil, pero con visión de conjunto sobre la génesis del derecho de equidad: *Les transformations de la responsabilité (Étude sur la pensée juridique)* por el profesor HUSSON. Se aprecia en él un esfuerzo de gran interés, tanto para los filósofos como para los juristas. Domina las cuestiones que enlazan ambos campos, al observar desde lo exterior el movimiento del pensamiento jurídico en general, mientras que la psicología judicial propiamente dicha debe escrutar los pensamientos íntimos de los jueces, cuyo aspecto jurídico no constituye sino uno de sus lados. Las resoluciones judiciales en concreto no se elaboran de la misma manera que los conceptos jurídicos en abstracto; y permanecen siempre dominadas, sobre todo en las jurisdicciones inferiores, por la preocupación de las condiciones de hecho.

Fuera de nuestra esfera se encuentran las obras de filosofía del derecho. Dejamos, pues, de lado, a pesar de sus perspectivas generales tan sagaces, la muy conocida del decano F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif* (4 vols., Sirey, 1914-1924), cuya tercera parte, sin embargo, trata del método de la técnica jurídica. El objeto de este estudio extenso y documentado a fondo consiste en averiguar, con espíritu filosófico-jurídico, por qué procedimientos intelectuales se elabora el derecho positivo, a la vez como ciencia y como técnica. Pero se trata de cómo se realizan las construcciones jurídicas en general, no de la manera de ser juzgados los procesos en particular. Aunque la aplicación del derecho constituya el lado práctico de la técnica jurídica, y pese a que la jurisprudencia pueda tener un papel constructivo en la solución de las cuestiones nuevas no previstas por la ley, el problema del fallo judicial no entra dentro de la teoría general del derecho o del conocimiento del derecho. El juez es un realizador, y no se reduce

En los Estados Unidos, en parte todavía país de derecho consuetudinario, donde la concepción de la técnica judicial ha permanecido bastante más concreta y empírica, el estudio de la formación jurisprudencial del derecho ha conducido a dirigir las miradas sobre el modo de proceder de los tribunales. Existe cierta literatura jurídica reciente, de índole filosófica y sociológico-jurídica, en la que cabe distinguir una obra del magistrado de corte de apelación (ascendido pronto a juez federal) CARDOZO, *The nature of the judicial process* (New Haven, 1928), que que estudia con cierta amplitud de miras el método judicial, pero desde el punto de vista de una filosofía de la jurisprudencia. La cuestión de que nos ocupamos se halla tocada más directamente por el decano POUND (de Cambridge) en unas excelentes páginas sobre el proceso de la decisión judicial, que se encuentran en el tercero de sus artículos acerca de *The theory of the judicial decision*, publicados en 1923 en *The Harvard law review*.

En Italia, donde la psicología judicial comienza a ocupar un buen puesto, se encuentran estudios psicológicos recientes, si no sobre el fallo en sí mismo, al menos sobre los jueces, lo mismo que los hay más bien sobre los testigos que sobre el testimonio. En su importante obra *Psicologia giudiziaria*, cuya segunda edición apareció en 1928, y la tercera, considerablemente aumentada, en 1948, con éxito creciente, el abogado y profesor ALTAVILLA examina todas las nociones psicológicas que cabe aplicar al ámbito judicial y, pasando revista a los diferentes actores del proceso penal (acusados, querellantes, testigos, peritos,

a puro jurista. Queda únicamente en pie que una filosofía del derecho o, mejor aún, una concepción general de los valores jurídicos, morales y sociales, condiciona para los jueces el sentido de la justicia, que no debe dejar de inspirar las resoluciones en los límites consentidos por la ley, porque la justicia debe constituir siempre el fin último que ha de buscarse por medio del derecho. Dentro de esa medida, las cuestiones principales atañen indirectamente a la de las aplicaciones.

No obstante, ese docto autor está lejos de haber desdeñado la función de los prácticos en la elaboración técnica del derecho, con carácter teleológico, mediante un método pragmático, donde se trata menos de descubrir el encadenamiento de los fenómenos con la fórmula de vida social que de él se desprende, que de adaptar esa fórmula a los hechos de manera que le conceda pleno valor y al mismo tiempo la desenvuelva como un nuevo contenido. Estima además que los jurisconsultos, en incesante contacto con los hechos de la vida social, están en posición más favorable que el hombre de ciencia desinteresado. Y cita palabras del gran magistrado belga G. CORNIL: "Los magistrados judiciales, que, por el ejercicio de sus funciones, sorprenden directamente en los hechos de la vida cotidiana los menores movimientos del derecho, se encuentran en condiciones de introducir en su administración las innovaciones que las circunstancias impongan" (F. GÉNY, ob. cit., t. I, pág. 193).

magistrados), consagra todo un estudio a los jueces en sus diversas funciones (instrucción, tribunal, corte de apelación, corte de asises, corte de casación); así como a sus asesores y a los jurados o a los escabinos (**). Por otra parte, examina las diferentes variedades de caracteres y de tipos psicológicos existentes entre los jueces. Constituye el estudio más completo en su género, acompañado con toda clase de referencias bibliográficas. No hemos dejado de obtener de ahí útiles indicaciones. No obstante, nuestro punto de vista sigue siendo diferente y nuevo: se relaciona con la fuente misma del fallo judicial y con la génesis de la jurisprudencia.

Esta investigación *psicogenética* presenta particular interés, tanto para el conocimiento científico como para la utilidad práctica, desde un triple punto de vista:

1º Para conocer las razones profundas y verdaderas de los fallos, junto a los motivos de hecho y de derecho que en ellos se expresan. Para el jurista, no existe en los mismos sino una construcción jurídica, más o menos sólida, comparable a otras semejantes y que cabe integrar en el gran edificio de la jurisprudencia, mediante un juego de análisis, de comparación y de síntesis: admira aquél los fallos que encajan, sin ninguna falta, en la hermosa obra de conjunto, y censura los que a ella no se adaptan. Pero el psicólogo, mucho más curioso, escruta tras la fachada: busca las tendencias que llevan a juzgar hacia determinados fines obtenibles, descubre los sentimientos que alientan las nociones de justicia, analiza las ideas generales que inspiran la interpretación de las leyes y el recurso a tal o cual principio, determina en fin las razones ocultas, o quizá inconscientes, que no dejan de ser menos eficaces en las resoluciones.

2º Para determinar, sobre esa base, las condiciones más favorables para los fallos: lo cual constituye el objeto de la *psicotécnica judicial* (*lato sensu*) (°) y debería inspirar las reglas

(**) Véase la nota de la pág. 3.

(°) En estas materias nuevas, la terminología no se halla aún bien establecida. La *psicotécnica* se está desenvolviendo extraordinariamente desde hace algunos años a esta parte, en el sentido de los medios y procedimientos experimentales (tests, etc.) para conocer las aptitudes y otros elementos psicológicos: es un sentido estrecho, que se vincula a la técnica científica. También se ha propuesto, con los psicólogos suizos, distinguirla de la *psicagogía*, que proporciona las directivas por realizar, mientras se reserva a la *psicotécnica* el cuidado de investigar de qué manera: así, para seleccionar las aptitudes, hay que comenzar por determinar cuáles han de buscarse para la profesión que haya de ejercerse o para la tarea que deba cumplirse. En nuestra esfera, cabe por tanto hablar de *psicagogía judicial*, con base en la *psicotécnica judicial*.

de procedimiento en la materia. Por supuesto, a fin de poder apreciar y elegir esas condiciones, hay antes que conocerlas exactamente.

3º Para fijar las aptitudes y disposiciones para juzgar certamente: lo cual constituye el objeto de la *psicognóstica* judicial, que debería ser tenida en cuenta para el reclutamiento de los jueces. En época de pretensiones científicas, no está permitido ya descuidar la selección de los aspirantes a tan importantes funciones.

Desde los primeros trabajos sobre la psicología del testimonio, se advertía esta doble preocupación, *psicotécnica* y *psicognóstica*, para descubrir, por una parte, las condiciones favorables para los buenos testimonios y, por otro lado, los signos de veracidad de los testimonios. En realidad, no cabía llegar a ello sino a través del estudio positivo de los testimonios en sí mismos, con sus elementos de error y de verdad. Lo mismo debe ocurrir con el estudio de los fallos. Constituye ley general, aplicada en medicina, que el conocimiento de los hechos y de las leyes precede al diagnóstico y al tratamiento. Sin embargo, por otro lado, testimonio y fallo no podrían ser colocados en plano de igualdad: el uno es la expresión de lo que sabe o cree saber el declarante citado para informar al juez; el otro, es la obra reflexiva del propio juez para solucionar un litigio; uno no vale sino por la apreciación del juez; el otro lleva consigo su autoridad y contiene en sus motivos los elementos esenciales de su valor objetivo. Las condiciones de formación, que desempeñan papel preponderante para las cualidades del testimonio, tienen, en consecuencia, menos importancia para las del fallo, donde el factor esencial reside en la valía del juez, con el método de trabajo. Un fallo es como se lo hace. Estudiando el proceso interno se reconocerán los procedimientos que se adaptan mejor al funcionamiento del mecanismo.

Examinaremos, en primer lugar, este proceso (***) en su conjunto, con su carácter y a través de su dinamismo. Luego, descompondremos sus diferentes fases sucesivas, que conducen al fallo final, como resultado de una elaboración analítica y metódica más o menos complicada. Por último, examinaremos la síntesis obtenida en el espíritu del juez y en la resolución formulada.

(***) No obstante lo equívoco del vocablo en nuestro idioma, optamos por mantener la voz *proceso*, que preside una de las partes de esta obra; ya que por lo expresiva resulta de sustitución difícil, si bien deba aclararse que no se entiende aquí como causa o litigio, sino como curso, desenvolvimiento o fases de una actividad (N. del T.).

Este estudio puede dividirse así:

1º El proceso general del fallo judicial: acto de juzgar; arte de juzgar; operaciones del pensamiento que conducen al fallo de los jueces.

2º Las operaciones sucesivas de los fallos judiciales: planteamiento del litigio; fijación de los hechos; convicción de los jueces; aplicación del derecho y resolución (¹).

(¹) Excusándonos de no haber superado sino incompletamente las dificultades de tal estudio, basado en la experiencia judicial y resultante de reflexiones sobre la materia, nos creemos en el deber de advertir al lector que, aun comenzado el trabajo hace bastante tiempo, no hemos podido proseguirlo sino en varias veces, sin tener todavía la impresión de haberlo terminado. Nos hemos visto obligados a agregar algunas páginas en bastantes partes y, aquí y allá, notas más o menos importantes: lo cual perjudica a la continuidad del texto y puede fatigar la lectura seguida. Esperamos, con todo, que tales agregados no resultarán inútiles a quienes, por interesarse en estos temas, quieran ahondar en el estudio de lo que no ha podido ser aquí suficientemente analizado y desarrollado.

PRIMERA PARTE

EL PROCESO GENERAL
DEL FALLO JUDICIAL

CAPÍTULO PRIMERO

EL ACTO DE JUZGAR: ELEMENTOS PSICOLÓGICOS

Cómo se incluyen los juicios de los jueces en la noción general del juicio, y por qué se caracterizan. Constituyen juicios desarrollados, formulados, concretos, realizadores, que se traducen en una resolución ejecutoria que soluciona un litigio e implica un acto de voluntad.

De cómo los trabajos experimentales del Instituto de Wurzburg, acerca de los juicios elementales, concuerdan con las observaciones judiciales sobre el papel de la intuición y la acción de la intención en los juicios complejos de los jueces, que entran en la categoría de juicios prácticamente motivados, que entrañan adoptar una posición.

Forma lógica de los juicios judiciales en sus dos partes: motivos y parte dispositiva, rigurosamente enlazadas, como las premisas con la conclusión.

Su complejidad y la insuficiencia de la antigua concepción abstracta. Parte de apreciaciones y de elementos extraintelectuales, colocados en forma silogística, e importancia de los motivos no expresados.

Utilidad de construir el fallo en forma. La concentración mental, acabada por la de la redacción concisa.

Carácter concreto y práctico de los fallos judiciales. Papel constante de la voluntad, más acentuado en las condenas, sobre todo en materia penal. Diferencias en el carácter de los jueces.

Base afectiva del espíritu de equidad en la jurisprudencia. Diversos ejemplos, relativos a la buena fe, al abuso del derecho, etc. El fallo de equidad y el papel general de la equidad para individualizar la regla. Método empírico inglés del *case law*.

Equilibrio que ha de buscarse entre los diversos elementos intelectuales, afectivos y voluntarios, mediante el uso del buen sentido práctico, aun respetando el rigor lógico de los principios, a fin de practicar el arte de juzgar.

Si se intenta el análisis del acto de juzgar en general, en aquello que pueda tener de esencial en todas sus formas, hay que investigar las operaciones lógicas y psicológicas que encierra, y que son menos simples de lo que podría llevar a creer el

vocablo "juicio" (*). Este término, tomado de la vida corriente, la supera con mucho; y el acto resulta bastante más complejo que el contenido de las resoluciones judiciales; sobre todo si nos atenemos a la parte esencial y última, incluida en la parte dispositiva del fallo.

¿Cómo encuadra el juicio judicial dentro del juicio en general? En su forma superior, la única tratada aquí, se considera generalmente que juzgar consiste en afirmar una relación entre conceptos. Desde el punto de vista lógico, se aplica al hecho y a la manera de plantear la relación determinada entre dos o más términos; desde el punto de vista psicológico, se relaciona con la decisión mental que enlaza los conceptos y establece la relación como título de verdad (1). Desde el primer punto de vista, el juicio consiste en relacionar términos, llamados sujeto y predicado. Desde el segundo punto de vista, es la adhesión al enlace de las representaciones. Esta noción del juicio desenvuelto y formulado se aplica al juicio judicial propiamente dicho, sin que baste para caracterizarlo, como luego veremos.

Esa noción se completa por la de los juicios elementales que preparan más o menos explícitamente el juicio definitivo. Conviene subrayar, con el decano DELACROIX, que todo juicio se relaciona con un sistema de referencias y depende de un conjunto lógico, más o menos complejo y profundo (2). Un juicio condenatorio se enlaza con toda una serie de otros juicios previos sobre la prueba de los hechos, sobre las condiciones de culpabilidad o la parte de responsabilidad, etc. No todos esos juicios preliminares están siempre formulados, o pueden configurar el resultado de síntesis automáticas de representaciones, que el pensamiento ha de ordenar para concluir. Los psicólogos han señalado estados intermedios más o menos propicios para la formación del juicio. Comprendiendo dentro del juicio toda "forma de razonamiento lógico que establece una combinación consciente y determinada entre los elementos de la conciencia", HÖFFDING muestra cómo los términos del juicio, antes de aparecer enlazados de modo claro y determinado, se reúnen por la intuición y la asociación en un conjunto consciente durante el proceso que constituye la formación del juicio. Si es necesario

(*) Según las conveniencias del texto se traducirá "*judgement*" como juicio (operación intelectual y conocimiento de una causa) y como fallo o sentencia (N. del T.).

(1) El *Vocabulaire de la philosophie* (A. LALANDE, Alcan, 1926) da, en este sentido, una triple definición, en relación con la lógica y con el derecho, sin profundizar en la última, ajena a su competencia.

(2) *Nouveau traité de psychologie*, dirigido por G. DUMAS (Alcan, 1936), t. V, pág. 123.

expresar, en forma de juicio, la abundancia de elementos que puede contener la intuición o la serie de asociaciones, será precisa una multitud de juicios, y eso no podrá ser nunca más que aproximativo ⁽³⁾. Tendremos con frecuencia oportunidad de comprobar que la intuición prepara el fallo judicial. No hay que sorprenderse por eso si, como explica HÖFFDING, la intuición se halla en la base de todo razonamiento lógico y si el juicio integra, entre todos los procedimientos lógicos, el que presenta analogía más impresionante con la intuición; ya que no hace sino combinar en forma consciente y determinada los elementos ya agrupados por los procedimientos primitivos del conocimiento ⁽⁴⁾.

En la actitud de afirmación y de adhesión que implica el juicio formulado interviene una decisión que implica un acto de voluntad. No están de acuerdo los psicólogos acerca del papel de la voluntad en el juicio, como en el pensamiento en general; pero ha de comprobarse que se manifiesta de diferentes modos. DESCARTES consideraba capaz a la voluntad para tomar partido libremente entre dos aserciones opuestas antes de que el entendimiento haya dilucidado las razones; y RENOUVIER pensaba que la voluntad, guiada por las pasiones, contribuye al establecimiento de la relación del juicio. El sentimiento y la voluntad constituyen por lo menos resortes importantes, y la voluntad dirige el pensamiento ⁽⁵⁾. Más particularmente, interviene para

(3) H. HÖFFDING, *La base psychologique des jugements logiques*, en trad. por DE COUSSAGNE (Alcan, 1911), págs. 82 y sigtes.

(4) H. HÖFFDING, *La base psychologique des jugements logiques*, en *Rev. philos.*, 1901, t. II, págs. 351 y sigtes.

La noción de intuición permanece bastante vaga, y su función es comprendida muy diversamente. Ha sido valorada, de una parte, por BERGSON y su escuela; y de otra y de manera distinta, por los psicoanalistas. Entre estos últimos, JUNG relaciona con la intuición la función irracional que permite darnos cuenta de un aspecto nuevo o presentir los acontecimientos futuros (las impresiones, el olfato, el hunch norteamericano), como oposición a la función racional del juicio preciso que se ejerce, ya sea por el pensamiento sobre las cosas que no nos atañen, ya sea por el sentimiento acerca de las cosas que nos afectan. En este último caso, se trata de un juicio valorativo. Los juicios intelectuales o sentimentales pueden formarse en el inconsciente. El autor distingue cuatro funciones, cuyo orden varía de manera individual alrededor del yo, según la que se muestra principal en cada uno, y que caracteriza su modo más habitual de reacción. De ahí cuatro tipos psicológicos: el sensitivo, el intuitivo, el sentimental y el intelectual (C. G. JUNG, *L'homme à la découverte de son âme*, trad. de CAHEN-SALABELLE, Genève, ed. Mont-Blanc, 14, pág. 86). Existen ahí atisbos interesantes, de aplicación general, que revelan especialmente el origen heterogéneo de los juicios.

(5) RUMPF dice que la voluntad es el resorte del pensamiento (M. RUMPF, *Gesetz und Richter*, O. Liebmann, Berlin, 1906, pág. 98).

formar, fijar y determinar las ideas, e incluso para realizar un acto de elección cuando cabe dudar entre ellas: la encontraremos en cuantos casos desempeña un papel el arbitrio del juez, como en los de apreciación o evaluación; y además en los casos donde se contrapesan varios principios diferentes entre los cuales hay que elegir. Por último, en la aplicación misma de los principios, la voluntad no deja de influir en la decisión: es de notar en todos los fallos judiciales condenatorios.

El Instituto de Wurzburg, que, dirigido por KARL MARBE, ha emprendido numerosos trabajos de psicología experimental, ha realizado con MARBE, WATT, BUHLER y MESSER, interesantes investigaciones sobre las operaciones superiores del pensamiento, particularmente MARBE y MESSER sobre el juicio ^(*). Aunque hayan versado sobre operaciones simples, las observaciones recogidas valen también para las más complejas; como los juicios judiciales. Las de MESSER resultan las más útiles. MARBE posee una concepción muy extensa del juicio, pues amplía la definición de ARISTÓTELES hasta comprender "todo estado de conciencia (y no solamente toda proposición) al cual se apliquen de manera sensata los términos de justo y de falso". Al no encontrar condiciones psicológicas determinadas, ha buscado los factores extra-intelectuales del juicio, y ha realizado el análisis lógico de los mismos, y los caracteriza así: es preciso que el acuerdo entre las representaciones haya sido querido por el sujeto, sin que tal intención esté necesariamente presente en la conciencia. WATT ha estudiado esta intención inconsciente en las asociaciones, y cree haber encontrado, en la consigna activa dada a los sujetos, la intención que para MARBE constituye la característica del juicio; pero concluye también con una definición demasiado amplia del juicio, como ha demostrado MESSER. Nos falta retener el papel de esa "intención" en el juicio y en los estados que lo preparan: que ha de acercarse al del fin, cuya importancia veremos en la jurisprudencia.

Las investigaciones de MESSER se unen a las precedentes y abrazan más apretadamente la cuestión de la característica del juicio propiamente dicho, entendido de manera más precisa y mejor diferenciado de los estados vecinos: la asociación y la

(*) KARL MARBE, *Experimentelle Untersuchungen über das Urteil* (1900). H. WATT, *Experimentelle Beiträge zu einer Theorie des Denkens*, en *Arch. f. die ges. Psychologie*, IV, 1904, págs. 289-436. AUG. MESSER, *Experimentelle psychologische Untersuchungen über das Denken*, en *Arch. f. die ges. Psychologie*, VIII, 1906, págs. 1-224.

Sobre el conjunto de tales investigaciones, véase P. BOVET, *El estudio experimental del juicio y del pensamiento*, en *Arch. de Psychologie*, VIII, 1909, págs. 9-48; y ALB. BURLOUD, *La pensée d'après les recherches expérimentales de Watt, de Messer et de Bühler* (Alcan, 1927).

evocación asociativa. Las experiencias han sido realizadas de la siguiente manera. Se presentaban al sujeto dos palabras, impresas una encima de otra y que aparecían simultáneamente, con la consigna de considerar tan pronto las ideas significadas como los objetos designados, y la de indicar en cada caso la relación existente entre los términos. A continuación, se comparaban los nombres de personajes conocidos. Las aceptaciones o los rechazos del vocablo inducido han parecido explicarse con frecuencia, ya por la sola indicación, ya por un sentimiento de armonía entre las dos palabras. Pero eso no bastaba para caracterizar el juicio: había que definir la naturaleza de la conformidad o de la relación. Era necesario, además, que la relación fuera querida, percibida o al menos reconocida entre la representación inductora y la representación inducida, para que el sujeto tuviera conciencia de establecer un juicio. El esfuerzo reflexivo de los sujetos para comparar los dos objetos o los dos conceptos y encontrar el atributo del sujeto o apreciar la conexión dada a la conciencia, procedía de una intención dirigida, ya hacia el establecimiento, ya hacia la justificación de la relación. Por último, para rematar el juicio, era preciso que los sujetos afirmaran o negasen la relación por medio de una decisión mental o adoptando una posición personal. Ya veremos que esta decisión resulta esencial en los juicios o fallos judiciales.

Las observaciones de MESSER se concretan en su examen acerca de las diversas clases de juicios: según su contenido, afirmativos o negativos, y analíticos o sintéticos; según su desenvolvimiento, completos o truncados, y preparatorios o definitivos; según su objeto, juicios de percepción o de representación; según la actitud del sujeto, teóricos o prácticos. Los juicios de los jueces pueden revestir lo mismo la forma afirmativa que la negativa, según admitan o rechacen una demanda; pero son a la vez analíticos y sintéticos, como comprobaremos. Deben ser lo más completos posibles; tienden siempre a ser definitivos, pero también comienzan por ser preparatorios, en el sentido de conducir a la conclusión⁽¹⁾. Versan sobre representaciones, que no obstante pueden basarse, en cuanto a la prueba, sobre percepciones. Finalmente, si pueden participar de un carácter teó-

(1) En el procedimiento se distingue entre los juicios o fallos definitivos, que resuelven sobre el fondo del debate, y los fallos incidentales o de previo pronunciamiento, que tan sólo deciden acerca de un incidente o de una medida de instrucción, con reserva de todos los derechos de las partes en cuanto al fondo; y que, a su vez, se subdividen en *interlocutorios* o *preparatorios*, según prejuzguen, o no, el fondo de la cuestión (Cód. de proc. civ., art. 452). Pero esa distinción jurídica no se corresponde con la distinción psicológica, a pesar de cierto acercamiento por hacer.

rico, no es sino por el establecimiento de los principios; son esencialmente prácticos. Los juicios prácticos, según MESSER, pueden ser de dos suertes: o teóricamente motivados o prácticamente motivados. En tal sentido, todos los juicios de los jueces encuadran en esta distinción, según el carácter de sus motivos; que pueden ser, ya de derecho, ya de hecho. Mas no hay que olvidar que todo juicio debe basarse a la vez en el derecho y en el hecho, de manera que presente un carácter mixto, con predominio de una u otra clase de motivos.

Esa última distinción no carece de interés para nosotros. MESSER observa que el proceso de los juicios teóricos es puramente intelectual, mientras los juicios prácticos se forman con el concurso del sentimiento y de la voluntad, que interesa concretar. En los juicios *prácticamente motivados* han sido observados dos casos. En el primero, el sujeto, tras haber vacilado entre dos aserciones opuestas, que le parecían igualmente defendibles, pero difíciles de conciliar desde el punto de vista teórico, opta por una decisión más o menos arbitraria, una especie de *stat pro ratione voluntas*. Por confesión de los sujetos, la aserción no resulta aquí ni de una convicción intelectual ni siquiera de una preferencia sentimental; sino de "adoptar una posición", que, según dice uno de ellos, es algo distinto de un simple juicio: constituye un acto de voluntad. En el segundo caso, el juicio expresa una convicción profunda, proveniente de una predilección sentimental; aquí, el sentimiento determina no ya el simple hecho de la decisión, sino el contenido mismo de la respuesta.

Así, todo juicio práctico implica una doble intención: no sólo la intención inicial, dirigida hacia cierto contenido del pensamiento, que también se encuentra en el juicio teórico, sino además una intención final, que constituye a la vez el resultado de un acto mental y el principio de una volición. Una y otra se encuentran en los juicios de los jueces, llamados asimismo resoluciones. Sometido a la imperiosa consigna de estatuir sobre el litigio, el juez está obligado a adoptar siempre una posición, y eso aunque las razones en pro y en contra se equilibren; y, cuando se trata de fijar la cuantía de una condena, es llamado a decidir con cierto margen de arbitrio. En cuanto a saber si el sentimiento que determina la convicción o la volición que adopta posición no resulta, en definitiva, de ideas inconscientes o inadvertidas, el análisis pertenece a los psicólogos; pero se comprueban relaciones recíprocas entre los diversos elementos psicológicos: en los juicios de los jueces, veremos cómo los sentimientos impulsan unas veces a las ideas, y otras las reflejan; y

veremos que las voliciones tanto plantean las ideas como las siguen.

¿En qué consisten, pues, los juicios de los jueces, en lo que tienen de esencial dentro de su extrema variedad? En el sentido amplio, adoptado en este estudio, comprenden todas las resoluciones tomadas por los jueces, generalmente para solucionar un litigio, y formuladas en un acto judicial. Comprenden los mismos dos partes: los *motivos* y la *parte dispositiva*. La segunda es la que, hablando con propiedad, contiene la resolución y la que pasa en autoridad de cosa juzgada. Pero todo ello forma un solo cuerpo y los motivos, indispensable sostén de la parte dispositiva, participan de su autoridad jurídica; todos ellos constituyen al menos lo que antiguamente se denominaba el alma de la sentencia, *anima et quasi nervus sententiae* (*), y deben conducir a la parte dispositiva con rigor lógico. La parte dispositiva extrae de ellos la conclusión, de modo que suelen contener verdaderos juicios previos. Los "fundamentos" o "considerandos" usados para expresarlos proporcionan a los fallos una forma lógica (*).

Si se quiere presentar como silogismo un juicio bastante sencillo, la premisa mayor expresará la regla de derecho, que puede encontrarse sobreentendida si es constante; la premisa menor, la situación de hecho, que varía con cada especie y hay necesidad de determinarla siempre; la conclusión expresa la aplicación de la regla al caso concreto. Por ejemplo, constituye una regla que toda persona que haya causado un daño por su culpa debe repararlo; ahora bien, se ha comprobado que X, por imprudencia o por negligencia, ha causado un daño a Y, en su persona o en sus bienes; por tanto, debe reparar ese daño. O también, quien sustraiga fraudulentamente una cosa en perjuicio de otro, comete robo punible; ahora bien, X le ha sustraído dinero a Y; luego es culpable de robo castigado por la ley.

Estos primeros ejemplos elementales resultan suficientes ya para demostrarnos que el juicio completo no se reduce a una deducción lógica, sino que a ella se añaden, por una parte, apreciaciones diversas y, por otra, una decisión final: apreciaciones para determinar, en el primer caso, la falta cometida y el daño causado; en el segundo, el acto de sustracción fraudulenta y la

(*) BOHMER, *Jus Eccles. Proleg.*, lib. II, tit. XVII, pág. 4.

(*) Compárese esta forma con la redacción expositiva (*Tatbestand*) y de discusión, usual en Alemania y en Inglaterra, mucho más detallada, menos precisa y concisa: en ella se advierte peor el enlace de los razonamientos. No obstante, la forma narrativa es más clara para referir los hechos complejos, y se emplea comúnmente en materia penal luego de la instrucción sumaria.

suma robada; una decisión para condenar al responsable, en el primer caso, a pagar una indemnización de daños y perjuicios a la víctima; en el segundo caso, para hacer que el culpable sufra una pena. Tendremos que precisar en qué consisten tales apreciaciones, que son variadas y constituyen el objeto principal de los debates. Atengámonos, en primer término, al acto decisorio, parte esencial y característica del fallo, que se traduce normalmente en una condena ejecutoria, a menos de una negativa a condenar: no es la simple conclusión del contenido precedente; la parte dispositiva debe ser conforme a lo determinado en los motivos, pero le agrega la resolución del juez, que ordena qué ha de hacerse. Sin duda, como veremos, el acto de la voluntad no es siempre el mismo, pero existe siempre en mayor o menor grado.

A partir del primer análisis nos damos cuenta de la imposibilidad de reducir el juicio de los jueces tanto a una operación simple de juicio como a una operación más o menos compleja de razonamiento puramente lógico. Esto resultó evidente para los psicólogos ⁽¹⁰⁾; pero, hasta estos últimos tiempos, los juristas habían permanecido apegados más bien a la lógica que a la psicología, y tendían a no ver en los fallos sino una deducción lógica; constituye una concepción muy corriente todavía. Se enlaza con una concepción abstracta del derecho, que procede por deducción de reglas y de principios. Ella ha permitido que el jurista parezca una especie de equilibrista de ideas a la manera de un matemático, y la jurisprudencia como una suerte de "justa verbal", de "retablo de ficciones" ⁽¹¹⁾ e incluso "circo para ejercicios de acrobacia dialéctica" ⁽¹²⁾. Pero esa crítica se dirige

⁽¹⁰⁾ En su importante obra, que tendremos que citar reiteradamente, el profesor Husson no deja de resaltar el hecho de que el trabajo del jurista no se reduce a las operaciones lógicas mediante las cuales se formula, por rigurosas que sean; sino que comprende, entre las más esenciales, las operaciones por las cuales elaboramos las ideas y los juicios. Eso no es solamente verdadero para el conocimiento de los hechos, que implica la inducción amplificadora, comprendida más bien como método que como razonamiento; lo es también para la parte normativa del derecho, que implica la inducción socrática, al hacer que el espíritu adquiera conciencia de una convicción moral por reflexión sobre los hechos. En consecuencia, ha de considerarse en el pensamiento jurídico no tan sólo el movimiento del espíritu que define y encadena las ideas, sino también, y con preferencia, el vaivén por el cual desprende las ideas de los hechos y se las aplica (L. Husson, *ob. cit.*, págs. 394 y 395). Si eso pasa con el trabajo del jurista, se acentúa aún más en el del juez, el que estudiamos, y que no es jurídico sino en una parte, por lo general la menos importante.

⁽¹¹⁾ Ed. CLAPARÈDE, *La psychologie judiciaire*, en *Année psychol.*, XII, 1906, pág. 277.

⁽¹²⁾ IHERING, *Sherz und Ernst in Jurisprudenz* (1885).

más bien contra la doctrina pura, que, en el silencio del gabinete y desde lo alto de la cátedra, se esfuerza por reducir todas las situaciones jurídicas a relaciones ideológicas abstractas. Actualmente, la doctrina se ha aproximado mucho a la jurisprudencia, por trabajar sobre sus resultados⁽¹³⁾. La jurisprudencia se forma directamente en contacto con las dificultades prácticas que se le someten y que nacen de las circunstancias de la vida corriente y de los negocios; en la aplicación del derecho, los pretorios constituyen, en cierto modo, campos experimentales; y los tribunales, laboratorios. *Viva vox est Juris Civilis*.

En verdad, el contenido de los fallos, aun motivados cuidadosamente, no expresa sino las razones positivas y jurídicas, las únicas sometidas a la fiscalización del superior en la jerarquía jurisdiccional; y deja a un lado la parte relativa a la apreciación libre de los hechos, donde actúan la intuición, el sentimiento y la voluntad: ahí puede haber motivos no expresados, cuando no incompletamente conscientes, pero no menos importantes para explicar el sentido concreto en que ha sido adoptada la resolución, o la tendencia en que se ha formado la jurisprudencia sobre la cuestión.

Esa importancia, que procuraremos hacer que resalte, de las ideas extrajurídicas y de los elementos extraintelectuales en la formación de los fallos, no debe minimizar la base racional que deben conservar y que su contextura jurídica lógica sirve para proteger en la redacción de los motivos. Los litigantes encuentran ahí una garantía contra la arbitrariedad del juez, de la cual recelan y que es prudente limitar. ¿Qué confianza cabe depositar en una resolución no motivada o mal motivada? Si el juez no sigue ideas preconcebidas, su opinión debe seguir a su razonamiento, y no precederle; si se guarda de lo arbitrario, su resolución debe ser determinada por razones que han de hacerse conocer a los litigantes, y no se trata solamente de redactar luego motivos de simple justificación.

Algunos se han levantado contra cierta práctica de redactar los fallos correccionales luego de haberlos pronunciado verbal-

(13) En la aplicación del Derecho, e incluso en su elaboración, se ha debido reconocer que el método deductivo debía ser "moderado", aun intentando reducir "los ataques aparentes contra la lógica" a simples "refinamientos de una lógica más perspicaz", que se explican por la gran dificultad de establecer nociones seguras y precisas para abarcar la plenitud de las realidades de la vida jurídica (F. GÉNY, ob. cit., t. I, pág. 125). Este eminente jurista y filósofo estima que la lógica formal sirve en todo caso para valorar los verdaderos principios jurídicos; es decir, los preceptos que sintetizan la realidad del derecho; pero que, aplicada a entidades abstractas, requiere manejarla con medida y flexibilidad mediante una consideración teleológica, que forma juego con la intuición (ob. cit., t. I, pág. 137).

mente: procedimiento que permite ciertas puntualizaciones, retoques o incluso correcciones en la exposición de la causa; y se pretende que más de un fallo se habría dictado de manera distinta si previamente se hubiera tenido cuidado de precisar sus motivos por escrito ⁽¹⁴⁾. Tropezamos aquí con una cuestión de técnica práctica, donde resultan posibles varios procedimientos de trabajo, que producen resultados variables según la persona que los emplea y las condiciones en que son empleados. Bien es cierto que el trabajo de redacción, que obliga a precisar las ideas y a ponerlas en orden, es susceptible de influir sobre la decisión, sobre todo en los espíritus tardos o poco ejercitados; y todos los jueces han hecho, una u otra vez, la experiencia de modificar su opinión a consecuencia de tal exigencia ⁽¹⁵⁾. Pero, normalmente, eso no se produce más que en los casos difíciles; y entonces interesa proceder según las seguras vías de la lógica, que fiscaliza las intuiciones.

A diferencia del juicio científico, que plantea una relación general entre fenómenos, el juicio de los jueces es concreto y particular, práctico y realizador ⁽¹⁶⁾. En eso se asemeja al juicio de la vida corriente; con la diferencia de que, al no referirse a

⁽¹⁴⁾ En Alemania, el profesor F. DOERR, en 1923, dirigió contra esta "práctica viciosa" vivas críticas (*Zur Psychologie der schriftliche Urteilsbegründung*, en *Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*, 45, 1924, págs. 43 a 54), que condujeron, en 1924, a una nueva disposición en el Código de procedimiento penal (St. P. O., § 267).

⁽¹⁵⁾ No nos ocupamos aquí de la redacción de las sentencias y nos contentamos con indicar sus relaciones con la elaboración. Una formulación rigurosa se considera importante no solamente para la presentación y autenticidad del fallo, sino también para su construcción intelectual. WEBER, que concede gran importancia a la concentración mental del juez sobre los elementos esenciales del litigio, estima que tal concentración culmina en la expresión concisa de la redacción, de manera que exista correspondencia entre la concentración del pensamiento y la de la forma. A este respecto, compara el trabajo del juez con el del artista, que se esfuerza por dar a la materia elegida y moldeada por él una forma armoniosa (WILHELM WEBER, *Ueber die Eignung zum Juristen, Eine psychologische Untersuchung der Tätigkeit des Juristen, insbesondere des Richters*, Berlin, Franz Wahlen, 1934, pág. 61). Se impone una distinción entre el juicio civil y el juicio penal. El primero, basado principalmente sobre documentos, exige más esfuerzo de concentración; pero también requiere una construcción más rigurosa, de modo que, dentro de ciertos límites, la forma pueda servir de criterio para la exactitud del pensamiento, al menos del pensamiento lógico y jurídico; y la Corte de Casación se atiene a ello de manera muy particular. Pero el juicio penal, basado más bien sobre las declaraciones o las presunciones, que versa sobre un objeto por lo general más simple, entraña menos concentración y, en consecuencia, una correlación menos estrecha entre la forma y el pensamiento.

⁽¹⁶⁾ IHERING señalaba con mucha exactitud que "la realización es

nosotros mismos, es desinteresado. Bien es verdad que cabe encontrar carácter práctico hasta en los juicios especulativos y que en un sentido, el adoptado por la psicología aplicada, se puede decir, con RODRIGUES: "Juzgar, es pensar para obrar" (17). Pues el juicio, en tanto que reacción intelectual con respecto al medio, "es la obra viva y compleja tanto de la inteligencia, que percibe claramente la relación, como de la voluntad que la plantea, que la actualiza. Todo juicio se basa en la concepción; todo juicio reviste forma de decisión". Constituye nuestra obra por cuanto implica un asentimiento; pero es un asentimiento racional, no arbitrario. "Juzgar es aceptar libremente las razones que la inteligencia no puede dejar de mirar como convincentes tras un examen integral y sincero de la cuestión".

Como afirma el intelectualismo, todo juicio está finalmente determinado por representaciones pertinentes (los motivos), que conducen a una conclusión; pero también, como sostiene el voluntarismo, la persona tiene parte en la elección entre las representaciones diferentes que se presentan y en la afirmación que es consentida por último, para llegar al acto decisivo (la parte dispositiva). El segundo punto de vista parece predominar en las resoluciones no motivadas o motivadas insuficientemente; el primero, en las bien motivadas. Pero no debemos fiarnos demasiado de esa apariencia; porque los motivos expresados pueden no corresponder exactamente con los motivos determinantes, y su defecto de expresión no impide su existencia.

Parece que la función de la voluntad se señala muy particularmente en los fallos judiciales. Un magistrado alemán que ha efectuado su estudio, el Dr. RUMPF (18), los denomina actos de voluntad (*Willensmäßige*): sin incurrir en lo puramente arbitrario de *sic volo*, *sic jubeo*, salen del marco de las deducciones de subsunción (*Subsumptionsschluss*), aun permaneciendo bajo una fiscalización lógica. La forma lógica de la subsunción, que ha perdido su antiguo significado incluso en la lógica, "ha perdido igualmente, y desde hace mucho tiempo, el derecho a la vida en la ciencia del derecho", que es un arte práctico dependiente de la voluntad y del sentimiento. La inadecuación de ese modo lógico formal se muestra particularmente en las tasaciones y en las condenas.

Hace ya mucho se han diferenciado los dos elementos del "saber" y del "querer", que se encuentran más o menos íntima-

la vida y la verdad del derecho" (*Esprit du Droit romain*, t. III, § 43, pág. 15).

(17) G. RODRIGUES, *Le jugement, La psychologie et la vie* (Institut Pelman), III, 1929, pág. 31.

(18) MAX RUMPF, *Der Strafrichter*, t. II, pág. 216.

mente enlazados en todo juicio ⁽¹⁹⁾. Tan pronto, y más particularmente en los juicios civiles, predomina el primero, en el hecho de reconocer o declarar lo conforme al derecho o a la justicia; como, más especialmente en los fallos represivos, es el segundo elemento el preponderante, en el hecho de decidir lo que debe hacerse o ejecutarse; puesto que, en estos últimos fallos, la ejecución no se abandona ya al celo o a la libertad de las partes, sino que se impone de oficio. Verdaderamente, la determinación del derecho entraña la obligación de conformarse a él, y al declarar dónde reside el derecho de las partes se da por dicho lo que debe hacerse o dejarse de hacer; pero cuando esa conclusión adquiere forma ejecutiva, cuando condena u ordena, implica un acto particular de voluntad. No basta con decir, con el profesor ABERG, que el centro de gravedad del juicio se inclina de un lado o de otro según que la voluntad esté más o menos inmediatamente unida con el conocimiento o, al contrario, se separe de él; la acción de la voluntad es realmente más enérgica en el segundo supuesto que en el primero. Los jueces conocen cuán doloroso resulta en ocasiones aplicar una pena severa, por merecida que esté. Además, en materia represiva, a los jueces no les agrada juzgar solos; y, en tal caso, se inclinan con gusto a menos rigor, como demuestra la experiencia del juez único intentada en Francia en estos últimos años en los tribunales de primera instancia.

Incluso en los fallos civiles, el papel de la voluntad difiere según la naturaleza de la resolución. Resulta más notable en los fallos llamados *atributivos* o *constitutivos* de derechos, creadores de una situación jurídica nueva, que en los fallos simplemente *declarativos*, limitados a reconocer los derechos preexistentes y que los juristas alemanes llaman "reconocimientos" (*Erkenntnissen*). Sin atenerse estrictamente a esa distinción jurídica, cabe decir que, allí donde se trate de comprobar un estado de hecho y de determinar una situación de derecho, toca el asunto a la inteligencia y al conocimiento; como, por ejemplo, para averiguar y decir si un acusado es culpable; si un demandado es responsable del hecho reprochado; o bien si un demandante es propietario legítimo del bien reivindicado; y también, si el demandado es el padre natural del hijo ilegítimo, etc.; en todos los casos de ese género, la determinación final del fallo no integra sino la conclusión de su contenido, la resultante de la aplicación del derecho al hecho comprobado. Allí, por el contrario, donde sea preciso llegar más lejos y ordenar una medida cual-

(19) ABERG, *Beiträge zur Lehre von der Rechtsfindung durch Richter-Kollegien*, en *Arch. f. d. Preussisches Strafrecht*, VI, pág. 742.

quiera, prohibir un acto, y más aún pronunciar una condena de daños y perjuicios o la de una pena, entonces la voluntad entra en juego en la decisión que haya de tomarse y en el acto decisivo que tenga que expresarse: ahí se despliega mayor o menor energía, en forma de severidad o de indulgencia, de firmeza o de blandura; y cabe advertir la tendencia de cada juez en un sentido o en otro, según su carácter.

No quiere decir eso que la voluntad no resulte siempre más o menos indispensable para formar una decisión cualquiera y sostenerla; como tampoco cabría, sin caer en el puro arbitrio, prescindir de una base racional. No obstante, el esfuerzo voluntario pasa inadvertido cuando no se separa del trabajo intelectual, y se reduce a sostenerlo y a fijar su conclusión. Conviene advertir que un fallo judicial, por racional que parezca, no se reduce jamás a un simple trabajo de estudio o de investigación; incluso, con mucha frecuencia, encuentra ese trabajo preparado del todo previamente por los que presentan el asunto; pero siempre, una vez concluso el caso, será necesario admitir o rechazar los medios de ataque o de defensa sostenidos por una y otra de las partes, elegir entre pretensiones contrapuestas, aceptar o rechazar las peticiones, las solicitudes, las súplicas incluso, que pueden conmover la piedad; por último, adoptar una posición entre las partes, para reconocerle la razón a una y señalar el error de la otra, sin poder satisfacer a todos. ¿No requiere todo eso actos de voluntad, esfuerzos de firmeza, a veces incluso valentía? Sin hablar de la resistencia del juez ante las influencias extrañas para mantener constantemente su independencia, hasta frente a ciertos intereses predominantes.

El acto de voluntad se encuentra más o menos facilitado según el carácter del juez, resuelto o vacilante, enérgico o blando. El indeciso debe esforzarse para poner término a la deliberación intelectual que, según una clásica comparación, detiene las oscilaciones del péndulo del espíritu; experimenta las "ansias mortales de la deliberación" y se encuentra "enfermo de pensar", la deliberación se eterniza. Se cuenta que el presidente de un modesto tribunal escribía en una columna las razones en pro y en otra las razones en contra; pero su espíritu sutil le sugería sin cesar otras nuevas, y no conseguía encontrar cuál predominaba, al punto de que en una ocasión tardó dos años en dictar un fallo ⁽²⁰⁾.

Se reprocha en ocasiones a los jueces consulares, a los jueces de paz e incluso a los jueces de primera instancia, juzgar de

⁽²⁰⁾ ANDRÉ TOULEMON, *Le progrès des institutions pénales* (Sirey, 1928), pág. 175.

acuerdo con los hechos y según la equidad mucho más que con arreglo a derecho y a los principios. Cuando esa tendencia es exagerada, cae en una jurisprudencia inconstante, apoyada en consideraciones particulares de casos concretos y en apreciaciones subjetivas. Esa manera de juzgar encuadraría en la reciente concepción afectivista, que considera los fallos como producto de representaciones de tonalidad afectiva (*das Produkt gefühlbetonten Vorstellungen*), según el magistrado FRIEDRICH ⁽²¹⁾. Existe en ello una verdadera exageración, sostenida como reacción contra la antigua concepción intelectualista, que, como hemos visto, resulta insuficiente para explicar los caracteres esenciales de las resoluciones. El papel de las representaciones de ese tipo entra dentro de la influencia de los sentimientos, muy variables según los fallos y los jueces, y que interesa concretar.

De manera general, antes de entrar en detalles, se advierten, en la jurisprudencia, dos tendencias que se esfuerzan por coincidir antes que dos sistemas que intentan oponerse. Una de ellas, respetuosa de la lógica, se empeña en deducir la resolución de los principios del derecho, aplicando la regla al caso dado, sin preocuparse del rigor de las consecuencias. Como extremo proclamaría: *Fiat justitia, pereat mundus!* Al contrario, la otra tendencia, al tratar de encontrar la equidad apropiada a cada caso, busca la solución más justa en concreto y procura justificarla por la elección de una noción que se adapte a ella. Como límite, es la justicia del "buen juez", realizada por el célebre presidente Magnan, que absolvía a los delincuentes desgraciados a quienes la necesidad acuciaba. Una equidad razonable desempeña un papel sobresaliente, sin oponerse al derecho justo: el de templar el rigor de las reglas cuya estricta aplicación conduciría al *summum jus, summa injuria*.

La jurisprudencia nos proporciona numerosos ejemplos de ello. Aquí tenemos uno interesante. Un propietario hace levantar una construcción en la linde de su terreno; por error, usurpa un trozo de la propiedad del vecino; éste no se da cuenta de ello hasta que la construcción está terminada: ¿puede demandar la demolición? Puede hacerlo en principio, porque se ha atentado contra su derecho de propiedad, derecho real protegido por la ley (arts. 552 y sigtes. del Cód. civ.), que le permite reivindicar la totalidad de su terreno. Pero resulta posible que la construcción sea importante y la usurpación muy pequeña; quizá tam-

(21) J. FRIEDRICH, *Die Bestrafung der Motive und die Motive der Bestrafung* (Berlin und Leipzig, 1910), pág. 61.

bién el lindero estaba mal trazado; y si el constructor ha hecho mal al no verificarlo, el propietario lesionado ¿no ha sido también negligente al dejar hacer? En tales circunstancias, la aplicación de la regla ha parecido violenta, y se ha buscado eludirla, para hacer que prevalezca la equidad cierta; y se ha formado una jurisprudencia en ese sentido: cuando el error del constructor es excusable y si la privación parcial de lo construido le causa un perjuicio desproporcionado con la violación del derecho de propiedad, se contentan las fallos con conceder al propietario lesionado una indemnización para resarcirlo de la pérdida de su franja de terreno; se apoya esa solución en una disposición particular del código (art. 555), que se aplica por analogía, aunque en verdad prevea un caso por completo diferente, aquel en que un tercer poseedor es desposeído por la evicción del verdadero propietario que reivindica su fundo e invoca un derecho de accesión ⁽²²⁾.

La misma preocupación de equidad ha inspirado toda la jurisprudencia moderna sobre el abuso de los derechos ⁽²³⁾ y el respeto de la buena fe ⁽²⁴⁾. Constituye una noción fecunda, que solamente interesa encastillar en principios, para contener su expansión natural e incorporar el sentimiento al derecho. Cuantas veces las consecuencias de reglas estrictas parecen rebasar la medida, se intenta eludir las invocando principios más justos. Los jueces, encargados de aplicar a la vez la ley y la justicia, vacilan cuando no concuerdan e intentan un arreglo, inspirándose en el espíritu de la ley y en los principios que dominan las disposiciones particulares. El espíritu de equidad permite adaptar la regla general a las particulares del caso. Logra así individualizar la regla más bien que encuadrar en ella el caso particular; puesto que, para los casos que no parecen previstos, aparece un hiato entre la generalidad abstracta de la regla y la particularidad concreta del caso: la sagacidad práctica del juez restablece el enlace entre el espíritu de la una y la significación de la otra, en una relación percibida por la

⁽²²⁾ Casación, 15 de julio de 1901, S., 1902, 1, 217; Casación, 16 de junio de 1903, S., 1905, 1, 329, y nota, etc.

⁽²³⁾ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles* (Lib. Générale de Droit, 1925).

⁽²⁴⁾ F. GORPHE, *Le principe de la bonne foi* (Dalloz, 1928). Constituye una noción de moral judicial, que ha inspirado reglas jurídicas muy diversas, y que tan sólo ella resulta capaz de enlazarlas. El principio que hemos intentado obtener rehuye una fórmula jurídica exacta; pero no por ello ofrece menos valor e inspira la jurisprudencia, que tiene en cuenta siempre la buena fe en sus variadas manifestaciones.

conciencia, que torna el derecho a la realidad viva de la cual emana ⁽²⁵⁾.

La equidad integra una noción vivificadora del derecho, a la cual se recurre constantemente por la justicia; pero que se mantiene compleja y determinada diferentemente, porque actúa como sentimiento más que como concepto. Los autores que la han analizado han tenido que reconocer su objetividad primeramente: el proceso racional va precedido de un estado indistinto de conciencia. Aunque enlazado con los principios del derecho, el fallo de equidad se inspira en el sentimiento de justicia para la apreciación de las circunstancias particulares del caso, a las cuales se procura adaptar la regla general. Se comprende que tal manera de juzgar resulte incompatible con la esfera del derecho que se mantiene rigurosa y formalista, y que resulte de aplicación restringida en la de interpretación estricta. En el terreno favorable, que se extiende a la mayor parte del derecho privado, interviene un factor personal, el de la tendencia del juez a juzgar, en mayor o menor grado, en el sentido de la equidad. La colegiación establece por fortuna una compensación entre las inclinaciones personales de los jueces,

(25) Sobre la función de la equidad, véase nuestro artículo en el nuevo *Répertoire de Droit Civil*, en preparación, dirigido por G. RUPERT (Dalloz). La equidad actúa, por una parte, como espíritu de justicia concreta dentro del conjunto del derecho, en tanto que la ley lo permita; y, por otro lado, colma las lagunas de la ley en las materias no regidas estrictamente.

Acerca de la noción general de equidad, véase PIO VIAZZI, *Enciclopedia giuridica italiana* (S. E. L., Milano, 1902), voz *Equità*. La equidad posee naturaleza moral y dinámica. En la naturaleza, la realidad está proporcionada por los individuos; en el derecho, por la individualidad de los casos particulares. No existe generalidad jurídica objetiva, hay tan sólo tipos abstractos, al sustituir la realidad observada por una entidad ideal, determinada por el aislamiento y reagrupación de las relaciones particulares de semejanza. Más aún, la consideración de los individuos revela una forma plástica y variable. La evolución del derecho tiende a una justicia ideal que resuelva todos los casos con criterios propios de cada uno. La equidad expresa esa tendencia; se manifiesta como forma específica de la evolución del derecho. La tendencia ideal de la justicia sería identificar la relación de derecho con las relaciones particulares de los hechos (expresados como representaciones). El último límite de la razón práctica se hallaría en la afirmación de una relación de identidad entre el hecho particular y la realidad universal, entre el fenómeno y el todo, entre el hecho y el derecho. Por otra parte, no se trata sino de líneas directivas, para indicar el camino que ha de seguirse, "*rebus ipsis dictantibus et necessitate exigente*".

Ese ideal de equidad no puede concretarse sino por la conciencia moral, y supone la perspicacia del juez elevada a nivel verdaderamente racional, muy por encima del primer estrato sentimental.

por corregir lo que en aquel aspecto pueda haber de excesivo en algunos; y la segunda instancia de la jurisdicción introduce una nueva corrección, al uniformar la jurisprudencia: así, a costa de una complicación indispensable, la justicia consigue perder casi por completo cuanto haya podido tener de demasiado subjetiva en el origen.

La misma oposición no se encuentra en la jurisprudencia inglesa, porque no procede con igual método ni se enlaza con el mismo sistema jurídico. Está menos impregnada de rigor lógico y, en lugar de intentar deducir de un principio la solución del caso dado y, si es necesario, hacer que dependa de un principio la solución equitativa, se contenta con extraer de los precedentes la noción aplicable por analogía. El principio general es el inducido de la jurisprudencia, en lugar de constituir su base; y, como la jurisprudencia está en continua formación, el principio, en lugar de ser fijado de una vez para siempre, permanece elástico, en el sentido de que es susceptible de modificaciones y de desenvolvimientos. Los juristas ingleses proclaman: debe avanzarse con pies de plomo, porque una sola sentencia cuenta más que la teoría jurídica más completa. Los fallos ingleses, que no revisten la forma lógica de los nuestros, son más empíricos; en apariencia, se aproximan más bien a los fallos fundados en la equidad ⁽²⁰⁾.

"La suprema función del juez —escribía el abogado-procurador alemán WILDHAGEN— consiste ante todo en aclarar, con una inteligencia aplicada y con su sentimiento, si el resultado obtenible por la aplicación lógica de las reglas jurídicas conduce a una resolución útil en el caso. Los fallos en los cuales esa

(20) Se ha considerado que el método judicial sería más bien deductivo en los países de derecho escrito, e inductivo en los de derecho consuetudinario o de *case law* (Dr. ALLEN, *Law in the making*, Oxford, 1927, pág. 107). Pero tal oposición es exagerada, y se refiere de modo más especial a la forma que al fondo. La distinción entre los dos sistemas ha sido bien esclarecida por nuestro erudito colega el magistrado MARC ANCEL (*Case law in France*, en *The Journal of comparative legislation and international law*, XVI, 1934, págs. 12 y sigtes.); y hace entre ellos comparaciones interesantes, al mostrar que el sistema francés, en los casos no previstos por la ley, puede conducir a una especie de *case law* por un procedimiento distinto, basado, no en los precedentes judiciales, sino en una regla legal, aun cuando tal norma no esté prevista para ello. Tal *case law*, entre nosotros, no puede resultar de un caso imperativo, sino tan sólo de una serie concorde de resoluciones interpretativas de la ley, y su fuerza procede del principio consagrado. La antigua proposición de lord MANSFIELD le resultaría más aplicable que al derecho inglés actual: "Los precedentes sirven para ilustrar los principios y darles certeza fija; pero el derecho no escrito depende de los principios, que vuelven a encontrarse en los diversos casos según las circunstancias particulares".

función sea resuelta de manera afortunada suelen ser apreciados en todas partes como luminosos modelos" (27). Existen materias reglamentadas, donde el juez está maniatado por los textos; pero las hay también, por el contrario, en que la ley se remite a él para estatuir *ex aequo et bono*. Lo más frecuente es que la equidad obre dentro de los límites legales, y el fallo debe satisfacer una doble exigencia: la buena justicia consiste en equilibrar la equidad con el derecho.

Tal equilibrio debe encontrarse de nuevo en los diversos elementos psicológicos que concurren a la formación del fallo, en la triple relación intelectual, afectiva y voluntaria. Como comprueba juiciosamente el magistrado y psicólogo HELLOWIG (28), volvemos a encontrar aquí la confirmación de la antigua idea de que la inteligencia, la sensibilidad y la voluntad no constituyen sino tres aspectos distintos de una misma unidad, y que no existe intelecto completamente separado del sentimiento y del querer, como tampoco hay querer o sentimiento independiente en absoluto. El juez es un hombre viviente, y juzga con toda su alma; realiza obra no tan sólo racional, sino humana. La jurisprudencia, en sus aspectos multiformes, es a la vez una ciencia normativa y un arte práctico, que sirve para resolver las dificultades más diversas de la vida social.

El arte de juzgar apela al espíritu de sutileza aliado con el espíritu geométrico, incluso en la aplicación de los principios del derecho. Aun debiendo someter sus razonamientos al rigor lógico, el juez piensa complacido, con GOETHE, que "nada hay más ilógico que el abuso de la lógica". Debe el juzgador dar pruebas de sagacidad, de prudencia y, sobre todo, de buen sentido. DESCARTES descubría en el buen sentido "la facultad de juzgar con acierto y de distinguir lo verdadero de lo falso". El buen sentido práctico sabe adaptar la razón a las circunstancias variadas de la vida. SAVATIER, que era práctico (abogado de la Corte de Casación), recurría a ese buen sentido como "la sal de la tierra" y agregaba: "Para sentirse cómodamente en ciencia tan compleja, tan sutil, tan ondulante como la ciencia jurídica, y sobre todo la ciencia jurídica aplicada, no hace falta tan sólo una sana razón, es preciso además una razón flexible, una mezcla de razonamiento sólido y de razonamiento ingenioso, mucha amplitud de criterio para captar las ideas generales y mucha minucia para descender hasta los matices extre-

(27) WILDHAGEN, *Das bürgerliche Rechtsstreit, Schriften des Vereins Rechts u. Wirtschaft*, t. I, (Berlin, 1912), pág. 96.

(28) A. HELLOWIG, *Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung, en Gerichtssaal*, 1914, pág. 6.

mos de las ideas particulares, un apego muy firme a los principios y cierta afición por las excepciones, un gran fondo de lógica y algunas inconsecuencias. Cuando intento representarme en forma tangible el espíritu necesario en un jurisconsulto, me figuro una especie de instrumento de una rara precisión, de sensibilidad infinita, con el cual se analizan y se miden las acciones humanas" (29).

(29) SAVATIER, *Études et discours*, pág. 256. Cfr. STUART MILL, *La logique inductive et déductive*, pág. 273.

CAPÍTULO II

EL ARTE DE JUZGAR: FORMACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y SUS DIRECTIVAS

Análisis de la formación progresiva de la nueva jurisprudencia francesa sobre la presunción de responsabilidad por causa de las cosas inanimadas (art. 1384 del Cód. civ.), nacida con ocasión de los accidentes automovilísticos y de las máquinas, a fin de asegurar la protección de las víctimas, y extendida a toda suerte de accidentes o de daños, dentro de límites que se trata de determinar. En busca de un criterio: responsabilidad por el daño de una cosa cuya guarda se tiene; discusiones e incertidumbres sobre la noción de guarda, material o jurídica, y sobre la obligación de custodia. En procura de una fórmula definitiva, que concuerde con las restantes reglas de la responsabilidad. Interferencia de reglas; casos mal resueltos todavía.

Finalidad equitativa de esa jurisprudencia: asegurar una justa reparación de los daños. Doble base del principio: la culpa (responsabilidad subjetiva clásica) y el riesgo (responsabilidad objetiva nueva). Responsabilidad por vicio de la cosa.

Comparación con la jurisprudencia belga, que ha evolucionado al mismo tiempo, acerca de la responsabilidad por hecho del hombre, completada por la del vicio de la cosa.

Tendencia humanitaria y base moral de estas concepciones de la jurisprudencia, que vuelve a encontrarse en materias afines. La noción humana de justicia.

Precisados ya los elementos esenciales del fallo judicial, es necesario avanzar más analizando el proceso del pensamiento que conduce a la resolución. A tal fin, no basta con examinar el contenido de los fallos; no menos interesante resulta descubrir el espíritu que los anima, la dirección del pensamiento, los motivos no expresados, los sentimientos y las ideas morales que impulsan e inspiran a los jueces. La formación de la jurisprudencia sobre las cuestiones nuevas es particularmente instructiva a este respecto. Una de las más notables y dignas de cita es la que acaba de formularse sobre la responsabilidad de los autores de

accidentes, y más generalmente sobre lo que se llama la presunción de la responsabilidad por causa de las cosas inanimadas: poco a poco, ha llegado a crear un nuevo principio de justicia, que, en verdad, no había sido previsto por la ley ⁽¹⁾.

El principio general de la responsabilidad enunciado en el Código civil (art. 1382) permitía muy equitativamente a toda persona lesionada demandar la reparación del daño causado; pero con la condición, muy justa en sí, de probar, conforme al derecho común, la culpa de su autor; no se estaba dispensado de esa prueba sino en ciertos casos determinados, en que había parecido justo presumir la responsabilidad en razón de los hechos de las personas por las cuales se debe responder o por las cosas que tenemos en custodia (arts. 1384 y sigtes.).

Fuera de esos casos, y si faltaba la prueba de la culpa, no había salvación para la víctima. Sin embargo, el desarrollo del maquinismo y de la circulación iba multiplicando los accidentes, y numerosas víctimas no podían obtener reparación: y reclamaban justicia. Los juristas y los jueces se entregaron a la busca de una solución, a falta de ley nueva. Se iniciaron discusiones sobre la amplitud de la noción de responsabilidad objetiva, basada sobre la idea de riesgo, que había sido consagrada por el legislador en materia de accidentes del trabajo a partir de 1898. Pero, en cuanto a los accidentes de derecho común, el empeño era mantenerse dentro del marco del Código civil. Fué entonces cuando se concedió particular atención a un miembro de una frase (§ I, *in fine*, del art. 1384), que hasta ese momento había parecido poco importante, sobre la responsabilidad del daño causado "por razón de las cosas que se tienen en guarda". Ya en 1896, antes de la ley reguladora de los accidentes del trabajo, se había intentado una primera aplicación de ese precepto a los accidentes de máquinas, como las explosiones de calderas, pero sin persistir en ese camino; porque la ley de 1898 llegó bien pronto para llenar en la materia la laguna que se dejaba sentir. El problema se planteaba con nueva fuerza y en condiciones algo diferentes para los accidentes de automóviles: no se trataba ya del efecto de un vicio de la máquina, sino de una acción del hombre por medio de una cosa; ahora bien, el hecho del

(1) Al iniciarse esta jurisprudencia, intentamos analizar su formación (*Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1931, págs. 177-196). Después de eso, numerosos estudios jurídicos se han realizado para comentar y discutir esta jurisprudencia a medida de su evolución sucesiva. Desde el punto de vista filosófico, ya hemos señalado la reciente e importante obra de LÉON HUSSON, *Les transformations de la responsabilité* (Presses Univ., 1947), que además se refiere a todo lo escrito acerca de esta cuestión.

hombre seguía, conforme al derecho común, sometido a la prueba de una culpa; mientras que el hecho de la cosa sólo podía beneficiarse de la presunción de responsabilidad, aunque la distinción pudiera ser delicada y sutil. Se destacó el "dinamismo propio" del automóvil; donde la acción del conductor se confunde con la del motor: era un medio para obtener la relación buscada.

Eso no se producía sin vacilaciones, tanteos, divergencias de pareceres y de decisiones. De hecho, si no de derecho, se presentaba al espíritu una primera noción simple, aunque restringida, para fundar la relación entre la idea de accidente y la de responsabilidad, era ella la de cosa peligrosa: las condiciones peligrosas de la circulación automovilística permitían presumir, *de eo quod plerumque fit*, que el conductor y autor del accidente había cometido una falta: así lo admitió desde 1924 el Consejo de Estado, menos sujeto a los textos del Código (*). Esa idea era susceptible de generalización en todas las circunstancias en que fuera verosímil alguna culpa; pero eso hubiera sido entre-gar la cuestión a la apreciación de los tribunales, sin preocuparse del texto del Código y, con miras de equidad, arriesgarse a lo arbitrario. Arrastrada por la corriente de las ideas en el sentido de la protección de las víctimas de accidentes, la Corte de Casación, en su preocupación jurídica, buscó una fórmula de presunción legal de responsabilidad en el marco del texto citado; pero sólo completó la elaboración paulatinamente, como resultado de largos y prudentes esfuerzos, a medida que se presentaban los casos: toda la evolución de esta jurisprudencia es el resultado de una constante investigación experimental para determinar las condiciones, a la vez justas y legales, en las que debe admitirse esta presunción de responsabilidad protectora de las víctimas de accidentes. Y ha logrado su fin sobre todo escrutando la noción de guarda.

Fué en 1927, a propósito de una muchacha aplastada por un camión, caso eminentemente favorable, cuando la Corte de Casación en pleno fijó definitivamente su posición, al declarar la

(*) Tampoco tendremos que ocuparnos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que no ha tenido que seguir la misma y difícil evolución. Las sentencias se contentan con afirmar la necesidad de proteger a las víctimas inofensivas: "Considerando que las condiciones particularmente peligrosas de la circulación automóvil deben llevar a admitir una presunción de responsabilidad a cargo del conductor de un automóvil que ha causado un daño". De ello se sigue que, a diferencia de los tribunales judiciales, la jurisprudencia administrativa no aplica la presunción sino a favor de las víctimas que merezcan protección: así, en caso de choque de vehículos, la presunción no puede ser invocada entre automóviles (Consejo de Estado, 28 de junio de 1946, *Gaz. Pal.*, 1946, 2, 241).

presunción de responsabilidad aplicable a cualquiera cosa que cause un daño, sea accionada, o no, por la mano del hombre, con tal que haya sido sometida a la necesidad de una guarda en razón de los peligros que puede hacer correr a otro: y ése era el caso de todo automóvil que ocasiona un accidente a un tercero, y se extendía a toda clase de daños causados por una cosa más o menos peligrosa. La idea de peligro de la cosa servía para explicar y fijar la noción legal de guarda, o de la obligación de guarda, base de la presunción de responsabilidad. Pero, con el uso, se advirtió bien pronto que esa idea de riesgo era demasiado relativa para poder servir de criterio y que nada agregaba a la noción de guarda, a la cual valía más atenerse, analizándola en sí misma: no se volvió a hablar de cosas peligrosas, sino de cosas sometidas a una guarda. La Corte de Casación proclamó y repitió que la responsabilidad se vinculaba con la guarda de la cosa, no con la propia cosa. Eso era lanzarse por un nuevo camino, e interesaba determinar la noción de *guarda* para elaborar, sobre tal base, el principio de la responsabilidad por razón de las cosas.

Esta noción fundamental de guarda, para desempeñar su función creadora, ha debido ser desviada de su sentido usual y concreto, el de una vigilancia y el de un cuidado efectivo, para revestir un sentido jurídico apropiado, enlazado con la idea de garantía, a través de otras ideas introducidas, que vamos a ver surgir para soldar esos elementos diversos. Husson observa al respecto que el contenido de la teoría no está determinado sino de manera exterior, por la lógica del concepto donde se filtra y que, para cumplir con su cometido, tiene necesidad de unirse a otras, extrañas a su definición abstracta, y que no siempre armonizan con ella: toma su materia de la experiencia, y encuentra su clave en un pequeño número de tendencias e ideas reguladoras, en apariencia muy simples y bastante vagas, que orientan el pensamiento y gobiernan su desarrollo a través de rodeos y análisis^(*). En su fundamento se halla, por un lado, la idea de equidad y de equilibrio; y, por otra parte, la preocupación práctica de garantizar la seguridad de terceros.

Bien pronto fué advertido que varias personas pueden concurrir, con diversos títulos, en la disposición de una cosa que llega a ocasionar un accidente: se encuentra en primer lugar el propietario, y cabe decir que de él se presume que tiene la guarda de la cosa; pero puede haber otras personas que la utilicen por su propia cuenta, con su consentimiento o sin él; y se trata de averiguar quién será entonces responsable en caso de

(*) L. HUSSON, *ob. cit.*, pág. 144.

accidente. De atenernos a la noción de guarda, la solución depende de lo que por ella se entienda. Primeramente se ha intentado seguir el punto de vista jurídico, considerando la guarda como obligación general de vigilancia a cargo del que tiene un derecho sobre la cosa; es decir, principalmente el propietario, y ello ha llevado a declararlo responsable aun cuando hubiera sido despojado: lo cual era lógico, pero injusto.

Se ha protestado contra las resoluciones dictadas en ese sentido en materia de robos: ¿no es bastante para el desdichado propietario que le roben su auto, para que además se le carguen los accidentes causados por el ladrón, sin más que dejarle un recurso ilusorio contra este último? En una sentencia de 1941, la Corte de Casación en pleno reconoció que el propietario despojado se encuentra en la imposibilidad de ejercer vigilancia alguna sobre el coche y que, privado de su uso, de la dirección y fiscalización de la cosa, no tiene ya la guarda de la misma ⁽⁴⁾. Eso era tanto como tomar por base la guarda material, no ya la jurídica, aun dejándola enlazada al "poder jurídico de dirección y de uso personal" sobre la cosa, según la fórmula de una sentencia dictada por la misma época por la Cámara civil en materia de préstamo ⁽⁵⁾: con mucha más razón que el ladrón, el prestatario ejerce sobre la cosa poseída un poder derivado de su situación jurídica; incluso tiene un derecho exclusivo que le ha sido transmitido por el propietario; pero basta con que el usuario tenga, por un título cualquiera, un poder, es decir, una posibilidad de acción sobre la cosa; por ejemplo, disponer libremente del automóvil que ha causado el accidente.

Algunos se han esforzado por encontrar una noción que concilie el derecho y el hecho, y al propio tiempo que resulte a la vez lo bastante precisa y lo suficientemente amplia para englobar con exactitud situaciones muy diferentes. La noción de *poder*, en sí imprecisa por demás, ha sido especificada así: el guardián se caracteriza por "los poderes jurídicos de dirección, de control y de uso" ⁽⁶⁾. Los comentaristas se preguntan cómo se funden esos tres criterios en uno solo; y se trata de encontrar una fórmula definitiva y unitaria, que está todavía en vías de formación.

⁽⁴⁾ Casación, tribunal en pleno, 2 de diciembre de 1941, con ponencia del presidente LACARDE. *D. C.*, 1942, 25, nota de RIGERT; *S.*, 1941, 1, 217, nota de H. MAZEAUD; *J. C. P.*, 1942, 11, 1766, nota de MINURA. Se han hecho numerosos comentarios acerca de este fallo y en sentido favorable.

⁽⁵⁾ Casación civ., 24 de noviembre de 1941, *D. C.*, 1943, 2, nota de F. G.

⁽⁶⁾ Casación civ., 3 de noviembre de 1942, *D.*, 1947, 145, nota de ANDRÉ TUNC.

Se ha discutido especialmente el caso de un accidente causado por un automóvil que, aun estando ocupado por su propietario, era conducido por un chofer proporcionado por el dueño de un garage: ¿quién es el responsable? Según la corte de apelación, lo era el propietario, porque había conservado la dirección del auto en cuanto al horario y al itinerario; por el contrario, con arreglo a la Corte de Casación, el dueño del garage, porque tenía calidad para dar órdenes o instrucciones técnicas al conductor, su sustituto, aunque aquél haya permanecido en su garage y no haya hecho más que poner a este último a disposición de su cliente. En verdad, no había ni dirección ni uso del coche; y cabe preguntarse qué control directo tenía del vehículo; o, si ha de responder por su encargado, no es sino por las faltas cometidas por él, y en virtud de otro principio, el de la responsabilidad por hecho ajeno (no ya por razón de la cosa). Se ha comparado ese caso con el del automovilista que, al conducir a su casa al dueño de un garage cuyos servicios empleaba, había cedido a éste el volante: aquí, se ha resuelto que el propietario seguía siendo el dueño de su auto (1), si bien el accidente era imputable a una imprudencia del dueño del garage, que conducía a velocidad excesiva. También se han comparado esos casos con el del propietario de un automóvil que se lo había confiado a un hijo suyo menor, para pasar la noche en la ciudad: pues se considera que aquél conservaba la "alta dirección" de su coche, en razón de la autoridad que tenía sobre su hijo (2). Esas soluciones enlazan la noción de guarda con la de simple control directo o indirecto sobre la cosa, haciendo caso omiso hasta del uso o de la dirección efectiva, que faltaba en mayor o menor medida en los casos citados.

En la formación experimental de los principios por la jurisprudencia, la mayor dificultad consiste en establecer una regla que, siendo justa para los casos dados, valga además para casos futuros, sin tropezar con otras reglas vecinas. ¡Cuidado con la interferencia de las reglas! Así, un encargado causa un daño sin culpa suya, por efecto de una cosa de la cual se sirve, por ejemplo, en un accidente de bicicleta: considerando que tenía la guarda de la misma, se le presume responsable; pero, por otra parte, ¿no es también responsable su patrón, ya que todo comitente responde por los hechos de su comisionista? (art. 1384 del Cód. civ.). Tenemos, pues, dos principios aplicables, pero que chocan entre sí: si la custodia implica poderes independientes,

(1) Casación, req., 22 de junio de 1943, loc. cit.

(2) Impl. en Casación civ., tribunal en pleno, 2 de diciembre de 1941, ya citada.

resulta incompatible con la subordinación debida a un comitente (*); hay, pues, que optar, o bien enmendar la regla. Igualmente, un menor causa un accidente con una cosa suya; por ejemplo, con un vehículo que le pertenece, sin que se le impute culpa alguna: por estar sujeto a la potestad de su padre, ¿puede ser considerado como guardián responsable de las cosas puestas a su disposición? ¿No es jurídicamente el padre, como responsable de los actos de su hijo menor de edad, el guardián de las cosas que usa este último? La jurisprudencia descubre aquí sus vacilaciones (10), al quedar emparedada entre el rigor de los principios y los matices de la realidad; y de aquí no podrá salir sino valiéndose de distinciones que tengan en cuenta las circunstancias. Para no incurrir en el artificio jurídico, la noción de guarda debe permanecer dentro del marco de las realidades; ahora bien, la dependencia de los hijos, sobre la cual se apoya la responsabilidad del padre, está lejos de ser uniforme; se halla en función de las condiciones de vida y de las costumbres, y tiende a disminuir con la edad.

Esa jurisprudencia creadora y curiosa ha sido inspirada por lo que se denomina la política preventiva de los daños, que tiende a asegurar una justa reparación a las víctimas de accidentes, incluso en los casos en que ellas no pudieran probar que el autor del accidente había incurrido en culpa. Se trataba de concretar esa finalidad equitativa manteniéndose en una justa medida; y todo el empeño se ha dirigido hacia el descubrimiento y puntualización progresiva de un principio jurídico dentro del marco legal, para satisfacer ese desiderátum en contacto con la experiencia judicial (11). Hermoso tema para la dialéctica, donde

(*) Casación civ., 26 de marzo de 1948, D. P., 1948, 485, nota de RIPERT. Consecuencia criticable: el comitente es responsable si su encargado incurre en culpa, pero no en este caso contrario.

(10) Casación civ., 15 de junio de 1948, loc. cit. Aquí, la Corte de Casación deja la puerta abierta a las distinciones. RIPERT resalta las sutilezas y las incoherencias de la jurisprudencia, y preconiza la reunión sobre la misma cabeza de la responsabilidad por el hecho de otro y la guarda jurídica de la cosa en todo caso, sin separar de la noción de culpa la regla de la responsabilidad por razón de las cosas.

(11) La base moral de esta jurisprudencia surge más claramente en los casos donde aparece menos la regla de derecho. Así sucede en el caso del transporte benévolo, donde ha parecido justo volver al derecho común de la culpa (art. 1382): la jurisprudencia no ha vacilado; pero la doctrina ha realizado grandes esfuerzos para conciliar esta solución con el conjunto de las restantes resoluciones y se ha entregado a diversas interpretaciones (examinadas minuciosamente por HUSSON en su obra ya citada); mientras que la Corte de Casación, siguiendo a las cortes y a los tribunales, ha sido impresionada sencillamente por lo que tendría de chocante que un acto de pura cortesía pudiera volverse

las sutilezas jurídicas encuentran terreno propicio. Se ha discutido mucho, y a veces con pasión, sobre los casos presentados y las resoluciones dictadas. Se han escudriñado todos los matices de las fórmulas seguidas o modificadas por la Corte suprema.

Al respecto se han manifestado dos tendencias principales y divergentes: una de ellas en el sentido restrictivo, que permanece fiel a la responsabilidad denominada subjetiva, basada sobre la idea tradicional de la culpa, probada o presunta; y la otra, en el sentido de la extensión, por admitir la responsabilidad llamada objetiva, fundada en la moderna idea de riesgo. Se han intentado compromisos, con predominio de la primera tendencia, apoyada en el espíritu del Código y sobre una concepción moral del derecho, pero rebasada en ocasiones. El sentimiento de protección de las víctimas empuja a sacrificar al autor del accidente, aun no siendo culpable. En el supuesto de no disculparse culpa ni de uno ni de otro, el derecho común llevaría a rechazar al demandante, sobre el cual pesa la carga de la prueba; pero se ha preferido mantener la presunción de responsabilidad contra el autor del accidente, a menos que pruebe éste que la verdadera causa es otra; es decir, que consiste en un caso fortuito o de fuerza mayor o se debe a otro, cuando dentro de la estricta justicia debería poderse disculpar probando su ausencia de culpa, sin más. Esta última solución extiende la responsabilidad más allá de la culpa, y resulta difícil por demás encuadrarla en el mismo sistema, a pesar de los ingeniosos esfuerzos que han sido intentados. Generalmente, se explica más bien por la idea de riesgo, y éste constituye uno de los principales argumentos de los partidarios de tal teoría ⁽¹²⁾.

contra su autor en ausencia de toda culpa por su parte (nota de PAUL ESMEIN, *Sirey*, 1929, 1, 249, y nota de F. M., *Sirey*, 1941, 1, 97).

⁽¹²⁾ El espíritu jurídico gusta de las sistematizaciones, sin desdeñar las distinciones. No obstante, la jurisprudencia, más a ras de tierra, cuidadosa por aplicar a cada caso un principio justo, se preocupa ante todo por averiguar de quién es la culpa; y, bajo las fórmulas, no se atiende verdaderamente a la presunción legal sino en caso de faltar la prueba de la culpa. Parece justo, lo mismo que jurídico, mantener la presunción como principio subsidiario en relación con la prueba normal de culpa. En tal sentido, nota de SAVATIER, con motivo de Casación civil, 23 de enero de 1945, *D.*, 1945, 317. Efectivamente, los jueces de hecho se preocupan siempre de la cuestión de la culpa.

Si se conecta esa responsabilidad con una obligación de seguridad debida por el guardián de una cosa inanimada, nos vemos conducidos a fijar grados en tal obligación. En principio, debe ser ésta una obligación de resultado, tendente a garantizar la seguridad de otro o de los bienes ajenos. Pero, como obligación tan extensa debe tener sus límites, es reducida a una obligación de medios en ciertos casos donde aparezca excesiva, especialmente con respecto a los que participan en el uso de la cosa por efecto de pura complacencia por parte del guardián: se con-

Donde mejor se justifica tal solución es cuando el accidente se debe a un vicio o defecto de la cosa ⁽¹³⁾; como, por ejemplo, a una rotura de la dirección de un automóvil o la de alguna otra pieza del mecanismo, lo cual puede provenir tanto de falta de conservación como de un mal ajuste. Cabe que eso se produzca de manera imprevisible, anormal y sin culpa alguna; el automovilista no dejará de ser por ello menos responsable presunto, porque responde de sus cosas, y esto parece justo. Pero no hay necesidad de recurrir aquí a la teoría del riesgo; basta con invocar una obligación de *garantía*, que es un prolongamiento de la presunción de culpa y que recae sobre los daños causados por un vicio inherente a la cosa: el propietario, o aquel al cual le haya transferido el control de la cosa, ¿no debe tener siempre cuidado de que ésta no cause daño a tercero y de conservarla de manera que quepa evitar que lo cause? ⁽¹⁴⁾.

No estamos aún al término de esta jurisprudencia en vías de formación y de aplicaciones indefinidas. El somero análisis que sobre ella acabamos de esbozar resulta suficiente para mostrar de qué modo procede, los sentimientos que la animan, las ideas que la inspiran y el cuidado con que modela progresivamente las fórmulas jurídicas, a medida de los casos nuevos, con prudencia llevada al máximo por la Corte suprema. Es una elaboración que sigue, cabe decir, una línea sinusoide; avanza mucho menos por creaciones inventivas propiamente dichas que por

sidera entonces que le basta con tomar las medidas de seguridad impuestas por las circunstancias (RENÉ RODIÈRE, *De l'obligation de sécurité due par le gardien d'une chose inanimée et de ses degrés*, en *Rev. trim. de Droit Civil*, 1947, págs. 406 y sigtes). Eso explica que, en este último caso, se retorne al derecho común de la prueba: en caso de transporte gracioso, el guardián no queda obligado sino por su culpa probada.

⁽¹³⁾ La Corte de Casación sienta como principio que "el vicio interno o la actividad propia de la cosa no basta para exonerar al guardián": lo aplica, entre otros casos, a la rotura de los frenos de un automóvil (Civ., 11 de marzo de 1940, *Gaz. Pal.*, 1940, 2, 15), o en el derrumbamiento de la galería de una mina por el peso excesivo del techo (Civ., 2 de julio de 1946, *D.*, 1946, 392, *Gaz. Pal.*, 1946, 2, 151).

⁽¹⁴⁾ En ese sentido, la jurisprudencia belga y la nota de ANDRÉ TUNC, ya citada. Según este autor, los artículos 1384, 1385 y 1386 del Código civil no solamente establecen presunciones de culpa a cargo de aquel cuya culpa es verosímil, sino que contienen además una obligación de *garantía*, que había dado un fundamento aparente a la teoría del riesgo y que parece que debe incumbir al propietario, considerado como guardián de su cosa mientras no haya perdido el control. "Al señalar las nociones de uso, por una parte, de dirección y de control, por otra parte, la Corte de Casación (sentencia del 2 de diciembre de 1941, ya cit.) ha querido quizá tener en cuenta, con más o menos intuición, el provecho y la culpa". De ello se sigue que el propietario debería ser liberado de la presunción cuando pruebe que el daño no procede ni de vicio propio de su cosa ni de culpa por su parte.

intuiciones de detalle y adaptaciones experimentales. El interés práctico que ha suscitado la idea jurídica ha conducido a formular un principio general aplicable también a otros casos similares: así, éste de la responsabilidad de los automovilistas ha sido desarrollado de manera que valga asimismo para la responsabilidad de los daños causados por todas las cosas inanimadas, en condiciones generales de custodia que han de determinarse.

Resulta curioso comparar la jurisprudencia francesa con las restantes acerca de la misma cuestión, particularmente con la jurisprudencia belga, que aplica un texto idéntico del Código civil ⁽¹⁵⁾. Mientras que, en otros países, se ha dictado una ley para reglamentar especialmente la responsabilidad de los automovilistas, la jurisprudencia ha tenido que llenar, en Bélgica como en Francia, la laguna de la ley (aparte el Código de carretera, que existe en cada país). Persiguiendo la misma finalidad, ha seguido una evolución análoga, pero por senderos jurídicos diferentes, relativos a la interpretación extensiva, no ya de la responsabilidad por causa de las cosas (art. 1384), sino de la causada por la persona (art. 1382). El punto de partida suyo ha sido la ingeniosa idea del Procurador general de la Corte de Casación, PABLO LECLERQ, acerca del carácter ilícito de todo acto que mata o hiere, sin necesidad de tener que imputarlo a una culpa particular. La Corte de Casación belga presume responsable, en principio, sin que la víctima tenga que probar una culpa, al que lesiona a otro por acto inmediato o personal; es decir, ya sea por hecho de su propio cuerpo, ya sea por el de una cosa que tenga entre sus manos, por el de algo que forme

⁽¹⁵⁾ F. GORPHE, *La responsabilité du fait des automobiles en droit comparé*, en *Rev. critique de légis. et de jurisprud.*, 1935, págs. 150 y sigtes. *La jurisprudence belge sur la responsabilité du fait des automobiles*, en *Rev. critique*, 1936. Acerca de la jurisprudencia belga más reciente, véase *Rev. trimest. de Droit Civil*, 1947, págs. 93 y sigtes.

Más difícil resulta la comparación con la jurisprudencia basada en principios diferentes, como la de los países anglosajones. La aproximación sólo resulta interesante para mostrar la tendencia general de la evolución, por influencia de necesidades sociales que se encuentran por doquiera. La jurisprudencia de los Estados Unidos, indicada por CARBOZO (*The grow of the law*, ya citada, pág. 77), se expresa sobre poco más o menos en el mismo sentido. En el Estado de Nueva York, la responsabilidad delictuosa o reparación de los daños (*remedy in tort*) ha sido extendida al patrono negligente cuando el trabajo de la fábrica parece ser peligroso para la vida del trabajador. Las cosas clasificadas como peligrosas y que originan responsabilidad han sido ampliadas considerablemente, desde la venta de venenos hasta los andamios y los automóviles e incluso a los dulces o pastas que contengan uñas u otras sustancias extrañas no admitidas en lo culinario. De la esfera de los daños (*torts*), las excepciones han sido extendidas a la de los contratos y al dominio intermedio.

un todo con su persona, como un automóvil con su conductor. Ha erigido así una presunción de responsabilidad basada en la obligación general que incumbe a cada uno de velar para no lesionar el derecho ajeno, y en el dominio que tiene el hombre sobre su propio cuerpo. Pero ha llegado demasiado lejos al declarar que todo acto de herir es ilícito: como en cualquier otro acto dañoso, no puede serlo sino en razón de la culpa del agente. Pues bien, si esa premisa mayor es inexacta, el razonamiento cae por sí solo. Además, esa jurisprudencia ha debido abrirse paso a través de sutilezas para intentar establecer su principio de la responsabilidad del "hecho" del automovilista, sin tener que hablar de culpa, aun suponiéndola, y sin tener que hablar de presunción, aun dispensando de prueba al demandante. Ha habido que reconocer su falta de claridad, de suerte que ha podido ser calificada de misteriosa.

La noción del "hecho del hombre", siendo menos amplia que la del "hecho de la cosa", ha conducido a la jurisprudencia belga a completarla con la del "vicio de la cosa", recurriendo al artículo 1384 en ese aspecto y, ante las necesidades de la causa, a extender esa última noción mucho más que la jurisprudencia francesa (más bien apegada, como hemos visto, a la noción de "guarda de la cosa"). Poco interesa que el defecto sea aparente o no, conocido o desconocido por el guardián: se concluye por englobar en ello todo comportamiento más o menos anormal de la cosa ⁽¹⁶⁾. Así, si se produce un accidente de automóvil a consecuencia del humo excesivo despedido por una locomotora sobre una carretera muy transitada, ese escape de vapor, peligroso para los demás vehículos, basta para comprobar el defecto, sin tener que averiguar si se debe a un defecto de los órganos de la máquina más bien que a una culpa del fogonero en su manejo. Se ha podido observar, en la evolución de esa jurisprudencia, un deslizamiento subrepticio desde el "hecho del hombre" al "hecho de la cosa", por la extensión progresiva de la noción del "vicio de la cosa". Ni siquiera se exige que la víctima precise el

(16) No por eso debe reconocerse menos que esas dos nociones se superponen. La dispensa de prueba con que se favorece a la víctima del daño en cuya realización haya intervenido una cosa, no puede justificarse más que si, bajo la apariencia del hecho de la cosa, se descubre la acción del hombre que está tras ella: siempre se trata de alcanzar al hombre, y su acto es el que conviene sancionar. Ahora bien, aquel del cual pueda suponerse que se encuentra detrás del hecho de la cosa, y cuya acción lo ha determinado, es aquel que tiene la cosa en su poder efectivo: criterio que permite asentar sobre la culpa la responsabilidad presunta proveniente de las cosas, como la responsabilidad probada por hecho personal (B. GOLDMAN, *De la détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, Sirey, 1947).

vicio en que se basa la responsabilidad; le basta establecer, para fundar su demanda, "la imposibilidad del accidente si la cosa no hubiera estado afectada por un vicio": basta así con una prueba negativa, por eliminación de las demás causas concretas posibles del accidente, a pesar de la incertidumbre de este procedimiento (17). Para llegar a una inversión de la prueba en favor de las víctimas, se tiende a erigir una presunción de hecho particular en una presunción de derecho general.

En tales creaciones jurisprudenciales subsisten ciertas incertidumbres, fluctuaciones y algunas confusiones de ideas (18). Los esfuerzos para encuadrar en las nuevas categorías jurídicas casos por exceso dispares, la vida que desborda siempre sus límites, se formulan en términos propensos al equívoco, por tomarse en sentido diferente del generalmente admitido. Así, la noción de culpa ha sido tan estimada, que en los casos extremos no se reconoce nada moralmente reprochable; pero no en balde se vacían las ideas de su contenido propio. No obstante, en esta esfera, donde el derecho se elabora judicialmente, no cabe desprenderse del sentido moral que lo anima y lo sostiene. En verdad, las oscilaciones de la jurisprudencia, que llevan a recordar una balanza de la justicia en alternado movimiento, revelan un esfuerzo para satisfacer las aspiraciones divergentes (opuestas en apariencia, aunque emanen de un principio común). La tendencia subjetiva y propiamente moral, formulada sobre la responsabilidad de la culpa, ha constituido una preocupación fundamental de la justicia, que, incluso en lo civil, se resiste a condenar por actos que no son moralmente reprobables. La tendencia objetiva y exclusivamente jurídica, formulada sobre

(17) Casación, 19 de noviembre de 1939, *Pas.*, 1939, 1, 430; Casación, 23 de marzo de 1943, *Pas.*, 1943, 1, 110; Casación, 12 de julio de 1945, *Pas.*, 1945, 1, 203.

(18) En un profundo estudio crítico reciente (*La faute et sa place dans la responsabilité civile*, en *Rev. trim. de Droit Civ.*, 1949, págs. 481-490), el profesor ESMEN descubre la gran confusión que reina actualmente, de modo especial Francia, acerca del fundamento de la responsabilidad civil: confusión que revela la de las aspiraciones de la misma opinión pública, tendente, de una parte, a la seguridad en la acción y, por otra parte, a la seguridad pasiva. De ahí un conflicto entre la obligación fundada en la moral y la obligación estricta o común. Algunos sociólogos han observado que, según las épocas, domina una u otra tendencia, según que el derecho proteja más bien la necesidad de libre acción o, por el contrario, la necesidad de seguridad. STALLYBRAS (*Salmonds law of torts*, 10 ed., pág. 19) descubre una especie de oscilación pendular en el movimiento de esas dos tendencias opuestas. Aquél cree actualmente en un retorno a la primera tendencia. ESMEN tiene también la impresión de que, en Francia, sucede lo mismo: en estos últimos años, la Corte de Casación, en reiteradas ocasiones, ha manifestado su voluntad de subordinar la responsabilidad a la culpa.

la responsabilidad del riesgo, ha aparecido, con el progreso industrial, como una nueva preocupación de justicia social en aquellos casos en los cuales el antiguo principio no era suficiente para asegurar a las víctimas una reparación de los daños. El peligro está en que una tendencia de ese género, con base humanitaria, arrastre fuera de los cauces jurídicos previstos, por poco que se quiera generalizar el principio: la justicia, que debe guardarse de todo exceso, se beneficiaría si viera muy limitada la aplicación de aquélla.

En su análisis minucioso y penetrante de esta jurisprudencia francesa sobre la responsabilidad, el profesor HUSSON, con su espíritu filosófico, resalta el papel decisivo de la representación del fin que ha de conseguirse, o del sentimiento del resultado que haya de obtenerse ⁽¹⁹⁾. Es un sentimiento de justicia comprensivo de conocimientos confusos, susceptibles de progresiva depuración, de representaciones más o menos definidas del fin pretendido. El esfuerzo por descubrir la solución jurídica del problema planteado se orienta por ese sentimiento, al punto de que las premisas del razonamiento pueden ser dispuestas precisamente con miras a procurar una base justificativa para la solución requerida por las necesidades prácticas o por las exigencias de la equidad. A tal efecto, no se necesita crear un principio nuevo; basta con elegir entre las reglas preexistentes la aplicable a los hechos analizados.

Ese proceso del juicio en la elaboración de las soluciones jurídicas que forman la jurisprudencia se encuentra también en todas las resoluciones judiciales que plantean una aplicación de principios. No obstante, resulta más claro en las discusiones de derecho que en las de hecho mezclado con derecho; y en las primeras es donde HUSSON encuentra, en la base del método seguido, una inducción socrática (que permite al espíritu tener conciencia de una convicción moral al hacerle reflexionar sobre los hechos), tanto para volver a encontrar principios jurídicos ya clasificados como para combinarlos, para retocarlos o para modelarlos de nuevo ⁽²⁰⁾. Esa inducción tiene por objeto formular un juicio valorativo sobre los hechos descritos ⁽²¹⁾; y, por tanto, pone en acción el sentimiento jurídico por ellos despertado, y tiende a traducirlo en términos racionales. En otras palabras,

⁽¹⁹⁾ L. HUSSON, *ob. cit.*, pág. 108.

⁽²⁰⁾ L. HUSSON, *ob. cit.*, pág. 110.

⁽²¹⁾ CLAPARÈDE había destacado con acierto el papel de los juicios valorativos en la justicia; tales juicios no se apoyan solamente sobre la consideración objetiva de los términos en presencia, sino también sobre la disposición afectiva última que uno de esos términos provoca en nosotros (E. CLAPARÈDE, *ob. cit.*, pág. 285).

descubre en el pensamiento jurídico una experiencia primeramente confusa, que tiende a organizarse infiltrándose en conceptos antiguos y expresándose por medio de conceptos nuevos.

Los tribunales y las cortes de justicia, con igual finalidad de proteger a las víctimas de accidentes y de asegurarles una reparación de los daños, tienden a interpretar muy ampliamente y de modo muy favorable para ellas las pólizas de seguros, pese a las cláusulas más o menos restrictivas insertas por las compañías; esa tendencia humanitaria está tan generalizada, que el mismo legislador interviene en idéntico sentido. Pero aquí no se encuentra una gran construcción jurídica como en el caso precedente ⁽²²⁾; sino más bien una tendencia general en la forma de juzgar.

Ocurre otro tanto con la interpretación de la legislación de los accidentes del trabajo, para beneficiar con ello a los accidentados cuantas veces resulte posible. Se ha llegado a considerar accidente del trabajo todo accidente que tenga alguna relación con el trabajo. Así acontece, por ejemplo, con las heridas recibidas en el curso de una riña entre obreros en el trabajo, sea cual sea el motivo de las lesiones. Igualmente, con el accidente sobrevenido al obrero cuando va a su trabajo o vuelve de él, si está alojado por su patrono y si acontece durante el trayecto entre la casa y el taller ⁽²³⁾; y se ha llegado hasta beneficiar así al que se dirige de su casa al trabajo, cuando la empresa impone a su personal frecuentes traslados ⁽²⁴⁾.

En el mismo orden de ideas se halla la tendencia siguiente de la jurisprudencia, que ésta no ha expresado formalmente en sus resoluciones, como tampoco la doctrina. Aun proclamando siempre el principio de los daños y perjuicios medidos según el perjuicio objetivamente tasado, los jueces, sin decirlo, tienen generalmente en cuenta, en mayor o menor grado, elementos extrínsecos; tales como la gravedad de la falta cometida, la respectiva situación pecuniaria de las partes, su actitud en el proceso y, por último, todas las circunstancias personales y reales de la causa. De ese modo le asignan a la responsabilidad civil una función moral y social.

⁽²²⁾ Aparte la que, antes de la ley del 16 de julio de 1930, ha elaborado en Francia las reglas del contrato de seguro terrestre.

⁽²³⁾ Casación civ., 19 de mayo de 1930, *D. H.*, 1930, 428; Casación civ., 23 de abril de 1936.

⁽²⁴⁾ Casación civ., 13 de noviembre de 1940. Esas soluciones han sido consagradas por la ley del 30 de octubre de 1946 (art. 2º, § 2), que asimila el accidente durante el trayecto con el sobrevenido por el hecho o con la ocasión del trabajo (Nancy, 18 de noviembre de 1949, *D.*, 1950, *Som.*, 37).

Se advierte, pues, que, incluso en las aplicaciones del derecho, al menos en cuantas ocasiones puede obrar la noción de justicia, los jueces intentan juzgar como hombres, por impulso de los sentimientos que experimentan ante las miserias materiales y morales, y sienten satisfacción cuando un medio de derecho les permite aliviarlas. Sin embargo, a diferencia de los profanos, no se dejan arrebatar por reacciones espontáneas; no olvidan que lo concedido por ellos a una de las partes es a costa del detrimento de la otra; y que la justicia se mantiene en equilibrio compensatorio. Se advierte cuánto interesa que el sentimiento de la justicia tome cuerpo en nociones definidas.

CAPÍTULO III

LAS OPERACIONES DEL PENSAMIENTO QUE CONDUCE AL FALLO DE LOS JUECES

Carácter a la vez práctico y racional del fallo judicial. Autoridad de la cosa juzgada y verdad generalizable. Comparación con el *case law*.

Papel preparatorio de la intuición en la formación de todo fallo, especialmente sobre las cuestiones de hecho. Superioridad general del pensamiento espontáneo sobre el pensamiento reflexivo: aplicación al pensamiento judicial.

Acción latente del sentimiento: del sentimiento del derecho a la conciencia del derecho, del sentimiento de lo justo al ideal de justicia. Modalidades y función de estos sentimientos.

Relatividad de las apreciaciones de los jueces, reducidas por recurrir a los precedentes, al proceder por comparación con los casos semejantes ya resueltos.

La finalidad del juicio que surge de la dirección del pensamiento o de la intención. La doble progresión constante del pensamiento, por desarrollo o análisis y por conexión o síntesis, se encuentra también en los fallos, con su doble parte analítica y sintética. Sirve para explicar los progresos del pensamiento jurisprudencial en lo que pueda tener de inventivo.

Función del análisis en la preparación de los materiales. Función de la síntesis en la reconstrucción de los hechos, en la hipótesis provisional y en la conclusión. Función común de una y otra, que el espíritu crítico ha de equilibrar. Todo juicio final es el resultado de muchos otros.

Función respectiva de las diversas operaciones intelectuales en cada etapa del proceso del fallo.

Tras esas construcciones jurídicas utilitarias descubrimos en el fondo, por un lado, la acción siempre latente del sentimiento y de la voluntad en la dirección del pensamiento; y, por otro, la mezcla constante de las intuiciones con los razonamientos en los procesos intelectuales que elaboran los principios rectores y preparan las resoluciones.

Ese papel de los elementos extraintelectuales no impide que la justicia deba conservar un carácter racional que es protegido,

en su espíritu, por la aplicación de los principios jurídicos y, en su forma, por la motivación de las resoluciones. Si es cierto que se juzga, en mayor o menor grado, con toda el alma, no por ello debe dejarse de seguir el punto de vista dominante de la razón, pero sabiendo hacer abstracción de sus preferencias personales, para juzgar objetivamente, de manera que los interesados puedan fiscalizarlo y que se imponga a todos. No resulta suficiente "juzgar sin odio ni temor", como se recomienda a los jurados, hay que saber elevarse por encima de los sentimientos propios, lo cual exige cierta disciplina profesional. "Es preciso —proclama SOREL— que el juez aparezca como un ser completamente desinteresado, que no obra en virtud de su voluntad, sino en virtud de reglas situadas tanto por encima de él como por encima del culpable" (1). Su convicción no debe ser una impresión subjetiva o una creencia ciega, sino una determinación crítica, depurada y, en cierto modo, impersonalizada. A ello contribuye el que se forma generalmente en una deliberación de tres, donde cada juez confronta su opinión en contacto con sus colegas y donde la mayoría resuelve; de suerte que la resolución común, pronunciada en nombre del tribunal o de la corte, se da como impersonal.

En tales condiciones cabe presentarla con el título de verdad judicial: *res judicata pro veritate habetur*. Esa presunción legal no constituye una simple ficción jurídica, destinada a poner fin a los procesos, a consecuencia de un fallo o de una sentencia definitiva, que adquiere así la autoridad de la cosa juzgada; es también, con respecto a un caso particular, la afirmación de una relación de verdad generalizable, válida como jurisprudencia para los casos semejantes que puedan presentarse. Ese espíritu de generalización racional es el que otorga a la jurisprudencia toda su fuerza, sobre todo por parte de los tribunales superiores (2). La constancia de las resoluciones proporciona la seguridad en las relaciones de los negocios; además, es muy apetecida por los litigantes y por los hombres de negocios; éstos la defienden particularmente, a fin de estar en condiciones de orientar

(1) G. SOREL, *La psychologie du juge*, en *Archivio de psichiatria, scienci penali ed anthropologia criminalia*, XV, 1894, pág. 37.

(2) Se ha llegado hasta pretender aplicar al juez el imperativo categórico sobre el cual basa KANT su moral: "Obra de tal manera que tu voluntad puede valer siempre como principio de una ley general". Esa aproximación resulta interesante por recordar el fundamento moral de la justicia. No obstante, el punto de vista del juez, que versa sobre las acciones, difiere del de la conciencia moral, que se refiere a las intenciones. Sin duda, el juez se interesa por las intenciones, sobre todo en materia penal, pero no en sí mismas, sino para apreciar las acciones.

a sus clientes y darles su parecer sobre las probabilidades del proceso. Eso presenta no sólo interés pecuniario, en una época donde las causas se han hecho tan costosas, sino también interés moral: ¿hay algo más penoso que la incertidumbre? También la Corte de Casación, custodia celosa de la unidad de la jurisprudencia (que constituye su función más eminente y útil), cuida de modo muy especial la formulación de sentencias en términos minuciosamente estudiados y ponderados, bastante precisos para servir de guía y bastante flexibles para adaptarse a los nuevos casos.

Igual espíritu vuelve a encontrarse, pero en forma distinta, en los países de derecho consuetudinario, donde las cortes se encuentran investidas de la elevada función de aplicar no solamente el derecho, sino también de crearlo. En el sistema anglo-americano, aun apreciando cada caso en concreto, los jueces de apelación tienen el deber de juzgarlo en consideración a lo por venir, de manera que sus sentencias sirvan para resolver los casos análogos que se presenten, al "encajar cada uno en el cuerpo del derecho como un precedente", según la vigorosa expresión del jurista norteamericano el decano POUND⁽²⁾. Así se forma el *case law*, recogido con profusión en los *reports*: derecho jurisprudencial concreto, que viene a completar y vivificar el derecho legislativo abstracto, en otro tiempo muy escaso en tales países.

Ya hemos llamado la atención acerca de que la intuición entra en todo juicio, por preparar los elementos y haciendo que surjan las ideas. Bien ejercida, permite comprender rápidamente un asunto, sin efectuar los rodeos del razonamiento. Sabemos que, según HÖFFDING, la intuición es la base de todo juicio, como de todo razonamiento lógico⁽⁴⁾. El gran psicólogo danés explica así el proceso del pensamiento: los términos del juicio se presentan yuxtapuestos en un conjunto por la intuición; la atención pasa de una a otra de las representaciones; una de ellas, por servir de punto de partida, se convertirá en el sujeto, y la idea terminal se convertirá en el predicado, de manera que el juicio sea expresado gramaticalmente. La atención es impulsada y sostenida por el interés que se atribuye a una u otra de las ideas por la cuestión que ha de juzgarse; porque las ideas sin interés se deslizan ineficaces en la conciencia; y, por otra parte, el espíritu que permanece sumergido en un solo pensamiento no

(2) ROSCOE POUND, *The theory of judicial decision*, en *Harvard Law Review*, XXXVI, 1923, pág. 940.

(4) H. HÖFFDING, *Les bases psychologiques des jugements logiques* (ob. cit.), pág. 350.

llega hasta formar un juicio. "El interés que se concede a un elemento hace de esa idea un punto de partida y actúa como un aguijón que os empuja a descubrir en ella la determinación más próxima. Cierta tensión se deja sentir hasta que se alcanza la representación final, y esa tensión es sustituida por el interés por el predicado que ha sido descubierto y que por ello acentúa la dicción" (3).

Hemos visto intervenir la intuición en la elaboración del principio de responsabilidad civil presunta por causa de los accidentes, al aproximar nociones que no habían sido previstas para esa cuestión y cuya fecundidad no se sospechaba. Con frecuencia mayor, ayuda en la preparación de los fallos sobre cuestiones de hecho: en primer término, para captar el conjunto y el nudo de un asunto enredado, cuando el razonamiento no sabe qué cabo seguir; luego, para aplicar a la causa el principio justo, cuando se duda entre los propuestos; por último, para apreciar los intereses en conflicto, cuando se carece de criterio y de elementos de medida. Con toda seguridad, no se llega a ello solamente por un don intelectual natural; eso requiere un sentido de los asuntos jurídicos, que se desarrolla con el ejercicio, y un sentido del derecho justo, afinado por el estudio y por las aplicaciones.

Los psicólogos que, como el profesor HUSSON, han estudiado el pensamiento jurídico en la construcción del derecho, no han dejado de observar la función primera del pensamiento espontáneo, o intuitivo, que el pensamiento reflexivo torna explícito al depurarlo, y que la argumentación silogística desarrolla al desprender los principios implícitos en él, por medio de un análisis racional, por obra de exigencias finalistas de la justicia, experimentadas con ocasión de las circunstancias de cada causa. El profesor MEYERSON, desde un punto de vista más general, ha deducido un método basado sobre la idea de que los procedimientos del pensamiento espontáneo son idénticos a los del pensamiento consciente y, en consecuencia, pueden aclararse por éstos (4). HUSSON hace aplicación de ellos al pensamiento jurídico (5). Este, esencialmente práctico, se aplica a

(3) H. HÖFFDING, *La pensée humaine* (ob. cit.), pág. 92.

(4) E. MEYERSON, *Bull. de la Soc. franç. de philosophie*, 1909, pág. 75.

(5) L. HUSSON, ob. cit., págs. 350 y sigtes.

Los juristas habían señalado con excesiva timidez el papel de la intuición. El decano GÉNY la indicaba como el correctivo necesario contra el exceso de intelectualismo jurídico, y la caracterizaba como una especie de vista del espíritu sobre las cosas tomadas en su complejidad moviente y, por decirlo así, en su vida. Ese profundo espíritu, aun permaneciendo inspirado por el intelectualismo, reconocía que los problemas jurídicos no deben ser separados, en el estudio que de ellos

combinar sistemas de medios con objeto de realizar en la vida social los fines cuya necesidad comprueba o cuya necesidad, válida en otros, reconoce. Esas exigencias se nos manifiestan, ante todo, en forma de sentimientos y de impulsos, a la espera de ser liberados y depurados por la reflexión, al traducirlos intelectualmente; luego al aproximarlos entre sí, al confrontarlos con los de otros; por último, al someterlos a un examen crítico. Tales análisis son válidos para el pensamiento judicial en tanto tenga un objeto jurídico. Sin embargo, el punto de vista del juez, como es sabido, no es el del jurista puro, y su tarea peculiar no consiste en elaborar principios de derecho, sino en resolver casos concretos, y los principios no constituyen sino medios para alcanzar tal fin. Por tanto, si el pensamiento jurídico es de naturaleza concreta, el pensamiento de los jueces lo es mucho más; o, más exactamente, el segundo constituye el sustrato concreto del primero, en lo que ha podido llamarse la experiencia jurídica (*).

"El hombre —dice IHERING— debe ante todo sentir las reglas del derecho antes de que su razón se impregne de ellas" (*). El

se haga, de los acontecimientos de la vida que les hacen surgir; y que los principios abstractos, de orden lógico, que sólo satisfacen al espíritu, van acompañados de reglas de orden moral, reveladas por la creencia, que esclarecen la voluntad. Reconocía también que al iniciar la investigación del derecho se encuentra la fe en la justicia, que se precisará luego en contacto con los hechos (ob. cit., págs. 143, 187 y 190).

Resulta curioso observar que suelen los juristas, incluso versados en la filosofía del derecho, resistirse a admitir elementos irracionales. Según el profesor ROUBIER, el derecho constituye una apreciación razonada de lo justo y de lo injusto; por tanto no es objeto de sentimiento, de creencia o de intuición; se razona y se analiza, es una obra de la razón práctica (P. ROUBIER, *Théorie générale du Droit*, Sirey, 1946, pág. 177). Quizá sea eso dar una noción clara del mismo. Pero, al propio tiempo, eso no borra su parte subjetiva, que acompaña a toda apreciación o juicio valorativo: precisamente el autor estudia el derecho como sistema de valores. Se refiere a BERGSON, que con tanto acierto ha resaltado el papel de la intuición: este filósofo considera la actividad moral de una sociedad civilizada como esencialmente racional, mas descubre su origen fuera de la pura razón (H. BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, pág. 81). ROUBIER se refiere también a SCHLOSSMANN, para el cual los conflictos de interés son apreciados según una doble escala de valores: la consistente en comparar los valores propios de los intereses divergentes y la que consiste en comparar los méritos personales de los titulares presentes (SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, 1876, pág. 194).

(*) De acuerdo con HUSSON, la noción de experiencia jurídica expresa la idea de que el derecho no está construido enteramente *a priori* y de una vez para siempre; sino que su enunciado y su aplicación suponen el conocimiento de los hechos que rige, que su contenido y su valor no se revelan plenamente sino con el uso, y que las fórmulas en las cuales se traduce deben sin cesar ser adaptadas, retocadas, e incluso refundidas (L. HUSSON, ob. cit., pág. 420).

(*) IHERING, *De la faute en Droit Privé*, trad. de MEULENAERE, pá-

sentimiento del derecho, que se ejercita por intuición, desempeña papel importante en la inteligencia de los asuntos; pero no se ha puesto bien en claro por haber sido objeto de muy pocos estudios ⁽¹⁰⁾. Se le cita por permitir una impresión justa de la causa, así como para apreciar en qué sentido se encuentra el buen derecho o al menos la buena fe. Particularmente, allí donde falta el derecho escrito, interviene últimamente como avisador y guía, a la vez de *facto* y de *jure*. RÜMELIN, que ha intentado analizar su función, distingue una doble operación psicológica: en primer término, una percepción intuitiva de las relaciones y de los intereses en causa, tanto por el pensamiento cognoscitivo como por el pensamiento compendiado o por la experiencia; luego, una apreciación general de los intereses en cuestión, por el pensamiento intuitivo ⁽¹¹⁾. La primera operación es preponderante: una vez bien reconocida la situación de los intereses, el juez, casi siempre, no tiene sino que aplicar inmediatamente sus puntos de vista, y la resolución se le aparece con resplandor de relámpago; porque percibe por intuición sus apreciaciones personales, que siguen siempre el sentido de las concepciones generales. No obstante, sabe que no debe limitarse a sus pareceres personales sin darse cuenta de si corresponden a una concepción común, lo cual rebasa la intuición; porque el juez está llamado a declarar lo que es justo objetivamente, y no lo que

gina 22. Ya observaba Vico también que: "El hombre primero siente, y luego razona" (*De uno universi juris principio et fine uno*).

Jung habla de los juicios establecidos por el sentimiento, que no son simplemente irracionales, sino que constituyen el resultado de un intento interior consecuente, porque el sentimiento tiene su lógica particular. Tales juicios no se encuentran en su lugar más que en la esfera sentimental, relativamente a las cuestiones en que el sujeto interviene por interés del yo, no por buscar la verdad (C. G. JUNG, *L'homme à la découverte de son âme*, trad. de CAHEN-SALABELLE, Mont Blanc, 3ª ed., 1948, pág. 114). Aquéllos no deberían desempeñar papel sino en la vida, no en la justicia.

⁽¹⁰⁾ Los juristas que lo han invocado se sitúan en el punto de vista de la elaboración del derecho, no de la justicia. SCHLOSSMANN ve en ello un medio de reconocer el orden ideal que integra la justicia, y también un motor que nos impulsa a realizarla (*Der Vertrag*, 1876, pág. 193). El profesor LE FUR descubre en el sentido de lo justo uno de los cinco sentidos espirituales que, como instintos humanos, se encuentran en la base de los elementos que producen la civilización (*Les grandes problèmes du Droit*, pág. 17).

⁽¹¹⁾ MAX RÜMELIN, *Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein* (Tübingen, 1925), págs. 53 y sigtes. Observa que corrientemente se usa un pensamiento resumido que se confunde con frecuencia con el pensamiento intuitivo, porque las operaciones se interpenetran estrechamente: no consiste en una percepción intuitiva inmediata de las impresiones internas, sino en el hecho de que no todos los elementos distintos sobre los cuales descansa el juicio asoman a la luz de la conciencia.

acerca de ello piense. A tal efecto, debe inspirarse en un ideal común. El sentimiento del derecho debe elevarse hacia una conciencia del derecho, añadiéndole la idea de que la apreciación del juez está en el sentido del bien común y que será aprobada por los demás, al menos por los que merezcan ser oídos. Las apreciaciones personales no pierden su subjetividad sino al ser confrontadas con las apreciaciones ajenas; y en eso consiste la excelencia de la colegiación de los jueces.

Verdaderamente, el sentimiento del derecho entraña distinciones. Difiere según verse sobre lo que es jurídico o, por el contrario, sobre lo que es justo; porque hay ahí dos puntos de vista que no se encuentran en el mismo plano ni coinciden necesariamente. El primero está dado por el sentido práctico de la aplicación del derecho existente: se basa, además de en el conocimiento del derecho, sobre cierta experiencia de los asuntos y en una capacidad intelectual ejercida en ese sentido concreto; constituye una cualidad fundamental para todos los juristas prácticos. El segundo es más bien el sentimiento de lo justo, en cuanto lo justo pueda diferir de lo jurídico, o, si se prefiere, versa sobre el derecho ideal: posee una base moral, deriva del amor a la justicia, presenta menos de contenido cognoscitivo que de tonalidad afectiva; es una cualidad esencial para los jueces, agregada a la precedente. Ese sentimiento se afinará con el ejercicio de la profesión; pero se deja sentir desde el origen, como si fuera una disposición primera, que se encuentra también fuera de la profesión y desde la juventud, cuando no faltan las nociones morales que la nutren y la capacidad de valoración moral que la condiciona. Al contrario, la primera variedad de sentimiento, el del derecho propiamente dicho, se desenvuelve por la experiencia y el conocimiento; las disposiciones intelectuales que supone se manifiestan a medida de la experiencia. No cabe, pues, exigir esto último al juez no profesional; pero debería exigírsele lo primero, indispensable para toda justicia. Se comprende así que el juez profano se sitúe en un punto de vista diferente del profesional. A ese respecto se han hecho experimentos muy interesantes ⁽¹²⁾.

(12) Un psicólogo alemán, que presentó un informe al Congreso psicológico de Leipzig, en octubre de 1933, expuso a cierto número de jóvenes, capaces en su oficio, algunos hechos jurídicos relativos al mismo objeto, pero cada uno de los cuales implicaba una dificultad de apreciación mayor que el precedente. Consiguio apreciaciones jurídicas para cada hecho; pero únicamente resultaban medianamente sostenibles en cuanto a los hechos más simples; el sentimiento del derecho faltaba en mayor grado según el hecho era más complejo; y las ideas

El psicólogo alemán WEBER, conocido por sus trabajos de psicotécnica, y que ha intentado aplicaciones de la misma al mundo de los juristas, ha estudiado, a propósito de las aptitudes jurídicas, el sentimiento del derecho, donde distingue tres aspectos ⁽¹²⁾. Ante todo, un aspecto ideal, de base moral, que llama la aspiración afectiva hacia lo considerado como aquello que debe ser el derecho, y que constituiría el lado moral de la voluntad profesional del juez: esto se aproxima al sentimiento de lo justo. Luego, existe un aspecto activo, que denomina el deseo de ver realizarse y aplicado el derecho existente, lo cual se traduce en una indignación en caso de frustrarse. Por último, hay un aspecto intelectual, que designa la justa concepción y aplicación del derecho, o la capacidad de comprender exactamente una situación de derecho y la de resolverla. Ve en ello "la inteligencia jurídica específica"; que parece ser el sentimiento del derecho *stricto sensu*. WEBER lo analiza en una representación inconscientemente adquirida del justo derecho, un extracto de los procesos mentales, tras anteriores experiencias análogas. La cualidad afectiva común a esos tres aspectos residiría en el sentimiento de la armonía experimentada como dichosa al contemplar el acuerdo de la idea del derecho con la realidad, o el sentimiento inarmónico en el supuesto contrario; y el tercer aspecto no parece consentir otro, por ser bastante intelectualizado. El autor se ha atendido más bien a los elementos intelectuales de esas diversas modalidades. No obstante, el hecho de que se trate de "sentimientos elevados" e "intelectualmente dirigidos" no debe llevar a descuidar las tonalidades afectivas, características de todo sentimiento, aunque sólo fuera porque el amor por el derecho y la justicia debe encontrarse en su base, y por las emociones humanas experimentadas ante las situaciones que hayan de juzgarse.

Una concepción relativista de la jurisprudencia estima imposible determinar científicamente el ideal del derecho: *de jure non est disputandum*. Cuando el juez carece de puntos de referencia objetivos, se verá reducido a un juicio valorativo subjetivo y, en caso de vacilación, a una determinación de la voluntad arbitraria. Desde ese terreno se traza un círculo más o menos amplio, según se interprete la ley estrictamente o con libertad. Por fortuna, a falta de textos, podemos encontrar generalmente un punto de apoyo en las concepciones dominantes del derecho, que, cuando ya han inspirado a la jurisprudencia, se

expresadas, en la medida que eran defendibles, coincidían por lo general con los principios morales admitidos (relatado por W. WEBER, ob. cit., pág. 59).

(12) W. WEBER, ob. cit., págs. 56 y sigtes.

encuentra que han sido experimentadas en contacto con la experiencia. Así acontece, por ejemplo, con la noción de las buenas costumbres, que corresponde a ideas morales comunes en la nación; o con la noción de la buena fe, que ha adquirido cuerpo jurídico en sus principales manifestaciones. Tan sólo a falta de concepciones dominantes se vuelve a las apreciaciones personales; y todavía cabe reducir su carácter subjetivo colocándolas bajo el ángulo del bien común y del ideal moral; es decir, de los valores superiores, y recurriendo a la conciencia del derecho más bien que al sentimiento del mismo. "El reconocimiento llamado sentimental o intuición —observa exactamente RÜMELIN— resulta indispensable para las apreciaciones, pero no es decisivo; porque el pensamiento debe elaborar lo percibido por la intuición". Le queda al sentimiento una doble función: primeramente, revelar la dirección de la voluntad, después, ante un buen juez, inspirar el amor del derecho y de la justicia, sentimiento superior que permite centralizar los demás.

Aun inspirándose en esas ideas generales y en tales sentimientos, idealizados para fijar el sentido o la dirección de sus resoluciones, los jueces han recurrido corrientemente, incluso en las cuestiones de tasación, a un procedimiento práctico que permite aportar precisión a las soluciones: consiste en consultar los precedentes de la jurisprudencia, cuyas recopilaciones abundan, y seguir, *mutatis mutandis*, lo ya juzgado en casos análogos. Ese expediente releva de iniciar de nuevo las investigaciones e incluso los razonamientos; se parte de un resultado adquirido, y basta con comparar, razonando por similitud o analogía: *similia similibus*; juzgar se reduce a comparar. De esta manera, se logran aproximaciones inesperadas en cuestiones en las cuales se carecía para resolverlas de puntos de referencia o de medida común: por ejemplo, para tasar una división de responsabilidad de accidente y el perjuicio causado, se juzgará por relación con los casos ya fallados. Se consigue así igualdad en la jurisprudencia, lo cual satisface la idea de justicia, en cuanto nuestros medios lo consienten. Y de esa forma cabe librarse de la subjetividad de los juicios valorativos.

Si, a la luz de las observaciones introspectivas ya mencionadas de MESSER, comentadas por BURLOUD⁽¹⁴⁾, se pretende llevar adelante la génesis psicológica del fallo, que manifiesta, tras una relación lógica, una cierta finalidad con el nombre de dirección de pensamiento o de intención, se encuentra una doble progresión del pensamiento: una, como desarrollo de un estado confuso, de percepción o de intuición intelectual; la otra, por

(14) A. BURLOUD, ob. cit., pág. 185.

conexión entre estados que no tienen el mismo contenido y que enlaza, además de una relación lógica, la conciencia de que cada uno de ellos nace del precedente y engendra al que le sigue⁽¹³⁾. Si nos referimos a la distinción conocida entre los juicios *analíticos* y los juicios *sintéticos*, los primeros, en los cuales el predicado es extraído del sujeto, se enlazan con el primer proceso; y los segundos, en los que el predicado se agrega al sujeto, se refieren al segundo proceso. Cabría citar ejemplos de juicios de los jueces que encuadran en una de esas dos categorías más bien que en la otra: en la primera, los fallos que desarrollan una intuición de equidad; en la segunda, los fallos que unen dos nociones de derecho. Sin embargo, no cabría efectuar una distinción tajante: a diferencia de los juicios provocados por las experiencias de laboratorio, los juicios de los jueces son operaciones mentales más o menos complejas. Sin duda cabe descomponerlos, pero en su conjunto comprenden a la vez el análisis y la síntesis: lo único que cabe decir es que, en su resultado, el carácter sintético predomina.

Se descubre ese doble movimiento de la mente en la elaboración de los fallos lo mismo que en la del pensamiento en general. El método lógico consiste primeramente en descomponer un conjunto en sus elementos, para vislumbrar la dificultad, como recomendaba DESCARTES, e investigar lo simple a través de lo complejo, lo distinto entre lo confuso; y luego juntar los elementos en un todo coherente, para captar su enlace o el carácter común: doble vía para avanzar desde lo desconocido a lo conocido. Todo juicio supone una descomposición del todo dado, de una totalidad de intuición, en sus elementos, para volverlos a combinar en una nueva síntesis más clara.

Eso se muestra singularmente cierto en el fallo judicial, que constituye un juicio a la vez lógico y concreto: "La expresión *juicio* —dice HÖFFDING⁽¹⁴⁾— es un término forense; y si hay que mantener la analogía de jurisprudencia, el análisis corresponde a la presentación de testigos y al procedimiento, mientras que el juicio corresponde a la sentencia fundada en ello". El análisis proporciona al juez los materiales que ha de elaborar. Ya los fascículos formados por el juez de instrucción o el Ministerio público, o los presentados por los abogados, constituyen conjuntos que conducen a conclusiones; pero lo que en

(13) No tenemos por qué ocuparnos aquí de lo que cabe extraer de esas observaciones para una teoría general del pensamiento, ni siquiera del juicio. Pertenecen a los psicólogos averiguar si los procesos son reducibles y se subordinan a un principio común.

(14) H. HÖFFDING, *Les bases psychologiques des jugements logiques*, en *Revue philos.*, 1901, II, pág. 368.

tal colección interesa al juez son los documentos mismos que contiene: hay que descubrir, escoger y examinar esos elementos para formarse una opinión conforme a ellos (objetivamente), y no según la idea de quien ha formado el fascículo. El juez realiza, a estos efectos, una reconstrucción sintética; esa reconstrucción se encuentra más o menos preparada —por la acusación fiscal o por la querella en materia penal, o por las conclusiones o alegatos en materia civil, por el fallo de primera instancia en caso de apelación—; pero no resulta menos indispensable, aunque sólo sea a título de fiscalización.

En realidad, la síntesis final no está generalmente preparada por un simple análisis, sino por una serie progresiva de análisis y de síntesis. En primer término, se encuentra de nuevo aquí, muy especialmente, el vaivén del pensamiento entre los dos términos del juicio. HÖFFDING ha analizado muy sagazmente el doble movimiento de la atención en la formación del juicio y la influencia recíproca de los dos términos: lo cual concilia realmente concepciones opuestas, según las cuales el sujeto estaría comprendido en el predicado (la concepción más general) o, al contrario, contendría al predicado (concepción de BENNO ERDMANN). La atención pasa de la idea que toma como punto de partida, que se convierte en el sujeto del juicio, a la idea que le sirve de punto de llegada, que se transforma en el predicado; luego retorna a la primera, y así sucesivamente, según una doble corriente que tan pronto la empuja hacia adelante como la vuelve hacia atrás; de suerte que el sujeto es tan determinado por el predicado como éste por aquél. Así, cuando GALILEO, de acuerdo con la leyenda, pensó en el movimiento de caída al ver oscilar unas lámparas de iglesia, su atención, antes de formular ese juicio: "oscilar es caer", fué y vino entre ambas ideas; vió la oscilación como una especie de caída, y al mismo tiempo advirtió la caída contenida por la oscilación (17).

(17) H. HÖFFDING, *La pensée humaine...* (ya cit.), págs. 92 y 93, y *Les bases psychologiques des jugements logiques* (ya cit.), págs. 500 y sigtes.

Cabría citar otros ejemplos entre las invenciones. Así, se refiere que el Dr. LAENNEC concibió la idea del estetoscopio al ver cómo jugaban unos niños en los dos extremos de una vieja viga en una demolición: se ponían en comunicación aplicando el oído a la madera. Preocupado por sus enfermos pulmonares, percibió en esa amplificación del sonido un medio de auscultación, mientras su pensamiento iba de una a otra de estas ideas, y trató de adaptar de diversas maneras una y otra: primeramente con un cucurucho de papel, luego con un trozo de madera más o menos ahuecado, y finalmente por medio del aparato que se ha extendido por el mundo entero.

Igualmente, cuando se formó la nueva jurisprudencia francesa, analizada más arriba, acerca de la presunción de culpa de los automovilistas en caso de accidente causado por sus coches, los jueces, antes de formular ese fallo: "conducir es ejercer una guarda" (en el sentido del Código), examinaron sucesivamente, y de modo alternativo, la idea de conducción y la de guarda; y consideraron a la vez la conducción como una especie de guarda, y la guarda como encuadrada en la conducción. La intuición de la responsabilidad de los automovilistas se ha hecho más clara por la idea terminal de "guarda" que, aun expresada en el Código, no había sido puesta de relieve aún en ese aspecto. "No se alcanza —dice HÖFFDING— la claridad del juicio más que retornando del *terminus ad quem* al *terminus a quo*".

Ese movimiento de la mente vuelve a encontrarse en los diversos juicios que preparan el fallo final: juicios que admiten la prueba, juicios que comprueban el hecho, juicios que establecen el derecho, etc., que constituyen las diversas y progresivas etapas, cada una de las cuales comprende un examen analítico y una construcción sintética. Ese movimiento se combina con el que va de la tesis a la antítesis, y viceversa. Puesto que resulta preciso no olvidar que el juicio de los jueces tiene por característica resolver un litigio, y sólo se produce a consecuencia de un debate entre dos partes al menos, donde cada cual sostiene su causa, que contradice la del otro. El espíritu del juez oscila entre las dos alternativas antes de adoptar su criterio. El arte del abogado consiste en atraerlo hacia su lado y desviarlo del adversario. El juez considera la pretensión del demandante, la contestación del demandado, pasa de una a otra varias veces al sopesarlas, hasta que su convicción se forma, ya sea por una de las alternativas, ya sea por una tercera hipótesis.

Los análisis no constituyen sino medios para descubrir los elementos de verdad sobre los cuales podrá apoyarse un fallo para coordinar una concepción de conjunto. "Todo el arte de la experiencia —decía FLOURENS— consiste en descubrir hechos simples". El juez busca los puntos ciertos y luminosos, que constituyen los eslabones en la cadena fragmentaria de la verdad. En un asunto civil, se atiene a los documentos auténticos o a los privados, a los informes de los peritos; en un caso penal, a las comprobaciones de los indicios reveladores, a los testimonios directos y dignos de fe. Si los documentos son impugnados, los informes criticados, los indicios y los testimonios discutidos, es preciso pasar todo eso por un cedazo, abandonar lo dudoso y retener como adquirido lo suficientemente probado. Cada punto establecido a consecuencia del análisis crítico de las pruebas se convierte en un pilar utilizable en la tentativa de construir el

conjunto; es decir, en una síntesis en principio provisional. El espíritu, que tiene necesidad de comprender y prisa por concluir, se forma lo antes posible una idea de conjunto sobre el caso: es, por ejemplo, la impresión que para él se desprende de las primeras explicaciones proporcionadas, antes del examen detallado de las pruebas y del estudio a fondo de la cuestión. La impresión de que el acusado es culpable o inocente, de que el demandante tiene la razón o no, se basa en un sentimiento superficial del conjunto, según la manera de presentarse el asunto, y sobre pequeños análisis incompletos. La síntesis provisional no debe formar sino una etapa hacia la síntesis definitiva.

Existe una dosificación muy variable entre el análisis y la síntesis, lo mismo que entre el razonamiento y la intuición. Entretenerse en el análisis es entrar en minucias ociosas, suscitar inútiles dificultades; en resumen, complicar y enredar las cuestiones, en lugar de simplificarlas y esclarecerlas; suele reprochársele a los jueces excesivamente analistas que "se pierden en los detalles", "querer cortar un cabello en el aire" y prácticamente "el no salir nunca de ahí", lo cual provoca la obstrucción en sus funciones. Deteniéndose en circunstancias secundarias, se exponen a descuidar las principales; aquellas que, como dice muy atinadamente ALTAVILLA ⁽¹⁸⁾, constituyen el núcleo central del acontecimiento, y la preocupación por las bagatelas les aleja de la síntesis comprensiva de los elementos importantes. Cuando se trata de formular su fallo, lo disperso de su atención los mantiene alejados de los puntos decisivos y de las relaciones esenciales. Y es que, como se ha observado ya, la comprensión no debe confundirse con la capacidad de juzgar: cabe comprender una cuestión sin ser capaz de resolverla, cabe comprender todas las opiniones sin tener ninguna. Configura un estado de ánimo que, cuando no es corregido por un sentido crítico bastante fuerte, tiende a ser desarrollado por la práctica profesional entre los hombres de negocios, particularmente en los abogados y procuradores, al acostumbrarlos a abrazar las opiniones favorables a sus clientes, y al ejercitarlos en la busca de argumentos y medios de defensa o de alegación más bien que en la de soluciones objetivas; y, por último, al conducirlos a sostener sucesivamente las tesis más opuestas. Así sucede que excelentes abogados, cuando son requeridos para completar ocasionalmente un tribunal, luchan con dificultades para juzgar sobre cuestiones que sabrían defender con claridad de espíritu.

Los elementos componentes de un asunto tienen necesidad de ser graduados según su importancia, para permitir que se

⁽¹⁸⁾ E. ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria* (Torino, Unione Tipografica, 2ª ed., 1927), pág. 563.

desprenda la armonía del conjunto; esa graduación surge de un análisis que, lejos de constituir un hecho mecánico o superficial de selección, supone una sutil interpretación y una estimación inteligente ⁽¹⁹⁾. El juez perspicaz y experimentado comprende rápidamente el nudo del litigio y no se engaña por las maniobras de astutos abogados o de sus hábiles representantes judiciales, que pretenden desviar el debate. Para alcanzar un resultado útil sin demasiados rodeos y sin riesgo de extraviarse, es decir, para servir en definitiva como preparación de la síntesis final, el análisis debe ser conducido con método y a la luz de ideas rectoras lo bastante amplias y flexibles para no falsear la indagación objetiva de la verdad, sin dejarse influir ni en un sentido ni en otro.

A la inversa, apresurarse por demás en la síntesis conduce a forzar la marcha, con frecuencia penosa, en la investigación de la verdad, a construir sobre arena, a generalizar sobre aparentes analogías; en pocas palabras, a juzgar precipitada y superficialmente, mucho más según las primeras impresiones que a consecuencia de un examen crítico. Como ha observado profundamente PAULHAN: "el espíritu puramente sintético juzga más que comprende, dicta más sentencias que formula observaciones sagaces y justas, parte de impresiones espontáneas, con frecuencia muy vivas, y que, en los más de los casos, no se refieren sino a un detalle. Dispuesto siempre a construir, a poner en actividad sus propias ideas y sus propios sentimientos, descuida mucho las partes esenciales, no descubre el sentido general y profundo de lo que examina y se expone muy seriamente, en consecuencia, a mostrarse injusto" ⁽²⁰⁾. En lo judicial, donde el mecanismo moderno apenas si tiene derecho de ciudadanía, la rapidez no se aumenta sino a costa de la seguridad y con riesgo de error. La síntesis del fallo no puede ser sólidamente preparada más que por medio de cuidadosos análisis. Sin duda, la intuición profesional puede evitar series de razonamientos, y el conocimiento de los precedentes judiciales eludir nuevas búsquedas; pero se requiere siempre, según la recomendación de DESCARTES, efectuar una enumeración tan completa, que estemos seguros de no haber omitido nada, y cerciorarse de que la causa no presenta un carácter nuevo, irreductible a lo ya juzgado.

Cada una de las operaciones intelectuales que sirve para formar el fallo desempeña un papel más o menos claro o importante, según la etapa del proceso. Para el planteamiento de la cuestión, es principalmente el análisis y la clasificación de las

⁽¹⁹⁾ E. ALTAVILLA, ob. cit., pág. 564.

⁽²⁰⁾ PAULHAN, *Analyses et esprits synthétiques* (Alcan).

ideas. Para la comprobación de los hechos, la observación, la intuición, el examen analítico y crítico. Para la aplicación del derecho, la interpretación, la deducción y la comparación. Para la decisión, la determinación, la apreciación, la síntesis y la voluntad.

SEGUNDA PARTE
LAS OPERACIONES SUCESIVAS
DE LOS DIVERSOS JUICIOS

COMPLEJIDAD INEXPRESADA DEL PROCESO INTERNO DEL PENSAMIENTO

El juicio planteará una verdad concreta de hecho y de derecho. La investigación de esa verdad es más o menos directa o laboriosa. El pensamiento avanza fragmentariamente y por etapas. La práctica permite dar algunos saltos; pero el método permanece imperioso. Cabe alcanzar la meta forzando la marcha, cabe también llegar por diversos caminos; pero nos extraviamos al desviarnos de la línea. Las cortes superiores tienen la alta función de corregir esas desviaciones, y más especialmente la Corte suprema en las concernientes al derecho. Sin embargo, el control jurídico de los juicios apenas si penetra en el proceso interno, más o menos complicado, que nos ocupa y que no siempre corresponde a su argumentación. El mismo fondo de los motivos verdaderos no siempre se corresponde con el de los motivos expresados; sobre todo éstos muestran con frecuencia muy imperfectamente aquéllos, como han observado hace ya mucho algunos juristas psicólogos⁽¹⁾, y nosotros mismos hemos tenido ya ocasión de observarlo en la parte precedente.

De ello se deduce que los resultados que la jurisprudencia proporciona son muy insuficientes para un estudio psicológico, que se sitúa en un plano diferente. De ahí la dificultad que los psicólogos puros experimentan⁽²⁾.

(1) WILDHAGEN, *Der burgerliche Rechtsstreit*, en *Schriften des Vereins Rechts und Wirtschaft*, II (Berlin, 1912), pág. 105. RUMPF, *Der Strafrichter*, en la misma colección (Berlin, 1912), pág. 8. BERADT, *Der Richter* (Frankfort-sur-Mein, 1909), pág. 64. A. HELLWIG, *Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung*, pág. 23.

(2) Se comprueba desde luego en todo el curso de la obra, ya citada, de HUSSON, a través de sus esfuerzos por captar el verdadero pensamiento jurisprudencial que intenta esclarecer y completar por el de la doctrina. Y es que, en realidad, este pensamiento, sobre todo el último, se sitúa en un plano jurídico, mientras que los pensamientos de los jueces se sitúan sobre un plano de justicia concreta. Éstos serán los que estudiaremos.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PLANTEAMIENTO DEL LITIGIO

Las diferentes clases de litigios.

Cómo se plantean las cuestiones que han de juzgarse entre las pretensiones contrarias de las partes. Eficacia de la manera de plantearlas.

Formas lógicas de las cuestiones que constituyen el litigio, que se reducen a una doble alternativa de la demanda y de la defensa. Dentro de la complejidad de las pretensiones y de los medios, hay que empezar por reducir a la unidad el planteamiento de las cuestiones, con cuestiones subordinadas. Importancia de discernir lo esencial para la solución.

En materia penal, donde la demanda se presenta en forma de acusación, las cuestiones son estrictas y revisten una calificación jurídica de los actos imputados. Formalismo de las preguntas dirigidas al jurado.

Distinción fundamental entre las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho. En materia criminal, es rigurosa; pero resulta artificial. Inseparabilidad de la comprobación de los hechos y de la apreciación del derecho, con la primera como base.

Cuestiones intermedias de derecho y de hecho: cuestiones generales de hecho y cuestiones concretas de derecho (WEHLI). Posible mezcla. Ejemplos diversos.

Dos formas de cuestiones de derecho: la subsunción, que les es propia, y la apreciación, que tanto puede referirse al derecho como al hecho. Su interpenetración. Toda apreciación exige un análisis.

La distinción del hecho y del derecho en las cortes de assises.

De la diversidad de las cuestiones, surge una especialización de los jueces, y hasta qué punto es útil? El caso de las jurisdicciones especiales. El caso de los jueces consulares.

Cómo deben colaborar los diversos peritos con los jueces.

El litigio que ha de resolverse comprende las cuestiones sobre las cuales ha de juzgarse, que se trata ante todo de separar y determinar con claridad.

Si se examina el litigio en sí mismo, tal como se presenta al tribunal, habría que seguir distinciones que poseen gran importancia jurídica. En efecto, se presenta diferentemente según la materia sobre la cual versa, que por sí misma fija la jurisdicción competente (competencia *ratione materiæ*). Sin hablar de los procesos ante la justicia de paz, del tribunal de comercio o de los comités paritarios, que en el fondo se aproximan bastante a los procesos civiles, sin referirse tampoco al procedimiento administrativo, que ofrece algunas particularidades, cabe establecer dos grandes categorías típicas de proceso: 1º el proceso civil, que enfrenta intereses privados (salvo en las cuestiones que atañen al orden público) y que depende de los tribunales civiles, jurisdicción de derecho común; 2º el proceso penal, que pone en juego principalmente el interés público lesionado por una infracción, y que compete a los tribunales correccionales o a las cortes de assises, según se trate de delitos o de crímenes (sin mencionar las jurisdicciones especiales, como los tribunales militares o de la armada). Aun teniendo en cuenta y poniendo de relieve en su caso los caracteres propios de cada categoría de litigio, cabe ensayar el examen de la naturaleza del litigio en general, desde el punto de vista del trabajo preliminar del juicio propiamente dicho, que consiste en plantear con tino las cuestiones, para poderlas resolver con claridad. Aquí, como en otras materias, de la pregunta que se haga depende la respuesta que se dé.

En el comienzo se encuentra siempre la cuestión. Nace de la preocupación de la conciencia que, al comparar una nueva representación con otra anterior, observa en una cierta falta de elementos que se encuentran en la otra. "La cuestión —dice HÖFFDING— busca lo ausente" (1). La cuestión que ha de juzgarse presenta esta particularidad, la de ser imperativa y práctica; con referencia a un litigio dado, es sometida e impuesta por los mismos litigantes. *Judex secundum allegata et probata judicare debet*. El juez no puede ni rebasar la cuestión litigiosa, so pena de resolver *ultra petita* (Cód. de proc. civ., art. 480) (2),

(1) H. HÖFFDING, *La base psychologique des jugements logiques* (ya cit.), pág. 372.

(2) Es una regla fundamental de nuestro derecho, como garantía de la defensa. Por el contrario, en el derecho soviético, de acuerdo con el Código de procedimiento civil de la R. S. F. S. R. (1923), que reconoce a las autoridades públicas el derecho de intervenir de diferentes formas en los litigios privados y que al principio "burgués" de la verdad formal ha sustituido con el de la verdad material, el tribunal es libre para buscar *motu proprio* todas las pruebas útiles y aumentar o disminuir *ex officio* la cuantía de la demanda, si no le parece conforme al interés del asunto. Por su parte, el Ministerio público puede intentar

ni rehuirla, so pena de denegación de justicia, aun cuando la ley sea oscura o guarde silencio (Cód. civ., art. 4º, y Cód. de proc. civ., art. 505). La cuestión que ha de juzgarse resulta de las pretensiones de las partes, cada una de las cuales propone, ante la dificultad, una solución diferente o contraria (²).

El conflicto pendiente de resolución se plantea en la forma lógica siguiente: a) ya sea entre una pretensión positiva y una pretensión negativa: uno demanda la condena del otro, y éste se contenta con impugnar su fundamento (³), ya directamente negando el objeto de la acusación, ya indirectamente suscitando una excusa o una excepción: el rechazamiento de la demanda está comprendido en la aceptación de la defensa, en razón de la llamada ley de dualidad; b) ya sea entre dos pretensiones positivas: el demandado opone a la demanda principal otra demanda, denominada reconvencción, que tiende a hacerle fracasar: ambas pretensiones pueden ser falsas y dar lugar a una tercera hipótesis; como consecuencia de esto, ambas demandas pueden ser admitidas en parte o rechazadas por completo.

Las diversas alternativas deben ser reducidas, dentro de lo posible y para simplificación del problema, a dos, entre las cuales ha de elegirse. Con frecuencia, bastará reconocer el fundamento de una de las dos pretensiones adversas (positiva o negativa) para deducir de ahí lo infundado de la otra, en virtud de los principios lógicos negativos de la contradicción y del medio excluido: por ejemplo, si el homicida ha obrado en legítima defensa, la acusación se derrumba (Cód. pen., art. 328). En las prescripciones penales y en otras, como en los mandatos éticos elementales, la forma negativa prevalece: está prohibido matar, robar, golpear; por eso, bastará probar que se ha cometido un acto punible, dejando a salvo el autor para disculparse si puede; por el contrario, se necesita probar ese hecho ilícito, ya que cuanto no está vedado se entiende permitido. La forma de la cuestión presenta particular importancia para la carga de la prueba: para saber si el autor de un perjuicio es responsable, cabe preguntarse si ha cometido una falta, caso en el cual corresponde a la víctima probarla (Cód. civ., art. 1382); cabe preguntarse también si tenía la guarda de la cosa que ha causado el

una acción civil en interés de una persona privada. Se trata de la confusión entre los dos puntos de vista público y privado, con absorción del segundo por el primero.

(²) Cuando no discuten una medida que se impone, provocan lo que se llama un "fallo convencional", que sólo tiene de fallo la forma: no es sino la comprobación del acuerdo de las partes.

(³) El demandado se reduce a una posición negativa, tendente a no quedar sometido a la obligación que el demandante le quiere imponer.

daño, supuesto en que le corresponde a él probar que el accidente es imputable a una causa extraña (Cód. civ., art. 1384).

Plantear claramente una cuestión es casi tanto, en ocasiones, como resolverla. En todo caso, es fijar el objeto preciso del litigio, la causa que ha de juzgarse. No ha de creerse que eso surge siempre claramente *ab initio* del conflicto suscitado entre las partes. En el palenque judicial, este conflicto ha tomado forma jurídica a partir de la citación para comparecer en juicio o desde la cédula que da traslado de la demanda judicial y fija el objeto de esta demanda, como en materia penal la citación establece la detención o acusación; el demandado dará a conocer su contestación por medio de sus conclusiones, y el intercambio de conclusiones entre los abogados fijará definitivamente la actitud de los litigantes. Todo ese procedimiento preparatorio, que conduce a fijar el debate, tiene por efecto hacer del litigio un problema que ha de juzgarse. A continuación de las partes, sus representantes *ad litem* y sus defensores, o sea los abogados y los procuradores, trabajan para plantear sus respectivas pretensiones, pueden discutir, intentar una conciliación trasaccional; y, por último, exponer y defender el asunto: en esta lucha cortés, ceden sobre algunos puntos poco sólidos o de escasa importancia, e insisten sobre otros, que constituyen el nudo del proceso. El problema se perfila: los jueces acabarán por reducirlo a términos claros y precisos.

Con frecuencia, el problema habrá sido planteado de manera diferente por cada parte, como sucede en las discusiones de todo orden en la ciencia y en la vida: la dualidad en el planteamiento de las cuestiones conduce a la de las soluciones. A los jueces corresponde reducir esa dualidad a la unidad: en eso consiste la primera parte del problema, quizá la menor. Hay controversias que parecen adecuadas para más de un marco jurídico: a propósito de un derecho de paso, uno de los vecinos en conflicto hablará de servidumbre, y el otro de camino para una explotación; uno planteará una acción posesoria, y el otro una acción petitoria. Existen comprobaciones que el litigante, por medio del hábil órgano de su defensor, intenta embrollar, para encubrir una verdad desfavorable; o de desviar, para impedir una pregunta embarazosa. Para no dejarse extraviar, la justicia debe volver a establecer el problema sobre las verdaderas bases de la dificultad que divide a las partes, y este mismo trabajo equivale a resolver un verdadero problema preliminar. Muchos asuntos, particularmente en material civil, y más aún en materia comercial, encierran varias dificultades enmarañadas, de manera tal que diversas cuestiones dependen unas de otras, y que el planteamiento de algunas depende del de otras, cuando no su

propia solución. No es la menor de las tareas del juez desenredar un asunto así relativo a hechos complicados u oscuros y que las partes han enredado a su antojo, aunque sus representantes hayan realizado un primer trabajo de presentación (alegatos, conclusiones, informes, etc.): ahí es donde han de ejercitarse las cualidades intelectuales prácticas y eso que se llama "el sentido de los asuntos", y ahí es donde resultará más particularmente útil proceder con método.

Ese primer trabajo del juez, ante los elementos de un proceso por dilucidar, ha sido caracterizado como un discernimiento entre lo esencial y lo que no lo es para el fallo. Se trata de desechar lo que presenta poca importancia para la solución, sea cual sea el interés que le puedan atribuir las partes, y de detenerse a considerar lo que esencialmente interesa. Lo fundamental se discierne tomando en cuenta las reglas jurídicas aplicables. WEBER descubre en ello una capacidad de desenredar, de combinar, de comparar y de excluir; y pone de relieve que la exclusión puede requerir cierta energía ⁽⁵⁾.

Las cuestiones determinan la tarea del juez y limitan sus esfuerzos en un cierto sentido, que es el útil para la solución del litigio. Deben, pues, ser planteadas dentro de un marco jurídico apropiado. ¿La víctima de un accidente reclama daños y perjuicios al propietario del automóvil o de la cosa que ha causado el accidente? Antes de preguntarse si éste es responsable, hay que situar jurídicamente esta cuestión de responsabilidad; ya

(5) Dr. WILHELM WEBER, *Ueber die Eignung zum Juristen, Eine psychologische Untersuchung der Tätigkeit des Juristen, insbesondere des Richters* (Berlin, Franz Wahlen, 1934), pág. 43.

Se advierte la diferencia esencial entre el punto de vista del juez y el de los defensores o representantes de las partes. Tras haber comprobado muy justamente que el juicio del juez constituye el último término de una serie de operaciones psicológicas que se han desarrollado a través de espíritus diversos, HUSSON no destacaba en unos y otros sino simples diferencias de acento en el modo de pensar, o simples diferencias de proporciones en el complejo de apreciaciones o de aplicaciones de textos o de teorías (L. HUSSON, ob. cit., pág. 127). Pero esa aproximación sólo es válida en la forma de los razonamientos jurídicos. En el fondo, el pensamiento procede de otra manera: los litigantes buscan únicamente los medios de sostener sus intereses particulares y se sirven de recursos de derecho para ese fin personal; mientras que el juez busca objetivamente la solución justa del litigio, y subordina los intereses de las partes a un fin jurídico superior. Los abogados sienten preocupaciones en el fondo diferentes de las de los jueces, y se forman con facilidad la ilusión sobre la bondad de su causa, ya que sólo ven uno de los lados del litigio; en tanto que el juez debe contemplar las dos caras al mismo tiempo y compararlas desde un ángulo superior; y es que aquéllos se encuentran en la lucha, mientras el juez está fuera de ella.

sea en el terreno de los accidentes del trabajo, regido por una reglamentación especial (ley del 9 de abril de 1898 y leyes subsiguientes); ya sea en el del contrato de transporte, regido por las reglas contractuales del derecho civil; ya sea en el de los delitos o cuasidelitos civiles, regidos por el derecho común de la responsabilidad delictiva (Cód. civ., art. 1382); ya sea, por último, en el de la presunción de responsabilidad, regulado por la nueva jurisprudencia (Cód. civ., art. 1384): según los casos, la cuestión se planteará en términos diferentes y el asunto se presentará en condiciones distintas. En el primer caso, se tratará de saber si existe un arrendamiento de servicios y si el accidente ha tenido lugar en el curso o con ocasión del trabajo, lo cual basta para acarrear una indemnización tarifada; en el segundo caso, se trata de determinar la existencia de un contrato de transporte, que pone a cargo del porteador una obligación de seguridad para con el pasajero; en el tercer caso, ha de probarse que el accidente ha sido debido a culpa del demandado; en el cuarto y último caso, fuera de todo contrato y de toda culpa probada, se trata simplemente de saber si el accidente ha sido causado por una cosa de la cual se considera al demandado como guardián (en el sentido jurídico antes especificado), y con ese título se le tiene como responsable, salvo la prueba que pueda hacer en su descargo. El planteamiento mismo de esta cuestión principal puede constituir el primer objeto del debate, al condicionar las restantes cuestiones pendientes de solución.

En lo penal, donde los textos legales son de derecho estricto (*), la acusación, obligada a probar la infracción, reviste con una calificación jurídica precisa el hecho imputado, de modo que la cuestión de la perpetración del delito o del crimen debe englobar todos los elementos de la calificación que sean necesarios para caracterizar la infracción y que son llamados constitutivos; y claro está que tal cuestión puede referirse más especialmente a uno u otro de los elementos, o puede, por efecto de la discusión, dividirse. Si se trata de un robo, habrá que preguntarse si el acusado o procesado ha sustraído fraudulentamente el objeto determinado en perjuicio de otro; es decir, descomponiendo: 1º si ha cometido una sustracción; 2º si lo ha hecho con intención fraudulenta de apropiación; 3º si ha tomado un bien ajeno. Esa

(*) En nuestro derecho, es un principio fundamental, como garantía de la libertad individual y de la defensa. Se concibe que sea diferente en los regímenes no liberales, donde el poder central no entiende que está sujeto por textos y quiere conservar su libertad de persecución: se aplica entonces el principio de la interpretación extensiva por analogía, que permite extender las disposiciones penales a los casos no previstos; y eso abre la puerta a todos los abusos.

cuestión obliga a precisarle al procesado o detenido, de hecho y de derecho, lo que se le reprocha; es una salvaguardia del derecho de defensa y una garantía contra la arbitrariedad, de acuerdo con la regla fundamental *Nullum crimen sine lege*. Debe, por tanto, notificársele en el documento que lo conduce ante la jurisdicción de enjuiciamiento, sea citación, orden de detención o auto de procesamiento.

Además, ante la corte de assises, la cuestión de culpabilidad debe ser claramente planteada al jurado por el presidente, al fin de los debates, en forma interrogativa, de manera que sólo tenga que contestar por "sí" o por "no", declaración que forma el veredicto, en nuestro sistema penal (mientras que, en el sistema inglés, es el jurado el que redacta por sí su declaración). Las preguntas formuladas al jurado sobre el hecho principal y, si a ello ha lugar, sobre las circunstancias agravantes o también sobre las atenuantes (Cód. de instr. crim., art. 336), son esenciales. "Lo mismo —dice el profesor GARRAUD— que la redacción de la *formula judicii*, es decir, de la instrucción dirigida por escrito al juez y que fija el objeto de litigio era, para el magistrado romano, la parte más delicada de su función; igualmente, la redacción por escrito de las preguntas que han de plantearse al jurado es la función más difícil del presidente de la corte de assises" (7). Digamos al menos que es aquella que requiere mayor cuidado, en razón de la escasa amplitud de las respuestas. Las preguntas deben encuadrar con la gravedad de los hechos, para poder suscitar respuestas justas. Si, por ejemplo, la pregunta está formulada por tentativa de homicidio cuando no merece el hecho sino una pena menos grave, habrá que formular una pregunta subsidiaria acerca de lesiones o golpes, a fin de poder responder que "no" a la primera pregunta y que "sí" a la segunda.

En las cortes de assises, en el sistema judicial francés, se ha dispuesto la separación entre las cuestiones de hecho y las de derecho, para no someter al jurado más que las primeras, y reservar las segundas para el tribunal de derecho. Pero, si tal distinción se concibe, la separación completa es artificial y vana; incluso resulta inexacto pretender que encuadre absolutamente la declaración de culpabilidad en el hecho y la aplicación de la pena en el derecho; injusto también resulta querer escindir esas dos tareas, pues la segunda deriva de la primera. Más aún que los magistrados, los jurados se preocupan ante todo de la

(7) R. GARRAUD, *Précis de Droit Criminel* (Paris, Larose, 8ª ed., 1903), pág. 813. Acerca de la cuestión de la calificación, véase B. PERRAU, *La qualification en matière criminelle* (Paris, Libr. Générale de Droit, 1930).

pena, y era un absurdo preguntarles lo contrario (antiguo art. 342 del Cód. de instr. crim.). ¡Cuántos errores crasos ha suscitado ese sistema, basado sobre una concepción abstracta! (*). Ciertas ideas son tan difíciles de desarraigar, que ha sido necesario mucho tiempo, fuertes polémicas y graves desilusiones, para llegar, por etapas, a la afortunada reforma actual (*), donde el jurado juzga con el tribunal sobre el conjunto del caso, tanto sobre la culpabilidad como en cuanto a la pena, dos órdenes de cuestiones íntimamente enlazadas; las cuestiones exclusivamente de derecho o de procedimiento siguen estando reservadas al tribunal de derecho. Esa colaboración completa de los magistrados y de los jurados asegura una justicia más regular y normal.

Juzgar una causa, penal o civil, es siempre resolver esa doble especie de cuestiones inseparables, las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho. Eso equivale a investigar o a verificar, primeramente, cuáles son los hechos probados; luego, qué reglas se les aplican y qué consecuencias se derivan para el fundamento, o no, de la causa de una y otra parte. Cabe caracterizar como sigue la doble función del juez en la formación del fallo en general: 1º fijar la situación de hecho concreta lo más exactamente posible; 2º encontrar el principio de derecho adecuado y aplicarlo justamente. El primer punto consiste en recoger, seleccionar y preparar los materiales; el segundo,

(*) Las preguntas revisten una forma jurídica que no siempre comprenden los jurados. Se citan algunos casos en que han negado una premeditación homicida (asesinato), sin embargo cierta, porque varios de ellos se figuraban que, para que hubiera premeditación, era preciso que el homicida hubiera informado previamente a terceros de su proyecto; y otros casos en los cuales han negado el homicidio de un niño por su padre, porque creían que tal crimen se llamaba infanticidio y que la pregunta sólo hablaba de homicidio (confusión con el crimen de infanticidio cometido por la madre, por otra parte situado ahora en la competencia correccional). Citado por K. H. GÖRES, *Der Wahrspruch des Geschworenen und seine psychologischen Grundlagen*, pág. 47.

(*) Actualmente, el jurado, compuesto de siete miembros, se sienta junto a los tres magistrados del tribunal de derecho (Ord. del 20 de abril de 1945); todos ellos deliberan juntos sobre las respuestas pertinentes a las cuestiones de culpabilidad, sobre la posible admisión de las circunstancias atenuantes, y luego sobre la aplicación de la pena (Ord. del 25 de noviembre de 1941, modificada por Ord. del 17 de noviembre de 1944). Esa reforma es la resultante de una evolución manifestada en la mayoría de los países y consagra el sistema del escabinado (*) temporal, adoptado en otras partes (F. GORPHE, *L'évolution moderne de la juridiction criminelle*, en *Rev. de Droit Pén. et de criminol.*, diciembre de 1934; *Les réformes du jury à l'étranger*, en *Rev. internat. de Droit Pén.*, 1935, págs. 370-431).

(*) Véase la nota de la pág. 3.

en amoldarlos y unirlos. Los hechos proporcionan los datos del problema; el derecho, la manera de tratarlos y la regla que haya de observarse para dar con la solución justa.

Fijar el hecho y declarar el derecho son consecuencias lógicas lo uno de lo otro; pero no dejan de compenetrarse en el trabajo del espíritu, que a la vez comprueba, razona y aprecia. La demarcación entre el hecho y el derecho, aunque importante en el procedimiento (el jurado sólo juzga el hecho y la Corte de Casación sólo juzga del derecho), permanece en la práctica indecisa y fluctuante en muchos puntos; como lo demuestran las vacilaciones y variaciones de la jurisprudencia, por ejemplo, en cuanto a la interpretación de las convenciones, y como lo han señalado con frecuencia los autores ⁽¹⁰⁾. FERRI proclama: "Derecho y hecho son inseparables como el haz y el envés de una misma tela; como la forma y la sustancia" ⁽¹¹⁾. Y JEAN RAY llega a decir que el puro hecho y el puro derecho son incontratables ⁽¹²⁾.

Los hechos concretos no se dejan comprender más que con ayuda de conocimientos o ideas previas, y determinar inútilmente sino en un marco y ante una apreciación jurídicos. A la inversa, y mejor todavía, las reglas abstractas no encuentran su justa aplicación más que considerando los hechos en sí mismos, que sirven para elegirlos e interpretarlas; porque, en verdad, el derecho encuentra en el hecho su sustrato y su razón de ser ⁽¹³⁾. Además, todos los jueces que sienten la inquietud de la equidad se preocupan por adaptar a las condiciones de hecho las reglas de derecho; la Corte de Casación misma no podría desprenderse de ello y, al socaire del derecho, no evita el dejarse impresionar por el hecho cuando el principio de justicia está en juego; pues, como proclamaba uno de sus miembros más eminentes, el magistrado FABREGUETTES, "el magistrado debe confundir en un mismo pensamiento el amor por el dere-

⁽¹⁰⁾ G. MARTY, *Le fait et le Droit*, tesis (Toulouse, Sirey, 1929).

⁽¹¹⁾ E. FERRI, *Sociologie criminelle* (Alcan, 1914), pág. 543.

⁽¹²⁾ J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil* (Alcan), pág. 115. Explica que: "El hecho no tiene existencia sino desde el instante en que se convierte en materia de aplicación para el derecho; el derecho no tiene interés sino desde el instante en que viene a aplicarse al hecho; y, en consecuencia, desde que un jurista piensa en el hecho, lo piensa como materia del derecho; desde que piensa en el derecho, lo piensa como forma destinada al hecho".

⁽¹³⁾ Ha podido decirse que la equidad consagra la supremacía del hecho sobre el derecho, de lo particular sobre lo general. Nacido de la necesidad de los hechos, el derecho se separa de su fuente para convertirse en objeto formal; creado por la vida, reacciona contra la vida: lo cual lo diferencia de la equidad (Pio VIAZZI, *Encyclopedia giuridica italiana*, voz *Equità*, S. E. L., Milano, 1902, pág. 294).

cho y el amor por la justicia" (14). Resulta verdad en todo caso repetir, con el profesor italiano DELITALA, que "la justicia es el criterio que da al derecho su forma" (15).

En los casos corrientes, la comprobación de los hechos se puede distinguir generalmente de la aplicación del derecho. Así sucede en las pruebas, al menos en la medida en que permanecen libres. Existen fallos llamados *preparatorios*, que, "antes de declarar el derecho", no hacen sino autorizar u ordenar una prueba, con reserva de la solución total del litigio hasta el resultado de esa medida de instrucción: los hechos que sean probados así permitirán después sacar las consecuencias de derecho. Luego del abandono del sistema de las pruebas legales, casi no están reglamentadas más que la admisibilidad de las pruebas en materia civil y sus procedimientos en las diversas materias; todo lo demás es cuestión de hecho y, por quedar entregada a la libre apreciación de los jueces, no deja de ser menos importante. Los juristas tienden por demás a descuidar las dificultades de los hechos, que significan lo que las otras, y a abandonarlas a la simple apreciación, como si ésta tuviera que ser arbitraria. Si las cuestiones de hecho no requieren conocimientos jurídicos, exigen los de otra especie, como se comprueba en materia mercantil o en materia penal. El sistema de confiar a los jurados la justicia criminal y el hecho de que el servicio penal sea poco requerido por los magistrados han contribuido a tener la función represiva como tarea inferior: pero esa opinión peyorativa se refiere más bien a la manera de ser comprendida la función, y los criminalistas han podido protestar, exclamando con HELLWIG: *difficile est satiram non scribere* (16).

En cualquier caso, la determinación exacta de los hechos de la causa presenta generalmente importancia al menos tan grande como su apreciación jurídica. Eso empieza a notarse mejor en las materias donde se dejan sentir las nuevas adquisiciones de la criminalística y de la psicología judicial. Se ha advertido que la mayor parte de los errores judiciales que se deploran se debe a inexactas o falsas pruebas de hechos, por testigos, peritos u otros medios (17). Especialmente el abogado-procurador (*Rechtsanwalt*) GUTTMANN destaca, en su obra sobre las pruebas: "Los hechos de la causa (*die Tatsachen*) constituyen lo esencial, y las cuestiones de derecho están mucho más

(14) FABREGUETTES, ob. cit., pág. 12.

(15) DELITALA, *La riforma del codice penale*, en *Rivista italiana di Diritto Penale*, N. S., III, 6, 1950, pág. 699.

(16) HELLWIG, ob. cit., pág. 24.

(17) LAILLER y VONONEN, *Les erreurs judiciaires et leurs causes* (Paris, Pédone, 1897). A. HELLWIG, *Justizirrtümer*, 1924, etc.

cultivadas. Desde el momento en que se deja en la penumbra nuestra manera de tratar (*Verfahren*) los hechos, se intenta encontrar la decisión por medio de una especulación jurídica. El proceso civil se convierte en simple, como el proceso penal, cuando se toma más en serio el informarse acerca del estado de hecho (*mit der Ermittlung des Sachverhalts*)" (18).

Existen cuestiones intermedias, de derecho y de hecho a la vez, o que participan de los caracteres de uno y otro. Son especialmente las cuestiones de hecho generales y las cuestiones de derecho concretas, donde la apreciación jurídica se mezcla con la de la situación positiva: el estado de hecho se aprecia entonces desde un punto de vista jurídico particular, más o menos determinado. WEHLI, que ha analizado especialmente estos casos (19), cita como ejemplo de cuestión de hecho general la de saber si está permitido vender con la designación de "cerveza de Pilsen" o "de Munich" cerveza fabricada en lugar distinto de esas acreditadas ciudades, indicando el lugar de origen verdadero. Una cuestión semejante se plantea con todos los productos que, como el queso "camembert", toman su nombre de un lugar de origen y son preparados en otro sitio, cuando la denominación no constituye objeto de una reglamentación particular o de una marca privada: cuestión de hecho pendiente de resolver según una noción general de la lealtad en materia de tales negocios.

Como ejemplos de cuestión de Derecho concreto, citemos la de saber, en un accidente, si un automovilista ha sido "dueño de su velocidad", como exige el Código de carretera en fórmula que ha sido calificada de elástica: la solución depende de las circunstancias particulares apreciadas con la idea de la prudencia exigible al conductor para garantizar la seguridad de la circulación. Citemos también la cuestión de saber si un cónyuge es culpable con respecto a su consorte por ofensas bastante graves como para "hacer insoportable la continuación de la vida conyugal" (causa de divorcio especificada por el Cód. civ., art. 232); y asimismo si un contrato es "contrario al orden público o a las buenas costumbres", lo cual lo torna nulo (art. 1133), y además si un demandado "en référé" (especial procedimiento sumario francés) opone una "impugnación seria sobre el fondo", lo cual entraña la incompetencia. Resulta posible reprochar la

(18) MAX GUTTMANN, *Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung und die Zukunft unserer Gerichtsverfassung* (Mannheim, 1907), página 132.

(19) ALBERT WEHLI, *Beiträge zur Analyse des Urteilsfindung*, en *Festschrift für Adolf Wach* (Leipzig, Meiner, 1913) I, págs. 409 y sigtes.

aplicación de los "lugares comunes" (*standards*) jurídicos, tan usuales en el derecho angloamericano⁽²⁰⁾, que dan una fórmula flexible de apreciación de la conducta de acuerdo con un tipo o modelo: está el de la prudencia necesaria (*due care*) en la apreciación de la culpa, el de la conducta desleal (*unfair competition*) en materia de restricción del trabajo y de los monopolios, etc. Contamos también con algunos en nuestro derecho⁽²¹⁾: así, el del buen padre de familia para apreciar la diligencia requerida a diversas personas (deudor, usufructuario, etc.).

La cuestión de derecho debe ser planteada con elementos bastantes precisos para permitir un control (la Corte de Casación lo exige con razón) y para evitar una apreciación arbitraria. Eso consiente cierta estabilidad de jurisprudencia en un ámbito que guarda una parte de indeterminación. Lo esencial, cabe subrayar con WEHLI, es que las cuestiones, incluso concretas, sean planteadas y resueltas, al menos implícitamente, según ciertas nociones jurídicas, de manera que los casos semejantes puedan ser juzgados uniformemente. Una generalización conceptual resulta suficiente a tal efecto.

Esas diversas clases de cuestiones pueden estar mezcladas. Así, una interpretación de convención o de declaración de voluntad puede hacerse de varias maneras combinadas, llamadas subjetivas y objetivas. Buscar la intención de las partes o del declarante constituye una cuestión concreta de hecho. Inquirir el sentido de una estipulación con arreglo a la concepción de los asuntos en la materia se convierte en una cuestión de hecho general. Si entran en consideración circunstancias o elementos extrínsecos, puede plantearse una cuestión de derecho concreta. Finalmente, si intervienen principios o usos, se trata de una verdadera cuestión de derecho general o "típica".

Se comprende que la delimitación permanece con frecuencia indecisa. Ni siquiera es inmutable, de una época a otra, a consecuencia de la evolución de las ideas y de las situaciones. Pero la práctica descubre también otras cuestiones jurídicas además de las claramente expresadas en las resoluciones y analizadas en las recopilaciones, suponiendo que puedan ser separadas de la apreciación de los hechos. No es preciso aclarar que las cuestiones de derecho concretas dan lugar a divergencias de apreciaciones; pero al menos interesa asegurar en cada juris-

(20) ROSCOE POUND, *The administrative application of legal standard* (1919, XLIV, *American Bar. Assoc. Reports*), págs. 445 y sigtes.

(21) M. O. STATI, *Le standard juridique*, tesis (Paris, 1927). J. MAURY, *Observations sur les modes d'expression du Droit: règles et directives* (Rec. Lambert), I, § 35, págs. 421 y sigtes.

dicción una continuidad de jurisprudencia. Para las cuestiones generales de derecho, eso no basta: no solamente el sentimiento del derecho, sino también el papel racional del derecho requieren que los asuntos semejantes sean tratados en todas partes de la misma manera.

Aparte la apreciación de las pruebas, que se relaciona con el descubrimiento de la verdad, la apreciación de los hechos que implican algunos efectos jurídicos entraña cuestiones de derecho difícilmente separables de las cuestiones de hecho, aunque se oculten tras estas últimas. En un asunto de responsabilidad por un choque, el derecho o el hecho parecerá dominar según el punto de vista considerado. Los juristas resaltan la la cuestión jurídica de presunción de responsabilidad a consecuencia de la suscitada por la causa del daño o del autor del accidente, y con arreglo a los principios la cuestión debe plantearse así: ¿el autor que se presume responsable realiza la prueba de que su víctima (su antagonista) ha cometido una culpa que lo libera en todo o en parte? Y, a la inversa, si el otro ha contribuido también al accidente. Pero el juez se preguntará simplemente si, de hecho, el uno o el otro han cometido faltas que hayan contribuido al accidente y en qué medida, a fin de basar sobre esa comprobación una responsabilidad, sea exclusiva, sea compartida; únicamente a falta de prueba (comprendidas las presunciones de hecho) habrá que recurrir a ese medio jurídico de la presunción de responsabilidad, que dispensa de prueba; pero eso no constituye sino lo peor.

Las cuestiones de derecho se plantean, ya sea bajo la forma lógica de una aplicación de principio, que ha sido denominada la *subsunción jurídica*, ya sea en la forma más compleja, más o menos intuitiva, que se llama la *apreciación jurídica* ⁽²²⁾;

(22) En el mencionado estudio de WEHLI (ob. cit., págs. 426 y sigtes.), ya antiguo, pero siempre de interés, se analiza esta noción de apreciación (*Ermessen, Würdigung*), que los juristas han desdeñado como negativa o de simple hecho; pero que presenta en realidad un carácter positivo y mixto, a la vez de hecho y de derecho, y merece ser colocada entre los modos de formación del derecho jurisprudencial. Aparece, en efecto, en la investigación del derecho (*der Rechtsfindung*) por el juez, mientras la apreciación de la prueba se produce en una esfera de hecho, la de la averiguación de la verdad (*der Wahrheitsfindung*). No tiene carácter excepcional, sino un alcance general: el juez recurre a ella cuantas veces la ley no impone ninguna noción para que los hechos de la causa puedan ser subsumidos y aquella le concede poder general para buscar la solución conveniente según las circunstancias: solución que no por ello debe de conformarse menos con las prescripciones generales del derecho, a diferencia de lo que puede ser decidido más arbitrariamente en ciertas esferas administrativas.

La apreciación jurídica desempeña un papel distinto de la subsunción. Sin embargo, interviene en la misma subsunción apenas se pre-

porque la apreciación puede versar lo mismo sobre el derecho que sobre el hecho. En la subsunción, el juez está sujeto por la regla aplicable; al contrario, en la apreciación, conserva cierta amplitud para elegir la solución apropiada para el caso y que le parezca más justa, dentro de los límites de las prescripciones legales o jurídicas. Ciertamente, la apreciación jurídica puede y debe apoyarse sobre nociones que no carecen de valor, como las de la buena fe o el uso, pero tales nociones no siempre son de un contenido idéntico. Puede también apoyarse sobre nociones jurídicas indeterminadas, como las de "injurias graves" en materia de divorcio, o de "culpa grave" en materia de responsabilidad, o en la de "no dominio de su coche" en materia de circulación. En la subsunción misma, cuando se basa directamente en la vida, surgen dificultades que requieren una apreciación jurídica del caso particular. Así, también aquí, las modalidades del pensamiento se interpenetran, en la justicia como en la vida. Se ha dicho que el juez era tanto esclavo de la ley como soberano; más bien, es lo uno y lo otro a la par, en su doble función inseparable de la aplicación del derecho y de la apreciación del hecho.

El hecho concreto constituye siempre el punto de partida de la apreciación, incluso jurídica; en ese sentido, toda cuestión de apreciación constituye una cuestión de derecho concreta. Sin embargo, la apreciación puede remontarse, por inducción y abstracción, a proposiciones generales que, a diferencia de los principios del derecho, conservan carácter provisional, por no tener su valor sino en circunstancias idénticas. Ahora bien, cada caso particular deberá ser nuevamente apreciado. La

senta alguna duda para encuadrar el caso particular examinado en la disposición general. Se distingue de la investigación de las nociones llamadas para colmar las lagunas de la ley, que se realiza según el espíritu de la ley y los principios generales del derecho. Se distingue también de la interpretación de la ley: se le acerca sin duda en que ésta, *lato sensu*, se inspira en las ideas de finalidad y en las medidas sociales de valor; pero difiere de ella en su investigación propia de la solución justa immanente en el caso concreto. El autor, luego de censurarle a GÉNY el querer erigir en dogma "la naturaleza de la cosa", rechaza la opinión de que "toda situación de vida llevaría consigo su propia reglamentación jurídica". En efecto, cabe admitir desde luego con él que no hay principio general para descubrir, dentro de la diversidad de las apreciaciones posibles, la solución justa en cada caso; pero que existe "cierto esquema que se reproduce constantemente". Mientras en la interpretación se parte de la ley, en la apreciación se arranca del caso concreto. No obstante, en la misma interpretación, la apreciación puede tener un papel secundario que llenar en la elección de la disposición legal apropiada y aplicable.

apreciación concreta es la esfera propia del juez, y ahí no puede encontrar en la ciencia jurídica sino una ayuda limitada.

So pretexto de libre apreciación, no se trata de dejar las cuestiones en la vaguedad; pues lo que importa en todo caso consiste en encerrar el litigio, lo más posible, dentro de términos precisos, que limiten el modo de solución. Resulta siempre útil recordar el consejo cartesiano de conducir las ideas a ese punto de claridad en que el espíritu bien informado esté en situación de discernir lo verdadero de lo falso. Así, pese a la generalidad de los términos de la ley, no basta, para basar una responsabilidad por daño, con preguntarse si el autor debe ser considerado como culpable; hay que buscar más exactamente si ha incurrido en tal o cual culpa (imprudencia, negligencia o torpeza) en relación con el daño, como lo exige la Corte de Casación para controlar los motivos de la resolución. Igualmente, para determinar la buena fe de un litigante, en los casos en que haya de tomarse en consideración, hay que averiguar en qué ha consistido justamente; porque resulta susceptible, también ella, de diferentes modalidades, y el límite no siempre resulta aparente. Las cuestiones mismas que se consideran como de puro hecho requieren la descomposición en sus elementos, apenas presenten alguna complejidad; puede comprobarse fácilmente así en cuanto a las pruebas, que rara vez se presentan aisladas o en un solo sentido.

El problema de las relaciones entre las cuestiones de derecho y las de hecho presenta interés no solamente en el procedimiento (admisibilidad, competencia, admisibilidad de pruebas, motivos de casación, etc.), sino también para la cooperación de los jueces legos (jurados, escabinos [*], vocales de comités paritarios, etc.) con los jueces profesionales, y también para la de los peritos con los jueces. La experiencia de los diversos sistemas, más o menos ensayados en todas partes, ha concluido por condenar la separación de las dos clases de jueces que, sobre todo en el antiguo sistema del jurado, daba resultados absurdos: aquí como en cualquiera otra parte, la cooperación en una tarea común no puede triunfar sino con una buena colaboración. En Francia se ha podido comprobar una evidente mejora de la justicia criminal desde que, por la reforma de 1941, reclamada hacía mucho, el tribunal y el jurado se reúnen para deliberar en común sobre el conjunto del caso (culpabilidad y pena); y esa mejora ha sido perfeccionada recientemente con la reunión completa del tribunal y el jurado que se sientan uno al lado del otro: único sistema racional que per-

(**) Véase la nota de la pág. 3.

mite hacer justicia equilibrada y racional en materia tan importante. Se comprende que las cuestiones de derecho y de procedimiento queden reservadas a los jueces profesionales, los únicos preparados para ellas; pero no cabría encastillarlos en ese solo terreno, que no es generalmente dominante ni resulta jamás completamente distinto. Sobre las cuestiones de hecho, los jurados o los asesores profanos pueden aportar el complemento de sus conocimientos prácticos o especiales y el de su experiencia en una esfera generalmente muy limitada; pero solamente los jueces profesionales son capaces de coordinar esos puntos de vista y tales datos dispersos, y sacar luego una conclusión juiciosa de un conjunto racional, al mismo tiempo que saben fundir las impresiones subjetivas individuales en un juicio objetivo y completo. Tan cierto es que juzgar exige una iniciación técnica y que el punto de vista verdadero del fallo se escapa siempre, en mayor o menor grado, a los profanos (23).

En nuestra época de progreso científico, en la cual cada uno necesita especializarse para conocer a fondo una rama determinada de conocimientos y de actividad, se ha reclamado una especialización de los jueces (24), sobre todo en las materias que se salen de lo corriente: ello permite adquirir una competencia más profunda y obtener una jurisprudencia más uniforme. Pero sólo resulta practicable en las jurisdicciones bastante importantes: se muestra indispensable en la Corte suprema; es muy útil en los gabinetes de instrucción de los grandes centros, y se la comprende en cierta medida en las grandes cortes y en

(23) WEHLI (ob. cit., pág. 441) de modo juicioso observa que "solamente un alto grado de discernimiento social y una continua autoeducación proporcionan al juez esa elevación de punto de vista que le permite estimar en la medida del interés general los intereses de clase comprometidos en un litigio". Recuerda el caso citado por PACAUD (*Lentours et frais de justice civile*): en 1893, unas elecciones de vocales de tribunales paritarios tuvieron que ser anuladas porque algunos asesores se habían comprometido a resolver a favor de los obreros.

(24) Los criminalistas modernos han reclamado la especialización de los jueces represivos, para facilitarles el estar al corriente de todas las cuestiones criminológicas, cuya importancia aumenta cada vez más y que son descuidadas generalmente por los jueces civiles, suficientemente atareados por otra parte. Existe evidentemente en ello una idea interesante, con la condición de no establecer compartimientos estancos. La cuestión fué discutida en el Congreso de Palermo, en 1933 (véase especialmente nuestro informe, *Actes du Congrès*, págs. 155 y sigtes.), donde se aprobó un voto en el sentido de cierta especialización, compatible con la organización judicial de cada país. Una especialización de ese género será comprendida el día en que su función haya sido renovada en un sentido verdaderamente criminológico y requerirá una formación técnica; su necesidad se dejará sentir entonces de la manera más natural.

los altos tribunales. También se aplica ahora a los jueces de menores. Se aplicará sin tardar a los magistrados penitenciarios. No obstante, aparte esos casos limitados, no podría ser llevada más allá que en las restantes profesiones, sin riesgo de desconocer el sentido a la vez racional y humano de la justicia para reemplazarla por una técnica mecánica; los jueces tienen necesidad siempre de cierta amplitud de miras. No sin razón, en las cortes judiciales y en los tribunales con varias salas, la rotación es una institución tradicional (salvo en la Corte de Casación), y los jueces se atienen a ella⁽²⁵⁾. La especialización no debe conducir a descuidar los conocimientos generales, jurídicos y otros, de los cuales tienen siempre necesidad los jueces; y sobre todo hacerles perder la elevación y amplitud de miras que deben inspirar siempre una buena justicia.

Se comprende que esas jurisdicciones especiales que, de vez en cuando, se intentan establecer para responder a ciertas necesidades circunstanciales, sobre todo en tiempos revueltos, se aparten mucho de esas condiciones para poder aportar la deseada justicia: ha podido decirse que habían fracasado siempre, o que sólo proporcionaban parodias de justicia, y el efecto más grave consiste en el descrédito que, en el sentimiento popular, proyectan sobre la justicia, sobre todo cuando los magistrados participan en ellas. Tan cierto es que la buena intención no basta en la materia y que toda pasión, incluso con una finalidad de interés público, falsea la justicia. Cuando se trata de jueces legos, se exponen por demás a ser dominados por sus ideas preconcebidas o partidarias y sus preocupaciones de grupo o de clase, cuando no por las consignas o simples sentimientos de solidaridad, incluso de odio o de venganza. El funcionamiento de los tribunales revolucionarios nos proporciona numerosos y tristes ejemplos de eso, en cuantas partes han existido. No ha mucho, las llamadas cortes de justicia, en diversos países, han provocado muchas decepciones: lo menos que puede decirse es que todas las nociones han sido confundidas, que a las resoluciones les ha faltado por completo medida, en un sentido o en otro; en definitiva, que la justicia ha sido colocada al servicio de fines de otra naturaleza y que la represión, con todo un cortejo de sanciones accesorias, ha retrocedido a nociones perecidas⁽²⁶⁾.

(25) Después de la guerra, el primer presidente ha conservado el poder de distribuir los presidentes de sala y los magistrados entre las salas, sin tener que sujetarse a la rotación regular; y cuando la rotación no se ha seguido, los magistrados lo han lamentado.

(26) También han constituido blanco de numerosas críticas. El punto de vista sociológico ha sido profundamente analizado por nuestro

Realizamos también la deplorable experiencia de los tribunales paritarios, especialmente en cuanto a los arrendamientos rústicos, donde los asesores actúan como partes, en representación de los opuestos intereses de clase, bajo el arbitraje del juez de paz, que hace de presidente. Y es que no basta con subir al estrado de un tribunal para convertirse en juez; ni revestirse con sus atributos para adquirir su espíritu.

Los tribunales de comercio, compuestos por comerciantes notables y elegidos por sus colegas, están menos expuestos a la crítica. Sin duda, tampoco ellos, esos "magistrados consulares", son juristas, y tienen la tendencia de juzgar como árbitros; pero con frecuencia poseen nociones del derecho y, al menos, conocen los usos corrientes del comercio, elementos importantes que han de aplicarse. Lo que les falta es la técnica judicial y la formación profesional; ahora bien, eso es difícil de suplir; sus fallos se resienten siempre por algunas lagunas, por su falta de rigor, por su punto de vista restringido, alguna vez por su opinión preconcebida, y los litigantes no siempre tienen confianza en su imparcialidad. Cabría establecer diferencias entre la mentalidad de un comerciante al por mayor o un industrial y la de un detallista o un artesano; estos no profesionales juzgan naturalmente según los hábitos de su oficio. Resulta poco lógico que, en nuestra organización, la jurisdicción mercantil esté compuesta solamente por comerciantes en la primera instancia y únicamente por magistrados en la apelación, de suerte que el punto de vista de los hechos domina para unos y el del derecho para los otros; sería más racional que ambos elementos no estuvieran completamente separados, sino reunidos en uno y otro caso. Así, se ha propuesto, como se practica en ciertos países, que el tribunal sea presidido por un magistrado, y cabe también concebir que la corte cuente con asesores comerciantes.

Sean cuales sean sus conocimientos, los jueces tienen necesidad de recurrir a las luces de los peritos en las cuestiones de hecho que revisten carácter técnico especial o exigen investigaciones particulares: esas diligencias de instrucción son in-

colega A. SAUVAGEOT (*La dévaluation de la peine*, en *Rev. polit. et parlem.*, octubre de 1946, y en *Rev. pénitent.*, abril-junio de 1947). Por otra parte, se ha discutido la cuestión de las dos justicias, subjetiva y objetiva, una indaga las intenciones y los móviles, y otra se atiene a los actos: como si la culpabilidad de derecho común no comprendiera ese doble elemento de la intención delictiva y del acto punible. Bien es verdad que, en ciertos aspectos, se sale del derecho común, aun recurriendo a él. La fachada judicial no ha impedido el retorno a los antiguos instintos de vindicta y de venganza.

evitables, y no hacen sino desarrollarse con el progreso científico e industrial. Suscitan problemas mal resueltos en el estado de nuestro procedimiento, sobre todo en el civil. Para no usurpar las atribuciones de los jueces, los peritos deben permanecer exclusivamente encastillados en las cuestiones de hecho, e interesa precisarlas claramente en la función que les está dada. Por su parte, el juez se refiere en mayor o menor medida al trabajo del perito, al fiscalizar si ese trabajo está bien hecho; sobre los puntos completamente técnicos, se ve desde luego obligado a concederle confianza; pero nunca hay que entregarse a una confianza ciega.

Aquí como en otras partes, la separación completa produce malos resultados; pues sólo una colaboración constante entre el juez y el perito puede permitir un trabajo útil, coordinado y pertinente. Como suele hacer el juez de instrucción, ¿por qué el juez comisario civil (o de comercio) no ha de estar en contacto con el perito, para seguir y guiar sus operaciones? Eso evitaría a este último, que sólo conoce un lado del asunto, desviarse alguna vez del verdadero litigio. Además, ¿por qué ceñirse a un informe escrito, sin oír las manifestaciones orales del perito para aclarar los puntos que hayan quedado oscuros y litigiosos, que no siempre resulta posible precisar por anticipado? Eso evitaría muchas discusiones inútiles en los debates y el procedimiento complicado de la ampliación pericial, al que es forzoso recurrir en ocasiones; ¡cuánto tiempo perdido, y qué de complicaciones cabe ahorrar! Para eso no hace falta renunciar al informe escrito y reducir al perito a la condición de testigo, como en el sistema angloamericano de la instrucción oral: para llenar plenamente su cometido, debe mostrarse un verdadero colaborador y seguir a la disposición del juez comisario; y después, de necesitarlo, a la del tribunal. Si es llamado a formular aclaraciones, que sea como perito, no como testigo ⁽²⁷⁾.

(27) En numerosas ocasiones hemos tenido la oportunidad de poner de relieve las complicaciones inútiles de nuestro arcaico procedimiento civil, de resaltar las aspiraciones de la técnica científica y de mostrar cómo debía armonizarse el procedimiento con la técnica, en el sentido de una colaboración fructífera entre el juez y el perito, aun conservando cada cual su independencia. Un acercamiento más estrecho y más seguido entre ellos resulta necesario para permitirles comprenderse y alcanzar soluciones pertinentes, sin tener necesidad de recurrir a operaciones, de carácter pertinentes, de procedimiento formalista, ante las cuales se duda para no prolongar y agravar el proceso, ya bastante largo y costoso. En nuestra época, que se vanagloria de progreso científico, los hombres de ciencia deben aportar con libertad y rapidez su concurso a la justicia cuantas veces tenga ésta necesidad de ellos y en todas las esferas.

Al adquirir el carácter del perito importancia creciente en las cuestiones científicas, se ha llegado a proponer, para conseguir colaboración más completa, que tome asiento como jurado o asesor ⁽²⁸⁾: idea seductora, pero que confunde los papeles. Cabe admitir, desde luego, a especialistas en las jurisdicciones particulares, como la de los menores o la de las pensiones por invalidez de guerra, pero más bien como jueces asesores que como peritos; cabe concebir también técnicos como jueces en materias especiales, como la de las patentes de invención, marcas de fábrica y otras cuestiones industriales; pero todo eso queda limitado y, en derecho común, la justicia requiere conocimientos y técnica propios. Cada cual debe atenerse a su papel: los peritos han sido instituidos para asesorar a los jueces; y los jueces, para juzgar.

(28) El sistema del jurado técnico ha sido sostenido en el Congreso internacional de Derecho Penal de Palermo, en 1933, por MARIANO D'AMELIO, primer presidente de la Corte de casación de Roma, con el fin de tornar más científica la justicia penal. El jurista polaco LEMKIN ha tomado luego esta idea en la forma del asesoramiento. Pero el medio mejor para hacer que la justicia penal sea más científica consiste en procurarle a los magistrados una formación en tal sentido, cosa que reclamamos hace ya mucho.

CAPÍTULO II

LA COMPROBACIÓN Y LA APRECIACIÓN DE LOS HECHOS DE LA CAUSA

Imprecisión terminológica de esta operación compleja.

La base objetiva del fallo y la actitud positiva del juez, comparada con la del hombre de ciencia y la del médico.

La selección de los hechos pertinentes y la función rectora de la idea. La apreciación provisional de los hechos en el curso de la administración de las pruebas. Las hipótesis provisionales de reconstrucción de los hechos.

Utilidad del conocimiento previo de los autos, y peligro de atenerse a ellos. Papel del presidente en la dirección de los debates, y actitud que debe adoptar, sin exceso de celo.

La convicción prematura y las conclusiones engañosas. Caso curioso. La acogida de diversas hipótesis antes de elegir.

La influencia del conocimiento del derecho y de la jurisprudencia. Investigación excesiva de precedentes judiciales.

Condición particular de los jurados, que se guían por las impresiones de la vista. Dificultad que tienen para seguir los debates. Base superficial, afectiva y sugestiva de sus opiniones.

Influencia de la simpatía o de la antipatía sobre los fallos, sobre todo en los jueces improvisados. Influencia de los diversos sentimientos inspirados por el acusado, y la persuasión oratoria.

Si la observación exacta de los hechos constituye la primera exigencia de la ciencia moderna, su comprobación, o al menos, su fijación positiva ⁽¹⁾, es la condición esencial para

⁽¹⁾ Resulta curioso que, en francés, el uso no haya consagrado ningún término genérico propio para designar la actitud del juez en el examen de los hechos de autos. Se habla de modo alternativo y, sin embargo, no indiferentemente, de *comprobación*, de *admisión* o de *apreciación* de los hechos o de las pruebas. Se *comprueban* los hechos observados directamente, o las pruebas presentadas de manera positiva, por ejemplo, por documentos no impugnados o por indicios inequívocos;

poder formular un fallo verdaderamente objetivo. No existe fallo sólido y justo más que sobre la base de pruebas positivas. Hace ya mucho que con términos convincentes dijo MONTAIGNE: "Bien es verdad que las pruebas y razones que se fundan sobre la experiencia y sobre los hechos, éstas no las desato: aunque no tengan cabo, las corto con frecuencia, como Alejandro su nudo. Después de todo, es poner sus conjeturas a muy alto precio cocer por ellas a un hombre vivo del todo" (*Essais*, liv. III, cap. XI, *Desboiteux*). Ante todo interesa fijar los hechos de la causa objetivamente y apreciarlos con imparcialidad.

La actitud del juez ante los hechos que le son sometidos se parece a la del hombre de ciencia que intenta escrutar la naturaleza y observa los fenómenos, en ese sentido de que debe ser positiva e imparcial. La "entera libertad de espíritu asentada sobre la duda filosófica", que recomendaba CLAUDE BERNARD⁽²⁾, se traduce aquí por la falta de toda opinión ya formada y por la duda con respecto a las opiniones previas, comprendiendo en ellas la acusación. BOSSUET comprobaba que: "Es parte del buen juzgar dudar cuando es preciso". Cabe extender al juez lo que el Dr. LOCARD dice con tanta exactitud del investigador: "El espíritu sistemático constituye en esta profesión un vicio redhibitorio"⁽³⁾. En lo criminal, donde se juega el honor e incluso la vida de los ciudadanos, se va muy lejos por ese camino: hay que hacer abstracción de la instrucción previa y apreciar las pruebas tal como se producen en los debates (regla de la oralidad de los debates), a fin de juzgar por uno mismo, y no según la opinión ajena. Pero sería contrario al mismo método científico no querer tener en cuenta los resultados ya demostrados; tales como los

eso es lo que se tiene cuidado de realizar en la instrucción criminal. Se admiten los hechos que se tienen por constantes, o reconocidos, o suficientemente probados; o también alguna vez, en lo civil, los legalmente presumidos. Se aprecian, por último, todos los hechos que se consideran en el fallo. Lógicamente, esta última operación debería ser consecutiva de las precedentes; pero, psicológicamente, no se aguarda a estar fijo sobre la verdad de un hecho para apreciar su valor y pertinencia. Esas diversas operaciones encaminan a cierta determinación de los hechos en el marco de la causa, con sus circunstancias, condiciones y caracteres. Por ejemplo, de las pruebas producidas, el juez concluirá por la intención fraudulenta del acusado al haberse apropiado los objetos que se han encontrado en su casa: el hecho está ya establecido desde entonces, sólo hará falta calificarlo jurídicamente según el delito que convenga (robo, encubrimiento, etc.). Esa determinación o fijación, que servirá de base positiva al juicio, se corresponde sobre poco más o menos con la expresión alemana *feststellen*.

(2) C. BERNARD, *Introduction à la médecine expérimentale*, pág. 63.

(3) E. LOCARD, *L'enquête criminelle et les méthodes scientifiques* (Flammarion, 1920), pág. 281.

de las primeras comprobaciones, hechas tras el descubrimiento del crimen, que con frecuencia resultan decisivas.

Se ha comparado la actitud del juez con la del médico que prepara su diagnóstico: uno y otro observan los síntomas y los signos exteriores, reveladores de estados internos, y por ello interpretan los hechos y las actitudes, para formular un juicio que caracterice la situación. La inexactitud o lo incompleto de las comprobaciones se traduce en errores de apreciación. "Lo mismo —dice ALTAVILLA— que un médico engañado por un síntoma polariza sus investigaciones para descubrir la sintomatología de una enfermedad que no existe en el caso dado y no observa los fenómenos que lo habrían conducido al buen camino, así también el magistrado, por la imperfección de sus órganos sensorios, por el daltonismo determinado de una convicción *a priori*, tiene una visión incompleta y unilateral de los acontecimientos" (4). En todo caso juzgamos sobre aquello que, por la percepción, ha penetrado en el ámbito de nuestra conciencia; ahora bien, se produce cierta selección, una suerte de filtrado de los materiales sensibles, según nuestra sensibilidad personal, nuestras ideas establecidas y la atención nuestra concedida a los hechos. Los elementos que escapan a la atención es como si no fueran percibidos; si poseen importancia insospechada, su omisión hará falso el juicio. Para asegurarse de que nada se omite, la primera preocupación del juez debe consistir, como aconseja ALTAVILLA, en registrar serenamente y con exactitud los fenómenos externos.

No cabe registrarlos todos, sino solamente los que sean pertinentes; es decir, los interesantes para la cuestión que haya de resolverse, sea en un sentido o en otro. "La función de la comprobación (o fijación) de los hechos (*der Tatsachenfeststellung*) —declara HELLWIG— consiste en fijar (*feststellen*) los que permitan una apreciación jurídica de la situación (*des Sachverhalts*) en todos los sentidos que hayan de considerarse" (5). La parte delicada de esa tarea consiste en evitar dos excesos, que son: ya sea, por un exceso de análisis y de escrúpulo, atisgarse con elementos inútiles y dispersar la atención en todas las direcciones; ya sea, por una síntesis prematura y una selección demasiado estrecha, fijarse en ciertos elementos con detrimento de los demás, e inclinar la balanza antes de pesar los materiales.

Lejos de poseer la libertad de investigación del hombre de ciencia, o incluso del médico, el juez se encuentra rigurosamente

(4) E. ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, pág. 560.

(5) A. HELLWIG, *Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung*, pág. 25.

limitado por la ley, a la vez en su campo de actividad ante el problema litigioso presentado y en los medios de acción ante las reglas de procedimiento impuestas. Su papel es esencialmente receptor ⁽⁶⁾, sobre todo en materia civil, donde se limita a recoger las declaraciones que se tiene a bien hacerle o a comprobar los hechos que se le quieren mostrar, mediante formalidades muy complicadas. Si se quiere hablar aquí de diagnóstico, o más bien de psicodiagnóstico, resulta muy empírico y facticio. Es la ley la que suple, por las reglas de la prueba, la insuficiencia de la investigación: se trata de saber si el hecho está probado, o no, de conformidad con la ley; y pobre del que no proporcione la prueba necesaria en apoyo de su causa.

Aquí como en otros casos, los hechos no adquieren significado sino por la idea que los aclara. "Todo permanece ininteligible —decía PLATÓN— para quien tiene miedo de la Idea". En realidad, son verdaderas ideas las que, bajo la apariencia de los hechos, se presentan como prueba en el curso del proceso: probar, en un pleito de divorcio, que un cónyuge ha maltratado a otro, es probar la falta de razón del mismo. Aunque se cuide la distinción de los hechos jurídicos, sometidos a reglas particulares de prueba (art. 1341 del Cód. civ., etc.), y los simples hechos materiales, libremente probados, estos mismos no son considerados judicialmente sino en razón de la consecuencia jurídica que haya de sacarse de ellos, lo cual constituye su carácter pertinente y concluyente. La comprobación judicial no es verdadera observación científica de los fenómenos, de la cual decía CLAUDE BERNARD: "El observador debe ser el fotógrafo de los fenómenos... Su espíritu debe ser pasivo, es decir, callarse; escucha a la naturaleza y escribe a su dictado" ⁽⁷⁾. Aquí, la idea no cesa de obrar, incluso durante la comprobación, que permite comprender los hechos a medida que se presentan, y seleccionarlos, para sólo dedicarse a los que presenten interés en la causa o, por lo menos, para ponerlos de relieve: la observación continúa mezclada con apreciación.

En primer lugar es una apreciación provisional, que se precisa y robustece, o se rectifica, a medida que se progresa en la

(6) Solamente el juez de instrucción desempeña un papel activo, de investigación. Pero nuestra ley, al prohibirle juzgar en los asuntos instruidos por él, ha establecido una separación, por demás excesiva, entre el magistrado instructor y el que juzga. El mismo juez de instrucción posee medios de investigación limitados por la ley.

(7) C. BERNARD, ob. cit., pág. 40. Por otra parte, recientes estudios de filosofía científica, siguiendo a H. POINCARÉ y a DUHEM, han mostrado la función importante de las ideas y de las hipótesis en toda elaboración científica, a partir de la misma observación.

reconstrucción de los hechos. El desarrollo de la apreciación, para conservarse positivo, debe seguir el de las comprobaciones. Tengamos cuidado con no olvidar que toda opinión que les precede no puede tener valor más que de hipótesis previa. La frase de BERTILLON: "Sólo se ve aquello que se mira, y sólo se mira lo que se tiene en el espíritu", constituye una verdad para los testigos, no un método para los jueces. El juez no espera el cierre del debate para intentar formarse una opinión, pero no debe formular su opinión sino al final; y, si es preciso, tras haber modificado varias veces su manera de enfocar la situación. Su concepción provisional del asunto, la denomina con razón una *primera impresión*: está formada de intuición y de sentimiento de derecho tanto como de comprobación.

"Si el juez capaz (*tüchtige*) —explica el magistrado ZACHARIAS— recoge los hechos de la causa escuchando, interrogando y averiguando, la experiencia de la vida, la formación intelectual y el saber jurídico funcionan en él con indisoluble unidad. Por acción de tales factores, se forma en seguida en su espíritu, natural y necesariamente, una impresión sobre el estado de derecho. Una de las partes parece tener para él razón en un punto; la otra en otro distinto" (*). Esa impresión o ese sentimiento del derecho (*Rechtsempfinden, Rechtsgefühl*), que surge del contacto con los hechos de autos, antes de la aplicación consciente del derecho, expresa la reacción del juez ante tales hechos, por efecto de su mentalidad profesional y jurídica, de su experiencia y de sus ideas. Puede decirse acertadamente, con ZACHARIAS, que se trata de un *juicio sumario*, formado por medio de un vistazo sobre el conjunto de la causa; pero hay que detallar que se trata de un juicio de valor puramente elemental y provisional.

La hipótesis provisional, indispensable en toda investigación, desempeña importante papel en la investigación judicial, desde la pista seguida por el policía para la identificación del culpable y la dirección dada por el juez de instrucción a su información para el descubrimiento de la verdad hasta la reconstrucción definitiva de los hechos por los jueces, para fijar la situación que ha de juzgarse. "El fin principal y primero de la administración de las pruebas —dice con acierto GÖRRES a propósito de las cortes de assises— consiste en producir ante los que juzgan un com-

(*) ZACHARIAS, *Ueber Persönlichkeit, Aufgaben und Ausbildung des Richters* (Berlin, 1911), pág. 42.

Una comprobación análoga hace J. C. HUTCHINSON (*The judgment intuitive, the fonction of the "hunch" in judicial decision*, en *Receuil Génv*, II, pág. 539).

plejo de representaciones que presenten, en su conjunto, una imagen del verdadero hecho criminal, en el mundo exterior como en el espíritu del criminal: en otras palabras, una determinación del estado de la causa (*Tatbestandes*) objetivo y subjetivo" (9). Pues bien, en la reconstrucción de los hechos acaecidos interviene una parte de imaginación para hacer revivir lo que ya no existe, llenando de la manera más verosímil las lagunas de los datos y enlazando los diversos elementos en un todo inteligible que concuerde con lo que esté probado.

La imaginación actúa más intensamente a medida que los hechos son más complicados, más oscuros y más incompletos. Pero permanece o debe permanecer severamente refrenada: su papel es puramente auxiliar, para permitir al presidente dirigir los debates y a los jueces seguirlos, sin tener que entrar en todas las interpretaciones del Ministerio público o en todos los libres desarrollos de los defensores. A medida que se intenta reconstruir los hechos, hay que someter esa reconstrucción al control de las pruebas obtenidas. Algunos hechos o indicios soportan varias interpretaciones diferentes; pero otro punto, suficientemente probado, que cuadrará mejor con una que con otra de ellas, podrá permitir la exclusión de la segunda para conservar la primera.

En lo civil, los jueces no suelen tener conocimiento del asunto, antes de los debates, más que por las conclusiones formuladas. En lo penal, por el contrario, el presidente y el ponente (10) han tenido comunicación del expediente resultante de la información. Pues bien, como éste no es sin duda favorable al acusado, porque en otro caso no habría originado el proceso contra él, se ha discutido acerca de la prevención que en contra del acusado puede resultar de aquél en el espíritu del presidente: algunos han señalado ahí un peligro de parcialidad (HENSCHEL, MERKEL) (11); pero generalmente se admite que ese conocimiento previo resulta inevitable para poder dirigir con provecho los debates. Con HELLWIG, cabe estimar que tal peligro ha sido exagerado en cuanto a los jueces profesionales (12), que, en efecto, conocen las imperfecciones de los atestados de los auxiliares de la justicia y saben que no es raro que un asunto cambie

(9) K. H. GÖRRES, ob. cit., pág. 31.

(10) La ponencia, aunque exigida en toda materia, no desempeña verdaderamente papel activo, en principio, sino en lo penal.

(11) HENSCHEL, *Die Vernehmung des Beschuldigten* (Stuttgart, 1909), págs. 52 y sigtes. MERKEL, *Amtsbetrieb oder Parteibetrieb in künftigen Strafprozess* (Berlin, 1910), págs. 78 y sigtes.

(12) A. HELLWIG, *Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen* (Berlin, Langenscheidt, 1927), pág. 56.

de aspecto en el curso de la audiencia: la prevención procedente de los autos se encuentra, hasta cierto punto, contrarrestada por la desconfianza crítica creada por la experiencia profesional.

Cabe encontrarle otras causas al espíritu de parcialidad que se ha censurado mucho a los presidentes de los tribunales en su manera de conducir los debates, espíritu de parcialidad que, por otra parte, es con frecuencia más aparente que real ⁽¹³⁾. Por último, ¿por qué ha de ser necesario suspender toda opinión hasta el juicio oral, como si la verdad no brotara con tanta frecuencia de las actuaciones escritas? ⁽¹⁴⁾. Los documentos, las primeras confesiones, luego objeto de retractaciones, las revelaciones indiciarias luego desaparecidas, constituyen pruebas de las más positivas y que es preciso recordar ante el acusado, que intenta en lo posible sustraerse a ellas.

Sin duda, el estudio del sumario resulta generalmente desfavorable para el acusado, porque los autos en que se funda la acusación hacen al menos verosímil su culpabilidad. Sin embargo, quien examina los autos en sí mismos llega a veces a una conclusión diferente de la del Ministerio público o, al menos, a una duda acerca de la culpabilidad, duda que, si persiste luego, conducirá a la absolución: HELLWIG, que tiene gran experiencia en la materia, asegura que eso le ha ocurrido con frecuencia, y no es él el único. Estima no haber padecido el peligro de la influencia sugestiva del sumario sino en aquellos casos en que, a consecuencia de circunstancias particulares, no se le ha dejado tiempo para liberarse suficientemente de esta sugestión. Pero no cree que el prejuicio resultante de la lectura del sumario haya persistido jamás hasta el final y haya impedido absolutamente la inteligencia objetiva e imparcial de la causa ⁽¹⁵⁾. En tal sentido no hace más que expresar el pensamiento de los jueces avisados.

Los jueces en quienes pensaban HENSCHER y MERKEL se han hecho por suerte raros; una buena formación psicojudicial debe hacerlos desaparecer casi por completo. Es suficiente tener conciencia del carácter provisional, aproximativo e incierto del juicio que se ha formado previamente, para no caer en el peligro

⁽¹³⁾ Resulta curioso comprobar que ciertos presidentes, tras haberse mostrado fogosos y severos contra el acusado durante los debates, lo juzgan luego con mansedumbre.

⁽¹⁴⁾ Se dice atinadamente que nuestro procedimiento penal está dominado por la regla de la oralidad de los debates; sin embargo, las cortes de apelación no suelen oír de nuevo a los testigos, juzgan según las deposiciones escritas, recogidas durante el sumario y en primera instancia: lo cual explica con frecuencia su diferente apreciación con respecto a la del primer tribunal.

⁽¹⁵⁾ A. HELLWIG, ob. cit., pág. 57.

de dejar que se transforme en verdadero prejuicio (*Vorurteil*) ese simple juicio previo (*vorläufiges Urteil*), que debe permanecer provisional y conservar bastante elasticidad para adaptarse a los nuevos datos de los debates; cuando no, en los casos delicados, hacerle sitio durante un momento a una actitud de expectativa o de duda, para dejar que se forme por sí sola una opinión mejor fundada. "Quien desee conquistar la certeza —dice MITTERMAIER—, que no cierre jamás la puerta a la duda; y mucho mejor será que se detenga en todos los indicios que a ella puedan conducir; y cuando haya logrado hacerla desaparecer por completo, entonces será irrevocable su decisión". En suma, lo esencial consiste en no obstinarse nunca con una idea preconcebida, sino en buscar imparcialmente hasta que la luz se haga, y no formar opinión más que por el resultado de un examen completo de los diversos elementos de prueba, tanto en un sentido como en otro.

Más aún se les ha reprochado a los presidentes su actitud militante en la dirección de los debates, especialmente en el interrogatorio del acusado; lo cual, según se dice, es contrario a su deber de neutralidad e imparcialidad. Se opone a esa actitud aquella, mucho más pasiva, del juez inglés, el cual deja que los debates se desarrollen como si se tratara de un proceso civil, y se contenta con hacer que se respete el derecho y con conservar abierto su espíritu (*to keep his mind open*) ⁽¹⁶⁾. Es cierto que el sistema inglés difiere profundamente del francés y que es más respetuoso con los derechos del acusado y con la presunción de inocencia que, si no litiga como culpable, se le concede hasta la conclusión de los debates. El presidente, en el procedimiento francés, constituye en algo la continuación del juez de instrucción, cuando pone de manifiesto los cargos que pesan sobre el acusado, si éste da muestras de mala fe o niega sistemáticamente los hechos evidentes: ¿no resulta natural insistir contra él en el sentido de las pruebas producidas? ¿Quiere eso decir que el presidente muestra generalmente, como se le ha censurado, una tendencia profesional a escuchar más bien a la acusación que a la defensa y a considerar más bien la acusación como teorema por demostrar que como hipótesis por verificar? ⁽¹⁷⁾. Ese reproche, felizmente, resulta casi siempre una

⁽¹⁶⁾ DE FRANQUEVILLE, *Le système judiciaire de la Grande-Bretagne*, t. II, pág. 388.

⁽¹⁷⁾ MAUR, LAILLER y H. VONONEN, *Les erreurs judiciaires et leurs causes* (Paris, Pédone, 1897), pág. 122. Es cierto que estos autores, abogados de la corte de apelación de París, consideraban especialmente a los jueces de instrucción de entonces y llevaban a cabo el proceso

exageración de los abogados, basada mucho más en la apariencia que en la realidad. Se dirige sobre todo a las audiencias públicas en exceso agitadas, donde el presidente se ve en duro trance para contener el celo de los abogados y restablecer el orden.

Lo que resulta preciso reconocer es el estado de ánimo del tribunal de derecho que, más perspicaz para formar su opinión que los jurados, considera los debates como inútiles u ociosos una vez que se ha persuadido de la culpabilidad del acusado. Cuando se ha formado la convicción, no se busca ya nada más, por creer que se tiene la verdad. Pues bien, no hay mayor peligro de error que una convicción prematura. Hace ya mucho que SAN AGUSTÍN enunció este pensamiento tan exacto: "Para discernir con conocimiento lo falso de lo verdadero, hay que apartar del pensamiento que se posee la verdad".

Cabe explicar así cierto número de errores judiciales, más o menos antiguos, que algunas verificaciones habrían evitado con facilidad: ya una verificación de la coartada (caso de Game en 1773, Desvaux en 1842, Filipi en 1848, Lesnier en 1848, Kranzt en 1868, etc.), ya una comprobación de la imposibilidad o inverosimilitud de los hechos imputados (caso de Rispal y Galland en 1819, asunto de Lesnier antes citado, etc.) ⁽¹⁸⁾. En la mayoría de esos casos y en otros muchos, el vicio del juicio erróneo ha consistido en descansar con confianza por demás ciega y ligera sobre testimonios engañosos, sin tomarse el trabajo de intentar su crítica ⁽¹⁹⁾. Así, en 1893, un honrado farmacéutico de París, Mac Auliffe, fué condenado por el tribunal del Sena, y luego por la corte de apelación de París, por injurias públicas, malos tratos y lesiones voluntarias contra una vieja mujer enferma, a pesar de la coartada que había invocado. Por fortuna, consiguió, si no ante el tribunal, al menos ante la corte (igual sala), condenar por falso testimonio a los testigos que lo habían hecho condenar; la corte comprobó que la pretendida escena

del sistema de instrucción secreta, que la ley del 8 de diciembre de 1897 procedió a reformar.

La influencia del presidente de la corte de assises ha sido censurada también en Alemania (FRIEDRICH OETKER, *Vorsicht im Schewirgericht und Eignung zur Schuldbeurteilung*, en *Zeitsch. f. Psychologie*, t. CXII, 1929, pág. 246).

⁽¹⁸⁾ Ob. cit., págs. 224 y sigtes. En el caso de Krantz, la petición del acusado de probar su coartada fué también rechazada por la corte de apelación de Nancy, que le condenó erróneamente por lesiones, en razón del reconocimiento sostenido por tres testigos (*Le Droit*, 22 de febrero y 12 de octubre de 1863, en *Gaz. des Trib.*, 24 de abril de 1869, y en *Bull. de Cass.*, t. LXXIV, n° 93).

⁽¹⁹⁾ Cfr. F. GORPHE, *La critique du témoignage* (Paris, Dalloz, 2ª ed., 1927).

era material y moralmente imposible y que el delito resultaba inadmisibile e inverosímil (París, 7 de febrero de 1896) ⁽²⁰⁾.

Hay que guardarse de las coincidencias impresionantes, algunas veces abrumadoras, llamadas *fatales*, que parecen suficientes para formar una convicción, si no se tiene cuidado de examinar los demás aspectos del asunto y considerar las diversas explicaciones posibles. Si, en 1851, Lescours fué condenado erróneamente por la corte de assises de Finisterre, a 20 años de trabajos forzados, por robo de dinero con fractura, se debió a que un cuchillo, olvidado por el ladrón en el lugar de los hechos, había sido reconocido por varios testigos como de propiedad de aquél, cuando precisamente Lescours había perdido algunos días antes un cuchillo semejante ⁽²¹⁾.

Las coincidencias engañosas pueden ser corroboradas por la actitud misma del acusado. Eso fué lo que condujo, en 1893, a condenar erróneamente al cochero Foulon por robo de una chaqueta: una señorita, que acababa de olvidar su chaqueta en un coche, se había puesto en seguida a la busca del cochero, y había creído reconocerlo en la persona de Foulon, que pasaba en aquel momento con su coche vacío; éste, impacientado, terminó por exclamar: "Pues bien, sí; ¡soy yo!" y, pegándole con el látigo al caballo, quiso partir al galope. Entonces, al pedirle ella su número, rompió torpemente el papel, de manera que se quedó con la parte del número en la mano y la mujer no pudo apoderarse más que de la otra mitad del papel ⁽²²⁾. Se encuentran todavía muchas más falsas coincidencias en el curioso caso de Antón K., que se desarrolló en Baviera en 1900, y que sería muy extenso relatar aquí; aquéllas cubrieron las escasas discordancias que se encontraron, y ni siquiera se hubiera pensado en la posibilidad de error si el acusado no se hubiera resuelto a último momento, por conducto de su defensor, a revelar su

⁽²⁰⁾ MAUR, LAILLER y H. VONONEN, ob. cit., pág. 439.

⁽²¹⁾ *Gaz. des Trib.*, 29 de octubre de 1851; *Bull. de la Cour de Cas.*, t. LVI, n. 342. La obra teatral de BAYARD VELLER, *Mary Dugan Trial*, representada con el título de *El proceso de Mary Dugan*, gira en torno de turbadoras coincidencias de este género, que abruma a la acusada, mujer protegida: su amante, un hombre casado, con el cual estaba acostada, es encontrado muerto en la alcoba, atravesado por un cuchillo perteneciente a la muchacha, arma que conserva incluso sus impresiones digitales. Todo lleva a creer que ella lo ha matado a consecuencia de una discusión. Hay que ahondar en la instrucción de más cerca para saber que la viuda tenía un amante y que fué éste quien asestó el golpe, para librarse del marido.

⁽²²⁾ *Le Droit*, 1º de junio de 1893; *Bull. de la Cour de Cas.*, 1893, n. 334.

verdadera identidad, ocultada por miramientos para con su familia ⁽²³⁾.

Resulta, pues, difícil decir en qué momento de las investigaciones, de la producción de las pruebas y de los debates, debe detenerse en la elección de las hipótesis que permiten la reconstrucción de los hechos el juez que quiere evitar los riesgos de error. Solamente la intuición, desenvuelta por la experiencia, permite adaptar en cada caso, según las dificultades, a la práctica de la expedición útil y rápida de los asuntos el principio de "la determinación del estado de hecho (*die Feststellung des Sachverhalts*) en todos los sentidos que puedan ser considerados", cual lo formula HELLWIG ⁽²⁴⁾.

Así, por una parte, el presidente no debe negarse a oír del acusado y de los testigos cuanto no encuadre con su concepción de la causa, la cual puede ser subjetiva; y, por otra parte, no debe dejar que se hable sino sobre aquello que esclarezca el debate y no acerca de cosas ajenas que lo desvíen o lo embrollen. Se logra esto teniendo constantemente presente la cuestión que haya de resolverse, no las propias ideas o la manera de responder a ella. HELLWIG preconiza el método siguiente: "Acoger primeramente todos los puntos de vista que entren en consideración, incluso fuera de la hipótesis principal, formarse así hipótesis accesorias y, cuando nada más surja de las declaraciones de los testigos o del acusado que tenga importancia para una de las hipótesis, interrogarlos con precaución e independencia, evitando las sugerencias, para determinar si saben todavía alguna cosa de importancia sobre la hipótesis principal o sobre la accesorias" ⁽²⁵⁾.

El conocimiento del derecho y de la jurisprudencia, unido al del sumario, ejerce también su influencia sobre el modo de recoger las pruebas y de comprender los hechos de autos. En sí mismo, se le considera como un deber propio de la función, indispensable para una buena preparación del fallo. "Solamente —dice el presidente PÜTTER— como resultado de una preparación acabada, no solamente *in facto*, sino especialmente *in jure*, se está en situación de seguir con bastante facilidad la discusión

⁽²³⁾ A. HELLWIG, *Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen* (ya citada), págs. 172 y sigtes. Relatado por F. GORPHE, *Comment apprécier les reconnaissances d'identité*, en *Études criminologiques*, noviembre de 1929, y en *Appréciation des preuves en justice*, pág. 454 [en la traducción publicada en esta Colección, pág. 468].

⁽²⁴⁾ A. HELLWIG, *Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung*, pág. 26.

⁽²⁵⁾ A. HELLWIG, *ob. cit.*, pág. 27.

oral de las partes" (26). Ésa constituye la gran superioridad de los jueces profesionales sobre los jueces profanos. El conocimiento del derecho facilita la inteligibilidad del hecho; sobre todo el conocimiento de los precedentes casos análogos permite encuadrar rápidamente el nuevo caso en un marco ya conocido, y verlo con más claridad a la luz de los precedentes.

Pero esa facilidad se convierte muy pronto en un peligro, apenas aparezca la estrechez o la pereza de espíritu: la tendencia a ver y a registrar, desde el punto de vista de un precedente, cuanto se adelante en los hechos de autos impide comprobar y apreciar exactamente las particularidades del caso: "Aquel que desde el principio —dice HELLWIG—, en vez de comenzar por tratar de comprobar (*feststellen*) los hechos de la causa (*Sachverhalt*) que se someten a su decisión, se esfuerza por encontrar un fallo de una jurisdicción superior que trate del caso, y lo admite como dato en la base de su hipótesis previa, exagerará fácilmente las semejanzas de ambos casos, y descuidará o menospreciará las circunstancias particulares del caso actual, que con frecuencia son de importancia decisiva, aun inadvertida por el profano y por muchos juristas... Es la más enojosa falta que un juez puede cometer" (27). En efecto, conduce a falsear la base del fallo cuando la similitud de las causas no es más que aparente, o cuando el precedente ha sido tan sólo incompletamente expuesto en el extracto publicado. Excelentes prácticos alemanes (28) han señalado también el peligro de ese culto excesivo por la jurisprudencia que, facilitado por las abundantes y numerosas colecciones de sentencias, se convierte en verdadera caza de los precedentes (*Jagd nach Präjudizien*), que desvía el espíritu de los jueces de las fuentes profundas de la justicia.

Ese peligro de extravío existe sobre todo para los espíritus no avisados, que no advierten la dificultad existente para seguir en su pensamiento, sin mezclarlas, dos causas que difieren poco una de otra. Cuando se está todavía en la incertidumbre sobre la materia de la causa actual, la separación con la extractada en las colecciones puede aparecer menos sensible de lo que es en la realidad. Uno se aventura fácilmente por la falsa ruta que así se ofrece, y luego tiende a persistir en ella. "Aun dirigiéndose

(26) PÜTTER, *Noch ein Wort über die Prozessverschleppungen*, en *Deutsche Juristen Zeitung*, VII año, n. 23, pág. 528.

(27) A. HELLWIG, *ob. cit.*, pág. 28.

(28) DEINHARDT, *Erfahrungen und Anregungen zur Kunst der Rechtspflege* (Iend, 1909), págs. 14, 21 y sigtes. RUMPF, *Volk und Recht* (Oldenburg, 1910), págs. 52 y sigtes. WILDHAGEN, *Der bürgerliche Rechtsstreit* (Berlin, 1912), págs. 75 y sigtes.

—explica ZACHARIAS— desde el origen uno al lado del otro, y aun no divergiendo sino en un matiz, los dos caminos van separándose cada vez más. Por haber intercalado en un punto de las consideraciones un estado de hecho (*Tatbestand*) inexacto, aunque sólo sea una idea, se avanza paso a paso hacia consecuencias que nos desvían cada vez más y llevan finalmente a una falsa resolución" (28).

Influencia similar de ideas preconcebidas no se deja sentir, al menos de la misma manera, sobre el espíritu de los jueces profanos. Ésa es precisamente la gran ventaja que se ha querido descubrir en la jurisdicción de los jurados, cuando se subraya el frescor de su impresión o, como dice BIRKMEYER, su "fresca concepción de cada caso en su individualidad" (29). La novedad de lo que oyen les llevará a concentrar en ello el más vivo interés y a considerar tales hechos de manera más intrínseca y concreta.

Sin embargo, convendría darse cuenta de la dificultad que tienen los profanos de mediana inteligencia e instrucción elemental para seguir durante varias horas declaraciones más o menos deshilvanadas y divergentes y discusiones más o menos claras sobre órdenes de hechos que les son extraños o a los cuales no se encuentran habituados. Requierase de un espectador teatral, que no sea concurrente muy asiduo, el relato de una nueva representación a la cual haya asistido recientemente: se asombrará uno de la pobreza de su juicio, incluso por parte de un hombre culto, sobre los diversos puntos y aspectos que han de abrazarse. Se ha pensado muy gratuitamente que los jurados, surgidos del pueblo, debían ser más aptos para comprender y apreciar las circunstancias y los móviles criminales, "por estar —dice BIRKMEYER— en contacto más íntimo con las causas sociales del crimen", como si esa honrada gente viviera en relación con los medios criminales. Resulta suficiente, por el contrario, haberlos visto un poco en acción para comprobar la gran dificultad, y alguna vez la imposibilidad, que tienen para seguir los debates de un proceso complicado, cuando tal dificultad es experimentada por los mismos profesionales ejercitados.

En efecto, cabe decir con acierto, con GÖRRES, que "el dominio de todos los elementos probatorios, lo mismo que el de las conclusiones de la administración de las pruebas, especialmente cuando ha transcurrido mucho tiempo o cuando los documentos son muy numerosos, constituye generalmente para los juristas

(28) ZACHARIAS, *Ueber Persönlichkeit, Aufgaben und Ausbildung des Richters* (Berlín, 1911), págs. 46 y sigtes.

(29) BIRKMEYER, *Unbefangenes, frischere und richtigere Würdigung der konkreten Sachlage* (mencionado por GÖRRES, ob. cit., pág. 32).

una de las operaciones más difíciles que les incumben, y para el profano no ejercitado resulta incluso imposible" (31). Eso supone una continuidad de atención, una seguridad de memoria y una independencia de crítica que no se improvisan apenas. En verdad, nadie puede seguir atentamente durante varias horas debates más o menos monótonos, fijar y elaborar todas las impresiones recibidas. Ha de tenerse en cuenta lo que se denomina la estrechez del campo de conciencia (*Enge des Bewusstseins*), que hace que el campo de la conciencia se reduzca con la tensión del espíritu sobre un punto, y que impide abrazar simultáneamente un gran número de fenómenos psíquicos, tales como los múltiples elementos de las pruebas (32). Con esa ley se relaciona la de las variaciones continuas de la atención (33), según la cual la atención tensa sobre un objeto no permanece igual, sino que se fatiga muy pronto, se relaja o se desvía, y eso tanto más cuanto que el esfuerzo sea mayor y más brusco.

Los jueces experimentados saben superar esas dificultades dirigiendo su atención sobre los hechos importantes, llamados pertinentes, mientras que los jueces improvisados no saben discernir éstos de los otros y dispensan su atención al azar de las impresiones. Por ejemplo, en un caso de asesinato, los jurados, que no comprenden la importancia del extremo de premeditación, omiten fijar en ella su atención, y dejan que ésta se extravíe en otro sentido; y cuando se dan cuenta de esa laguna, ya es demasiado tarde: no tendrán otro recurso entonces que formar su parecer de acuerdo con el de sus colegas. Solamente un ejercicio repetido, unido a conocimientos de la materia, enseña a orientarse como instintivamente hacia los puntos centrales y decisivos, con discernimiento y perspicacia, economizando útilmente esfuerzos de atención. Eso es lo que permite a los jueces de carrera seguir, e incluso dirigir, sin excesiva fatiga, audiencias en ocasiones por demás largas y pesadas. La misma memo-

(31) K. H. GÖRRES, ob. cit., pág. 51. Y agrega: "Como cuando se le pide que recite de corrido un extenso trozo de prosa después de haberlo oído una sola vez". Pero esta comparación no es correcta; porque todo lo que se les pide a los jurados es que se formen una opinión, sin tener que retener todo el desarrollo de los debates.

(32) Ley particularmente conocida en paidología. SCHILLER observa que ningún hombre se encuentra en condiciones de comprender del mismo modo y con igual atención el contenido y el lenguaje de una lectura (*Sammlung von Abhandlungen aus dem Gebiete der pädagogischen Psychologie und Physiologie*, Berlin, 1901, t. IV, pág. 17).

(33) Ley puesta en claro por la psicología del testimonio, donde desempeña un papel importante en la explicación de las lagunas y de los errores corrientes: véase F. GORPHE, *La critique du témoignage* (ya citada), págs. 350 y sigtes.

ria especial de que dan pruebas proviene, en mucho, de la adaptación de su atención, que saben concentrar a propósito sobre representaciones o impresiones útiles ⁽³⁴⁾.

Sería curioso saber positiva y exactamente cómo se las arreglan los jurados para formarse una opinión. Nos asombraríamos probablemente de los motivos superficiales o extraños que pueden decidir su fallo. De acuerdo con lo que se ha podido observar en ellos, parece desde luego que, en la medida que se forman una opinión personal y no se contentan con adoptar la de otro, se suelen guiar más bien por sus impresiones de la audiencia que por un examen crítico de los elementos de prueba. Y se trata de impresiones completamente afectivas, no atenuadas por la costumbre, ni depuradas por la experiencia. La irradiación de los sentimientos a través de las representaciones no deja de ser suscitada por todo relato de crimen; pero es mucho más viva, sobre todo menos refrenada, en el juez ocasional que en el de carrera.

La práctica ha provisto a este último de ideas inhibitorias —esas *Hemmungsvortellungen* de que hablan los psicólogos alemanes—, que son el contrapeso contra las irradiaciones. El juez profesional ha vivido en la idea de que no se debe juzgar según el sentimiento y la apariencia exterior y de que las cosas son con frecuencia muy distintas de lo que hace suponerlas la primera impresión; que suele esconderse una mala intención tras un aspecto favorable y seductor, mientras un inocente se muestra torpe o encolerizado.

El aspecto del acusado parece, por el contrario, ejercer gran influencia sobre el espíritu del jurado: la impresión que le causa esa personalidad repercute en el veredicto que dará.

La influencia de la simpatía o de la antipatía sobre los fallos concernientes a las acciones humanas es muy conocida, y tampoco escapa a la esfera judicial. Ha constituido el objeto de interesantes comprobaciones y experiencias con los alumnos, y éstas conservan un valor general. Así, se ha observado que los maestros registran generalmente mayor proporción de faltas reales en los malos alumnos que entre los buenos ⁽³⁵⁾. ¿No

⁽³⁴⁾ MÜLLER y PILZECHER explican en gran parte las memorias especiales, en general por "la influencia que ejerce una fuerte concentración de la atención sobre las asociaciones y la repercusión (*das Nachklingen*) de las representaciones"; así como por el influjo que ejerce, sobre el desarrollo de la costumbre, el ejercicio reiterado de la atención sobre ciertas categorías de impresiones (G. A. MÜLLER y A. PILZECHER, *Experimentelle Beiträge zur Lehre von Gedächtnisse*, en *Zeitschrift für Psychologie und Physiologie der Sinnesorgane*, I, 1900, pág. 269).

⁽³⁵⁾ Curiosas experiencias se han efectuado recientemente por una colaboradora del Dr. MARBE, MARÍA ZILLIG, en la cuarta clase de una

tienden los jueces a descubrir menos culpas entre los litigantes que se presentan en situación favorable? Y en los asuntos donde se trata de apreciar la actitud respectiva de las partes, como en los divorcios y en las separaciones de cuerpos, ¿no lleva la impresión producida por la persona a inclinar el fallo de un lado o de otro? ⁽³⁶⁾.

Se comprende que los jueces improvisados, desprovistos de directivas y de reglas firmes, se dejen guiar, más fácilmente que los magistrados, por sus sentimientos naturales de simpatía o de antipatía, de piedad o de reprobación, al mismo tiempo que por sus preferencias personales, sus opiniones morales y sociales, por sus ideas sobre la justicia. "Basta con que una mujer sea agradable —escribe el ex presidente de una corte de assises—

escuela primaria (Volksschul), donde enseñaba ella. Hizo que cada niño escribiera en una ficha los nombres de los cinco niños preferidos y los de los cinco menos queridos; luego colocó esos diez alumnos, mezclados, delante de la clase, y les ordenó un ejercicio gimnástico ante los demás, que debían juzgarlos: les hizo levantar el brazo derecho durante 10 segundos. La experimentadora había convenido secretamente con los alumnos designados que los cinco preferidos debían levantar el brazo izquierdo y los otros cinco el brazo derecho. Los alumnos de la clase debían anotar el resultado "exacto" o "equivocado" en la ficha, frente a cada nombre. La experiencia fué repetida cuatro veces de la misma manera. La primera vez no hubo más que un 50 por ciento de apreciaciones exactas: en la mitad de los casos, los cinco niños antipáticos, todos los cuales habían maniobrado correctamente, es decir, habían levantado el brazo derecho, fueron involuntaria, pero erróneamente, designados como si hubieran actuado mal; es decir, como si hubieran levantado el brazo izquierdo. En el curso de las experiencias siguientes, las apreciaciones mejoraron algo; porque MARÍA ZILLIG repetía que ella sabía muy bien cómo había accionado cada cual, al decir que quería examinar la memoria de los niños; además, éstos se iban acostumbrando a la experiencia. Pese a ello, la cuarta vez no hubo menos del 41 por ciento de indicaciones inexactas (MARÍA ZILLIG, *Einstellungen und Aussage*, en *Zeitschrift für Psychologie*, t. CVI, 1928, páginas 58 y sigtes.).

Esa influencia sintomática no es privativa de los niños. Aunque se deje sentir menos entre los adultos, vuelve a encontrarse en los juicios que éstos refieren a terceros. Se ha comprobado especialmente el hecho entre los maestros y profesores en las correcciones de los deberes de los alumnos. MARBE indica que, entre dieciocho maestros tomados al azar, solamente tres habían hecho sus correcciones sin dejarse influir por la situación general de los alumnos; los quince restantes no habían señalado sino el 61 por ciento de las faltas cometidas por los mejores alumnos, mientras registraban el 88 por ciento entre los peores (K. MARBE, ob. cit., págs. 97 y 98).

⁽³⁶⁾ Uno de nuestros colegas ha recogido sobre ello, con sutileza, agudas observaciones, que se refieren a la morfopsicología: J. BRISSAUD y P. BÉCHADE, *Visages et attitudes en justice* (Paris, Baillière, 1942).

para obtener la benevolencia de ellos" (37). "No resisten —escribe un abogado— ante la vista de una mujer que da de mamar a su hijo o ante un desfile de huérfanos". Implacables ante los crímenes que podrían alcanzarlos, como los robos en las casas, así se trate de un simple gallinero, y los incendios voluntarios, sobre todo en el campo, se muestran plenos de indulgencia en los crímenes llamados pasionales, que, en el antiguo sistema de las cortes de assises, se beneficiaban con tantas absoluciones (38); carecen de severidad ante el infanticidio cometido por las madres solteras (39), y también en cuanto al caso del seductor al que arroja vitriolo la amante abandonada, u otro acto de ese género, pese a su gravedad. GÖRRES cita un veredicto afirmativo debido a la indignación del jurado en un rapto con violencia, cuando no existía duda alguna acerca del libre acuerdo para la fuga (40). HYE-GLUNECK relacionaba con la sensibilidad nacional muchos de los infundados veredictos que pronunciaban los jurados austríacos (41).

Esas observaciones, bien es verdad, se refieren más bien a la apreciación del grado de culpabilidad y a la aplicación de la pena que a la comprobación de las pruebas; pero ya se sabe que esos diversos órdenes de ideas resultan inseparables en el espíritu de los jurados; y que éstos no responden sobre los hechos sino en consideración a la pena: si estiman probado el crimen, pero muy penado por la ley, aun mitigado por las circunstancias atenuantes, no vacilan en contestar que el acusado no ha cometido el crimen.

(37) BÉRARD DES GLAYEUX, *Souvenirs*, mencionado por G. LE BON, ob. cit., pág. 155.

(38) También se han quejado en Italia de ello, como en Francia: véase LANZA, *Il giuridico e l'assoluzione dei vindicativi passionali*, en *Riv. Penale*, LXIX, pág. 376.

(39) Asimismo, el infanticidio ha sido atribuido a la jurisdicción correccional en 1941, y desde entonces ha sido reprimido con regularidad. Sin embargo, se trata de volverlo a considerar como crimen (*), en razón de la gravedad del acto, que constituye una variedad del homicidio. Igualmente, el aborto ha sido confiado a la justicia correccional en 1941; lo cual parece normal, dada la menor gravedad del acto.

(*) Quizá sea conveniente recordar la división tripartita, que por la gravedad, hace el Cód. Penal francés con relación a las infracciones penales: *crímenes* (las más graves), *delitos* (las de entidad intermedia) y *contravenciones* (las veniales o faltas), lo cual da sentido a la precedente nota. El procedimiento se diversifica paralelamente (N. del T.).

(40) Caso del § 236 del St. G. B., sentencia del 24 de agosto de 1898 (E. d. R. G. i. St. S., t. XXXI, pág. 241), mencionado por GÖRRES, ob. cit., pág. 68.

(41) VON HYE-GLUNECK, *Uebër das Schwurgericht* (Vienne, 7ª ed., 1864), pág. 155.

El fallo de los jueces profesionales está también en cierta medida, y eso resulta normal, influido por los sentimientos de piedad, humanidad o, al contrario, de indignación o reprobación, que acompañan a la apreciación de la conducta del acusado; pero eso no les impide aplicar la ley y se traduce solamente en la medida de la pena que han de determinar en consideración a las circunstancias y al individuo.

El desarrollo oratorio de la acusación y de la defensa hacen presa muy particular sobre la emotividad de los jurados. Todo el arte de la persuasión en los tribunales de assises consiste en hacer que vibren las cuerdas sensibles y ganarse la confianza de los jueces. Más que por los argumentos probatorios, el orador triunfa por los medios de sugestión, tanto sugestión del conocimiento como de la voluntad. "Los alegatos —dice GÖRRES— suelen presentar —y en esto los prácticos me dan la razón— no un combate de las mejores razones, sino una lucha de dos personalidades. . . Los jurados semejan un príncipe que sube al trono en su juventud: por diversos lados se pretende ejercer influjo sobre él; quien llega a su oído, gobierna el lugar (*wer sein Ohr besitzt, regiert das Land*)". Y agrega la opinión que HANS GROSS le comunicaba en una carta: "Es absolutamente falso decir constantemente que ha de tenerse cuidado con la inteligencia del jurado. Relativamente, el mejor jurado es el campesino que elige instintivamente quién merece más la confianza: el presidente, el fiscal o el defensor. Si da con su hombre, le cree" (42).

(42) GÖRRES, ob. cit., pág. 52.

CAPÍTULO III

LA CONVICCIÓN DE LOS JUECES

En qué consiste: intermedia entre la creencia y la certeza. Diferentes grados de adhesión.

La opinión personal de los jueces y la convicción predominante del tribunal. La convicción íntima de los jurados, carente de motivos y por demás subjetiva.

La libre apreciación de las pruebas en concreto. Para evitar la arbitrariedad es necesario un método racional que apoye la convicción sobre el resultado de un examen analítico y crítico de las pruebas, según una técnica científica general (remisión a una obra precedente).

La exclusión de la duda racional y la posibilidad del error. Reglas prudentes del derecho inglés.

La noción judicial de certeza. Insuficiencia de la verosimilitud. Naturaleza de la verdad judicial: en cierta parte, subjetiva y aproximada. Papel no definitivo de las probabilidades.

Régimen particular de las pruebas legales en determinadas materias.

Las pruebas no son sino procedimientos admitidos para convencer a los jueces de la verdad de los hechos alegados, de los cuales dependen las consecuencias jurídicas. Por lo que hace a las partes y al Ministerio público, todo tiende a esa convicción. ¿En qué consiste, pues? Se comprende que difiera algo según el valor de las pruebas, la naturaleza de la causa y, sobre todo, de acuerdo con la mentalidad de los jueces.

Entre los jurados, resulta de las explicaciones precedentes que apenas si rebasa el estado de creencia, o incluso de opinión, en el veredicto —no el juicio— que son llamados a pronunciar. La ley ha regulado la situación, y sin muchas exigencias: les pide simplemente una *convicción íntima*. Según las instrucciones que el art. 342 del Cód. de instr. crim. ordena fijar en la sala de sus deliberaciones, les está prescrito, y nada más que eso, “buscar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han

causado sobre su razón las pruebas presentadas contra el acusado y los medios de su defensa".

Para los jueces, la ley nada dice. Pero nadie pone en duda que es precisa una *convicción* motivada y razonada, que se completa en el curso de las deliberaciones. ¿Qué es, por tanto, la convicción de la verdad de un hecho? Puede definirse cual una adhesión firme al reconocimiento de esa verdad como suficientemente probada. Constituye un estado intermedio entre la creencia, por la cual suele comenzar, y la certeza, que tiende a alcanzar; y por eso suele resultar difícil distinguir la una de la otra. Cuando se aproxima a la creencia, es una *creencia positiva*, fundada en pruebas, es decir, en razones controlables. Cuando se acerca a la certeza, es una *certeza moral*, determinada por demostraciones no del todo rigurosas, que mantienen una parte de probabilidad. Como las verdaderas demostraciones suelen faltar en la justicia, resulta forzoso contentarse con cualesquiera pruebas (salvo la limitación de las mismas en materia de obligaciones civiles), que con frecuencia, a falta de la certeza absoluta, proporcionan una gran probabilidad, suficiente en la práctica para crear una convicción.

Sí, con el *Vocabulario filosófico*, se entiende por convicción, en el sentido jurídico, la "necesidad en que se sitúa a alguno para reconocer, por efecto de las pruebas, una cosa como verdadera" ⁽¹⁾, interesa puntualizar que esa necesidad no es puramente lógica ni enteramente comunicable, sino que conserva más o menos de subjetividad según la naturaleza de las pruebas aducidas y el examen que de las mismas se haya hecho. Es un estado de ánimo: "Un estado del ánimo —decía MITTERMAIER— que tiene por verdaderos los hechos apoyándose sobre motivos plenamente sólidos" ⁽²⁾.

⁽¹⁾ A. LALANDE y diversos colaboradores, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* (Paris, Alcan, 1926), artículo *Conviction*. Trabajo correlativo del anterior es el *Vocabulaire juridique* (Les Presses Universitaires, 1930). Una de las tareas más delicadas consiste en alcanzar o concordar las diversas acepciones de los términos usuales en esferas diferentes y contiguas. Ciertamente existen matices entre la convicción del hombre de ciencia y la del juez, matices que provienen de diferencias de formación. Una y otra están determinadas por pruebas, pero pruebas de rigor generalmente muy distinto (aparte la aplicación de procedimientos científicos para la recogida de huellas e indicios); las pruebas judiciales valen por la apreciación que de ellas se hace, y determinan en mayor o menor medida por impresiones. Las definiciones del *Vocabulaire de la philosophie* no se aplican aquí al ámbito judicial más que con atenuaciones. Así, la convicción íntima no es siempre una certeza práctica ("certidumbre firme y suficiente para la acción, pero no por entero rigurosa").

⁽²⁾ C. J. A. MITTERMAIER, *Traité de la preuve en matière criminelle*, trad. por ALEXANDRE (De Cosse y Delamotte, 1848), pág. 75.

Antes de estar bien trazada, la convicción predominante del colegio de jueces (tribunal o jurado) se expresa en forma de opiniones de cada uno de sus miembros, según el lenguaje de las deliberaciones ⁽³⁾. La opinión individual es una adhesión del espíritu que admite la posibilidad del error. El vocablo de opinión o de parecer no es sino una fórmula de cortesía en el curso de la deliberación, cuando los jueces están ya seguros; con frecuencia corresponde también a su verdadero estado de ánimo, necesitado de experimentar, por la discusión o mediante un examen más maduro del caso, la solidez de su base para confirmarse o modificarse en una convicción razonada.

Ese desarrollo lógico se produce mal entre los jurados, que no están formados en este ejercicio, y que no tienen en su mano las actuaciones: su voto no expresa por lo general sino una opinión más o menos indecisa o una creencia más o menos subjetiva. Sin embargo, el término de creencia no se emplea jamás en la justicia: se exige algo más, incluso con el *mínimum* de la convicción íntima. No resulta todavía bastante, porque los límites permanecen muy indecisos entre una y otra: ¿qué jurado sabrá distinguir la íntima convicción incommunicable y la simple creencia subjetiva, sobre todo cuando la acepción de todos esos términos se mantiene generalmente flotante? Es muy peligroso contentarse con una convicción cualquiera, quizá por completo personal y subjetiva, para fundar precisamente las condenas

⁽³⁾ Lenguaje adoptado por el legislador (Decreto del 30 de marzo de 1810, sobre organización judicial, art. 35). FABREGUETTES estima que, por lo común, el juez está obligado a pronunciarse únicamente sobre una simple opinión: lo cual es conforme al término *judicium*, que significa opinión. Pero, en general, es una opinión razonada que se aproxima mucho a la convicción verdadera, cuando no a la certidumbre, en los jueces profesionales, sobre todo en los que son concienzudos y laboriosos.

Ese autor distingue así los diferentes grados de adhesión del juez a los hechos de la causa: 1º *certeza*, física o moral, en la cual el espíritu es arrebatado por la evidencia de lo que es percibido, reconocido o demostrado; 2º la *convicción*, a la cual es llevado por la fuerza de las pruebas y de los motivos; 3º la *opinión*, cuando se decide por razones probables (*La logique judiciaire et l'art de juger*, pág. 499). Las diversas dificultades de adhesión están indicadas en el *Digesto* con estas fórmulas: *videndum*, *dubito*, *defendi potest*?

MITTERMAIER no distingue sino: 1º la *certeza*, como el mayor grado de convicción; 2º la *convicción*, que se contesta con probabilidades (*ob. cit.*, págs. 75 y sigtes). El *Vocabulaire de la philosophie* que, tras haber comprobado la vaguedad de todos esos vocablos, agrega a los mismos el de *creencia*, propone designar con los de *certeza*, *creencia* y *opinión*, los tres géneros principales de adhesión: la primera, la adhesión fuerte por motivos de orden intelectual; la segunda, la adhesión fuerte por causas individuales; la tercera, la adhesión débil, que deja lugar a la duda. La convicción podría sin duda situarse entre las dos primeras.

más graves, las que proceden de las cortes de assises. ¡Qué ingenua psicología, por parte del legislador, conceder valor de verdad a la sinceridad de la conciencia de los jurados para la prueba de los hechos criminales! Es un hecho ratificado por la experiencia que, como observa GÖRRES, una convicción (en el sentido subjetivo) se forma con mayor rapidez según se comprende menos, y que el hombre de ingenua certidumbre se asombra de que los demás puedan pensar de distinta manera. Constituye una verdad elemental que "más elevada aún que una convicción de buena fe (*gutgläubige*) es la que se encuentra al mismo tiempo bien fundada (*gut begründete*)" (*).

A tal efecto, la primera condición es la de ser motivada (como cabe entenderla según la palabra alemana), tal como se exige imperiosamente en toda decisión judicial (la insuficiencia de los motivos es un caso de casación, porque no permite el control). La afirmación no motivada, formulada por "sí" o por "no", como la de los jurados, está demasiado expuesta a encontrarse falta de razones: se tiende fácilmente a afirmar aquello que no ha de probarse. Cuantos han preparado algunos fallos se dan cuenta de la gran utilidad de la motivación, sobre todo por escrito, para la precisión de los pensamientos, el control de uno mismo y la evocación de ideas contrarias, que pueden llevar a un cambio de parecer. Cabe agregar también que solamente así se forma plenamente un fallo. Normalmente, la convicción debe estar en condiciones de proporcionar a un fallo sus motivos, para asegurarle una base positiva y objetiva. Digamos, con MALATESTA, que la convicción del juez no debe ser únicamente la expresión de una concepción subjetiva, sino más bien de modo tal, que los hechos y las pruebas sometidos a su juicio produzcan la misma seguridad en el ánimo de cualquier otro ciudadano sensato e imparcial al juicio del cual fueran sometidos (**).

La libre apreciación de las pruebas, que ha sustituido casi enteramente en lo penal y también en parte en lo civil a la antigua reglamentación de su valor probatorio (**), no quiere

(*) GÖRRES, ob. cit., pág. 65.

(**) MALATESTA, *La logica delle prove in criminale* (Torino, 1895), t. I, pág. 92.

(*) En el antiguo derecho, el grado exacto de autoridad que había de atribuirse a cada prueba estaba fijado minuciosamente por la ley: sistema totalmente artificial, que reducía el oficio de juez a una función mecánica y que, según la expresión de MITTERMAIER, tenía la conciencia bajo el yugo en que, al decir del historiador ESMEIN, hacía del juez una especie de órgano que responde inevitablemente cuando se tocan ciertas teclas. En nuestro derecho moderno, tales reglas sólo existen en materia civil, para las pruebas preconstituidas, establecidas por anticipado, especialmente por escrito para las obligaciones. En

decir apreciación arbitraria; pues, si no, no se habría abandonado la arbitrariedad del legislador sino para caer en la del juez. Si se renuncia a fijar anticipadamente y de una vez para siempre la conducta del juez con respecto a los diversos medios de prueba, es porque el valor de las pruebas no es constante, sino que varía en cada caso y sólo puede ser determinado en concreto, teniendo en cuenta todas las circunstancias de la causa y tras su examen. Sin duda, en los casos fáciles puede determinarse por intuición; pero eso no dispensa del método, y las dificultades no se resuelven al azar. Sucede que con un presentimiento instintivo se logra la verdad más rápidamente que a través de laboriosas investigaciones; pero eso es un don, con el cual no ha de contarse generalmente y del cual no cabe jamás fiarse exclusivamente.

A falta de reglas legales demasiado rígidas, hay reglas superiores, más flexibles, de lógica y de psicología, que la técnica puede adoptar más útilmente en la apreciación de las pruebas, y cuyas grandes líneas hemos intentado trazar en otra obra ⁽⁷⁾. A la espera del perfeccionamiento de tal metodología, permanecemos, en este aspecto, en un estado empírico e incierto, caracterizado por tanteos y por cierto "arbitrio del juez", que alguna que otra vez provoca lamentaciones ⁽⁸⁾. Nuestro período sirve de transición entre lo que la Escuela positiva italiana ha llamado la fase sentimental de la convicción íntima y la fase científica de la prueba ⁽⁹⁾. So pretexto de tratarse de una cuestión de hecho, entregada a la apreciación soberana de los jueces, los fallos correccionales, hay que reconocerlo, atestiguan muchas veces una indigencia lamentable de motivos a este respecto, por contentarse con una fórmula ritual, tal como: "Teniendo en cuenta el resultado del sumario y de los debates, re-

Alemania, esas reservas son menos extensas; pues el sistema de la prueba moral ha reemplazado casi por completo al de la prueba legal.

⁽⁷⁾ En nuestra obra precedente, la *Appréciation des preuves en justice, essai d'une méthode technique* (Sirey, 1947), a la cual no tenemos sino que remitirnos acerca de esta cuestión [traducida al castellano en esta misma Colección].

⁽⁸⁾ El eco de ello se encuentra en HELLWIG, *Breie Beweiswürdigung und Beweisregeln*, en *Monatschrift für Kriminalpsychologie*, IX, pág. 361, y en *Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung* (ya cit.), pág. 30; así como en numerosos autores por él mencionados: AMSCHL, GUTTMANN, VIERHAUS, WILDHAGEN, FUCHS, BIERLING, FRIEDRICH, MEISSNER, RUMPF. Lo mismo en los autores italianos, como FERRI, *La sociologia criminelle*, trad. de TERRIER (Alcan, 1905), pág. 507.

⁽⁹⁾ Sobre la introducción de los métodos científicos en la justicia penal, véase nuestro artículo *Peut-on réaliser une justice scientifique?*, en *Rev. de criminologie et de police technique* (Genève, 1950), págs. 83 y sigtes.

sulta probado que..." (la de la culpabilidad) ⁽¹⁰⁾. Por suerte, lo defectuoso de las motivaciones no quiere decir defecto de examen ni de discusión: como dice HELLWIG: "nada sería más falso que medir por su extensión la calidad de un fallo" ⁽¹¹⁾. Puede parecer extraño que, con frecuencia, una motivación detallada no sea formulada sino tardíamente, sobre todo si resulta útil en caso de apelación; no obstante, no hace generalmente más que declarar los motivos implícitos de la decisión.

A consecuencia de una formación mucho más concreta del derecho, el régimen de las pruebas ha adquirido, en los países angloamericanos, importancia especial y lugar aparte, con el nombre de derecho de las pruebas (*law of evidence*); y sobre la base de los usos o de la práctica se ha elaborado toda una técnica que guía al juez, dentro de un procedimiento todavía demasiado formalista y tradicional ⁽¹²⁾. En Alemania, donde las pruebas se han convertido enteramente en libres, HELLWIG se queja de que, al contrario de la práctica inglesa y norteamericana ⁽¹³⁾, se olvide que las reglas de la prueba no presentan sino una abstracción de experiencias prácticas y que, por consiguiente, pueden procurar puntos de apoyo muy apropiados para una fijación de los hechos de la causa conforme a la realidad (*zu einer sachgemässen Tatbestandsfeststellung*) ⁽¹⁴⁾. Sin embargo, en esos países, después de MITTERMAIER y, sobre todo, de HANS GROSS, se trabaja seriamente en una teoría de las prue-

⁽¹⁰⁾ Hace ya bastante tiempo, MITTERMAIER censuraba una fórmula análoga empleada por los tribunales alemanes o de lengua alemana (*Die Schwurgerichte in Deutschland*, en *Allgemeine Schwurgerichts Zeitung für Deutschland und die Schweiz*, Coburg, 1858, t. II, pág. 24). En su hermosa obra antes citada, FERRI se alza contra esta "argumentación más o menos lacónica y estereotipada", que también los tribunales italianos añaden a la parte dispositiva de una sentencia ya formulada (*loc. cit.*).

⁽¹¹⁾ A. HELLWIG, *ob. cit.*, pág. 31, en nota.

⁽¹²⁾ Esta técnica ha sido metódica y sapientemente reunida por el decano JOHN H. WIGMORE en un gran tratado, en cinco volúmenes, que se ha hecho clásico en América del Norte, *On evidence*, con el subtítulo de: *A treatise on the anglo-american system of evidence in trials at common law* (Boston, Little, Brown and Co., 2ª ed., 1905), y del cual no hay nada equivalente en otras partes. Sus principios son reproducidos por medio de extractos en otra obra menos detallada del mismo autor, cuyo título resulta muy indicativo: *The principles of judicial proof as given by logic, psychology and general experience and illustrated in judicial trials* (del mismo editor, 3ª ed., 1937). El derecho de pruebas angloamericano presenta también la particularidad de que se mantiene en estrecho contacto con la organización de los tribunales de la jurisdicción criminal.

⁽¹³⁾ PARMELEE, *The principle of anthropology and sociology in their relations to criminal procedure* (New York, 1908), págs. 287 y sigtes.

⁽¹⁴⁾ A. HELLWIG, *ob. cit.*, pág. 32.

bas, especialmente de las pruebas orales, sobre la base de datos científicos y experimentales ⁽¹⁵⁾. Por otro lado, en todas partes se elaboran algunos métodos racionales, de los cuales no podrán prescindir los jueces para una apreciación positiva y crítica de las pruebas ⁽¹⁶⁾.

El procurador general italiano BERARDI observaba muy atinadamente, hace algunos años, que: "La libre convicción no significa el fallo por sentimientos o impresiones; por el contrario, implica una evaluación analítica y diligente de los hechos y las pruebas; porque el juez tiene necesidad de concentrar todo su espíritu, su conciencia y todos sus conocimientos científicos, así como su práctica de la vida social, para emitir un fallo que, lejos de los criterios artificiales y ficticios, sea conforme a la verdad y a la justicia" ⁽¹⁷⁾.

De conformidad con la moderna concepción racional de las pruebas, la convicción judicial debe, pues, ser resultado de un examen analítico de los hechos sometidos a prueba y de una apreciación crítica de todas las circunstancias en pro y en contra. Se eleva así, dentro de lo posible, desde el nivel de la simple creencia subjetiva al del verdadero conocimiento objetivo, basado sobre razones impersonales, de naturaleza capaz para imponerse a cualquier otro juez. Eso es lo que se produce no solamente en los hechos flagrantes, o razonablemente confesados, o revelados por indicios seguros, sino también en caso de concordancia de pruebas que sólo se explica por la verdad del hecho; porque algunas pruebas que, separadas, no resultan concluyentes, se transforman en decisivas cuando se acercan y se enlazan ⁽¹⁸⁾. Incluso la prueba más subjetiva, el testimonio, puede adquirir valor de conocimiento cuando se está seguro de que los testigos son serios, imparciales, de que han observado bien, de que no han experimentado deformaciones y de que concuerdan sin haber tenido comunicación entre ellos.

Cierto es que, si se quisiera examinar y ponderar todo con gran cuidado en los asuntos pequeños como en los grandes, bien pronto se paralizaría el funcionamiento de la justicia. Es

⁽¹⁵⁾ Cfr. especialmente el tratado de HELLWIG, *Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen* (Berlin, Langenscheidt, 1927).

⁽¹⁶⁾ A continuación de los trabajos de HELLWIG, del Dr. LOCARD y de ALTAVILLA, hemos intentado precisamente echar sus bases en nuestra precedente obra, ya citada: *Appréciation des preuves en justice*.

⁽¹⁷⁾ A. BERARDI, *Giudice e testimoni*, *Studio di Psicologia giudiziaria* (Napoli, Detken et Rocholl, 1909), pág. 179.

⁽¹⁸⁾ Hemos deducido este importante factor de valor probatorio en nuestra obra ya citada: *Appréciation des preuves*, págs. 442 y sigtes. [en la traducción publicada en esta Colección, págs. 455 y sigtes.].

preciso contar con la costumbre, que adapta al juez a las necesidades prácticas y le permite sentirse satisfecho aun con ciertas incertidumbres en cuestiones que, como en las faltas de policía o en las mínimas controversias de intereses, carecen de gravedad para los litigantes. Eso ha llevado a decir que la convicción judicial se forma sobre bases diferentes según las cosas de que se trate, al mismo tiempo que de acuerdo con las fases del procedimiento⁽¹⁹⁾. No constituyen sino necesarias atenuaciones mínimas al principio de la exigencia de una convicción cierta, exenta de duda, porque la duda beneficia al acusado. Si se tomara esa exigencia al pie de la letra, los malhechores de mala fe se encontrarían a sus anchas, y no se lograría siquiera evitar por completo ese temido riesgo de error, substancial con la naturaleza humana; pues, como el escrúpulo es el que suscita las dudas, los jueces más concienzudos serían los menos capaces de reconocer las culpabilidades⁽²⁰⁾.

Por exclusión de una duda, hay que entender la de una duda sería (*begründeter Zweifel*, dice HELLWIG), considerada con relación a las circunstancias. No cabe pedir a los jueces sino que formen su convicción tan cuidadosa y seguramente como resulte prácticamente posible, teniendo en cuenta las dificultades y la gravedad del asunto, y que alcancen la certeza cuantas veces las

(19) A. HELLWIG, *Wahrheit und Wahrscheinlichkeit im Strafverfahren*, en *Der Gerischtssaal*, t. LXXXVIII, pág. 429.

(20) HELLWIG llega a decir que: "Si se quiere que el juez no condene más que cuando no existe ninguna duda posible sobre la culpabilidad del acusado, un juez capaz y concienzudo no llegaría jamás a condenar... Como los testigos y peritos se engañan con frecuencia; por lo equívoca de la actitud del acusado, y como sus mismas confesiones no ofrecen absoluta garantía de veracidad; como no puede aportarse, por último, la prueba verdaderamente decisiva de que lo estimado por el juez como probado represente una reconstrucción verdadera de la situación; como además la intención y todos los demás caracteres de los hechos de autos que se han desarrollado en el ánimo del acusado se ocultan, por su naturaleza, a una prueba verdaderamente decisiva, habría que admitir en todo juicio la posibilidad teórica del error. Debe admitirse además que no se puede determinar nunca exactamente del todo si un fallo ha apreciado justamente, o no, la situación" (ob. cit., pág. 430).

Luego de eso, el Tribunal Supremo de Alemania, en dos conocidas sentencias, ha resuelto que no hay certeza absolutamente segura; sino que subsiste siempre, objetivamente, la posibilidad de una duda; y que el juez debe contentarse con esa seguridad que los hombres pueden alcanzar con los medios puestos a su disposición; porque la certidumbre es siempre subjetiva, enlazada con la personalidad del juez, mientras para otras personas puede subsistir una lejana posibilidad de duda (*Reichsgericht*, 11 de febrero de 1927 y 12 de marzo de 1933, en *Juristische Wechenschrift*, 1933, 327).

pruebas lo consientan, pero sin detenerse ante toda posibilidad de duda.

A este respecto encontramos interesantes reglas en el derecho inglés, y especialmente ésta: el mínimo de prueba necesario para sostener una acusación de delito es superior al minimum que basta cuando se trata solamente de actuaciones civiles. Incluso en este último supuesto, el juez no puede autorizar al jurado para pronunciar un veredicto favorable al demandante más que cuando las pruebas aducidas por él resultan suficientes para que un hombre razonable estime que comprueban el fundamento de la demanda. En lo criminal, la presunción de inocencia es todavía más fuerte: para destruirla, hay que probar la culpabilidad del acusado de manera "que ninguna duda razonable pueda subsistir". Y cuanto más grave sea la infracción, el sentido de la expresión "duda razonable" es más amplio; por tanto, el minimum de prueba requerido es mayor. La comprobación siguiente permite medir las consecuencias prácticas de esa regla: mientras que la proporción de las condenas es del 80 % en caso de *indictments* (procesos) ordinarios, resulta mucho menor en lo concerniente a los *indictments* por asesinato. Por ejemplo, en 1913, de cada 45 personas (además de los 22 individuos reconocidos como enajenados mentales) que fueron juzgadas por asesinato, 28 tan sólo, o sea menos del 63 %, resultaron condenadas por tal crimen ⁽²¹⁾.

El aumento progresivo de la dificultad de la prueba a medida que crece la gravedad de la acusación fué puesto en claro por lord BROUGHAM, cuando, en su defensa de la reina Carolina, pronunció estas memorables palabras: "Las pruebas que se nos han presentado —dijo— son insuficientes incluso para probar una deuda, impotentes para privar de un derecho civil, ridículas si se trata de probar una condena por la menor infracción, escandalosas si se producen para justificar una acusación grave, monstruosas si se las invoca para manchar el honor de una reina de Inglaterra" (*Speeches*, I, 227).

Esa regla ha demostrado su utilidad para proteger a los acusados contra la credulidad que suscitan los prejuicios del momento contra las infracciones que provocan la indignación popular. Antaño, un juez tan esclarecido como BODIN pudo sostener, en un docto tratado (*Démonomanie*, ed. de 1598, lib. IV, cap. IV), que las personas acusadas de brujería deberían ser condenadas sin otra prueba, a menos que pudieran probar su inocencia. También se estima que el jurado debe, según la

⁽²¹⁾ C. S. KENNY, *Esquisse du droit criminel anglais*, trad. de la 9ª ed., por ADRIEN PAULIAN (Paris, Giard, 1921), pág. 478.

frase familiar de lord KENYON, "cuando los platillos de la balanza estén iguales, arrojar en ella algunos gramos de piedad"; o, según la expresión más común, beneficiar al acusado con toda *duda razonable*; es decir, con aquella en la cual quepa indicar las razones.

"Es —dice SCHAW— el estado de ánimo que existe cuando los jurados no pueden afirmar que están firmemente convencidos ni moralmente ciertos de la legitimidad de la acusación. En efecto, no basta con que el autor de la querella pruebe que se encuentra en presencia de una probabilidad, incluso muy vehemente; le es necesario demostrar la certeza moral de la acusación, certidumbre que convenza al entendimiento, satisfaga a la razón y dirija al fallo" (22). Como dice COCKBURN, "no debe ser la simple duda de un espíritu vacilante, que carece de la valentía moral para zanjar una cuestión difícil y complicada, y se refugia tras un vano escepticismo" (23). O, cual ha dicho un célebre juez irlandés, KENDAL BUSCHE: "Para legitimar una absolución, la duda no debe ser ligera ni caprichosa como la sugerida por la timidez o el prejuicio, o como la que aceptan fácilmente la debilidad o la corrupción. Se requiere la duda que dicte una inteligencia esclarecida, tras un examen reflexivo de todas las pruebas, a un corazón honrado: hace falta esa vacilación concienzuda de los espíritus que no están influídos ni por ideas de partido, ni prevenidos por prejuicios, ni vencidos por el miedo" (24).

Por tanto, el veredicto absolutorio no implica necesariamente que el jurado esté convencido de la inocencia del acusado; sino solamente que estima que las pruebas no son bastantes legalmente para probar su culpabilidad. Esa regla abstracta y, por consiguiente, vaga de que el jurado debe estar convencido "sin duda razonable", constituye la única restricción que, en los casos ordinarios, impone el derecho inglés a la discreción de los jurados. Constituye un consejo racional que se impone en cualquier país.

Se ha discutido mucho, sin llegar a entenderse, acerca del grado o naturaleza de la certeza y de la verdad judicial; y se ha incurrido fácilmente en disputas de palabras: porque unos, como HELLWIG, tomaban esas nociones en un sentido objetivo usual; mientras otros, como BODEN y MALATESTA, las entendían en el

(22) Véase la opinión de SCHAW en el proceso del profesor Webster, de la Universidad de Harvard, juzgado en 1850 en Massachusetts, por asesinato del Dr. Parkman (*Bemis's Report*, pág. 547, 5, Susching, 295).

(23) Véase la opinión de COCKBURN en el célebre caso de Tichborne (*Reg. v. Castro*, *Annual Register*, vol. de 1871 a 1874).

(24) KENDAL BUSCHE, *Dublin Univers. Mag.*, XVIII, 85.

sentido subjetivo filosófico. Objetivamente hablando, las pruebas no pueden proporcionar sino verosimilitudes; puesto que nunca se está seguro de poseer la verdad; no hay certeza sobre nada, fuera de las nociones matemáticas; los fallos sólo pueden fundarse en verosimilitudes; es decir, sobre lo que se tiene por verdadero, verosimilitudes que son mayores o menores, mientras la verdad carece de grados. Pero ¿por qué querer cambiar la acepción científicamente admitida? Eso no lleva sino a confundir las ideas. Si existe en la actualidad una noción probada por los filósofos y los psicólogos, es desde luego la de la subjetividad de la certeza, estado intelectual opuesto al de la duda; y esa concepción concuerda muy bien con las admitidas en la justicia.

Solamente interesa distinguir diversos órdenes de certeza: si se contrapone la certeza judicial a la certeza matemática, o solamente física, cabrá decir siempre que alguna cosa le falta; y que, en relación con ésta, no equivale sino a una verosimilitud más o menos elevada⁽²⁵⁾. ¿No integra una verdadera certeza judicial o moral la que se exige del juez cuando, con ALSBERG, se le pide no condenar sino cuando la verosimilitud de la culpabilidad haya alcanzado grado tal que ningún hombre prudente le haría lugar a la duda?

La noción de verosimilitud es superficial, insuficiente y peligrosa. Reducir a la verosimilitud la certeza en materia penal, "es —dice MALATESTA— una afirmación que hace las veces de narcótico sobre la conciencia del magistrado, por adormecer en él ese sentimiento de inquietud (*senso di trepidazione*) que constituye la salvaguardia de la justicia al hacerle sentir al hombre la necesidad de averiguaciones para llegar a la verdad de la certeza"⁽²⁶⁾. Si se quiere cierto grado de verosimilitud, ¿quién fijará su nivel y quién su criterio? La verosimilitud no es sino un camino hacia la certeza, y camino poco seguro:

(25) Cfr. SELLO, *Die Irrtümer der Straffjustiz und ihre Ursachen* (Berlín, 1911, t. III, pág. 4); y ALSBERG, *Justizirrtum und Wiederaufnahme* (Berlín, 1913), pág. 31, que HELLWIG cita en apoyo de su concepción.

Cfr. asimismo la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, que, al comprobar "la imposibilidad de obtener un conocimiento absolutamente cierto de la existencia de estado de hecho", se contenta, como en la vida práctica, con "un alto grado de verosimilitud, resultante de la aplicación de nuestros medios de conocimiento más seguros y profundos posibles, con el mismo título que la verdad, y con la conciencia de reconocer la verdad con una verosimilitud tan alta como la convicción de la verdad" (*Reichgerichtssenscheiden in Zivilsachen*, t. XV, pág. 336).

(26) MALATESTA, *La logica delle prove in criminale* (Torino, 1895), t. I.

lo verdadero no siempre es verosímil; ni lo verosímil, verdadero. Resulta muy frágil atenerse a lo verosímil; la ley misma no lo considera sino como principio de prueba (Cód. civ., art. 1347). Hay que llegar más allá: tras haber ponderado las razones en pro y en contra, se rechazan unas por otras; y cuando las razones para creer se imponen de manera decisiva sobre las de dudar, se adquiere la certeza, que MALATESTA define aquí como la afirmación razonable del acuerdo entre la representación y la realidad ⁽²⁷⁾.

La verdad judicial no se deja alcanzar de una sola vez; es el resultado de un amplio examen de las razones en pro y en contra. Aunque, por una ficción racionalista, el juicio establece esa verdad como absoluta, desde el punto de vista de la crítica del conocimiento, es relativa y variable. Esa relatividad no se deja sentir en cuanto a los hechos que tienen una sola significación (*eindeutig*), los cuales constituyen el objeto de una comprobación positiva lo más objetiva posible. Pero sucede de otra manera con los hechos que no son comprobados directamente, como pasa generalmente en el caso de los hechos litigiosos, o que requieran ser interpretados y apreciados, como los hechos intencionales. ¿Cabe decir que no hay sino una apreciación justa, como sólo existe una comprobación exacta? En materia de apreciación, incluso acerca de simples hechos, es, por la parte de subjetividad, *tot capita, tot sensus*; una cierta unidad no se impone sino progresivamente, a través de la práctica jurisprudencial, por una medida aproximativa, extraída de las comparaciones de los casos concretos.

Sin duda, la realidad —no la verdad, hablando propiamente, como sostiene HELLWIG ⁽²⁸⁾— es siempre una; pero no es percibida de igual manera por todos, incluso tras un examen cuidadoso; y eso es lo que cuenta para el fallo. Así como hay determinaciones de los hechos de autos que se aproximan en mayor o menor medida a la realidad, difieren en relación con la ver-

⁽²⁷⁾ MALATESTA distingue cuatro fases en la relación intelectual del juez con el hecho: 1ª no saber nada del hecho; 2ª tenerlo por creíble, cuando las razones en pro y en contra de su admisión se contrarrestan; 3ª tenerlo por verosímil, cuando las razones en pro predominan; 4ª tenerlo por cierto, cuando las razones en contra sean rechazadas victoriosamente (*ob. cit.*, pág. 4). MITTERMAIER había dicho en ese sentido: "Alcanzado el momento en que rechaza victoriosa todos los motivos contrarios y en que éstos no pueden quebrantar la masa imponente de los motivos afirmativos, la convicción toma el nombre de certeza" (*Traité de la preuve en matière criminelle*, trad. de ALEXANDRE, 1848, pág. 76).

⁽²⁸⁾ Considerando la verdad como objetiva, llega a confundirla con la realidad.

dad. Por faltarnos generalmente medio seguro de comprobación, nos sentimos inquietos al fijar la verdad y al medir su alejamiento de la realidad.

¿Quiere decir eso que cuanto de ella se aparte sea necesariamente falso para el fallo que haya de establecerse? Desde el instante en el que el juez ha de fijar la verdad (*die Wahrheit festzustellen*), HELLWIG no ve sino dos eventualidades: lo que a ella conduce o lo que no conduce a ella: en el primer supuesto, aquél posee la verdad; en el segundo caso, se encuentra en error. Ahora bien, desde que se aleja de la verdad, de una manera o de otra, incurre en el error: "La verdad es el polo firme; cuanto se aparte de ella es error; el error tiene así grados, pero no la verdad" ⁽²⁹⁾. Como muchas comprobaciones judiciales se desvían sin duda de ella, así sea en algo, se llega a esta conclusión edificante: ¡que no constituyen sino errores!

El juez BODEN, que combate HELLWIG, da de la verdad judicial, entendida en sentido subjetivo y no ya objetivo, una concepción que encuadra mejor con las ideas admitidas. Sea cual sea el deseo que de ella pueda sentirse, las necesidades del ejercicio de la justicia impiden tratar siempre la verdad sobre una base inmutable fijada y según una medida demasiado rigurosa: forzoso resulta, pues, contentarse, a falta de algo mejor, con una verdad menos elevada o de grado menor ⁽³⁰⁾. En realidad, la verdad no es tan rigurosa ahora como para excluir toda aproximación, sino que deja cierto margen de apreciación que no basta para falsear la base del fallo. La verdad menos rigurosa, con la cual debe contentarse el juez, ¿no constituye sino una cierta verosimilitud? Eso significaría reducir durante la mayor parte del tiempo a la verosimilitud la verdad judicial o histórica: ahora bien, la verosimilitud no es más que una apariencia de verdad, y la apariencia debe ser escrutada y reducida lo más posible.

Desde un punto de vista riguroso, se habla también a veces de *probabilidad*. VOLTAIRE llegaba a considerar el cálculo y la evaluación de las probabilidades como la ciencia de los jueces y el fundamento de sus resoluciones, salvo en lo criminal, donde la gravedad del caso exige la certidumbre ⁽³¹⁾. Pero resulta generalmente imposible enumerar las probabilidades de la veracidad de las pruebas, y si los litigantes intentan alguna vez calcular sus probabilidades de ganar o perder un proceso, los jueces

⁽²⁹⁾ A. HELLWIG, ob. cit., pág. 441.

⁽³⁰⁾ BODEN, *Ueber historische und forensische Wahrheit und Wahrscheinlichkeit*, en *Archiv. f. d. gesamte Psychologie*, XXXI, págs. 19 y sigtes.

⁽³¹⁾ VOLTAIRE, *Politique et législation, Essais sur les probabilités en fait de justice* (1772).

no podrían basar seriamente su convicción sobre una proporción matemática de las suertes, que sería imposible de determinar. Aunque se supiera que una prueba, por ejemplo, tal categoría de testimonio, arroja como promedio cierto porcentaje de error, no podría deducirse de ello su grado correspondiente de probabilidad en un caso determinado. Cuando se aprecia que un fallo tiene muchas probabilidades —y eso es cuanto cabe precisar— de ser conforme a la verdad, se quiere decir que parece muy probable que los jueces estén en lo cierto, pero no que han juzgado sobre simples probabilidades. “Las probabilidades —ha dicho con acierto RENOUVIER— comienzan donde las pruebas terminan”. Cabe afirmar también que, en el proceso, su papel acaba allí donde el de las pruebas empieza. Nos contentamos con probabilidades para sostener una acusación, pero no para basar una condena, puesto que dejan un lugar a la duda. No constituyen sino una etapa hacia la certeza, a la espera de reducir los motivos contrarios.

Acontece que estos últimos no se reducen por completo, que subsiste un residuo que deja una posibilidad de error. Pero en la justicia, como en la vida, toda acción quedaría en suspenso si hubiera que detenerse ante simples posibilidades. En relación con la absoluta de las matemáticas, la certeza judicial o histórica no equivale sino a una probabilidad mayor o menor; de igual modo que la verdad judicial o histórica no equivale sino a una mayor o menor verosimilitud. Y es que posee naturaleza diferente, que no se mide con patrón: se le denomina una *certeza de razón*. “Hágase lo que se haga —declara MITTERMAIER—, lo contrario de lo que admitimos como verdadero puede seguir siendo siempre supponible. El espíritu no se siente por ello menos satisfecho, cuando motivos suficientes sostengan la certeza, cuando todas las hipótesis razonables hayan sido planteadas y rechazadas tras maduro examen... Exigir algo más sería pretender lo imposible” (32).

Esas consideraciones sólo son válidas por completo cuando el juez es libre para admitir, examinar y apreciar las pruebas. Ahora bien, no sucede así en materia civil, donde vivimos bajo un régimen mixto de *legalidad*: el juez está sujeto por las reglas fijadas por el legislador, ya en cuanto a las condiciones de admisión de las pruebas consideradas como menos seguras (testimonio, presunciones), ya sea en cuanto a los medios de investi-

(32) MITTERMAIER, ob. cit., pág. 79. RITTLER estima lograda la prueba cuando cualquiera otra solución sólo sería posible suponiendo circunstancias completamente extraordinarias y contrarias al curso normal de los acontecimientos (T. RITTLER, *Der Indizienbeweis und sein Wert*, en *Schweiz. Zeitschr. f. Strafrecht*, 1929, pág. 192).

gación (procedimiento detallado y formalista), ya sea en cuanto a la fuerza probatoria de los documentos, de las declaraciones o de los hechos. La investigación propiamente dicha de la verdad cede, ante tales exigencias, a la aplicación de la ley: en lugar de preguntarse si los hechos están realmente probados, el juez no tiene que preguntarse más si están legalmente probados. De eso se sigue que la parte que no puede probar sus alegaciones será rechazada si es la demandante, y será condenada si es la demandada. Sucede también que el legislador dispensa de probar ciertos hechos a quien se encuentra en condiciones que los tornan verosímiles: esos hechos son entonces legalmente presumidos (el marido es el presunto padre de los hijos de su mujer, el padre es el presunto responsable por sus hijos menores, etc.). La comodidad de ese género de prueba se encuentra actualmente establecida a favor de los atropellados en las carreteras, por aplicación contra los automovilistas y otros conductores de vehículos de una presunción de responsabilidad prevista por el art. 1384 del Cód. civ. para el caso de guarda de una cosa. Ya aquí rozamos la aplicación del derecho, como supletorio en la parte desconocida del hecho.

CAPÍTULO IV

LA APLICACIÓN DEL DERECHO Y LA RESOLUCIÓN

Fase final y jurídica del fallo. Procedimiento deductivo de la aplicación propiamente dicha del derecho.

La búsqueda previa del derecho aplicable y la calificación del hecho para determinar la regla que conviene. Cómo se elige entre los principios aplicables. Papel fundamental de la apreciación moral.

Cómo juega la calificación en derecho penal, donde es necesaria, y en el derecho civil, en que es más libre.

Función de apreciación en la interpretación de la ley. Intervención del sentimiento del derecho, en concurrencia con la razón. Límites de la "libre formación del derecho".

Base moral del fallo penal.

Una vez elegido el principio, modalidades por las cuales se adapta a la causa. Dificultad de las evaluaciones morales: recurso a los precedentes.

Cómo se aprecia la culpabilidad y se determina la pena, y cómo una condiciona a la otra. Influencias subjetivas a este respecto: la ecuación personal y el papel de los diversos sentimientos, que se manifiestan con más fuerza en los jurados, al no estar contrarrestados por ideas y hábitos profesionales: lo que explica los veredictos irracionales.

El artificio consistente en colocarse mentalmente en el lugar del acusado: "el error del psicólogo".

La individualización de la pena, realizada solamente en la relación cuantitativa y limitada a una dosimetría penal. Por realizar en la relación cualitativa, extendiéndola a la consideración de la criminalidad subjetiva del delincuente, sin tener en cuenta la del móvil del crimen. Las nuevas tendencias criminológicas, relacionadas con la persona del delincuente, indagan factores criminógenos y tendencias profundas, en el camino de la realización de una justicia más científica.

La crisis de la justicia penal, y la dificultad para el juez de conciliar los puntos de vista, con frecuencia opuestos, de la protección social y de la preocupación por la personalidad individual que ha de ser corregida. Aspecto que ha de examinarse en la personalidad del delincuente: el estado de criminalidad. Dobles formas de personalidades.

La apreciación del derecho, distinguida de la de los hechos. La investigación de medidas de valor, para evitar

la arbitrariedad. Dificultad de elegir el modo y la medida de apreciación; recurso a la conciencia del juez, inspirada, a través de la jurisprudencia, en la conciencia común de la judicatura.

El proceso experimental destaca particularmente en la formación del *common law* angloamericano. La jurisprudencia es una obra colectiva, y todo fallo depende de ella. De ahí su carácter impersonal.

Continuidad y flexibilidad de la jurisprudencia, que debe inspirarse por analogía en los precedentes, sin incurrir en la imitación. Ejemplo de imitación viciosa. La autoridad de los precedentes en el *common law* angloamericano.

Conclusión: cuestión de medida y de grados; pero necesidad de un método en el fallo.

Una vez fijados los hechos de la causa, apreciadas las pruebas, reconocida la verdad, formada la convicción, no falta sino sacar de todo ello las consecuencias de derecho, para apreciar la causa en su fundamento o improcedencia y resolver las medidas o las sanciones aplicables. Constituye la parte jurídica de la tarea del juez ⁽¹⁾. Presenta por lo general más importancia en lo civil que en lo penal. Y es la que se manifiesta más en los motivos del fallo.

En esto, contrariamente a lo precedente, predomina el razonamiento deductivo, al menos cuando se trata de aplicar una disposición de ley clara o una regla cierta de derecho. Desde el momento en que está probado, por ejemplo, que el demandado o el acusado han cometido un acto previsto y reprimido por la ley, hay que aplicar la sanción o la pena: la anulación del contrato en caso de vicio del consentimiento, los daños y perjuicios en

⁽¹⁾ También es aquella, y la única, que ha preocupado a los juristas, aun cuando se hayan vuelto hacia la cuestión de la elaboración del derecho, siguiendo a GÉNY, con ALLEN, DABIN, ROUBIER, etc., más bien que hacia la cuestión de la aplicación del derecho, a no ser incidentalmente. En una reciente tesis de Lyon (*Principes d'une réalisation méthodique de Droit Privé*, Sirey, 1948), MOTULSKY ha intentado deducir los principios de una aplicación judicial del derecho; pero manteniéndose en un punto de vista jurídico y lógico. Se pregunta cómo logra el jurista, encargado de realizar el derecho en un caso particular, integrar las reglas del derecho en el silogismo jurídico, que le parece el único método seguro. Estima que se llega a ello a través de dos operaciones sucesivas: la hipótesis y la verificación de la hipótesis. Se empieza por buscar las "reglas posibles", de naturaleza tal que quepa aplicarlas, de acuerdo con las pretensiones de las partes y las circunstancias de la causa. Después, se elige la "regla aplicable", por comparación entre la presuposición de la regla y los elementos de la causa: no se sigue adelante si se comprueba una concordancia; si no, se ensaya otra regla. Falta explicar el proceso del pensamiento: constituye otro problema, que rebasa el planteado.

caso de culpa dañosa, la privación de libertad o una multa en el caso de abuso de confianza, etc. Pero no es eso sino un proceso esquemático, que suele suponer muchas otras dificultades ya resueltas o que han de resolverse a continuación. Ante todo, se trata de encontrar y elegir la disposición o la regla aplicable, y luego de adaptarla a la causa.

La investigación y la determinación del derecho aplicable se encuentran muy facilitadas por las codificaciones y por las concordancias doctrinales de numerosos textos legales. Para los supuestos encuadrados en las previsiones legislativas, el trabajo de búsqueda está reducido entonces al *mínimum* de simplificación y facilidad, sobre todo con ayuda de los grandes repertorios modernos de derecho y de jurisprudencia. Además, ese trabajo se prepara generalmente, en lo civil, por los abogados y procuradores que se encargan, los unos de poner en marcha el procedimiento y los otros de presentar el asunto: le queda al juez verificar la aplicabilidad de los principios invocados y elegir los que mejor se adapten. Las reglas de derecho se interpenetran; o su demarcación abstracta, indispensable para la claridad lógica, presenta necesariamente carácter *facticio* ante la complejidad fugitiva y creciente de la vida social. Así, la ley ha trazado reglas propias para cada categoría de contrato y, para saber cuáles son las aplicables, hay que calificar el contrato; ahora bien, éste puede presentar caracteres mixtos: un arquitecto que ha realizado ciertos trabajos, ¿debe ser considerado como mandatario o como arrendatario de obras? Un obrero que se ha herido en el curso del trabajo, ¿debe ser considerado como destajista o como asalariado? Las consecuencias de ello son diferentes por completo. Igualmente, acerca de la cuestión ya citada de los accidentes automovilísticos, antes de haberse concretado la jurisprudencia, se discutía para saber si debía aplicarse el artículo 1382 del Cód. civ., con prueba a cargo de la víctima, o, al contrario, el artículo 1384, con prueba a cargo del conductor: era necesario elegir entre esos dos principios, y de esa elección podía depender la solución del proceso.

Con frecuencia, la cuestión de la calificación jurídica es preliminar con respecto a la de la aplicación del derecho; eso constituye la regla en lo penal. Calificar los hechos probados equivale a hacerles entrar en una categoría jurídica; o, en otros términos, apreciar en qué concepto deben ser subsumidos. Ha podido decirse que: "el espíritu jurídico es un espíritu de categorías, que tiende a encerrar cada una de las especies en la ex-

tensión de un solo concepto" (2). Entre las categorías en las cuales cabe pensar, o las presentadas respectivamente por los litigantes, se trata de escoger la que convenga más. Un acto puede implicar varios aspectos, un hecho complejo puede ofrecer diversos caracteres: se fija la atención en el más característico y esencial, que le da su valor jurídico. Esa operación se realiza por apreciación jurídica. Como observa Husson, lo importante no es el silogismo por el cual la premisa menor, que enuncia el carácter reconocido al objeto, se encuentra en la premisa mayor, que enuncia la definición de la categoría o las condiciones de la regla, para hacer que de ella surja la conclusión; es más bien el fallo el que plantea la premisa menor al reconocer en el objeto la presencia del carácter que servirá de término medio (3). Esa apreciación es más o menos amplia; pero debe seguir criterios claros, para no evolucionar hacia la arbitrariedad. Algunas categorías concretas sirven de intermediarias entre la teoría y la práctica.

¿Cómo se elige entre los principios aplicables? (4). Existe en ello un entrecruzamiento de los principios, y alguna vez una especie de interferencia. Cada uno se encuentra establecido para casos tipos, pero se extiende a los asimilables, aun cuando en materia penal se excluya generalmente la aplicación por analogía. Los actos y las situaciones son de una variedad indefinida, mientras los principios son limitados y claros: la calificación exige un análisis jurídico, que deja de lado algunos aspectos de los hechos, de suerte que el punto de vista jurídico permanece siempre más o menos abstracto e incompleto (5).

(2) L. HUSSON, ob. cit., pág. 246.

(3) L. HUSSON, ob. cit., pág. 399. Ese acto del espíritu, destaca, está en sentido inverso de las operaciones de conceptualización y de inducción por las cuales ha sido definida la categoría y ha sido dictada la regla; pero pertenece al mismo género, consistente también en abstraer de la realidad concreta los elementos inteligibles que permiten pensarla. Cabe advertir ahí, con este autor, una especie de interpretación de los hechos para conceptualizarlos en un sistema legal. El juez debe entregarse, pues, a una doble interpretación: la de la ley y la de los hechos, tratando de que coincidan.

(4) Para mayor precisión, habría que distinguir las simples disposiciones legales, los conceptos y las reglas jurídicas, consagrados más o menos expresamente por la ley; y, por último, los principios generales, por lo común no formulados por la ley. Pero su papel es siempre el mismo, por servir de principio a la resolución. Para que su decisión resulte más sólida, los jueces procuran relacionarla con un texto. No obstante, basta con un principio general (Casación civ., 25 de julio de 1938, D. H., 1938, 5, 31. Cfr. el Cód. Civ. mexicano, art. 18, que autoriza expresamente a los tribunales a referirse a los principios generales).

(5) El hecho de que un mismo acto o una misma situación puedan quedar a la vez sujetos a varias nociones jurídicas depende de nuestra

¿Cómo se elige entre los principios aplicables, cuando uno de ellos no se impone por una razón cierta y subsiste alguna vaguedad que deja en libertad para apreciar? ¿No existen principios dominantes que se imponen a los demás? Verdad es que no todos se encuentran a un mismo nivel. En teoría, se habla de clasificación jerárquica ⁽⁶⁾: existen grandes principios de justicia, como el de la responsabilidad civil y el de la culpabilidad penal; existen principios intermedios, basados indirectamente sobre la noción fundamental de justicia, o derivados de los precedentes, y de alcance más restringido; por último, existen reglas más particulares y numerosas. Pero eso no quiere decir que los principios más generales deban imponerse absolutamente; es más bien lo contrario, en caso de oposición, puesto que *specialia generalibus derogant*, y las prescripciones precisas son de aplicación más estricta. No obstante, no hay sentada regla general a este respecto; y, por medio de la calificación, puede haber en ello un modo retorcido de elegir libremente el principio aplicable, si el hecho se presta a diversas calificaciones ⁽⁷⁾. El juez se inspira entonces en ideas morales, que se encuentran en la

estructura mental, que nos obliga a proceder por análisis para adquirir clara conciencia del contenido de nuestro pensamiento, fragmentando lo real en elementos que están fundidos concretamente entre sí. Resulta de ello que todos los conceptos y todas las proposiciones en las cuales se formula el derecho no presentan su sentido exacto sino relacionando unos con otros; como el conjunto de los signos constituye un mismo lenguaje (L. Husson, ob. cit., pág. 507).

⁽⁶⁾ DOMAT situaba en la cúspide "los principios naturales e inmutables de la equidad"; por debajo, "las reglas particulares"; y en lo más bajo, "las reglas arbitrarias", variables según los lugares y los tiempos. Husson observa que el esfuerzo de los prácticos, que tienen necesidad de categorías concretas, está estrechamente solidarizado con el de los teóricos para reducir las reglas jurídicas a un pequeño número de principios, de los cuales puedan deducirse. En la aplicación difícil de ese método de clasificación deben concurrir dos métodos indispensables para las ciencias de los hechos: la explicación de nuestras concepciones, que desarrolla su contenido para confrontarlo con los hechos, y la coligación que, de tales observaciones, deduce, por semejanza, concepciones nuevas (L. Husson, ob. cit., págs. 273 a 275).

⁽⁷⁾ Luego de los célebres trabajos del decano GÉNY acerca del método de interpretación en el derecho privado, los juristas deben reconocer a los jueces cierta libertad en la investigación, más o menos "científica", de los elementos objetivos. Pero suelen pretender además, en nombre de la lógica jurídica, negar a los jueces cierta libertad para elegir la regla aplicable. Bien es cierto que en ello no puede existir libertad, o más exactamente amplitud de apreciación, sino en los límites asignados por la ley, que son más o menos extensos o reducidos según la materia. Pero no cabe desconocer que existe en realidad, sea directamente o por medio de algún rodeo. Acerca de esa diferencia de puntos de vista, volvemos a encontrar la falta de coincidencia entre el plano jurídico y el plano judicial.

base del derecho (*), y que se enlazan con los grandes principios de justicia; sólo se le aconseja no atenerse a ideas personales.

En derecho penal, la calificación es condición esencial del proceso, ya que el acto no puede ser punible más que si constituye una infracción prevista por la ley —*Nullum crimen sine lege*—; y porque, en nuestro sistema penal, los delitos no pueden ser extendidos por analogía, como salvaguardia para los ciudadanos. La operación que consiste en calificar como infracción un acto reprehensible, es decir, en hacer que un hecho encuadre en una categoría jurídica de orden penal, constituye psicológicamente un verdadero juicio, que además se reproduce a continuación en la resolución judicial; ese juicio, considerado como el que zanja una cuestión de derecho, se refiere a la vez al derecho y al hecho; o, mejor dicho, a la relación entre uno y otro, por declarar que el hecho entra en tales elementos de derecho. En la base se encuentra la apreciación moral del hecho que se estima merecedor de una reprensión; y luego se buscan los elementos jurídicos que le convienen. Toda infracción se descompone en elementos constitutivos, que son examinados uno tras otro: el análisis jurídico se realiza al mismo tiempo que la apreciación de los hechos; además de que no es llevada a fondo sino en los casos difíciles, que plantean un problema.

Así, sucede que, ante un acto indelicado, se plantea la cuestión de saber si constituye un robo, hurto o estafa, que son tres medios distintos de apropiarse fraudulentamente de lo ajeno, y que son objeto de sanciones diferentes. Puede producirse, según el ángulo desde el cual se enfoque el caso, que constituya uno u otro delito, también simple dolo. Eso no resulta raro en los actos contra las buenas costumbres; entonces, según la gravedad, se les califica de una manera o de otra: ya sea un atentado

(*) Al analizar el resultado jurídico, Husson pone de relieve, en reiteradas ocasiones, la intervención de la conciencia moral y el papel del juicio de finalidad; hace resaltar el elemento moral de los hechos jurídicos; concluye que el derecho es un sistema de medios ordenados a la realización de ciertos fines, que interesan a nuestro destino. En la experiencia jurídica hay de original el que la conciencia reacciona ante los hechos observados; por ejemplo, en presencia de un accidente, es un sentimiento de piedad por la víctima; o el sentido de la equidad, impresionada por el contraste de su suerte con la del autor del accidente; o también la preocupación de asegurar la salvaguardia de la vida y de la salud humanas. Y las exigencias de la conciencia, reveladas ante los hechos observados, tienen por efecto orientar el análisis de los mismos: así, el deseo de reprimir un acto que se juzga reprehensible lleva a indagar el elemento delictivo. Nuestra actitud intelectual se inspira en nuestras reacciones y en nuestras aspiraciones morales, en virtud de una ley de interpenetración general (L. HUSSON, ob. cit., págs. 435 y sigtes.).

contra las buenas costumbres, con violencia o sin ella, con retención del hecho impúdico mismo; ya sea un simple ultraje público al pudor, por fijarse en el carácter público del hecho, elemento en el cual la jurisprudencia se muestra por demás amplia (sin duda por esa finalidad práctica). La elección de la calificación, cuando es posible, obedece pues a razones morales e inexpressadas, tras la fachada jurídica que oculta la apreciación del hecho. Razones morales más o menos subjetivas y que tan sólo un análisis psicológico puede descubrir (*).

En derecho civil, donde la interpretación es más libre, la calificación desempeña papel más esfumado, más o menos esencial, para someter los hechos a una noción jurídica, de la cual se derivarán los efectos legales. La diferencia consiste en que las categorías jurídicas no son ya tan tajantes ni tan estrictas, sino que constituyen simples nociones directivas o marcos legales más o menos amplios, generalmente no exclusivos. Cierta amplitud se deja a los jueces para determinar los hechos y retener tal o cual carácter como esencial. Esa libertad de apreciación, denominada soberana en la esfera de los hechos, debe ser motivada, de modo que permita la fiscalización de si la regla aplicada responde al hecho comprobado; pero también esto sigue siendo un asunto técnico, y la técnica rige la apariencia: los motivos morales no se expresan necesariamente, o no lo son sino por mediación de una noción éticojurídica, como la de la buena fe o la equidad.

Cada litigante invoca un derecho determinado y presenta su caso con calificación relacionada con él, mientras su adversario opondrá otra distinta; el juez tendrá que elegir, o podrá adoptar un tercer criterio. Se trata, por ejemplo, de un accidente susceptible de acarrear una responsabilidad: como el régimen legal aplicable difiere según la causa de esa responsabilidad, hay que empezar por determinarla o calificarla, según descansa sobre un delito (civil) o un contrato, precisando, en el primer supuesto, si es por un hecho personal (art. 1383) o, al contrario, por obra de una cosa o de una persona por la cual deba responderse (art. 1384, con subdistinciones); o precisando, en el segundo caso, qué clase de contrato ha sido violado o estaba en curso, sobre todo si había contrato de trabajo o mandato, etc. Se establecen criterios para construir tales distinciones jurídicas; pero

(*) Como observa Husson, un acto puede ofrecer varios aspectos; pero no todos deben ser tomados en consideración, y hay que subordinarlos a uno de ellos que atribuya al acto su valor jurídico, al calificarlo (L. Husson, *ob. cit.*, pág. 249).

no por eso deja de subsistir siempre cierta amplitud en la manera de apreciar los hechos para aplicarles el criterio. Para reducir la arbitrariedad al mínimo, se hacen esfuerzos para concretar los criterios; pero sucede que una noción muy precisa conduce, en ciertos casos, a consecuencias injustas, que se querrían evitar; pues ningún principio debe llevar a olvidar los demás, y todos deben permanecer coordinados bajo el fundamental de la justicia. Cuando falta un criterio establecido, como sucede con las leyes nuevas, la guía se encuentra en el espíritu de la ley y en analogías, y se recurre a inspirarse en la equidad. Se intenta hacer lo mismo con las situaciones nuevas, a las cuales el antiguo criterio se aplica mal: hemos visto cómo se ha modificado, por medio de una interpretación nueva, el criterio de la responsabilidad por obra de las cosas (art. 1384) por un progresivo trabajo común, que no se ha producido sin brusquedades, tendiente a una finalidad superior de protección de las víctimas, que en ocasiones se encuentra muy rebasada.

Las partes gozan de mayor libertad que los jueces para elegir la calificación de los hechos pretendidos y la causa de la acción que quieren sostener. Así, la víctima de un accidente, cuando reclama su reparación, puede basarse, con mucha frecuencia, tanto sobre la prueba de una culpa (art. 1382) como sobre la presunción de responsabilidad por razón de la cosa (art. 1384) o sobre las dos a la vez; o, si existe un contrato pendiente, cabe invocar una falta delictuosa al mismo tiempo que contractual (sin embargo, eso no carece de dificultades). Pero el juez no puede permanecer en la alternativa ni en la indeterminación: debe resolver la situación; y, cuando el derecho se muestra indeciso, hay que encontrar otras razones para resolver.

En la interpretación de la ley entra también la apreciación. La posibilidad de comprender un texto en diversos sentidos, como pasa con las leyes nuevas, obliga a elegir entre varias interpretaciones siguiendo motivos que no siempre son proporcionados por la ley; y sucede que se amplía una interpretación admitida para que entren en ella casos nuevos. Tal es el caso del sentido cada vez más amplio dado al artículo 1384, inciso primero, del Cód. civ., sobre la responsabilidad por razón de las cosas inanimadas. La lógica jurídica, que aparece predominante, cuando no única, en los motivos del fallo, para la buena estructura de la obra, suele resultar entonces insuficiente para explicar la resolución, que más bien se ha querido como es por haberla estimado justa; porque, dentro de los principios, los jueces tienen siempre como mira la justicia, que constituye la razón de

ser del Derecho ⁽¹⁰⁾ y el objeto de su función; según la hermosa frase de COUSIN, "la ley de las leyes es la justicia natural".

Para el espíritu recto y experimentado, el sentimiento del derecho y de lo justo precede a las complicaciones del razonamiento jurídico. Cabe ver en ello, con el jurista austríaco UNGER, un sentido jurídico interior (*innere Rechtsstimme*), comparable con el sentido moral ⁽¹¹⁾, que permite entrever o presentir la decisión justa, antes de justificarla jurídicamente y de motivarla lógicamente. "El sentimiento jurídico y la razón jurídica (*Rechtsgefühl und Rechtsverstand*) —dice— deben concurrir para formar un fallo justo con motivos justos de decisión. Más vale en todo caso un fallo justo con motivos insuficientes de decisión, que un fallo falso con motivación muy sagaz". "Cuando no se siente nada —agrega más adelante—, ¡nada se percibe!" ⁽¹²⁾. El sentimiento que concurre con la razón para formar un fallo justo sobre motivos justos lo califica de "un sentimiento jurídico disciplinado por la lógica, impresiones jurídicas formadas en las manos de la ciencia, un instinto jurídico racionalizado".

La extensión del sistema jurídico, que en sus enmarañadas redes envuelve por completo la vida social, no permite los brotes más hermosos del sentimiento jurídico que manifestaron los pretores romanos: los jueces modernos están maniatados por un derecho (objetivo) extremadamente desarrollado ⁽¹³⁾. "La necesidad de distinciones claras y precisas —dice RÜMELIN— es tan apremiante, que a través de ese largo camino el sentimiento del derecho pierde bien pronto el aliento y le resultaba preciso desprenderse de un elemento lógicotécnico" ⁽¹⁴⁾. Pero no por ello

⁽¹⁰⁾ "Sentimiento (*Affekt*) de orden moral —dice el jurista suizo KUHLENBECK— que es una de las más hermosas y elevadas flores de la vida del espíritu humano", de modo que la psicología de ese sentimiento debe servir, según él, de ciencia auxiliar fundamental en la filosofía del derecho, que no se limita a la pura especulación abstracta. En efecto, "allí donde el derecho (subjetivo) deja de ser algo afectivo, allí se seca su raíz y perece" (L. KUHLENBECK, *Zur Psychologie des Rechtsgefühls*, in *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, I, 1907-1908, pág. 16).

⁽¹¹⁾ Se reconoce que la función del jurista consiste en distinguir lo justo de lo injusto en cuantos casos deba resolver conflictos de derechos e intereses: con lo cual sirve el ideal de justicia (P. ROUBIER, *Théorie générale du Droit*, Sirey, 1946, pág. 176).

⁽¹²⁾ JOSEPH UNGER, *Mosaik* (Leipzig, 1911), págs. 161 y 192.

⁽¹³⁾ J. J. ROUSSEAU observaba ya que: "A fuerza de someterlo todo a la regla, se destruye la primera de las reglas, que es la justicia y el bien público".

⁽¹⁴⁾ M. RÜMELIN, *Reden und Aufsätze* (1875), pág. 83. Citado por KUHLENBECK, que agrega: "Sin embargo, el gran peligro de que la formación y el ejercicio del derecho se aparte finalmente del sentimiento original del derecho, cabe descartarlo profundizando nuestro

deja de ser menos necesario para el juez. Para repetirlo con las palabras del poeta alemán, el derecho debe brotar de su conciencia como la sangre del corazón⁽¹⁶⁾. Mejor que a cualquier otro, cabe aplicar al juez las hermosas palabras del jurista y filósofo italiano DEL VECCHIO: "Debemos sentir en nosotros que repercute la vibración ideal que corresponde a la estructura objetiva del derecho, para comprenderla... Quien no sienta en sí los elementos y las razones simples y necesarias de las instituciones jurídicas en general; quien no posea vivo y despierto en la conciencia el principio teórico y emotivo que corresponde interiormente a los datos históricos del derecho, no puede percibirlo ni asimilarlo; sobre todo, no puede comprender su sentido íntimo y su verdadera naturaleza"⁽¹⁷⁾. Ese sentido interior es el que permite penetrar en el "nudo esencial" de las relaciones jurídicas. *Natura juris ab hominis repetenda est natura.*

El sentimiento jurídico se abre más libre curso en aquellos casos en que el juez no se encuentra sujeto por una prescripción y recurre a las ideas personales. Entonces es cuando el fallo puede adquirir carácter subjetivo, y el peligro se encuentra en exagerar ese sentido. Tales resoluciones de derecho se relacionan con la llamada libre formación del derecho (*frei Rechtsfindung*), que tanto se ha discutido en Alemania y que tendería a ensanchar de manera excesiva el poder judicial⁽¹⁷⁾. El derecho, se dice, no debe ser querido por sí mismo, sino que constituye una manifestación de cultura (*Kulturerrscheinung*) que persigue determinados fines: el juez debe inspirarse en tales fines, y de modo más especial cuando la ley presente lagunas. Eso resulta verdad sobre todo para el juez civil, que no puede negarse nunca a declarar el derecho (el juez penal tiene el recurso de absolver); pero una formación judicial del derecho casi libre no se concibe sino en casos excepcionales. Los litigantes suelen temer el "arbitrio del juez", que origina tantos pareceres como jueces. Surgen de él excelentes resoluciones, basadas sobre la equidad; pero surgen otras que incurren en un falso huma-

conocimiento psicológico (psicología individual y social, sobre todo psicología comparada) y sus aplicaciones tanto de *lege data* como de *lege ferenda*" (ob. cit., pág. 25).

(16) "El (el derecho) brota en nosotros como la sangre del corazón".
(*Es quillt in uns, wie Herzensblut.*)

(LUDWIG UHLAND).

(17) GIORGIO DEL VECCHIO, *Il sentimento giuridico* (Roma, Bocca, 2ª ed., 1908): estudio muy documentado de la naturaleza y funciones del sentimiento jurídico en el orden ideal e histórico y desde el punto de vista de la filosofía del derecho.

(17) Cfr. A. HELLWIG, *Zur Psychologie der Richterlichen Urteilsfindung*, pág. 36, y los autores por él citados (DEINHARDT, WILDHAGEN, etc.).

nitarismo; la indulgencia para con uno puede sacrificar el derecho del otro; pues, como dice MONTAIGNE, "lo que a uno se le da, a otro se le quita" (18).

En derecho penal, las resoluciones poseen particular acentuación afectiva, sobre todo en el sistema actual de la convicción íntima. Si el acto delictuoso parece excusable, se busca la manera de encuadrarlo en una calificación más favorable, o se pasan en silencio las circunstancias agravantes: así, a diario se someten a la jurisdicción correccional hechos que legalmente constituyen crímenes; por ejemplo, tratando como simples ultrajes al pudor (delitos) verdaderos atentados contra las buenas costumbres (crímenes); y también se declara que el hecho está desprovisto de intención delictuosa cuando parece demasiado benigno para ser castigado. A la inversa, se fuerza un texto para encuadrar en él un hecho reprehensible que merece represión: eso acontece especialmente en materia de estafas, donde se trata de desbaratar la ingeniosidad de los caballeros de industria que bordean el Código penal (art. 405). En resumen, el juez aprecia moralmente el acto antes de aplicarle la ley: un juicio valorativo precede al fallo de legalidad y, dentro de los límites de la libertad de apreciación, lo condiciona. El acto juzgado inmoral, grave, repugnante, suscitará una excusa legal cuando resulte posible. Se buscan motivos jurídicos para apoyar los motivos morales, que son los más profundos y verdaderos.

Una vez encontrada y determinada la regla o el principio aplicable, hay que proceder a esa misma aplicación, adaptándola a los hechos de la causa. La ley es abstracta y general; los hechos son concretos y particulares. Cuando no hay más que aplicar uniformemente la regla al caso que regula, la operación es sencilla y mecánica como la conclusión de un silogismo: así sucede con las contravenciones de policía y con los delitos asimilados, fiscales y otros, que se castigan sin tomar en cuenta la intención; igualmente, con las disposiciones de derecho estricto, que no dejan amplitud alguna al juez. Pero generalmente —y eso entra en su función propia desde que el derecho salió del

(18) Creemos poder dejar de lado, como poco serias, las deformaciones de la justicia que, en los regímenes totalitarios, sea cualquiera su nombre, la reducen a una triste caricatura, explotando con fines serviles nociones elásticas. Recientemente, en la Semana internacional de derecho, celebrada en París en octubre de 1950, un informe acerca del derecho rumano nos citaba un ejemplo típico. Principio nuevo de democracia popular: la justicia es el órgano de ejecución de la voluntad de la clase obrera dirigente. Aplicación: en nombre de la equidad, se le da la razón al que se presente con aspecto miserable contra aquel que goce de buena posición (*Revista Justicia Nova*, 1949, n. 3, págs. 140 y sigtes.).

período formulario—, el juez determina el derecho con arreglo a las circunstancias particulares de la causa, para hacerlo efectivamente justo; es el intermediario vivo entre la regla objetiva y el hecho particular, para poner de acuerdo una y otro. Puede haber mucha distancia de éste a aquélla, porque no siempre cuadran. Eso es lo que lleva a decir a BRUNSCHVIG, por una generalización excesiva, que el fallo de derecho aparece como equívoco e indeterminado cuando se le quiere aplicar a un caso dado, y que la jurisprudencia no basta para hacerlo completamente adecuado al hecho particular, demasiado complejo y por demás original para adaptarse al marco jurídico⁽¹⁹⁾. Entonces, como el aceite en los engranajes, interviene la equidad para suplir la irracionalidad de la relación entre el derecho y el hecho⁽²⁰⁾.

Cabe preguntarse cómo proceden los jueces para determinar esa adaptación cuando carecen de unidad de medida; por ejemplo, para tasar los daños y perjuicios en razón de un perjuicio moral, o para dosificar la pena según la culpabilidad. Es cierto que, en sí, un daño moral no tiene equivalente material; sin embargo, la jurisprudencia ha encontrado equitativo proceder como si tal equivalencia existiera; y, en efecto, en la vida, hay que medir a veces los valores más heterogéneos. La jurisprudencia ha llegado a establecer una suerte de tarifa aproximada, que por lo demás varía algo de una jurisdicción a otra, según la gravedad del perjuicio moral relacionado con el daño material (pérdida de un ser querido, *pretium doloris* de heridas, etc.); se toman como base los precedentes y se concede una suma mayor o menor por comparación.

Los jueces proceden de manera más o menos análoga para dosificar las penas en que se haya incurrido: cierta práctica correccional permite lograrlo, sin llegar no obstante a evitar las divergencias de opiniones en semejante materia, tan subjetiva. Es desde luego caso para decir: *tot capita, tot sensus*. Entre asesores de un mismo tribunal, pese a los hábitos comunes en el modo de juzgar, son frecuentes sensibles divergencias de opi-

(19) LÉON BRUNSCHVIG, *La modalit  du jugement* (Paris, Alcan, 1897), pág. 219.

(20) El papel esencial de la equidad, ya indicado, consiste en adaptar la posición general de la ley al caso concreto particular. Obra principalmente en la manera de apreciar y de determinar los hechos. Pero su influencia se deja sentir sobre el conjunto del hecho y del derecho, y no deja de inspirar al juez en la interpretación de la ley. El esfuerzo tiende a reconstruir el pensamiento contenido en la ley. Ahora bien, la verdadera sustancia de la regla est  en las razones, conscientes e inconscientes, que la sostienen: y son esas razones las que se trata de tomar en consideración. En tal sentido, se ha observado que la equidad llama a la realidad efectiva sobre la cual está basada la ley.

niones; por fortuna, se nivelan en el curso de la deliberación, para fundirse en la unidad del fallo.

La noción de culpabilidad, que desde el punto de vista subjetivo está unida a la de responsabilidad ⁽²¹⁾, es muy imprecisa. Sin embargo, se distingue toda una gradación de culpas: intencional o dolosa, grave, negligente, leve, excusable, etc.; y en cuanto a culpabilidad delictiva o intencional, cabe agravarla o atenuarla en mayor o menor medida, según las circunstancias, e incluso excusarla en ciertos casos. En nuestro sistema penal, las circunstancias agravantes (premeditación, reincidencia, etc.) y excusas absolutorias (obediencia debida y otras) o atenuantes (ser menor de 16 años, la provocación y demás) resultan de hechos determinados por la ley. Al contrario, las circunstancias atenuantes ⁽²²⁾, introducidas como medio de suavidad al alcance permanente de los jueces, son ilimitadas e indefinidas: permiten rebajar la pena por debajo del mínimo ordinario y no tienen siquiera necesidad de ser determinadas en el fallo. Su papel es, por tanto, mucho más jurídico que psicológico en la formación del fallo: sirven sobre todo para justificar una apreciación indulgente.

⁽²¹⁾ Suponemos resuelta la cuestión de la imputabilidad, problema previo que ha sido objeto de las primeras investigaciones, y, a consecuencia de ello, el de la existencia de la culpabilidad y el de la responsabilidad del agente (penal o civil), sobre todo como cuestión de hecho o de prueba: la persona llevada ante los tribunales se reconoce que debe responder del hecho culpable o dañoso, porque ella es quien lo ha cometido o la obligada por él, y que es, de hecho y de derecho, la responsable de sus actos. Falta por determinar en qué medida y de qué manera debe responder por ello. Ante todo hay que apreciar la falta cometida, tal como esté concebida jurídicamente (quebrantamiento de una obligación; noción moral pasada al ámbito del derecho), a fin de aplicar una sanción legal apropiada (daños y perjuicios o pena): estimación cualitativa, que sin embargo se traduce en cifras. Esa evaluación de culpabilidad (objetiva y subjetiva) depende siempre de la evaluación de la responsabilidad: la culpabilidad no puede ser completa cuando la responsabilidad se encuentra atenuada por perturbaciones mentales. Por otro lado, la evaluación de la culpabilidad sigue siendo función de la parte de imputabilidad; si el hecho dañoso no sólo es atribuible a culpa del agente, sino también a la culpa de un tercero, o a una causa extraña, el tribunal fija una parte de responsabilidad para cada uno. Esa forma equitativa de proceder, al dividir en fracciones los imponderables, ha podido ser criticada, pero no ha sido sustituida: la jurisprudencia prefiere todavía dejar que subsista algo de arbitrariedad en las evaluaciones que introducir excesivo rigor, con riesgo de injusticia, en las resoluciones.

⁽²²⁾ El Código penal de Ginebra ha introducido un segundo grado de atenuación, las circunstancias muy atenuantes. En Francia se ha presentado un proyecto al Parlamento para introducirlas en nuestro Código penal.

En esa apreciación, la medida de la culpabilidad no es sino un medio para la de la pena; es la aplicación de ésta la que constituye el objeto del fallo penal, y ésa es la cuestión que los jueces consideran: se preguntan cuál es la pena merecida por el culpable ⁽²³⁾. Parece excesivo calificar, con CLAPARÈDE, como "subterfugio mental" ⁽²⁴⁾ ese procedimiento natural y legítimo. Bien es verdad que ese autor consideraba la antigua manera de proceder los jurados, encargados de responder sobre la culpabilidad, no sobre la pena; pero sabemos que el legislador no ha podido separar aquí sino de un modo absolutamente artificial esas dos cuestiones tan íntimas y necesariamente enlazadas en el espíritu de los jueces. Como observa CLAPARÈDE, la pena se presta mejor que la culpabilidad a una determinación precisa; además traducimos inmediatamente una idea en otra, y la medida de la pena nos sirve para precisar nuestra estimación de la culpabilidad. Incluso pasamos algo por alto la idea de la culpabilidad cuando las circunstancias determinantes, comparadas con las apreciadas ya en los precedentes semejantes, nos permiten fijar la pena por analogía.

A falta de escala y de bases fijas, la evaluación de la culpabilidad y de la pena revelan, mejor que cualquiera otra operación del fallo, la personalidad del juez, su carácter, sus ideas sobre la justicia represiva. Aquí es donde se ha hablado especialmente del arbitrio judicial ⁽²⁵⁾ y donde interesaría deter-

⁽²³⁾ La importancia primordial de la pena en el fallo penal se encuentra consagrada por la teoría de la pena justificada, en la jurisprudencia de la Corte de Casación que, por aplicación extensiva de un texto que prevé el simple error material sobre la disposición legal considerada en la citación (art. 411 del Cód. pen.), estima que una calificación errónea no implica motivo de casación, si la pena infligida no rebasa el máximo previsto por la ley para el delito que debería haberse calificado, incluso si este último es menos grave que el considerado, y hasta si sólo existe uno que penar aunque sean varios los tenidos en cuenta en el fallo. ¡Como si debiera resultar indiferente para el condenado verse perseguido por un delito más bien que por otro; por ejemplo, ser tildado de ladrón o de estafador en lugar de culpable de hurto con abuso de confianza o de amenazas! La lógica jurídica ha cedido ante la simplificación práctica del procedimiento (Casación crim., 25 de marzo de 1927, D. H., 1927, 287; 30 de julio de 1927, S., 1929, I, 159; 14 de noviembre de 1940, D. A., 1941, J., 53; 29 de diciembre de 1949, J. C. P., 1950, II, 5582).

⁽²⁴⁾ E. CLAPARÈDE, *La psychologie judiciaire*, en *Année psychologique*, XII, 1906, pág. 286.

⁽²⁵⁾ EMMANUELE CARNEVALE, *L'arbitrio del giudice nell'applicazione della pena*, en *Rivista penale*, XLVI, 1897, págs. 109-133 y 333-350 (artículo resumido por CAMON DE VENCE, en francés, con el título *De l'arbitraire laissé au juge pour l'application de la peine*, en *Revue pénitentiaire*, XXII, 1898, págs. 507-512). El autor muestra con razón la necesidad de un método científico para suplir la insuficiencia y la in-

minar su ecuación personal ⁽²⁶⁾. Se encuentra que un juez es más severo o "represivo", mientras que otro es más indulgente o "débil", según una expresión corriente. Esa severidad o tal indulgencia del juez, que manifiesta sentimientos naturales o adquiridos, al propio tiempo que ideas con respecto a los delitos y a los delincuentes, puede variar según los casos; por ejemplo, según le parezca peligroso o repulsivo tal delito o, por el contrario, que se apiade de tal categoría de delincuentes.

ALTAVILLA cita el caso de un magistrado que, habiendo visto truncada su vida por la traición de su mujer, llegó a asombrarse de que honrados abogados se atrevieran a defender a los acusados de adulterio. Según la observación de un viejo magistrado italiano, relatada por el mismo autor, los que tienen hijas se muestran implacables con respecto a los acusados de delitos contra las buenas costumbres; por el contrario, los que tienen hijos varones ven en las lamentaciones por violencias carnales tentativas de chantage ⁽²⁷⁾. Es cierto que se encuentran, particularmente en los asuntos contra las buenas costumbres, divergencias de apreciación por parte de los magistrados, según su propia concepción de la moral y de la vida y, por consiguiente, hasta cierto grado, según la manera en que ellos mismos se comportan y han organizado su vida: se comprende que un padre de familia ordenado tienda a considerar los vínculos conyugales y familiares más seriamente y con mayor severidad que un soltero algo despreocupado; y si sucede que el magistrado se entrega o se ha entregado al concubinato o al adulterio, se

certidumbre de la íntima convicción, abandonada al buen sentido natural. Para apreciar los hechos de manera completa, y tener en cuenta todas las circunstancias, le hace falta al juez una larga y delicada operación intelectual, que no puede reemplazarse con la simple intuición de la conciencia. Lo mismo que en el examen de la prueba, donde se le reconoce de mejor grado, también en la aplicación de la pena, el sistema de la certeza moral exige del juez una obra muy delicada de análisis, muy penetrante, donde debe poner toda su inteligencia y toda su conciencia a fin de que su resolución responda a la verdad y a la justicia. La convicción libre no podría constituir en parte alguna una apreciación arbitraria; sino que significa que el juez debe sustituir las reglas artificiales de las leyes con reglas naturales y racionales de la lógica y, agreguemos, de la psicología.

⁽²⁶⁾ Esa observación psicológica es sin duda la que lleva a decir a PIERRE AUDIAT, en un reciente artículo titulado *La pesée* (*La ponderación*), en *Le monde*, 22 de septiembre de 1950, que, para alcanzar la justicia absoluta, haría falta no solamente analizar en sus menores elementos el fenómeno criminal, sino también "analizar al juez de la misma manera que se quiere analizar al criminal"; porque el contenido de la sentencia penal depende de la personalidad de uno y de otro.

⁽²⁷⁾ E. ALTAVILLA, ob. cit., pág. 568.

encontrará en situación muy violenta para juzgar la irregularidad de tales situaciones.

Por suerte, la voluntad de justicia y los hábitos profesionales del juez de conciencia logran contrarrestar, hasta cierto punto, las tendencias particulares y corregir las desviaciones subjetivas. La expansión natural de los sentimientos comunes de simpatía o de antipatía, da lástima o de indignación, se regularizan por obra del amor ideal de la justicia; su fuerza se dulcifica por efecto del hábito y de lo que se ha denominado el freno ideomotor. En consecuencia, como el médico, el jurista, al interesarse por el caso pendiente de resolución más que por la persona de las partes, llega bien pronto a revestirse el corazón con una especie de escudo intelectual y, racionalizando los resultados, a considerar las situaciones desde un ángulo más o menos abstracto.

Muy diferente es la mentalidad de los jurados: juzgan únicamente como hombres, con sus cualidades y sus defectos personales, con sus reacciones emotivas, con su concepción fragmentaria de la equidad en relación con lo que les atañe⁽²⁸⁾. Se encuentran aleatorios sus veredictos, porque dependen demasiado de impresiones subjetivas, variables y de difícil previsión, a menos de estar bien informado acerca de sus personas. La habilidad de los abogados se muestra en el intento de recusar a los jurados por prever sus opiniones de acuerdo con su profesión, su situación familia, su partido, etc.⁽²⁹⁾. Se sabe, por ejemplo, que los campesinos son severos en los robos de aves y terribles para los incendios; y que los solteros, sobre todo en las ciudades,

(28) Esa tendencia a relacionar todo con uno mismo y a juzgar desde un punto de vista subjetivo ha sido puesta recientemente de relieve, de manera atrayente, por ANDRÉ CAYATTE, en su hermosa película *Justice est faite* (*Se ha hecho justicia*). Llamados a juzgar a una mujer, culpable de un homicidio por eutanasia contra su amante, los jurados, pertenecientes a los medios más diferentes, suponen en la acusada, con la mejor buena fe, una actitud y unos móviles que, en las mismas circunstancias, habrían sido los suyos. El autor quiere hacer resaltar que cada uno, al juzgar al prójimo, se juzga a sí mismo, al reaccionar según su medio, su edad, su fortuna, su estado de ánimo, sus preocupaciones.

(29) CARRARA relata, en una de sus cartas, publicadas por su hijo tras la muerte de aquél, que: "Un rasgo de astucia o de habilidad vale para un abogado más que todo su saber. Tenía que defender en Massa a un marido que había asesinado en pleno día, en un café concurrido, al amante de su mujer. Cuando llegué a ese pueblo, rogué a mis amigos que me indicaran, de la lista de jurados, cuáles eran los solteros y quiénes los casados; recusé a los primeros, y acepté a los segundos: estaba seguro de triunfar, y en efecto triunfé. He ahí para mí el vicio intrínseco del jurado". (*Quelques lettres du professeur F. Carrara*, Lucques, 1891, pág. 67, carta de 1870; referido por FERRI, ob. cit., pág. 532.)

tienden a la indulgencia en los crímenes de los amantes. Así, en el régimen del jurado separado del tribunal de derecho, se veía algunas veces condenar a graves penas a desgraciados que habían prendido fuego a un almiar (el art. 434 del Cód. pen. prevé la reclusión); mientras que los infanticidios y los homicidios pasionales se beneficiaban constantemente de absoluciones que se han calificado de escandalosas. ¿Cómo puede resistirse a la piedad el corazón de los jurados ante las lágrimas de una acongojada madre soltera o ante el drama de otras situaciones?

El sentimentalismo de los jurados, carente de medida en un sentido o en el otro, parece, sobre todo en Francia, ejercerse con menor frecuencia hacia un exceso de severidad que hacia un exceso de indulgencia. No obstante, las colecciones del siglo XIX contienen cierta cantidad de condenas erróneas por las cortes de assises, parte de las cuales puede atribuirse desde luego a la impresión antipática producida por el acusado en el espíritu de los jueces. Se encuentra también, y sobre todo, que, en Inglaterra (donde los veredictos son susceptibles de revisión), la Corte de apelaciones criminales ha absuelto, en el lapso de algunos años, a 141 acusados que el jurado había declarado culpables⁽³⁰⁾. El magistrado MORNET no ha tenido temor de formular esta opinión: "Está fuera de duda que un hombre de fisonomía antipática y de gestos torpes, acusado de un crimen terrible, apenas existan contra él algunas presunciones a falta de pruebas, tendrá interés en confiar su suerte a magistrados profesionales antes que a los doce jueces, con frecuencia excesiva determinados por presunciones"⁽³¹⁾. Ahora bien, precisamente en la época misma en que aparecieron esas líneas, en dos ocasiones (el 16 de diciembre de 1928 y luego, en casación, el 19 de octubre de 1929), la Corte de assises de Innsbruck pronunció contra un joven turista extranjero, Felipe Halsmann, acusado de parricidio, una condena que ha sido muy censurada y que parece desde luego, por la incertidumbre del caso, haber sido determinada por la actitud antipática del acusado⁽³²⁾.

(30) ALEXANDER, *The administration of justice in criminal matters* (Cambridge, 1915-1919), págs. 125 y 129.

(31) ANDRÉ MORNET, *Le jury criminel*, en *Rev. des sciences politiques*, abril-mayo de 1929.

(32) Acerca de este interesante asunto, objeto de tantos comentarios en Austria y en los países vecinos, véase especialmente, E. MARBE, *Der Strafprozess gegen Philipp Halsmann* (Leipzig, Hirsfeld, 1932). F. GORPHE, *Le procès Halsmann et les leçons à en tirer*, en *Rev. (belga) de Droit Pénal et de Criminologie*, 1934. Además se advierte en ese proceso lo accesibles que los jurados resultan a las pasiones locales y a las sugerencias de la prensa.

La influencia de la simpatía o de la antipatía sobre el fallo ha sido

Los jueces profesionales se entregan también, en ocasiones, a sus sentimientos humanos. Pero su sentimentalismo está re-frenado por los hábitos profesionales, técnicos y jurídicos, que tienden a revestir el corazón con una coraza de bronce y dan a la justicia un aspecto rígido: existe en ello una doble tendencia, que se manifiesta de manera distinta según los caracteres, y que resulta difícil mantener en justo equilibrio. El espíritu de justicia de los magistrados no se siente generalmente contrariado por los sentimientos elevados de bondad y de piedad, que aspiran a templar, mediante una dulce equidad, los ciegos rigores del derecho estricto, del *summum jus*.

Hay fallos indulgentes que se explican mucho menos por una apreciación positiva de las circunstancias que por un movimiento compasivo para con la persona del procesado o su situación familiar, o de simpatía ante la actitud del litigante. A los jueces les agrada encontrar la buena fe entre los litigantes y el arrepentimiento entre los culpables: los abogados, que lo saben muy bien, ejercen su talento en hacer que vibren esas cuerdas sensibles. Haría falta, por otra parte, un triple escudo para no dejarse conmover por los lamentables espectáculos de las miserias humanas: los mejores jueces piensan, con JOUBERT, que "no cabe ser justo si no se es humano". Todos ellos son excelentes sentimientos; pero, como todos los sentimientos, tienen necesidad de ser contenidos, para no entregarse al exceso⁽³³⁾ y degenerar en sensiblería. El sentimiento puede desde luego inspirar el fallo, pero no guiarlo. Un dominio insuficiente de los sentimientos naturales conduce a resultados como éste: se ha observado en ocasiones que los tribunales tienden, en los pequeños asuntos corrientes, a condenar a una pena de prisión más grave a los detenidos que a los procesados en libertad, porque los primeros suelen causar peor impresión que los segundos, y uno se inclina más naturalmente a justificar la detención de un delincuente, medida grave que se supone no haber sido tomada ni mantenida a la ligera.

De manera general, el fallo condenatorio penal difiere según que el juez considere con preferencia los intereses generales de protección social (sostenidos por el Ministerio público) o, por el contrario, si toma más en consideración las circunstancias particulares de la perpetración culpable y la individualidad

puesta en claro, fuera de la esfera judicial, de manera científica, sobre todo por las notables experiencias de MARÍA ZILLIG, en Wurzburg, mencionadas antes.

⁽³³⁾ En virtud de la ley, bien conocida, de la expansión afectiva. Cfr. especialmente H. HÖFFDING, *Psychologie* (3ª ed., Alcan, 1906), pág. 388.

propias del acusado que, en la mayoría de los casos, constituyen circunstancias atenuantes. Hay que hacer un balance entre esas diferentes ideas que se encuentran en la base de la graduación y de la apropiación de la pena.

Algunos psicólogos se han asombrado de que los jueces, profesionales o legos, no experimenten mayores dificultades para zanjar tales cuestiones, que no corresponden a ideas claras o que incluso parecen científicamente insolubles. Mientras los hombres de ciencia discuten inacabablemente acerca de la responsabilidad, los jueces no vacilan en declararla y apreciarla. Y es que éstos no se sitúan en el mismo punto de vista: en lugar de escrutar la fuente íntima de esa noción, se contentan con considerar sus condiciones de funcionamiento; aprecian las culpas desde un ángulo social, y se preocupan mucho más de la peligrosidad del agente y de la eficacia de la pena que del grado de responsabilidad personal.

CLAPARÈDE piensa que, para poder zanjar de golpe, sin descomponerla, la cuestión de la culpabilidad, los jueces recurren al artificio que consiste en situarse mentalmente en el lugar del procesado y en preguntarse si se habría podido obrar de la misma manera que él, o en situarse en el lugar de la víctima y preguntarse lo que se pensaría del acusado⁽³⁴⁾. Efectivamente, constituye un procedimiento corriente para intentar una mejor comprensión de los actos ajenos. Pero para el juez, más aún que para cualquier otro, no es sino un procedimiento auxiliar, so pena de caer malhadadamente en lo que ALTAVILLA, siguiendo a algunos psicólogos norteamericanos (JAMES, BALDWIN), llama "el error del psicólogo"⁽³⁵⁾. Como hace observar aquel autor, la introspección constituye un criterio imperfecto para formular un fallo, sobre todo un fallo penal; ya que no cabe establecer comparación valedera entre elementos tan heterogéneos por completo como el estado de ánimo de un criminal y el de un magistrado. Resulta difícil que un hombre normal y honrado se imagine las condiciones psicológicas de un acusado en el momento en que éste ha cometido su fechoría. Además, a pesar de los esfuerzos para intentar comprender la conducta del individuo, se detiene uno más fácilmente a juzgar el acto mismo que a penetrar y apreciar el estado de ánimo que lo ha preparado, y que daría más exacta medida de la verdadera criminalidad.

Es cierto que, bien situado para conocer las acciones, el juez lo está mucho menos para penetrar en las mismas perso-

⁽³⁴⁾ E. CLAPARÈDE, *ob. cit.*, pág. 285.

⁽³⁵⁾ E. ALTAVILLA, *ob. cit.*, pág. 565.

nalidades, por tener generalmente (excepto los jueces de instrucción) escaso contacto con los individuos que ante ellos comparecen, y se encuentran cara a cara con gente que disimula en mayor o menor grado su verdadera fisonomía. La dificultad aumenta si existe alguna separación entre la mentalidad del individuo y la del juez; hay entonces una especie de distancia mental que salvar, en la cual está expuesta a perderse la imaginación. Es el caso de los criminales, y mucho más conforme el crimen se sale de lo corriente. Por suerte, en tales supuestos, donde lo inconsciente desempeña papel más importante, la nueva ciencia psicoanalítica nos aporta luces que no debemos desdeñar, aun guardándose de aplicar explicaciones esquemáticas uniformes. Se ha destacado que la actitud simpatizadora facilita el conocimiento del prójimo⁽³⁶⁾; pero precisamente los criminales son más bien antipáticos; a su respecto, habría que elevarse a sentimientos humanitarios superiores.

De modo general, ADLER atribuye el mejor conocimiento del hombre, ya sea a los que poseen un don especial de sensibilidad, ya sea a los "pecadores arrepentidos", que, tras haber sabido elevarse sobre las dificultades de la vida y haber salido del fango, han aprendido a conocer tan bien lo malo como lo bueno de la existencia⁽³⁷⁾. Pero, en verdad, ¿cabe pedir tal experiencia para conocer a los criminales? Colocar al pecador arrepentido "por encima de mil justos" es despreciar por completo al justo, que constituye no obstante el tipo ideal del juez. Con menos exageración, ADLER requiere, para el conocimiento del hombre, además de la experiencia, guardar contacto con sus semejantes

⁽³⁶⁾ Esta interesante idea, en verdad contenida en la doctrina cristiana y en toda concepción humanitaria, ha sido formulada por los psiquiatras, que han subrayado todo el interés que existe en "comprender simpáticamente" a los sujetos observados, al estilo de los artistas. El profesor DE GREEF ha tenido el mérito de aplicar este método a los criminales: lo cual requiere una abnegación personal, como aquella de la cual ha dado pruebas el Dr. VERVAECK, en Bélgica (véase E. DE GREEF, *Instincts de défense et de sympathie*, P. U. F., 1949).

En un reciente estudio de conjunto, KONCIEWSKI ha analizado, como psicólogo, el papel de la simpatía en el conocimiento, hasta llegar a hacer de ella una función de conocimiento. Parte de la observación de que la afectividad determina nuestra actitud con respecto al mundo que nos rodea y, en general, nuestros juicios inmediatos. La vida afectiva asegura el contacto del ser con su medio; da a los objetos exteriores su consistencia y su significación. Reduciendo la receptividad a una impregnación con el medio, llega a considerar la inteligencia como una forma de la simpatía (C. KONCIEWSKI, *La sympathie comme fonction de progrès et de connaissance*, P. U. F., 1951). Cabe discutir la conclusión, pero no las comprobaciones.

⁽³⁷⁾ ALFRED ADLER, *Connaissance de l'homme*, trad. de J. MARTY (Payot, 1949), pág. 16.

y con la vida, y mantenerse optimista, o al menos pesimista militante, no resignado: condición favorable digna de retener para la actitud humana del juez. Ante una delincuencia pasajera o superficial, normalmente motivada, no se precisa mucho esfuerzo para comprender la personalidad, poco comprometida en sí misma. Ante una criminalidad profunda, se requiere una verdadera investigación para reconstruir mentalmente el proceso que sale de la norma: la personalidad no está desenvuelta en las condiciones familiares y sociales habituales: para comprender con acierto su situación, hay que remontarse hasta el origen infantil, con frecuencia tan mal conocido.

La individualización, reclamada por los criminalistas, se encuentra todavía en bosquejo, tanto judicial como legalmente; y los jueces deben inspirarse, para la aplicación de la pena, en ideas diversas, enlazadas con concepciones personales o con sentimientos de ambiente, sin criterio definido. Sin embargo, hace ya mucho tiempo que la Escuela positiva italiana tuvo el mérito de denunciar las lagunas de la justicia penal actual; y los resultados engañosos, que no cesan de lamentarse, no hacen sino subrayar por demás la necesidad de modernizar el sistema. En términos brillantes y severos, FERRI denunciaba la falta de orientación incluso de la justicia penal, sin otra brújula que la inspiración empírica de la "convicción íntima" y sin otro criterio que la convención falaz de la "proporción entre la pena y el castigo, entre el delito y la pena", proporción irrealizable fuera de las impresiones sentimentales y arbitrarias que llevan a decir que una pena es demasiado grave o demasiado benigna. A esa justicia empírica, digna del período primitivo de la medicina, debe sustituir una justicia científica, con un diagnóstico fundado sobre la personalidad biosocial del delincuente, y una terapéutica positiva, consistente en medidas útiles para su readaptación social⁽³⁸⁾. Pero eso supone la organización racional de un sistema penal y penitenciario que no solamente permita dosificar la pena, sino también, y sobre todo, diferenciarla lo suficiente, al menos en su régimen, para adaptar a cada categoría de delincuentes el tratamiento que le convenga, en lugar de aplicarles a todos, sin grandes diferencias, la misma pena, más o menos severa.

(38) ENRICO FERRI, *La sociologie criminelle*, trad. de L. TERRIER (Paris, Alcan, 1905), pág. 507. Hacia la misma época, CLAPARÈDE observaba que el juicio valorativo aplicado a la culpabilidad tiende a convertirse en un juicio de hecho, basado sobre elementos intelectuales, si se buscan las condiciones de esa culpabilidad para adaptar la represión a la mentalidad del criminal, con finalidad de readaptación (*ob. cit.*, pág. 287).

La individualización de la pena comprende una doble tarea: 1°. elegir el género de pena que conviene al individuo, no sólo para el castigo, sino sobre todo para su corrección; 2°. fijar la duración o el *quantum* de esa pena según la criminalidad objetiva del acto y, más aún, por la criminalidad subjetiva del agente. La primera tarea es la más importante y delicada. Por desgracia, en el estado actual de cosas, escapa en gran parte a los tribunales: la ley reglamenta, de una vez para siempre, una escala de penas correspondiente a las diversas categorías de infracciones, como si debiera haber en ello una proporción definida entre ambos factores. La mayoría de los delitos lleva consigo cierta privación de libertad y una multa que se fija entre un máximo y un mínimo (de los cuales este último puede ser rebajado por la aplicación de circunstancias atenuantes), sin poder ser reemplazada por ninguna otra clase de pena. Si los jueces estiman esa pena inadecuada, no tienen otro recurso que suspender su ejecución, por la aplicación del sobreseimiento; en otras legislaciones poseen además la facultad de una condena condicional, que no suele ser sino una experiencia ineficaz. Más efectivo es el nuevo sistema de condena condicional (*probation system*), aplicado en los países anglosajones y preconizado por criminalistas, con suspensión de la condena y vigilancia discreta por delegados o ayudantes sociales.

Se comprende la difícil situación de los jueces cuando se ven encerrados en una alternativa como ésa: tal es, por ejemplo, el caso de un hombre de negocios y sin escrúpulos que, arrastrado por las especulaciones, ha dilapidado la fortuna de sus clientes. Condenarlo a trabajos forzados (en el caso de un crimen de falsedad o de quiebra fraudulenta, por ejemplo) es perderlo irremediablemente para la sociedad; mantenerlo preso, es arriesgarse mucho a empeorarlo, por el contacto con reincidentes; y, en todo caso, es tanto como acabar de hundir su situación comercial, en detrimento de sus acreedores. Queda entonces la solución de ponerlo en libertad y concederle el sobreseimiento, con gran escándalo de la moralidad pública: la opinión ve en ello una falta de represión de hechos graves, y el mismo interesado no saca de ello sino una lección de prudencia frente a una justicia tan mal armada y ante acreedores tan mal protegidos.

Los jueces intentan graduar la pena con dos clases de medidas, que no se corresponden una con otra:

1°. Una medida objetiva y legal, con arreglo a la gravedad social de la infracción considerada en abstracto: punto de vista de la escala y del máximo de las penas fijadas por la ley. Así, las violencias son castigadas más severamente conforme

las heridas son más graves: la misma ley hace distinciones de ese género y los tribunales no dejan de tener en cuenta las consecuencias de los golpes para la duración de la pena privativa de libertad y el importe de la multa infligida; lo tienen presente incluso en caso de heridas involuntarias.

2^a. Una medida subjetiva, de acuerdo con la criminalidad del agente en la infracción psicológicamente considerada, desde el punto de vista de los motivos y de los sentimientos que lo han inspirado. Así, sin llegar a la extrema indulgencia del jurado en los crímenes pasionales, los tribunales juzgan menos severamente los delitos inspirados por la pasión que los guiados por el interés, les conceden con mucha más facilidad el beneficio del sobreseimiento, y siempre toman muy en cuenta los antecedentes y los informes de moralidad.

En esa apreciación subjetiva, los jueces no se atienen al simple móvil del crimen o del delito. Como ha señalado muy bien SALEILLES, siguiendo a LISZT⁽³⁹⁾, la consideración del motivo propuesto, ya sea como el fin perseguido, ya sea también como el sentimiento inspirador de ese fin, resulta insuficiente para caracterizar la criminalidad del agente⁽⁴⁰⁾. Para darse cuenta de ella, basta con suponer un homicidio inspirado por una cólera legítima, pero perpetrado con ensañamiento de crueldad inútil: los medios empleados revelan una criminalidad que no aparece en el motivo; también el empleo del vitriolo se condena siempre severamente. Por lo tanto, lo que viene

(39) R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine* (Paris, Alcan, 1898), págs. 211 y sigtes., donde critica el sistema de los motivos esbozado en los proyectos legislativos de entonces, como el anteproyecto suizo.

(40) El término de *motivo* o el de *móvil* suele tomarse en el primer sentido, en el del fin perseguido. Así, se mata, ya sea para procurarse dinero, ya sea para librarse de un rival, etc.; ése es el motivo inmediato del crimen. Pero eso no hace sino descubrir móviles más profundos: si alguien se quiere agenciar dinero, es con vistas a determinado empleo y para satisfacer algunos deseos: ya sea por pereza, para evitarse molestias; por avaricia, para enriquecerse; por amor, para satisfacer a un ser querido; por necesidad, para salir de una situación difícil. El análisis de la idea de motivo ha revelado en seguida el factor psicológico que se encuentra en su base, el sentimiento o la inclinación que a la vez despierta e inspira el fin perseguido. También los autores que, como LISZT, han ahondado en este análisis retienen el segundo sentido, el del "sentimiento suscitado por el objetivo final que el agente tenía en perspectiva, y que ha sido la causa inmediata y la causa psicológica del acto criminal" (definición dada por SALEILLES, ob. cit., pág. 217, siguiendo a LISZT, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*, en *Zeit. f. d. ges. Strafr.*, W. 1896, pág. 486. Cfr. KRAUS, *Das motiv, zur psychologischen technischen Grundlegung des Strafrechts*, en la misma revista, 1897, págs. 467 y sigtes. Cfr. también RIGAUD, *De l'influence du motif*, tesis, págs. 7 y sigtes.).

a considerarse, para caracterizar la criminalidad del acto, es el conjunto de los sentimientos que lo han inspirado y las inclinaciones que manifiesta, es toda la complejidad de los factores psicológicos que explican su génesis ⁽⁴¹⁾. Cada vez más, como lo reclaman los criminalistas, se busca la apreciación del acto a través de la personalidad del agente.

Sin embargo, en el estado actual de nuestro sistema penal, los jueces casi no pueden hacer otra cosa que juzgar el acto mismo; si, deseosos de la individualización, consideran la persona del delincuente, es para examinar su acto y determinar la criminalidad del mismo. Se ha distinguido: 1º) la criminalidad latente o pasiva, en estado estático, que se enlaza con el fondo del carácter, se manifiesta por las inclinaciones innatas o adquiridas y se vuelve a encontrar en los diversos actos de la vida; 2º) la criminalidad activa, en estado dinámico, que, reveladora en mayor o menor grado de la primera, determina el acto criminal, de suerte que éste constituye su manifestación exterior ⁽⁴²⁾. A esta última criminalidad es a la única que se suele hacer referencia para fijar la duración de la pena, intentando proporcionar esa duración con la criminalidad del culpable. Se

⁽⁴¹⁾ Algunos nuevos códigos prescriben que han de tenerse en cuenta esos diversos factores. El artículo 63 del nuevo proyecto de Código penal helénico es particularmente explícito: recomienda al tribunal tener presente, para determinar la medida de la pena, de una parte, el daño que la infracción ha causado o el peligro que ha provocado; y por otra parte, el grado de intención criminal manifestado en el acto; y para apreciar éste, considerar los móviles, la causa, el fin perseguido por el procesado, sus condiciones personales y económicas y sus antecedentes, el grado de su desarrollo y su conducta luego de la infracción, su arrepentimiento y su diligencia para reparar el daño.

Las nuevas legislaciones que, para suplir la insuficiencia de la pena proporcional a la infracción, para los reincidentes y para los delincuentes peligrosos, han completado la pena con una medida de seguridad, toman muy en cuenta, para caracterizar el estado peligroso, el motivo de la infracción y el carácter del culpable. Así, la legislación checoslovaca de la anteguerra: la ley del 25 de junio de 1920 (n. 2 del *Recueil de lois et décrets*) permitía internar en casas de educación por el trabajo y en colonias de trabajo, no solamente a los vagabundos, mendigos, reincidentes, etc., sino también a los diversos delincuentes condenados varias veces a una pena privativa de libertad por crimen cometido por pereza o ligereza de espíritu o avaricia, si eran peligrosos para la propiedad ajena. Por otra parte, las leyes del 18 de marzo de 1920 (n. 163) y la del 14 de julio de 1932 (n. 535) aplicaban accesorariamente la pérdida del derecho de sufragio en las condenas pronunciadas en las infracciones cometidas por móviles bajos y deshonorosos.

⁽⁴²⁾ R. SALEILLES, ob. cit., pág. 246. Algunos se han sorprendido de encontrar en este autor, ya antiguo, ideas convertidas en actuales. Cabe advertir así que suele hacer falta algún tiempo para que las ideas nuevas lleguen a ser adoptadas.

revela por el motivo, entendido en el sentido amplio de factor psicológico del cual surge el impulso directo del delito. Pero es insuficiente cuando se trata de concretar la naturaleza misma de la sanción (aplicación, o no, de una pena que implica la relegación; elección entre la privación de libertad o los trabajos forzados; aplicación, o no, de penas accesorias de privación de derechos; prohibición de residencia, etc.): se requiere entonces penetrar hasta la naturaleza del delincuente e indagar su criminalidad pasiva, a fin de aplicar una pena apropiada. Esa criminalidad de la persona se suele determinar por la criminalidad subjetiva del acto; pero no siempre es así: por ejemplo, en el caso de un reincidente, que se revela incorregible, y cuyo último delito no implica, sin embargo, sino un débil grado de criminalidad. En este último supuesto, los tribunales vacilan generalmente en aplicar una pena que implique la relegación: eso demuestra que se atienden más a la criminalidad del acto que a la del agente.

No sucede de manera diferente sino con los menores, porque aquí se trata, de acuerdo con las leyes nuevas, mucho menos de medidas de represión que de medios de enmienda: para elegir el establecimiento que les conviene, resulta forzoso examinar la naturaleza del menor y considerar la individualidad mucho más que el delito. A veces sucede que en una infracción mínima se encuentra excelente ocasión para sacar al menor de un mal ambiente, y confiarlo a una obra de regeneración antes de que caiga en el vicio. Es la primera aplicación de una idea bienhechora, destinada a extenderse a los mayores.

Nuestros jueces encuentran generalmente poco interesantes las audiencias correccionales, porque no pueden proporcionar, como querrían, fallos racionales y útiles, donde a cada categoría de delincuentes, estudiados y clasificados con cuidado, se aplicaría un modo de represión o un intento de corrección o un tratamiento apropiado. El día en que tengan a su disposición diversas categorías de penas, de suspensiones de pena, de establecimientos penitenciarios y de regímenes penitenciarios, como comienzan a tenerlos para los menores, y cuando tengan la delicada tarea de determinar la represión y las medidas aplicables para su enmienda, de ser posible, o al menos para tornarlos inocuos, entonces podrán entregarse a una obra inteligente, justa, útil e interesante, que exige cualidades y conocimientos psicológicos. El fallo penal exigirá entonces, tras la identificación del delincuente y el examen de las pruebas (lo cual es más bien el resultado del trabajo de instrucción), la investigación de la criminalidad subjetiva o del estado de criminalidad con arreglo a los móviles y a las circunstancias del acto, según la

conducta pasada del delincuente y con arreglo al examen de su carácter; y, por último, su clasificación, especialmente desde el punto de vista de su peligrosidad y de su readaptabilidad social, con miras a la aplicación de las medidas a nuestra disposición (43).

Después de haberse empezado a escribir estas líneas, las ideas han progresado en ese sentido, a la espera de su realización. En estos últimos años se ha empezado, especialmente en Bélgica, a pedir la formación de un sumario de la personalidad, para permitir a los jueces enterarse mejor de todo lo concerniente a la persona de los delincuentes y para tenerlo en cuenta en sus fallos. La cuestión ha sido impulsada en los congresos científicos (44); y actualmente está admitido el principio de que, en los casos de derecho común suficientemente graves o constitutivos de reincidencia, el delincuente debe ser objeto no sólo de informes y de una investigación sobre su pasado y su am-

(43) Sobre poco más o menos en el mismo sentido, pero con alguna exageración, la Escuela positiva italiana, con la pluma brillante de FERRI, ha opuesto la belleza de la justicia futura a una caricatura de la justicia actual. "No más luchas de ardides, no más logomaquias, no más fallos arrancados a la sensibilidad violenta, más bien que determinados por un razonamiento sereno y claro; no más esos subterfugios de procedimiento, que hacen depender la declaración de inocencia o el aplazamiento de la condena más bien de la habilidad abogadil que de la realidad viviente y parlante... Como contraste, se tiene una discusión exclusivamente científica sobre los síntomas presentados por el delincuente, sobre las circunstancias que han precedido, acompañado y seguido al hecho, sobre su significación antropológica y social; a continuación, una discusión en la cual se buscará exclusivamente cuál es, entre los medios defensivos, el más apropiado y, en consecuencia, el más justo en el caso sometido a los jueces. Y entonces disminuirá considerablemente lo aleatorio de los fallos, que parecen hoy, y son en realidad, verdaderos juegos de azar, tanto para el delincuente como para la sociedad. Entonces, por fin, justicia verdaderamente serena y severa, donde no se encuentra ni una vergonzosa enseñanza del delito ni el espectáculo desmoralizador de jueces ignorantes, de acusadores agresivos, de abogados declamadores, que giran todos ellos por impulso de sus intuiciones o de su habilidad personal, sin ser guiados por criterios científicos, alrededor del único y verdadero problema judicial, que debe ser un problema viviente de psicología y sociología en la persona del hombre que ha de juzgarse, y no una muestra sofística y declamatoria de reglas bizantinas sobre el delito considerado como un ser jurídico abstracto" (E. FERRI, *ob. cit.*, pág. 514).

(44) En el Congreso de defensa social de Lieja, en octubre de 1949, y en el Congreso penal y penitenciario de La Haya, en agosto de 1950; véanse nuestros informes en cada uno de ellos, así como nuestro artículo: *Peut-on réaliser une justice scientifique?*, en *Rev. (suiza) de criminologie et de police technique*, 1950, págs. 83 y sigtes. Hemos puesto de relieve la utilidad nueva de la psicotécnica para el examen de los delincuentes.

biente, sino también de una observación continuada, de un examen preciso, tanto desde el punto de vista antropológico como social, psiquiátrico y psicológico; y que todo eso debe ser utilizado no solamente en la ejecución de la pena, como se comienza a hacer, sino también en el fallo; de modo que la sanción sea apropiada a la persona del delincuente, teniendo en cuenta su carácter, sus tendencias, su perversidad, su capacidad de enmienda, etc. Eso viene a ser lo que intenta realizarse con los menores en todas partes, y en Francia después de la reforma de 1945.

Eso supone dos condiciones principales. Ante todo, que los jueces tengan a su disposición establecimientos penitenciarios organizados para las diferentes categorías de delincuentes clasificados y seleccionados, y que la ley les permita adoptar medidas variadas, flexibles y apropiadas; tales como la condena condicional (*probation system*) que se preconiza. En segundo lugar, que se organicen medios científicos de investigación, observación y examen: lo cual requiere un centro de observación en las prisiones importantes, con un médico antropólogo, un ayudante, un magistrado penitenciario, peritos calificados, psiquiatras y psicotécnicos, y también una formación criminológica y psicológica de los jueces represivos. Entonces será cuando el espíritu de la justicia penal se transformará del modo más natural, como ha sucedido con los tribunales de menores: los debates se reducirán a algunas cuestiones que hayan de discutirse en su caso, como las de las pruebas; y la oposición entre acusación y defensa deberá dejar su sitio a una colaboración común en la busca de la mejor medida que haya de tomarse en interés de todos.

Por el momento, la justicia penal se encuentra en situación difícil, colocada entre dos concepciones que algunos se complacen en oponer; porque lo que el juez se encuentra obligado a practicar no encuadra con lo que debería y querría hacer. Se dice que es un período de crisis entre dos concepciones sucesivas: sin duda. Pero existe también la dificultad profunda de conciliar puntos de vista heterogéneos y con frecuencia contrapuestos, el de la sociedad y el del individuo: de una parte, la protección de la sociedad contra los malhechores, cueste lo que cueste; del otro lado, la preocupación por la personalidad, más o menos antisocial, de esos individuos. En el caso de constituir valores recuperables, el interés social está amparado; y precisamente hay que realizar ahí una esencial selección, de la cual hay que preocuparse desde antes de la condena. Pero, en los casos menos favorables, puede subsistir una incompatibilidad, y entonces es el individuo el que ha de sacrificarse a la sociedad.

Por desgracia y con frecuencia, los datos básicos le faltan al juez, por carecer de un examen serio del acusado (antropológico, psiquiátrico y psicológico): se le pide que juzgue sobre informes superficiales y apariencias tal vez engañosas. Se le exige también la conciliación de los contrarios: la intimidación de la pena, al servicio del interés social; y la enmienda del delincuente, dentro de un interés principalmente individual; cuando el primer objetivo tiende hacia la severidad y el segundo hacia la indulgencia; porque ha habido que reconocer desde luego que no es el régimen de prisión el que mejora a la gente deshonorada. Sin duda, al realizar obra humana, el juez aproxima los puntos de vista heterogéneos e intenta conciliar las oposiciones; pero no resuelve las antinomias, y debe entregarse entonces a soluciones bastardas, necesariamente insuficientes a este respecto. No se ha de pedir a la justicia más de lo que puede dar ⁽⁴⁵⁾.

Además constituye una tarea difícil la de conocer una personalidad. En verdad, ¿no parece muy extraño pedirle eso a los jueces, cuando los psicólogos deben hacer acto de modestia? "El estudio de una personalidad —declara el profesor LAGACHE— es una tarea teóricamente infinita e inacabable; el interrogatorio y el examen más perseverantes, el psicoanálisis más audaz no cumplen sino parcialmente el programa"; y los cuestionarios (*tests*) no procuran sino sondeos ⁽⁴⁶⁾. ¿Se advierte la importancia del sustrato inconsciente? Parece que es tanto más fuerte cuanto que el sujeto se aparta más de lo normal o cuando sigue sus instintos. "Una explicación que se esfuerce por seguir las conductas humanas en todas sus sinuosidades —observa LAGACHE—, debe enfrentarse con las motivaciones y las mediaciones, en gran parte ignoradas por los agentes de esas conductas" ⁽⁴⁷⁾. Eso es particularmente verdadero para las conductas criminales, sobre todo en los sujetos anormales (en el sentido amplio de la palabra) ⁽⁴⁸⁾. Que no se confíe demasiado

⁽⁴⁵⁾ Para resolver tal conflicto, no basta con querer eliminar uno de los términos, como proponen espíritus generosos y utopistas, que sueñan con reemplazar la represión con la terapéutica, so pretexto de que la intimidación de las penas suele ser desilusionante y porque el castigo social es una noción pasada, además de inhumana. Hay que tener en cuenta la moralidad utilitaria de la masa, contenida por el temor de los procesos. Mientras no se haya logrado elevar el nivel moral, la represión tendrá un papel importante que representar, que es específico, sin impedir el bienhechor de la terapéutica cada vez que ésta pueda obrar.

⁽⁴⁶⁾ D. LAGACHE, *L'unité de la psychologie* (P.U.F., 1949), pág. 24.

⁽⁴⁷⁾ D. LAGACHE, *ob. cit.*, pág. 10.

⁽⁴⁸⁾ Resulta curioso advertir cómo divergen las opiniones, incluso entre los mejores observadores, acerca del carácter más o menos anor-

en los delincuentes para explicar su conducta, aun cuando no traten de disfrazarla.

Aunque una personalidad no puede ser descompuesta hablando propiamente, y aunque cada aspecto sólo se comprenda bien por el conjunto ⁽⁴⁹⁾, la justicia no podría tener una exigencia psicológica plena y debe contentarse generalmente con conocer de la personalidad del delincuente lo que interesa de modo directo a su conducta criminal; es decir, la explicación del acto censurado y su enlace con la conducta general, de manera que quepa apreciar, más allá del acto, la continuación de la conducta. Se trata de saber hasta qué punto previene de la personalidad la criminalidad manifestada por el delito, para determinar lo que hemos propuesto denominar el *estado de criminalidad*, noción intermedia que parece responder a las preocupaciones del juez penal ⁽⁵⁰⁾. Cuando en términos expues-

mal de los criminales o sobre la proporción de los anormales. Eso muestra la indeterminación del concepto, susceptible de sentidos diferentes según el punto de vista adoptado: mental o social, científico o corriente. Así, crímenes que se salen de lo común pueden ser considerados como anormales, aunque su autor sea reconocido como exento de anomalía psíquica. Tal confusión puede ser evitada teniendo cuidado de precisar el sentido empleado.

⁽⁴⁹⁾ LAGACHE observa que el principio de totalidad tiende a convertirse en categoría de toda psicología, y que la preocupación del conjunto es hoy común a la psicología y al movimiento general de las ideas y de la ciencia (ob. cit., pág. 9).

⁽⁵⁰⁾ Como todavía parece reinar alguna incertidumbre, hemos intentado definir (especialmente en un informe muy reciente acerca de la *Individualización judicial*, en el III Congreso de defensa social de San Marino, en septiembre de 1951) esta noción como un estado de conflicto, ya sea pasajero, ya sea permanente (base de una distinción esencial entre las dos principales categorías de delincuentes), con las reglas fundamentales de la sociedad en la cual vive el delincuente, y que se corresponden con las reglas morales admitidas (admitidas por la generalidad e incluso, en principio, por la mayoría de los delincuentes).

La escuela de la "Defensa social", con un fin innovador, prefiere atenerse a la noción de la antisocialidad, por referirse mejor a la personalidad del criminal; pero se encuentra todavía a la busca de un criterio. Constituye, en verdad, una noción cómoda, ya indicada por algunos criminólogos como FRIEDLANDER; mientras otros hablan de disocialidad (AICHORN) o de pseudosocialidad (REDL) para designar sobre poco más o menos la misma idea. Pero resulta demasiado subjetiva e imprecisa para aclarar la criminalidad.

Además es inexacta, como ha observado el profesor LAGACHE (informe al Congreso de Criminología de París, septiembre de 1950), en que una conducta criminal sea, en cuanto a su naturaleza, si no en cuanto a su valor, una conducta social. Agreguemos que los criminales no carecen necesariamente de sentido social; únicamente lo poseen más restringido y diferente, comprendido en relación a su grupo de elección y a sus costumbres particulares. Su "antisocialidad" es muy relativa y no puede determinarse sino por distinciones tipoló-

tos al equívoco se habla de "personalidad criminal", se considera, ya sea ese aspecto del conjunto, ya sea el papel que el sujeto se atribuye en su vida criminal y que no absorbe necesariamente los restantes aspectos de su vida. A este último respecto, se ha podido observar que un mismo individuo puede mostrar varias formas de personalidad diferentes, según las condiciones en que se encuentre⁽⁵¹⁾; y que algunos jóvenes delincuentes pueden adoptar, por imitación y vanidad, una "falsa personalidad" perversa, que no responde a su verdadera naturaleza: elemento muy importante que ha de descubrirse para la regeneración. Se advierte así lo que interesa averiguar en el examen de la personalidad de los delincuentes: de extender por demás los esfuerzos de investigación, cabe exponerse a descuidar lo esencial.

Tales consideraciones nos alejan de la aplicación directa del derecho, aun estando enlazadas con él. La cuestión compleja y delicada de la individualización se interpone entre el derecho y el hecho; está basada sobre un hecho, el conocimiento del individuo, y tiende a una aplicación matizada del derecho en relación con las modalidades individuales. El doble punto de vista del hecho y del derecho resulta aquí muy difícil de separar.

Se comprueba que en toda aplicación del derecho no sólo cuando se han de llenar las lagunas de la ley (que los alemanes llaman *Lückenergänzung*), sino también cuando no se trata sino de subordinar los hechos a la ley o al derecho (que los alemanes llaman *Subsumption*), la apreciación del juez desempeña un papel normal para enlazar la ley o la regla con el caso concreto, todas las veces en que no basta una simple subordinación lógica de los hechos a la ley. Esa acción del juez se denomina una *apreciación de derecho*, porque recae sobre la averiguación del mismo; mientras la apreciación de la prueba versa sobre la indagación de la verdad. Realmente, al poner en conexión el derecho con el hecho, aquélla tiene un objeto mixto, y cabría denominarla más exactamente, como propone WEHLI, una apreciación de hecho y de derecho (*tatsächlich-rechtliche Würdigung*)⁽⁵²⁾, especialmente en lo que llama las

gicas, sobre la base de una clasificación según el estado de criminalidad o la disposición psíquica para cierta criminalidad. Si se comprueba en general una inferioridad del criminal, es más bien en el plano moral, y se encuentra orientada según el carácter del individuo.

⁽⁵¹⁾ Idea especialmente expuesta por JUNG, con su habitual elegancia, en su obra conocida y ya citada, *L'homme à la découverte de son âme*.

⁽⁵²⁾ A. WEHLI, *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung*, págs. 425 y sigtes.

cuestiones de derecho concretas, donde los hechos son apreciados según una concepción de conjunto, a falta de prescripción legal precisa⁽³³⁾.

Sin embargo, incluso en esa forma, la apreciación del juez conserva un carácter jurídico predominante, en el sentido de que no debe expresar ideas personales, sino encuadrar en una concepción conjunta del orden jurídico, basarse sobre lo que se llama las "ideas de fin" (*Zweckgedanken*) del legislador, en cuanto puedan aclarar, o sobre aquellas admitidas por la generalidad y ya experimentadas. Interesa declarar que, en la apreciación judicial de los casos más diversos, vuelve a encontrarse siempre una regla o una medida común que elimina ese "arbitrio judicial" tan temido por los litigantes⁽³⁴⁾. Lo mismo en orden a los hechos que al derecho, la justicia exige que lo semejante sea tratado con uniformidad.

La dificultad suele consistir en encontrar la medida propia de lo que debe ser justo en el caso particular. Se habla además de una conciencia del derecho (*Rechtsbewusstsein*) más o menos general y de medidas de valor (*Wertmassstäbe*) más o menos comunes en una sociedad dada. Se encuentra efectivamente cierta cantidad de cuestiones de apreciación que suscitan una respuesta similar por parte de todo hombre sensato, competente e imparcial: lo cual explica, como dice WEHLI, la formación social del derecho (*soziale Rechtsfertigung*) por la jurisprudencia. Hay situaciones que contienen elementos de reglamentación: la tarea de la apreciación jurídica consiste en descubrirlos, lo mismo que la función de la interpretación de la ley es indagar los elementos de finalidad contenidos en la ley.

Pero no hay principio general alguno capaz de determinar la elección de las apreciaciones posibles. Sólo cabe indicar un esquema básico: el de generalizar las pretensiones particulares de las partes y los intereses individuales en conflicto, de modo que se les haga entrar en un marco ya reglamentado o ya conocido. WEHLI cita el caso en que se trate de apreciar la velocidad lícita de un automóvil: el interés del conductor se generaliza en el de la rapidez de la circulación; el del transeúnte, en el

(33) El poder de apreciación del juez es libre sobre todo en la aplicación de las nociones de valor (*Wertbegriffe*), utilizada por el legislador a falta de nociones de existencia (*Seinbegriffe*); por ejemplo, en materia de ultrajes a las buenas costumbres (DROST, *Der Ermessen des Strafrechts*, Berlin, Carl Heymans, 1930).

(34) Como observa HUSSON, una apreciación que no se apoya sobre una armazón intelectual sólida, se torna con facilidad arbitraria (L. HUSSON, ob. cit., pág. 247).

de la seguridad de la circulación⁽⁵⁵⁾. Se encuentra oposición análoga en los conflictos entre el interés del adquirente de buena fe *a non domino*, que tiene sus derechos de un titular aparente, y el interés igualmente legítimo del verdadero propietario, que se ha dejado despojar⁽⁵⁶⁾. Ciertos intereses generales o más elevados sirven de medidas de valores.

No obstante, falta todavía escoger el modo y la medida de apreciación aplicables al caso particular. El juez federal norteamericano CARDOZO, que se esfuerza por mostrar la diversidad de métodos aplicables al fallo, repite con el profesor POWELL esta frase, que no podría admitirse como verdad general en nuestro derecho, pero que encuentra su aplicación aquí: "Ningún evangelio nos releva de la pena de elegir a cada paso": elegir entre la lógica y la historia social o la costumbre y el uso (en cuanto a lo que dependa de ello) o la justicia (mejor, la equidad); elegir entre las analogías o los principios mismos⁽⁵⁷⁾. Porque las oposiciones son frecuentes en las relaciones tan complicadas de la vida social moderna, sobre todo entre la lógica y la utilidad o la equidad, como se comprueba en las delicadas cuestiones del abuso de los derechos. La tarea propia del juez consiste en resolverlas con una apreciación concreta sacada, en último extremo, de su conciencia, en cuanto parte de la conciencia de la judicatura. Ahí encuentra la medida profunda de la justicia aplicable; porque lo mismo que, de acuerdo con las palabras de ARISTÓTELES, el hombre virtuoso es la medida de la virtud, cabe decir también que la medida de la justicia está en la conciencia del justo, es decir, del juez, cuando éste merece verdaderamente la bella definición del filósofo como "el justo viviente" (*δικαιον ἐμψυχον*)⁽⁵⁸⁾.

Apreciación libre, en cuanto no dependa sino de la conciencia del juez en la aplicación de la solución jurídica que convenga al caso particular en consideración de las circunstancias; pero dependiente en todo caso de ideas superiores de derecho y de principios que se impongan. El juez es a la vez, como se ha dicho, servidor y rey. "Allí mismo —dice WEHLI— donde cabe apreciar libremente el hecho, el juez puede obrar como mandatario o, por lo menos, como *negotiorum gestor*, porque la

(55) A. WEHLI, ob. cit., pág. 432. La misma idea de generalización metódica se vuelve a encontrar, a pesar de la diferencia de legislaciones, en R. POUND, *The theorie of judicial decision*, en *Harvard Law Review*, 1923, pág. 955.

(56) F. GORPHE, *Le principe de la bonne foi* (Dalloz, 1928), págs. 218 y sigtes.

(57) B. N. CARDOZO, *The grow of the law*, págs. 64 y sigtes.

(58) ARISTÓTELES, *Éthique à Nicomaque*, V, 4, (7), 1.132 a.

ley no es aplicable sin su apreciación; debe sentirse siempre, por una parte, defensor fiel de los elementos de ideas de fin depositadas en el orden jurídico; y, por otra parte, mensajero de la conciencia del derecho que vive en el pueblo" (59). La conciencia del juez debe reflejar la de toda la judicatura. Cada una se somete a prueba en contacto con las demás, no solamente en las deliberaciones, sino también en el conjunto y en la continuidad de la jurisprudencia.

Así, por la experiencia de los tribunales se elaboran poco a poco, por intuición, inducción y comparación, directivas, medidas y reglas de aplicación (*Wudigungssätze*), en las materias que se alejan más de la uniformidad. Eso es precisamente lo que más le falta a los jurados. Tales reglas empíricas, que evolucionan con las ideas y las necesidades, poseen algo de provisionales, pues valen con la reserva de excepciones que pueden resultar de nuevas circunstancias. La jurisprudencia tiene sus razones para progresar con prudencia: ¡cuántas veces hay que detenerse en el camino para rectificar el itinerario o trazar límites!

Este proceso experimental resulta muy claro en la formación del *common law* angloamericano: *process of retesting and reformulating work*, como le llama CARDOZO (60). "Las reglas y los principios del *case law* —explica MUNROE SMITH— no han sido tratados nunca como verdades finales, sino como hipótesis de trabajo, continuamente remitidas a la experiencia (*retested*) en esos grandes laboratorios del derecho que son los tribunales de justicia. Todo nuevo caso constituye una experiencia; y si la regla aceptada, que parece aplicable, produce un resultado reconocido como injusto, se pone en discusión. No puede ser modificada de un golpe, porque el intento de hacer justicia absoluta en todos los casos particulares tornaría imposible el desenvolvimiento y la conservación de reglas generales; pero, si la regla continúa mostrándose injusta, será definitivamente modificada. Los principios mismos son remitidos continuamente a la experiencia; porque, si las reglas derivadas de un principio no van bien, el propio principio debe ser finalmente examinado de nuevo" (61).

La obra del juez, cuando no es una aplicación mecánica de la ley, sino una adaptación justa del derecho al caso particular, no se comprende plenamente sino como una obra colectiva de

(59) A. WEHLI, ob. cit., pág. 434.

(60) B. N. CARDOZO, *The nature of the judicial process* (New York, Yale University Press, 1928), pág. 24.

(61) MUNROE SMITH, *Jurisprudence* (Columbia University Press, 1909), pág. 21.

varios jueces, con frecuencia de varias jurisdicciones sucesivas; y como una pieza que ocupa su lugar en un conjunto de jurisprudencia más o menos coherente y más o menos continua. En las deliberaciones, los jueces imprimen a la resolución una dirección o un carácter relacionado con su manera propia de enfocar el asunto, y que se deja sentir en mayor o menor grado según su personalidad o su comprensión del asunto. Las diversas opiniones expresadas se completan, se nivelan y se igualan al fundirse en la de la mayoría ⁽⁶²⁾. En la apreciación del asunto, cada cual aporta sus ideas y sus puntos de vista: uno considera la cuestión como derecho estricto, el otro según la equidad; aquél, desde el ángulo de la lógica; éste, desde el de la utilidad social; uno se muestra formalista, y otro flexible; existe el tradicionalista, y el progresista también: "Finalmente —dice CARDOZO—, sale de ello algo con una forma, una verdad y orden compuestos". Se ha dicho que "la historia, como las matemáticas, debe admitir que las singularidades se contrarresten en mayor o menor medida entre sí, de modo que al final subsista algo constante" ⁽⁶³⁾. Igual acaece con el trabajo de los tribunales. Las singularidades de los jueces se contrarrestan unas con otras... Del rozamiento (*attrition*) de los diversos espíritus surge algo apretado (*beaten something*) que posee una constancia, una uniformidad y un valor medio mayores que sus elementos componentes" ⁽⁶⁴⁾.

Los partidarios del juez único han exagerado sensiblemente, por necesidades de su tesis, la preponderancia del presidente en las deliberaciones. Es cierto que el director de los debates y redactor de la sentencia tiene la parte principal en la formación definitiva del fallo; la motivación es realmente obra suya. Pero también el ponente estudia el asunto y con frecuencia es quien redacta la sentencia. Por otra parte, sólo incumbe a los asesores estudiar también el asunto y sostener su opinión motivada, como deben hacerlo: si algunos pecan por negligencia o inactividad, no hay por qué generalizar temerariamente ese defecto. No deja de ser verdad que un presidente, aunque sea poco voluntarioso, puede usar, cuando no abusar, de su autoridad sobre los colegas inferiores en grado, y tanto más cuanto le conceden ventaja natural su competencia y su experiencia.

En ese aspecto, la deliberación transcurre de muy diferente manera entre los profanos, tales como los jurados, en el sistema

⁽⁶²⁾ F. GORPHE, *Juge unique ou collégialité*, informe al Congreso de Derecho Penal de Bucarest, en octubre de 1929.

⁽⁶³⁾ HENRI ADAMS, *The degradation of the democratic dogma*, pág. 291.

⁽⁶⁴⁾ B. N. CARDOZO, *The nature of the judicial process*, pág. 171.

(ya abandonado en Francia) en que deliberan a solas. Constituyen entonces una pequeña multitud heterogénea no anónima, como lo califica el Dr. LE BON ⁽⁶⁵⁾. Como tales, son accesibles a las sugerencias y a la influencia de los cabecillas. Parece que, como en cualquiera otra decisión de una asamblea deliberante, el veredicto sea en realidad obra de algunos que saben arrastrar a los demás: los indecisos, los débiles o los menos inteligentes se adhieren a alguno de los que saben imponerse o inspirar confianza.

Obra impersonal, inspirada en el derecho vigente, las ideas morales y sociales de la época, el fallo ocupa un lugar, como la piedra en un vasto edificio, en ese *corpus juris* viviente y cada día mayor que constituye la jurisprudencia ⁽⁶⁶⁾. Esa admirable continuidad en la manera de juzgar, que concluye por salir de las discusiones y de las divergencias de opiniones, y que infunde seguridad a los litigantes, no se logra sino con espíritu de continuidad, algunas veces de solidaridad y también por imitación, al propio tiempo que con sumisión a las resoluciones de derecho de la Corte suprema, reguladora de la jurisprudencia. Antes de formar definitivamente un fallo, se mira en torno, se consultan los precedentes, se examinan las similitudes y las diferencias, y quizás entonces se abandone una opinión personal que no era lo bastante segura, para conformarse con la ya adoptada por las jurisdicciones superiores. Copiar los precedentes constituye un trabajo servil, indigno de la justicia; pero inspirarse en ellos, sumarse a ellos incluso, es proceder con prudencia por aplicación del método analógico, utilizado en las ciencias naturales e indispensable en jurisprudencia, con caracteres específicos ⁽⁶⁷⁾. La justicia exige igualdad de trato: que la situación nueva sea tratada de la misma manera, si es semejante a la antigua. Pero hay que cuidarse de que no esconda una particularidad de naturaleza tal, que justifique un trato diferente.

⁽⁶⁵⁾ G. LE BON, *Psychologie des foules* (Alcan, 1895), pág. 153.

⁽⁶⁶⁾ Desde un punto de vista por otra parte diferente, Husson compara al jurista con el arquitecto, que dispone los materiales de un edificio sólido según su ingenio, aun siguiendo leyes fijas (L. HUSSON, *ob. cit.*, pág. 388).

⁽⁶⁷⁾ Este método analógico ha sido reconocido, ya hace mucho, como específico en la materia. Al definir la analogía como un tránsito de lo mismo a lo mismo, o como una conclusión de lo semejante a lo semejante, el decano GÉNY la considera el principio de justificación propio en los procedimientos intelectuales de elaboración del derecho; y ve en ella el medio de legitimar para el espíritu, por vía de subsunción, una asimilación de lo desconocido a lo conocido, a consecuencia de una desintegración esquemática de las cosas (*ob. cit.*, t. I, pág. 161).

El conocimiento de los precedentes desempeña su papel para uniformar la jurisprudencia más en la aplicación del derecho que en la comprobación del hecho ⁽⁶⁶⁾. Todo magistrado tiene necesidad de estar al corriente del movimiento de la jurisprudencia, que manifiesta la vida misma del derecho. Pero en la elaboración del fallo interesa hacer que las sugerencias intervengan en el momento oportuno: su influencia prematura puede resultar peligrosa, también aquí, si conducen a trasladar a un caso concreto una solución hecha para otro. Porque la "caza de los precedentes", cuyo vicio se ha señalado ya, no tiende a otra cosa que a la imitación de los precedentes, en virtud de la ley del mínimo esfuerzo: procura una solución ya preparada, particularmente bienvenida cuando emana de una jurisdicción superior. Pero de ese modo pasa por alto la investigación del derecho, al sustituir el conjunto de investigaciones y de razonamientos que ello necesitaría por una simple aplicación inmediata y análoga: procedimiento superficial que se expone a no satisfacer sino a la lógica aparente. Muchas resoluciones defectuosas podrían encontrar en ese vicio de método su explicación.

Hace algunos años, los periódicos de París ridiculizaron un fallo del tribunal correccional de Lille, que había declarado responsable civilmente al patrono de un joven repartidor que, en el camino, había ultrajado el pudor de una muchacha. Ese fallo se basaba en que el delincuente se encontraba en el curso de su trabajo y en que el automóvil puesto a su disposición había servido para la perpetración del delito. Pero el tribunal no había observado que no había ninguna relación directa entre la función y el delito; ya que el encargado se había salido verdaderamente de la función de repartidor para entregarse a un acto extraño. Aquellos jueces parece que se dejaron impresionar por una sentencia, entonces reciente, de la Corte de Casación (Crim., 23 de noviembre de 1928, *D. H.*, 1929-21) que acababa de condenar a un empresario de transportes como civilmente responsable (art. 28 de la ley del 3 de mayo de 1844, y art. 1384 del Cód. Civ.) por unos empleados que, en el curso de su jira en automóvil, habían disparado desde el auto sobre

⁽⁶⁶⁾ La autoridad de los precedentes, que han sido colocados en la categoría de fuentes del derecho, se refiere sobre todo a la jurisprudencia de la Corte de Casación. Supone ésta la similitud de los casos. Posee un fundamento práctico: no existen sino inconvenientes, para los litigantes incluso, en hacer que una cuestión sea susceptible de ser rechazada en casación. Para la jurisprudencia de las restantes jurisdicciones, esa autoridad es muy relativa; depende del grado de la jurisdicción. Sirve siempre para unificar la jurisprudencia, en interés de los litigantes.

un faisán de un campo vecino: esta sentencia parecía haber extendido particularmente la responsabilidad de los maestros y comitentes, al declarar que su responsabilidad se extiende incluso al daño resultante del abuso de las funciones. Poco después, la Corte de Orleans (28 de febrero de 1929, *D. H.*, 1929, 278), haciendo suya esa fórmula, la había aplicado a una sociedad de productos alimenticios, "*Au planteur de Caïffa*" cuyo depositario había recibido, de un cliente, en el curso de una jira impuesta, contra entrega de mercaderías, un faisán que había cazado con ayuda de artefactos prohibidos. En ese caso, la ocultación de caza se relacionaba verdaderamente con el tráfico de las mercaderías, y cabía decir con acierto que, aun abusando de sus funciones, había sido durante el ejercicio de las mismas y haciendo uso del automóvil puesto a su disposición como había obrado el comisionado. En el caso precedente, el automóvil que había servido para la caza y había facilitado la huida de los delincuentes, constituía incluso un elemento del delito de caza con medios prohibidos (art. 12, inc. 2º de la ley del 3 de mayo de 1844, modificada por la ley del 1º de mayo de 1924), que estaba considerado expresamente por la ley como un "medio prohibido" (art. 9º) y que por tal título debía ser confiscado (art. 16).

Pero la situación resulta muy diferente en un asunto contra las buenas costumbres. ¿Cómo cabe considerar que un empleado haya abusado de las funciones que le han sido confiadas cuando en realidad se ha apartado de ellas para entregarse con una muchacha a un acto totalmente ajeno a ellas? ¿Podría decirse verdaderamente que el automóvil utilizado había servido de instrumento del delito por el solo hecho de que había abrigado el acto impúdico, sobre todo cuando tal acto no es delictivo sino cuando es público? Cabría ir demasiado lejos y hacer responsables a los patrones de crímenes de toda clase, si nos contentáramos con una simple relación de tiempo o de lugar entre el delito y la función. Ese sería, por abuso de analogía y deducción, extender desconsideradamente una regla a una esfera extraña (**).

La adhesión a los precedentes constituye una verdadera regla tradicional del *common law* angloamericano. Eso permite a la jurisprudencia la continuidad indispensable para la formación del *case law* en esos países de derecho consuetudinario

(**) De entonces acá, se ha juzgado que, para comprometer la responsabilidad del comitente, el hecho dañoso debe haberse producido en el ejercicio de la función y en directa relación con el ejercicio de las funciones del delegado por circunstancias de tiempo, lugar y servicio (Montpellier, *D. H.*, 1931, 29).

donde desempeña papel tan importante. Sin embargo, esa regla se aplica menos rigurosamente en los Estados Unidos que en Inglaterra, y se estima en los Estados Unidos que cada vez lo es menos ⁽⁷⁰⁾; su mantenimiento se encuentra incluso muy discutido desde hace algún tiempo ⁽⁷¹⁾. En países como el nuestro, donde los poderes están separados y donde los tribunales no pueden estatuir en cuanto al futuro (Cód. Civ., art. 5), se comprende difícilmente que la cosa juzgada adquiera autoridad de verdad absoluta, que los errores cometidos se impongan y que no se permita a los tribunales mejorar a sus predecesores. La continuidad de la jurisprudencia no debe asegurarse a costa de la verdad y la justicia, que constituyen los objetivos finales de los fallos. Continuidad no significa inmovilidad, sino evolución: la jurisprudencia no puede escapar a la ley del progreso.

A tal efecto, el método seguido en el fallo debe ser lo bastante amplio y flexible para abrazar los diversos aspectos de la realidad más o menos compleja y variada en los procesos de toda índole, por lo menos en tanto que las leyes lo permitan... estas leyes de hoy tan numerosas. De su hermoso estudio sobre los métodos de juzgar, CARDOZO concluye que: "Toda la materia de la jurisprudencia es más plástica, más maleable, las morales menos definitivamente zanjadas, los límites del derecho y del error menos preordenados y constantes de lo que la mayoría de nosotros, sin ayuda de parecido análisis, se hubiera acostumbrado a creerlo. Nos gusta representarnos el ámbito del derecho como exactamente trazado y tejido. Tiramos algunas pequeñas líneas, y apenas tiradas las alteramos. Y sucede aquí como en el tiempo y en el espacio. Las divisiones son hipótesis de trabajo, adoptadas por conveniencia. Tendemos cada vez más hacia esa apreciación de la verdad de que, después de todo,

⁽⁷⁰⁾ B. N. CARDOZO, *ob. cit.*, pág. 158. Según los autores por él citados, la Cámara de los lores se considera absolutamente obligada por sus decisiones anteriores, mientras la Corte Suprema de los Estados Unidos y los Tribunales Supremos de diversos Estados rechazan sus propias resoluciones anteriores cuando son manifiestamente erróneas.

De acuerdo con COUDERT, sólo subsistiría una diferencia práctica entre el sistema norteamericano y el sistema continental (el europeo): los tribunales franceses no dudan en rechazar una jurisprudencia que estiman envejecida o que se encuentre basada en un error original; no necesitan recurrir al método de distinción que, en los Estados Unidos, conduce con frecuencia al mismo resultado por medio de ficciones. De ello se sigue que las resoluciones que han de consultarse (*reports*) son más numerosas en los Estados Unidos que en Francia (FREDERIC R. COUDERT, *Certainty and justice and constitutional amendment*, reimpresión de *Yale Law Review*, pág. 12). La diferencia de principio no pierde por eso su importancia.

⁽⁷¹⁾ B. N. CARDOZO, *ob. cit.*, pág. 149.

existen muy pocas reglas: existen principalmente algunas muestras (*standards*) y grados". Grados en la culpa que ha de determinarse, grados en el uso o abuso de los derechos. "El deber del juez se convierte así en una cuestión de graduación... Debe ponderar todos sus elementos, su filosofía, su lógica, sus analogías, su historia, sus costumbres, su sentido del derecho, y todo lo demás; y, agregando o suprimiendo un poco aquí y otro poco más allá, debe determinar, lo más sensatamente posible, qué valor adornará los escalones (*wich weight shall tip the scales*)" ⁽⁷²⁾.

Sin embargo, nada, ni siquiera la rica experiencia y la viva intuición, podrían relevar del método en una materia donde se trata ante todo de proceder con seguridad. La prudencia metódica es madre de la sabiduría en la busca de la justicia humana.

(72) B. N. CARDOZO, ob. cit., págs. 161 y 162.

CONCLUSIÓN

Complejidad y variedad del juicio judicial, que conduce a una serie de juicios particulares.

El análisis del fallo revela las condiciones favorables para su buena formación, que son a la vez subjetivas y objetivas. Por parte del juez, consiste ante todo en la imparcialidad y en el espíritu de objetividad. Sin embargo, hay que concederles una participación a los elementos subjetivos en los juicios de apreciación: sentimientos, intuiciones, actos de voluntad. Lo que sitúa al juez entre el hombre de ciencia y el hombre de acción social. Fusión de tales elementos en la razón común de la jurisprudencia. Su atenuación por la conciencia profesional.

La acción, revelada por el psicoanálisis, de las influencias inconscientes sobre la manera de juzgar. Utilidad, para el juez, de empezar por conocerse a sí mismo, para saber qué puede turbar o desviar sus fallos, e intentar evitarlo. Ejemplo de prevenciones, defectos o tendencias especiales que han de ser corregidos.

Inconvenientes de haber tenido anteriormente distintos hábitos profesionales. La actitud femenina.

Otras condiciones por parte del juez: el saber, completado por la experiencia; la aptitud para juzgar rectamente; por último, el espíritu de justicia.

Utilidad de un examen psicotécnico, enlazado con la orientación profesional, antes de ser admitido en la carrera, para reconocer las aptitudes y las cualidades, descubrir las deficiencias y las anomalías de los aspirantes, de las cuales pueden no tener ellos conciencia.

Finalmente, importancia de las condiciones morales: la conciencia del juez como centro de la justicia.

Aun pudiendo surgir muy rápidamente en el espíritu ejercitado del juez, el juicio judicial aparece, al final del análisis, muy complejo y variado en sus elementos y procesos. Constituye, en verdad, el resultado de una serie de juicios particulares: juicio acerca del planteamiento de la cuestión o de las cuestiones que hayan de resolverse; juicio sobre la fijación de los hechos de la causa, tales como resulten de las pruebas producidas; juicio sobre la aplicación del derecho a la causa, como resul-

te de la ley, de la jurisprudencia o de la razón. Y cada uno de ellos se descompone todavía en juicios de detalle: ya sea, en cuanto a los hechos, juicio sobre la credibilidad de un testimonio, sobre la significación de un indicio material o psicológico, sobre la interpretación de la actitud del acusado, sobre el sentido de un documento, etc. Todos esos juicios de detalle formarán los motivos de la decisión última: motivos en pro y en contra, entre los cuales unos u otros acaban por imponerse, aunque la duda favorezca al acusado y la falta de prueba beneficie al demandado.

El análisis del fallo nos procura útiles enseñanzas sobre las condiciones más o menos favorables para su mejor formación en el sentido del descubrimiento de la verdad y de la justicia.

En primer término, parece lógico admitir, en principio, que la actitud de un fallo final supone la de los juicios precedentes sobre los cuales se basa. Puede suceder que algunas inexactitudes en éstos no impidan el acierto del fallo final, si se apoya en partes justas o sobre una visión de conjunto atinada. Pero no constituye eso el ideal. Como dice muy bien HELLWIG, "el buen juez no solamente debe encontrar el derecho, sino también buscarlo. Ahora bien, sólo puede lograrlo haciendo todos sus esfuerzos posibles para obtener un fallo justo y tratando de llegar desde las resoluciones de detalle al fallo último, ponderando cuidadosamente todos los puntos de vista" (1). Ese trabajo integra la garantía más segura para evitar errores, aunque puede ser más o menos rápido y más o menos claramente consciente. Atenerse a una impresión de conjunto más o menos vaga y superficial, como suelen hacer los jurados, es contentarse con una base incierta para el fallo.

No obstante, un examen cuidadoso del detalle que conduzca a una formación metódica y segura del fallo, supone un conjunto de condiciones que no siempre son llenadas: condiciones subjetivas, que exigen cierta formación profesional, conocimientos, una experiencia y capacidad apropiadas, que faltan generalmente por lo menos en los jueces legos; condiciones objetivas, que exigen una preparación previa del asunto por los encargados de presentarlo en la audiencia (Ministerio público o representantes de las partes) y para todos el tiempo suficiente para estudiarlo, que falta generalmente en los asuntos de escasa importancia, o medios eficaces de examen apropiados a las dificultades, que no siempre se encuentran al alcance de los tribu-

(1) A. HELLWIG, *Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung*, pág. 38.

nales. A este respecto, habría mucho que hacer para colocar el funcionamiento de la justicia al nivel del progreso moderno.

Las primeras y principales exigencias que se han de formular para una buena formación del fallo se refieren naturalmente al juez ⁽²⁾; porque ya hemos visto que todo el trabajo de elaboración está centrado sobre su personalidad, de suerte que el buen juez es el que hace la buena justicia. Existe una condición que resulta fundamental, supuesta por las otras: es la *imparcialidad* o, mejor dicho, el espíritu de *objetividad*. A quien padezca prevención en pro o en contra de una de las partes, le costará mucho pronunciar un fallo justo: eso es tanto como falsear la balanza antes de servirse de ella. "La imparcialidad —dice FABREGUETTES— se resume en la probidad del fallo" ⁽³⁾. "La afección o el odio cambian la justicia", observaba atinadamente PASCAL. ¿Quiere eso decir que el juez deba hacer tabla rasa con todo sentimiento y con toda idea personal? Eso no sería ni posible ni deseable. Aun guardándose de esas "sentencias del corazón", de que hablaba D'AGUESSEAU, productos de la amistad, de las relaciones o de la simpatía, el juez no puede cerrar las puertas de su corazón a los sentimientos nobles, que lo estimulan en el cumplimiento de su elevada misión y aguzan esas intuiciones que son el complemento práctico indispensable de toda aplicación intelectual a las circunstancias particulares de la vida: intuiciones que desempeñan un papel importante cuando se trata de apreciar la individualidad de la conducta o de los estados internos (intención, buena fe, etc.) ⁽⁴⁾. Cabe decir de tales intuiciones lo que J. J. ROUSSEAU del gusto: "Es en cierto modo el microscopio del juicio".

Una completa objetividad resulta difícil de alcanzar en los juicios donde el sentimiento, aunque no fuera sino el sentimiento del derecho, desempeña un papel, y sobre todo en aquellos que implican apreciaciones (juicios valorativos) y decisiones de voluntad. En ese sentido, HELLWIG ha podido decir que se encuentra entre los jueces mucha más prevención (*Befangenheit*) de la que sospechan: prevención natural debida a la influencia inconsciente de las ideas personales (morales, sociales, políticas, etc.), de las inclinaciones y de los hábitos ⁽⁵⁾. El

⁽²⁾ Las concernientes al procedimiento, los litigantes y la organización judicial son extrañas al punto de vista tratado aquí.

⁽³⁾ P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, pág. 441.

⁽⁴⁾ Cfr. R. POUND, *The theory of judicial decision*, pág. 352. Véase también B. CARDOZO, *The grow of the law*, pág. 92, sobre "las intuiciones de los grandes jueces".

⁽⁵⁾ A. HELLWIG, *ob. cit.*, pág. 41.

papel auxiliar del sentimiento y de la voluntad al lado del conocimiento y de la inteligencia racional se encuentra hoy aclarado en el fallo. Como observa DEINHARDT, los principios del procedimiento son nociones de voluntad (*Willensbegriffe*) y entran en el derecho de la razón práctica. Por eso puede exclamar también: "¡Aumentar el saber sin formar la voluntad no hace que avance el arte de juzgar (*der Rechtsprechung*)!"⁽⁶⁾. Se comprueba efectivamente cuánto perjudica la indecisión en la práctica de este arte.

A tal respecto, el juez puede ser colocado entre el hombre de ciencia, observador contemplativo de la naturaleza o investigador acerca de un problema, que debe apartarse de toda pasión, y el realizador social u hombre de acción, que combate en la vida. "Ser juez —dice KUMPF— consiste en servir con orden la vida del derecho lo más serena, positiva e imparcialmente posible. Y, sin embargo... debe adoptar siempre posición por un acto de voluntad, debe saber ponderar y evaluar el bien y el mal, la conveniencia y la inconveniencia; en verdad, en todo su trabajo profesional debe no solamente saber pensar con lógica, sino además y sobre todo tener y mostrar carácter"⁽⁷⁾. A diferencia del naturalista y del matemático, el jurista debe emprender paso a paso juicios valorativos y decisiones de voluntad. Pero, a diferencia del político, su valor depende del hecho de mantener lo más posible su pensamiento y su trabajo dentro de la serenidad y de lo absolutamente positivo (*vollen Sachlichkeit*), y de pronunciar sus juicios valorativos y sus decisiones de voluntad, siempre que sea posible, de manera que puedan mantenerse de acuerdo con las opiniones de la generalidad"⁽⁸⁾.

La parte necesaria de subjetividad se atenúa haciendo lo posible para encuadrar el caso particular en una regla o en

(6) DEINHARDT, *Erfahrungen und Anregungen zur Kunst der Rechtspflege* (Iéna, 1909), pág. 42.

(7) Cuánto más cierto es todavía eso en las funciones accesorias de la tarea de juzgar, que incumben a los magistrados cada vez más en materia social, y eminentemente en aquellas otras, tan importantes, de dirección y de administración, que incumben a los presidentes de los tribunales y sobre todo a los de las cortes. Ahora bien, ésas son cualidades que se adquieren o se desarrollan más con el contacto de los hombres que con el estudio de los autos.

En bellas páginas acerca de las cualidades de los jueces, RÜMELIN (ob. cit., págs. 19 y 80) preconiza, para sostener la virtud de la justicia, el refuerzo del carácter por el desarrollo de la voluntad. Y recuerda esta frase que GOETHE pone en boca de Guillermo Meister: "¡Que tu tendencia esté en el amor y que tu vida esté en la acción!".

(8) RUMPF, *Volk und Recht* (Oldenburg, 1910), pág. 10. Cfr., del mismo autor, *Der Strafrichter* (Berlín, 1912), t. II, págs. 4 y 190.

una medida común, relacionando su propia manera de juzgar con la de otras jurisdicciones o, cabría decir, su razón personal con la razón común y experimentada de la jurisprudencia. Entonces, hasta cierto punto, como D'AGUESSEAU proclamaba con fogosidad de magistrado apegado a la ciencia jurídica y a las tradiciones del buen sentido: "No es ya el espíritu de un solo hombre, siempre limitado, por grande que sea; es el espíritu, la razón de todos los legisladores la que se deja oír por su voz, y la que pronuncia por su boca oráculos de eterna verdad" (*).

El residuo de prevención natural, cuya importancia es preciso no exagerar (pues los litigantes cargan gustosos en su cuenta la pérdida de sus causas), está felizmente rechazada o neutralizada por la acción constante ejercida sobre el espíritu del juez por un ideal y por los hábitos profesionales. El juez de carrera ha aprendido, en efecto, desde el primer momento que su principal deber consiste en juzgar lo más objetivamente posible, y se ha ejercitado en dominar sus sentimientos y en dominar sus inclinaciones. Puede suceder incluso, si la reacción de autodomínio es excesiva, que juez excesivamente escrupuloso se muestre, como destacaba PASCAL, "injusto al contrario"; al ser, por ejemplo, más severo con respecto a alguien en favor del cual teme dejarse influir, y eso puede pasar inconscientemente; tan difícil es mantener el justo equilibrio en estas cosas. LA BRUYÈRE, tan sutil observador de los defectos humanos, subrayaba que: "Hay jueces a quienes una excesiva afectación de pasar por incorruptibles expone a ser injustos".

Acerca de todo lo concerniente al influjo inconsciente de las pulsiones y de los afectos y el papel de los complejos, las recientes investigaciones del psicoanálisis han arrojado luz particular, de naturaleza como para explicar muchas desviaciones de los juicios humanos, y que ya no cabe dejar de lado, no solamente para conocer el carácter y las inclinaciones de cada uno, sino también para comprender la manera propia con que cada cual es llevado a juzgar a otro; y de la cual, incluso con la corrección hecha por la disciplina profesional, no se libran por completo los jueces. Como, para conocer bien a los demás, hay que empezar por conocerse uno mismo, y determinar su índice de refracción psicológica, cabe preguntarse si no sería útil para los jueces, al menos sumariamente, someterse al psicoanálisis; pero quizá no sea generalmente indispensable y baste, salvo en casos difíciles, enseñar a disipar ciertas ilusiones sobre uno mismo, para descubrir sus inclinaciones fundamentales, sus pequeños defectos; en fin, todo lo que, más o

(*) D'AGUESSEAU, *Discours sur la nécessité de la science*.

menos inconscientemente, sea de naturaleza como para influir en los fallos y, si no se tiene cuidado con ello, para perturbarlos y falsearlos ⁽¹⁰⁾.

Lo más delicado, en razón de su origen profundo y de su efecto perturbador, está en lo concerniente a las turbaciones afectivas, a las cuales todo el mundo puede estar sujeto, ya sea en estado crónico, ya sea pasajeraamente: se trata, si la reacción natural no resulta suficiente, de encontrar el elemento afectivo compensador apropiado y capaz de restablecer el equilibrio; porque el equilibrio personal condiciona el de la justicia. De esa manera se descubrirá si el juez alimenta alguna prevención favorable o desfavorable con respecto a tal o cual categoría de personas que le son simpáticas o antipáticas, en razón de los sentimientos naturales que tienden a racionalizarse, tal vez para encubrir un defecto que se oculta: una vez conocida esa causa de desviación del fallo, será más fácil evitarla. O también, si lo que el juez manifiesta es una severidad injustificada por una clase particular de delitos, por ejemplo, en materia de costumbres, puede verse en ello ya sea la satisfacción irregular de un reprimido instinto agresivo, en el caso de que experimente placer; ya sea un refuerzo de su propia defensa para preservarse de una actitud culpable, si experimenta inquietudes y preocupaciones de conciencia; ya sea también el orgullo de rebajar a los justiciables, si es dado a prevalerse de su situación y a mostrar superioridad, tal vez para compensar alguna inferioridad sentida de otro modo. Por el contrario, una indulgencia sistemática encuentra una explicación natural en el sentimiento de piedad experimentado ante las desdichas y las desgracias humanas, junto a cierta debilidad de carácter que no permita reaccionar; pero puede proceder asimismo de la conciencia de

(10) Si el juez pertenece a un tipo psicológico definido, le será al menos útil saberlo, para conocer el punto de vista dominante de su fallo y para tenerlo en cuenta. En su interesante estudio de los tipos, basado en observaciones de práctica psiquiátrica, Jung comprueba cuán difícil resulta para un hombre comprender a los de un tipo diferente: de ahí los conflictos de concepciones y las discordias. Para resolverlos, propone "tomar como base el reconocimiento de tipos de actitud, y no solamente de su existencia, sino también del hecho de que cada uno se encuentra encerrado en su tipo, al punto de ser incapaz de comprender perfectamente otro punto de vista" (C. G. Jung, *Types psychologiques*, trad. por LE LAY, Georg et. Cie., Genève, 1950, pág. 503). No pretende, por otra parte, una sola clasificación posible; y, en nuestra materia, se trataría de conocer el punto de refracción dado por el predominio de tal o cual tipo en el juez. La confrontación de su pensamiento con el de los jueces de un tipo diferente puede conducir a completarlo y a corregirlo. Una vez más, se comprueba la superioridad de la deliberación de varios.

sus propias debilidades, que sienta escrúpulos de mostrarse más rigurosa con respecto al prójimo que en relación consigo mismo. Por último, la rigidez del que busca refugiarse tras el rigor de la regla, se relaciona ya sea con una estrechez de espíritu natural, que no comprende los matices; ya sea con una pereza espiritual unida a una dureza del corazón; ya sea a la vanidad de elevarse so pretexto de algo de superioridad y por el placer de ejercer un poder social⁽¹¹⁾. Esas tendencias, una vez descubiertas, resultan susceptibles de ser corregidas en mayor o menor grado por la conciencia profesional, por la acción del sentimiento superior de justicia.

En ese aspecto, como en muchos otros, la falta de formación profesional torna inferiores a los jueces improvisados, tales como los jurados. El consejero alemán SELLO cita como "mirlo blanco" al jurado que, en el proceso de Eulenburg, tuvo la

(11) Ésos no son más que algunos ejemplos de lo más saliente. Podría llevarse mucho más lejos el análisis de los caracteres de los jueces, en el sentido indicado. En esto, no creemos de manera alguna seguir una escuela particular, por estimar que los hechos de esa índole son lo bastante complejos como para admitir diversas interpretaciones, según los casos.

Si nos referimos a los tipos de actitud analizados por JUNG (ob. cit., pág. 355), se advierte que el denominado por él de "pensamiento extravertido" (en el cual el pensamiento reflejo predomina sobre las restantes funciones y la actividad tiende a seguir los resultados objetivos, hechos o ideas de valor general) lo subordina todo a lo que él considera como verdades generales y lo mide todo de acuerdo con la regla que tiene por absoluta, sin sufrir excepciones. Pero, como ninguna regla intelectual puede comprender la plenitud de la vida, ni expresar todas sus posibilidades, se sigue de ella una inhibición de otras formas o actividades vitales de importancia, dependientes de los sentimientos, que se encuentran reprimidas y entonces actúan subliminalmente, al desarrollar una actividad contraria a las intenciones conscientes: de ahí la manifestación curiosa de sentimientos mezquinamente desconfiados, lunáticos, reivindicativos, agresivos incluso. Por el contrario, el tipo de "pensamiento introvertido" (ob. cit., pág. 394), (el que se remite al factor subjetivo y juzga según su sentimiento), sigue ideas que surgen del interior, sin retroceder ante su audacia y sin preocuparse por las realidades exteriores. Se deduce de ahí que, si se llega al extremo de los problemas, los complica y se enreda en escrúpulos; si descubre claramente la estructura íntima de sus ideas, no sabe introducirlas en el mundo ni colocarlas en el lugar que les corresponde.

También cabría pasar revista a los demás tipos psicológicos, como aquellos en que predomina la intuición, o bien el sentimiento, o bien la percepción; lo uno o lo otro vuelto ya sea hacia lo interior, ya sea hacia lo exterior. Con esos tipos o con otros, podría comprobarse siempre que toda orientación especial del espíritu lleva a percibir, comprender y juzgar de modo diferente las cosas y los hombres: lo cual es de mucho interés en la administración de la justicia.

franqueza de declarar que, habiéndose ya formado una opinión acerca del asunto por los relatos de los periódicos, no se estimaba en estado de formar un juicio objetivo de acuerdo únicamente con los debates ⁽¹²⁾. Es raro que los jurados tengan conciencia de su prevención.

Por la misma razón, sumada a otras, no deja de presentar inconvenientes nombrar jueces titulares de cierta clase, y sobre todo presidentes, a hombres que han adquirido hábitos profesionales diferentes; tales como los ex fiscales, que han sostenido siempre la acusación, o a antiguos abogados, que han considerado siempre una causa según las pretensiones de una sola de las partes. Tampoco deja de tener sus riesgos el que las mujeres lleguen a las funciones de jueces de derecho común, porque son demasiado impresionables y subjetivas; juzgan demasiado con el corazón, como se ha tenido ocasión de comprobar en los tribunales de escabinos (*) en Alemania, antes de la guerra ⁽¹³⁾. SCHILLER ha dicho con acierto: "El juicio de la mujer, es su amor; donde la mujer no ama, ya ha juzgado" ⁽¹⁴⁾. Sin embargo, como es preciso no ser nunca exclusivo, la experiencia que sobre ello se ha hecho muestra que algunos elementos femeninos aportan un punto de vista complementario en las jurisdicciones, y que pueden contribuir a la armonía del conjunto; así, en los tribunales de comercio, en los jurados y, mejor todavía, en los tribunales de menores.

La objetividad se completa, y hasta cierto punto está condicionada, por el saber y la capacidad técnica: y esto no precisa aclaraciones. Hace ya mucho que D'AGUESSEAU defendió con elocuencia la causa del saber contra la del ingenio, al estigmatizar al magistrado "bastante desgraciado por no tener sino ingenio". "La ciencia nos da en poco tiempo la experiencia de muchos siglos. El magistrado que sólo quiere depender de su razón, se somete, sin darse cuenta de ello, a la incertidumbre y al capricho de su temperamento. Como la ciencia no es ya la

⁽¹²⁾ SELLO, *Psychologie der "cause célèbre"* (Berlin, 1911), pág. 41.

(*) Véase la nota de la pág. 3.

⁽¹³⁾ A. HELLWIG, ob. cit., pág. 61.

⁽¹⁴⁾ No creemos en forma alguna estimar inferiores a las mujeres, según un sentimiento muy extendido, al cual atribuye ADLER enojosas consecuencias en nuestra sociedad; sino tener en cuenta la diferente naturaleza, tanto psicológica como fisiológica, entre los sexos, para repartir el trabajo y las funciones según las respectivas aptitudes. Es ya un hecho demostrado que las mujeres triunfan mucho menos en el foro, donde, sin embargo, no se presentan las mismas contraindicaciones. Lo esencial, para uno u otro sexo, consiste en reconocer las aptitudes individuales: un buen examen psicotécnico previo debería guiar a cada uno por la buena senda.

regla común de los fallos, cada cual se traza una regla; y, si cabe atreverse a decirlo, una justicia conforme con el carácter de su espíritu... En vano amaréis la justicia si no aprendéis a conocerla" ⁽¹⁵⁾.

No existe razón alguna para hacer excepción en lo penal, so pretexto de que hay más cuestiones de hecho que dominan a las de derecho. Pero, en esa materia, existe más necesidad aún de conocimientos auxiliares, más atinentes al hecho que al derecho: la criminología, la técnica de la instrucción, la psicología criminal y judicial, etc. El buen sentido y la experiencia de la vida constituyen sin duda cualidades primordiales para juzgar con acierto, pero por demás vagas e insuficientes. "No basta con tener bueno el espíritu —decía DESCARTES—: lo principal consiste en aplicarlo bien". Digamos también con HENRI POINCARÉ: "Hay que desconfiar de ese instinto oscuro que llamamos el buen sentido y al cual pedimos que legitime nuestras convenciones". En cuanto a la experiencia, ¿cómo se puede afirmar que un juez profano tenga más que un profesional? ¡Sin duda, no ha conocido tan de cerca los ambientes criminales! Cada hombre posee una experiencia parcial y particular de la vida y de ciertas cosas, pero nada más ⁽¹⁶⁾. Cierta ventaja de los jueces legos no se encuentra sino en algunas materias particulares que entran en su competencia profesional; como las del comercio o las de los miembros de órganos paritarios.

En esfera tan delicada, la cultura y la experiencia no dan buen fruto sino en terreno dispuesto convenientemente. La capacidad del juez supone ante todo la aptitud para juzgar con acierto. A él más que a nadie se le aplica la máxima de VAUVENARGUES: "No es una gran ventaja poseer el espíritu vivo, si no es justo. La perfección de un péndulo no consiste en marchar de prisa, sino en estar regulado". Para un juez, más vale ser rudo e ignorante que poseer un espíritu falso, ese espíritu deformador de la verdad, que BACÓN compara con "un espejo sin simetría, desigual ante los rayos de luz, y que vuelve deformes todas las imágenes". Con DESCARTES, cabe relacionar la facultad de juzgar bien con el buen sentido; pero lo rebasa,

⁽¹⁵⁾ D'AGUESSEAU, ob. cit.

⁽¹⁶⁾ Si nos colocamos sobre el terreno de la experiencia práctica, resulta cierto que cada cual posee una esfera de conocimientos muy limitada; si hubiera que exigir a los jueces el no pronunciarse sino acerca de aquello que conocen bien, como peritos, la justicia sería impracticable. Constantemente se les someten materias nuevas. Mucho más importante que el conocimiento de la materia es el del método para juzgar bien.

incluso entendido en el sentido usual, menos amplio que en el sentido cartesiano. Se habla con frecuencia no sólo del buen sentido, sino más especialmente de rectitud, seguridad o exactitud de juicio, de sagacidad e incluso de perspicacia⁽¹⁷⁾: calidades esenciales por las cuales se aprecia la manera de juzgar. Es lamentable que no se tengan más en cuenta en la selección profesional, y que se deje de tenerlas presentes al admitir a las funciones. Existe una gran laguna, que una aplicación de la psicotécnica y de la psicognóstica a la esfera judicial podrá ser llamada a llenar, buscando los medios de reconocer la aptitud para juzgar bien.

Luego de estos últimos años, la psicotécnica ha adquirido un desarrollo que convendría aprovechar: se utiliza cada vez más, en todas partes, para la orientación profesional y la selección de los aspirantes, de acuerdo con las aptitudes y disposiciones, al buscar, por medio de diferentes tests, no solamente el funcionamiento de las percepciones, de la atención, de la memoria y de las reacciones motrices, sino también el de las facultades superiores: como el juicio, y la aplicación de las cualidades intelectuales, como la agudeza del discernimiento y la rectitud de espíritu, al mismo tiempo que el grado de conciencia en el trabajo, el umbral de emotividad, el dominio de los sentimientos y el espíritu de decisión: elementos todos ellos que condicionan estrechamente el ejercicio de la justicia. Un examen completo permite trazar un perfil psicológico del sujeto por la relación con un tipo medio, al hacer resaltar gráficamente los elementos que se encuentran por encima y por debajo, las funciones predominantes y las deficientes. Un examen bien comprendido permitiría eliminar a los aspirantes que, aun capaces por otra parte, presentarían serios factores de alteración o de desviación del juicio; como un desequilibrio mental, hiperemotividad, falta de ponderación, indecisión, sugestibilidad, carencia de escrúpulos, disimulación, trastornos afectivos no compensados; por último, lo que se llama un falso espíritu o, sencillamente, la falta de ese sentido práctico de lo justo que con tanta frecuencia se invoca⁽¹⁸⁾.

(17) P. FABREGUETTES, *ob. cit.*, págs. 504 y sigtes.

(18) En reiteradas ocasiones hemos podido comprobar que la buena administración de la justicia supone en el juez un estado psíquico normal y bien equilibrado. ¿No existe el hábito de simbolizar la justicia por una balanza de platillos sostenida por un juez y sin pesas? La noción de equilibrio (aquí como en cualquiera otra parte de la naturaleza, donde está enlazada a la de la compensación) desempeña un papel importante, sin que sea fácil precisarlo; permanece más o menos abstracta e ideal, por servir más bien para medir las desviaciones de que hay que quejarse. El buen funcionamiento de la actividad psíquica

Bastaría con someter a los aspirantes, por una parte, a pruebas prácticas relacionadas con casos judiciales y, por otra, a series o "baterías" de tests apropiados y perfeccionados ⁽¹⁹⁾. La organización de tal examen se concibe como complemento de un examen general de orientación profesional previo, que para los estudiantes sería muy ventajoso realizar al concluir sus estudios, para orientarse hacia una vía conforme a sus aptitudes y disposiciones verdaderas, sin exponerse a engañosas direcciones, a tanteos y a pérdidas de tiempo. Está demostrado que cada cual se forma fácilmente ilusiones sobre su propia capacidad, y que se elige con agrado una carrera por motivos que hay necesidad de aquilatar (que es lo llamado la "motivación" por los psicotécnicos).

La aptitud para juzgar con acierto requiere, para ejercerla convenientemente, no sólo una formación, conocimientos y experiencia, como se ha dicho, sino además condiciones morales y favorables, que proporcionan el desinterés y la serenidad. Todo depende del espíritu. "La exactitud del espíritu —decía con razón DUCLOS— depende de la rectitud del corazón y de la serenidad de las pasiones". La agitación del corazón perturba la aplicación del juicio y rompe momentáneamente el equilibrio mental. La conciencia del juez, que pondera las acciones de otros, tiene precisión de paz, de salud y de equilibrio, y en ella debe reinar la justicia que se trata de aplicar. "Antes de juzgar —exclamaba GRIMM—, trabajad por adquirir la

exige cierta armonía entre los diversos elementos en el trabajo común. Así, hemos visto que en el fallo deben concurrir a la vez la intuición, el pensamiento reflejo, el sentimiento depurado y la voluntad del fin que haya de alcanzarse. Si una de las funciones fundamentales predomina hasta el punto de entorpecer a las demás o de asfixiarlas, el fallo se desvía en un sentido exclusivo; por ejemplo, por demás abstracto o, al contrario, muy concreto. Al mismo tiempo, puede ser falseado de una manera inesperada por los elementos reprimidos en lo inconsciente que, en un momento u otro, promueven manifestaciones desordenadas o perturbadoras. La noción de equilibrio psíquico funcional nos parece bienhechora, al permitir restablecer entre el pensamiento, el corazón y la voluntad esa buena armonía natural que agrada encontrar en todas partes, y que una antigua concepción doctrinal había desconocido en el ámbito judicial.

⁽¹⁹⁾ Denominamos psicotécnico este examen porque aplica el método de los tests, que es el más objetivo y, por consiguiente, el más exacto para comparar los sujetos. Pero cabría hablar lo mismo de examen psicológico, porque los tests tienen necesidad de ser interpretados con ayuda de la ciencia psicológica y también con cierto arte psicológico. Aquí es donde interviene el psicoanálisis para comprender los resultados, sobre todo desde el lado afectivo, sin que se trate de querer analizar los sujetos.

justicia". Y la Escritura, en el *Libro de la sabiduría*, aconseja hace ya tanto: "Amad la justicia, jueces de la tierra" ⁽²⁰⁾. Y desde la conciencia de los jueces resplandece aquélla en los tribunales.

(20) "Diligite justitiam, qui judicatis terram" (*Liber Sapientiae*, I, 1). La misma idea se encuentra en un antiguo trovador: "En el alma de los justos es donde la justicia reposa" (*Justitia in mentibus justorum quiescat*).

BIBLIOGRAFÍA

ABERG (profesor de Breslau): *Beiträge zur Lehre von der Rechtsfindung durch Richter-Kollegien*, en *Archiv für Preussisches Strafrecht*, VI, 1858, págs. 738-754.

ALTAVILLA (ENRICO, profesor de Nápoles): *Psicologia giudiziaria* (lib. II, cap. IX, *Il giudice*), Unione tipographica torinese, Torino, 1948, 3ª ed.

BRUTT (LORENTZ): *Die Kunts der Rechtsanwendung* (Berlin, 1907).

CARDOZO (BENJAMÍN N., juez de la Corte Federal de los Estados Unidos): *The nature of the judicial process* (Yale University Press, 1928).

CLAPARÈDE (E., profesor de Ginebra) *La psychologie judiciaire*, en *Année psychologique*, XII, 1906, págs. 278-302.

DEL VECCHIO (GIORGIO, profesor de Roma): *Il sentimento giuridico* (Bocca, Roma, 2ª ed., 1908), 25 págs.

DOERR (F., profesor de Munich): *Zur Psychologie der schriftl. Urteilsbegründung*, en *Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*, t. XLV, 1925, págs. 43-54.

FABREGUETTES (M. F., magistrado de la Corte de Casación): *La logique judiciaire et l'art de juger* (Libr. génér. de Dr. et de jur., Paris, 1914).

GÖRRES (K. H., abogado-procurador de Karlsruhe): *Der Wahrpruch der Geschworenen und seine psychologischen Grundlagen*, en *Jurist. Psychiatr. Grendfragen*, I, 1905, págs. 1-96. Informe de CLAPARÈDE, en *Arch. de psychologie*, VI, 1907, págs. 198 y sigtes.

HELLWIG (ALBERT, presidente del tribunal de Postdam): *Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung*, en *Der Gerichtssaal*, tomo LXXXIII y Ferd. Enke, Stuttgart, 1914, 62 págs.

— *Wahrheit und Wahrscheinlichkeit in Strafverfahren*, en *Der Gerichtssaal*, t. LXXXVIII, págs. 417-454.

HUSSON (LÉON, profesor de Lyon): *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique* (Paris, Presses Universitaires, 1947).

KUHNLENBECK (L., profesor de Lausana): *Zur Psychologie des Rechtsgefühls*, en *Arch. f. Rechts-u.-Wirtschaftsphilosophie*, t. I, 1907, págs. 16-25.

LE BON (DR. GUSTAVE): *Psychologie des foules* (ch. *Les jurés*), (Paris, Alcan, 1895).

MITTERMAIER (C. J. A.): *Traité de la preuve en matière criminelle* (ch. *La conviction et la certitude*), trad. por ALEXANDRE (Paris, De Cosse et Delamotte, 1848).

POUND (ROSCOE, decano de Cambridge): *The theory of judicial decision*, en *Harvard Law Review*, XXVI, 1923, págs. 940-959.

RÜMELIN (MAX): *Die Gerechtigkeit*, en *Akad. Rede*, 1920, Tübingen, Mohr.

— *Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein*, en *Akad. Rede*, 1926, Tübingen, Mohr.

RUMPF (M., Landrichter de Mannheim): *Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik des Rechtsanwendung*, 1906, 199 págs. (Berlin, Otto Liebmann).

— *Der Stafrichter* (Heymans, Berlin, 1912).

SOREL (G.): *La Psychologie du juge*, en *Archivio di Psichiatria*, XV, 1894, págs. 29-54.

STAMMLER (RUDOLF): *Der Richter* (Donauwöth, Berlin, 1924), 92 páginas.

STEIN (FRIEDR.): *Die Kunst der Rechtsprechung* (Leipzig, 1900), 37 págs.

WEHLI (ALBERT, consejero de Viena): *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung*, en *Festschrift für Adolf Wach*, I, 1913, págs. 405-448, y Félix Meiner, Leipzig, 1913.

ZACHARIAS (A. N., Oberlandsgerichtsrat de Hamburgo): *Ueber Persönlichkeit, Aufgaben und Ausbildung des Richters* (Berlin, Guttentag, 1911), págs. 161 y sigtes.

INDICES ALFABETICOS

INDICE ALFABETICO DE AUTORES

A

ABERG: 32, 179.
 ADAMS, H.: 160.
 ADLER, A.: 146, 173.
 AGUESSEAU, D.: 168, 170, 173, 174.
 AGUSTÍN, SAN: 102.
 AICHORN: 155.
 ALEXANDER: 143.
 ALEXANDRE: 113, 123, 180.
 ALSBERG: 122.
 ALTAVILLA, E.: 9, 14, 67, 68, 96, 118,
 141, 145, 179.
 ALLEN: 37, 128.
 AMSCHL: 116.
 ANGEL, M.: 37.
 ARISTÓTELES: 24, 158.
 AUDIAT: 141.

B

BACÓN: 174.
 BALDWIN, J.: 145.
 BAYARD VELLER: 103.
 BÉCHADE, P.: 109.
 BENNO ERDMANN: 65.
 BERADT: 73.
 BERNARDI, A.: 118.
 BERGSON, H.: 23, 59.
 BERNARD, C.: 95, 97.
 BERTILLON: 98.
 BIERLING: 116.
 BINET, A.: 11.
 BIRKMEYER: 106.
 BODEN: 121, 124.
 BODIN: 120.
 BOHMER: 27.
 BON, G. LE: 110, 161, 180.
 BOSSUET: 95.
 BOVET, P.: 24.
 BRISAUD, J.: 109.

BROUGHAM: 120.
 BRUNSCHVIG: 138.
 BRUTT, L.: 179.
 BRUYÈRE, LA: 170.
 BUHLER: 24.
 BURLOUD, A.: 24, 63.
 BUSCHE, KENDAL: 121.

C

CAHEN-SALABELLE: 23, 60.
 CARDOZO, B. N.: 14, 49, 158, 159, 160,
 164, 165, 168.
 CARNEVALE, E.: 140.
 CARRARA: 142.
 CAYATTE, A.: 142.
 CLAPARÈDE, E.: 9, 10, 11, 28, 52, 140,
 145, 147, 179.
 COCKBURN: 121.
 CORNIL, G.: 14.
 COUDERT, F. R.: 164.
 COUSIN: 135.
 COUSSAGNE, DE: 23.

D

DABIN: 128.
 D'AGUESSEAU: 168, 170, 173, 174.
 D'AMELIO, M.: 93.
 DE COUSSAGNE: 23.
 DE FRANQUEVILLE: 101.
 DE GREEP: 146.
 DEINHARDT: 105, 136, 169.
 DELACROIX: 22.
 DELITALA: 83.
 DEL VECCHIO, G.: 136, 179.
 DESCARTES: 23, 38, 64, 68, 174.
 DES GLAYEUX: 110.
 DE VENCE, C.: 140.
 DOERR, F.: 30, 179.
 DOMAT: 131.

DONNEDIEU DE VABRES, H.: 7.

DROST: 157.

DUCLOS: 176.

DUHEM: 97.

DUMAS, G.: 22.

E

ERDMANN, BENNO: 65.

ESMEIN, P.: 47, 51, 115.

F

FABREQUETTES: 9, 13, 82, 83, 114, 168, 175, 179.

FAGUET, E.: 3.

FERRI, E.: 82, 116, 117, 142, 147, 152.

FLOURENS: 66.

FRANQUEVILLE, DE: 101.

FRIEDLANDER: 155.

FRIEDRICH, J.: 34, 116.

FUCHS: 116.

FUR, LE: 60.

G

GALILEO: 65.

GARRAUD, R.: 80.

GÉNY, F.: 13, 14, 29, 58, 87, 128, 131, 161.

GLAYEUX, B. DES: 110.

GOETHE: 38, 169.

GOLDMAN, B.: 50.

GONPHE, F.: 1, 2, 3, 4, 5, 7, 35, 49, 81, 102, 104, 107, 143, 158, 160.

GÖRRES, K. H.: 11, 81, 98, 99, 106, 107, 110, 111, 115, 179.

GREEP, DE: 146.

GRIMM: 76.

GROSS, H.: 9, 11, 111, 117.

GUTTMANN, M.: 83, 84, 116.

H

HELLWIG, A.: 9, 12, 38, 83, 96, 99, 100, 104, 105, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 124, 136, 167, 168, 173, 179.

HENSCHEL: 99, 100.

HÖFFDING, H.: 22, 23, 57, 58, 64, 66, 66, 75, 144.

HUSSON, L.: 9, 13, 28, 41, 43, 46, 52, 58, 59, 73, 78, 130, 131, 132, 133, 157, 161, 179.

HUTCHINSON, J. C.: 98.

HYE-GLUNECK, VON: 110.

I

IHERING: 28, 30, 59.

J

JOUBERT: 144.

JUNG, C. G.: 23, 60, 156, 171, 172.

K

KANT: 56.

KENDAL BUSCHE: 121.

KENNY, C. S.: 120.

KENYON: 121.

KONCKEWSKI: 146.

KRAUS: 149.

KUHLENBECK, L.: 135, 179.

L

LA BRUYÈRE: 170.

LAENNEC: 65.

LAGACHE, D.: 154, 155.

LAGARDE: 44.

LAILLER: 83, 101, 103.

LALANDE, A.: 22, 113.

LANZA: 110.

LAY, LE: 171.

LE BON, G.: 110, 161, 180.

LECLERQ, P.: 49.

LE FUR: 60.

LE LAY: 171.

LEMKIN: 93.

LISZT: 149.

LOCARD, E.: 95, 118.

M

MALATESTA: 115, 121, 122, 123.

MANSFIELD: 37.

MARBE, K.: 24, 108, 109, 143.

MARTY, G.: 82.

MARTY, J.: 146.

MAUR: 101, 103.

MAURY, J.: 85.

MAZEAUD, H.: 44.

MEISSNER: 116.

MERKEL: 99, 100.

MESSER, A.: 24, 25, 26, 63.

MEULENAERE: 59.

MEYERSON, E.: 58.

MIHURA: 44.

MILL, STUART: 39.

MITTERMAIER, C. J. A.: 101, 113, 114, 115, 117, 123, 125, 180.

MONTAIGNE: 95, 137.
MORNET, A.: 143.
MOTULSKY: 128.
MÜLLER, G. A.: 108.
MULLER, G. E.: 12.
MUNROE SMITH: 159.

O

OETKER, F.: 102.

P

PACAUD: 89.
PARMELEE: 117.
PASCAL: 168, 170.
PAULHAN: 68.
PAULIAN, A.: 120.
PELLA, V.: 7.
PERREAU, B.: 80.
PILZECHE, A.: 108.
PLATÓN: 97.
POINCARÉ, H.: 97, 174.
POUND, ROSCOE: 14, 57, 85, 158, 168, 180.
POWELL: 158.
PÜTTER: 104, 105.

R

RAY, J.: 82.
REDL: 155.
RENOUVIER: 23, 125.
RIGAUD: 149.
RIPERT, G.: 35, 36, 44, 46.
RITTNER, T.: 125.
RODIÈRE, R.: 48.
RODRIGUES, G.: 31.
ROUBIER, P.: 59, 128, 135.
ROUSSEAU, J. J.: 3, 135, 168.
RÜMELIN, M.: 60, 63, 135, 169, 180.
RUMPF, M.: 23, 31, 73, 105, 116, 169, 180.

S

SALEILLES, R.: 149, 150.
SAN AGUSTÍN: 102.
SAUVAGEOT, A.: 91.
SAVATIER: 38, 39, 47.
SCHAW: 121.

SCHILLER: 107, 173.
SCHLOSSMANN: 59, 60.
SELLO: 122, 172, 173.
SMITH, MUNROE: 159.
SOREL, G.: 56, 180.
SOTTILE, A.: 7.
STALLYBRAS: 51.
STAMMLER, R.: 180.
STATI, M. O.: 85.
STEIN, F.: 180.
STERN, W.: 11.

T

TARDE, G.: 1.
TERNIER, L.: 116, 147.
TOULEMON, A.: 33.
TUNC, A.: 44, 48.

U

UGLAND, L.: 146.
UNGER, J.: 11, 135.

V

VABRES, H. DONNEDIEU DE: 7.
VAUVENARGUES: 174.
VECCHIO, G. DEL: 136, 179.
VEILLER, BAYARD: 103.
VENCE, C. DE: 140.
VERVAECK: 146.
VIAZZI, P.: 36, 82.
VICO: 60.
VIERHAUS: 116.
VOLTAIRE: 124.
VON HYE-GLUNCK: 110.
VONONEN, H.: 83, 101, 103.

W

WATT: 24.
WEBER, W.: 30, 62, 78.
WEHLI, A.: 12, 74, 84, 85, 86, 89, 156, 158, 159, 180.
WIGMORE, J.: 117.
WILDHAGEN: 37, 38, 73, 105, 116, 136.

Z

ZACHARIAS, A. N.: 11, 98, 106, 180.
ZILLIG, M.: 108, 109, 144.

INDICE ALFABETICO DE MATERIAS

A

- ABOGADO**, dificultad para juzgar: 67.
 — función: 77.
 — maniobras: 68.
 — preocupación litigiosa: 78.
ABSOLUCIÓN injustificada por el jurado: 110.
 — legitimación: 121.
ABUSO de funciones: 163.
 — del derecho: 35.
ACCIDENTE automovilístico, responsabilidad: 41, 45.
 — común: 41.
 — de circulación: 5.
 — del trabajo: 5, 41, 79.
 — concepto: 53.
 — "in itinere": 53.
 — dispensa de prueba: 50.
 — evolución jurisprudencial: 40 y siguientes.
 — presunción de responsabilidad: 47, 50.
 — protección de la víctima: 42.
 — prueba: 76, 77.
ACCIÓN, elección: 134.
ACTITUD militante del juez: 101.
 — simpatizadora: 146.
ACTO, apreciación moral: 137.
 — carácter criminal: 7.
 — censurado: 155.
 — de elección: 24.
 — de juzgar, análisis: 21.
 — de voluntad: 23, 28, 31, 32, 33.
 — excusable: 137.
 — inmoral: 137.
 — mortal, ilicitud: 49.
ACTOS DE ESTADO, teoría: 5.
ACUERDO INTERNACIONAL DE LONDRES, de 1945: 5, 6.
ACUSACIÓN: 76.
 — certeza moral: 121.
 — oposición con defensa: 153.
 — penal: 79.
ACUSADO, aspecto: 108.
 — examen: 154.
 — mentalidad: 145.
ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS: 83.
ADMISIÓN DE LOS HECHOS, terminología: 94, 95.
ADQUIRENTE "A NON DOMINO": 158.
ALEGATO, carácter: 111.
ALMA de la sentencia: 27.
 — función en el juicio: 38.
AMOR DE LA JUSTICIA: 174, 177.
AMPLIACIÓN PERICIAL, inconvenientes: 92.
ANÁLISIS crítico de las pruebas: 66, 67.
 — del criminal: 141.
 — del juez: 141.
 — en la síntesis del fallo: 68.
 — exceso: 96.
 — y síntesis: 67.
ANALOGÍA: 37.
 — definición: 161.
ANORMALIDAD CRIMINAL: 154, 155.
ANTIPATÍA, influjo en el fallo: 108, 109, 142, 143.
ANTISOCIALIDAD: 155.
APLICACIÓN de la ley: 7, 126, 137, 138, 159.
 — de la pena: 110, 140.
 — del derecho: 4, 13, 29, 54, 61, 62, 69, 83, 128, 156, 159, 160.
APRECIACIÓN arbitraria: 115, 116.
 — de culpabilidad: 110.
 — de faltas, parcialidad: 109.
 — de las pruebas: 86, 95, 118, 156.
 — libertad judicial: 125.
 — por el jurado: 112, 113.

- reglas: 116.
- de los hechos: 4, 29, 86, 87, 123, 132, 141.
- amplitud: 134.
- terminología: 94, 95.
- de móviles criminales: 106.
- del derecho: 85, 156.
- indulgente: 139.
- jurídica: 86, 96, 130.
- fundamento: 87.
- libre: 158.
- moral del acto: 137.
- motivada: 133.
- personal: 61, 63.
- provisional: 97, 98.
- APTITUD para juzgar: 12.
- profesional, selección: 15.
- ARBITRARIEDAD: 116, 134.
- del juez: 29.
- ARBITRIO JUDICIAL: 6, 24, 26, 38, 96, 97, 115, 116, 131, 133, 136, 137, 140, 141, 151, 157.
- Arrêts*: 9.
- ARTE DE JUZGAR, abuso de la lógica: 38.
- ASESOR: 160.
- parcialidad: 91.
- ASOCIACIÓN, diferencia del juicio: 24, 25.
- ASPECTO DEL ACUSADO: 108.
- ASUNTOS, sentido: 78.
- ATENCIÓN, en el proceso del pensamiento: 57, 58.
- esfuerzo: 107.
- movimiento: 65.
- variación continua: 107.
- ATENUANTES MUY CALIFICADAS: 139.
- ATESTADO, imperfecciones: 99.
- AUDIENCIA, impresión: 108.
- AUSENCIA DE CULPA en accidentes: 47, 48.
- AUTO, denominación: 9.
- AUTOMÓVIL, dinamismo: 42.
- AUTOMOVILISTA, presunción de culpa: 66.
- responsabilidad: 6, 40 y sigtes.
- AUTORIDAD DE LOS PRECEDENTES: 162.
- AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD: 86.

B

- Befangenheit*: 168.
- BONDAD, sentimiento: 144.
- BRUJERÍA, condena: 120.
- BUEN padre de familia: 85.
- sentido: 4, 38.
- valor en el fallo: 174.

BUENA FE: 133.

- del litigante: 88.
- noción: 63.
- recompensa: 144.
- respeto: 35.

- BUENAS COSTUMBRES: 84, 132, 133, 141, 163.
- noción: 63.

C

- CÁLCULO DE PROBABILIDADES: 124, 125.
- CALIFICACIÓN de los hechos: 134.
- del contrato: 129.
- elección: 133.
- jurídica: 129, 130.
- penal: 79, 132.
- CÁMARA correccional económica: 4.
- de los lores, naturaleza de sus fallos: 164.
- CAMPESTINO, severo con ladrones: 142, 143.
- CAMPO DE LA CONGENCIA, estrechez: 107.
- CAPACIDAD de juzgar: 67.
- del juez: 174.
- CARÁCTER criminal del acto: 7.
- del juez: 33.
- CARGA DE LA PRUEBA: 76.
- Case law*: 37, 57, 60, 159, 163, 164.
- CASO FORTUITO, exime de responsabilidad: 47.
- CASOS, peligro de similitud: 105, 106, 162, 163.
- CATEGORÍA JURÍDICA: 131, 132, 133.
- CAUSA, hechos: 83, 84, 105, 128.
- CAZA DE PRECEDENTES: 105, 162.
- CERTEZA absoluta: 119.
- concepto: 114.
- de razón: 125.
- histórica: 125.
- judicial: 122, 123, 125.
- concepto: 121, 122.
- matemática: 122.
- moral: 113, 121.
- órdenes: 122.
- subjetividad: 119, 122.
- CIENCIA del testimonio: 11.
- jurídica: 38.
- CIRCUNSTANCIAS agravantes: 139.
- silencio: 137.
- atenuantes: 139.
- CÓDIGO civil francés: 4, 5, 6, 34, 35, 41, 45, 46, 48, 50, 76, 79, 84, 97, 123, 126, 129, 133, 143, 162, 164.

- de instrucción criminal francés: 80, 112.
- de los crímenes contra la paz: 7.
- de procedimiento civil francés: 76.
- penal francés: 76, 137, 141.
- COINCIDENCIAS FATALES: 103.
- COLEGIACIÓN: 2, 3, 36, 37, 61, 160.
- COMISIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: 6.
- Common law*: 159, 163.
- COMPLICACIÓN INTENCIONADA: 77.
- COMPROBACIÓN DE LOS HECHOS: 83.
 - operaciones intelectuales: 69.
 - terminología: 94, 95.
- CONCEPCIÓN afectivista de la jurisprudencia: 34.
- intelectualista de la jurisprudencia: 34.
- relativista de la jurisprudencia: 62.
- CONCIENCIA de la judicatura: 158.
 - de prevención: 173.
 - del derecho: 61, 63, 157, 159.
 - del juez: 1, 5, 6, 159, 176, 177.
 - del jurado, valor: 115.
 - estrechez de su campo: 107.
 - moral: 56.
- CONCORDANCIA DE PRUEBAS: 118.
- CONDENA condicional: 148, 153.
 - por brujería: 120.
 - por daños y perjuicios: 5.
 - suspensión: 148.
- CONDUCCIÓN, concepto: 66.
- CONDUCTA criminal: 165.
 - social: 155.
- CONFLICTO de intereses: 59.
 - judicial, planteamiento: 76.
- CONOCIMIENTO de la jurisprudencia: 104, 162.
 - de la personalidad: 154.
 - del derecho: 104.
 - del prójimo: 146, 147.
- CONSIDERANDO: 27.
- CONTINUIDAD DE LA JURISPRUDENCIA: 86, 163, 164.
- CONTRATO, calificación: 129.
 - de transporte: 79.
- CONTRAVENCIÓN en el Cód. pen. francés: 110.
- CONVENCIÓN INTERNACIONAL, rango: 7.
- CONVICCIÓN, concepto: 113, 114.
 - de la verdad, definición: 113.
 - de los jurados: 112.
 - del tribunal: 114.
 - exigible: 119, 120.
 - íntima: 112, 113, 147.
- — en lo penal: 137.
- — fase sentimental: 116.
- judicial: 13, 115, 118, 123.
- — carácter: 56.
- — formación: 115, 119.
- — fundamento: 115.
- libre: 141.
- moral: 52.
- motivada: 113.
- personal, peligro: 114, 115.
- prematura: 102.
- sentimiento determinante: 26.
- COOPERACIÓN JUDICIAL: 88.
- Corpus juris* viviente: 161.
- CORTE de casación, función: 57.
 - superior, función: 73.
 - Suprema de los EE.UU., naturaleza de sus fallos: 164.
- COSA inanimada, responsabilidad por daño: 49.
 - juzgada, presunción: 56.
 - peligrosa: 42, 43, 49.
 - robada: 5.
 - sometida a custodia: 43.
- COSTUMBRE, rango: 7.
- CREACIÓN DEL DERECHO: 57.
- CREENCIA positiva: 113.
 - sentido: 114.
- CRIMEN, en el Cód. pen. francés: 110.
 - pasional: 110, 149.
- CRIMINAL, análisis: 141.
 - de guerra, enjuiciamiento: 5.
- CRIMINALIDAD activa: 150, 151.
 - del acto: 150.
 - del agente: 149.
 - estado: 155, 156.
 - latente: 150.
 - pasiva: 150, 151.
 - política internacional: 6.
 - profunda: 147.
 - subjetiva del acto: 151.
- CRIMINALÍSTICA: 83.
- CRONOLOGÍA: 10.
- CUASIDELITO CIVIL: 79.
- CUESTIÓN de culpabilidad: 80.
 - de derecho: 4, 80, 83, 84, 88, 89.
 - — concreta: 84, 85, 87, 157.
 - — general: 85, 86.
 - — resolución: 81.
 - de hecho: 4, 80, 88, 89.
 - — apreciación: 116.
 - — general: 84.
 - — resolución: 81.
 - de procedimiento: 89.
 - de puro derecho: 88.
 - litigiosa: 75.

- — complejidad: 77.
- fijación: 77.
- planteamiento: 75, 79.
- situación jurídica: 78, 79.

- CULPA, ausencia:** 47.
- averiguación: 47.
 - base de responsabilidad: 5, 47.
 - grave: 87.
 - moral: 6.
 - prueba: 41, 42.
 - verosimilitud: 42.

- CULPADILIDAD:** 139.
- apreciación: 110.
 - clases: 139.
 - cuestión: 80.
 - declaración: 80.
 - duda: 100, 119.
 - evaluación: 139, 140.
 - medida: 140.
 - noción: 139.
 - objetiva: 139.
 - penal, principio: 131.
 - resolución de la cuestión: 145.
 - subjetiva: 139.
 - y pena: 81.

- CUSTODIA de la cosa:** 50, 126.
- jurídica: 44.
 - material: 44.
 - noción: 42, 43, 44, 46, 66.
 - obligación: 5, 43, 44.
 - presunción: 3.

CH

- CHOQUE DE VEHÍCULOS, responsabilidad:** 42.

D

- DAÑO CAUSADO, reparación:** 41.
- DAÑOS, política preventiva:** 46.
- responsabilidad: 49, 88.
 - y perjuicios, elementos extrínsecos: 53.
 - tasación: 138.
- DEBATE INÚTIL:** 102.
- DEBATES, dificultad de seguirlos:** 106.
- influjo del presidente: 101, 102.
 - oralidad: 100.
- DEBER:** 5.
- de lealtad: 5.
- DECISIÓN del caso, operaciones intelectuales:** 69.
- judicial, proceso: 14.
- DECLARACIÓN DEL DERECHO:** 82.
- DEFENSA, derecho:** 80.

- oposición con acusación: 153.
 - social: 6.
- DELIBERACIÓN JUDICIAL:** 33.
- niveles opiniones: 139.
- DELINCUENCIA PASAJERA:** 147.
- DELINCUENTE, enmienda:** 154.
- personalidad biosocial: 147.
- DELITO civil:** 79.
- en el Cód. pen. francés: 110.
 - investigación científica: 153.
 - principio de legalidad: 6.
- DEMANDA:** 76.
- rechazamiento: 76.
- DENEGACIÓN DE JUSTICIA:** 76.
- DEPONENTE:** 10.
- DERECHO aplicable:** 129.
- aplicación: 4, 13, 29, 54, 61, 62, 69, 83, 128, 156, 159, 160.
 - apreciación: 85, 156.
 - civil, paralelismo con el penal: 5.
 - conciencia: 61, 63, 157, 159.
 - conocimiento: 104.
 - consuetudinario: 57.
 - creación: 57.
 - de defensa: 80.
 - de las pruebas: 117.
 - de paso: 77.
 - declaración: 82.
 - demarcación con el hecho: 82.
 - determinación: 128.
 - elaboración técnica: 14.
 - en el fallo: 3.
 - formación judicial: 136.
 - jurisprudencial: 14.
 - social: 157.
 - interés: 82.
 - internacional, evolución: 5.
 - investigación: 86, 162, 167.
 - jurisprudencial: 57, 86.
 - justo y equidad: 34.
 - legislativo: 57.
 - libre formación: 136.
 - manifestación de cultura: 136.
 - no escrito: 37.
 - penal, paralelismo con el civil: 5.
 - positivo, elaboración: 13.
 - sentido íntimo: 136.
 - moral: 51.
 - sentimiento: 59, 60, 61, 63.
 - sistema de medios: 132.
 - y justicia: 82, 83.
- DESCONFIANZA CRÍTICA:** 100.
- DESINTERÉS DEL JUEZ:** 56.
- DETERMINACIÓN DEL DERECHO:** 32, 128.
- DINAMISMO DEL AUTOMÓVIL:** 42.

DIRECTOR DE INDUSTRIA, responsabilidad: 6.
 DRUGENTE, responsabilidad: 6.
 DISOCIALIDAD: 155.
 DISPENSA DE PRUEBA: 41, 50, 126.
 DISPOSICIÓN DE UNA COSA, titulares: 43, 44.
 DOCTRINA, aproximación a la jurisprudencia: 29.
 DOSIFICACIÓN DE LA PENA: 138, 147.
 DUDA, conveniencia: 95, 101.
 — exclusión: 119.
 — razonable: 120, 121.
 — sobre culpabilidad: 100.
Due care: 85.
 DUEÑO DE GARAGE, responsabilidad en accidente: 45.

E

Echevinage: 3.
 ELECCIÓN de acción: 134.
 — de hipótesis: 104.
 — en la calificación: 133.
 ELEMENTO AFECTIVO: 2.
 EMOTIVIDAD DEL JURADO: 111.
 EMPIRISMO DEL FALLO INGLÉS: 37.
Enges des Bewusstseins: 107.
 ENMIENDA DEL DELINCUENTE: 154.
 EQUITAD: 13, 134.
 — aberración demagógica: 137.
 — función: 36, 138.
 — ideal: 36.
 — inquietud judicial: 82.
 — límite: 38.
 — naturaleza: 36.
 — noción: 36.
 — vivificadora del derecho: 36.
 — y derecho justo: 34.
 EQUILIBRIO PSÍQUICO en el fallo: 175, 176.
Erkenntnissen: 32.
Ermessen: 86.
 ERROR del constructor: 35.
 — del psicólogo: 146.
 — grados: 124.
 — judicial, causa: 83, 102.
 — material, en la condena: 140.
 ESCABINADO: 3, 4, 81.
 ESCABINO: 3, 15, 88.
 ESCALA DE PENAS: 148.
 ESFUERZO DE ATENCIÓN: 107.
 ESPECIALIZACIÓN DE LOS JUECES: 89, 90.
 ESPÍRITU de equidad: 35.
 — de justicia: 144.

— de la ley: 134.
 — de lógica: 2.
 — de parcialidad: 100.
 — del juriconsulto: 39.
 — del legislador: 170.
 — jurídico: 129, 130.
 — sintético: 68.
 — sistemático: 95.
 ESTABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA: 85.
 ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS, necesidad: 153.
 ESTADO de ánimo del criminal: 145.
 — de criminalidad: 155, 156.
 — de hecho: 104, 106.
 — de la causa: 99.
 — peligroso: 150.
 ESTETOSCOPIO, idea de su invención: 65.
 EVOCACIÓN ASOCIATIVA, diferencia de juicio: 24, 25.
 EXAMEN de la personalidad: 155, 156.
 — del acusado: 154.
 — psicoanalítico del juez: 170.
 — psicológico: 176.
 — psicotécnico: 176.
 — psiquiátrico del delincuente: 153.
 EXCEPCIÓN: 76.
 EXCLUSIÓN DE DUDA: 119.
 EXPERIENCIA, influjo en el fallo: 174.
 — jurídica: 59.

F

FACTOR PERSONAL, influjo en el juez: 141, 142.
 FACULTAD de elegir: 6.
 — de juzgar: 174.
 FALSA PERSONALIDAD: 156.
 FALTA DE PRUEBA: 86.
 FALLO, análisis: 167.
 — atributivo: 32.
 — bases psicológicas: 12.
 — carácter subjetivo: 136.
 — condenatorio, función de la voluntad: 24.
 — condiciones favorables: 15.
 — — objetivas: 167.
 — — subjetivas: 167.
 — constitutivo: 32.
 — contenido: 29.
 — convencional: 76.
 — correccional, redacción: 29, 30.
 — de equidad: 33 y sigtes.
 — de previo pronunciamiento: 25.
 — declarativo: 32.

— definitivo: 25.
 — denominación: 9.
 — diferencia con testimonio: 16.
 — diversidad de métodos: 158.
 — elaboración: 162.
 — equilibrio psíquico: 175, 176.
 — estudio: 11, 12, 16.
 — exigencias: 38.
 — forma lógica: 27.
 — formación: 10, 12, 29, 161, 168.
 — génesis psicológica: 63, 64.
 — humano: 54.
 — impersonal: 56.
 — impresión de conjunto: 167.
 — incidental: 25.
 — indulgente: 144.
 — influjo de la antipatía: 108.
 — — de la impresión personal: 109.
 — — de la simpatía: 108.
 — — de las pulsiones: 170.
 — — de los afectos: 170.
 — — del sentimiento: 34, 111, 168.
 — inglés, empirismo: 37.
 — interlocutorio: 25.
 — judicial; carácter: 33.
 — — espíritu: 40.
 — — estudio: 14.
 — — operaciones intelectuales: 68.
 — — sucesivas: 17.
 — — preparación: 23.
 — — proceso general: 17.
 — justo: 95.
 — — formación: 135.
 — método lógico: 64.
 — naturaleza: 10.
 — obra impersonal: 161.
 — preparatorio: 25, 83.
 — razones: 15.
 — redacción: 27, 30.
 — represivo, elemento preponderante: 32.
 — unidad de facultades mentales: 38.
FE EN LA JUSTICIA: 59.
Fertstellen: 95.
FIJACIÓN de la verdad: 124.
 — de los hechos: 82, 96.
FILOSOFÍA DEL DERECHO y justicia: 14.
FISONOMÍA, influjo en el fallo: 143.
FORMACIÓN SOCIAL DEL DERECHO: 157.
Formula iudicii: 80.
Frei Rechtsfindung: 136.
FUERZA MAYOR, exime de responsabilidad: 47.
FUNCION JUDICIAL: 10.
FUNCIONES, abuso: 163.

G

GARANTÍA, obligación en accidentes: 48.
GRADUACIÓN de la pena: 148, 149, 150.
 — de los elementos del caso: 67, 68.
GUARDA, v. Custodia.

H

HÁBITO PROFESIONAL: 142, 173.
HECHO concreto, apreciación: 82.
 — de la cosa: 50.
 — del hombre: 50.
 — ilícito, prueba: 76.
 — intencional: 123.
 — jurídico: 97.
 — — apreciación por profanos: 61, 62.
 — litigioso: 123.
 — material: 97.
 — pertinente: 96, 97, 107.
 — presumido: 126.
 — probado: 81, 83, 97, 129.
 — reprehensible: 137.
HECHOS, admisión; terminología: 94, 95.
 — apreciación: 4, 29, 86, 87, 123, 132, 141.
 — — terminología: 94, 95.
 — comprobación: 83.
 — — terminología: 94, 95.
 — de la causa: 83, 84, 105, 128.
 — demarcación con el derecho: 82.
 — dificultad de apreciación: 83.
 — elemento jurídico: 132.
 — en el fallo: 3.
 — existencia: 82.
 — fijación: 82, 96.
 — observación: 98, 99.
 — significación: 97.
Hemmungsvortellungen: 108.
HIPÓTESIS accesoria: 104.
 — provisional: 98.
Hunch: 23.

I

IDEA moral: 131.
 — preconcebida: 101, 106.
IDEAL DE EQUIDAD: 36.
IDEAS de fin: 157.
 — inhibitorias: 108.
 — personales del juez: 157, 168.
IGUALDAD JUSTICIERA: 161.
ILICITUD DEL ACTO MORTAL: 49.
IMAGINACIÓN, función: 99.

- IMPARCIALIDAD: 101, 168.
 IMPERATIVO CATEGÓRICO, aplicación al juez: 56.
 IMPRESIÓN de la audiencia: 108.
 — del juez: 67.
 — personal en el veredicto: 142.
 — — influjo en el fallo: 109.
 IMPUTABILIDAD: 139.
 INADECUACIÓN DE LA PENA: 148.
 INCERTIDUMBRE JURISPRUDENCIAL: 56, 57.
 INCORRUPTIBILIDAD, exceso: 170.
 INDECISIÓN, perjuicios: 169.
 INDEPENDENCIA crítica: 107.
 — judicial: 33.
 INDICIOS, interpretación: 99.
Indictments, proporción: 120.
 INDIGNACIÓN POPULAR: 120.
 INDIVIDUALIZACIÓN: 147.
 — de la pena: 148.
 INDUCCIÓN SOCRÁTICA: 28, 52.
 INDULGENCIA del jurado: 149.
 — judicial: 33, 137, 171.
 — penal: 154.
 INFANTICIDIO: 110.
 — absolución escandalosa: 143.
 — competencia: 110.
 — falso concepto: 81.
 INFRACCIÓN, elementos constitutivos: 132.
 INJURIA GRAVE: 87.
 INJUSTICIA AL CONTRARIO: 170.
Innere Rechtsstimm: 135.
 INOCENCIA, presunción: 101, 120.
 INSEGURIDAD DE LAS PRUEBAS: 119.
 INTELLECTUALISMO: 31.
 — jurídico: 58.
 INTELIGENCIA JURÍDICA ESPECÍFICA: 62.
 INTENCIÓN, valor en el juicio: 24.
 — — para el juez: 56.
 INTERÉS privado: 75, 76.
 — público: 75, 76.
 — valor en la formación de la idea: 58.
 INTERPRETACIÓN analógica: 132.
 — de la ley: 15, 87, 130, 134, 157.
 — de los hechos: 130.
 — en accidente del trabajo: 53.
 — extensiva: 79.
 ÍNTIMA CONVICTIÓN, incertidumbre: 140, 141.
 INTIMIDACIÓN DE LA PENA: 154.
 INTROSPECCIÓN: 145.
 INTUICIÓN: 2.
 — alcance: 23.
 — analogía con juicio: 23.
 — en la apreciación de los hechos: 29.
 — en la responsabilidad civil: 58.
 — función: 55, 57, 58, 60.
 — noción: 23.
 — profesional: 68.
 INVERSIÓN DE LA PRUEBA: 51.
 INVESTIGACIÓN científica del delito: 153.
 — de la verdad: 73.
 — del derecho: 86, 162, 167.
 IRRADIACIÓN: 108.
- J
- Jagd nach Präjudizien*: 105.
 JEFE DE EJÉRCITO: 6.
 JUDICATURA, conciencia: 158.
Judicium, significado: 114.
 JUEZ, actitud expectante: 101.
 — — militante: 101.
 — — objetiva: 78.
 — amplitud de miras: 90.
 — análisis: 67, 141.
 — arbitrariedad: 29.
 — cambio de opinión: 30.
 — capacidad: 174.
 — carácter: 33.
 — civil: 6.
 — comparación con otros sujetos: 96, 169.
 — concentración mental: 30.
 — conciencia: 1, 5, 6, 159, 176, 177.
 — consular: 33.
 — convicción: 13, 56.
 — cualidades: 169.
 — de apelación, en el sistema anglo-americano: 57.
 — de paz: 33.
 — de primera instancia: 33.
 — deber de graduación: 165.
 — — de juzgar: 136.
 — defectos psicológicos: 172.
 — definición aristotélica: 158.
 — del derecho: 3.
 — del hecho: 3.
 — desinterés: 56.
 — esclavo de la ley: 87, 158.
 — especialización: 89, 90.
 — examen: 10, 170.
 — facilidad para juzgar: 145.
 — formación psicojudicial: 100.
 — función: 15, 59, 81, 87.
 — — aclaratoria: 78.
 — — jerarquizadora: 78.
 — — jurídica: 128.

- — suprema: 37.
- ideas personales: 157, 168.
- impresión sobre el caso: 67.
- indulgente: 141.
- influjo de factores personales: 141, 142.
- inglés, actitud: 101.
- lego: 61, 88, 90, 105, 106.
- memoria especial: 107, 108.
- "negotiorum gestor": 158, 159.
- no se improvisa: 91.
- opinión: 160.
- penal: 6.
- pensamiento: 2, 73.
- poder de apreciación: 157.
- ponderación: 165.
- primera impresión: 98.
- profano, v. *Juez lego*.
- profesional: 88, 89, 105, 108, 144, 170.
- psicología: 2.
- reclutamiento: 16.
- relación con los hechos; fases: 123.
- represivo: 4.
- severo: 141.
- síntesis final: 68.
- — provisional: 67.
- soberano al juzgar: 87, 158.
- tipos: 11, 15, 172.
- único: 2, 160.
- Jugements:** 9.
- Juicio, alcance del vocablo:** 22.
- analítico: 64.
- analogía con intuición: 23.
- base: 26.
- característica: 24.
- civil, distinción del penal: 30.
- como término forense: 64.
- concepto: 22, 24.
- conciencia: 25.
- condenatorio: 22.
- convicción profunda: 26.
- de finalidad: 132.
- de los jueces, v. *Juicio judicial*.
- decisión arbitraria: 26.
- del prójimo por uno mismo: 142.
- del sentimiento: 60.
- determinación: 31.
- diferencia de asociación: 24, 25.
- — de evocación asociativa: 24, 25.
- elementos: 31, 32, 78.
- factores extraintelectuales: 24.
- formación: 22, 25, 65.
- función de la intuición: 57.

- judicial: 24, 66.
- — carácter: 28, 30, 31, 66.
- — clases: 64.
- — contenido: 26, 27.
- — formas: 25.
- — influencias: 26.
- — surgimiento: 166, 167.
- — y juicio en general: 22.
- penal, distinción del civil: 30.
- práctico, clases: 26.
- — doble intención: 26.
- — formación: 26.
- previo: 22, 101.
- punto de vista lógico: 22.
- — psicológico: 22.
- síntesis final: 65.
- sintético: 64.
- sumario: 98.
- valorativo en la justicia: 52.
- variedad en el fallo: 166, 167.
- y silogismo: 27.

JUICIOS, clasificación: 25, 66.

JURADO: 3.

- absolución injustificada: 110.
- apreciación de las pruebas: 112, 113.
- colaboración con magistratura: 4, 81.
- convicción: 112.
- efectos psicológicos: 110, 111.
- formación de parecer: 108.
- francés, composición: 81.
- — deliberación: 81.
- — reforma: 81, 88.
- impresión espontánea: 106.
- indulgencia: 149.
- mentalidad en el fallo: 142.
- pietismo: 120, 121.
- preferible: 111.
- recomendación: 56.
- recusación: 142.
- sentimentalismo: 143.
- sugestionable: 161.
- técnico: 4, 93.
- vacilación: 121.
- valor de la conciencia: 115.

JURISCONSULTO, espíritu: 39.

JURISDICCión especial, fundamento: 90.

- mercantil, defectos: 91.

JURISPRUDENCIA, calificaciones polémicas: 28.

- carácter: 38, 164.
- civil: 4.
- concepción afectivista: 34.
- — intelectualista: 34.
- — relativista: 62.

- conocimiento: 104, 162.
- continuidad: 85, 86, 161, 163.
- *corpus juris* viviente: 161.
- formación: 29, 37, 40, 41.
- francesa y belga en materia de accidentes: 49 y sigtes.
- función: 13.
- inconstante: 34.
- inglesa, proceder: 37.
- inmovilidad: 164.
- oscilaciones: 51.
- progreso: 159.
- razón de su fuerza: 56.
- resultados: 73.
- sobre accidentes, evolución: 40 y sigtes.
- tarifa penal: 138.
- tendencia equitativa: 34.
- lógica: 34.
- uniformidad: 57, 63.
- JURISTA, índole del trabajo: 28.
- JUSTICIA absoluta: 159.
- amor: 174, 177.
- carácter racional: 55.
- científica: 147.
- civil: 4.
- deformación totalitaria: 137.
- del "buen juez": 34.
- descrédito popular: 90.
- empírica: 147.
- finalidad: 14.
- futura, descripción de Ferri: 152.
- humana, necesidad de método: 165.
- ideal: 36.
- impersonalización: 37.
- medida: 158.
- moral: 6.
- objetiva: 60, 61, 91.
- penal: 4.
- — científica: 93.
- — concepto desdeñoso: 83.
- — falta de orientación: 147, 153.
- — lagunas: 147.
- — perversión: 90.
- — razón del derecho: 134, 135.
- — regla suprema: 135.
- — sentimiento: 172.
- — social: 52.
- — subjetiva: 91.
- — uniformidad: 157.
- y derecho: 35, 82, 83.
- y filosofía del derecho: 14.
- JUZGAR, definición: 31.

L

- LADRÓN, responsabilidad: 44.
- LÁGRIMAS, efecto pictista: 143.
- LAGUNA DE LA LEY: 75, 156.
- LAUDO, denominación: 9.
- Law of evidence*: 117.
- LEGISLACIÓN DE ACCIDENTES DEL TRABAJO: 53.
- LESIÓN, presunción de responsabilidad: 49.
- LEV, aplicación: 7, 126, 137, 138, 159.
- de leyes: 135.
- laguna: 76, 156.
- nueva: 134.
- penal, retroactividad: 6.
- rango: 7.
- y justicia: 35.
- LIBERTAD de espíritu: 95.
- de persecución: 79.
- LIBRE apreciación de las pruebas: 88.
- convicción, significado: 118.
- formación del derecho: 136.
- LITIGANTE, buena fe: 88.
- LITIGIO, contenido: 74, 75.
- planteamiento: 77.
- LÓGICA, abuso: 38.
- espíritu: 2.
- judicial: 10, 13.
- jurídica: 131, 134.
- Lückenergänzung*: 156.
- LUGAR COMÚN JURÍDICO: 85.

M

- MADRE SOLTERA: 110, 143.
- MAGISTRADO, colaboración con jurado: 4, 81.
- consular: 91.
- opinión: 114.
- potestad innovadora: 14.
- MANDATO ÉTICO, forma: 76.
- MÉDICO, comparación con el juez: 96.
- MEDIDA de la justicia: 158.
- de la virtud: 158.
- objetiva penal: 148, 149.
- subjetiva penal: 149.
- MEMORIA DEL JUEZ: 107, 108.
- MENOR DELINCUENTE: 151.
- MENTALIDAD DEL PROCESADO: 145.
- MÉTODO analógico: 161.
- judicial: 14, 37.
- lógico en el fallo: 64.
- MÍNIMO DE PRUEBA NECESARIO: 120.
- MISERIA HUMANA, influjo: 144.
- MOTIVACIÓN: 176.
- falta: 116, 117.

- utilidad: 115.
- Motivo expresado: 73.
- moral: 133.
- no expresado: 29.
- sentido: 149.
- MOTIVOS DEL FALLO: 27, 31.
- redacción: 29.
- MÓVIL criminal: 149.
- — apreciación: 106.
- sentido: 149.
- MUJER, función judicial: 173.
- influjo en el fallo: 109, 110.

N

- NOTIFICACIÓN DOCUMENTAL: 80.
- NUDO DEL LITIGIO: 68.
- Nullum crimen sine lege*: 6, 80, 132.

O

- OBJETIVIDAD: 168, 173.
- OBLIGACIÓN DE CUSTODIA: 5.
- de fallar: 26.
- de garantía en accidentes: 48.
- de seguridad, por una cosa: 47.
- OBSERVACIÓN DE LOS HECHOS: 98, 99.
- OBSERVADOR, actitud: 97.
- OPENSA GRAVE: 84.
- OPINIÓN, carácter previo: 98.
- concepto: 114.
- del juez: 114, 160.
- influjo en el fallo: 109.
- sentido: 114.
- ORALIDAD DE LOS DEBATES: 100.
- ORATORIA, efecto en el fallo: 111.
- ORDEN del gobierno, como impunidad: 5.
- superior, como absolución: 5.
- Ordonnances*: 9.
- ORIENTACIÓN PROFESIONAL: 175.

P

- PARCIALIDAD DE ESPÍRITU: 100.
- PARTES DISPOSITIVA: 27, 28, 31.
- PASO, derecho: 77.
- PATRONO, responsabilidad: 163.
- PELIGROSIDAD DEL AGENTE: 145.
- PENA, aplicación: 110, 140.
- dosificación: 138, 147.
- graduación: 148, 149.
- importancia en el fallo penal: 140.
- inadecuación: 148.
- individualización: 148.
- intimidación: 154.

- justificada: 140.
- preocupación del jurado: 80.
- severa, esfuerzo para imponerla: 32.
- y culpabilidad: 81.
- PENAS, escala: 148.
- PENSAMIENTO del juez: 2, 59, 73.
- extravertido: 172.
- introvertido: 172.
- intuitivo: 60.
- jurídico: 28, 58, 59.
- proceso: 57.
- PERITO, función nueva: 93.
- interrogatorio: 92.
- límites: 92.
- necesidad: 91, 92.
- PERSECUCIÓN; libertad: 79.
- PERSONALIDAD biosocial del delincuente: 147.
- comprensión: 147.
- conocimiento: 154.
- criminal: 156.
- del agente: 150.
- examen: 155, 156.
- sumario: 152.
- variable: 156.
- PIEDAD, influjo en el fallo: 109.
- sentimiento: 144.
- PIETISMO DEL JURADO: 120, 121.
- PODER jurídico sobre la cosa: 44.
- noción en responsabilidad por accidente: 44.
- POLÍTICA PREVENTIVA DE LOS DAÑOS: 46.
- PÓLIZA DE SEGUROS, interpretación amplia: 53.
- PONDERACIÓN DEL JUEZ: 165.
- PONENCIA, influjo: 99.
- PONENTE: 160.
- PRECEDENTE: 37, 57.
- autoridad: 162.
- cita: 105, 162.
- conocimiento: 68, 162.
- consulta: 63.
- copia: 161.
- finalidad: 37.
- utilidad: 105.
- PREFERENCIA PERSONAL, abstracción: 56.
- PREGUNTA, forma jurídica: 81.
- formulación: 80.
- redacción por escrito: 80.
- PREJUICIO: 101, 121.
- PREMEDITACIÓN, falso concepto: 81.
- importancia: 107.

- PRESIDENTE DE TRIBUNAL, función: 80.
 — influjo en los debates: 101, 102.
 PRESTATARIO, responsabilidad: 44.
 PRESUNCIÓN de cosa juzgada: 56.
 — de culpa de automovilista: 66.
 — de custodia: 43.
 — de inocencia: 101, 120.
 — de responsabilidad: 41, 42, 79, 86.
 — — en accidentes: 42, 43, 47, 50.
Pretium doloris: 138.
 PREVENCIÓN: 168, 170.
 — contra el acusado: 99.
 — judicial: 171.
 PRIMERA IMPRESIÓN DEL JUEZ: 98.
 PRIMERAS COMPROBACIONES: 96.
 PRINCIPIO aplicable al fallo, elección:
 130, 131.
 — de legalidad de los delitos: 6.
 — de totalidad: 155.
 PRISIÓN PREVENTIVA, efecto desfavora-
 ble: 144.
 PROBABILIDAD como prueba: 113.
 — en el fallo: 124.
 — límite con la prueba: 125.
Probation system: 148, 153.
 PROBLEMA REPRESIVO: 1.
 PROCEDIMIENTO PREPARATORIO: 77.
 PROCESO civil: 84.
 — — carácter: 75.
 — del pensamiento: 57.
 — penal: 84.
 — — carácter: 75.
 PROCURADOR, función: 77.
 PROPIETARIO DE AUTOMÓVIL, responsabi-
 lidad en accidente: 44, 45, 48.
 PROPORCIÓN ENTRE PENA Y DELITO: 147.
 PROTECCIÓN de la sociedad: 153.
 — de la víctima: 52.
 — del individuo: 153.
 PROVIDENCIA, denominación: 9.
 PRUDENCIA NECESARIA: 85.
 PRUEBA, admisibilidad: 83.
 — análisis crítico: 66, 67.
 — apreciación: 86, 95, 118, 156.
 — carácter: 112.
 — carga: 76.
 — contenido: 1.
 — de la culpa: 41, 42.
 — decisiva: 119.
 — del accidente: 76, 77.
 — dificultad progresiva: 120.
 — dispensa: 41, 126.
 — falta: 86.
 — fase científica: 116.
 — fin principal: 98, 99.
 — inseguridad: 119.
 — legal: 83, 116.
 — libre apreciación: 88.
 — límite con la probabilidad: 125.
 — lograda: 125.
 — mínimo necesario: 120.
 — moral: 116.
 — negativa: 51.
 — preconstituida: 115.
 — régimen de legalidad: 125, 126.
 — tasada: 115.
 — teoría: 117, 118.
 — verosimilitud: 122.
 PRUEBAS, concordancia: 118.
 — derecho: 117.
 PSICAGOGÍA: 15.
 — judicial: 15.
 PSICOGÉNESIS: 15.
 PSICOGNÓSTICA: 12, 16, 175.
 PSICOLOGÍA aplicada: 10.
 — criminal: 11.
 — del deponente: 12.
 — del testimonio: 16.
 — experimental: 11, 24.
 — judicial: 2, 10 y sigtes., 83.
 PSICOTÉCNICA: 12, 15, 63, 175.
 PULSIÓN, influjo en el fallo: 170.
- R
- RAZÓN JURÍDICA: 135.
 READAPTABILIDAD SOCIAL: 152.
 RECONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS: 98,
 99.
 RECONVENCIÓN: 76.
 RECUSACIÓN DE JURADOS: 142.
Rechtsbewusstsein: 157.
Rechtsempfinden: 98.
Rechtsfindung: 86.
Rechtsgefühl: 98, 135.
Rechtsverstand: 135.
 REDACCIÓN EXPOSITIVA DEL FALLO: 27.
Référé: 9, 84.
 REGIDURÍA: 3.
 RÉGIMEN DE LEGALIDAD DE LAS PRUE-
 BAS: 125, 126.
 REGLA abstracta, aplicación: 82.
 — aplicable: 128, 129, 159.
 — arbitraria: 131.
 — de derecho: 3, 35, 129.
 — jurídica, sentimiento: 59.
 — particular: 131.
 — posible: 128.
 REINCIDENCIA: 152.
 REVINDICACIÓN, límites: 34, 35.
 REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO: 41.
Reports: 57.

- REPROBACIÓN**, influjo en el fallo: 109.
Requête: 9.
RESOLUCIÓN impersonal: 56.
 — judicial, clases: 9.
 — — constancia: 56.
 — — denominación: 9.
 — — elaboración: 13.
 — — fuentes: 7.
 — — motivos: 12.
 — — proceso: 40.
 — no motivada: 29, 31.
 — penal, acento afectivo: 137.
RESPONSABILIDAD civil: 13, 139.
 — — función moral y social: 53.
 — — fundamento: 5, 51.
 — — principio: 131.
 — de dueño de garage: 46.
 — de propietario de automóvil: 45.
 — del patrono: 163.
 — en accidente automovilístico: 45.
 — filial por accidente: 45, 46.
 — objetiva: 41, 47, 51, 52.
 — paterna en accidentes: 45, 46.
 — penal sin culpa: 5.
 — por accidente, presunción: 42, 43.
 — por culpa: 4, 5, 51.
 — por daños: 88.
 — por hecho ajeno: 45.
 — por las cosas: 48, 134.
 — por razón de las cosas: 41.
 — presunción: 41, 42, 79, 86.
 — principio judicial: 41.
 — subjetiva: 47, 51.
RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL: 6.
RIESGO, consecuencias: 6.
 — en accidentes: 43, 47.
 — en la responsabilidad: 5.
RIQUEZA: 5.
ROBO; cuestiones: 79.
ROTACIÓN ANUAL: 4, 90.
RUTINA PROFESIONAL: 4.
- S**
- Sachverhalt**: 96, 105.
SEDUCTOR, posición desfavorable: 110.
SEGUNDA INSTANCIA, función: 37.
SEGURIDAD DE TERCEROS: 43.
SELECCIÓN PROFESIONAL: 175.
SEMEJANZAS, exageración: 105.
SENSIBILIDAD NACIONAL: 110.
Sentences: 9.
SENTENCIA del corazón: 168.
 — denominación: 9.
 — trascendencia: 37.
- SENTIDO** de lo justo: 60.
 — de los asuntos: 78.
 — espiritual: 60.
 — jurídico: 58.
 — — interior: 135.
 — moral: 135.
 — — del derecho: 51.
SENTIMENTALISMO DEL JURADO: 143.
SENTIMIENTO: 2.
 — de bondad: 144.
 — de inquietud judicial: 122.
 — de la justicia: 54, 61, 62, 135, 172.
 — de piedad: 144.
 — del derecho: 59 y sigtes., 98, 135.
 — doble función judicial: 63.
 — en la apreciación de los hechos: 29.
 — influjo en el fallo: 34, 111, 144, 168.
 — jurídico: 135, 136.
SEPARACIÓN DE PODERES: 164.
SEUDOSOCIALIDAD: 155.
SEVERIDAD judicial: 33, 171.
 — penal: 154.
SÍLOGISMO jurídico: 128.
 — y juicio: 27.
SIMILITUD DE CASOS, peligro: 105, 106, 162.
SIMPATÍA, función en el conocimiento: 146.
 — influjo en el fallo: 108, 109, 142, 168.
SÍNTESIS: 68.
 — final del juez: 68.
 — prematura: 96.
 — provisional del juez: 67.
SISTEMA judicial francés: 37.
 — — inglés: 37.
 — jurídico, extensión: 135.
SOBRESEIMIENTO: 148.
SOLTERO, indulgente con amantes: 142, 143.
Standards: 85, 165.
SUBJETIVIDAD DE LA CERTEZA: 122, 169.
SUBORDINACIÓN AL COMITENTE: 45, 46.
SUBSUNCIÓN: 31, 86, 87, 129, 156.
SUGESTIONABILIDAD DEL JURADO: 161.
SUMARIO de la personalidad: 152.
 — desfavorable para el procesado: 99, 100.
 — influencia sugestiva: 100.
SUSPENSIÓN DE CONDENA: 148.
SUSTRATO INCONSCIENTE, importancia: 154.

T

- TARIFA PENAL DE LA JURISPRUDENCIA: 138.
 TASACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: 138.
Tatbestand: 99, 106.
Tatsachenfeststellung: 96.
 TÉCNICA judicial: 14, 91.
 — jurídica: 13.
 TENDENCIA equitativa en la jurisprudencia: 34.
 — lógica en la jurisprudencia: 34.
 TEORÍA de la culpa: 5.
 — de las pruebas: 117, 118.
 — de los actos de Estado: 5.
 TERCER criterio: 133.
 — poseedor ante evicción: 35.
 TESTIMONIO, ciencia: 11.
 — diferencia con fallo: 16.
 — engañoso: 102.
 — psicología: 16.
 — signo de veracidad: 16.
 — valor probatorio: 118.
Tests: 15.
 TIPOS PSICOLÓGICOS: 23.
Torts: 49.
 TRANSPORTE BENÉVOLO, responsabilidad: 46, 48.
 TRIBUNAL colegiado, v. *Colegiación*.
 — convicción: 114.
 — de comercio: 91.
 — de menores: 4.
 — paritario: 4.
 — — fracaso: 91.
 — revolucionario: 90.
 TURBACIÓN AFECTIVA: 171.

U

- ULTRAJE AL PUDOR: 133.
Unfair competition: 85.
 UNIDAD DE LA JURISPRUDENCIA: 57.
 UNIFORMIDAD DE LA JUSTICIA: 157.
 USO DE COMERCIO: 91.
 USUARIO, responsabilidad: 44.
 USURPACIÓN TOLERADA: 34, 35.

V

- VACILACIÓN JUDICIAL: 33.
 VELOCIDAD LÍCITA; apreciación: 157, 158.
 VENGANZA: 91.
 VERDAD absoluta: 123.
 — averiguación: 86.
 — fijación: 124.
 — formal: 75.
 — histórica: 125.
 — investigación: 73.
 — judicial: 123, 124, 125.
 — — concepto: 121, 122.
 — material: 75.
 — y verosimilitud: 124.
 VEREDICTO absolutorio: 121.
 — carácter alcatorio: 142.
 — denominación: 9.
 — formación: 11, 80, 161.
 VEROSIMILITUD de culpa: 42.
 — de las pruebas: 122.
 — principio de prueba: 123.
 — y verdad: 124.
 VICIO DE LA COSA: 48, 50, 51.
 VÍCTIMA DE ACCIDENTE, protección: 42, 47, 52.
 — reparación: 46, 52.
 VIGILANCIA discreta: 148.
 — imposibilidad: 44.
 VINDICTA: 91.
 VIRTUD, medida: 158.
 VOLUNTAD, alcance: 23, 24.
 — arbitraria: 62.
 — en la apreciación de los hechos: 29.
 — función en el fallo: 23, 31, 32, 33.
 VOLUNTARISMO: 31.
Vorurteil: 101.

W

- Wahrheitsfindung*: 86.
Wertmaßstäbe: 157.
Würdigung: 86.

Z

- Zweckgedanken*: 157.

Las Resoluciones Judiciales se terminó de imprimir en noviembre del 2002, gracias a la generosa colaboración del Lic. don Mauro Miguel Reyes Zapata, Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. La edición consta de 1000 ejemplares, y la revisión y supervisión editorial estuvo al cuidado del licenciado Juan Carlos Gómez Martínez.

Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial



Sexta Época. Segunda Etapa.