

CAPITULO IV

REFORMAS PRÁCTICAS

- I. 71. Influencia de los nuevos datos de biología y de sociología criminal sobre las leyes penales más recientes—(penas paralelas—circunstancias agravantes y atenuantes—manicomios criminales—procedimientos especiales para los menores delincuentes—medidas contra los reincidentes—reacción contra la pena de privación de libertad a corto plazo. 186
- II. 72. Tres principios generales para las reformas procesales según la escuela positiva: I. Equilibrio entre los derechos individuales y las garantías sociales.—II. Oficio propio del juicio penal fuera de la dosimetría ilusoria de la responsabilidad moral.—III. Continuidad y solidaridad entre las diferentes funciones prácticas de defensa social.—73. Razón histórica y ejemplos del primer principio. Exageraciones del *in dubio pro reo* en las formas de delincuencia atávica. Revisión de los procesos. Gracias y amnistías. Reparación de los daños.—74. Propositiones de la escuela positiva en sentido individualista: acción penal popular, reparación de los errores judiciales, cuotas mínimas de delincuencia 190
- III. 75. A. Los resortes de la justicia penal y sus caracteres actuales.—76. Oficio propio del juicio penal.—77. Reunión de las pruebas (policía judicial).—78. Discusión de las pruebas (acusación y defensa).—79. Juicio de las pruebas (Jueces y Jurados). La clínica criminal.—80. Jueces civiles y criminales. Capacidad e independencia de los Jueces (elegidos). Facultades concedidas al Juez..... 207

CAPITULO IV

LAS REFORMAS PRÁCTICAS

- I.—Influencia de los nuevos datos de la biología y de la sociología criminal sobre las leyes penales más recientes—(penas paralelas; circunstancias atenuantes y agravantes; manicomios criminales; procedimientos especiales para los delinquentes menores; medidas contra los reincidentes; reacción contra la prisión de poca duración).
- II.—Tres principios generales para las reformas del procedimiento, según la escuela positiva: I. Equilibrio entre los derechos individuales y las garantías sociales.—II. Oficio propio del juicio penal fuera de la dosimetría ilusoria de la responsabilidad moral.—III. Continuidad y solidaridad entre las diferentes funciones prácticas de defensa social.—Razón histórica y ejemplos del primer principio. Exageraciones del *in dubio pro reo* en las formas de delincuencia atávica. Revisión de los procesos. Gracias y amnistías. Reparación de los daños.—Proposiciones de la escuela positiva en el sentido individualista; acción penal popular, reparación de los errores judiciales, cuotas mínimas de delincuencia.
- III.—A. Los resortes de la justicia penal y sus caracteres actuales.—Oficio propio del juicio penal.—Reunión de las pruebas (policía judicial). Discusión de las pruebas (acusación y defensa).—Juicio de las pruebas (jueces y jurados). La clínica criminal. Jueces civiles y jueces criminales.—Capacidad e independencia de los jueces (elegidos). Facultades atribuidas al juez.
- IV.—El Jurado.—Ventajas e inconvenientes del Jurado como institución política.—Ventajas e inconvenientes del mismo como institución judicial.—El Jurado ante la psicología y la sociología.—Abolición del Jurado para los delitos comunes y las reformas más urgentes.
- V.—B. La “bancarrota de los sistemas penales clásicos” y el sistema positivo de defensa social represiva.—Criterios fundamentales del sistema defensivo.—I. Segregación por un tiempo indeterminado con revisión periódica de las sentencias.—II. Reparación de los daños como función del Estado.—Apropiación de los medios definitivos a las categorías de los delinquentes, en oposición a la unidad clásica de la pena.—Caracteres comunes a los diferentes establecimientos de segregación.

VI.—Criminales locos y manicomios criminales.—Criminales natos, pena de muerte, deportación, segregación indeterminada.—El sistema celular es una de las aberraciones del siglo xx.—El trabajo al aire libre en las colonias agrícolas.—Delinquentes habituales.—Delinquentes de ocasión y abuso de las detenciones a corto plazo.—Criminales por pasión: su impunidad relativa.

Los datos de la antropología y de la estadística criminal, y la teoría positiva de la responsabilidad que de los mismos se deriva, aun cuando no hayan sido coordinados en un sistema científico más que por la nueva escuela, son, sin embargo, confirmados con gran evidencia por la vida diaria y su influencia no ha podido menos de dejarse sentir, incompletamente, es cierto, en los tribunales y en la legislación. Con estos datos se trata de cambiar radicalmente los criterios y los rodajes de la justicia penal, y por consiguiente precisa no encontrar «extraño», como lo encontró Ottolenghi (1), «la lentitud con que se operan en las aplicaciones jurídicas los progresos de la escuela de antropología criminal». Es que no se trata aquí (como en los comienzos de la escuela clásica) de reformas de detalle que hayan de ser injertadas en el viejo tronco de las leyes penales y de procedimiento; sino que precisa llegar a una nueva orientación de la conciencia pública, y por lo tanto, de la conciencia legislativa y judicial en la manera de considerar delitos y delinquentes. Después de esto, como ya hemos visto, las cuestiones jurídicas técnicas (por ejemplo, sobre la responsabilidad «parcial», sobre la tentativa, acerca del concurso de los hechos ilícitos, la prescripción, la apelación, la revisión, etc....), que hoy fatigan y dividen a los criminalistas metafísicos, perderán su importancia práctica y teórica en una justicia penal inspirada por los datos y las intuiciones de la sociología criminal, con el criterio fundamental de la segregación... por un tiempo indeterminado y con revisión periódica

(1) Ottolenghi, *Prefacio* al libro de Bonanno, *Il delinquente per passione*, Turín, 1896.—No obstante, indicaba las razones de este retraso en su lección preliminar *Alcuni problemi di antropologia criminale*, Siena, 1892, alegando el culto de los principios considerados como intangibles, la falta de sentido práctico entre los latinos, y el cultivo insuficiente de las ciencias biológicas.

de las sentencias para los autores de transgresiones graves que denoten criminalidad atávica.

A pesar de esto, la infiltración de los nuevos datos y de sus aplicaciones se deja ya sentir... Y puesto que ya he hablado en el precedente capítulo (párrafo VII) de la jurisprudencia penal práctica en sus relaciones con los nuevos datos de la sociología criminal, no me parece a propósito hablar de ella de nuevo (1). Pero sí lo es en desquite, hacer notar que la legislación penal también, a despecho de la oposición de la escuela clásica escandalizada, ha tenido que ceder en cierta medida al movimiento científico de la observación aplicada a los delincuentes y a los sistemas penales. Recientemente aun Prins reconocía que «la escuela antropológico-criminal ha tenido el mérito de mostrar la insuficiencia del criterio fundamental del Código penal basado sobre el tipo convencional y abstracto del culpable» (2). Bastará para probarlo, recordar algunos ejemplos tomados entre los más dignos de llamar la atención.

Además de la influencia directa de los nuevos datos sobre la legislación, ya también se ha comprobado una influencia indirecta, que no se hace sentir sólo en el limitado campo de las leyes penales. En efecto, los legisladores de hoy, impresionados por las revelaciones de las ciencias positivas y sobre todo de la estadística y de la biología, de la etnografía y de la antropología, e imbuídos por lo que yo llamaría el prejuicio de lo artificial en la sociedad y en la política, han sido llevados a una verdadera manía de hacer leyes por la ilusoria idea de que pueden y deben aplicar a todo fenómeno nuevamente

(1) En el *Boletín de la Unión Internacional de Derecho penal*, 1893, IV, fascículo 2 (y *Scuola positiva*, Septiembre, 1893) véanse los trabajos de Tarde, Garófalo y Liszt, sobre "la influencia que las doctrinas modernas han ejercido en los principios fundamentales del derecho penal". En su ponencia acerca de las *Aplicaciones de la antropología criminal*, en las *Actas del Congreso antropológico criminal de Bruselas*, 1893, pág. 91, Liszt afirma que "la legislación del porvenir deberá edificarse sobre los datos de la antropología criminal". Véase un criterio completo del procedimiento penal positivo en la memoria de Franchi dirigida al *Congreso de antropología criminal de Amsterdam*. (*Actas del Congreso antropológico criminal de Amsterdam*, 1901, pág. 155.)

Véase también Fedozzi, *Possibili conseguenze del positivismo penale nel sist. del dir. pen. internaz.*, en la *Riv. ital. di sc. giurid.*, 1897, XXII, fascículo 2; y con él, Zerboglio, *Della prescrizione*, Turín, 1893, cap. III.

(2) Prins, *Science pénale et droit positif.*, Bruselas, 1899, núm. 35.

observado el pretendido remedio de una ley, de un reglamento o, a falta de otra cosa mejor, de un artículo del Código penal. Como observaba Spencer en uno de sus ensayos más geniales, el ciudadano está hoy envuelto en una red de leyes, de decretos, de reglamentos que le rodean, le aprisionan, le agarrotan, desde antes de su nacimiento hasta después de su muerte: es la víctima de aquellos que llamaba Bordier espiritualmente «los jardineros y los ortopédicos de la sociedad, gentes que creen poderla amasar y amoldarla a su gusto, porque no tienen conciencia alguna de la naturalidad de las leyes y de los fenómenos sociales» (1). También, aun fuera de la sociología criminal, todo acontece lo propio en las diversas partes de la vida social: se encuentra en ella tanto doctrinarismo clásico en las ciencias políticas, económicas y jurídicas, como empirismo en las leyes. Y por esta razón, en nuestro círculo particular, los defectos prácticos y la impotencia cotidiana, visibles a todos los ojos, de los sistemas actuales de penalidad y de procedimiento, son los mejores aliados de la ciencia positiva; mientras que a su vez, por las reformas prácticas que propone, propaga y confirma ésta sus inducciones teóricas.

De otra parte, la conciencia de lo que se ha denominado «la decadencia legislativa» es hoy unánime en todas partes, aun cuando no sea más que el efecto transitorio de este período de contraste entre el doctrinarismo científico, alejado de las realidades de la vida, y el empirismo legislativo que es su consecuencia.

I

71.—Al llegar a la influencia más directamente ejercida por los nuevos datos de la antropología y de la estadística criminal, expondremos el primer ejemplo que encontramos: en las legislaciones penales más recientes, v. gr., en el Código holandés, se ha enunciado y aplicado la idea de reducir las pe-

(1) Spencer, *Essais de politique*, París, F. Alcán, 1879, *Trop de lois*, pág. 65 y siguiente; Bordier, *La vie des sociétés*, París, 1887, capítulo XVII; De Greef, *Introduction á la sociologie*, segunda parte, Bruselas, 1889, págs. 316 y 317; Fuld, *Einfluss der Kriminalstatistik auf Strafgesetzgebung, ecc*, en el *Archiv. f. Strafr.*, Berlín, 1885, pág. 225.

nas privativas de libertad a dos categorías: la una más rigurosa, para las transgresiones graves y peligrosas; la otra más dulce, dicha detención simple o *vigilancia honrada*, para las transgresiones de policía, los delitos no premeditados, y los demás delitos no determinados por pasiones malignas (1).

En los trabajos preparatorios del Código penal italiano la idea de estas dos especies paralelas de penas de privación de libertad subordinadas a la diferencia de las impulsiones criminales, que existía ya en germen en el Código sardo-italiano de 1859 (reclusión y relegación), había hecho mucho camino y aun había llegado a su aplicación más o menos completa, desde las primeras proposiciones expuestas por De Foresta en la Comisión de 1866, hasta el primer proyecto Zanardelli (1883), en el que se dejaba al juez, en cada caso particular, la facultad de aplicar la reclusión, cuando «el carácter del delincuente, deducido de los motivos del delito» (2), indicara la perversidad, en presencia del carácter degradante y antisocial del motivo, o de aplicar la detención, cuando el motivo del delito no era antisocial.

Pero los mismos elogios de los positivistas, que señalaron en esta disposición un rayo de luz nueva, condujeron a Zanardelli a quitar más tarde al juez esta facultad.

Y, sin embargo, es un doctrinarismo bastante impolítico de verdad no querer tener en cuenta la conciencia pública, que no rehusa la piedad o la simpatía a los condenados, cuando los motivos son menos odiosos, por ejemplo, en los casos de infanticidio inspirado por la honra, de duelo, de defensa excesiva, sin hablar de los delitos cuyo motivo es político (3).

Otro reconocimiento embrionario e indirecto de una de las

(1) Brusa, *La detenzione semplice o cosiddetta custodia onesta nei paesi Bassi*, en la *Riv. Car.*, X, fascículos 8 y 9.—E igualmente Pessina, *Sul secondo quesito del Congresso penitenziario di Stocolma*, ibidem, VI, pág. 161 y siguiente.

(2) Zanardelli, *Relazione sul Codice penale*, Roma, 1883, págs. 10-20.

(3) La idea de las dos penas paralelas ha sido recientemente renovada por Garçon, *Sur les peines non déshonorantes*, en la *Revue pénit.*, 1896, págs. 830 y siguiente e información sobre este asunto con respecto a la opinión de un gran número de criminalistas (págs. 1.099 y 1.407; y 1897, pág. 144). Véase también Saleilles, *L'individualisation de la peine*, París, F. Alcán, 1898, págs. 225 y siguientes.

conclusiones más importantes de la escuela positiva, el de la distinción entre las diferentes categorías de delincuentes, se encuentra en el sistema, adoptado por algunos Códigos extranjeros y propuesto también en el proyecto italiano de Mancini, de enumerar ciertas circunstancias atenuantes y agravantes, comunes a todos los delitos, y que consisten en algunos de los caracteres psicológicos de los diferentes tipos de delincuentes, por ejemplo, los antecedentes de una vida irreprochable o inmoral, la pasión honorable o vergonzosa, el arrepentimiento y la confesión, una condena anterior, etc. Es este, sin embargo, un reconocimiento insuficiente y puramente formal de la verdad de hecho, según la cual, el terreno se prepara así por lo menos para una aplicación seria y sistemática de la legislación.

Lo que todavía es característico a este respecto, es la sustitución de la tripartición (crímenes, delitos y contravenciones) con la bipartición de los hechos punibles (delitos y contravenciones). Mientras que las leyes hasta el presente, fundaban sus disposiciones sobre la clasificación de los hechos ilícitos obtenida del criterio por completo arbitrario y exterior de la pena que los amenaza (tripartición), se siente hoy la necesidad de fundarlas sobre lo que se llama «el carácter mismo de los hechos ilícitos» (bipartición); se da, pues, de este modo un paso para llegar a la única base científica y práctica de una clasificación sacada del carácter de los delincuentes; que es lo que veremos más adelante al exponer nuestro sistema de defensa social (1).

Otro ejemplo evidente de esta infiltración inevitable de las ideas nuevas en el círculo cerrado de las leyes penales, nos le suministra la institución de los manicomios criminales, que, nacida y aplicada en los países anglosajones, donde el sentido práctico tiene más fuerza y el doctrinarismo de las teorías criminales menos poder, se impone para en adelante a todos los legisladores y jueces, que están desorientados entre los

(1) Acerca de la necesidad de dirigir las leyes según el principio que dice "tratamiento desigual para los seres desiguales" véase Olivieri, *De la loi pénale dans ses effets et ses modes d'application au point de vue de l'anthropologie criminelle*, en las *Actas del segundo Congreso internacional de antropología criminal*, Lyon, 1890, pág. 511.

nuevos datos de la psicología y de la psico-patología criminal y la vieja teoría de la responsabilidad moral.

Es preciso dar igual significación a los procedimientos especiales que, en Francia, Bélgica y Holanda, etc., se han adoptado para los delincuentes menores de edad, y con los que se ha sustituido el deshonor del juicio público y la corrupción contagiosa de las prisiones (1).

Señalemos en el mismo sentido las leyes propuestas y aplicadas contra el crecimiento cada vez más inquietante de las reincidencias, que, de cualquier manera que se las considere, ya se vea en ellas el efecto de las tendencias congénitas al delito o el producto de la corrupción de las prisiones y del medio social, ya se la atribuya, según los casos diferentes, ambas causas reunidas, es la condenación más severa de las leyes y de los sistemas de penalidad inspirados por las teorías clásicas, representando en todo caso una verdadera gangrena del organismo social.

Tales son, también, la significación y la razón del movimiento unánime y cada día más pronunciado de reacción contra los sistemas celulares en general, que yo he llamado «una de las aberraciones del siglo XIX», y en particular contra el enorme abuso de las penas de privación de libertad por corto tiempo.

Encontramos, por último, un notable ejemplo de esta influencia de las nuevas ideas criminológicas en el proyecto de ley presentado en 1894 a la Cámara francesa por el diputado Martineau (2), Blanc, que ha dado cuenta de él, dice entre otras cosas, que «es preciso espiritualizar el Código»; es decir, dar en él una mayor importancia a los motivos determinantes, porque «la esencia del delito no está en el acto material, sino en el estado psíquico del agente»; y concluye diciendo «que no existen delitos sino únicamente delincuentes». Según el proyecto Martineau, el Código penal debiera dar el catálogo de las

(1) Véase Rivière, *Exposé comparatif des méthodes adoptées à l'étranger pour la défense des enfants traduits en justice*, en la *Revue pénitentiaire*, Mayo, 1889, pág. 766.

(2) Blanc, *Une nouvelle conception du délit*, en la *Nouvelle Revue*, 1.º de Enero, 1894.

acciones criminales, pero sin las penas respectivas. La culpabilidad tendría ocho grados, a los cuales corresponderían la pena de muerte, los trabajos forzados a perpetuidad, los trabajos temporales, la reclusión, la prisión por más de un año, etcétera. Se preguntaría al Jurado en qué grado era culpable el autor de un delito, y los Magistrados aplicarían la pena correspondiente. Tentativa de reforma legislativa que es vana en sí misma, porque ella queda siempre entre lo antiguo y lo nuevo, aunque merece ser recordada como un elocuente signo de los tiempos.

Pero como estas reformas prácticas, injertadas así en el viejo tronco de las teorías clásicas de los delitos y de las penas, no representan más que expedientes empíricos y fuera de lugar, mientras forman en cambio parte integrante del sistema nuevo de defensa social contra el delito, será más oportuno ocuparnos de ellas más adelante. Si las hemos indicado aquí no ha sido más que para mostrar con un ejemplo elocuente la influencia inevitable e incontestable de los nuevos datos de la sociología criminal respecto de las leyes penales, y la necesidad de abandonar para lo sucesivo la práctica tímida y estéril de los expedientes y concesiones, para entrar en el camino ampliamente abierto de las reformas radicales en el procedimiento y en los sistemas represivos, que surgen vivas y fecundas de las nuevas investigaciones científicas, para la realización de una defensa social contra el delito, más racional, más humana y más eficaz al mismo tiempo (1).

II

72.—Además de las innovaciones de los principios teóricos, que el estudio experimental de los fenómenos introduce en la ciencia de los delitos y de las penas, en razón del vínculo estrecho que, en el círculo de las condiciones económico-sociales

(1) El mismo Dorado (*Del derecho penal represivo al derecho penal preventivo*, en los *Annales de l'Inst. intern. de sociologie*, París, 1899, vol. V, pág. 337) recuerda otros ejemplos de esta influencia indirecta sobre las leyes más recientes de las ideas científicas acerca de la criminalidad, como las disposiciones sobre vagancia, etc.

Véase también Stooss, *Der Kampf gegen das Verbrechen*, Berna, 1894.

fundamentales, una sistemas filosóficos, medidas políticas, teorías penales y procedimiento criminal, nos han sido abiertos otros horizontes aun por los nuevos datos de las ciencias naturales y sociales. Si la escuela positiva reduce a los más estrechos límites la importancia práctica del derecho penal, en cambio proyecta una luz más viva sobre las leyes procesales y las medidas penales, por ser las que tienen precisamente por objeto transportar la pena desde las regiones etéreas de las amenazas legislativas al terreno práctico de la clínica social de defensa contra la enfermedad del crimen; e impone la necesidad de reformar los sistemas de procedimiento y represión, para ponerlos en armonía con la novedad de los datos de la sociología criminal.

Si, en efecto, el estudio de las leyes fisio-psicológicas nos enseña que la escasa eficacia que queda a las penas es debida, no a su severidad sino a su prontitud y a su certeza (sin hablar de su apropiación a las cualidades personales de los condenados), llega a ser evidente que las leyes del procedimiento alcanzan un mayor valor social, puesto que de ellas solas depende aquella diferencia en la probabilidad de escapar a las penas, que es uno de los más poderosos factores psicológicos del acto punible. Y que esta regla haya sido siempre letra muerta en la práctica, aunque recordada sin cesar platónicamente por los criminalistas clásicos, es lo que podemos explicar precisamente por la falta de esta base positiva que hoy nos ofrece la sociología criminal; porque de hoy en adelante la elocuencia de los hechos, que tiene más fuerza que la ingeniosidad de los silogismos, persuadirá probablemente a los legisladores de la necesidad de ocuparse menos de las reformas penales y mucho más de las reformas de los tribunales y de las prisiones. Debemos también pensar que, como yo he dicho en la Cámara de Diputados, «el Código penal es el Código hecho para las personas sin probidad y honor; mientras que el Código de procedimiento penal está hecho para la salvaguardia de las gentes honradas que son llevadas ante la justicia y que no han sido todavía declaradas malvadas» (1).

(1) Ferri, *Discorsi parlamentari sul nuovo Codice penale*, Nápoles, 1889, pág. 7, y en el volumen *La negazione del libero arbitrio*.

Por esto, habiendo sido deducida la razón fundamental del ministerio punitivo, de la necesidad de la defensa social, con criterios independientes de la pretendida libertad moral del individuo, y estando reconocida de otra parte la verdad de que los delincuentes no presentando unidad de tipo abstracto deben ser estudiados y tratados de modos diferentes, según que los factores naturales del delito cometido los presenten como más o menos incapaces de adaptarse al medio, es necesario variar también las reglas del procedimiento y las instituciones penitenciarias.

Las innovaciones que la escuela positiva debe introducir en el sistema de procedimiento pueden todas ser consideradas como dependientes de estos tres principios generales:—1.º Es preciso restablecer el equilibrio de los derechos y de las garantías entre el individuo que debe ser juzgado y la sociedad que juzga, para obviar las exageraciones del individualismo introducidas por la escuela clásica a causa de las razones ya indicadas, sin distinción entre los delincuentes peligrosos y no peligrosos, atávicos y evolutivos.—2.º El oficio del Juez penal no es tampoco comprobar el grado de responsabilidad moral del delincuente, sino una vez probada su culpabilidad material o responsabilidad física, fijar la forma de preservación social más apropiada al procesado, según la categoría antropológica a que pertenezca.—3.º Debe existir continuidad y solidaridad entre las diferentes funciones prácticas de defensa social, desde la policía judicial hasta la sentencia y su ejecución.

73.—Toda vez que estos dos últimos principios serán expuestos después con la serie de reformas prácticas que de ellos depende, conviene en este momento ocuparse solamente del primer principio que acaba de ser indicado: naturalmente será una regla soberana para estas reformas mismas, pero es bueno señalar desde ahora sus relaciones con los sistemas clásicos de procedimiento.

Así como el derecho penal, a partir de Beccaria, se ha desenvuelto por completo en sus decisiones por una reacción contra la severidad empírica y exagerada de las represiones de la Edad Media, en el sentido de una continua disminución de sus

penas; así también el procedimiento penal de nuestro siglo ha representado una reacción análoga contra los abusos del sistema inquisitorial de la Edad Media, en la dirección de un aumento incesante de las garantías individuales contra el poder social (1). Y en este caso, del propio modo que en el derecho penal, aceptando de lleno los progresos realizados por la escuela clásica en la fijación de los límites del equilibrio entre el individuo y la sociedad, creemos, sin embargo, preciso borrar las exageraciones poco razonables y contrarias a la necesidad suprema de la defensa social; en el procedimiento penal, afirmando como conquistas irrevocables de la libertad individual las justas garantías aseguradas por el predominio del sistema acusatorio en la organización judicial, estimamos necesario, no obstante, cumplir de nuevo nuestra misión de equilibrio entre los derechos del individuo y los de la sociedad, poniendo coto a inaceptables exageraciones. Estas proceden de que la escuela clásica no ha distinguido la criminalidad atávica de la evolutiva, llevando por lo tanto al juicio de todas las formas de delincuencia la extensión de este individualismo que entre los criminalistas clásicos estaba determinado por las circunstancias históricas de la revolución burguesa, y que, en consecuencia, debiera también haberse limitado a las formas de la delincuencia evolutiva. La misión práctica de la escuela positiva consiste precisamente en que, si bien ha parecido en principio incurrir en la exageración opuesta, al considerar a todos los delincuentes como tipos de delincuencia atávica y anti-humana, ahora, en cambio, restablece mejor el equilibrio entre los derechos individuales y las necesidades sociales, al admitir la preeminencia de las garantías individuales en el tratamiento de la delincuencia evolutiva, y al contrario, la de la defensa social en el tratamiento de la criminalidad atávica, como ya he explicado en el núm. 53.

Veamos, sin embargo, algunos ejemplos de estas exageraciones en el sentido individualista, inaceptables cuando se las

(1) Maury, *La législation criminelle sous l'ancien régime*, en la *Revue des Deux Mondes*, 1.º de Septiembre y 15 de Octubre de 1877.

extiende hasta a los criminales atávicos más irreductibles y peligrosos (1).

La presunción de inocencia, y con ella la regla más general—*in dubio pro reo*—tiene seguramente un fondo de verdad y hasta es obligatoria, cuando se trata del período preparatorio del juicio, o sea del procedimiento de instrucción, y no existen todavía contra el que es objeto de la información más que simples suposiciones o indicios. Esta presunción, derivada de la necesidad de considerar a todo ciudadano como honrado mientras no se pruebe lo contrario, goza por ella de una base positiva incontestable; puesto que los delincuentes (comprendiendo entre ellos a los que no son descubiertos), no son más que una escasa minoría en comparación con el número total de la gente honrada. Aquélla deberá, pues, valer sólo en lo que se refiere a la prueba material del hecho perseguido, para la responsabilidad física del procesado que niega ser el autor del acto incriminado. Pero cuando se trata de un flagrante delito o de una confesión del procesado, confirmada por otros datos, esta presunción, que le es favorable, no me parece tener la misma fuerza lógica o jurídica. Todavía la tiene menos, por ejemplo, cuando el procesado no es un delincuente ocasional que sucumbe por primera vez, o el autor supuesto de un acto ilícito ocasional, quien, hablando con más precisión, entra en los casos de delincuencia evolutiva, sino que es un reincidente, un delincuente de profesión, o bien el hecho en sí mismo, en sus motivos y circunstancias, revela un criminal nato o loco, y para ser más preciso, el autor de una forma de criminalidad atávica.

(1) Véase en el mismo sentido (pero con algunas reservas, porque falta allí la distinción hecha por mí entre la delincuencia atávica y la delincuencia evolutiva), la introducción que Garófalo y Carelli han puesto a la cabeza de su volumen *Riforma della procedura penale in Italia*, Turín, 1889, y que contiene un proyecto de reforma del Código de procedimiento penal según los principios de la escuela positiva. Franchi, a su vez, desarrollando su criterio de la *Intégration anthropologique de la procédure penale*, ponía ésta en relación con la información contradictoria en la instrucción. Véase *Procès pénal et anthropologie criminelle*. Relación inserta en las *Actas del V Congreso de antropología criminal*. Amsterdam, 1901, pág. 155.

Véase también Pugliese, *Le procès criminel au point de vue de la sociologie*, dictamen inserto en las *Actas del segundo Congreso de antropología criminal*, Lyon, 1890, pág. 106.

La presunción de inocencia, ilógica cuando es absoluta y no hace distinción alguna, es sólo un aforismo jurídico que está bastante lejos de la realidad primitiva, de donde surgió en su origen por el procedimiento de momificación y de degeneración de las *regulae juris* que ha señalado Salvioli (1), y que no es más que un caso especial de aquel juicio ideomotivo que Ferrero ponía en la base psicológica de los fenómenos de simbolismo, resolución por la cual el signo y la fórmula, al inmovilizarse, sustituyen a la cosa y a la idea que contenían primitivamente (2). Por esta razón, eliminando esta presunción ilógica, en todos los casos y en todos los períodos del juicio en que esté en contradicción con la realidad misma de las cosas, se suprimirá todo fundamento a las demás disposiciones procesales que en ellas se inspiran y que son verdaderamente contrarias a las razones más claras de justicia y de utilidad social.

¿Por qué, por ejemplo, cuando una sentencia condenatoria ha sido pronunciada en el primer grado de jurisdicción, se deberá prolongar durante la apelación y el recurso de casación la libertad provisional del acusado condenado por una forma atávica de delincuencia? Garófalo dice muy bien: «Imaginad qué eficacia de intimidación puede tener la sentencia de un tribunal, que, como la lanza de Aquiles, hiere y cura al mismo tiempo. De una parte la condena, de otra la continuación de la libertad del condenado o quizá su liberación. El insolente que ha maltratado brutalmente a su vecino, el amante desdenado que ha desfigurado a una joven, el camorrista que ha aterrorizado a otro con amenazas de muerte, entran libre y tranquilamente en su casa, después de una condena ilusoria que no será (ellos lo saben bien) ejecutada en mucho tiempo, a causa de la apelación, del recurso de casación, y tal vez hasta de una solicitud de indulto bien apoyada. Sus víctimas están allí, sin defensa, bajo su vista, en su poder, y acaso tengan que arrepentirse amargamente de haber tenido el inútil valor de

(1) Salvioli, *Gli aforismi giuridici*, en la *Scuola positiva*, 15 de Agosto de 1891.

(2) Ferrero, *I simboli in rapporto alla storia e filosofia del diritto, alla psicologia e alla sociologia*, Turín, 1893.

presentar ante el magistrado su denuncia. No es raro ver atroces venganzas cometidas durante las dilaciones de los juicios, y hasta cuando las cosas no llegan tan lejos, el sentido moral del público queda lamentablemente turbado ante la presencia del ofensor, *reconocido y declarado tal*, que hace su vida ordinaria al lado de su víctima, como si nada hubiera ocurrido» (1).

Las restricciones mismas llevadas por la ley a la acción de la libertad provisional no constituyen en materia alguna una garantía para el interés social, porque son reguladas por el criterio superficial de la especie del hecho punible, y no por el criterio esencial de la categoría del delincuente.

Yo no encuentro más justificada ante la lógica o ante la justicia aquella otra disposición, por la cual, cuando los votos son igualmente distribuidos, en el caso de empate, el acusado es absuelto, lo que suprime de tal suerte, ante una vaga presunción de inocencia, la propia realidad; porque si ésta no ha hecho prevalecer la afirmación de culpabilidad, tampoco ha concluido netamente a favor de la inocencia. Sobre este punto, todavía me atrevería a proponer la apropiación de las reglas de procedimiento a las diferentes categorías de delincuentes. Aquí, como en el caso de la libertad provisional, encontraría aceptable el sistema actualmente empleado cuando se trata de delincuentes ocasionales o pasionales, de conducta satisfactoria hasta entonces (delincuencia evolutiva), reconocidos como tales en los exámenes periciales, que deberían siempre, como veremos, formar parte de la instrucción y del juicio; pero en cambio me parece inadmisibles, en presencia de criminales natos o reincidentes, esto es, frente a la delincuencia atávica. Precisamente para estos últimos casos, en la primera edición italiana de esta obra, hice una proposición que pareció sacrilega a los que se dejan guiar demasiado por las máximas *a priori*: la proposición de dejar al Jurado la facultad de pronunciar veredictos distintos del absolutorio o del que implica condena. En Escocia—donde por otra parte el Jurado, como en América y en Inglaterra, sólo responden a la pregunta: ¿el acusado es o no culpa-

(1) Garófalo, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, en el *Archivio di psichiatria*, III, I.

ble?—el veredicto puede ser también un—*no probado*—cuando los jurados consideran insuficientes las pruebas alegadas. Este sistema era ya conocido por los romanos, quienes tenían el *absolvo*, *condemno* y el *non liquet*.

Tarde (1), al aprobar esta proposición de la sentencia y del veredicto de *non constat*, observa con razón que por no admitir esta manera racional de expresar la duda, se ve el «punto de condenabilidad» variar de un juez a otro; de suerte que según los humores, los hábitos, las convenciones y la gravedad de la pena, y de una manera diferente según los jurados y los jueces, la duda es resuelta tan pronto con una condena como con una absolución, sin que haya certeza ni en un caso ni en el otro.

Buscando ejemplos de un equilibrio entre los derechos individuales y los sociales en materia de procedimiento, que sea más satisfactorio y como le reclama la escuela positiva, podemos señalar las disposiciones por las que, en el caso de que la apelación o el recurso contra la sentencia condenatoria ha sido interpuesta por el procesado solo, la pena no puede ser aumentada. Y, sin embargo, es claro que si la apelación tiene su razón de ser en la corrección de errores posibles cometidos por los jueces de primer grado, y si esta corrección puede naturalmente, en lo que respecta a la medida penal, entrañar un aumento lo mismo que una disminución, la exclusión de la posibilidad de una agravación en favor del condenado que apela está evidentemente en contradicción con la lógica misma de las cosas.

Análoga disposición a las precedentes es la que no permite revisar los procesos penales cuando haya habido absolución. Los mismos autores a quienes no se podría en modo alguno acusar de sentimentalismo, no admiten la revisión en detrimento de los procesados. Casorati la declara «erizada de dificultades y contraria a los principios fundamentales de nuestras leyes penales» (2). Esta última consideración reduce verda-

(1) Tarde, *La philosophie pénale*, Lyon, 1890, pág. 450. Véase también Carnevale, *Certezza e dubbio*, en la *Riv. penale*, Junio 1892; Dorado, *Problemas de derecho penal*, Madrid, 1895, págs. 268 y siguientes.

(2) Casorati, *Il processo penale*. Milán, 1881, pág. 432.

deramente la cuestión a sus términos más comprensivos y justos. La inadmisión de la revisión en detrimento de los individuos juzgados es la consecuencia de un sistema que deseamos ver desaparecer; sistema que consiste en considerar a los inculcados, aun después de la remisión de la causa al debate público y después de la condena, como víctimas perseguidas a las que es preciso proporcionar y asegurar la libertad a todo trance: porque si esto es cierto en los procesos políticos, no tiene razón alguna de ser en las causas contra delincuentes atávicos. Por lo que la revisión de los juicios favorables a los acusados es para nosotros un correlativo lógico y necesario del remedio semejante concedido a los procesados condenados. No podemos comprender por qué cuando se levantan sospechas contra una sentencia favorable al acusado, análogas a las que conducen a revisar las sentencias de condenación, la sociedad debe estar obligada a sufrir tranquilamente las absoluciones inmerecidas y las suavidades poco justas de la responsabilidad penal.

El procesado puede haber aprovechado un falso testimonio, un falso dictamen, documentos falsos, la intimidación o la corrupción de un juez, u otro acto ilícito. No se puede tolerar que goce tranquilamente del fruto de un delito semejante. Puede ser que haya sido absuelto porque la acusación, que no tiene el don de la omnisciencia y que no puede servirse de otros elementos que los suministrados por la instrucción, no haya conocido en el momento del juicio un documento decisivo. Un procesado injustamente absuelto puede, ante los mismos jurados o ante los magistrados que le han juzgado en apelación, declarar cínicamente su culpabilidad sin temor de ser por ello molestado (1).

(1) Majno, *Della revisione dei processi penali*, en los *Archs. di psich. ecc.*, 1884. Véase fasc. 2, pág. 261. El Código austriaco (párrafos 358 y siguiente) y el Código alemán (párrafos 369 y siguiente) han sancionado ya el principio de la revisión contra los procesados.

En cuanto a las exageraciones individualistas introducidas por la escuela clásica, se puede recordar que en Francia el diputado Boysset presentó en Diciembre de 1884 un proyecto de revisión, siempre para los casos de condena de los que Bertheau, *Reformes pratiques*, París, 1886, pág. 34, dice que entonces, en los casos de condenación, la máxima común sería reemplazada por esta otra: *res judicata pro errore habetur*. Es evidente, por el contrario (y es lo que yo sostengo), que el único remedio consiste en no admitir para ninguna condena la presunción ab-

Igualmente se puede criticar, con Lombroso (1), el abuso de las gracias y amnistías concedidas a los individuos condenados por graves delitos comunes. «Los malhechores, dice Bentham, en estos jubilos del delito, se precipitan sobre las villas como los lobos sobre los rebaños después de un largo ayuno».

Otra consecuencia del principio de igualdad entre las garantías del individuo que comete un delito y las de la sociedad honrada, es la obligación más rigurosa y la ejecución más segura de la reparación de los daños causados por el delito a las familias inocentes. Esta obligación, que no figura hoy más que como un deseo platónico y una cláusula ineficaz en las sentencias penales, debe ser garantida más seriamente a los que han sufrido el daño; y ya daré más explicaciones sobre este asunto, al hablar de la organización de las medidas prácticas de defensa social contra los delitos y los delincuentes.

Por último, podemos indicar, para obtener un equilibrio más justo entre los derechos de los individuos y los de la sociedad, la institución de la prescripción penal, que hoy llega a ser para todos los delincuentes una inmunidad; mientras que en términos de buena justicia no debería ser admisible más que para los delincuentes ocasionales y pasionales y para las formas de la delincuencia evolutiva, sobre todo por lo que se refiere a la prescripción de la condena (2).

74.—Desde otro punto de vista, la escuela positiva, puesto que tiende a un equilibrio más racional entre los derechos individuales y los sociales, no toma sólo a su cargo la parte de la sociedad contra el individuo, sino también la del individuo contra la sociedad.

Primeramente, las proposiciones que hacemos para dar ca-

soluta de la *res judicata*, teniendo en cuenta que la revisión periódica de las sentencias es, como diré más adelante, uno de los fundamentos de la justicia penal considerado únicamente como una función de clínica preservativa.

(1) Lombroso, *L'incremento del delitto in Italia*, segunda edición, Turín, 1879, pág. 127.

(2) Zerboglio, *Della prescrizione penale*, Turín, 1893, y en la *Scuola positiva*, 1893, pág. 369; De la Grasserie, *De la suppression d'immunités accordées au coupable*, en la *Revue pénit.*, Mayo 1898.

rácter y garantía de función social a la reparación de los daños, aun cuando sean dirigidas contra los individuos que cometen el delito, no dejan de tener carácter individualista, puesto que son encaminadas en beneficio, no de la sociedad como ser colectivo, sino más bien de los individuos que han sufrido el delito. Esto, entre paréntesis, demuestra que el individualismo clásico no era completo tampoco, no ocupándose más que del individuo *delincuente*, considerado por un resto de la mentalidad de los tiempos de barbarie medioeval y política, como una víctima del Estado: no se extendía hasta a las verdaderas víctimas del delincuente, que son, sin embargo, individuos también, personas humanas, más dignas todavía que él de ayuda y simpatía.

Pero nosotros podemos además señalar tres innovaciones, como ejemplos principales de este auxilio prestado al individuo contra los excesos o las debilidades posibles del poder social: dos de ellas han sido apoyadas también por algunos criminalistas clásicos, aunque quedando entre ellos en estado de voto platónico porque disonaban en el conjunto de las teorías tradicionales. Aquéllas reciben, por el contrario, de la escuela positiva un valor completamente nuevo, como también ocurre con la proposición de los manicomios criminales, de las penas con que se sustituye la prisión, etc., porque se relacionan orgánicamente con el sistema de las demás proposiciones positivistas. Quiero hablar de la acción popular, de la reparación de los errores penitenciarios, y de una reforma que borraría del número de los delitos una multitud de actos que serán sólo considerados como perjuicios causados a un particular, y que se castigarán, no por la prisión, sino lo que es más eficaz, por la reparación de los daños causados.

La institución del ministerio público—como además la de la defensa en cuanto se considera función pública y social y no asunto privado—responde muy bien a las exigencias generales de la sociología, que reclama la división del trabajo aun en los organismos colectivos, y a las exigencias particulares de la sociología criminal, que quiere que la función social de defensa contra el delito sea confiada a un órgano especial y distinto, para no imponerse en adelante como un instrumento necesario,

hasta entre aquellos pueblos, los ingleses, por ejemplo, que no la han establecido todavía regularmente, pero que, no obstante, comienzan a servirse de ella y consolidan su funcionamiento. Abandonando así la idea de confundir el ministerio público con la magistratura de lo criminal, se muestra también que es indispensable asegurarle una más grande independencia frente al poder ejecutivo (cuya mano pesa hoy con gran fuerza sobre los mismos jueces y sobre su carrera), y por ello una personalidad y un carácter más elevados.

Sin embargo, la acción del ministerio público, sobre todo, tal y como está constituido ahora, puede ser insuficiente para garantizar a los ciudadanos víctimas de un delito, ya sea por la falta orgánica de un personal que es insuficiente en número, ya también por el defecto funcional sobre el que especialmente insistió Gneist (1), y que consiste en el espíritu de partido, «en una disposición que tiende a favorecer a los gobernantes». Estos, en efecto, como observa el mismo Gneist (y con esto deshace la objeción de Glaser, que niega la posibilidad de una presión gubernamental) (2), no tiene siquiera necesidad, en ciertos casos, para ejercer una influencia especial, de instrumentos peculiares más o menos comprometedores. Es suficiente el espíritu de conservación, natural a todos los órganos del Estado o del principio de autoridad, que es un aspecto particular de aquél, aun sin pensar en los motivos menos plausibles de una deferencia interesada para aquellos que disfrutaban el poder y son los árbitros de la carrera.

Por esto sería bueno que a la acción del ministerio público se uniera, pero sin sustituirla, la acción de los particulares, para secundar la reacción social defensiva ejercida por el poder judicial (3).

(1) Gneist, *Vier Fragen Deutschen Strafprozessordnung*, Berlín, 1874, I, págs. 16 y siguientes.—Véase también Mario Pagano, *Della prova*, pág. 62.

(2) Glaser, *Motivi del Codice di procedura penale austriaco*, citado por Garófalo, y Carelli, *Riforma della procedura penale*, Turín, 1889, pág. CVIII.

(3) El proyecto de Código de procedimiento penal para Hungría (Diciembre 1889), admite, además de la acción privada *subsidiaria* (cuando el ministerio público rehusa ejercer o abandona la acción penal) y la acusación privada *accessoria* (o sea acompañando a la del ministerio

En el dominio penal el ejercicio de la acción penal por parte de los particulares puede tomar dos formas, según que se conceda al ciudadano ofendido por el delito o a cualquier otro.

Relativamente a la primera forma, aunque admitida y regulada por las leyes en vigor en todos los pueblos civilizados, son todavía necesarias ciertas modificaciones, sobre todo en lo tocante al derecho de querrela privada y de oposición consecutiva de la acción penal, del cual la escuela positiva no puede naturalmente, como observa Setti, más que invocar la restricción y acaso la abolición (1). En efecto, mientras que este derecho no ha sido regulado hasta ahora por las leyes más que considerando le entidad jurídica y material del delito, precisa que dependa también de la temibilidad del delincuente, puesto que la sociedad tiene interés en defenderse, aun fuera de toda acción privada, hasta contra los autores de delitos poco graves (delincuencia atávica), si éstos son delincuentes locos, natos o habituales. Se podría agregar que la necesidad de la querrela privada se presta muy fácilmente a las vejaciones y a las composiciones pecuniarias entre ofensores y ofendidos, lo cual no contribuye ciertamente a elevar en el concepto público la conciencia moral y jurídica.

Por otro lado esta acción del ciudadano ofendido está necesitada de reforma en el ejercicio de los derechos que le conciernen como parte civil en el juicio penal, y de ser garantida contra la negligencia o la maldad posible del ministerio público. Este, cuando se le obliga a recibir toda queja y toda denuncia, es, en la ley italiana y francesa (pero no, por ejemplo, en Austria y en Alemania) el único árbitro de la acción penal, y por tanto, de las consecuencias judiciales que deben deducirse para las querellas de los particulares.

Pues bien: el ciudadano que se cree lesionado por un hecho ilícito, ¿deberá sufrir esta sentencia, que no es la de un Juez?

público), una acción privada *principal*, sin cooperación necesaria de éste, contra los delitos de calumnia, ofensa del honor, lesiones leves, violación de domicilio, etc.

(1) Setti, *L'azione penale privata e la scuola positiva*, en la *Riv. car.*, 1888, XVIII, fascículo V; Garófalo, *Criminología*, quinta edición, París, F. Alcán, 1905.

De aquí la idea de la acusación subsidiaria por parte del que ha sido ofendido, idea que admitida ya en Austria, Alemania y en los proyectos de Código húngaro, belga y frances, ~~con~~ ~~representa~~ modificaciones de las que no puedo ocuparme aquí, ~~representa~~ una verdadera y seria garantía del individuo frente al poder social.

La segunda forma de acusación privada se encuentra en la acción popular, que entre los pueblos latinos tiene tradiciones nacionales; porque es una de las instituciones de aquel derecho romano que, sin duda, ha sido introducido con exageración y por fuerza en el derecho civil, pero que merecía en revancha en el dominio criminal, ser justificado de la acusación que Carrara formuló al decir, con la aprobación de los clásicos, que los romanos, «gigantes en el derecho civil, fueron pigmeos en el derecho penal».

Rodolfo Gneist, colocándose en su punto de vista político completamente especial, proponía introducir en el procedimiento penal la acción popular contra los delitos electorales, los de prensa, los atentados al derecho de reunión y de asociación, y los abusos de los funcionarios públicos; pero no son éstos los únicos casos en que la vida pública contemporánea pueda admitir la acción penal popular. No puedo ocuparme aquí de la organización práctica de esta institución: me basta con haberla recordado como una de las reformas que encajan bien en el conjunto de las proposiciones hechas por la escuela positiva para realizar en el procedimiento penal un equilibrio mejor entre los derechos y garantías del individuo y los de la sociedad.

Entre las principales proposiciones que la escuela positiva apoya a este respecto, la segunda se refiere a la reparación en provecho del individuo injustamente condenado o perseguido, de los errores judiciales cometidos en nombre de la sociedad. Esta reforma encuentra, como la precedente, numerosos sufragios en escuela clásica; pero es de temer que queden en el estado de indicaciones platónicas; porque como es facilitada, sobre todo, por la restricción de las penas de prisión hoy prodigadas, y por el empleo más frecuente de las reparaciones pecuniarias bajo forma de multas o de indemnizaciones, encuentra en consecuencia en el sistema represivo de la escuela

positiva, condiciones mucho más favorables y mayores probabilidades de realización práctica.

Aplicada en ciertos casos especiales como medida excepcional desde el siglo xvii, por ejemplo, por el Parlamento de Tolosa, y en nuestro siglo por el Parlamento inglés, la reparación de los errores judiciales se ha impuesto, particularmente en Francia, hacia fines del siglo xviii, como una consecuencia de condenas capitales injustas que impulsaron también a Voltaire y Beccaria a pedir la abolición de la pena de muerte. En 1781, la sociedad de Artes y Bellas letras de Chalons-sur-Marne, propuso como objeto de un concurso la reparación de los errores judiciales, y adjudicó el premio a la monografía de Brissot de Warville, titulada: «La sangre inocente vengada». Los «Cuadernos para la convocatoria de los Estados generales, contenían muchos votos en favor de esta reforma que Luis XVI hizo presentar el 8 de Mayo de 1788 a los Estados generales. En 1790, Duport propuso un proyecto de ley a la Asamblea constituyente que le rehusó en Febrero de 1791, después de una corta discusión, en el curso de la cual se le combatió con objeciones principalmente prácticas, que se han repetido después de un siglo. Sin embargo, la Convención decretó en casos particulares, reparaciones especiales, como la de mil francos, concedida en 1793 a un tal Busset por haber sido «arbitrariamente detenido y perseguido». En 1823, la misma sociedad de Chalons-sur-Marne volvía a incluir el mismo tema en su concurso, que después ha dado lugar en Francia a proyectos de ley; primero en 1867, cuando se discutió la revisión de los procesos, con enmiendas presentadas por Julio Favre, Richard y Olivier; después en 1883, con la proposición del diputado Pièvre, y en Junio de 1890, con la del diputado Reinach; hasta que se llegó a la ley de 1895 (1).

Entre los escritores, la reforma indicada ha sido sostenida por Necker en su Memoria «sobre la administración de la ha-

(1) Véase en la *Scuola positiva* (Febrero y Marzo 1904) el estado de la legislación alemana que ahora añade, a la reparación para los inocentes condenados en el juicio, la que se concede a los procesados reconocidos inocentes durante la instrucción; véase también respecto de Italia el proyecto Luccini, que no se ocupa de aquellos cuyo procesamiento se deja sin efecto durante la instrucción.

cienda de Francia»; por Pastoret, Voltaire, Bentham, Merlin, Légraverend, Hélié, Tissot, y principalmente por Bonneville de Marsangy, en su libro acerca del mejoramiento de la ley criminal (1864), en el que, a la vez que esta reforma, proponía también varias otras que han resucitado después de algunos años, para sustituir con otras penas la de privación de libertad por poco tiempo.

Entre los criminalistas ha sido aquella sostenida por Carrara, Brusa, Pessina, y en el extranjero por Geyer, Schwarze, Prins, etc.; más recientemente por último la ha defendido Garófalo en el dictamen que hizo sobre esta materia en el tercer Congreso jurídico nacional de Florencia, en Septiembre de 1891.

En cuanto a las legislaciones existentes, la reparación de los errores judiciales—ya limitada a los condenados que son declarados inocentes a consecuencia de la revisión de su proceso, ya extendida a los procesados absueltos—la admiten los Códigos penales de Hungría, Méjico y Brasil, y los de procedimiento penal de Noruega y del Cantón del Tessino, y sobre todo en Suiza, en los cantones de Friburgo, Vaud, Neuchatel, Ginebra, Basilea y Berna. Existen también leyes especiales en Portugal (1884), Suiza (1886), Dinamarca (1888), Austria (1892), Islandia (1893), Bélgica (1894), Francia (1895) y Alemania (1898) (1).

El principio jurídico de que el Estado debe reparar el daño material y moral ocasionado por sus funcionarios, con o sin intención, a un ciudadano que nada ha hecho para exponerse a un proceso o a una condena, no puede ser seriamente combatido (2). Toda la dificultad se reduce a determinar en qué caso se debe admitir el derecho a una reparación semejante, y después por qué medios financieros podrá el Estado llenar este deber.

(1) El texto de estas leyes se encuentra en la *Revue pénit.*, 1894, pág. 806.

(2) En el pequeño número de los adversarios véase Worms, *De l'Etat au regard des erreurs judiciaires (Extr. des comptes rendus de l'Académie des sciences morales et politiques, Paris, 1884)* y de una manera menos absoluta, Camoin de Vence, *Des indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires*, en la *Revue pénit.*, Marzo 1884.—Para la refutación, consúltese la monografía, citada anteriormente, de Pascaud, *De l'indemnité*, etc., Paris, 1888, que está casi completa.

En lo referente a los casos en los cuales debe ser admitida la reparación, me parece evidente que se deben comprender los de los condenados reconocidos inocentes por una revisión del proceso (con las reformas necesarias que he indicado más arriba para esta institución). Para aquellos que han sido perseguidos injustamente, creo que la indemnización debe limitarse a los que han sido objeto de un sobreseimiento o absueltos porque el hecho no constituía delito, o porque no habían tomado en él parte alguna: de aquí, nueva confirmación de la necesidad de los fallos de *non constat*, para distinguirlos de las verdaderas absoluciones por inocencia comprobada.

La tercera proposición, que la escuela positiva hace por su propia iniciativa, aunque de una parte se relaciona por su espíritu a las disposiciones del Código penal, y de otra se enlaza con la nueva teoría y doctrina de la reparación de los daños, de la que hablaré más adelante, y que Puglia (1) fué de los primeros en indicar, es borrar del número de los delitos muchos actos ligeramente perjudiciales cometidos por delincuentes de ocasión, o ejecutados por negligencia o imprudencia, por hombres moralmente normales, a los que Lombroso llamaría «pseudo-criminales». En este caso, en efecto, no habiendo sido realizado el delito por malicia, o el daño público y privado es muy ligero, a causa del acto en sí mismo o en razón del carácter poco temible del agente, y entonces es verdaderamente inicuo e inútil pronunciar una pena de prisión que despierta en la conciencia pública la piedad para el condenado o impone a éste una detención risible de algunos días que nada remedia. Estos actos deberían ser separados del Código penal y constituir simples delitos o cuasi-delitos civiles; es decir, que deberían producir una reparación exacta y rigurosa del daño: esta pena no sería ilusoria como la detención de algunos días, no repugnaría a la conciencia pública y produciría un efecto más eficaz sobre los autores del daño, que sería así reparado mejor y en la medida de lo posible.

Se comprende que la teoría de la justicia absoluta no pueda ocuparse de estas minucias que, sin embargo, constituyen las

(1) Puglia, *La psico-fisiologia e l'avvenire della scienza penale*, en el *Archiv. di psych.*, 1832; y *Manuale di diritto penale*, Nápoles, 1890, I, 132.

dos terceras partes de la vida judicial diaria: para ella, en efecto, existe en un epíteto injurioso o en un latrocinio rural una falta que debe ser castigada como un asesinato, con un castigo proporcionado. Pero para la escuela positiva, que atiende a las condiciones reales de la vida social, es evidentemente una necesidad desembarazar los Códigos, tribunales y prisiones, de estos infinitamente pequeños del mundo criminal, suprimiendo la detención, para lo que con una expresión feliz, han llamado Venturi y Turati «las cuotas mínimas de la delincuencia», y abriendo un poco las mallas de esta red de prohibiciones y de penas, que aprisiona despiadadamente a los pequeños contraventores y delincuentes, siendo demasiado elástica para los malhechores peligrosos.

III

75.—A. El inmenso mecanismo social que se llama la justicia penal tiene por ruedas principales: la policía judicial, la magistratura togada y el jurado, el juicio, la ejecución penal, y las consecuencias de la ejecución penal.

Antes de bosquejar la organización que proponemos (de acuerdo con la concepción científica del fenómeno criminal como síntoma de patología individual o social), es conveniente comprobar los caracteres generales actuales, que son el producto de la doble función ejercida por la justicia penal, como defensa social (contra la criminalidad atávica) y como defensa de clase (contra la criminalidad evolutiva), y del espíritu ético-jurídico de justicia distributiva que la doctrina clásica sobre los delitos y las penas ha dejado al ministerio penal, como supervivencia de sus fases primitivas y bárbaras. Pasemos revista a estos caracteres.

La impersonalidad.—Para los criminalistas, los legisladores y los jueces, el ciclo de la justicia tiene tres términos: el *delito*, el *juicio* y la *pena*. La escuela clásica no conoce al *delincuente*, que, sin embargo, es el término inicial y final a la vez de la función de defensa social contra la criminalidad; de la propia manera la medicina antigua no conocía más que tres asuntos dignos de sus estudios: la enfermedad, el diagnóstico y el tra-

tamiento; ella olvidaba el término inicial, el enfermo. Fuera de ciertas circunstancias excepcionales muy aparentes y por esta razón catalogadas en los Códigos (minoría, sordomudez, locura evidente, embriaguez y arrebatos pasionales), ni las leyes ni los jueces se ocupan de la personalidad bio-psíquica y social del procesado, y, no obstante, en ella reside y actúa el determinismo natural del delito; allí es, por lo tanto, donde se encuentra el criterio que permite impedir su repetición por el mismo individuo y adaptar de nuevo éste a la vida social, si tal aspiración es posible.

Actualmente el individuo justiciable no es más que un maniquí viviente, sobre el cual el juez pega el número de un artículo del Código penal, preocupándose únicamente de una dosimetría penal que *debería* ser proporcionada a la falta moral, según se pretende haberla pesado en la persona del inculcado. Durante la ejecución de su pena llega a ser otro autómatas numerado, presentando así el contraste absurdo y desmoralizador de una persona que vive, respira y siente, perdida y sumergida en la masa anónima de una penitenciaría cualquiera.

De aquí el problema de lo que se llama la individualización —legislativa, judicial y administrativa— de la pena, que, en una reacción excesiva contra esta impersonalidad de la justicia penal actual, representa una idea irrealizable en tanto que toda la orientación de la defensa social contra el delito no sea radicalmente cambiada, aun cuando señale ciertamente—como el tratamiento individual para el enfermo o loco ordinario— el fin que debe uno esforzarse en alcanzar, gracias a la clasificación antropológica de los diversos tipos de delincuentes de que hablaremos más adelante.

La arbitrariedad.—Bajo el montón confuso de mil formalidades, unas veces esenciales y otras superfluas, con frecuencia absurdas a pesar de las buenas intenciones de determinados representantes de la justicia, el alma de la justicia penal, desde las investigaciones de la policía judicial hasta la ejecución de la condena, lo mismo en la culpabilidad material del procesado (como autor del hecho delictuoso) que en la dosimetría de su culpabilidad moral, es siempre la arbitrariedad. Quiero hablar de cierta aspiración que se exterioriza, no ya

sólo en la iniciativa del agente de policía judicial, sino también en el veredicto monosilábico de los jurados y hasta en la sentencia «motivada» de los Magistrados. En realidad, «motivar las sentencias»—garantía procesal contra la que se ha sublevado, en los comienzos del siglo XIX, a pesar de la elocuencia de Filangieri, el espíritu de los Jueces, rebelde a toda innovación—es simplemente añadir una argumentación más o menos lacónica y estereotipada al fallo de la sentencia, ya formulado en la conciencia del Juez «por una convicción íntima». Todo el mundo sabe, en efecto, que no sólo para los veredictos del Jurado, sino de modo idéntico para las sentencias de los Magistrados, la mayor parte de las veces, el motivo predominante que ha determinado la condena o la absolución se encuentra fuera de los argumentos favorables o adversos a la acusación y utilizados ante el Tribunal, y anida en alguna circunstancia secundaria, lateral, imprevista... que no ha sido formulada en los motivos de derecho o de hecho expresados en la propia sentencia.

Es lo que se ve en la costumbre abusiva que se ha establecido, por lo menos entre los Jueces italianos, al no leer después de los debates más que la parte dispositiva de la sentencia, para algunos días más tarde extender los motivos, apropiándolos hasta, Dios me perdone, a las razones que en la apelación y en la casación se prevé podrá utilizar el condenado, a fin de paralizarlas preventivamente. Se ve también, en el procedimiento normal de los Tribunales ingleses, pronunciar sus sentencias a los Jueces (que son, a pesar de esto, los mejores de Europa), sin preocuparse de dar los motivos de ellas, o bien sin escribirlos: sólo los dictan al Relator cuando han sido requeridos con este objeto por el condenado o por su defensor.

De esta suerte—aun haciendo abstracción de las influencias políticas que se ejercen directa o indirectamente sobre la justicia penal, sobre todo cuando están comprometidos en ella los intereses de clase—tenemos siempre por verdadero el antiguo dicho: *habent sua sidera lites*; aun cuando sea preciso en nuestro tiempo sustituir la influencia fatal de los astros con alguna otra influencia superior a la mala voluntad como a las buenas intenciones de los Magistrados, la de la orientación mis-

ma de la justicia penal. Esta, en efecto, en el examen de las pruebas materiales, no tiene otra brújula que la inspiración empírica de la «convicción íntima» y, para medir la responsabilidad, se refiere únicamente a una «proporción entre la pena y el castigo, entre el delito y la pena», que es propiamente hablando, una convención engañosa, porque ningún criminalista, ningún legislador, ningún Juez, ha podido ni sabido fijar jamás el criterio absoluto de esta proporción declarada irrealizable (excepción hecha de las impresiones sentimentales y arbitrarias que hacen decir que una pena es demasiado grave o demasiado leve) por los mismos criminalistas, como Conforti, Ellero, Tissot, etc., cuando se hallaban en vena de sinceridad.

La Justicia penal se encuentra hoy en este respecto, en el propio periodo primitivo y empírico en que está la medicina empírica de la humanidad salvaje o de las clases más ignorantes, cuando el diagnóstico de la enfermedad es confiado a la inspiración profética del médico (a la vez hechicero y sacerdote), y cuando se comprende el tratamiento del enfermo como un exorcismo de los malos espíritus que los pecados de aquél habían atraído sobre su cuerpo. Será, pues, preciso a la justicia penal, emplear para lo sucesivo el diagnóstico científico fundado sobre el estudio de la personalidad bio-social del delincuente, y la terapéutica positiva que consiste en la adopción de medidas útiles a su readaptación social según veremos más adelante.

La desorganización.—En los diferentes engranajes de la justicia penal, en lugar de la continuidad y de la solidaridad en atención al fin único que se persigue—la defensa social contra la enfermedad del crimen—tenemos hoy la desorganización más completa y absurda.

Anunciada la comisión de un delito, la policía judicial trabaja por su cuenta, y tan pronto como consigue poner en manos del Magistrado instructor el conjunto de las pruebas materiales (contra autores desconocidos), o la persona del autor supuesto del delito, no se preocupa más de saber qué resultados tendrán sus suposiciones, sus pesquisas y sus indicaciones; excepción hecha, quizá, de algún proceso emocional de los que excitan la curiosidad o el amor propio de los funcionarios encargados de las primeras investigaciones. Pero, como

resorte distinto, la policía judicial funciona aparte y de un modo aislado, sin ninguna relación de continuidad orgánica con los demás engranajes por los cuales deberá pasar, para ser en ellos aplastada, la persona del delincuente supuesto o probado.

Lo mismo ocurre con los Magistrados instructores que, sobre todo a causa del enorme trabajo diario y de la negligencia en la elección del personal, no tienen más que el tiempo preciso de rellenar, bien o mal, el esqueleto de la instrucción de indicios y suposiciones que le son transmitidos por la policía judicial, y de transmitirle a su vez, así engordado, a los Magistrados encargados del juicio.

Estos son traqueteados después entre las presunciones de la instrucción escrita y los resultados de los debates orales; son condenados también, a dar siempre razón a los representantes de la policía judicial que el ministerio público ha citado como testigos, sin pensar en que sus declaraciones adolecen del defecto de la primera condición de credibilidad, que las doctrinas clásicas han, sin embargo, establecido para todo testigo (o sea la *imparcialidad* en la causa debatida). Porque estos agentes están siempre personalmente interesados en la causa, ya por el amor propio profesional y por las exigencias de la carrera, sin hablar de la paternidad de las suposiciones amontonadas, de las inducciones formuladas y de las interpretaciones de los indicios; o lo que es peor, porque tengan un interés personal, como en los casos de ultrajes, resistencia, rebelión etc., en los que el testigo y la parte ofendida no son más que una misma persona.

Pero aun hay más: una vez que el Juez o el Jurado ha pronunciado por «convicción íntima» su veredicto de absolución o de condena, no vuelve a saber nada de los efectos de su propia sentencia. La persona que ha juzgado se pierde en el océano de la vida libre o de la prisión, y salvo los casos excepcionales y muy llamativos, el Juez ignora si el absuelto ha demostrado más tarde con su conducta que merecía la interpretación benévola dada a los indicios a favor y contra él, o si el condenado se ha mostrado, al sufrir su pena, digno de la condena dulcificada o del castigo inexorable que le ha tocado en el momento fugitivo en que pasó, como una sombra más que

como una persona viva, ante la linterna mágica de la llamada justicia penal.

Y durante la ejecución de la pena ¿qué es lo que puede saber la administración penitenciaria de la persona física y moral del autómatas numerado que viene a figurar sobre sus listas de entrada y de salida para aumentar su total? El número del artículo del Código penal pegado por el Juez en los hombros de este maniquí viviente es siempre el único documento que ofrece noticias al ejecutor de la sentencia sobre la personalidad del condenado.

¿Y qué ocurre al día siguiente de expirar la pena? ¿Quién, pues, entre los ejecutores de la condena se ocupa, y si quisiese podría ocuparse, de saber cuáles son los efectos producidos por la pena en la persona del condenado, qué aptitudes le ha dado o quitado para readaptarse a la vida social? Y no hablo de los casos en que la vigilancia de la policía, agravando la sentencia de condenación, vuelve a recoger entre sus ruedas temibles a la persona del prisionero liberado, y fatalmente—aun con independencia de la mala voluntad de un personal policiaco que, falto de selección y a causa de sus miserables sueldos, está por debajo de su misión—le lanzan para siempre en el círculo espantoso que se denomina reincidencia, delincuencia crónica y habitual.

Y he aquí lo que de todo ello resulta: mientras que la regla elemental, pero cotidiana e inexorable de la vida, es que todo hombre debe aprender por las consecuencias de sus propios actos a dirigir, disciplinar y perfeccionar su propia conducta, las ruedas de la justicia penal y los funcionarios que las ponen en movimiento trabajan cada uno por su propia cuenta, sin saber y sin poder atenerse a los resultados buenos o malos de su propia iniciativa, de su personal actividad. Es como si en una policlínica, el portero del establecimiento se encargase de dirigir al azar a tal o cual servicio al enfermo que se presenta, juzgando «por convicción íntima» según las apariencias; como si, en el interior del hospital, enfermeros, médicos, cirujanos se enviasen unos a otros los enfermos, aplicando cada uno una parte de su actividad especial y en los límites de su propia competencia, sin preocuparse de saber qué es lo que ha

hecho aquel cuyo tratamiento ha precedido al suyo, ni qué es lo que le ocurre al paciente una vez que sale de sus manos para pasar a las de otro; sin que ninguna unidad de diagnóstico y de tratamiento, deducida de las condiciones en que se encuentra cada enfermo, suministre un hilo conductor para cuidar de aquel que entra en el establecimiento y de aquel que sale de él.

La impotencia.—En este caso, de estos caracteres que presenta más o menos, en todos los países civilizados, la actual organización de la justicia penal, ¿qué puede resultar de no ser la impotencia de esta misma justicia para remediar la criminalidad?

Lo mismo que en un hospital, un desorden como el que acabo de representar no podría producir otros resultados que una excesiva mortalidad y siempre creciente, a la que únicamente podría escapar un pequeño número de sujetos dotados de un vigor orgánico excepcional o de una constitución extraordinaria, así, también, un desorden semejante y una desorganización parecida de la justicia penal no pueden dar otras consecuencias que la impotencia de la defensa social contra la criminalidad. Los únicos individuos que escapan a esta criminalidad o a sus recaídas son aquellos que se encuentran favorecidos por condiciones personales o sociales muy particulares; en tanto que, como hemos visto en el capítulo segundo, la delincuencia aumenta con una persistencia obstinada o se envenena con los progresos de la reincidencia.

Por esta razón la estadística criminal nos enseña que—aparte la criminalidad *real*, es decir, el número de los delitos realmente cometidos—queda entre la criminalidad *conocida* (delitos descubiertos y denunciados) y la criminalidad *legal* (delitos cuyos autores son conocidos y castigados), un pasivo de sesenta y cinco por ciento de delitos descubiertos y no castigados. Todavía es preciso agregar aquí las impunidades más o menos escandalosas debidas, para un cierto número de delitos y delincuentes, a la intervención en la administración de la justicia penal de los intereses de la clase dominante.

Esta justicia se muestra impotente, no sólo para defender la sociedad contra los delincuentes, sino también para proteger a sus víctimas. La reparación de los daños causados por el de-

lito, no es hoy más que una fórmula platónica adicionada a la sentencia de condenación penal, y que, para producir un efecto formal, es enviada ante otro tribunal y sufre las costosas lentitudes interminables de la justicia civil. El Estado, por el contrario, sabe hacerse pagar el precio de su negligencia y de su impotencia, puesto que exigiendo en principio el impuesto de los ciudadanos honrados, con promesa de ponerlos al abrigo del delito gracias a los servicios de la seguridad pública y de la justicia penal, acaba, cuando no ha sabido prevenir el delito, por hacer pagar también su propia negligencia a los delinquentes, bajo la forma de penas y multas.

Por esto—frente a semejante impotencia orgánica de la justicia penal, que hace inútil la buena voluntad de sus funcionarios, y que es una consecuencia necesaria de su falsa orientación moral y de su completa desorganización práctica—vemos fenómenos de superfetación o de patología, como las agencias privadas para el descubrimiento de los delitos (agencias Pinkerton que, en los Estados Unidos, llegan a menudo a verdaderos excesos para satisfacer a quien les paga), como la práctica del lynchamiento en América, el bandolerismo subvencionado por los grandes propietarios para protegerse contra los ladrones de escasa importancia (recuérdese el bandido Tiburzi en Toscana, y Varsalona en Sicilia), y por último, el bandidaje en Córcega y Cerdeña.

No son, pues, solamente las razones teóricas sacadas del estudio científico del delito, son también las lecciones prácticas de la experiencia cotidiana las que imponen una nueva orientación a la administración de la justicia penal en sus diferentes engranajes, sustrayéndola al empirismo y al espíritu de expiación y de venganza a la vez, de que todavía está manchada y paralizada, a fin de disciplinarla y de organizarla según los datos experimentales de la antropología y de la sociología criminal.

76.—Las reformas que la escuela positiva propone en el juicio penal, se relacionan con el principio fundamental ya establecido en el capítulo precedente. No teniendo ya la función social punitiva, en grado alguno, el carácter ético de una expia-

ción de la falta por el castigo, sino sólo el carácter social de una dinámica defensiva, en adelante el juicio penal, una vez comprobada la culpabilidad material del inculpado, lejos de aplicarse a la medida de una intangible responsabilidad *moral* del delincuente, debe únicamente determinar a qué categoría antropológica pertenece éste, y por lo tanto, qué grado de temibilidad y de readaptación social presenta.

La primera investigación, la fundamental en un juicio penal dirigido según los nuevos principios científicos, consistirá, pues, todavía y siempre, en comprobar si el procesado es realmente el autor del hecho sometido al juicio, y en determinar los móviles y las circunstancias del hecho mismo. Y aquí, como hoy ocurre, se desarrollará el debate entre la acusación y la defensa, constituyendo éste la primera condición de todo el juicio. Una vez demostrada la relación causal entre el agente y el acto, o bien, según dije en el precedente capítulo, el inculpado demuestra entonces que los motivos que le han determinado a ejecutar aquel acto eran legítimos, y este es el único caso en que se podrá, a nuestro juicio, pedir y sostener su absolución; o bien se prueba, al contrario, que los motivos determinantes han sido antisociales y antijurídicos, y entonces no más esos duelos fantásticos y con frecuencia grotescos, en que se discuta una absolución en lo sucesivo imposible, cualquiera que sean las condiciones psicológicas o psico-patológicas del acusado. Un solo problema queda: ¿a qué categoría antropológica pertenece el acusado? Y con este motivo, por consiguiente, nueva discusión posible entre el acusador y el defensor, para establecer los caracteres personales y reales, según los que, el delincuente debe ser declarado loco, o incorregible de nacimiento, habitual, ocasional o pasional; pero esta discusión entre la acusación y la defensa, es bien diferente de las justas de elocuencia que hacen hoy que los tribunales se parezcan demasiado a las representaciones teatrales. No más luchas de astucia, ni logomaquias, ni juicios arrancados a la sensibilidad violentada, mucho más que determinados por un razonamiento claro y tranquilo; no más subterfugios de procedimiento, que hacen depender la declaración de inocencia o el aplazamiento de la condenación, mucho más de la habilidad curialesca que de la realidad viviente, y que

hacen perder al pueblo su confianza en la administración de justicia, haciendo que esta última se parezca a la tela de araña que retiene los mosquitos y se deja atravesar por las avispas. La discusión habrá de ser exclusivamente científica sobre los síntomas presentados por el delincuente, sobre las circunstancias que han precedido, acompañado y seguido al hecho, y sobre su significación antropológico-social; y después una discusión con la que se buscará exclusivamente el determinar cuál es, entre los medios defensivos—cuya organización práctica desarrollaré más adelante—el más apropiado, y por lo tanto, el más justo en los casos sometidos a los jueces.

Con lo cual será considerable la disminución, tanto como es humanamente posible, de lo aleatorio de los juicios, que parecen hoy y son en realidad verdaderos juegos de azar para el delincuente y para la sociedad. Entonces, por último, se tendrá justicia verdaderamente serena y severa, en la que no se encuentre tampoco ni una vergonzosa enseñanza del delito, ni el espectáculo desmoralizador de los jueces ignorantes, de los acusadores agresivos, de los abogados declamadores, girando todos, bajo la impulsión de sus intuiciones o de su habilidad personal, sin ser guiados por criterios científicos, alrededor del único y verdadero problema judicial, que debe ser un problema viviente de psicología y de sociología en la persona del hombre que ha de ser juzgado, y no un mostrador sofisticado y declamatorio de reglas bizantinas sobre el delito considerado como un ser jurídico abstracto (1).

El delito continuará, para la escuela positiva también, sometido al juicio penal; pero el hecho, en lugar de ser la preocupación exclusiva, única, del juez, no será más que la condición necesaria para que se pueda proceder contra su autor, un síntoma, entre varios otros, de su readaptación social, según la categoría antropológica a la que pertenezca. Será el delincuente quien, a continuación del delito, sea juzgado, no el delito contra el cual, abstractamente, se pronuncia una pena, preocupándose de un modo por completo secundario del pro-

(1) Véase sobre un asunto análogo, Richard, *La discussion judiciaire et l'état de droit*, en la *Rev. phil.*, Noviembre 1894.

cesado considerado como el punto de aplicación viviente de una *regula juris* escolásticamente afirmada por el juez y después abandonada, en su ejecución práctica, al azar de otras mil circunstancias, dilatorias o eliminatorias, ignoradas del juez mismo y por completo extrañas al delincuente y al delito cometido por él.

Recoger, discutir, juzgar las pruebas.

Este es, una vez eliminada la pretensión de medir la culpabilidad moral del procesado, todo el organismo de un proceso penal; y, sin embargo, es lo que menos preocupa a la escuela clásica, mucho más inclinada a exigir la garantía más o menos ilusoria de las formas procesales, y fiándose única y completamente, por reacción contra el sistema de las pruebas legales, a la convicción íntima, y por así decir, a la intuición instintiva de los Jurados y de los Jueces. El procedimiento penal, como dice Berenini, debe rehacer hacia atrás el mismo camino que el procesado criminal, partiendo del hecho exterior (violación de un derecho) y remontando la corriente de las causas bajo su relación física para descubrir al autor, y bajo la relación psicológica para determinar los motivos a los que éste ha obedecido y su categoría antropológica (1).

De aquí para la escuela positiva la necesidad de recoger la cuestión de la prueba en los procedimientos criminales, para darla toda la importancia fundamental que tiene, sistematizando las reglas y las inducciones, no sólo según los datos de la psicología ordinaria, como han hecho los escasos clásicos que de ello se han ocupado (Pagano, Bentham, Mittermaier, Ellero, etcétera), sino también y sobre todo, según los datos de la antropología criminal, que hacen de la «crítica criminal» una rama de la crítica ordinaria de las pruebas. Se puede, en efecto, en la evolución del sistema de las pruebas, marcar cuatro fases características que siguen de cerca a las fases que hemos indicado (núm. 47) en la evolución de la pena:

La fase *primitiva*—en que las pruebas son confiadas enteramente al empirismo cándido de las impresiones personales, y en que la crítica de las pruebas tiene muy pocas ocasiones de

(1) Berenini, *Azione e istruzione*, Parma, 1888, pág. 153.

ejercerse, en atención a que la venganza-defensa se efectúa casi siempre contra un flagrante delito o contra el autor bastante conocido de un daño.

La fase *religiosa*—durante la cual se hace intervenir a la divinidad para designar al autor de un delito que se considera precisamente como una ofensa a la divinidad misma (ordalias, duelo judicial).

La fase *legal*—en que el valor de los diversos elementos de la prueba está fijado por la ley misma, como también el grado de prueba necesaria o suficiente para decretar una pena ordinaria o extraordinaria. En este período la confesión del culpable es considerada como «la reina de las pruebas»: también se emplea para obtenerla todos los medios, comprendida la tortura, sin la cual los jueces enemigos de toda novedad afirman, para responder a Beccaria, «que sería imposible administrar justicia, porque no se podría obtener la confesión del culpable ni la certeza de su falta».

La fase *sentimental* de la convicción íntima, en la cual se llega al exceso opuesto, dispensando a la conciencia del Juez y del Jurado de toda obligación relativa a las pruebas, al declarar (art. 498 del Procedimiento penal italiano) que «la ley no pide cuenta a los Jurados de los medios por los que han alcanzado su convicción», advirtiéndoles, así bien, «que faltan a su principal deber si, para decretar su declaración, consideran las consecuencias penales que deba acarrear al acusado»; ¡manera ingenua de afirmar que se deja todo poder a la inspiración de la conciencia íntima para juzgar, en la red inextricable de los indicios, si se tiene o no la prueba de que el procesado es realmente el autor del delito descubierto! Y de este principio proviene la convicción absurda de que los jueces, por haber estudiado el derecho, son preferibles a los médicos alienistas, y más competentes para juzgar «por convicción íntima», si el procesado está loco o si su inteligencia es normal.

A esta fase de la prueba queremos añadir la fase *científica*, representada por el dictamen pericial, es decir, por la reunión y la evaluación metódicas de las comprobaciones experimentales acerca de las circunstancias materiales del delito (pruebas físicas, químicas, mecánicas, caligráficas, profesionales,

toxicológicas, etc.), y sobre todo por las pruebas individuales y sociales relativas a la persona del delincuente (pruebas antropológicas, psíquicas y psico-patológicas).

Daremos algunos ejemplos para cada uno de los tres momentos del proceso penal: reunión de las pruebas (policía judicial e instrucción),—discusión de las pruebas (acusación y defensa),—juicio de las pruebas (Jurados y Jueces).

77. Es evidente ante todo, según he indicado en la primera edición de esta obra, y como se ha dicho más ampliamente desde Rhigini, Garófalo, Lombroso, Alongi, Rossi, etc., que de un lado el estudio de los factores antropológicos del hecho culposo, determinando los caracteres orgánicos y psíquicos del delincuente y el papel de la edad, del sexo, del estado civil, de la profesión, etc., en las diferentes especies de hechos; de otro, el estudio científico de las clases peligrosas a la sociedad, ofrecerían a la policía judicial y a los mismos ministros de la justicia, nuevos y más seguros medios para secundarlos en la persecución de los culpables. Las marcas de tatuaje, las líneas de la fisonomía y las formas del cráneo, los reseñamientos fisio-psicológicos, las investigaciones nuevas sobre la sensibilidad, sobre la actividad refleja, las reacciones vasculares, el campo visual del delincuente, y otras, haciendo más fácil y más completa la serie muy importante de las pruebas de identidad personal y de los indicios sobre la propensión al delito, servirán la mayor parte de las veces, o a alejar de las falsas pistas a los agentes de la policía judicial y a los Jueces instructores, o a hacer más seguro el veredicto de inculpabilidad o de condenación, que actualmente se encuentra casi siempre inspirado de un modo previo por la reunión precoz, insuficiente o parcial de las pruebas recogidas en la instrucción escrita.

Cuando se piensa en el enorme número de delitos que quedan impunes por falta de indicios suficientes, y en la multitud de procedimientos judiciales que son seguidos de absoluciones por insuficiencia de las pruebas, se ve sin trabajo, nada más que por esto, la considerable importancia y las ventajas numerosas de esta primera relación de la sociología criminal con el

procedimiento, ya entrevista por Ellero en su tratado de la *crítica* criminal (1).

La aplicación práctica de la antropometría a la prueba de la identidad personal y por consiguiente de la reincidencia, hecha primero por Bertillon, en la Prefectura de policía de París, y desde entonces adoptada en muchas capitales de Europa y América, no hay necesidad de describirla, pues es bien conocida; bastará, por lo tanto, recordar las modificaciones que Galton y Anfosso han propuesto introducir en ella, y la reunión de las fichas antropométricas en el Registro judicial, propuesta por Compagnone, al propio tiempo que la idea de tomar al realizar la revisión militar, un señalamiento antropométrico de todos los reclutas y de hacerle constar al margen del acta de nacimiento (2).

(1) Ellero, *Trattati criminali*, Bolonia, 1875, págs. 150 y 151. Ya Cattaneo, al hablar del libro de Lauvergne sobre los forzados, predijo hace más de treinta años la nueva dirección que tomarían la ciencia y la práctica penales, juntando el estudio del delincuente al del delito. Citado por Majno, *Il nuovo Codice penale e la scuola positiva*, Milán, 1898 (pág. 17), y por Lombroso, *L'antropologia criminale nei pensatori antichi*, en la *Riv. scient. del diritto*, Abril 1898.

(2) La simple identificación antropométrica de los delincuentes, se encuentra adoptada hoy en muchos Estados europeos (Alemania, Inglaterra, Rusia, España, Rumanía, Suiza), y en ciertos Estados de América (Chicago, Cincinnati, Ohio, etc.), y de la América del Sur. Existe sobre esto una biblioteca completa.

En París, donde fué inaugurada, ha servido para descubrir la identidad personal de quinientos o seiscientos reincidentes por año, a partir de 1888 (*Revue pénit.*, 1896, pág. 346), con una progresión de reconocimientos sobre el total de los individuos medidos, que asciende de 10 por 100, en 1888, a 23 por 100 en 1895 (Bertillon, *Actas del Congreso antropológico criminal*, Ginebra, 1898, pág. 64).

El sistema de Bertillon no está al abrigo de las críticas (véase Severi, *Manuale di medic. legale*, segunda edición, Milán, 1895, volumen III, pág. 1400), porque no tiene en cuenta más que los individuos que han alcanzado su desarrollo completo, los que han pasado de los veinte años; y por ello los delincuentes natos, los de desarrollo precoz, escapan a él en parte, sin contar que ciertos datos antropométricos (por ejemplo, la estatura) pueden ser hasta cierto punto disimulados; las medidas tienen también un coeficiente personal de variación según las personas que las toman.

Galton (*Finger print.*, Londres, 1892; *Finger print directories*, Londres, 1895, y *Les empreintes digitales* en las *Actas del Congreso Antropológico criminal*, Ginebra, 1897, pág. 35) ha propuesto también agregar a las medidas antropométricas y a la fotografía del individuo, su impresión digital, porque las líneas sinuosas de esta impresión jamás varían en el mismo individuo, y son diferentes en las distintas personas; es, además, lo que ya se hace en China respecto de la impresión de la

La identificación antropométrica de los delincuentes (bertillonaje) ha llegado a ser históricamente el germen inicial del Curso de policía científica, instituido primero por Ottolenghi, como curso libre en la Universidad de Siena en 1896, y después como curso oficial por un decreto de Zanardelli (25 de Octubre de 1903), y hecho obligatorio para todos los funcionarios de policía del Estado. Es un curso de policía científica (con un gabinete que depende de ella) en el cual Ottolenghi, trasladado también a la Universidad de Roma para la medicina legal, enseña, además del simple bertillonaje, la antropología y la psicología criminales, cosas todas que tienen relación con las funciones de la policía para indagar y fijar las huellas de los delitos y de los delincuentes y para vigilar a los individuos sospechosos. En el mismo sentido se ha reformado enteramente, con ayuda de los elementos suministrados por la antropología y la psicología criminales, la carta biográfica de los individuos que han sufrido una condenación.

De igual modo las indicaciones esfigmográficas sobre las variaciones de la circulación de la sangre, al revelar las emociones interiores a pesar de la aparente impassibilidad, pueden suministrar un instrumento muy eficaz a las investigaciones judiciales. Lombroso ha hecho la experiencia de ello, reconociendo que un individuo sospechoso y acusado de haber robado objetos de oro en Turín, y que al ser examinado con el esfigmógrafo no reveló emoción alguna cuando se le hablaba de este robo (del que fué declarado inocente), se mostró en cambio muy emocionado cuando se le llegó a hablar de otro robo, del cual no era tenido en sospecha, siendo su participación bien pronto reconocida gracias a las pruebas, con cuya pista se dió por el indicio esfigmográfico (1). No menos elocuente es la reparación de cierto error judicial, reparación debida al examen antropológico de un condenado a perpetuidad (por robo a mano armada), no encontrando en él los caracteres del

mano entera (Daac, *Le impronte digitali per la constatazione dell'identità*, traducción de la *Revue pénale suisse*, 1894, fascículo IV.

(1) Lombroso, *Polizia scientifica*, en la segunda edición de los *Pazzi ed anomalí*, Città di Castello, 1889.

criminal; esto fué lo bastante para salvarle de las galeras (1).

El esfigmógrafo puede también servir como elemento de diagnóstico, principalmente en las cuestiones bastante obscuras de enfermedad simulada. Para dar un ejemplo de ello, Voisin ha hecho experiencias esfigmográficas sobre un individuo que, durante seis años, había simulado en las calles de París ataques de epilepsia con el propósito de mendigar y susstraerse al servicio militar. Comparando las curvas esfigmográficas obtenidas durante, antes y después de estos accesos sospechosos y en realidad simulados, con las que presentaban varios epilépticos, llegó a la conclusión de que «las curvas ofrecidas por el simulador no tienen semejanza alguna con las de los diferentes epilépticos y se parecen a las observadas en los individuos sanos después de hacer violentas gesticulaciones» (2). ¡Y, sin embargo, en el proceso Misdea, en el que la epilepsia del procesado era sospechosa a los peritos aun cuando realmente existía, se rehusó a éstos la autorización para hacer estudios esfigmográficos, bajo el pretexto de que no eran necesarios para iluminar a la justicia! (3).

¿Qué decir ahora de las aplicaciones que se pueden hacer, en las investigaciones judiciales, del hipnotismo? Seguramente precisa la más exquisita circunspección para deducir conclusiones legales de él, en tanto no haya comprobado la ciencia con gran certidumbre las inducciones principales; pero es incontestable a pesar de ello que también aquí la reunión científica de las pruebas en el proceso penal podría encontrar una eficaz ayuda.

Pero las aplicaciones más seguras y fecundas que hasta el presente se pueden hacer en la reunión de las pruebas—sustituyendo con la observación científica la intuición empírica y profesional más o menos feliz de los agentes de la policía y de los Jueces de instrucción en la «caza del criminal»—, son las que

(1) Rossi, *Una centuria di criminali*, Turín, 1888, apéndice; *Controprova sopra un condannato innocente*, pág. 53.

(2) Voisin, *De l'épilepsie simulée et de son diagnostic par les caractères sphygmographiques du pouls*, en los *Ann. d'hyg. publ.*, Abril 1868, extractado también en los *Ann. méd. psych.* 1869, II, 165; ídem, *Leçons cliniques sur les maladies mentales et nerveuses*, París, 1883, pág. 610.

(3) Lombroso, *Misdea e la nuova Scuola penale*, Turín, 1884.

ofrecen el estudio de los caracteres orgánicos, y sobre todo, psíquicos de los diferentes delincuentes. En la psicología y en la psicopatología del homicida, de las que me he ocupado en el volumen primero del *Omicidio* (Turín, 1895), enumeré una larga serie de síntomas psicológicos que caracterizan a los homicidas natos, locos y pasionales, síntomas sacados de sus modos de obrar antes, durante y después del delito. Pues bien; del conjunto de estos caracteres, según el predominio de unos o de otros, y de las circunstancias materiales del hecho, estudiadas bajo su aspecto psicológico (por ejemplo, crueldad, ejecución feroz del homicida; pluralidad de víctimas, tiempo, lugar, instrumentos del crimen, etc.), aun antes que el autor sea conocido, se deducen siempre indicaciones seguras para recoger, completar y juzgar las pruebas. En mi práctica profesional he reconocido a menudo por experiencia la gran eficacia de estos síntomas psicológicos (1), que se trata, por lo tanto, de hacer conocer científicamente a los agentes de la policía judicial y a los jueces, con ayuda de aquella instrucción técnica de que hablaré más adelante (2).

Estos datos no son aplicables solamente a los individuos perseguidos. Cuando se piensa en el valor enorme del testimonio en la serie de las pruebas criminales, y se considera a la vez lo empírico de los criterios tradicionales de la criminalidad, que cada día se aplican en la instrucción y en el fallo de los procesos a todos los testigos—considerados indiferentemente por los maestros clásicos del procedimiento, como lo eran los propios delincuentes, en un tipo medio de hombre abstracto, con la sola excepción de las circunstancias redhibitorias fijadas por el Código para la incapacidad en materia de reclamaciones, como para la irresponsabilidad penal—; entonces adquiere una evidencia considerable, la necesidad de una aplicación de los

(1) Ferri, *Provocazione e premeditazione*, en el volumen *Difese penali e studi di giurisprudenza*, Turín, 1899, pág. 436.

(2) Garnier, *Nécessité de l'examen psycho moral de certains prévenus ou accusés pendant l'instruction*, en las *Actes du Congr. anthrop. crim.*, Bruselas, 1893, pág. 163; Mauss, *Mesures propres à faire connaître la personnalité physiologique, psychologique et morale du prévenu*, en las *Actes du Congr. anthrop. crim.*, Ginebra, 1897, págs. 120 y 331; Franchi, *Procès pénal et anthrop. crim.*, en las *Actes du Congr. Anthrop. crim.*, Amsterdam, 1901, pág. 155.

resultados científicos de la psicología y de la psico-patología (1). Y se comprende de qué suerte el uso de los criterios técnicos y experimentales de psicología y de psico-patología humana, en la evolución de las pruebas testimoniales, será una garantía de certeza, bastante más sólida que el aparato formalista del juramento, cuya abolición han pedido con razón los positivistas, o que las reglas y las fórmulas que, aun observadas con toda la minuciosidad inglesa (2), no pueden constituir más que condiciones de veracidad exteriores, y por consecuencia menos seguras.

Y para ofrecer sólo algunos ejemplos entre los más notables—sin hablar del desprecio absurdo de los criterios ordinarios de la credibilidad, en los casos, por ejemplo, de agentes de la fuerza pública examinados como testigos, en tanto que son siempre, ya directa, ya indirectamente, partes interesadas en la causa—aun fuera de este caso, ¿cuándo se piensa por nuestros tribunales en los fenómenos de la autosugestión, en los de la sugestibilidad, sobre todo en los niños, las mujeres, los neurasténicos, etc.? (3). Sin embargo, el hecho de la tendencia a la calumnia entre las histéricas, y lo mismo el gran número «de niños mentirosos» (4), nos muestran elocuentemente de cuán-

(1) Es lo que constituye el objeto del estudio especial de Franchi, *Il principio individualizzatore nell'istruttoria penale* (Scuola positiva, Noviembre 1900). Véase también Binet, *Application des "mental texts" á l'étude de la force de suggestion produite par les mots*, en la *Riv. di scienze biologiche*, Agosto-Septiembre 1899.

(2) Speyer, *Les règles de la preuve en droit pénal anglais* (law of evidence) en la *Revue de droit intern.*, 1898, pág. 478; y *Le Criminal evidence act*, de 1898, ibidem, 1899, pág. 79; Manzini, *Legge inglese di riforma del diritto di prova*, en la *Revue pénale*, Julio 1899 (Colección legislativa, pág. 402).

(3) Binet y Henri, *La suggestibilité naturelle des enfants*, en la *Rev. phil.*, Octubre 1894; Bérillon, *Suggestion criminelle et faux témoignages*, en las *Actes Congr. anthr. crim.*, Ginebra, 1897, pág. 167; Rouby, *Les faux témoignages d'une hystérique*, en los *Arch. Anthrop. crim.*, Marzo 1897, pág. 148; Pugliese, *Sulla valutazione della prova orale*, en la *Riv. di giurispr.*, Marzo 1896, pág. 216.

(4) Pourdin, *Les enfants menteurs*, París, 1883; Motet, *Les faux témoignages des enfants*, París, 1887; Picard, *Introduction au XXIX volume des Pandectes belges*, Bruselas, 1890; Rassier, *De la valeur du témoignage des enfants*, Lyon, 1893; Sully, *Les enfants menteurs*, en la *Revue des Revues*, 15 Noviembre 1895, en la *Revue bleu*, 15 Febrero 1898, y en el volumen *Etudes sur l'enfance*, París, 1898; Campolongo, *Le testimonianze dei fanciulli et degli adolescenti*, Nápoles, 1897.

tas aplicaciones, en esta cuestión fundamental de las pruebas, son y serán cada vez más susceptibles la biología, la psicología y psico-patología ordinarias y criminales. ¿Qué atmósfera saludable de humana realidad vendrá entonces a vivificar la justicia, al circular en sus pretorios, de donde sale y adonde deben volver en su mayor parte estos delincuentes y estos testigos, respecto de los cuales sus jueces olvidan a menudo que se están ocupando de hombres?

Pero además de estos ejemplos que demuestran la importancia capital de lo que el Juez Sarrante llamaba con razón «las aplicaciones judiciales de la sociología criminal» (1), por lo que respecta a la reunión de las pruebas (y podría añadirse a ellas el empleo de la taquigrafía y del fonógrafo para los interrogatorios y las deposiciones de los testigos), la reforma práctica más urgente, es la institución de peritos judiciales en cada gabinete de instrucción.

Sobre la instrucción técnica de biología y de psicología criminal, que es necesaria a los Jueces titulares y también a los de instrucción, y entre los agentes superiores de la policía judicial, es urgente que, en un reglamento racional del procedimiento, un perito o un grupo de peritos en antropología criminal, sea agregado de una manera permanente a cada despacho de instrucción penal. Con esto, además de las ventajas evidentes que se obtendrían para una pronta clasificación antropológica de cada procesado, para decidir si es un delincuente loco, o de nacimiento o por ocasión, etc. (al propio tiempo que se clasificaría jurídicamente el acto cometido por él), se suprimiría de un solo golpe el escándalo de la doble prueba pericial de la acusación y de la defensa.

No debe existir más que un solo colegio de peritos, escogidos entre los médicos, y con el título y la instrucción especial de peritos médico-legales, con un dictamen único que habrían de presentar a los Jueces de instrucción y a los definitivos, como resultado común de sus estudios, o que fuera, en caso de

(1) Sarrante, *Les applications judiciaires de la Sociologie criminelle* en las *Actas del segundo Congreso de antropología criminal*, Lyon, 1890, págs. 386 y siguiente. Véase también Ottolenghi y Rossi, *Duecento criminali e prostitute*, Turín, 1898, parte III. Aplicaciones prácticas, página 249.

desacuerdo inconciliable entre los propios peritos, resuelto preventivamente por una Comisión científica superior, así como esto se practica en Alemania, Austria y Rusia. Las conclusiones de este dictamen serían obligatorias para los Jueces, por lo menos en sus partes técnicas y esenciales; no obstante lo cual, tendrían el derecho de pedir aclaraciones y demostraciones ulteriores, que daría en nombre de sus colegas el presidente de los peritos.

Así desaparecerían también los escándalos causados por aquellos Jueces extraños a las ciencias psiquiátricas, que suscriben sin decir una palabra los dictámenes e informes de los peritos en caligrafía o en química, y que creen poder juzgar, en cambio, con ayuda del simple sentido común, acerca de, por ejemplo, las formas más oscuras de enajenación mental. Esta pretensión nacida del prejuicio extendido, como efecto de las viejas ideas espiritualistas y sostenido por Kant mismo, de que el juicio «de las enfermedades del espíritu», pertenece al filósofo mucho más que al médico, se nutre con la preocupación de la defensa social; porque se piensa que admitir la enfermedad del espíritu y excluir la libertad moral, es poner en libertad la delincuencia peligrosa. Pues bien; esta preocupación desaparece, cuando se sustituye, como nosotros sostenemos, el fundamento de la libertad moral con el de la responsabilidad social.

78.—He aquí, pues, las pruebas recogidas en el curso de este período de instrucción, en el cual no llegaremos hasta las exageraciones doctrinarias de una completa publicidad, pero en el que, no obstante, se debe admitir, sobre todo para las constataciones materiales en el lugar del suceso, la intervención misma del procesado; ahora llegamos al segundo peldaño del procedimiento, es decir a la discusión de las pruebas en un debate público (1).

(1) En Francia, la Ley de 8 de Diciembre de 1897 ha introducido innovaciones radicales en el secreto de la instrucción penal. Franchi, combatiendo a este propósito la decidida oposición de Garófalo, sostenía la información contradictoria, poniéndola en armonía con la "integración antropológica de la instrucción penal". Véase *Il principio individualizzatore nell'istruttoria penale, Scuola positiva*, Noviembre 1900,

Los actores de esta discusión, son naturalmente los representantes de la acusación y de la defensa; y aquí (porque no podemos entrar en proposiciones detalladas de reformas procesales), no hay más que aplicar de nuevo el principio positivista del juicio penal. Una vez que se han ordenado científicamente las reglas de las pruebas, que se haya puesto por base en esta discusión el informe antropológico-criminal del perito (facilitado a la instrucción para los casos más graves, o a la audiencia para los casos de citación directa e inmediata), se eliminará del procedimiento penal toda vana logomaquia sobre la responsabilidad *moral* mayor o menor del procesado: la discusión de la acusación y de la defensa consistirá, en los procesos sobre indicios, en establecer como actualmente, pero según criterios científicos, la certeza de la responsabilidad material del procesado; en los casos de flagrante delito o de confesión (cuando esta última esté confirmada por otros medios), la discusión tendrá por objeto establecer el carácter, los motivos determinantes, y en consecuencia la categoría antropológica del delincuente, para apropiarse a ella las medidas defensivas que mejor respondan a las condiciones del acto y del agente. Los acusadores públicos igual que los abogados (ya sean del procesado, ya del particular que acusa) deberán poseer el conocimiento técnico, no de la historia del derecho, o del derecho, romano o civil, sino de la biología, de la psicología, y en suma de las ciencias naturales y sociales, de donde ha surgido la ciencia nueva de la sociología criminal (1).

Y para obtener este doble propósito de una instrucción técnica en los acusadores y defensores, y de una discusión objetiva y clínica, será útil y lógico transformar el cargo del abogado penal en un oficio público, como el del ministerio fiscal, sometido a elección popular y provisto de garantías de una independencia real, tanto con relación al poder ejecutivo como a

y *Precès pénal et anthropologie criminelle*, en las *Actas del Congreso de antrop. crim.*, Amsterdam, 1901, pág. 155.

(1) Abadane, *Le barreau française et la criminologie positive*, en los *Arch. d'antrhop. crim.*, Marzo 1888; Garófalo y Carelli, *Riforma della procedura penale*, Turín, 1887, vol. III, *Dei defensori*, págs. 87 y siguiente.

la presión de la opinión pública. Se comprende, en efecto, que el abogado de los asuntos civiles, mientras que el régimen de la propiedad privada siga constituyendo el fundamento de la vida familiar y del derecho, sea el intérprete de un interés particular; pero no se concibe que tal deba ser la misión del abogado penal, cuando la defensa del procesado, destinada a impedir la condena de un inocente, tiene por lo menos tanta importancia moral y social como la acusación que quiere impedir la absolución de un culpable. La defensa y la acusación deben, pues, ser tanto la una como la otra funciones sociales, confiadas a funcionarios diferentes por la única razón de que hay imposibilidad cerebral de que un mismo hombre, en un mismo proceso, determine igualmente en un examen imparcial las pruebas de la acusación y de la defensa (1).

Se puede agregar a esto que así se evitarían los inconvenientes de la concurrencia que se sufre entre los abogados en el ejercicio de una profesión completamente privada, por ejemplo, los artificios poco honorables empleados en la actualidad para acaparar los clientes (malesuada fames!...) y la desigualdad sensible entre la abundancia y el poder de la defensa para los acusados ricos, y la insuficiencia de esta misma defensa para los inculpados que no pueden pagar buenos abogados.

79.—El proceso penal llega a su conclusión práctica en su tercera fase: el juicio dado por el Juez acerca de las pruebas.

A pesar de la manía de legislar demasiado, que en todas partes se padece, es evidente que los efectos de las leyes dependen de un modo principal de la calidad de los hombres encargados de aplicarlas. Una mala ley aplicada por buenos Jueces producirá bastante mejores frutos que otra excelente en teoría, pero aplicada por Jueces incapaces.

(1) La República de Venecia tenía, por esto, para la acusación los *Avogadori del comun*, y para la defensa los *Avvocati nobili dei prigioni*, como Nápoles y el Piamonte tuvieron la *Avvocatura dei poveri*, de la que todavía se encuentra una remembranza (aunque como obra de beneficencia) en el *Abogado de pobres* en Alejandría (*Riv. pen.*, Mayo 1898, pág. 520). La defensa, como oficio público, podría constituir precisamente una forma moderna del *tribunal popular*, como han propuesto Lombroso y Laschi, *Le crime politique*, París, F. Alcán.

Para defender la sociedad contra la criminalidad, no se piensa de ordinario más que en las reformas del Código penal, cuando sería necesario, ante todo, obtener una buena organización judicial escogiendo bien el personal, para ocuparse entonces de la organización técnica de los medios represivos, después de las reformas que hubieran de introducirse en el Código de procedimiento penal (que es el Código de las gentes honradas), y sólo en último lugar de las reformas del Código penal (que es el Código de los delincuentes).

Sobre este punto encontramos un elocuente contraste entre Inglaterra—en donde la legislación penal, no codificada todavía, es muy imperfecta teóricamente, pero donde los Jueces son excelentes, lo cual hace que la administración de la justicia penal sea satisfactoria—e Italia, en donde hemos empleado veinticinco años de estudio en compilar un Código penal; pero tenemos en cambio una magistratura penal incapaz desde el punto de vista científico, y sin independencia frente al poder ejecutivo; y en cuyo país la administración de justicia en lo penal está desacreditada, es vejatoria para las personas honradas, e impotente contra los malhechores.

Las dos condiciones supremas para tener una magistratura penal que esté a la altura de su misión social tan terrible y tan ardua son: la *capacidad científica* de los Jueces, y su *independencia*.

En cuanto a la primera, dados los caracteres y los elementos del juicio penal según la escuela positiva, es natural que en el Juez que ha de fallar, como en aquellos que tienen por oficio recoger y discutir las pruebas, se exija una instrucción especial y no sólo la intuición del sentido común. Se comprende, por esto, por qué razón en cuanto al juicio de los delitos ordinarios, la escuela positiva no puede admitir el sistema de los jurados, que representan lo contrario de la instrucción especial, y de la aptitud para juzgar a los delincuentes ordinarios.

Peró hay una reforma radical de la organización judicial que la escuela positiva ha preconizado desde su nacimiento, y de la cual ha visto multiplicarse todos los días los más autori-

zados partidarios. Esta reforma propuesta por primera vez por Garófalo (1), consiste en la separación de la magistratura civil y la magistratura penal.

Solamente cuando los Jueces penales tengan, como exige la ley de división del trabajo, una instrucción especial en las ciencias antropológicas y sociológicas, sabrán no ya sólo juzgar más seguramente, sino definir mejor los límites del debate entre la acusación y la defensa, y más pertinentemente apreciar, aclarar y aplicar los veredictos de los peritos médico-legales y antropólogos criminales.

Los medios prácticos para obtener esta reforma fundamental de nuestra magistratura judicial, deben, naturalmente, comenzar desde la enseñanza universitaria en la que sería preciso, después de dos años de estudios comunes y fundamentales, separar los cursos de los que quieren habilitarse en derecho civil o privado, y de los que quieren obtener su diploma para el derecho penal o público; y con respecto a estos últimos, se haría en sus estudios un lugar mucho más amplio a las ciencias sociales y naturales (biología y psicología), ya por lo que respecta al estudio del hombre criminal, ya con relación a la sociología en general.

En las mismas Universidades deberían los estudiantes ser admitidos a lo que Ellero llamaba ya «una clínica criminal», o sea a la visita científica y a la observación metódica de los delincuentes en las prisiones y en los manicomios criminales, conforme a la proposición de Tarde, que el Congreso antropológico criminal de Roma (1885) aprobó por este orden del día redactado por Moleschott y Ferri: «El Congreso—en armonía con la tendencia científica de la antropología criminal—expresa el voto de que la administración de las prisiones, adoptando las precauciones necesarias para la disciplina interior y para la libertad individual de los presos que estén sufriendo condena, admita al estudio clínico de los delincuentes, a los profesores y los estudiantes de Derecho penal y de Medicina legal, bajo la dirección y la responsabilidad de sus profesores, y de un modo

(1) Garófalo, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, en el *Archiv. di Psichiatria*, III, 1.

preferente bajo la forma de sociedad de patronato para los detenidos y para los prisioneros liberados (1).

Por último, debiera fundarse una escuela especial para los agentes de policía judicial, como ya se ha hecho para formar los vigilantes de las prisiones, que es lo que se ha comprendido en parte en los países que nombran agentes especiales (*detectives*) para el descubrimiento de los delincuentes. Las funciones de Juez de instrucción deberían también constituir una carrera técnica especial, en lugar de tomar a éstos indiferentemente entre los Jueces ordinarios, como se hace en Italia, por razones muy poco científicas, sobre todo por despreciables consideraciones financieras, a fin de sumar a algunos sueldos un aumento necesario de unos cuantos cientos de francos por año (2).

Como segunda condición capital de esta reforma esencial de la magistratura, creemos que es preciso agregar a estas garantías de *capacidad científica en los Jueces penales la garantía de una completa independencia* frente al poder ejecutivo; porque ahora, a pesar del principio afirmado platónicamente de la inamovilidad de los Magistrados, es siempre el árbitro supremo de los traslados, que aun cuando sean a un puesto igual, pueden constituir una recompensa o un castigo muy sensibles.

Esta independencia de la magistratura, si bien es bastante fácil de obtener para la justicia civil, lo es mucho menos para la penal, sobre todo para los delitos de carácter político-social. Importa, pues, encontrar, para el término medio de los Magistrados, las garantías de esta independencia y de esta im-

(1) *Actas del primer Congreso de antropología criminal*, pág. 398.—Voto renovado para los estudios sobre los delincuentes, en París (1889), *Actas del segundo Congreso de antropología criminal*, Lyon, 1890, página 204.—Y lo mismo Winkler, *Nécessité d'introduire l'étude de l'anthrop. crim. dans les cliniques psycho pathol., pour les étudiants en médecine et en droit*, en las *Actas del Congreso antropológico criminal* de Bruselas, 1893, pág. 346.

(2) Véase Lombroso, informe dirigido al Congreso penitenciario de San Petersburgo, *sobre la enseñanza penitenciaria*, 1890; *L'anthr. crim. et ses récents progrès*, París, 1891; *Le piu recenti scoperte ed applicazione dell'antropologia criminale*, Turín, 1893; Gross, *Ein kurs uber Kriminalistic für die Instruktionsoffiziere*, en la *Zeits. f. ges. Strafrechtsw.*, 1894, XIV, 677.

Sobre la necesidad de formar Jueces, sobre todo de instrucción que tengan capacidad técnica especial, se ha discutido en la *Union inter de droit penal*, en Linz, 1895.

parcialidad en la misma organización judicial. Porque a pesar del prejuicio que quiere que lo que se llama «naturaleza humana» sea invariable, es lo cierto que los mismos hombres dan resultados diferentes según los diversos medios en que despliegan su actividad (1).

Ahora bien; tres reformas son indispensables para tener una organización judicial que asegure la independencia efectiva de los Magistrados.

Primeramente es preciso que todo Magistrado tenga la responsabilidad técnica y además moral y social de sus propias sentencias (2). El sistema de los juicios dados colectivamente parece estar hecho a propósito para anular toda responsabilidad personal. En cambio, el Juez único, tal como funciona en Inglaterra, ofrece bajo este respecto las más serias garantías; es decir, sentimiento de responsabilidad del Juez para sus propios actos, estudio concienzudo de cada proceso (en vez de adherirse a la opinión del ponente), rapidez de los debates. El hecho constante observado por la psicología colectiva, de que en las circunstancias que exigen lealtad, sinceridad, valor personal (y toda causa exige estas cualidades), la reunión de varios hombres produce una media inferior a la de cada uno de los individuos que la componen, es un argumento decisivo en favor del Juez único, contra el cual no existe más que «el prejuicio decorativo»; y no hablamos del interés más o menos encubierto de cada Juez en descargar sobre sus colegas la parte de responsabilidad que le corresponde.

En segundo lugar, es preciso, durante el período de transición entre la organización actual de la justicia penal y la que

(1) Lo mismo sucede, por ejemplo, en la *deportación*, en la *colonización militar*, etc., en donde los funcionarios son empujados a cometer abusos inevitables; y se ve defender la deportación y la colonización haciendo votos platónicos para que no sean empleados en ellas más que hombres incapaces de cometer abusos: cuando éstos dependen mucho más de las condiciones excepcionales del medio (ejercicio de un poder sin inspección) que de la malignidad de los hombres.

Los *buenos* y los *malos* se conservan poco más a menos tales como son, en todos los medios; pero son muy raros. La muchedumbre de los *mediocres* se adapta a las condiciones de la existencia y da, según las circunstancias, buenos o malos resultados.

(2) Borciani, *I giudici*, Reggio Emilia, 1895; Bellot, *Réforme judiciaire*, en la *Westminster Review*, Abril 1896, y *Revue des Revues*, 1.º de Mayo 1896.

más tarde tomará la clínica destinada a prevenir el delito, que los Magistrados de este orden estén elegidos por el pueblo, como en los Estados Unidos de América y en varios cantones de Suiza, atemperando, sin embargo, este carácter electivo a la necesidad de reelecciones periódicas, quizá también por intervalos de inelegibilidad, para eliminar el grave peligro de las «deformaciones profesionales», es decir, de los hábitos mentales que acaban por hacer ver el mundo, los hombres y en particular los procesados con un ángulo exclusivo y siempre igual. Por ello se eliminará también el peligro de parcialidad y de servilismo, que se producen inevitablemente cuando la magistratura constituye una carrera profesional con ascenso de grado y de sueldo; lo cual no existe en Inglaterra tampoco, donde los Jueces están, es cierto, designados por la Corona, pero son poco numerosos, muy bien pagados y escogidos entre los juriconsultos más ilustres, sin poder después cambiar de clase (1).

Y por último, precisa que los Magistrados elegidos tengan sobre sí una inspección eficaz; con lo cual no hablo solamente de la que corresponde a la opinión pública (que podría ejercer, por ejemplo, un voto popular de censura); hablo también de un poder disciplinario, en parte extraño al orden judicial, para evitar que éste constituya a su vez una nueva forma de tiranía irresponsable, y para garantizar así la colectividad contra los abusos de poder de la Magistratura, y a ésta contra la presión abusiva de aquélla.

Mas la aplicación de la ley a los casos particulares no es, en el dominio criminal, simplemente una función de lógica jurídica abstracta, como ocurre la mayor parte de las veces en la justicia civil; es en realidad la apropiación sobre todo psicológica de una regla abstracta a un hombre que vive y que respira, porque el Juez criminal no puede ni debe aislarse del mundo que le rodea, para venir a ser solamente *lex loquens*, la ley que habla más o menos maquinalmente. Como he dicho en el precedente capítulo, las condiciones del *agente*, del *acto* y de la *sociedad*, son los criterios vivientes y humanos de todo juicio

(1) De Noailles, *Le Pouvoir judiciaire aux Etats-Unis*, en la *Revue deux Mondes*, 1.º de Agosto 1888.

penal. Los Códigos del porvenir desterrarán todas las minucias de la dosimetría penal, y contendrán sólo algunas reglas generales, además de la definición menos sofisticada y abstracta de los actos criminales, cuya *puniñilidad*, para emplear un término envejecido, dependerá menos de los elementos jurídicos, formulados en las frases de cada artículo, que de las cualidades, de las tendencias y de los motivos personales del autor de un acto perjudicial y peligroso.

Por esto, en la justicia penal considerada como una clínica preservativa contra la criminalidad, y sobre todo en el momento en que se trata por ella de pesar y juzgar las pruebas, encontramos de nuevo la vieja cuestión del «poder arbitrario» del Juez.

Se ha pasado a este propósito de un exceso a otro; y por reacción contra el poder sin límites de los Jueces, que ha quedado legendario en el recuerdo de los famosos «gritos públicos» de la Edad Media, se ha llegado a la exageración del conocido aforismo, «la mejor ley es aquella que deja menos al arbitrio del Juez; el mejor Juez es aquel que se concede menos a sí mismo».

Pues bien; si la función judicial penal debe ser ejercida, como lo es al presente, por una vana investigación dosimétrica de la responsabilidad moral del delincuente, con toda la impedimenta, no menos bizantina de las reglas sobre la tentativa, la complicidad, el concurso de los delitos, etc.; si la ley penal se aplica al delito y no al delincuente; si éste permanece en segunda línea en el proceso penal, como punto de aplicación algebraica de las sanciones legales, entonces ciertamente es necesario que el poder arbitrario del Juez sea contenido entre las barreras más o menos eficaces de los artículos del Código penal que, al sistema chino de los grados en las penas, ha sustituido hoy en Italia el sistema logaritmico de las fracciones de fracciones, con los intereses minuciosamente graduados de la penalidad correspondiente, transformando así al Juez en un contable.

Pero si el juicio penal es lo que debe ser, esto es, un examen bio-psicológico del procesado, colocando en segunda línea el delito, como condición de puniñilidad, y en primera lí-

nea el hombre que le ha cometido, entonces es evidente que el Código penal deberá limitarse a un pequeño número de reglas generales sobre los medios de defensa, sobre las diferentes formas de sanción social, y sobre los elementos constitutivos de cada delito, para que el Juez conserve en desquite una mayor libertad, justificada por su capacidad científica acrecida, cuando juzgue verdaderamente al hombre que está delante de él. De otra parte, en una organización racional de la clínica preservativa contra la criminalidad, la misión del Juez penal perderá mucha de esta importancia excesiva y abusiva que tiene ahora gracias al principio absurdo—*res judicata pro veritate habetur*—, que concede a los Jueces, nacidos de mujer sin embargo, el don de la infalibilidad; en tanto que un solo error judicial debidamente comprobado, basta a quitar todo su valor moral a esta absurda presunción.

En efecto, en la función social de defensa contra la criminalidad, según la comprendemos nosotros, no sólo tendrán las medidas preventivas de profilaxis y de higiene social más desarrollo e importancia que el que tienen los engranajes represivos puestos en juego cuando el mal ya ha ocurrido; sino que en la serie de estos últimos, el juicio penal no será la solución definitiva e irrevocable, porque el principio de la *revisión periódica de las sentencias* sustituirá a la presunción de la cosa juzgada.

Como veremos más adelante, los medios defensivos contra los delitos una vez cometidos, se reducirán a la reparación del daño—para los delitos menos graves realizados por delincuentes poco temibles que puedan adaptarse a la vida social—y a la segregación por un tiempo indeterminado del delincuente peligroso, más o menos readaptable a la vida social. Es evidente, desde ahora, que la ejecución de esta segunda serie de sentencias no quedará, como hoy, aislada de las sentencias mismas, puesto que exigirá la intervención periódica del Juez, quien con otros funcionarios decidirá del plazo de la segregación, cuando pueda juzgarse que el condenado ha vuelto a ser apto para la libertad de la vida civil.

Pero existe un punto en el que el poder arbitrario del Juez no es admisible, en cuanto se refiere a las formas procesales que constituyen, en provecho de los ciudadanos que compare-

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