

IV. 81. Ventajas e inconvenientes del Jurado como institución política.—82. Ventajas e inconvenientes del mismo como institución judicial.—83. El Jurado ante la psicología y la sociología.—84. Abolición del Jurado para los delitos comunes y las reformas más urgentes.....	236
V. 85. B. La "bancarrotas de los sistemas penales clásicos" y el sistema positivo de defensa social represiva.—86. Criterios fundamentales del sistema defensivo.—87. I. Segregación por un tiempo indeterminado con revisión periódica de las sentencias.—88. II. Reparación de los daños como función del Estado.—89. III. Apropiación de los medios definitivos a las categorías de los delincuentes, de un modo contrario a la unidad clásica de la pena.—90. Caracteres comunes a los diferentes establecimientos de segregación	261

cen en justicia, una garantía real contra los errores posibles o las sorpresas judiciales: pues como ya he dicho, el Código de procedimiento, es precisamente por esta razón el Código de los hombres honrados que pueden, por error o por malevolencia de otro, ser sospechosos de un delito, mientras que el Código penal es el Código de los malvados, de aquellos a quienes se aplica, cuando se prueba que son los autores de un delito. Esto mismo demuestra cuán equivocados están los clásicos individualistas cuando acusan a la escuela positiva de querer suprimir en el procedimiento penal las garantías de la libertad personal. Cuando se trata de garantías serias y esenciales (y no de nulidades bizantinas, sin valor para la defensa de los individuos y buenas solamente como escapatorias dispendiosas para ganar tiempo en un proceso penal), entonces nosotros también pedimos, y exigimos, que la libertad del ciudadano que comparece en justicia sea asegurada; pero, sin embargo, como ya he dicho, a condición de que se recuerde siempre que enfrente de las garantías individuales, se impone asegurar igualmente las garantías de la sociedad civil.

IV

80.—Conocimientos científicos suficientes: este es el principio que debe determinar la reforma fundamental de la magistratura penal, que da a la vez un golpe mortal a la institución del Jurado, cuya supresión para los delitos comunes, junto a una elección mejor de los Magistrados y a más perfectas garantías de independencia, constituye la última de las reformas principales que la escuela positiva reclama desde ahora, en nombre de la razón primera y de las condiciones finales de un verdadero juicio penal.

Se invoca en favor del Jurado los principios de libertad. Pero en una cuestión de ciencia, es decir, de justicia penal, no es ni el ideal democrático ni el aristocrático el que precisa recordar; sino el criterio de la capacidad científica (1).

(1) Es interesante recordar que en *Algunas cartas del Profesor F. Carrara*, publicadas por su hijo en Luca, en Mayo de 1891, para conmemorar la inauguración de su monumento, se leen estas líneas de Carrara (página 64, carta de 1870): "Tengo expresado desde 1841 mi

Teodoro Jouffroy, asistiendo a una lección de Carmignani contra los jurados, exclamó: «Vos salváis la lógica, pero matáis la libertad».

Sin averiguar si la libertad es posible fuera de la lógica, el hecho es, sin embargo, que el Jurado se presenta con un predominio demasiado grande de su aspecto político, para no abrir el camino a las declamaciones y a los criterios unilaterales. De aquí los entusiasmos fáciles para esta institución judicial, que se presenta al sociólogo criminalista bajo un aspecto bien diferente.

A fines del siglo XVIII, cuando el pensamiento de los sabios y de los juristas tendía a establecer una clase de Magistrados independientes, la Revolución francesa, llena de desconfianza

modo de opinar sobre el Jurado en un artículo publicado por los *Annales de la jurisprudencia toscane*; allí dije que *la justicia criminal se convertía en una lotería*. Se quita la balanza de manos de la justicia para sustituirla con una urna. Este es para mí el vicio radical de los jurados.

"Quizá todos los demás defectos pudieran ser eliminados por una ley más razonable, pero este vicio es innato e inseparable del Jurado. El destruye también la uniformidad de la justicia punitiva, y este es un mal muy grave. Entre los Magistrados también se pueden encontrar y se encuentran unos que son más o menos severos, más o menos benévulos; pero al cabo y al fin, juzgan según los cálculos de la razón jurídica, y entre un juicio y otro existirá siempre menos desigualdad. El defensor inteligente y experto podrá en todo caso prever con algún cálculo de probabilidades la suerte del procesado. Mas con los jurados toda predicción es temeraria y engañosa, puesto que juzgan por sentimiento. ¿Hay nada más caprichoso y que cambie más que el sentimiento?"

"La fortuna sonríe al acusado; los nombres que salen de la urna son aquellos que corresponden a hombres que en sí mismos y en las tentaciones a que están sujetos encuentran excusas a las faltas del procesado, o de aquellos otros que han experimentado en su vida cuán fácil es mentir, y desconfían de los testigos de la acusación. La fortuna, por el contrario, es desfavorable al acusado; si está inculpado de robo, entonces salen de la urna nombres de propietarios que se quejan todos los días de los robos de que son víctimas; si está acusado de atentado al pudor con violencia, la suerte designa a jurados que aman tiernamente a sus hijas o que son muy celosos de sus mujeres, y así otros casos; de tal manera que el azar de la urna produce mucho más efecto que el talento o la torpeza del abogado. Mucho más sirve al abogado un rasgo de astucia o de habilidad que todo su saber. Tuve que defender en Massa a un marido que había asesinado en pleno día, en un café frecuentado, al amante de su mujer. Cuando llegué a esta población rogué a mis amigos me indicaran en la lista de los jurados quiénes de ellos estaban solteros y quiénes otros casados: recusé a los primeros y acepté a los segundos: estaba así seguro de ganar y gané en efecto.

Este es, a mi juicio, el verdadero vicio intrínseco del Jurado, y el legislador no tiene medio alguno de eliminarlo."

hacia toda aristocracia y hacia toda casta social, y de entusiasmo para la omnipotencia y omnisciencia del pueblo, combatió semejante tendencia e instituyó el Jurado. Mientras que, en el orden político, intentaba volver a los tiempos de la antigüedad clásica, en el orden judicial llevó en triunfo esta institución de Inglaterra, que habían conocido, por lo menos en estado embrionario, los atenienses y los romanos de otro tiempo, y algunos pueblos europeos de la Edad Media; aquélla veía allí un excelente medio para que el pueblo, administrando por sí mismo la justicia, no tuviese que temer la tiranía (1). El jurado debía asegurar la soberanía del pueblo liberado, representar la conciencia del país, sustituir con el buen sentido, con el buen corazón popular, la doctrina pedantesca de hombres envejecidos en el estudio y en los privilegios de casta; considerado desde este punto de vista, estaba muy de acuerdo con las ideas entonces reinantes, y no podía menos de ser generalmente adoptado. Ejemplo notable de la relación orgánica que existe entre las condiciones sociales y políticas, entre las ideas filosóficas y el orden judicial,

Y si el Jurado, trasplantado al continente, ha quedado re-

(1) Tissot, *Le droit pénal*, tomo II, pág. 461, París, 1880.

El Jurado ha tenido, en efecto, tres formas principales: el Jurado romano, que era muy diferente del nuestro; el Jurado feudal, que no era otra cosa que el juicio de los iguales, para asegurar por la igualdad de la clase social entre Jueces y juzgados la imparcialidad; el Jurado inglés (mal imitado por la Europa continental), que era la reunión de los testigos. Estos acabaron por llegar a ser los Jueces, no sólo definitivos (con el Jurado pequeño), sino sobre todo para la admisión de la acusación (gran Jurado). Así el Jurado inglés ejerce una soberanía judicial completa, en la instrucción y en el juicio, para los crímenes y para los delitos. Decide siempre por unanimidad (más o menos espontánea), cuando se declara *inculpable* al acusado, porque si confiesa éste no existe Jurado. Estos Jurados pueden expresar sus votos sobre las consecuencias del veredicto, recomendando, por ejemplo, el condenado a la clemencia del soberano, y afirmando que es responsable de un delito distinto que aquél de que fué acusado, etc.

Estas garantías, a la vez que una larga práctica secular, disminuyen en el Jurado inglés el defecto de capacidad científica, sin suprimir, no obstante, este defecto fundamental. A éste se agrega el carácter de justicia de clase (a la inversa del Jurado feudal), porque del Jurado inglés, como de los de la Europa continental, son excluidos las mujeres y los obreros.

Véase De la Grasserie, *Origines, évolution et avenir du jury*, en la *Rev. intern. de Sociol.*, Julio 1897; Nunzio, *Genesi dell'istituzione dei giuri*, en *Filangieri*, 1898, pág. 481.

ducido, a pesar de los pretendidos perfeccionamientos afirmados por Bergasse en el informe presentado a la Constituyente el 14 de Agosto de 1789 (1), a una falsificación de lo que existía entonces en Inglaterra, ya sea en la manera, ya en el objeto de su funcionamiento, conserva, sin embargo, un aspecto político bastante marcado y bastante seductor para que esto baste a asegurarle todavía una considerable falange de admiradores, pese a las experiencias poco satisfactorias que han sido hechas de su aplicación práctica, aportando a sus defectos los remedios más variados. Sin embargo, como el Jurado es una institución judicial, conviene, según la opinión general, examinar sus ventajas e inconvenientes, no ya desde el punto de vista político solamente, sino también y de un modo más especial desde su aspecto judicial, para deducir la conclusión que impondrá lógicamente el predominio de las unas o de los otros.

Las ventajas que se reconocen al Jurado desde el punto de vista político, disminuyen singularmente cuando se piensa, que hasta si quiere verse en el Jurado un reconocimiento de la soberanía popular, lo cual puede ser razonablemente puesto en duda (2), todo, en suma, se reduce a bien poca cosa, vistas las limitaciones de personas y atribuciones que las leyes deben inevitablemente imponer a la práctica del Jurado.

Y primeramente, por lo que hace relación a la defensa de clases en la justicia penal, vemos que las reformas sucesivas del Jurado, sobre todo en Italia, han excluido cada vez más de las listas la clase popular y aun los heterodoxos en política. De suerte que hoy, en Italia como en otras partes, el Jurado representa menos en realidad la *soberanía popular*, que la *soberanía judicial de la clase burguesa*.

Además, como observa Ellero, el carácter esencial que distingue al jurado del Juez de profesión, consiste, sobre todo, en que el primero debe su poder simplemente a su cualidad de ciudadano y no a un mandato del príncipe o de la elección. Por consiguiente, cualquiera que forme parte del cuerpo de los ciudadanos y esté en el ejercicio de los derechos civiles y poli-

(1) Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, tomo VIII, párrafo 593, París, 1858.

(2) Pessina, *Opúscoli di diritto penale*, pág. 296, Nápoles, 1874.

ticos, con la edad necesaria, debiera, según el espíritu de la institución, administrar justicia sin restricción, en todo debate, civil y penal, leve o grave, y no sólo por las decisiones definitivas, sino también para las preparatorias, de hecho y de derecho. Y sin embargo, sin hablar de la imposibilidad en que actualmente se está, por mucha fe que se tenga en la omnisciencia popular, de hacer emitir los juicios, al modo clásico, por el pueblo reunido en comicios, se ha reconocido más o menos, en todos los países, que no se llegaría con todo esto más que al absurdo; se ha abandonado, por tanto, y limitado con toda clase de restricciones, el principio supremo de donde emana el Jurado, el cual, de consiguiente, como institución política, no puede ser puesto en práctica ni reformado más que por los continuos ataques dirigidos a lo que es su idea fundamental.

Erio Sala decía con acierto a este propósito, que se incurre siempre de esta suerte en el absurdo de confiar otros oficios a aquellos Magistrados hacia los cuales se ha demostrado desconfianza en la misión reservada al Jurado, y de imponer después, en otros casos, a los ciudadanos citados ante la justicia, estos Magistrados desacreditados (1); sin contar con que el Jurado ha perdido a su vez el crédito, como hace observar Pessina (2), por la vigilancia continua del Juez de profesión a cuya tutela se somete.

Se debe también añadir, que desde el punto de vista práctico, el Jurado realiza aún menos este imperio de la soberanía popular sobre el continente, en el que no es permitido al Jurado manifestar, como en Inglaterra, votos, censuras y modificaciones accesorias a la acusación criminal de que se le hace Juez (3).

Y cuando se repite con Jouffroy, que el Jurado es en todo caso la vanguardia de la libertad, nosotros podemos responder lo que sigue: O bien el Gobierno es tiránico, y entonces los jurados nos salvan la libertad, como se vió desde Enrique VIII

(1) Sala, *Sull'istituto della giuria*, pág. 49. Módena, 1875.

(2) Pessina, *Opúscoli di diritto penale*, pág. 297, Nápoles, 1874.

(3) Véase los ejemplos en Mittermaier, *Traité de la procédure criminelle en Anglaterre, en Ecosse et dans l'Amérique du Nord*, trad. Chauffard. París, 1868, III, párrafo 4.º

a Jacobo II en Inglaterra, donde «el Jurado, cuando el Poder estaba corrompido y el Juez era vil o intimidado, no fué una gran ayuda para la libertad» (Mittermaier, *op. cit.*); o bien el Gobierno es liberal, y entonces los Magistrados son también independientes, sobre todo si están rodeados de las garantías que se exigen (1). La historia, de otra parte, nos presenta el Jurado instituido por gobiernos despóticos; así en la alta Italia bajo Napoleón I, en 1815; en Nápoles, bajo un Borbón, en 1820; en el Lombardo Véneto, bajo Austria, en 1849. Rusia rehusa hoy la admisión del Jurado en los delitos políticos, pero lo admite para los delitos comunes; y la Italia contemporánea, por una reacción política, ha sustraído del Jurado una gran parte de los delitos ordinarios (¡por una medida ilegal inserta en el decreto para coordinación y aplicación del Código penal!) y de los procesos político-sociales (por las leyes excepcionales de 1894 y 1898). De suerte que el Jurado, como institución liberal y política, está destinado a no nacer o a permanecer impotente cuando hay verdadera necesidad de él, y a quedar inútil cuando se establece sin trabajo y se le eleva a las nubes.

82.—Comprobamos de otra parte que en Inglaterra el Jurado es considerado, sobre todo como una institución judicial, y que precisamente bajo este aspecto es como importa examinarle.

Las mayores ventajas que se atribuyen al Jurado, son las dos siguientes:

Primero lo que se llama el *juicio moral*, que acaso responde a las *æquitas* de los antiguos.

La ley, se dice, tiene siempre cierta rigidez y una especial impotencia, porque debe proveer las necesidades del porvenir fundándose sobre el pasado; de vez en cuando sobrevienen hechos y circunstancias no previstos por el legislador, a los que al Juez costaría trabajo aplicar las mismas reglas positivas. Se opera además en la sociedad humana un progreso incesante y rápido que no pueden seguir las leyes penales, aunque sean frecuentemente reformadas, como entre los bávaros, quienes

(1) Tolomei, *Diritto e procedura penale*, párrafo 2.056, Padua, 1875, tercera edición, y Sala, *op. cit.*

en menos de un siglo han cambiado ya tres veces su Código penal, o en Francia, en donde una serie de leyes especiales tiende a mejorar el viejo Código napoleónico. Por grande que sea la previsión y presciencia de un legislador, la infinita diversidad de la naturaleza humana no podrá jamás ser encuadrada en un determinado número de artículos, más o menos casuísticos, de un Código penal.

Precisamente este inconveniente grave es el que el Jurado debe, se dice, remediar. El pueblo mismo, que juzga por un voto sin comprobante, puede corregir por sus veredictos la obra imperfecta de las leyes; y puede, él, el Juez soberano, templar el *summum jus* por interpretaciones amplias y hasta contrarias a las leyes escritas.

La segunda ventaja jurídica del Jurado, según algunos, es seguir en sus juicios «la convicción íntima», «la inspiración del sentimiento», «la voz de la conciencia», «el instinto virgen», con preferencia a los criterios artificiales y ficticios del Juez de profesión.

No niego la realidad de estos caracteres propios del Jurado; pero francamente, no creo que sean méritos tan preciados: quizá fuera aun más prudente temerlos y renunciar a ellos.

Es para nosotros un axioma político y jurídico la separación de los poderes públicos del Estado, que no es otra cosa que una aplicación de la ley universal de la división del trabajo. Admitimos, pues, la reforma continua de las leyes penales, más progresivas y más variables por naturaleza que las leyes civiles; pero no admitimos que esta misión corresponda a una institución judicial. Aunque cierta corriente de ideas se muestra favorable a esta ingerencia del poder judicial en la comprobación y corrección de las leyes, pensamos que está demostrado de un modo definitivo que la garantía suprema de la libertad es y será siempre la ley escrita. Nos basta para ello recordar a Sócrates y Foción, condenados a muerte por el Tribunal de los *Heliastas*, quienes, precisamente «al usar y abusar de una judicatura soberana, se transformaban en una hidra legislativa e inventaban en el grado de su cólera delitos y penas» (1).

(1) Ellero, *Opúscoli criminali*, Bolonia, 1874, pág. 257.

En cuanto a la individualización de los preceptos legislativos, he dicho ya, a propósito del poder arbitrario del Juez, que podemos admitirla en un sistema de procedimiento y en una organización judicial sistemáticamente inspirada por el *merito* positivo, cuando el Juez ofrezca realmente las condiciones de capacidad científica y de independencia necesarias para juzgar en el acusado al hombre y no al delito. Pero este poder judicial otorgado a un Juez popular que no presenta ninguna de estas condiciones, y en un sistema de procedimiento inspirado por ideas por completo diferentes, no puede ser más que una contradicción y un peligro.

Estamos, pues, convencidos de que esta casi soberanía con la cual el Jurado pronuncia sus veredictos constituye, por el contrario, uno de sus más grandes defectos. Puede añadirse que el poder que tiene de hacer de la ley letra muerta produce el efecto de disminuir el celo de los promovedores de las reformas legislativas, mucho menos aleatorias, sin embargo, que estos expedientes judiciales arbitrarios y empíricos. ¿Y qué decir después de un sistema legislativo que comienza por estimular a la transgresión de las leyes? El ciudadano que, en sus funciones de jurado o viendo funcionar al Jurado, comprende que se puede llegar hasta arrumbar la ley, pierde cada vez más el sentimiento de la intangibilidad de las prescripciones sociales. El arma es de doble filo: «vale más poner el remedio en la ley que en la subversión de la ley» (1).

Y por esto no podemos persuadirnos de que el sistema de «la íntima convicción», tal como se despliega en el Jurado, sea un mérito y no un defecto.

Que el sistema de las pruebas legales no sea tampoco aceptable, es una cosa en absoluto incontestable. Aceptamos por ello que la fuente única de certeza para todo Juez es la convicción moral recogida en las pruebas de todas clases producidas y discutidas en el curso del procedimiento penal. Sin duda alguna que si el juicio penal debiera consistir en declarar si una determinada acción es buena o mala, pensaríamos nosotros tam-

(1) Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, tomo III, parte IV, capítulo V.

bién que la conciencia individual, que tiene por objeto este juicio moral, puede bastar; pero como esto no es así, pues el juicio penal se refiere a la certidumbre o incertidumbre, falsedad o verdad de un conjunto de hechos, creemos que escapa a la competencia del sentimiento íntimo para someterse completamente a la decisión de la inteligencia escrutadora. Nos parece, en suma, poco lógico que un ciudadano se vea privado de sus derechos y que la sociedad esté expuesta, por una defensa jurídica defectuosa, a la repetición de los ataques criminales, sin que ni el uno ni la otra puedan preguntar al Juez las razones de sus fallos.

Porque si combatimos el Jurado y su juicio instintivo, no es sólo porque pueda decidir a ojos cerrados, sino también y quizá más, porque no incurre en ninguna responsabilidad.

Nosotros pensamos, también, con Carrara, que cuando el legislador se contenta con un *sí* o con un *no* secos, es mucho más dañoso que útil sustituir el Jurado con el Juez de profesión; pero pensamos también, con Carmignani, que al veredicto del Jurado, que él llamaba un juicio de Cadi, se debe preferir la respuesta del Magistrado sometido a una inspección. Y sin hablar de la necesidad para el juicio penal, tal como nosotros le pedimos, de suministrar al Juez, después de su sentencia, todos los elementos útiles para seguir sus consecuencias en el tratamiento que se impone al condenado, es un axioma de libertad tan evidente que todo funcionario investido de una parte del poder público debe ser responsable de sus actos, que resulta inútil insistir más sobre este punto. Si el Jurado, como representante y parte del pueblo, cuya soberanía no puede tener ninguna otra por encima de sí, no puede ser, por lo tanto, según su naturaleza misma, ni apelable ni responsable, no es menos verdadero que esta consecuencia de su génesis histórica y jurídica ha de considerarse como peligrosa y absurda.

Los méritos que se atribuyen hoy al Jurado, son, pues, muy discutibles; pero nos queda todavía que señalar el defecto capital de esta institución judicial.

No puede verdaderamente comprenderse cómo doce jurados, tomados al azar, pueden representar realmente la conciencia popular, que bastante a menudo protesta y se resuelve con-

tra sus contestaciones. Pero, aunque sea admitido ~~esto mismo~~ no es menos exacto que el Jurado, cuyo carácter ~~esencial~~ ha tenido que violar las leyes, imponiendo restricciones, ~~parte~~ del principio de que sólo el hecho de formar ~~parte del pueblo~~ da el derecho de pronunciar los juicios. Y como el pueblo entero no puede en los Estados modernos reunirse en comicios, el Jurado se funda todavía sobre la idea de que la suerte debe por sí sola decidir del ejercicio de esta prerrogativa civil.

Ahora bien, este doble fundamento del Jurado está en contradicción absoluta con la regla universal de la vida pública y privada, que quiere que los cargos sean, después de una elección juiciosa, confiados a las gentes capaces: y esto es también un aspecto de la ley inevitable de la división del trabajo. Esta regla será alguna vez violada en la práctica; pero ninguna institución puede hacer abstracción de ella en su principio. Es convertir en burla la razón humana, someterse al azar en las necesidades sociales más graves. ¡Cosa verdaderamente extraordinaria!, mientras que en los pequeños detalles de la vida diaria se ha recurrido para los diferentes servicios a obreros especiales diferentes, no se teme en una cosa tan grave como un juicio, olvidar esta regla de prudencia elemental y conducirse como aquel que para hacer componer su reloj se dirigiera a un carpintero.

El Jurado erige en principio no sólo la incapacidad de las personas, sino hasta la incoherencia de los actos. Es natural que no se pueda prescribir al primer recién llegado un método, un plan para el ejercicio de una función enteramente temporal, al que es llamado por razones en que sus aptitudes nada tienen que ver. Por esto no es sólo la constitución del Jurado, sino igualmente sus funciones características lo que el azar preside.

Era imposible que semejantes defectos no fuesen vistos por aquellos que han establecido el Jurado; por esto han recurrido a diferentes expedientes para atenuar las consecuencias de los mismos.

En cuanto a la capacidad de las personas, se ha establecido una multitud de restricciones, fundadas las unas sobre las necesidades mismas de la naturaleza humana, dictadas las otras

por la precisión de evitar cuanto sea posible los más grandes absurdos, y a menudo también arbitrariedades, y otras, por último, dictadas por el deseo de excluir ciertas clases sociales (obreros manuales y mujeres) de la administración de la justicia penal. Y de aquí el sistema de las categorías, de las listas y del sorteo de los jurados, cosas todas que se han modificado por diferentes leyes, pero que no por ello han perdido su absurdo práctico. Porque estos medios indirectos dan a lo más, cuando la dan, la garantía de la capacidad *general y presunta*, no de una aptitud probada o casi probada y especial para las funciones que hay que llenar: estos son «pequeños expedientes que no resuelven radicalmente la cuestión». Hasta la última ley italiana de 1874, que como ha acontecido en toda la Europa en general se ha aproximado, con sus categorías, al sistema de Pisanelli que pedía asegurarse de la capacidad, no ha aportado remedio alguno eficaz, puesto que aquélla ha hecho del censo un título para ser jurado. Este es justamente el vicio profundo del Jurado, porque hace predominar de un modo exagerado el elemento menos provisto de los conocimientos necesarios para pronunciar los veredictos.

Pero las proporciones de los diversos elementos más o menos instruidos que forman el Jurado no deben preocuparnos sino muy poco, por dos razones que me ofrece la sociología actual. La reunión de cierto número de personas en general inteligentes, no es una prenda segura de la capacidad definitiva que resultará del conjunto, porque en el dominio de lo psicológico, la reunión de los individuos no da jamás, como parecía deber ocurrir, un total igual al valor propio de cada uno de ellos. Agrupando individuos sensatos se puede muy bien formar una asamblea que no lo sea, así como en química la reunión de dos gases puede dar un cuerpo líquido (1).

(1) Garófalo (*Un giuri di persone colte*, en el *Archiv. di psych.*, II, 3, pág. 374), narra una verdadera experiencia hecha en un grupo de seis médicos distinguidos, entre los cuales había varios profesores ilustrados, quienes, invitados a dar un veredicto acerca de un hombre acusado de robo, le absolvieron a pesar de existir pruebas evidentes de culpabilidad, y reconocieron después haberse equivocado. Y esto tratándose de hombres de elevada cultura y de un hecho simple y probado! ¿Qué decir de jurados ignorantes que se encuentran frente a procesos complicados donde se agitan las cuestiones de medicina legal más arduas?

Véase observaciones análogas en Dorado, *Impresiones y reflexiones*

Los elementos deletéreos que entre los individuos aislados permanecen ocultos, se unen unos con otros, y por un efecto de afinidad y de fermentación psicológicas, suben a la superficie. Los antiguos habían presentado este hecho cuando decían: *senatores boni viri, senatus autem mala bestia* (los Senadores son hombres de bien, pero el Senado es una bestia maligna); el pueblo tiene de ello idea, cuando dice de ciertos grupos sociales que sus miembros, tomados uno a uno, son gentes dignas, pero que, en conjunto, son villanos. Y este hecho se produce también con bastante más seguridad en los Jurados, en las asambleas, en los comicios, que son reuniones fortuitas e inorgánicas, que en una compañía de Jueces o de peritos; considerando que hay en el primer caso heterogeneidad de elementos psicológicos (ideas e intereses, tendencias, costumbres), y que ésta se encuentra mucho menos en el segundo (1).

Aún no está dicho todo; el Jurado, aun constituido por personas cuya capacidad intelectual es presumible, no podrá nunca ejercer las funciones judiciales de una manera satisfactoria, porque está obligado a regularse según una forma inferior de evolución intelectual. Si consideramos el espíritu humano en su desarrollo progresivo, ya sea individual, ya social, nos encontramos en su evolución tres estados diferentes que se llaman sentido común, buen sentido y ciencia; sus procesos son muy distintos, no en su esencia, sino en el modo de su funcionamiento psicológico, y están sometidos también a la ley gene-

de un Jurado, en la *Scuola positiva*, 15 Marzo 1893; Grother, *The psychology of a Jury in a long Trial*, en el *Med. leg. Journ.*, Marzo 1895, pág. 464; Ajam, *Monographie d'un jury d'Assises*, en los *Arch. anthr. crim.*, 15 Julio 1899.

Los discursos de apertura escritos por el Ministerio público podrían también proporcionar muchos documentos experimentales sobre el funcionamiento del Jurado; pero en ellos se limita a defender más o menos sinceramente el *statu quo*, lo mismo que los Jueces del tiempo de Beccaria defendían con igual sinceridad la tortura como un instrumento necesario para la justicia penal; véase Righi, *Il giuri nei discorsi dei Procuratori generali*, en la *Scuola positiva*, Julio 1895.—Respecto de España la información hecha por el Ministerio sobre el funcionamiento del Jurado y resumida en la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, Agosto 1899.

(1) De este hecho fundamental de lo que he llamado "psicología colectiva", Sighele ha logrado una magnífica aplicación al tratar otro asunto, en *La foule criminelle*, segunda edición, París, F. Alcán, 1900. Véanse también las citas que he reunido en la pág. 294, núm. (1), y Worms, *Psychologie collective et psychologique individuelle*, en la *Rev. intern. de soc.*, Abril 1899.

ral de la evolución pasando continuamente de lo simple a lo complejo. Pues bien; sin que pueda extenderme aquí ampliamente en consideraciones de psicología, es evidente que el Jurado no puede ser conducido más que por el sentido común o más raramente por el buen sentido, es decir por la costumbre inconsciente de pensar de una manera determinada, o por una perspicacia natural que se eleva un poco por encima de los prejuicios vulgares. Pero la ciencia, regla suprema, le está prohibida; ella no puede conciliarse con la reunión accidental e inorgánica de aptitudes generales y excesivamente variadas; aunque sí puede encontrarse, en cambio, en un cuerpo homogéneo y permanente de Jueces. Pessina dice muy bien que los grupos, por eminentes que sean los que los componen, salvo el de los juristas, representan siempre el modo de juzgar de la vida ordinaria, y no aquella fuerza crítica que el espíritu adquiere cuando se ejerce continuamente en el examen de las pruebas judiciales.

En cuanto a la incoherencia de los actos, se ha creído remediarla en parte, separando el juicio de hecho del juicio de derecho, y repitiendo la máxima de Montesquieu, de que es preciso someter al juicio del pueblo un solo objeto, un hecho. Pero sin advertir siquiera, como hacia Hye Glunek (1), que el juicio por jurados envuelve una división y un desdoblamiento del problema judicial, que debería permanecer indivisible como el silogismo en el cual se resume; está demostrado al presente, que el archicanciller Cambaceres tenía razón cuando decía, en las discusiones del Consejo de Estado, que la distinción entre el hecho y el derecho es quimérica. No sólo en el sistema positivista de procedimiento penal, en donde son necesarios sobre todo, además de los conocimientos jurídicos, los de la antropología y la estadística criminal, sino también en los sistemas actuales, el Jurado se ocupa del delito, o lo que es igual, como lo advierte Binding (2), de un *hecho jurídico*, y no de un simple hecho material. el Juez se ocupa de la pena; mas derecho y hecho, en el proceso penal, son inseparables como

(1) Hye Glunek, *Schwurgericht*, 1864.

(2) Binding, *Die deri Grundlagen der Organisation des Strafgerichts*, Leipzig, 1876.

el anverso y el reverso de una misma tela, como la forma y la sustancia, aun cuando se tenga cuidado, como en las diferentes modificaciones legislativas operadas en Italia, de editar lo más posible los *términos* jurídicos.

Si se admite la posibilidad de semejante distinción, la lógica y la experiencia están de acuerdo en desmentir la aserción del que, después de Beccaria, repite que: «para la apreciación de los hechos la inteligencia ordinaria es preferible a la ciencia; el sentido común, a las facultades intelectuales más altas; la instrucción vulgar, a la instrucción científica» (1). Pessina tiene razón cumplida al hacer notar que el trabajo del Juez sobre el hecho mismo que da lugar al juicio penal, no consiste simplemente en una percepción *inmediata* de los hechos, para la cual el simple buen sentido puede bastar, sino que es un trabajo difícil de reconstrucción crítica (2). Es preciso insistir sobre las diferencias naturales y orgánicas que existen entre el derecho civil y el penal; mientras que, generalmente, en los litigios civiles el hecho toma un carácter accesorio, teniendo en cuenta que toda cuestión versa sobre la aplicación de la ley a un hecho que puede ser admitido por ambas partes; en los debates de orden penal, en cambio, la mayor dificultad está en asegurarse de los hechos y en apreciarlos. Para esta apreciación, fundada sobre pruebas, la forma inferior del sentido común y del buen sentido no basta; se hace necesario el auxilio del sentido crítico, del estudio, de la ciencia, de tal modo, que puede decirse con Eltero, que en el proceso penal *el juicio de hecho es mucho más difícil que el de derecho* (*op. cit.*, pág. 371). Y la práctica cotidiana ha dado tantas pruebas clarísimas de esta incapacidad del Jurado para la crítica criminal, en lo tocante al hecho que haya de juzgarse, que estimo inútil insistir más en ello.

83.—Pero encuentro más concluyente todavía recordar algunos inconvenientes del Jurado, que resultan no de circunstancias excepcionales (lo cual puede ocurrir a las instituciones

(1) Hélic, *Traité de l'instruction criminelle*, párrafo 593, pág. 228; Brusa, *Sul giuri*, en la *Riv. penale*, Marzo 1882; Carrara, *Reminiscenze*, Luca, 1883, pág. 361.

(2) Pessina, *Opúscoli criminali*, Nápoles, 1894, pág. 300.

mejores), sino de las leyes mismas de la psicología y de la sociología; y que por consiguiente, no se podrían evitar con expedientes de procedimiento.

La ciencia no conoce el hecho, conoce solamente la ley; para el sentido común y el buen sentido, al contrario, la viva impresión del hecho presente es la preocupación única, sin ninguna investigación sobre los vínculos recónditos que unen los hechos en una ley general. De aquí la tendencia inevitable del Jurado a dejarse siempre imponer por los acontecimientos aislados, guiado por un sentimiento de compasión mal entendida, si, como acontece con frecuencia en Italia, ha transcurrido mucho tiempo desde que el acto criminal se realizó, u obligado por un sentimiento de venganza más o menos disimulado, si los intereses de clase o un plazo demasiado breve no han dejado enfriar la primera impresión del hecho punible. De donde procede una justicia apasionada y miope, que no puede tener más que un escaso prestigio a los ojos del pueblo.

El predominio del sentimiento sobre la razón, que es la nota fundamental del Jurado, se manifiesta claro y con evidencia en la dirección tomada por los debates públicos. Ninguna necesidad existe en ellos de profundos estudios filosóficos ni jurídicos: ¿a qué se aplicarían? Respecto de la crítica de las pruebas y en cuanto a la lógica, se pueden igualmente pasar sin ellas; pero lo que es necesario de un modo extremo, único, es el encanto oratorio. También la ciencia, no sólo criminalista sino médica y antropológica, se encuentra a disgusto en las Cours d'Assises de hoy; porque se hace indispensable poner los problemas científicos más arduos al alcance del buen sentido popular, con la convicción de que el azar y las circunstancias exteriores decidirán solos las cuestiones. Este malestar de la ciencia es inseparable de la existencia del Jurado, como lo demuestran las dificultades provenientes del deseo universal de regular mejor la intervención de los peritos en el procedimiento penal. Y no sólo las Cours d'Assises son poco hospitalarias para la ciencia; ésta es allí hasta falseada por el abuso que se hace de ciertos resultados que se ve ahora casi obligada a negar, porque el sistema del Jurado los ha desnaturalizado por completo. De aquí procede también el descrédito que va anejo a ciertos progresos

científicos y la desconfianza con que se les acoge, cuando podrían, sin embargo, iluminar las tinieblas de que la justicia penal está rodeada.

Otro inconveniente inherente al Jurado consiste en que es imposible que el veredicto represente con toda fidelidad la suma de las convicciones individuales. El Jurado que, en el sistema italiano, está expuesto en los intervalos de los debates, a las influencias externas, es además, aun en Inglaterra, sometido al influjo de la sala de deliberaciones, ya exija la ley unanimidad de votos, ya se contente con la mayoría. Hasta tal extremo que se ha llegado a proponer la publicidad para las deliberaciones del Jurado (1).

En el punto que hemos alcanzado, parece que sin recurrir siquiera a un conjunto de hechos y de cifras que, sin embargo, darían a nuestra opinión una elocuente confirmación, los inconvenientes del Jurado, y sobre todo sus inconvenientes jurídicos, deben en la balanza de la lógica pesar más que sus ventajas. No obstante, para corroborar estas indicaciones, es oportuno hacer dos últimas observaciones: consiste la una, en la más seria y última objeción que se hace a los Magistrados de profesión; la otra está sacada de las leyes de la sociología.

Se dice que el Juez de profesión, habituado a juzgar los actos criminales, está irresistiblemente inclinado a ver en todo acusado un culpable, y a suprimir, por así decirlo, la presunción de inocencia, hasta cuando la justicia la reclame más imperiosamente (2).

El estudio de la psicología demuestra que, por un efecto de la ley universal del menor gasto de fuerza, se comprueba en todas partes la conversión de lo consciente en inconsciente, que produce, por así decir, una polarización determinada de las facultades y de los actos individuales, que Ferrero ha nombrado la decisión ideo-emotiva (3). Esta objeción, fundada en

(1) Carrara, *Opúscoli di dir. crim.*, volumen IV, III.

(2) Véase Sorel, *La psychologie du juge*, en el *Archiv. di psych.*, 1894, XV, 29; De Lano, *L'âme du juge*, París, 1899, y, el ensayo del positivista Ciraolo, *L'anima dei Magistrati (Les defromations professionnelles)*, en la *Revue polit. et litt.*, Junio 1899.

(3) Ferrero, *I simboli*, Turín, 1893, capítulo último, y mejor en la traducción francesa, *Les lois psychologiques du symbolisme*, París, 1895, página 294.

la naturaleza orgánica y psíquica del hombre, tiene, por lo tanto, un cierto valor; pero no tal, a mi juicio, que pueda contrarrestar los efectos del Jurado. Por varias razones.

Primero, poniendo aparte las excepciones causadas por los defectos de la organización actual y la insuficiencia intelectual de los Magistrados, se debe pensar que cuando un procesado llega hasta las sesiones del juicio oral, el encadenamiento riguroso de las operaciones que han constituido la instrucción reduce mucho la probabilidad de inocencia.

En segundo lugar, esta tendencia de los Magistrados está paralizada en parte por la publicidad de los debates, y lo sería más aún (como lo advierte Ciruolo) por la publicidad relativa de la instrucción penal, según existe en Ginebra, y en virtud de una ley reciente, en Francia. Lo que lo prueba es que los hechos más salientes citados en apoyo de esta objeción remontan a los tiempos pasados o se relacionan con el período de instrucción de las informaciones actuales. A este propósito se presenta, sin embargo, un problema histórico interesante; quiero decir, la coexistencia de la plena forma inquisitorial, que disminuye tan considerablemente las garantías individuales, con la libertad política de las repúblicas italianas de la Edad Media.

En tercer lugar, vemos que los Tribunales correccionales, que deberían, en su virtud, dejarse llevar por este hábito, dan una cifra de absoluciones y de admisiones de circunstancias atenuantes que apenas está por debajo de la que ofrecen los Jurados. Si por otra parte, en la Magistratura, el inconveniente de la tendencia a condenar es de temer, el Jurado tampoco evita las influencias no menos peligrosas de los prejuicios vulgares: se trata, pues, en suma, de decidir si se debe preferir el predominio de los criterios sociales, como en el Jurado, o el de los criterios personales y de clase, como en la Magistratura, cuando se asegura a esta última, como he dicho anteriormente, las condiciones esenciales de capacidad científica y de independencia.

Por último, no son ciertamente las garantías en favor del individuo las que faltan en nuestro tiempo: la motivación de la sentencia, la abolición, o poco menos, de las penas irreparables, las apelaciones, casación y revisión, debilitan singularmente (y

hasta destruirían, en un sistema racional de procedimiento como el que nosotros sostenemos, y donde las condenas fueran periódicamente revisables) el valor de esta objeción que debería de otra parte, si pudiera suscribirse a ella, tener por consecuencia lógica la adopción del Jurado en los Tribunales correccionales; pues, ¿para qué sustraer de aquella pretendida garantía del juicio popular a un número de procesados que es infinitamente superior al que las *Cours d'Assises* tienen que juzgar?

Si de otra parte el valor de esta objeción hecha a la Magistratura crece en razón directa de los defectos que la mala elección del personal implica para la administración de justicia, encontramos mucho más grave la objeción que la sociología puede oponer al Jurado, trasplantado en Italia, de golpe, como en Francia, por la sola potencia artificial de una decisión legislativa.

Las ciencias naturales han demostrado, por las leyes de la evolución natural, que ninguna variación estable y provechosa es posible en ningún cuerpo vegetal o animal, sin una preparación lenta, continua y oportuna, efectuada por las fuerzas orgánicas latentes y las circunstancias exteriores, porque el tiempo no respeta lo que se hace sin él. Aquéllas han demostrado que las leyes inexorables de la naturaleza producen la atrofia de todo órgano que sobrevive quedando privado de función propia, y que por lo tanto, ningún órgano nuevo puede ser viable si su existencia no es reclamada por la novedad de una función correspondiente. Con la base de estas leyes científicas, la sociología, que estudia la sociedad humana como un organismo natural, establece igualmente que ninguna institución social es verdaderamente útil y duradera, cuando no es el efecto natural, es decir, necesario, de un concurso de causas orgánicas y psíquicas nacidas desde tiempo anterior y en las fuentes más profundas de la vida de un pueblo. Establece además que la evolución social se produce por un paso continuo de lo homogéneo a lo heterogéneo, y que en su consecuencia, los órganos o instituciones no se fraccionan ni se multiplican más que por el funcionamiento y la multiplicación de las funciones sociales.

Si aplico estos principios a la institución del Jurado, observo de un modo inmediato que no ha nacido en el continente europeo, por el desarrollo secular de los elementos étnicos e históricos de los diferentes pueblos (porque aun allí donde haya existido alguna huella, ha sido completamente borrada), sino que ha sido trasplantada por un simple rasgo de pluma del legislador. Inglaterra sólo, que tiene la buena fortuna de poseer un edificio social y político tan antisimétrico, tan espontáneo y tan antiguo, puede decir que el Jurado es un producto verdaderamente natural de su pueblo, y en consecuencia, más vivaz en él que en parte alguna; en dicho país, el derecho ha nacido y crecido con el pueblo, y el procedimiento criminal, sobre todo, ha permanecido siempre en las más estrechas relaciones con las costumbres y con el estado social y político (1). Pero para las naciones europeas que, con civilizaciones tan diferentes unas de otras, han imitado más o menos de cerca el Jurado inglés, separándole sin embargo, como dice Mittermaier, «de la base natural de las instituciones y de los principios, que són en Inglaterra sus correlativos necesarios» (2), no dudo en decir que esta institución es una de las que Spencer incluirá en el cuerpo colectivo de falsas membranas sin vínculos físicos con el resto de la armadura social. No habrá, pues, que temer ninguna consecuencia funesta, cuando otro trazo de pluma dingregue de la sociedad esta institución que no es indígena, de la cual se han señalado los vicios esenciales, vicios que, en nuestra opinión, la impiden la aclimatación, que no ha obtenido todavía en Francia, por ejemplo, después de un siglo de experiencias repetidas (3).

(1) Y a pesar de ello, aun en Inglaterra, el Jurado tiene adversarios bastante numerosos y autorizados (desde Bentham hasta Brown), recordados por Van den Heuvel, *Apología del giuri in Inghilterra*, en la *Rivista penale*, Junio 1883. Véase también *Il giuri in Inghilterra*, Città di Castello, 1887.

(2) Mittermaier, *Traité de la procédure criminelle en Angleterre*, etcétera, París, 1868, párrafo 1.

(3) He aquí el estado presente de la legislación europea, en punto al Jurado en la justicia penal ordinaria:

Inglaterra, Escocia, Irlanda y Suiza tienen el Jurado en materia criminal y correccional.

Francia, Italia, Austria, Istria, Croacia, Dalmacia, Prusia Rhenana, la Alsacia Lorena, Baviera, Bohemia, Galizia, Bélgica, Rumania, Grecia, Portugal, Rusia y Malta cuentan con el Jurado en materia criminal. Es-

Respecto a lo que concierne a la ley sociológica de la unidad de los órganos respondiendo a la unidad de las funciones, me parece que si se ha visto, en Inglaterra, crecer al Jurado y la Magistratura paralelos y entrelazados, se da allí un fenómeno histórico que no es en manera alguna contrario a esta ley; porque estas dos instituciones presentan en su diversidad, por la cooperación admirable de los Jurados y de los Jueces en la sentencia, aquella unidad orgánica de donde resulta el proceso de integración que, según Spencer, es la nota fundamental de la evolución. Pero que, en las naciones del continente, haya venido el Jurado a agregarse a la Magistratura, que era ya el órgano muy desenvuelto de una función social, y que tal agregación se haga por una simple superposición de partes, esto me parece un verdadero fenómeno de superfetación.

Y si se dijera que el Jurado, constituyendo una transición de lo homogéneo a lo heterogéneo, marca por ello mismo un grado ulterior de la evolución social, respondería haciendo una distinción, que es la siguiente: Que la *evolución* se produce cuando el tránsito de lo homogéneo a lo heterogéneo realiza al propio tiempo una integración, reafirmando la unidad orgánica de los pafia le había suspendido; pero le restableció en 1888 (para más detalles, véase el trabajo de Torres Campos, *El Jurado en España*, en la *Riv. pen.*, Abril 1894).

Rusia no admite el Jurado para los delitos políticos, para los de ultraje y resistencia, asesinato y bigamia, que son juzgados por los Tribunales, con el concurso de los representantes de las clases.

Prusia, Saxe, Baden, Wurtemberg, tienen Jurado en materia criminal, más el escabinato en material correccional y de policía.

Dinamarca, Suecia, Finlandia y el cantón del Tessino tienen escabinato. Suecia ha establecido el Jurado para los delitos por medio de la Prensa.

Holanda, Noruega, Esclavonia, Transilvania, Polonia, Servia, Croacia y Turquía no tienen ni Jurado ni escabinato.

Hungría, que no tenía Jurado más que para los delitos políticos y de imprenta, lo tiene también para los delitos ordinarios con el nuevo Código de procedimiento penal, desde 1.º de Enero de 1900.

Véase *Questionnaire pour la comparaison des statistiques criminelles*.—A) *Méthode pour la préparation des statist. crim.*—B) *Procédure pénale*.—C) *Législation pénale*, en el *Bulletin Instit. intern. statis.*, Roma, 1892, VI, fascículo 2, pág. 161. Y acerca de las condiciones para la elección de los jurados en los diferentes países, véase Nagels, *Le recrutement du jury en Belgique et dans les autres Etats*, en el *Journal des Trib.*, 4 y 5 Junio 1899.

Se discute sobre la introducción del Jurado en la República Argentina y en la República Cubana. Véase Aguirre, *El Jurado; su implantación en la República Argentina*, en la *Criminología moderna*, 1898, número 1, y 1899, núm. 6. Domínguez, *Del juicio por jurados*, ibídem, 1899, número 5; *Revista del Foro* (Habana), núms. 7 y 8, 1903.

elementos; pero cuando, desviándose de las leyes normales de la naturaleza orgánica, opera una desintegración en daño de esta unidad, debe acabar al contrario por la *disolución*. La división del trabajo, que ha producido órganos y funciones multiformes, en la escala zoológica y en el dominio de la economía política, de la ciencia, de la administración pública y privada, etcétera, constituye una serie de cambios a los cuales conviene el nombre de progresos. Pero el paso de la unidad de las formas a su multiplicidad, que se produce en las enfermedades de los animales con modificaciones orgánicas numerosas, como en las revoluciones sociales con una serie de instituciones extralegales, constituye un verdadero comienzo de disolución. Por esto el tránsito de lo homogéneo a lo heterogéneo, operado por el Jurado en el continente europeo, a mi juicio, pertenece a la patología social y amenaza disolver una parte del organismo judicial, si la mano del cirujano no interviene a tiempo. Los legisladores y los Jueces se han apercibido ya de ello; los unos han tratado, tanto como era posible, la institución enferma; los otros la han puesto a dieta, correccionalizando continuamente los crímenes de una manera más o menos legal, y enviándolos a los Tribunales correccionales.

Pero además la ley de especialización de las funciones, de la que se encuentran tan fácilmente numerosos ejemplos en la biología y en la sociología, lleva consigo la consecuencia de que todo órgano, a medida que está mejor adaptado para un trabajo especial, lo es cada vez menos para los demás. La zoología nos ofrece precisamente ejemplos de que los órganos que no pueden llenar en los vertebrados más que funciones especiales, como la deglución, la digestión, la secreción de los humores, la oxigenación, etc., están confundidos entre los protozoarios, por sí mismos y por el trabajo que ejecutan. De igual modo la sociología nos muestra que si se ha podido encontrar entre los antiguos un hombre que supiese a la vez física, teología, metafísica, política, etc.; que si se encuentran entre los salvajes individuos que a la vez son guerreros, cazadores, pescadores, arquitectos, etc.; entre los pueblos civilizados, el fisiólogo no es astrónomo, el químico no es jurista, etc., y cada obrero ejecuta un trabajo especial. Pues bien; el Jurado va di-

rectamente contra esta ley, puesto que impone a un mismo individuo funciones tan diferentes y tan distanciadas de sus hábitos.

Y no se objete entonces que el electorado mismo viola esta ley de especialización de las funciones; porque respondería que es preciso distinguir entre el derecho y la función, fundados el uno sobre la necesidad y la otra sobre la capacidad. El electorado es un derecho elemental, la judicatura una función técnica; son cosas muy diferentes, no solo por su naturaleza, sino también por su objeto: el elector no hace otra cosa que designar una persona que estima en posesión de ciertas cualidades generales; el Jurado debe pronunciar un juicio que deberá ser consecuencia de un examen crítico muy complicado. La acción del elector no tiene más que una eficacia indirecta; más aún; es por sí misma la confesión que hace el elector de su falta de aptitud para cumplir el mandato que es confiado a los más capaces; la acción del Jurado, en cambio, tiene una eficacia directa e inmediata, y supone por entero en el agente una capacidad especial y reconocida. Además, yo no podría encontrar, diga lo que quiera Carrara, que sea una inconsecuencia, «rehusar al pueblo toda participación en el ejercicio de la autoridad judicial, cuando las instituciones del país le conceden una parte en el ejercicio de la autoridad legislativa». Las dos funciones son muy diferentes una de otra, y semejante argumento no sería lógico más que para sostener la elección de los Jueces por el pueblo. Pues bien; justamente esta elección es la que pedimos en el período actual de transición, para reemplazarla después por la elección de un personal técnico. Yo compararía gustoso el electorado, que debe pertenecer a todo elemento social que tenga vía jurídica, al fenómeno de la asimilación general operada por todo elemento histológico que posee la vida orgánica en el cuerpo animal y vegetal. Porque el electorado no es otra cosa que la absorción general de elementos necesarios a la vida del organismo colectivo, que es bien presto atacado de caquexia, cuando la apatía política no le permite hacer sangre y nutrirse; no es, pues, una función propiamente dicha y de carácter técnico, que pueda compararse a la administración del justicia.

84.—La Historia y la Sociología demuestran, por lo tanto, que el Jurado es un verdadero retroceso: es, como dice Elle-ro, una regresión a los tiempos bárbaros de la Edad Media, y representa en el desarrollo de la justicia penal una fase bastante alejada de la madurez y de la perfección. Sin embargo, él nos ha permitido, a nosotros los positivistas (no hay mal que por bien no venga), indicar con más evidencia las consecuencias ilógicas y peligrosas a las que el grosero buen sentido ha conducido cándidamente a algunas de las teorías del derecho penal clásico, por ejemplo, respecto de las circunstancias aten-uantes concedidas a manera de protesta contra la pena de muerte, o lo que es peor, contra el celo excesivo del acusador; para los casos de fuerza mayor apreciados en favor de los procesados a quienes se acusa de robo *continuo*, a los asesinos que atacan *por cuenta de otro*, etc. Nos ha ofrecido, por otra parte, los puntos sobre los cuales el mismo buen sentido nos señala la necesidad de reformar otras teorías penales, de acuerdo con las actuales reclamaciones de la escuela positiva, por ejemplo, al absolver a aquellos que han sido arrebatados por la pasión o que han cometido lo que se llama delitos de prensa y políticos, pero también castigando con más rigor a los delin-cuentes habituales, y así otros casos (1).

La conclusión a la que nos conduce invenciblemente la ló-gica, es pues, que el Jurado no satisface las condiciones indis-pensables de toda institución judicial: de tal suerte que para hacer pasar nuestras inducciones científicas a la práctica, se-ría preciso abolir el Jurado respecto de los delitos ordinarios; pero, sin embargo, sería necesario *primero*, o al mismo tiempo, realizar aquellas reformas de la Magistratura, de las que he hablado en el § segundo para garantir su independencia y capacidad.

A pesar de ello, como es más fácil establecer instituciones so-ciales que suprimirlas, pienso que las condiciones no son favo-rables para que se realice actualmente el voto de la ciencia, a despecho de cuantas oposiciones ha hecho brotar la experien-

(1) Véase, como desarrollo de esta observación, que yo hice desde mi tercera edición (1892, pág. 673), Sorel, *Il giuri e la crisi del diritto penale*, en la *Scuola positiva*, Diciembre 1898.

cia por todas partes y por diversos motivos contra el Jurado: creo, pues, oportuno concluir este artículo indicando sumariamente algunas proposiciones de reforma que, entre todas las que se han anunciado e independientemente de las que yo he recordado, me parecen encaminadas más directamente a combatir los defectos orgánicos del Jurado, que tienen, pues, más probabilidades no de corregir completamente éstos (lo cual me parece imposible), sino de atenuar sus inconvenientes más graves y constantes.

Aunque la distinción establecida entre delitos comunes, de prensa y políticos, no me parece tener carácter científico ni conformarse con la realidad de los hechos, puesto que los pretendidos delitos políticos o no son tales delitos (lo cual ocurre con la manifestación de ideas, anhelos, etc.), o bien son delitos cometidos en el arrebató de una noble pasión por pseudo-criminales (criminalidad evolutiva bajo formas atávicas); creo útil, sin embargo, que se conserve el Jurado para los delitos políticos, de prensa y de interés social, si bien con respecto a estos últimos el juicio de los jurados pueda sufrir la influencia de los intereses de clase, que no podrían ser combatidos más que dando una ancha entrada en el Jurado a la clase social obrera, que está excluida de él al presente. Mientras que la Magistratura no sea verdaderamente sustraída a la presión más o menos directa del poder ejecutivo (lo que no es posible sin reformas radicales y sin un cierto predominio sobre las ventajas políticas del Jurado), es prudente confiarle el juicio de ciertas infracciones que suministran muy a menudo al poder ejecutivo la ocasión de entrar en el camino de las represiones, las cuales, de creer las lecciones elocuentes e incesantes, aunque siempre desdeñadas, de la Historia, producen efectos muy diferentes de aquellos que esperan los poderes públicos.

En cuanto el conocimiento de los delitos ordinarios, hay que sustraer del Jurado a los culpables que han confesado sus delitos, cuando esta confesión ha sido confirmada por los resultados de la instrucción (a fin de evitar los peligros de confesiones simuladas por motivos interesados o por enfermedad mental). El proceso acusatorio puro se funda sobre la idea de que el debate penal es un asunto privado y que ninguna razón

de ser autoriza, cuándo una de ambas partes renuncia a la lucha: de donde procede que los ingleses desconfíen de la confesión del condenado, mirándola como un medio de rehusar el combate, mientras que el procedimiento de información es allí el soberano de las pruebas.—Sin embargo, para evitar ciertos inconvenientes, indicados también por Carrara (1), creo preferible en este caso el sistema escocés al inglés. En Inglaterra el Juez pregunta ante todo al acusado si se confiesa *guilty or not guilty* (culpable o no culpable); y en caso de confesión condena sin veredicto del Jurado. Al revés, en Escocia, el ministerio público puede él mismo suministrar las pruebas y pedir también un veredicto del Jurado: por virtud de ello, se evita de una parte el escándalo de una multitud de veredictos absurdos y abusivos producidos por el sistema italiano, y de otra el peligro de una confesión que no sea conforme con la verdad, o de condenar a un hombre jurídicamente irresponsable (2).

No serían éstos a pesar de todo, no puede negarse, más que paliativos más o menos eficaces.

La sola conclusión positiva es esta: conservemos el Jurado (a condición de que todas las clases sociales sean representadas en él equitativamente) para los delitos de orden político social; y suprimásele para los delitos comunes, cuando se hayan operado, para asegurar la independencia y capacidad de la Magistratura, las reformas radicales que acabamos de indicar.

(1) Carrara, *Opuscoli crim.*, vol. V, opúsculo IV.

(2) Véase acerca de las confesiones de los acusados según la escuela positiva, Ferri, *Polémica*, Bolonia, 1886, pág. 162; Garófalo, *Sulla confessione dei rei*, en el *Arch. di psich.*, 1886, VII, 448, y Albano, *Carcere preventiva e libertà provvisoria*, en la *Scuola positiva*, 30 Septiembre 1891.

No puedo ocuparme aquí del *Jurado técnico*, que podría emplearse en una esfera muy limitada, para delitos de un carácter técnico muy especial, ni del sistema propuesto en Alemania por Stengel e Hilgard, y en Italia por Pessina, y que consiste en hacer concurrir a los Jurados y a los Jueces a la formación del veredicto. Es una idea que me parece justa desde el punto de vista científico, pero de una aplicación difícil en la práctica. No sería éste de otra parte, a mi juicio, más que un medio de transición para llegar a una abolición completa del Jurado.

Sobre el *escabinato*, véase Cruppi, *La Cour d'Assises*, París, 1898, capítulo XI, y *Jury et échevinage*, en la *Rev. pénit.*, Diciembre 1899; Le-loir, *Le jurq correctionnel dans la Suisse romande*, en el *Bull. Soc. légis. comp.*, 188, XIX, pág. 547; Gneist, *Giuria o scabinato*, en *Filangieri*, 1897, fascículo 3, pág. 191; Caldara, *Lo scabinato nel Cantón Ticino*, en la *Scuola positiva*, Octubre 1899.

V

85.—Los reglamentos penales actuales—inspirados por la pretensión de medir la responsabilidad moral de los delincuentes y por la esperanza de que éstos son en general corregibles, por lo tanto reducidos cada vez más aquéllos a un predominio casi exclusivo de la pena de privación de libertad y de los sistemas celulares—han fracasado completamente en su oficio de preservación social contra el delito; lo cual es una cosa que no hay ni aun necesidad de demostrar (1).

Uno de los clásicos más ilustres, Holtzendorff, reconocía lealmente que «los sistemas penales han hecho bancarrota»; igualmente se ha reconocido «la impotencia de la acción represiva en Italia» (2); se ha concluido en Alemania que «el derecho penal actual es impotente contra la criminalidad» (3) y se habla allí «de la derrota de los sistemas actuales de represalias y de intimidación» (4); en Francia se ha descrito «el krach de la represión» (5). Para Inglaterra, donde sin embargo el mejoramiento de las condiciones sociales y las medidas

(1) Contra los sistemas de penalidad en vigor ha sido dirigida una requisitoria, completada por los datos de hecho y las citas de autores, por Alkgeld, *Our penal Machinery and its victims*, Chicago, 1886, y por Sarrzewski, *Die heutige Strafrechtspflege mit ihrer Gefahr für die Allgemeinheit*, Krefeld, 1890. Y entre aquellos que han hablado de los mismos por experiencia personal, Kropotkine, *In Russian and French Prisons*, Londres, 1887; E. Gautier, *Le monde des prisons*, en los *Archives d'anthr. crim.*, 188, III, 417 y siguientes; Romussi, *Osservazioni sui reclusori*, Milán, 1899; Valera, *Dal cellulare a Finalborgo*, Milán, 1899, y, entre los dedicados a estudios penitenciarios, más recientes, Tallack, *Penological and preventive Principles*, Londres, 1889, cap. II (los sistemas de encarcelamiento muy poco satisfactorios, en general).

(2) Aguglia, *L'impotenza dell' azione repressiva in Italia e sue cause*, Frascati, 1884.

(3) Liszt, *Kriminalpolitische Aufgabe*, en la *Zeitschr. f. die ges. Strafrechtsw.*, 1899, IX, 482.

(4) Seuffert, *Rapport à l'Union intern. de droit pénal*, citado por Rivière, *Du Rôle de l'individualisation dans l'exécution des peines*, en la *Rev. pénit.*, 1894, pág. 1.044.

(5) Joly, *Le Krach de la répression*, en el *Correspondant*, 25 Febrero 1896. Joly mismo (*Les associations et l'État dans la lutte contre le crime*, en la *Rev. polit. et parlem.*, Septiembre 1895) invocaba el auxilio de las asociaciones privadas para la represión, sin apercibirse de que las causas del mal, y, por lo tanto, los remedios, están en otra parte.

de prevención indirecta han producido una disminución de la criminalidad natural y atávica, Griffiths, Inspector general de las prisiones, decía así: «En nuestro concepto, todos los sistemas de prisión, aunque estudiados con cuidado y concebidos con ingenio en un espíritu humanitario, no han influido de una manera apreciable sobre la criminalidad. Inglaterra lo tiene experimentado todo. Ella ha tenido ahorcados por centenas, deportados por millares; ha aplicado la prisión celular, la prisión con cuarteles separados, la prisión en común y cuantos géneros de represión han sido inventados. Pues bien, ¿podemos nosotros, a fin del siglo XIX, indicar en favor de tal o cual sistema resultados que sean verdaderamente típicos y demostrativos desde el punto de vista de la disminución de la criminalidad?» (1).

Respecto de los Estados Unidos de América, White terminaba un estudio acerca del *aumento de la criminalidad*, con las siguientes palabras: «Todo esto demuestra el fracaso deplorable de nuestras instituciones penitenciarias, lo mismo para la intimidación que para la corrección» (2).

Y otro tanto puede decirse aproximadamente de los demás países.

De esta suerte se ha formado gradualmente la conciencia de la necesidad de aportar remedios al mal, ya sea por proposiciones legislativas de reformas parciales, más o menos eficaces, aunque todas en un sentido de reacción contra el clasicismo penitenciario, ya sea por la propaganda científica.

Los defectos de la organización inspirada en sus principios teóricos por la teoría clásica criminal y en sus aplicaciones prácticas por la teoría penitenciaria clásica, se resumen todos en lo siguiente: Medida quimérica de la responsabilidad moral y penal a dosis fija—ignorancia y negligencia absolutas de los caracteres fisio-psicológicos del criminal—falta de continuidad y olvido entre la ley y la sentencia de una parte, la

(1) Griffiths, *La lutte contre le crime en Angleterre*, en la *Rev. pénit.*, 1893, pág. 623. Véase también White Mario, *La crisi carceraria in Inghilterra*, en la *Scuola positiva*, Mayo 1897.

(2) En las *Transactions of New York Medic. Associat.*, y *Rev. pénit.*, 1896, pág. 815.

sentencia y su ejecución de otra—efectos desastrosos, tales como la corrupción y las asociaciones criminales que tienen sus centros de acción en las mismas prisiones (Camorra, Maffia, etc.)—millones de personas condenadas por lo general a penas cortas de prisión, estúpidas y ridículas—por último, aumento continuo, inexorable de la reincidencia. Por esto «los Tribunales europeos, dice Prins, con la justicia moderna por completo impersonal, dejan caer las condenas sobre los miserables, como un caño deja caer a tierra el agua gota a gota (1).

No se puede, por lo tanto, impugnar la necesidad de sustituir el organismo penal actual con un sistema de defensa social mejor adaptado a las condiciones que determinan el delito, y por consecuencia más eficaz para proteger la sociedad civil, y al propio tiempo menos desastroso para los individuos castigados por ésta.

La escuela positiva, además de los remedios eficaces pero parciales, propuestos por Lombroso (2), y de las proposiciones practicadas hechas por mí en la segunda edición italiana de la presente obra, ha presentado en la *criminología* de Garófalo, un «sistema racional de penalidades» (segunda edición, 1891, pág. 457 y siguientes) que me parece bueno resumir aquí:

- | | | | | |
|--|---|---|---|---|
| I. <i>Asesinos</i> (insensibilidad moral y crueldad instintiva) culpables de.. | { | Homicidio cometido por lucro o por otro placer egoísta. | } | Casas de locos criminales o pena de muerte. |
| | | Homicidio sin provocación de la víctima. | | |
| | | Homicidio ejecutado con ferocidad. | | |

- II. *Violentos* o *impulsivos* (falta del sentimiento de piedad, prejuicios sobre el honor, sobre el deber y la venganza, etc.).

(1) Prins, *La loi sur la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles*, en la *Rev. de Belgique*, 15 de Agosto 1888. Y sobre la justicia al vapor contra millares de “microbios del mundo criminal”, juzgados en Nueva York, por las *Courts of inferior criminal jurisdiction*, instituída recientemente, véase Cornell en *Scribner's Magazine*, Febrero 1887, y *Revue des Revues*, 1.º de Abril de 1887, pág. 81. Véase también Roberts Smith, *The social aspect of N. Y. police courts*, en *American Journ., of sociol.*, Septiembre 1899.

(2) Lombroso, *L'incremento del delitto e i mezzi per arrestarlo*, segunda edición, Turín, 1879, y el *Uomo delinquente*, vol. III, Turín, 1897, quinta edición.

Adultos, culpables de.....	Homicidio provocado repentinamente por una injuria grave. Homicidio por legítima defensa.	Extrañamiento del lugar en donde vive la familia de la víctima (<i>Destierro local</i>).
Adultos, culpables de.....	Homicidio por cuestión de honor, de venganza (aislado o endémico).	<i>Relegación</i> en una isla, una colonia, una aldea alejada, en libertad, pero con vigilancia. (Por tiempo determinado con un período de observación de 5 a 10 años).
Adultos, culpables de.....	Malos tratos, heridas acompañadas de ultrajes, mutilaciones, rapto o violación, secuestro de una persona con intención lujuriosa.	<i>Reparación del daño y multa.</i> Rigurosa para los condenados solventes—pudiendo ser reemplazada por la retención de una parte del salario o por un trabajo obligatorio—por la prisión en caso de negativa al pago.
Jóvenes, culpables de.....	Delitos con efusión de sangre, no excusables. Atentados al pudor.	<i>Manicomio criminal</i> (para los culpables de tendencia congénita), <i>colonia penal</i> y, en caso de reincidencia, <i>deportación con abandono</i> .

III. Delinquentes desprovistos del sentido de la probidad.

Adultos, culpables habituales de.....	Robo, estafas, incendios, falsificación, coacción física.	<i>Manicomio criminal</i> (si los culpables son locos o epilépticos). <i>Deportación</i> .
Adultos, culpables por ocasión de.....	Robo, estafa, falsificación, incendio y coacción.	<i>Compañías de trabajo</i> —por tiempo indeterminado—(hasta que se adquiriera aptitud para un trabajo regular), o <i>Interdicción del ejercicio de la profesión</i> hasta la completa <i>Reparación del daño</i> .
Adultos, culpables de.....	Peculado, concusión, venta de favores, abusos de poder.	<i>Pérdida del oficio.</i> <i>Interdicción de los oficios públicos.</i> <i>Multa.</i> <i>Reparación del daño.</i>
Adultos, culpables de.....	Incendio, devastación, daños causados por venganza (sin atentar contra las personas).	<i>Reparación del daño</i> , y en su defecto, prisión. <i>Manicomio criminal</i> (para los locos). <i>Deportación</i> (para los reincidentes).

<i>Adultos, culpables de.....</i>	{ Bancarrota, insolvencia punible.	{ <i>Reparación del daño.</i> <i>Exclusión del comercio y de los oficios públicos.</i>
<i>Adultos, culpables de.....</i>	{ Falsificación de moneda y de billetes, falsedad de certificados, falsos testimonios en provecho del inculpa-do, usurpación de títulos, declaraciones falsas.	{ <i>Prisión</i> (por un tiempo in-determinado) y <i>multa</i> (además de la privación del oficio y la reparación del daño).
<i>Adultos, culpables de.....</i>	{ Bigamia, suplantación y ocultación de niños.	{ <i>Relegación por un tiempo indeterminado.</i>
<i>Jóvenes, culpables de.....</i>	{ Robos, estafas, etc.	{ <i>Colonia agrícola</i> (para un tiempo indeterminado).
IV. <i>Culpables de...</i>	{ <i>Rebelión, motín, des-obediencia a la Autoridad.</i>	{ <i>Prisión</i> (por tiempo in-de-terminado).

Liszt (1) mismo, de acuerdo en esto con la escuela positiva para sostener la necesidad de una reforma radical en los métodos de represión, ha propuesto un sistema penal que, sin embargo, no teniendo lo suficientemente en cuenta las diferentes categorías de delinquentes, y distinguiendo sólo los habituales y los de ocasión, habría necesidad de completarlo, sobre todo en comparación con el que ha propuesto Garófalo y que presenta, a su vez, ciertos defectos.

86.—Creo, sin embargo, que antes de hablar de las proposiciones particulares más o menos completas, es necesario establecer algunos criterios generales, deducidos del conoci-

(1) Liszt, *Kriminalpolitische Aufgabe*, en la *Zeitsch. f. ges. Strafrechtsw.*, 1890, X, 51 y siguiente, y para un sistema aun menos radical de reformas penales, véase también Prins, *Science pénale et droit positif*, Bruselas, 1899, libro VIII.

Véase igualmente Penta, *Il trattamento del delinquente*, Nápoles, 1896, y las críticas de Lombroso en el *Arch. psych.*, 1897, pág. 186.

Más recientemente Liszt, con relación a la teoría de los motivos determinantes, dividía las penas en tres categorías: penas de intimidación (o sea represión, multa y prisión) para los delinquentes accidentales; penas de mejoramiento (casas de trabajo) para los delinquentes corregibles; penas de seguridad (muerte, casa de fuerza) para los incorregibles. *Die psychol. Grundlagen del Kriminalpolitik*, en la *Zeitsch. f. ges. Strafr.*, 1896, XVI, 479, y Florián, en el *Arch. di psych.*, 1898, XVIII, 314; y Sischart, *Strafensystem auf Soziologischer Grundlage*, en la *Zeitschr. f. ges. Straf.*, 1896, XVII, 774. Saleilles ha reproducido esta división (*Individualisation de la peine*, París, F. Alcán, 1898, página 251).

miento científico de los factores individuales, físicos y sociales de la criminalidad, que podrían servir de base a un sistema positivo de defensa social contra el delito.

Se puede, a mi entender, reducirlos a tres criterios fundamentales: I. Segregación por un tiempo indeterminado.— II. Reparación de daños.—III. Aprobación de los medios defensivos a las diferentes clases de delincuentes.

87.—I. Para todo delito cometido, el problema penal no debe en modo alguno consistir en fijar una cierta dosis de pena, que se crea proporcionada a la falta del delincuente: debe reducirse a decir si, dadas las condiciones objetivas del acto (derecho violado y daño causado) y las condiciones subjetivas del agente (motivo determinante y categoría antropológica), es necesario separar el individuo del medio social, para siempre o por un tiempo más o menos largo, según que el condenado se muestre readaptado o no al medio social; o si debe contentarse simplemente con una reparación rigurosa del daño causado.

Por esto, en el Congreso antropológico-criminal de Ginebra, Griffiths, Inspector general de las prisiones inglesas, asociándose a las ideas de la escuela positiva, resumía el problema penal en estos términos: «Precisa dividir los delincuentes en dos grandes categorías: los que no debieran jamás entrar en presidio y los que nunca debieran salir de él. Para los delincuentes de ocasión es inútil la prisión; la multa y la condena provisional bastan. Para los delincuentes habituales la prisión es insuficiente, si la segregación no es por tiempo indeterminado, o sea hasta que se demuestre un mejoramiento efectivo (1).

Existe, pues, a este propósito una radical oposición entre los sistemas de penalidad en vigor, diversos sin duda en su mecanismo de ejecución (que son de otra parte completamente extraños a la sentencia del Juez y aun a menudo a las disposiciones del Código penal), pero todos fundados en el principio de la *cantidad fija de la pena* que ha de graduarse, por cente-

(1) Actas del Congreso antropológico criminal de Ginebra, 1897, página 343.

nas y por millares de dosis posibles, en relación al delito mucho más que al delincuente; entre estos sistemas, añadido, y el sistema penal positivo, fundado sobre el principio de la *segregación del delincuente por un tiempo indeterminado*, como consecuencia lógica de la teoría según la cual la pena no debe ser la retribución de una falta por un castigo proporcionado, sino una defensa correspondiente al poder que el delincuente tiene para hacer daño y a sus probabilidades de readaptación social (1).

Este principio de la pena indeterminada no es nuevo, aun cuando solo con los nuevos principios científicos forma parte de un sistema organizado y viable; lo cual se demuestra manifestando que con las teorías criminales y penitenciarias clásicas, siempre se ha mantenido atrofiado y casi olvidado.

Ciertamente, la idea de una justicia que retribuye tal cantidad de falta con tal otra cantidad de castigo, contado por días y horas, se opone, y esto bastante natural, a la detención indeterminada, que, sin embargo, desde hace tanto tiempo se aplica entre los ingleses, bastante escrupulosos a pesar de ello en cuanto a la libertad personal, a los criminales locos.

Pero en este caso, como en todos aquellos en que se encuentran oposiciones *a priori*, he aquí lo que ocurre: los juristas, en vena de formular teorías, emiten máximas generales y las depositan en su biblioteca para las necesidades futuras; tan pronto como un hombre, más preocupado de la experiencia que de las fantasías lógicas, hace alguna proposición que se conforma con los hechos, aun cuando choque con los principios, nuestro jurista acude a su biblioteca y saca el principio A o el principio B, y os lo opone sin más, y cree reducir a polvo de un solo golpe la proposición heterodoxa. Pero procediendo despacio, ¿quién es el que ha ñjado vuestras máximas? Un hombre como nosotros. Aquéllas no se han revelado por sí mismas, no des-

(1) Encontramos un ejemplo característico de un trabajo absolutamente falso para la graduación aritmética de la pena, en la tentativa logismográfica de Medem, *Das problem der Strafzumessung*, en el *Gerichtssaal*, 1888, XL, pág. 3, del cual se encuentra un examen acompañado de justas críticas desde el aspecto positivista, debido a Olivieri, en el *Archivio giurid.*, 1890, XLIV, fascículo 6. Se conocen también sobre este asunto los trabajos de Bentham sobre aritmética moral, y de Gioja acerca de la injuria y los daños.

cienden del Sinaí; y en este caso, yo no veo la razón de que tengan por sí solas el poder de anular mis ideas heterodoxas. Un hombre ha establecido una máxima, otro la modifica; ¿qué dificultad hay en ello, sobre todo si se apoya en la experiencia de todos los días? Dejad, pues, allá vuestra oposición dogmática y monosilábica; discutamos las ideas nuevas y veremos si son verdaderas o falsas; pero sabido es que no tenemos para las ideas, como existe para el oro, el ácido nítrico y la piedra de toque.

Pues bien; puesto que la idea fundamental del derecho es un límite impuesto por las necesidades de la vida, es fácil ver, en cambio, que la reclusión por un tiempo indeterminado no tiene nada que esté en contradicción con el derecho; además no solamente se la aplica todos los días para separar de la sociedad los locos ordinarios, sino que ha sido ya demandada, únicamente sin embargo, como ensayo para los culpables varias veces reincidentes o incorregibles, y sólo como principio de compensación y de simetría.

De una parte, en efecto, si los criminalistas clásicos mismos, encuentran justa y necesaria una agravación de pena para el que reincide por primera vez, es todavía más lógico que esta agravación sea proporcionada al número de las reincidencias, de las que cada una indica la eficacia siempre decreciente de la pena sufrida por el condenado, y que ésta llegue hasta la detención ilimitada, si no se quiere que dure hasta la muerte, según se veía en el derecho a la Edad Media. Es precisamente lo que piensan algunos criminalistas clásicos que, muy lógicos pero poco prácticos, rehusan este aumento gradual, porque se oponen de igual suerte desde el principio a todo aumento especial de pena para la primera reincidencia (1).

Y de otra, si la mayor parte de los juristas están ahora de acuerdo para dar la libertad condicionalmente, antes del tiempo fijado de un modo previo, al condenado cuya conducta parece demostrar que se ha corregido y que ya no es peligroso, se debería sacar de aquí la consecuencia natural y lógica de que

(1) Ant. Mathaeus, *Ad lib. 47 Dig.*, lib. I, cap. III, párrafo 8; Carmignani, *Teorica delle legi*, ecc., III, cap. XI, párrafo 2.º; Tissot, *Le droit pénal*, París, 1880, págs. 443 y 145.

el delincuente no corregido (y con más razón el que no es corregible), debe ver su pena prolongada (1). Si se concede este favor al individuo, frente a la sociedad que nada tiene que temer de él, ¿por qué no asegurar una garantía análoga a la sociedad frente al individuo que continúa siendo para ella una amenaza y un peligro?

Esto es precisamente lo que sostiene Ortolán (2) y Roeder (3), quienes citan como favorables a esta idea (con relación, sin embargo, a los reincidentes solos), a Henke, Stelzer, Möhl, Reichmann, F. Groos, von Struве, von Lichtenberg, Götting, Krause, Ahrens, Schliephake, von Mehring, Lucas, Bonneville, Saint-Vincent, Conforti, Van der Does, entre los juristas, y Ducpetiaux, Ferrus, Thomson, Mooser, Füesslin, Diez, Valentini, D'Alinge, entre los que se ocupan de las cuestiones penitenciarias. Pero después de este primer periodo, el principio de la detención por segregación indeterminada ha sido—como criterio subsistente por sí mismo y principio fundamental de la penalidad—indicado primero por Boileau de Castelnau y por Despina (4), y más tarde desarrollado por varios publicistas en Alemania (5). Estos han insistido, ante todo, en el malestar y

(1) Davesiés de Pontes, *Les réformes sociales en Angleterre*, en la *Revue des Deux Mondes*, Septiembre 1858, 134.

(2) Ortolán, *Eléments du droit pénal*, cuarta edición, París, 1875, I, párrafos 1.192, 1.201; II, párrafo 1.442, etc.

(3) Roeder, *Las doctrinas fundamentales*, etc., traducción de Giner, Madrid, 1877, pág. 248.

(4) Boileau de Castelnau, *Les maladies du sens moral*, en los *Annales méd. psych.*, 1860, pág. 537; Despina, *Psychologie naturelle*, París, 1868, I, 645 y 711, 390.

(5) Mittelstadt, *Gegen die Freiheitstrafen*, Leipzig, 1879, y *Für und wider die Freiheitstrafen*, en la *Zeitsch. f. die gesamte Strafrechtsw.*, 1882, II, 445; Kraepelin, *Die Abschaffung des Strafmasses*, Stuttgart, 1880; Vilbert, *Das Postulat der Abschaffung der Strafmasses und die dagegen erhobenen Einwendung*, en la *Zeitsch. f. die ges. Strafrechtsw.*, Berlín, 1882, II, 473, y *Arch. di psych.*, III, 483; Kirchenheim, *Mitteltädt e Kraepelin*, en el *Arch. di psych.*, 1886, I, pág. 403; Ferri, *Il diritto di punire come funzione sociale*, en el *Arch. di psych.*, III, y *Nuovi orizzonti del diritto penale*, primera edición, Bolonia, 1881, págs. 45 y 75, y segunda edición, 1884, pág. 539; Garófalo, *Criterio positivo della penalità*, Nápoles, 1880, y *Criminología*, 1885 y 1891; Van Hamel, *Rapporto al Cong. penit. di Roma, sulla latitudine da lasciarsi al giudice nella determinazione della pena*, en la *Riv. car.*, 1884, pág. 415, y *Attes du Congres pénit. de Rome*, 1887, I, 459; Medem, *Das Problem der Strafzumessung*, en el *Gerichtsaal*, 188, fac. 3; Smolden, *Die Freiheitstrafen*

los daños causados por los sistemas de penalidad que se han desenvuelto bajo la influencia de las escuelas criminales de otro tiempo. Y hasta Mittelstädt, a quien no guiaba estudio alguno preliminar de las leyes criminales de la penalidad, ha llegado a exageraciones empíricas, tales como el restablecimiento de las penas corporales con la de bastón.

Ciertamente se podría todavía sacar partido de estas penas corporales, de un modo principal contra hombres cuyas fibras son tan duras como las de los criminales natos; por lo que vemos reaparecer por varios lados la tendencia a emplearlas: se propone hasta el empleo de las penas eléctricas que, por lo que tienen de misteriosas, causarían terror al paciente, no teniendo nada de repugnantes (1). *La comisión inglesa de información sobre los efectos de la ley de servidumbre penal*, decía en su informe: «en las prisiones inglesas las penas disciplinarias corporales (en otra época el látigo, ahora la verga), no se infligen más que para las faltas graves. La experiencia ha demostrado que en muchos casos producen efectos excelentes» (2).

A pesar de esto, vuelvo a repetir, como penas principales, las penas corporales, aun bajo las formas menos bárbaras, repugnan hoy a nuestros sentimientos de humanidad y se pres-

und die Besserungstheorie, en los *Preuss. Jahrbücher*, 1889, B. 43; Liszt, *Kriminalpolitische Aufgabe*, en la *Zeitsch.*, etc., 1889, IX, 490; Rylands, *Crime, its causes and remedy*, Londres, 1889, pág. 190; Sommer, *Zur abschaffung des Strafmasses*, en el *Centralbl. f. Psychiatrie*, Abril 1890; Aschrott, *Ersatz Kurzeitiger Freiheitsstrafen*, Hamburgo, 1890; Von Zücker, *Einige criminalistische Zeit und Streitfragen der Gegenwart*, en la *Gerichtsaa*, 1890, XXIV, págs. 1.^a y siguientes; Havelok Ellis, *The criminal*, Londres, 1890, pág. 258 y siguiente; Fourtoul, *Filosofía penal*, Bruselas, 1891, pág. 146; Max Sternau, *Die abschaffung des Strafmasses*, en la *Zeitsch. f. ges. Strafr.*, 1893, pág. 17.

(1) Roncati, *Compendio d'igiene*, Nápoles, 1876, cap. XXXVII; Bain, *L'esprit et le corps*, París, 1878, pág. 76 y siguiente; idem, *Scienza dell'educazione*, Milán, 1890, pág. 63; Balfour Stewart y Tait, *L'univers invisible*, citados por Caro en la *Revue des Deux Mondes*, 1.^o Junio 1883, página 547, hablan también de la electricidad como pena aplicable a los delincentes.

Véase Dallemagne, *La pena corporale e le sue basi fisiologiche*, en la *Scuola positiva*, 31 de Octubre 1894; Morrison, *La scuola positiva nelle riforme penali inglesi*, ibidem, 31 Diciembre 1894; Frenkel, *Les corrections corporelles en Russie*, en los *Arch. antr. crim.*, Mayo 1899.

(2) En la *Riv. car.*, 1880, pág. 494, y Notton lo confirmaba recientemente, también, *Corporeal punishment.*, en la *Prison's Service Review*, Febrero 1897.

tan muy fácilmente a abusos (1); se puede, pues, a lo más, admitirlas como penas disciplinarias para los detenidos (lo que es de otra parte imposible de impedir completamente, de suerte que vale más regularlas por la ley, como lo ha reconocido el Congreso de Stokolmo en 1878), sobre todo bajo forma de sacudidas eléctricas y duchas frías, que pueden, además del dolor que causan, producir efectos terapéuticos, tales como las que se les prescriben en los hospitales ordinarios y aun en las casas de locos.

Estoy, por lo tanto, de acuerdo con Kirchenheim para sostener que las proposiciones de Kraepelin sobre la detención por tiempo indeterminado, ya reclamada en Italia por Garófalo y por mí (2), responden al espíritu científico del derecho criminal renovado.

En un excelente artículo de la *Quartely Review* de 1871, se decía: «Cuando se produce algún robo grave, el público grita alarmado, se lamenta en los periódicos y pregunta qué hace la policía. Esta no tendría inconveniente en responder que detiene casi siempre a los culpables, pero que la justicia se apresura a devolverlos a la sociedad, más inclinados al robo que antes, y mejor instruídos en los medios de sustraerse a la policía» (3).

Pero sobre todo en estos últimos años, a la vez que un unánime plebiscito censuraba las penas de reclusión demasiado cortas y las proposiciones de condena condicional o de sus-

(1) Véase en este sentido Gram, *La pena corporale*, en la *Riv. penit. del Nord*, 1895, fas. 1, y *Rev. pénit.*, 1896, pág. 642.

(2) Garófalo, *Criterio positivo della penalità*, Nápoles, 1880, pág. 72 y en el *Archiv. di psych.*, III, 1 (*Lo que debería ser un juicio penal*) insiste para que "la abolición de toda medida tomada por adelantado se reserve, como he propuesto yo mismo antes que Kraepelin, a la categoría sola de los delincuentes habituales, que serían confinados *por un tiempo indeterminado* en establecimientos especiales". En su *Criminología* es donde ha adoptado la segregación por tiempo indeterminado, como principio general.

En el "derecho de castigar como función social" (*Arch. di psych.*, III, 1), y en la primera edición de este libro (1881, pág. 45), yo escribía "que la duración de la segregación no debe ser determinada *a priori* por el Juez, puesto que pertenece a la dirección del establecimiento especial que he destinado al delincuente pronunciarse sobre la necesidad de una detención perpetua o temporal, siempre a continuación de un estudio psico-antropológico del detenido; quizá sea una idea aceptable, o, por lo menos, digna de ser considerada.

(3) *The London Police*, en el *Quarterly Review*, 1871.

pensión de pena, que eran su consecuencia y de las que hablaré más adelante, el principio de la pena por tiempo indeterminado ha sido más ampliamente desenvuelto y sostenido, a pesar de ciertas objeciones débiles y poco convincentes, por Tallack, Wahlberg, Lamezan, von Jageman, Prins (1), etc. En efecto, a la objeción fundamental que se hace a la segregación indeterminada en nombre de la libertad personal y de los derechos individuales, es fácil responder, primero, que se la emplea ya para los locos que son encerrados por tiempo indeterminado, y después, que en la práctica, gracias a la revisión periódica de las sentencias, existirá siempre medio de garantizar los derechos personales de los detenidos que vuelvan a ser aptos para la vida social.

Si dejamos la teoría a un lado, vemos que en la América Septentrional, el principio de «la sentencia indeterminada» ha sido en la práctica aplicado con buenos resultados en el Reformatorio de Elmira, dirigido por Brochway, que agregaba a él un régimen especial de higiene física y moral, basado en el conocimiento del culpable, y, por lo tanto, muy eficaz.

El sistema de detención indeterminada, que todos los Congresos penitenciarios americanos, el de Atlanta (1887), el de Búffalo (1888) y el de Nashville (1889), han propuesto como principio general de penalidad, está ya adoptado, a imitación de Elmira, en Massachusetts, en Pensilvania, en el Minnesota, en Ohio, Illinois, y aplicado en las prisiones de New-York (2).

En conclusión, para todo culpable—si el acto que ha cometido y sus disposiciones personales demuestran que la repara-

(1) Van Hamel había sido muy positivista, con este motivo, en su *Rapport au Cong. pénit. intern. de Rome*, 1885 (*Actas*, Roma, 1887, I, 100); pero en su discurso reciente en la *Société des Prisons de Paris* (*Les sentences indéterminées*, en la *Rev. pénit.*, Mayo 1899), ha aceptado de Liszt la transacción de un *mínimum* y un *máximum* legales, que, a mi juicio, son contrarios al carácter mismo de la segregación indeterminada; porque tanto valdría establecer por una ley un *mínimum* y un *máximum* para la segregación en la casa de locos ordinarios y de locos criminales. Las proposiciones de Van Hamel han sido discutidas contradictoriamente en esta reunión y en la siguiente (véase *Revue pénit.*, Junio 1899 y Julio siguiente, pág. 1.087).

(2) *Riv. car.*, 1887, pág. 103, 1889, pág. 213, y *Proceedings of the Annual Congress of the National Prison Association of the United States held at Nashville*, Chicago, 1890, págs. IV, 18, 76, 107 y 273.

ción del daño causado es una sanción social insuficiente—, el Juez deberá solamente decretar, en la sentencia condenatoria, la segregación por tiempo indeterminado, ya sea en la casa de locos criminales, ya en el establecimiento de incorregibles o en los establecimientos (colonias agrícolas) destinados a los culpables ocasionales, adultos y menores. Enseguida la ejecución de esta sentencia—que por tal razón nunca será irrevocable—deberá ser dirigida con precisión por un trabajo ulterior que no esté tampoco separado, como hoy, de la obra del Juez, sino que la continúe, siendo una función de defensa práctica confiada a órganos especiales. *Las comisiones de ejecución penal* (Strafvollzugsämter) (1), compuestas de peritos antropólogo-criminales, del Juez, del acusador y del defensor, al propio tiempo que de los funcionarios administrativos, continuarán así ocupándose del condenado: éste no será abandonado, olvidado como lo es hoy desde que ha oído pronunciar su sentencia, salvo el verse de improviso liberado por la gracia de indulto, o bien, apenas salido de la prisión, reaparecer ante el Tribunal, como todos los días ocurre. Existiría de este modo una obra verdaderamente humana y eficaz de protección, tanto en provecho de la sociedad, quien no tendría que temer más la liberación a día fijo de los criminales empedernidos, como en provecho del individuo, que no sufriría hasta el fin una condena en cuyo cumplimiento se hubiese demostrado severidad inútil y exagerada.

Al principio de la detención indeterminada se une estrechamente la institución de la liberación condicional, progreso que, realizado en principio por el sistema inglés e irlandés, se ha extendido ya por muchas legislaciones penales de Europa y de América. Sin embargo, si esta institución permanece unida a una medida fija para la pena, y si no está ligada al reconocimiento de diferentes categorías de delincuentes, no podrá producir buenos efectos, porque la liberación sería concedida mecánicamente, a vencimiento fijo, conforme a los artículos del Código penal, sin otra precaución que la de la pretendida

(1) Este es el nombre propuesto por Liszt, quien, sin embargo, no da entrada en la composición de estas comisiones a los peritos antropólogo-criminales.

«buena conducta» del detenido durante los períodos de detención preventiva que precedieron a su condena. Garantía bien ilusoria; porque como dijo la Comisión inglesa de información en 1863, «es evidente que la buena conducta de los detenidos tiene un valor negativo (omisión de faltas graves) bastante más que positivo».

Se comprende, en cambio, que la liberación condicional, tal como sería organizada en el sistema positivista de detención indeterminada, no debería concederse sino después de un examen fisio-psicológico del condenado, examen personal y no burocrático sobre documentos, como aquellos que tienen lugar en la aplicación de los Códigos penales actuales; igualmente sería denegada no como hoy, en razón de hechos graves actualmente enumerados por nuestros Códigos, sino en razón de la persona misma y del carácter de los detenidos: no se concedería, pues, ni a los incorregibles, ni a los criminales locos o de nacimiento, que han cometido graves delitos atávicos, y que no pueden, por lo tanto, ser readaptados a la vida social.

Además la liberación condicional tiene por consecuencia, en los sistemas actuales, una vigilancia ejercida por la policía sobre el detenido puesto en libertad; pues bien, no puede negarse hoy los daños que esta vigilancia le causa y los obstáculos inevitables que opone a su reahabilitación. Es evidente, por el contrario, que en el sistema de detención por tiempo indeterminado, produciéndose la liberación del condenado con la certidumbre de su readaptación al medio social, se excluiría la medida vejatoria o inútil de una vigilancia especial de la policía.

Tampoco hay que esperar gran cosa de las sociedades de patronato para adultos liberados: a pesar de los votos humanitarios y de las declaraciones sentimentales, aquéllas han permanecido hasta ahora (no podía ocurrir de otro modo) tan pláticas como ineficaces, salvo muy raras excepciones.

El defecto ordinario de no establecer diferentes clases entre los delincuentes, y por lo tanto entre los libertos, ha sido y es la razón inevitable de lo superfluo de los esfuerzos hechos por las sociedades de patronato, por generosos que éstos sean. Es preciso pensar que, si no se hace excepción de los delincuentes ocasionales y verdaderamente capaces de enmendar-

se, los jefes de taller y los demás ciudadanos preferirán siempre y muy justamente, los trabajadores que se hayan conservado honrados a despecho de su miseria, a los delincuentes, sobre todo a los habituales e incorregibles; siendo el caso que actualmente el patronato no hace ninguna distinción entre los libertos.

Las sociedades de patronato recobrarían alguna vitalidad si tomaran parte en aquella clínica criminal de estudiantes universitarios, Jueces y Abogados futuros, de que ya he hablado.

88.—II. El segundo principio fundamental de un sistema positivista de defensa social contra el delito es *la reparación de los daños*, sobre la cual la escuela positiva ha llamado desde sus comienzos la atención por proposiciones teóricas y prácticas radicales.

La reparación del daño sufrido por las víctimas del delito puede ser considerada bajo tres aspectos diferentes:

- I. Como obligación del delincuente hacia la parte ofendida.
- II. Como sanción con que se sustituya la pena de reclusión en los pequeños delitos cometidos por delincuentes ocasionales.
- III. Como función social perteneciente al Estado en interés directo del particular perjudicado, aunque también en interés indirecto y no menos real de la defensa social.

Estas dos últimas reformas en la institución de la reparación de los daños causados pertenecen con propiedad a la escuela positiva: la segunda (como indiqué más arriba en el § 1.º) por la iniciativa de Garófalo y de Puglia; la tercera, en virtud de mi proposición que, al pedir una innovación más radical y de principio, ha sido más fuertemente combatida por los clásicos y los eclécticos.

En el «derecho de castigar como función social» (1), he escrito lo que sigue (pág. 17): «No se diga que la reparación *civil* no es una responsabilidad *penal*, porque no veo diferencia alguna *real* entre el pago de una suma a título de multa y el pago a título de reparación; pero sobre todo porque creo que

(1) Lección preliminar dada en la Universidad de Bolonia, Noviembre de 1881, publicada en el *Arch. di psych.*, 1882, III, fascículo I.

existe error y ha existido hasta ahora en separar de una manera demasiado radical los medios civiles de los medios penales, toda vez que concurren juntos a la defensa de la sociedad impidiendo determinadas acciones perjudiciales o peligrosas». Y más lejos (pág. 28), al enumerar los medios de defensa social que ya he expuesto en el capítulo precedente, apartado VI (medios preventivos, reparatorios, repressivos y eliminatorios), añadía, a propósito de los medios reparatorios: «Pero nuestra innovación no pretende ser solamente teórica, porque podría decirse que hoy mismo esta obligación de reparar el daño se encuentra establecida para la mayor parte de los casos: aquélla quiere ser también práctica, en el sentido de que, no separando tampoco los medios civiles de los penales, hará más general la aplicación y exigirá igualmente que la doctrina procesal establezca formas y órganos especiales y más cómodos para esta categoría de medidas, al obligar, por ejemplo, a *los Jueces penales a la liquidación por sí mismos de los daños*, para suprimir las dilaciones y las evasivas de un nuevo proceso de carácter civil, y *al obligar en caso de necesidad a los representantes del ministerio público a proponer, también por sí propios, de oficio*, cuando las personas ofendidas no lo hacen, ya por ignorancia, ya por temor, *la condena a la reparación civil*. Se verá entonces que el temor de perder algunos miles de francos volverá a los ricos más circunspectos (hablamos de los delitos involuntarios); y si el condenado es pobre precisará ver el medio de sustituir la indemnización en especies con la obligación de trabajar en provecho de la parte perjudicada, sea ésta un individuo o la sociedad».

Inmediatamente después, Garófalo escribía: «Según nuestra escuela, en muchos delitos, sobre todo en los delitos leves contra las personas, se podría útilmente reemplazar la pena de algunos días de prisión o de arresto con una reparación eficaz, una satisfacción dada al ofendido. La reparación de los daños podría llegar a ser un verdadero *equivalente de la pena*, si, en lugar de considerarse, como hoy, una consecuencia legal, un derecho declarado que ha de hacerse valer según las reglas del procedimiento civil, se convirtiera en una obligación de

la que no tuviera medio alguno de sustraerse el culpable» (1).

Fué también Garófalo quien insistió más que los otros positivistas sobre estas ideas, desarrollándolas ampliamente en una serie de reformas prácticas en el procedimiento (2). La idea propuesta por nosotros ha hecho bastante camino; ha sido detenidamente discutida en libros y en Congresos, comenzando por el primer Congreso de antropología criminal (Roma, 1885), donde condujo, por iniciativa de Fioretti a un orden del día Ferri-Fioretti-Venezian, así redactado: «El Congreso,—convencido de que importa asegurar la reparación civil de los daños, no sólo en interés próximo de la parte ofendida, *sino también en el interés inmediato de la defensa social* preventiva y represiva contra el delito—hace votos para que las legislaciones positivas puedan lo más pronto que sea posible emplear en los procesos los medios más convenientes contra los autores del daño, sus cómplices o encubridores, *considerando la realización de la reparación como una función social*, confiada de oficio: *al ministerio público* durante el proceso, *a los Jueces* al condenar, y *a la administración de las prisiones* para la compensación eventual por el trabajo penitenciario y para las proposiciones de liberación condicional» (3).

El principio clásico de que la reparación de los daños cau-

(1) Garófalo, *Lo que debiera ser un juicio penal*, en el *Archiv. di psich.*, 1882, III, fas. primero.

(2) Garófalo, *Criminología*, tercera edición, París, F. Alcán, 1905; *Discussione al Congresso Penitenziario di Roma* (sesión del 23 de Noviembre de 1885); *La riparazione alle vittime del delitto*, Turín, 1886; *La riforma della procedura penale* (con Carelli), Turín, 1889; *Rapport sur la question "Mesures pour restreindre le rôle de la prison dans la répression des infractions légères"*, en el *Bulletin de l'Union intern. de droit penal*, Mayo 1889; *Relazione al III Congresso Giuridico*, Florencia, 1891.

(3) Fioretti, *Des meilleurs moyens pour obtenir le dédommagement du crime*, en las *Actas del primer Congreso internacional de antropología crim.*, Roma, 1886, págs. 349, 363 y siguiente.

La misma cuestión fué propuesta en la primera y en la tercera sesión de la Unión internacional de Derecho penal, Bruselas, Agosto (1889), en los Congresos penitenciarios internacionales de París (1895) y de Bruselas (1900), a la *Société des prisons de Paris*, ponente Brunot, *Medios prácticos de asegurar a la víctima del delito la indemnización*, *Rev. pénit.*, Febrero, Marzo, Abril y Mayo 1898; al Congreso de Jurisconsultos alemanes (1893), con un estudio notable de Jelisch, completado con datos de historia comparada de la legislación, y en el III Congreso Jurídico internacional de Florencia (Septiembre 1891), que aprobó las proposiciones de Garófalo, recomendando también la institución de una caja "de multas".

sados por el delito es una obligación puramente civil y privada del delincuente (como la que deriva del incumplimiento de un contrato cualquiera), y de que aquélla debe, por consiguiente, estar completamente separada de la condena penal, ha conducido al olvido completo de la reparación en la práctica judicial diaria. En efecto, los individuos perjudicados, obligados a constituirse en parte civil, con gastos anticipados, y de provocar siempre un pleito, han debido abandonar la esperanza de verse fácil y seguramente indemnizados de los daños materiales y morales que han sufrido, y se contentan la mayor parte de las veces con alguna miserable transacción, como una concesión puramente benévola del delincuente. De aquí un recrudescimiento de las venganzas privadas y una deplorable pérdida de confianza en la obra reparadora de la justicia social.

En el campo de la teoría, para el derecho y para el procedimiento, gracias al bizantinismo acostumbrado de las barreras aduaneras científicas y a la separación tan ilógica como absoluta entre el derecho penal y el civil, ha ocurrido que los penalistas no se han ocupado de la reparación de los daños, dejándola a la competencia de los teóricos del derecho civil; y éstos a su vez la han abandonado, en el caso de delito y para las garantías prácticas del procedimiento, considerándola como un accesorio de poca importancia, que hacía relación bastante más a los teóricos del derecho penal.

Había habido algunas reclamaciones aisladas y que no se habían escuchado; pero sólo el método absolutamente nuevo, introducido por la escuela positiva, podía comunicar a esta institución la llama de una nueva vida (1).

(1) Además de las indicaciones de Bentham (*Principios del Código penal*, cap. IX) y las proposiciones aritméticas tan notables de Gioia (*Ingiurie, danni e Soddisfacimenti*), Spencer, sobre todo en un ensayo político acerca "de la moral de la prisión" (*Essais de politique*, París, 1879), se ha ocupado de la reparación del daño como reguladora de la sanción penal.

Veo también que desde 1847 Bonneville de Marsangy, con su admirable sentido práctico, comprobando que el daño privado ocasionado por el delito no es casi nunca reparado, hacía estas proposiciones, muy dignas de llamar la atención: "El Tribunal debe fijar, de oficio, la cifra del daño.—Es preciso conceder al ofendido un privilegio especial sobre los bienes del condenado.—La indemnización debe ser exigida por el Estado, como los gastos de justicia.—No se debe conceder la gracia de indulto más que cuando el daño haya sido reparado (con responsabilidad solidaria de la familia del condenado).—Sobre los productos del trabajo

Mas yo no tengo intención de ocuparme aquí de la reparación de los daños en relación a los medios prácticos de procedimiento que puedan hacerla más eficaz. Quiero en este momento insistir, sobre todo, en la cuestión de principio, acerca de la naturaleza esencialmente pública de función social que reconocemos a esta reparación (1). Para nosotros asimilar la obligación que se impone al delincuente de reparar los daños causados por su delito a la que deriva de la inejecución de un contrato, es una cosa por completo inmoral. Fuera de los hábitos mentales que no nacieron hasta después de la Edad Media y del establecimiento regular, con miras fiscales, del ministerio público, hábitos a los cuales podría oponerse de otra parte las tradiciones griegas y romanas acerca de la distinción entre delitos públicos y delitos privados, no podemos ver dificultad alguna que se oponga a reconocer el principio que sostenemos.

Así como el delito determina una reacción social, bajo la forma de un aislamiento indeterminado del delincuente; cuando el acto es grave y el agente peligroso, así también debe determinar una reacción social defensiva bajo la forma de una reparación del daño, reparación que se agrega al aislamiento, cuando éste es necesario, o que queda sola, cuando constituye una defensa suficiente; cuando el acto no es grave ni el agente peligroso; cuando la obligación de reparar el daño, sin pasar

del detenido debe retenerse una parte en provecho de las personas perjudicadas.—No debe admitirse la prescripción (lo cual se encuentra también en el Código penal austríaco) más que cuando el daño ha sido reparado y si el culpable no conserva provecho alguno que provenga del delito.”

Bonneville, *Reparation civile en matière criminelle*, en la *Rev. pénit.*, 1847, IV, 444.

(1) En el mismo orden de ideas, Franchi sostenía que el trabajo en las colonias agrícolas penales no debía ser pagado al condenado, sino que el producto, una vez pagados los gastos de manutención, debía formar un fondo único, en la caja de multas, para poder indemnizar a las víctimas de los delitos. Demostraba que este era un medio de educación civil de la conciencia colectiva, porque se enseña así a ver en el delito un acto que ofende a la sociedad entera, y porque aquélla no tiene tampoco delante de sí al autor aislado de una ofensa, sino a la masa entera de los condenados, que tienden por su propio trabajo a redimirse y a reparar sus faltas; así penetraría a la vez en las almas un sentimiento de alta piedad para los delincuentes, considerados como afectados por una enfermedad psíquica (Franchi, *Il progetto Giolitti per il lavoro dei condannati all' aperto, e il diritto penale nella Scuola positiva*, Enero 1903).

por las dificultades de una «acción civil distinta» y de la «constitución de una parte civil», puede ser una represión más eficaz que la mesa y cama ofrecidas gratuitamente al culpable por algunos días o por algunas semanas de las prisiones del Estado.

Esta reparación del daño toma naturalmente dos formas: la de una indemnización o multa pagada al Estado, y la de una indemnización al ciudadano ofendido.

Además, se puede añadir que el Estado debería tomar por su cuenta los derechos de la víctima para darla una satisfacción inmediata, sobre todo cuando la sangre ha sido derramada, pronto a obligar al ofensor a reembolsarle de estos gastos, como se hace o debería hacerse reintegrar los gastos de justicia (1).

La evolución penal que he recordado en el capítulo precedente es de esto una prueba elocuente: primero, la reacción contra el delito es un asunto exclusivamente privado; después, ésta se dulcifica y se transforma en una composición pecuniaria, de la cual una parte va bien pronto al Estado, quien no tarda en apropiarse el importe total de la compensación, dejando al ofendido el triste consuelo de reclamar y de obtener la indemnización «ante un tribunal distinto». Nada es, pues, más conforme a esta evolución de la pena y a esta reforma que reclamamos también para la reparación del daño, convertida por nosotros de asunto privado en función pública, como consecuencia igualmente social y jurídica del delito cometido. El establecimiento de una caja de multas, formada por el producto de las que se impongan y del de las indemnizaciones que por excepción no hayan sido aceptadas por los ofendidos, puede ser una aproximación al reconocimiento completo del principio.

Los principios clásicos hoy dominantes, y la práctica que de los mismos se deriva, constituyen más bien, por el contrario, un ensayo de puro pasatiempo que una organización seria de la justicia penal.

(1) Lioy, en las *Actas del primer Congreso internacional de antrop. crim.*, Roma, 1866, pág. 377, y en la *Nuova scuola pénale*, Turin, 1886, página 43; Féré, *Dégénérescence et criminalité*, Paris, F. Alcán, 1888, capítulo XIII.

Si los ciudadanos satisfacen los impuestos al Estado, es para recibir de él, en cambio, los servicios públicos, entre los cuales es el primero y más esencial la seguridad pública; y el Estado gasta en efecto cada año varias docenas de millones en esta función social suprema. Sin embargo, a cada delito que se comete, se produce una escena grotesca: el Estado, que ha incurrido en el error de no haber sabido prevenir mejor el delito y proteger también mejor a los ciudadanos, detiene al culpable (cuando le detiene, porque el 60 por 100 de los delitos *descubiertos* quedan *impunes*). Y de cada 100 delitos descubiertos en que el individuo detenido es condenado como autor de una transgresión, el Estado, que debe defender para el público los intereses superiores de la «justicia absoluta», en cuarenta casos no se ocupa de las personas ofendidas, abandonándolas a su prosaico «interés privado», a un «Tribunal civil distinto»; pero en revanche se hace pagar una prima por el delincuente, bajo la forma de multa satisfecha al Tesoro público, aunque el delito no sea, por ejemplo, más que un robo o un daño causado a la propiedad privada.

De suerte que el Estado no sabe prevenir los delitos, no sabe reprimirlos más que en un muy pequeño número de casos; falta, por lo tanto, a su deber, a pesar de que para su cumplimiento recibe los impuestos de los ciudadanos..... y después, por todo esto, se hace todavía pagar una prima. Y por añadidura, como condena cada diez años 3.230.000 individuos (1), de los cuales una gran parte sufren detención, pone también los gastos de su sostenimiento a la espalda de estos honrados ciudadanos que no supo ni garantizar ni indemnizar de los daños que les proporcionó el delito. ¡Y todo esto en nombre de los eternos principios de la justicia absoluta y distributiva!

Es preciso que esta manera de administrar justicia cambie radicalmente. Hace falta, para la reparación de los daños, que el Estado indemnice a los particulares los que les han sido ocasionados por los delitos y que aquél no ha sabido ni querido prevenir (lo cual de otra parte es lo que en cierto modo reconoce cuando se trata de algunos desastres públicos, al con-

(1) Esta es la cifra de los condenados en Italia desde 1880 a 1889.

ceder remisión de los impuestos o auxilios pecuniarios): así estará dispuesto a indemnizarse enseguida con cargo al delincuente, por los medios ya indicados, de los gastos que el delito ha necesitado, ya sea para retribuir Jueces y guardianes, ya para indemnizar a los que han sufrido aquél.

Únicamente de esta suerte, el Estado, obligado, ante todo, a reparar a sus expensas los daños causados, será excitado por su instinto fiscal natural, a llevar los ojos más abiertos y a hacerse reembolsar más rigurosamente por los condenados.

De este modo también, de otra parte, el principio de solidaridad social será reconocido no sólo contra, sino también para el individuo que, a nuestro juicio, debe siempre responder del delito si es su autor, pero siempre también ser indemnizado de él cuando es su víctima.

Se ve, pues, con evidencia, cómo en el sistema positivista de defensa social contra el delito, sistema que tiende a una protección más eficaz de la sociedad y del individuo, la reparación del daño toma el carácter de un principio fundamental, sin hablar de las disposiciones prácticas de procedimiento destinadas a asegurar mejor su ejecución.

Si la segregación del culpable por un tiempo indeterminado se establece como regla fundamental, cualesquiera que sean las medidas prácticas de detención y reclusión, de igual manera la reparación de los daños causados por el delito se restablece como regla fundamental, sean las que fueren las medidas procesales que la garanticen y la apliquen.

Y en esto precisamente residen los criterios metódicos radicalmente nuevos con que la sociología criminal, apoyándose en las comprobaciones de la antropología y de la estadística, sustituye los criterios tradicionales de la escuela criminal y de la escuela penitenciaria clásicas.

89.—III. Los dos principios fundamentales del sistema positivista de defensa social contra el delito quedarían, sin embargo, incompletos, si no se les completase ni se les hiciera prácticamente aplicables, no ya tanto por proposiciones más o menos oportunas pero sin vínculo entre sí, como por otra regla general, que sirve precisamente de transición para llegar

a la organización práctica de la defensa social; esta regla es la *apropiación de las medidas defensivas a las categorías antropológicas de los delincuentes*.

También sobre este punto el espíritu clásico es directamente opuesto al nuestro, puesto que sostiene que el ideal es «la unidad de la pena». Y por encima de ello reina el acuerdo no sólo entre los juristas teóricos que, si creemos a Beltrani Scalia (1), tomaron parte demasiado exclusivamente en la discusión de los sistemas penales en todos los proyectos de Código penal italiano, sino igualmente entre los penitenciarios prácticos, a quienes al revés, si damos crédito a Liszt, se ha concedido (2) en Alemania una parte muy exclusiva en la discusión del mismo problema.

Aunque el dictamen sobre el último proyecto de Código penal italiano (1887, I, 78) se extendía tranquilamente en la conclusión de que «de otra parte la tendencia que prevalece hoy en la legislación de los pueblos más civilizados es reducir al más pequeño número posible las penas de privación de libertad, aproximándose sin cesar al ideal acariciado por aquellos que son los más competentes en materia penitenciaria: *la pena única*.»

Se comprende que tal sea el ideal de los criminalistas y de los penitenciaristas, desde el momento en que unos y otros no consideran al delincuente más que como un tipo medio y abstracto, una especie de término algebraico al que unos aplican un artículo del Código penal y los otros asignan una celda más o menos monástica. Así se explica todavía que, en las proposiciones de reformas (liberación condicional, condena condicional, etc.), se olviden muy a menudo las diferencias de tipos entre los delincuentes, para pensar con relación a tales mejoramientos en la naturaleza del hecho delictuoso y de la penalidad, mucho más que en los caracteres fisio-psíquicos del malhechor.

Se comprende también como, para nosotros, «la pena única», aunque ésta fuese únicamente de detención, es un absurdo, porque está directamente en oposición con el hecho positivo,

(1) Beltrani Scalia, *La riforma penitenziaria in Italia*, Roma, 1879, página 48.

(2) Liszt, *Kriminalpolitische Aufgabe*, en la *Zeitsch. f. die gesammte Strafrechsw.*, 1889, IX, 487 y 488.

innegable, de la diferencia que existe entre las categorías de delincuentes (1).

Es una ley natural que entre el remedio y el mal debe existir una relación de homogeneidad.—Du Mesnil decía a este propósito: «El detenido es un enfermo más o menos curable en el orden moral (a esto añadido—y en el orden físico), y, por consiguiente, es preciso aplicarle los grandes principios del arte médico; a la diversidad de males hay que oponer la diversidad de los remedios» (2).

No obstante es preciso evitar, sobre este punto, además del exceso de uniformidad, el exceso opuesto de lo que se llama «individualización de la pena», que está en boga, sobre todo, entre los penitenciaristas americanos, y a la que se ha hecho un gran *reclamo* después del volumen de Saleilles (3). Ciertamente toda clínica criminal debe proponerse como fin aplicar a cualquier individuo condenado un régimen particular, después de haber hecho un estudio fisio-psíquico de su persona y de las condiciones que la han determinado al delito; pero la cosa es todavía imposible, sobre todo en los países en que el número de los detenidos es muy grande y donde el personal directivo no está instruido de hecho en biología y en psicología criminal. ¿Cómo un director, que tiene al propio tiempo cuantos cuidados y responsabilidades financieras son inherentes a la administración, podrá «individualizar» la disciplina de los 400 o 500 individuos detenidos en un establecimiento? El siste-

(1) Ya se ha comenzado a aplicar nuestro principio. Véase Vincens, *Notices individuelles sur les jeunes détenus (pour les classer d'une façon rationnelle dans les divers établissements pénitentiaires)*, en la *Revue pénit.*, 1895, pág. 33.—Y respecto de los condenados adultos se ha establecido en Francia *casos de corrección* para los delincuentes “menos endurecidos”; Laguesse, *Les “quartiers d'amendement” des maisons centrales*, ibidem, 1895, pág. 274, y Cuche, ibidem, 1895, pág. 327.

Este principio, que había yo anunciado ya en mi segunda edición (1884, páginas 504 y 512), ha obtenido después el asentimiento de Prins, *Criminalité et repression*, Bruselas, 1886, pág. 161 y siguiente, y de Hiszt, *Op. cit.*, en la *Zeitschrift*, 1890, X, 57 y 58.

(2) Du Mesnil, *Régime et syst. pénit.*, en los *Ann. d'Hyg. publ.*, 1871.

(3) Saleilles, *L'individualisation de la peine*, Paris, F. Alcán, 1898; antes que él, sin embargo, habían escrito en Francia Cuche, *L'avenir de l'intimidation*, en la *Rev. pénit.*, 1894, pág. 786 y siguiente, y Rivière, *Du rôle de l'individualisation dans l'exécution des peines*, ibidem, 1897, página 1.044.

ma celular, que reduce al minimum en los reclusos las manifestaciones características de la autonomía personal, nivelándolas bajo la regla uniforme de la rutina y del silencio, ¿no está en contradicción con esta posibilidad de observar y conocer el carácter especial de cada detenido para aplicarle una disciplina individual? ¿Dónde encontrar, por otra parte, los directores y el personal capaces de desempeñar una función tan delicada y tan alta? Es un hecho constante que ciertos establecimientos penitenciarios están florecientes cuando tienen la fortuna de poseer un director naturalmente psicólogo como De Metz, Crofton Roukawichnikoff, el abate Spagliardi, etc., y peligran, en cambio, cuando tales directores mueren o cesan. ¿No prueba este hecho de manera muy elocuente que el secreto de los éxitos penitenciarios reside bastante menos en una virtud mágica de la prisión celular que en la prudencia y en la penetración psicológica del director? (1).

Así como un Código imperfecto, pero aplicado por Jueces de conciencia e inteligentes, vale más que un Código, aunque sea «monumental», aplicado por Jueces deficientes, así también un «sistema penitenciario muy bien combinado», pero confiado a un personal incapaz, vale mucho menos que un sistema de una perfección menos ideal en manos de un buen personal.

Y puesto que esta cuestión de elección del personal es siempre difícil, sobre todo por razones financieras (porque salvo raras excepciones, no se puede sin buenos sueldos esperar un personal escogido) creo que, para atenuar sus defectos inevitables, precisa que el sistema irrealizable de la *individualización* sea sustituido con el criterio de la *clasificación*, que añade a los méritos del otro principio una realización más fácil y más práctica (2).

(1) Despine, *Psychologie naturelle*, París, 1868, III, págs. 387 y siguientes, ha desarrollado un régimen penitenciario fundado sobre los datos que suministra la psicología, aunque con exageraciones e ilusiones que no puedo aceptar.

(2) Estas ideas, ya expuestas en mi tercera edición (1892, pág. 708), demuestran cuán poco fundada era la crítica hecha a la escuela positivista por Tarde (Prefacio para el libro de Saleilles, *L'individualisation de la peine*, pág. 5). Allí se dice que "los positivistas (naturalistas o socialistas), cuando buscan las causas del delito, no descubren más que factores

No se nos diga que los antropólogos criminalistas no están todavía conformes en una clasificación única de los delincuentes, y que, por consiguiente, a este criterio fundamental faltaría una base de hecho; porque no sólo, según he demostrado en el capítulo primero, las divergencias a propósito de las diversas clasificaciones no son esenciales, sino exclusivamente formales y secundarias, sino que además los hombres de estudio se ponen cada vez más de acuerdo para aceptar la clasificación por mí propuesta.

90.—Veamos, pues, cómo sobre la base de esta clasificación antropológica de los delincuentes, considerada como primer criterio, al propio tiempo que debe ponerse en segundo lugar el delito cometido—porque no es el delito lo que se debe castigar en el delincuente, sino al delincuente a causa de su delito—, se puede ordenar prácticamente un sistema positivista de defensa social.

Pero, sin embargo, antes de descender a las proposiciones prácticas, conveniente será indicar también las reglas comunes a todas las formas diversas de esta organización defensiva.

impersonales, como el clima, la estación, las anomalías craneanas (!) y las sugerencias del medio; ellos naturalizan o socializan el delito; *le impersonalizan*; después, cuando se trata de las aplicaciones penales de sus teorías, se permanece admirado de verlos sostener a todo trance la individualización de la pena, como si el individuo, de nada que era, hubiera llegado a serlo todo."

Pues bien; la verdad es que los positivistas, además de los factores impersonales (telúricos y sociales) del delito, han investigado siempre también los factores *personales* (orgánicos y sociales) del delito; y en re vancha, al ideal actualmente irrealizable de la *individualización* "a ultranza", han opuesto el criterio práctico de la *clasificación*, o sea de la disciplina penal apropiada a cada clase y subclase biosociológica de delincuentes.

Esto es lo que se hallará en Grundtwig, *L'individualizzazione e i mezz. per realizzarla*, en la *Riv. penitenz. del Nord*, 1894, fascículo 1, y *Revue pénit.*, 1895, pág. 150; Liszt, también, en la reunión de la *Union intern. de droit penal a Heidelberg* (Junio 1897), sostenía con Seuffert mi idea de la *clasificación* como aproximación a la *individualización*, aunque una y otra, decía él, "estén muy lejos de las concepciones jurídicas de los magistrados y de los administradores". Véase también Rivière, *Du rôle de l'individualisation*, etc., en la *Revue pénit.*, 1897, página 1.047.

El principio de la *clasificación* ha sido propuesto por la Comisión para la reforma de las prisiones en Inglaterra. Véase Rinieri de Rocchi, *La classificazione dei delinquenti e il rapporto sulle carceri inglesi*, en la *Scuola positiva*, Septiembre 1895. El doctor Orange ha introducido el criterio de la *clasificación* como reforma en la casa de locos criminales de Broadmoor. Véase Lombroso, *Uomo delinquente*, quinta edición, Turín, 1897, III, 556.

Ante todo el carácter común y fundamental que ~~deberán~~ tomar los diferentes establecimientos en donde estén ~~aislados~~ los delinquentes—aquellos para los cuales la repartición de los daños no será una sanción suficiente—será el de que las ~~casas~~ de fuerza, es decir, los lugares de tormento y de servidumbre, se transformen en establecimientos de tratamiento físico y moral, con una disciplina apropiada a las formas diversas de tendencia criminal; así como se ven disciplinas diferentes en los hospitales comunes, en las clínicas especiales y en las casas de locos (1). Desde el punto de vista jurídico estos establecimientos no deberán responder más que a un solo fin: *segregación del individuo* temporal o definitivamente impropio para la vida social. Desde el punto de vista técnico, deberán tratar de alcanzar estos dos fines: primero, utilizar lo mejor posible, tanto para la sociedad como para el individuo, el trabajo de los delinquentes no readaptables a la vida social, y esto reduciendo la violencia física al *mínimum* necesario para impedir sus accesos criminales, y dando a la *dinámica* higiénica y psicológica una importancia preponderante para arreglar su actividad. En cuanto a los delinquentes readaptables a la vida social, se regulará y desenvolverá su actividad higiénica y productiva de la manera más propia a curar o a fortificar su inteligencia o su voluntad, conforme a los datos de la pedagogía fisisicológica y psico-patológica. Además se adoptarán las disposiciones más cómodas para la rehabilitación legal, como ya se ha comenzado a hacer en algunos países civilizados (2).

En segundo lugar, precisa evitar que el establecimiento en que los culpables estén aislados, en vez de ser una residencia llena de privaciones, sea lo que es hoy en la mayor parte de los casos, un asilo cómodo de ociosidad protegida y de compa-

(1) Véase en el mismo sentido Vargha (*Die Abschaffung der Strafnachtschaft*, Gratz, 1896-97). Mucho tiempo antes que él, Wyruboff, *De la pénalité* (a propósito del libro de Girardin, en la *Philosophie positive*, 1871, había escrito: "Estoy por la supresión de la *servidumbre penal*, que deberá desaparecer algún día, como la esclavitud antigua y la *servidumbre feudal*."

(2) Por ejemplo, la ley danesa de 3 de Abril de 1894 admite en ciertos casos la rehabilitación de *pleno derecho*.—Asimismo, la ley belga de 25 Abril 1896—y la ley francesa de 21 de Febrero de 1898.—Véase Passetz, *Réformes a introduire dans la loi sur la réhabilitation*, en la *Revue pénit.*, Abril 1898.

ña criminal. Romagnosi decía muy bien que la pena pierde toda su fuerza cuando se la encuentra menos grave, después de hecha una experiencia, de lo que lo es en la opinión. Olivecrona, Lombroso, Beltrani Scalia y otros, insisten también sobre este punto. Por una reacción generosa contra los horrores de las prisiones de otro tiempo, se ha exagerado en estos últimos años los mejoramientos llevados a la situación de los prisioneros ordinarios (criminalidad atávica), aunque se haya agravado en Italia la de los condenados por hechos políticos o de un carácter social (criminalidad evolutiva). Aun para los autores de asesinatos y de violaciones se ha aprobado, por ejemplo, en el Congreso penitenciario de Roma (1885), la proposición de distraer a los prisioneros los domingos, ¡haciéndoles escuchar música!..... Y el profesor Luigi Lucchini ha propuesto, para prevenir los peligros del onanismo en los detenidos en celda, facilitarles el coito a expensas del Estado (1). Pero de hoy en adelante, después de haber examinado mejor las condiciones sociales y las diferencias que deben señalarse entre hombres honrados y malhechores, será preciso que los establecimientos de aislamiento, cesando por completo y absolutamente de recordar la tortura, para no ser más que un medio de curación física y psíquica, permanezcan, sin embargo, como algo poco deseable para sus pensionistas, que a menudo hoy en las estaciones rigurosas, son, por una injusticia manifiesta y peligrosa hasta el extremo, objeto de envidia para el honrado cultivador, que mal vestido y mal alimentado, vegeta en su cabaña, o para el honrado obrero, tan miserablemente abrigado en su tugurio.

En tercer lugar, la obligación de trabajar debe ser universal y absoluta. Con el sistema actual, el Estado mantiene en la ociosidad a aquellos mismos que se dice condenados a trabajos forzados, y de aquí resulta que, como hace observar Spencer (2), el delito aprovecha a los culpables, que se procuran así, sin abrir la bolsa, vivir y holgar; mientras que causa un

(1) Véase *Uno spiritista del diritto penale*, en el *Arch. di psych.*, 1887, 8, pág. 28, y mi volumen *Studi sulla criminalità ed altri saggi*. Bocca, Turin, 1901.

(2) Spencer, *Essais de politique*, Paris, F. Alcán, 1879, pág. 336.

doble daño a los hombres de bien que después de haber sufrido por el delito, deben todavía subvenir ampliamente a mantener al condenado. Pues bien; me es imposible convencerme de que el delito deba eximir al delincuente de la necesidad y de la obligación de proveer por su trabajo a su subsistencia diaria, necesidad y obligación a la que están sometidos antes de incurrir en falta, y que sufren los pobres honrados. Hagamos notar de nuevo (sin hablar de la eficacia higiénica del trabajo, demostrada por la experiencia para los locos ordinarios) que éste será el único medio de resolver la eterna cuestión de la concurrencia hecha al trabajo libre por los prisioneros: supuesto que el detenido o debe permanecer ocioso o trabajar, y que no existe más que una respuesta posible para esta cuestión, o sea que debe trabajar, la dificultad se resuelve: primero, haciendo trabajar (y sin adjudicación) a los detenidos en las industrias que hacen concurrencia menos directa a los trabajos honrados (como demostraré bien pronto); después, dándoles un salario igual o salario libre, pero imponiéndoles al mismo tiempo la obligación de pagar al Estado su alimentación, su vestido y alojamiento, y de indemnizar con el resto, en todo o en parte, a las víctimas de sus acciones criminales (1). Quisiera, en efecto, que sobre la puerta de las prisiones se ostentase esta máxima, a la cual debería obedecer todo ser humano (salvo los niños y los imposibilitados):—*El que no trabaja no come* (2).

VI

91.—Por lo que respecta a los delincuentes locos o medio locos, es sabido que después de las proposiciones aisladas hechas desde más de cincuenta años por algunos alienistas,

(1) El Congreso penitenciario internacional de París (1895) emitió, por el contrario, la opinión de que "el preso no tiene derecho al salario, aunque está en interés del Estado darle una gratificación". (*Revue pénit.*, 1895, pág. 1.019). Es el antiguo sistema, cuya insuficiencia se ha reconocido.

(2) Ambas cuestiones las he tratado en mi conferencia *Lavoro e celle dei condannati*, Roma, 1886 (reproducida en mi volumen *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, Turín, Bocca, 1901).