

Opiniones Individuales y Deliberaciones Colectivas*

Según la opinión más difundida entre los juristas, la sentencia del juez debería sobre todo consistir en un « acto de la mente » que se explica mediante una simple operación lógica, es decir un silogismo en el cual, asumida como premisa mayor la norma general, como menor un cierto dato de hecho, se deduce una determinada conclusión aplicable al caso específico.¹

No es éste el caso de replantear el proceso según la lógica formal, demostrando cuanto sea pequeña e ilusoria la contribución que ella puede proporcionar (fuera de sus aplicaciones, con nuevos y más rigurosos métodos, en el campo de la matemática pura) a los tipos de razonamiento que más frecuentemente se encuentran, y que por sí solos tienen una real eficacia en la vida común.²

Pero es indudable que, aún queriendo reconocer el valor lógico del procedimiento silogístico, este no puede subsistir si ambas premisas no tienen un carácter de absoluta certeza.³

Consideremos el silogismo:

Todos los A son B;

Todos los B son C.

« Por lo tanto » este A (que tomamos particularmente en examen) es C. Si yo no estoy absolutamente seguro que « todos » los A son B y que « todos » los B son C, en realidad las premisas de mi silogismo se traducen en estas otras:

Muchísimos A son B:

Muchísimos B son C;

de lo que no estoy para nada autorizado a deducir que aquel tal A por mí considerado sea C; pero, además, tampoco puedo excluir que « ningún » A sea C.

Y asimismo, siempre fuera del campo matemático, todos los silogismos que se hacen habitualmente, y a los cuales se pretende atribuir un valor lógico en la vida práctica, son más o menos de este tipo.

En particular modo, retornando al caso del juez, este no puede casi nunca estar absolutamente seguro ni sobre la interpretación de la « norma », ni sobre la existencia del « hecho ». En muchos casos, es más, su juicio (puesto que él está siempre obligado a formarse uno) será la consecuencia de largas vacilaciones y no podrá, por lo tanto, constituir, también de frente a sí mismo, sino la expresión de un mayor o menor grado de « probabilidad ».⁴

* Traducido por Diego Hammerschlag y Alvaro Nazer. Revisada por Ignacio Pereira.

¹ ...citados.

² A propósito cfr. especialm. ...

³ ...

⁴ Es necesario tener presente que frecuentemente, después de haber largamente vacilado, y haber elegido en fin cualquier solución, el juez *olvida* las precedentes vacilaciones e incertidumbres, y automáticamente se fortalece en la solución elegida (cfr. mis preced. notas: *Sulla importanza psicologica della motivazione nelle sentenze dei giudici e Su alcune tendenze particolari dei giudici nelle sentenze collettive*, en «Psiche», 1912 pág. 392 y 1914, pág. 281): pero ello no mejora por nada la probabilidad objetiva que tal solución sea realmente la mejor.

Queriendo traducir en cifras la incertidumbre correspondiente a tal grado de probabilidad, las « premisas » podrían por ej. formularse así:

Existen 6 probabilidades sobre 10 que la « norma » deba ser interpretada en este modo:

Existen 6 probabilidades sobre 10 que el « hecho » se haya producido en estos términos:

La conclusión por lo tanto no es ya aquella que se podría deducir de una aparente aplicación del procedimiento silogístico y ello es: Existen 6 probabilidades sobre 10 que exista un hecho así establecido al cual deba aplicarse una norma así interpretada, pero tales probabilidades serán en cambio 6 x 6 sobre 10 x 10, o sea 36 sobre 100.

Vayamos a un caso específico:

Un juez está en la « incertidumbre » o « inseguro » (por cuanto « ligeramente propenso » a la afirmativa) si el individuo A haya cometido el hecho B;

Está en la « incertidumbre » (siempre « propendiendo ligeramente » a la afirmativa) si el hecho B constituya un reato.

Ahora, si se pretende que su juicio proceda por « grados », y, es decir, que él decida sucesivamente, y en modo absoluto, « primero » una y « luego » la otra cuestión, él deberá arribar inevitablemente a la condena del imputado, que en cambio habría probablemente absuelto cuando su convencimiento se hubiese formado en modo directo del examen comprensivo y contemporáneo de las dos cuestiones.

Para las cuestiones de derecho puro podría existir todavía alguna duda. Admitiendo por ejemplo la teoría según la cual el juez tendría también en algún modo las funciones del legislador, se podría suponer que su juicio, cualquiera hubieran sido sus precedentes vacilaciones, adquiriera sin dudas un carácter de certeza, precisamente como una ley, buena o mala que sea, después de haber sido regularmente aprobada, también seguidamente a muchos contrastes y con la mayoría apenas necesaria.⁵

Pero cada duda cae cuando nos encontramos de frente a dos o más cuestiones de « puro hecho ».

Por ejemplo: Es incierto si el imputado haya cometido el hecho;

Es incierto si en aquel momento él tuviese la conciencia o la libertad de sus propios actos.

Si por cada uno de estos juicios particulares la conclusión afirmativa es tal como para tener « apenas » la prioridad sobre aquella negativa, parece evidente que el procedimiento de tipo silogístico no podría aplicarse no sólo sin la más grave ofensa a la lógica y a la justicia, sino también al simple buen sentido.

Tomemos en efecto en otro campo un ejemplo de la vida práctica.

Un médico visita a un enfermo. Cree probable que esté afectado de un carcinoma, pero no está « seguro ».

Si la enfermedad fuese « cierta », él considera aconsejable una operación quirúrgica, de éxito muy dudoso, y que en el caso de no lograrse, podría adelantar (o apresurar) la muerte.

Ahora ningún médico de buen sentido razonaría en este modo:

⁵ Esta tesis no me parecería admisible si no en el caso de un juez único, como, por ej., el pretor romano, cuyas decisiones tengan contemporáneamente el carácter de *sentencia* para el caso singular, y de *ley* para otros casos similares: pero, dada la multiplicidad de jueces, y los varios grados del juicio me parece inevitable que deba reconocerse la *incertidumbre* de la solución adoptada caso por caso, respecto a un criterio general de justicia que pueda ser guía de los ciudadanos al regular su modo de comportarse. Por lo demás, que la solución, sea aún definitiva, de una cuestión dada permanezca por lo general incierta, es reconocido por la misma motivación de muchas sentencias y también con efectos prácticos, y así por ej. como *motivo específico* para arribar a la compensación de los gastos.

Primero decidiré, en modo absoluto y definitivo, si el enfermo está o no afectado de carcinoma.

Luego decidiré si aquella tal especie de carcinoma sea o no operable.

Después de ello no me quedará que llegar a la conclusión silogística si la operación deba o no efectuarse.

Y no obstante es precisamente éste el « tipo » de razonamiento que se quiere imponer al juez.

Por suerte, en la práctica, las cosas se desenvuelven por lo general en modo diverso. El juez que se encontraba ya en la incertidumbre respecto a decidir la primera cuestión de hecho, no examinará más la segunda (aún siendo del todo independiente de la primera) como si debiese decidirla en un caso virgen, pero la incertidumbre que a pesar de todo ha permanecido en él después de la primera decisión, se reflejará también sobre la segunda, aunque sea en modo inconciente⁶. Muchas veces además esta especie de compensación se verifica, entre una cuestión de hecho y una de derecho⁷.

Pero esta compensación no es más posible, y el procedimiento lógico impuesto por el legislador explica los más absurdos efectos, cuando se trata de una decisión colectiva.

Supongamos tres jueces que deban decidir sobre una demanda propuesta por A contra B, y que tal demanda implique una cuestión de hecho y una de derecho.

Dos jueces resuelven la cuestión de derecho a favor de A, y otros dos igualmente a su favor la cuestión de hecho, en este modo:

Jueces	I	II	III
Derecho	A	A	B
Hecho	A	B	A

Conclusión: Dos jueces sobre tres, *si hubiesen debido decidir por sí solos*, habrían decidido a favor de B (es decir, rechazada la demanda de A), uno por una razón de hecho y el otro por una razón de derecho. ¿La decisión definitiva, pronunciada a favor de A, corresponde tal vez a una mayor presunción de justicia?

Que responda el simple cálculo de las probabilidades:

Existen 2 probabilidades sobre 3 que A tenga razón sobre el primer punto, y 2 probabilidades sobre 3 que tenga razón sobre el segundo⁸. Pero las probabilidades que él tenga razón *contemporáneamente* sobre el primero y sobre el segundo punto no son más 2 sobre 3, sino 4 sobre 9 (2 x 2 sobre 3 x 3), es decir, según las *mayores* probabilidades su demanda no aparece justificable, siendo una probabilidad sobre 9 que B tenga razón sobre dos puntos, y 4 sobre 9 que tenga razón sobre uno o sobre el otro punto.

⁶ ... y los ejemplos allí citados.

⁷ Puesto que la regla de derecho se forma por lo general de la consideración de múltiples casos de hecho que se presentan bajo un carácter *medio*, allí dónde en cambio el juez se encuentre de frente a un caso *extremo*, su generalización no podrá ser menos influenciada. Así por ej., supongamos que exista duda entorno a la existencia de un derecho dado: es probable que el caso podrá ser decidido en modo diverso si en línea de hecho resulta que el cumplimiento de una inminente *prescripción* habría sin dudas consagrado el derecho por el cual se disputa. En muchas sentencias se puede encontrar el reflejo inconciente de similares preocupaciones, (por ej. v. por último *Casac. Roma*, 2 junio 1919, *Foro Ital.*, 1919, pág. 627).

⁸ Realmente este cálculo no puede decirse exacto, ya que se basa sobre la presunción que la unanimidad de los tres jueces equivalga a la certeza. Un análisis psicológico más preciso, y que me reservo de hacer en otra ocasión, debería tener en cuenta también este elemento: de cualquier modo, se puede en todo caso afirmar que tales probabilidades serán siempre menores de 2 sobre 3.

Retornando al ejemplo *supra* citado, si, procediéndose a una consulta de 3 médicos, 2 de estos consideran que el enfermo esté afectado de carcinoma, y 2 a la par (que pueden no ser los mismos) consideran que, *en caso afirmativo*, el enfermo sea operable, y, por lo tanto, si en vía definitiva 2 médicos sobre 3 *desaconsejan* la operación, aunque sea por diversos motivos, creamos que ningún enfermo de buen sentido (dado que tenga en los tres consultores igual confianza) se decidiría a dejarse operar.

A más graves errores similar modo de proceder debe necesariamente conducir cuando los jueces sean más de tres o las cuestiones a decidirse más de dos.

Supongamos el caso que a un colegio de 10 jurados sean propuestos las siguientes cuestiones:

1. – Si el imputado haya cometido el hecho.
2. – Si se encontrase en el estado de legítima defensa.
3. – Si tuviese la conciencia o la libertad de los propios actos.

Y supongamos que las opiniones individuales de los singulares jurados estén divididas como sigue: (A = absuelve; C = condena).

Jurados	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
1º cuestión	A	A	A	A	C	C	C	C	C	C
2º cuestión	C	C	C	C	A	A	A	A	C	C
3º cuestión	A	A	C	C	C	C	C	C	A	A

Como se ve claramente, si cada uno de los jurados hubiese debido pronunciar por su cuenta un juicio individual y definitivo, el imputado habría sido absuelto por unanimidad, bastando para la absolución la respuesta favorable a *una sola* de las tres cuestiones.

Procediéndose en cambio a la votación en el modo impuesto por la ley, dada la respuesta afirmativa (por mayoría) sobre la existencia del hecho, y la respuesta negativa (siempre por mayoría) sobre cada una de las circunstancias dirimidas, el imputado será necesariamente condenado.

¿Se debe considerar tal juicio más conforme a justicia?

Reiterando el cálculo de las probabilidades *supra* señalado, tendremos:

- I. – Existen 6 probabilidades sobre 10 que el imputado haya cometido el hecho.
- II. – Existen 6 probabilidades sobre 10 que él no se encontrase en el estado de legítima defensa.
- III. – Existen 6 probabilidades sobre 10 que el tuviese la conciencia o la libertad de sus propios actos.

Pero las probabilidades que se hayan verificado *contemporáneamente* todas estas tres circunstancias no son más 6 sobre 10, sino más bien 6 x 6 x 6 sobre 10 x 10 x 10 ello es 216 sobre 1000. Debe entonces considerarse que existen solamente 216 probabilidades sobre 1000 que la condena corresponda a justicia.

Nótese luego que tal absurdo procedimiento lógico puede conducir no sólo a consecuencias injustamente dañosas, sino también a consecuencias injustamente favorables para el imputado.

Así, supuesto que tres jueces estén de acuerdo en admitir que el imputado haya cometido un determinado hecho, que para cada uno de ellos constituye un *reato diverso* (por ej. para uno hurto, para el otro estafa y para el tercero apropiación indebida), allí donde se someta sucesivamente a votación las tres cuestiones, el imputado terminará con ser absuelto, mientras su culpabilidad no está sujeta a discusión ⁹.

⁹ Es precisamente en base a sutilezas de este género que uno o más jueces, también de acuerdo, pueden llegar a excluir la existencia de un delito, cuando el caso en examen no pueda ser clasificado en el

Pero, si del lado *objetivo* debemos necesariamente reconocer que este sistema de ir en busca de la verdad mediante sucesivas comprobaciones no corresponde por nada a una mayor probabilidad de justicia, del lado *subjetivo* éste presenta inconvenientes aún más notables.

Vimos ya cómo sea absurdo pensar que también un particular juez, después de haberse pronunciado, y luego de grandes incertidumbres y vacilaciones entorno a una primera cuestión, deba sin dudas transformar cierto y seguro que tal juicio corresponda a la verdad absoluta.

Pero es todavía más absurdo pensar que, si un juez está absolutamente convencido que una primera cuestión deba resolverse en un determinado modo, pueda luego, seguidamente al voto de la mayoría, no sólo cambiar su opinión en sentido del todo contrario, sino continuar en la votación de las cuestiones sucesivas poniendo como presupuesto de su juicio aquella pretendida verdad que él precisamente desconoce.

Y así por ej., siendo convencido que el imputado *no haya cometido el hecho*, pero al mismo tiempo que sus condiciones mentales fueran del todo normales, luego del voto contrario de la mayoría sobre la primera cuestión, deba, respondiendo sobre el segundo, como pretende Carrara,¹⁰ prescindir en absoluto de su precedente opinión y excluir así el embriago o la locura, contribuyendo en tal modo a la condena o a una mayor pena para quien él considera del todo inocente.

Esta excesiva importancia atribuida al procedimiento lógico en las sentencias de los jueces, debe, según mi modo de ver, reconectarse con aquella tendencia que conduce a extender al derecho, también bajo otros aspectos, el dogmatismo de la filosofía pura.

La filosofía dogmática siente la necesidad de llegar a conclusiones *ciertas*, pero por ello tiene necesidad también de premisas ciertas. Y los juristas encuentran un medio cómodo para llegar a tal certeza, transportando artificialmente el concepto de la *cosa juzgada* del campo de la práctica, en el cual tiene origen y por el cual solo tiene razón de existir, a aquel de la lógica formal.

Todo al contrario procede el método científico. A los dogmas él ha sustituido las *hipótesis*. Ningún físico siente al día de hoy la necesidad de definir en modo cierto qué sea la electricidad, antes de estudiar los efectos o buscar sus aplicaciones.

Ahora, mientras la tendencia dogmática conduce precisamente a atribuir una importancia decisiva al procedimiento formal, la tendencia científica debería en cambio conducir a considerar el valor *instrumental* de la sentencia, es decir, a preocuparse si ella corresponda *subjetivamente* a la íntima convicción del juez, *objetivamente* a las exigencias de aquel momento histórico dado.

Y nótese que es precisamente la tendencia dogmática aquella que conduce luego a las incongruencias y a los abusos del llamado *derecho libre*, por el cual precisamente se quiere reducir a fórmulas teóricas, dogmatizar, aquel proceso de adaptación de la teoría a la práctica, que tiene un valor psicológico sobre todo porque inconciente.

El derecho romano, el derecho anglo-americano no conocen disputas de este género: precisamente porque en ellos la aplicación del derecho ha sido siempre concebida como una función social, y no como una ejercitación lógica.

restringido elenco de conceptos jurídicos que están acostumbrados a usar: como por ej. en la notoria sentencia del Tribunal Supremo de Lipsia que declaraba no constituir reato la sustracción de energía eléctrica. A cuyo propósito justamente observaba DANZ: « El jurista debe siempre tener presente que los conceptos jurídicos constituyen sólo el instrumento con el cual facilitan su trabajo, pero que la vida real no existe para ellos y no debe por medio de ellos ser regulada, y por ello, cuando él ve que este instrumento sustrae el sentimiento jurídico popular, debe proveerse de otro y más apto ».

¹⁰ *Opuscoli*, v. II, Lucca, 1870, pág. 184.

En este sentido la utilidad de los juicios colectivos consiste sobre todo en permitir a los singulares jueces ponerse en contacto entre ellos y por tal medio indirectamente también con el espíritu público. A lo que podrá contribuir especialmente la discusión sobre los motivos y sobre las singulares partes de la sentencia. Pero considerar estos motivos y estas partes separadamente, y querer que sobre ellos se decida a golpes de mayoría, equivaldría un poco a la obra de quien, para tener una estatua perfecta, mandase hacer a un escultor un brazo, a otro una pierna, al tercero la cabeza, y pretendiese luego en tal modo reconstruir la estatua entera.

Pero la psicología de los juicios colectivos, que es bien diversa de la psicología de la masa, no ha sido aún examinada en modo completo¹¹, y sobre ella, y en particular modo sobre la importancia de la *discusión* (que con tan poco criterio psicológico se quiere abolir en los juicios de los jurados del nuevo código de procedimiento penal) retornaremos en un próximo artículo.

ROBERTO VACCA

¹¹ Cfr. ...