



Sociología Criminal

TOMO II

Enrico Ferri

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL
MÉXICO, D.F. 2004

SOCIOLOGÍA CRIMINAL

Tomo II

ENRICO FERRI

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL

NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL
SECCIÓN JURÍDICA

SOCIOLOGÍA CRIMINAL

POR

ENRICO FERRI

*Profesor en la Universidad de Roma y en la Universidad nueva
de Bruselas, Diputado en el Parlamento italiano*

CON UN PRÓLOGO DE

D. PRIMITIVO GONZÁLEZ DEL ALBA

Presidente de Sala de la Audiencia territorial de Madrid.

VERSIÓN ESPAÑOLA POR

ANTONIO SOTO Y HERNÁNDEZ

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid y Redactor-Jefe
de la Revista de los Tribunales.

~~~~~  
TOMO SEGUNDO  
~~~~~

MADRID
CENTRO EDITORIAL DE GÓNGORA
CALLE DE SAN BERNARDO, 43

ES PROPIEDAD

MADRID
IMPRESA DE J. GÓNGORA ÁLVAREZ
Calle de San Bernardo, 85.

ÍNDICE DE MATERIAS

Páginas

CAPITULO III

TEORÍA POSITIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

- I. 42. Postulado de la escuela clásica, desmentido por la fisiopsicología positiva, y en todo caso discutible en teoría y peligroso en la práctica.—43. Negación del libre albedrío. 44. Transacciones eclécticas acerca de la libertad moral... 3
- II. 45. El problema de la justicia penal con la negación del libre albedrío.—46. Dos órdenes de hechos conducen a la solución: A. La reacción defensiva natural y su evolución en el tiempo.—B. Las formas presentes de la reacción defensiva (sanción).—1.º 47. Reacción defensiva natural de todo ser viviente y fases de la reacción defensiva humana y de sus órganos de ejecución.—48. El carácter ético de justicia retributiva eliminado de la función defensiva.—49. Independencia de esta función de todo criterio de libertad o de falta moral..... 26
- III. 50. Objeciones.—51. La pena (posterior al hecho) no es una defensa (anterior al hecho).—52. La defensa social no es la defensa jurídica. Génesis positiva del derecho bajo su aspecto individual y social.—53. Defensa social y defensa de clase en la justicia penal: criminalidad *atávica* y criminalidad *evolutiva*..... 43
- IV. 54. 2.º Formas presentes de la reacción defensiva. Teoría de la sanción natural (sanción física, biológica y social).—55. Responsabilidad social en lugar de responsabilidad moral.—56. El hombre es siempre responsable de sus actos, solamente porque y en tanto que vive en sociedad..... 63
- V. 57. Teorías eclécticas de la responsabilidad.—58. Libertad relativa de la voluntad (por libertad limitada, libertad ideal, libertad práctica, motivo de contradicción, factor personal).—59. Libertad de la inteligencia.—60. Voluntariedad (art. 45 del Código penal).—61. Intimidabilidad.—62. Normalidad.—63. Identidad personal y semejanza so-

	cial.—64. Estado de criminalidad.—65. Conclusión.....	94
VI.	66. Dos problemas finales: A. Formas de la sanción penal. B. Criterios de la sanción social.—1.º 67. Medios preventivos, reparadores, represivos y eliminativos.....	148
VII.	68. 2.º Condiciones del <i>acto</i> , del <i>agente</i> y de la <i>sociedad</i> . El derecho violado, los motivos determinantes y la categoría antropológica del delincuente. Ejemplo práctico.—69. Tentativa y complicidad.—70. El bizantinismo clásico y la justicia según los positivistas.....	165

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 <i>in dubio pro reo</i> 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
IV.	81. Ventajas e inconvenientes del Jurado como institución política.—82. Ventajas e inconvenientes del mismo como institución judicial.—83. El Jurado ante la psicología y la sociología.—84. Abolición del Jurado para los delitos co-	

	munos y las reformas más urgentes.....	236
V.	85. B. La "bancarrota de los sistemas penales clásicos" y el sistema positivo de defensa social represiva.—86. Criterios fundamentales del sistema defensivo.—87. I. Segregación por un tiempo indeterminado con revisión periódica de las sentencias.—88. II. Reparación de los daños como función del Estado.—89. III. Apropriación de los medios definitivos a las categorías de los delinquentes, de un modo contrario a la unidad clásica de la pena.—90. Caracteres comunes a los diferentes establecimientos de segregación	261
VI.	* 91. Criminales locos y manicomios criminales.—92. Criminales natos, pena de muerte, deportación, segregación indeterminada.—93. El sistema celular es una de las aberraciones del siglo xx.—94. El trabajo al aire libre en las colonias agrícolas.—95. Delinquentes habituales.—96. Delinquentes de ocasión y abuso de las detenciones por corto plazo.—97. Delinquentes por pasión; su impunidad relativa	289

CONCLUSION

	El porvenir de la ciencia y de la práctica penales.....	345
	Cuadro del movimiento general de la criminalidad en algunos Estados de Europa.....	355

Sociología Criminal se terminó de imprimir en agosto de 2004, en Edigráfica, S.A. de C.V. La edición consta de 1000 ejemplares, y la revisión y supervisión editorial estuvieron al cuidado de los licenciados Juan B. Gómez Moreno y Aldo Francisco Rodríguez Gutiérrez.

CAPITULO III

TEORÍA POSITIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

- I. 42. Postulado de la escuela clásica, desmentido por la fisiopsicología positiva, y en todo caso discutible en teoría y peligroso en la práctica.—43. Negación del libre albedrío. 3
44. Transacciones eclécticas acerca de la libertad moral...
- II. 45. El problema de la justicia penal con la negación del libre albedrío.—46. Dos órdenes de hechos conducen a la solución: A. La reacción defensiva natural y su evolución en el tiempo.—B. Las formas presentes de la reacción defensiva (sanción).—1.º 47. Reacción defensiva natural de todo ser viviente y fases de la reacción defensiva humana y de sus órganos de ejecución.—48. El carácter ético de justicia retributiva eliminado de la función defensiva.—49. Independencia de esta función de todo criterio de libertad o de falta moral..... 26
- III. 50. Objeciones.—51. La pena (posterior al hecho) no es una defensa (anterior al hecho).—52. La defensa social no es la defensa jurídica. Génesis positiva del derecho bajo su aspecto individual y social.—53. Defensa social y defensa de clase en la justicia penal: criminalidad *atávica* y criminalidad *evolutiva*..... 43

CAPÍTULO III

TEORÍA POSITIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

- I.—Postulado de la Escuela clásica, desmentido por la fisio-psicología positiva, y en todo caso discutible en teoría y peligroso en la práctica.—Negación del libre albedrío.—Transacciones eclécticas acerca de la libertad moral.
- II.—El problema de la justicia penal con la negación del libre albedrío.—Dos órdenes de hecho conducen a la solución: *A.* La reacción defensiva natural y su evolución en el tiempo.—*B.* Las formas presentes de la reacción defensiva (sanción).
- 1.º Reacción defensiva natural de todo ser viviente y fases de la reacción defensiva humana y de sus órganos de ejecución.—El carácter ético de justicia retributiva eliminado de la función defensiva.—Independencia de esta función de todo criterio de libertad o de falta moral.
- III.—Objeciones.—La pena (posterior al hecho) no es una defensa (anterior al hecho).—La defensa social no es la defensa jurídica. Génesis positiva del derecho bajo su aspecto individual y social.—Defensa social y defensa de clase en la justicia penal. Criminalidad *atávica* y criminalidad *evolutiva*.
- IV.—2.º Formas presentes de la reacción defensiva. Teoría de la sanción natural (sanción física, biológica y social).—Responsabilidad social en lugar de responsabilidad moral.—El hombre siempre es responsable de sus actos, solamente porque y en tanto que vive en sociedad.
- V.—Teorías eclécticas de la responsabilidad.—Libertad relativa de la voluntad (por libertad limitada, libertad ideal, libertad práctica, motivo de contradicción, factor personal).—Libertad de la inteligencia.—Voluntariedad (art. 45 del Código penal).—Intimidabilidad.—Normalidad. Identidad personal y semejanza social.—Estado de criminalidad.—Conclusión.
- VI.—Dos problemas finales: *A.* Formas de la sanción penal.—*B.* Criterios de la sanción social.
- 1.º Medios preventivos, reparadores, represivos y eliminatorios.
- VII.—2.º Condiciones del *acto*, del *agente* y de la *sociedad*. El derecho violado, los motivos determinantes y la categoría antropológica del delincuente. Ejemplo práctico.—Tentativa y complicidad.—El bizantinismo clásico y la justicia según los positivistas.

La consecuencia más radical y por lo tanto la más impugnada, aun por aquellos que son extraños a los estudios sobre penalidad, que nos han aportado los nuevos datos de la antropología y de la estadística sobre los delitos y los que los cometen, ha sido y es ciertamente la manera nueva de plantear y resolver el problema principal de la responsabilidad.

Los resultados técnicos de la biología y de la sociología criminal, las proposiciones de reformas prácticas en los sistemas de procedimiento y de represión, pueden ser y son admitidos, en todo o en parte, por aquellos mismos que no siguen el método y las inducciones de la escuela positiva.

Pero la protesta de los enemigos de toda innovación contra la escuela positiva se ha manifestado y persiste con evidencia igual, ya en la intransigencia del purismo clásico llevada hasta el extremo, ya en los mil acomodamientos del eclecticismo académico, sobre todo cuando se trata de los criterios y bases de la responsabilidad penal (1). Esto se debe a que tal problema excede necesariamente de los límites técnicos de la criminología para poner a prueba y quebrantar el conjunto entero de los hábitos mentales y sentimentales que constituyen el dogma social de la responsabilidad humana, aun fuera del dominio penal, y para modificar las ideas y las normas de mérito y de demérito, de recompensa y de castigo, de vicio y de virtud, en todas las manifestaciones de la vida civil, en el campo moral como en el económico, en la familia, en la escuela y en la vida social.

Aquí principalmente se confirma el hecho que yo he señalado en mi introducción, de que esta nueva posición de la ciencia de los delitos y de las penas depende íntimamente de la renovación más general que la segunda mitad del siglo XIX ha visto producirse en las ideas filosóficas por efecto del método experimental.

(1) Se encuentra un ejemplo reciente y notable en el libro de Saleilles, *L'individualisation de la peine*, París, 1898, el cual acepta las proposiciones prácticas de la escuela criminal positiva, pero sin el valor científico necesario para abandonar los principios metafísicos sobre la responsabilidad humana.

I

42.—El razonamiento habitual por virtud del que el sentido común, la filosofía tradicional, y con ellos la ciencia criminal clásica, justifican el derecho de castigar al hombre por los actos reprobables que ha cometido, es como sigue:—El hombre posee el libre albedrío, la libertad moral: él puede querer el bien o el mal, y en consecuencia, si escoge el mal es responsable de su elección y debe ser castigado por ella. Y según es o no libre, o que lo es más o menos en esta elección que hace del mal, es también más o menos responsable y punible.

La escuela criminal positiva no acepta este raciocinio unánime de los juristas, por dos razones. Es la primera, que la fisio-psicología positiva ha anulado completamente la creencia en el libre albedrío o libertad moral, respecto de la cual prueba que debemos ver una pura ilusión de la observación psicológica subjetiva. La segunda, es que aun aceptando este criterio de la responsabilidad individual, se encuentran, cuando se quiere aplicar a cada caso particular, dificultades teóricas y prácticas inaccesibles, y se deja el campo libre a una multitud de subterfugios, como consecuencia de falsas deducciones sacadas de los nuevos e incontestables datos que suministra el estudio del hombre criminal.

43.—Afirmar el libre albedrío o la libertad normal (y nuestros adversarios, creando más fácilmente el equívoco con esta palabra elástica e indefinida de «libertad», no dicen nunca libre albedrío, aun cuando ambos términos son perfectamente sinónimos), es decir, en último término, que frente a la presión incesante y multiforme del medio exterior y del conflicto de los diversos móviles interiores, corresponde siempre exclusivamente a la libertad del individuo decidir en última instancia entre dos posibilidades opuestas.

Ahora bien, que tal sea el testimonio más rápido y espontáneo del sentido íntimo, nadie lo niega, aun cuando todos los días aumenta el número de los que tienen conciencia de la inexis-

tencia del libre albedrío (1). Pero para aquellos que crean en él, nada prueba que esta convicción del sentido íntimo corresponda verdaderamente a la realidad positiva o sea su representación adecuada. Se demuestra al contrario, inmediatamente, que esta conciencia que tenemos *de ser libres de querer una cosa mejor que otra* es una pura ilusión originada en que nos falta la conciencia de los antecedentes inmediatos, ora fisiológicos o psíquicos, de la deliberación que precede a la voluntad.

Y a la demostración negativa que descubre la génesis de esta ilusión natural, y por lo tanto universal y difícil de vencer, la fisiopsicología científica, que a la simple observación interna o sugestiva une la observación externa por vía de pruebas y contrapruebas, agrega una demostración positiva, haciendo conocer el proceso natural según el que se desenvuelve todo acto voluntario del hombre. Considerando, en efecto y no nos es dado hacerlo de otro modo, la actividad voluntaria del hombre como la forma más elevada y compleja de la actividad animal en general, reconoceremos con evidencia, que desde el término de comparación más humilde, es decir, desde una simple reacción de irritabilidad en la forma animal más elemental, entre los protistas, por ejemplo, hasta el extremo más elevado o sea hasta la acción deliberada de un ser humano, se pasa por una serie continua de matices y de grados que no deja espacio a un privilegio único de la humanidad, a la intervención de una potestad de libertad moral, que sería en el orden entero de la actividad universal, una milagrosa excepción (2). Así, con toda exactitud, del resplandor de la inteligencia más débil y menos perceptible en el animal de mayor sim-

(1) Tales fueron las declaraciones de Moleschott, proclamadas en el primer Congreso Internacional de Antropología criminal, *Actes*, etc., Roma, 1886, p. 320.

(2) Verworn, *Psycho-physiologischen Protisten-Studien*, Jena, 1889; Einet, *La vie psychique des micro-organismes*, en el libro *Le fétichisme dans l'amour*, París, 1891; Schneider, *Der thierische Wille*, Leipzig, 1880; ídem, *Der menschliche Wille*, Berlín, 1882; Sirkoswski, *Développement de la volonté chez l'enfant*, en la *Revue phil.*, Mayo 1885; Marion, *Les mouvements de l'enfant; premier progrès de la volonté*, en la *Revue scientif.*, Junio 1890; Baldwin, *Le développement mental chez l'enfant et dans la race*, París, 1897, págs. 339 y siguientes.—Y lo mismo las obras de psicología infantil de Pérez, Preyer, etc.

plicidad, se llega, por una serie continua de matices y de grados, a las más altas manifestaciones del genio humano.

El proceso fisio-patológico de toda acción individual puede, pues, reducirse al siguiente esquema: 1.º Una fase física, fuera del centro nervioso, que puede tener su punto de partida independiente del individuo, en el mundo exterior o en su propio cuerpo: por ejemplo, una vibración del aire y del éter que llega a tocar la periferia del cuerpo, o un movimiento que se produce en el cuerpo mismo, sea en el estómago, en el hígado o en otra parte. 2.º Una fase fisiológica doble, es decir, en principio una vibración centrípeta en la sustancia del nervio cuya extremidad periférica ha sido alcanzada por el movimiento físico y que propaga hasta el centro nervioso la vibración determinada por este movimiento; e inmediatamente un movimiento centrifugo que sigue este mismo nervio en sentido inverso y propaga la vibración del centro a la periferia. 3.º Nueva fase física, que es el movimiento muscular, mecánico, la acción exterior, efecto de la corriente nerviosa centrifuga.

Un hombre me dirige la palabra: de aquí resulta un movimiento exterior del aire, una corriente nerviosa centrípeta del oído al cerebro, otra corriente nerviosa centrifuga del cerebro al brazo y un movimiento del brazo mismo (1).

(1) A propósito de este proceso fisio-psicológico de todo acto humano, se conoce la teoría de las "ideas-fuerzas", desarrollada por Fouillée en *L'évolutionnisme des idées-forces*, París, 1890. Pero entonces, o bien se entiende por esta teoría lo que largo tiempo antes Ardigó en su *Psicología como ciencia positiva*, 1870, llamaba "la impulsión psico-fisiológica de las ideas", y en ese caso sólo se trata de una transformación de fuerzas por la cual el movimiento físico determinando la sensación se convierte en movimiento muscular iniciado por el sistema nervioso; o bien, como en la teoría de Fouillée, se agrega a este dato positivo e innegable un principio metafísico, y entonces la teoría viene a ser obra de imaginación, una transacción ecléctica usual entre el espiritualismo de antaño y la psicología positiva de hoy (véase Tarozzi, *L'evoluzionismo monistico e le idee-forze secondo Fouillée*, en la *Rev. filos. scientif.*, Diciembre 1890).

En efecto, al tratar el problema del libre albedrío y abordar la discusión entre los partidarios de la libertad y los deterministas, Fouillée (*La liberté et le déterminisme*, segunda edición, París, 1884, libro II), como Siciliani en *Le questioni contemporanee e la libertà morale nell'ordine giuridico*, Bolonia, 1889 (reimpresión de *Socialismo e Darwinismo*, Bolonia, 1879), y como todos los eclécticos en general, concluía que la libertad no existe, sin duda, como potestad arbitraria de la voluntad, pero que existe, sin embargo, como *idea-fuerza* que tiende a su propia reali-

Pues bien, este proceso evolutivo fundamental puede tener dos modalidades: o en el momento en que la corriente nerviosa centripeta llega al cerebro, estamos advertidos de ello, y entonces se convierte en consciente, y pasa, como dice Sergi, a la fase psíquica (1), y se manifiesta en la sensación, en el sentimiento, en la idea, en el esfuerzo voluntario; o no alcanza esta manifestación psíquica, y entonces queda en el dominio de lo inconsciente, como simple acto reflejo. En este último caso, que es el más simple, el proceso evolutivo está, como acabo de decir, compuesto de tres fases, de las cuales una es doble; en el caso contrario de la manifestación consciente, se tiene además una fase física que divide en dos la fase fisiológica doble, y entonces se producen estos cinco estados del fenómeno complejo: movimiento físico externo, al comienzo—corriente fisiológica centripeta—manifestación psíquica—corriente fisiológica centrifuga—y por último, movimiento físico externo.

Si este proceso no llega hasta la fase psíquica, queda en el estado de simple acto, reflejo inconsciente e involuntario, en el que no entra la idea del libre arbitrio; si en cambio alcanza la manifestación psíquica y llega a ser acto consciente o voluntario, entonces se produce en la conciencia, como consecuencia de la ilusión indicada anteriormente, el sentimiento de la libertad volitiva durante la fase psíquica, sobre todo en los casos especiales de deliberación no instantánea y, por lo tanto, más claramente percibida.

zación, y que, por lo tanto, "el hombre no es libre, pero llega a serlo". Juego de palabras, pensamientos mágicos con los que pueden contentarse aquéllos (y hay muchos de ellos) que retroceden todavía en filosofía ante las soluciones precisas y radicales, pero que no contienen nada de fecundo.

Que la idea de su propia libertad moral o volitiva ejerce, como toda otra idea, por ejemplo, la de su propia inteligencia, su energía, su fortuna, etc., una acción realmente eficaz sobre la conducta de los hombres, como uno de los motivos que les determinan por auto-sugestión, esto es incontestable; y de otra parte, la idea de su no libertad volitiva o del determinismo fisio-psicológico ejerce a su vez una acción que no es, dígame lo que se quiera, ni maléfica ni enervante. Pero que esta idea, nacida de la ilusión psicológica explicada más arriba, tenga realmente algo de común con la independencia de la voluntad humana frente a las causas que la determinan (y en esto solamente consistiría el libre albedrío o la libertad), esto es inadmisibles.

(1) Sergi, *Sulla natura dei fenomeni psichici*, en el *Archiv. ital. di antropologia*, Florencia, X, 1; Marillier, *Les phénomènes moteurs et la volonté*, en la *Revue scientif.*, 29 Marzo 1890.

Pero esta suposición de libertad contraría dos leyes universales que la hacen completamente inaceptable. Es fácil, en efecto, ver en este ciclo evolutivo de un movimiento físico inicial que se convierte en fisiológico, y después de nuevo en un movimiento físico final, un ejemplo más, entre tantos otros, de la ley universal de transformación de las fuerzas que, gracias sobre todo a Meyer (1842) y a Holmholtz (1862), constituye ciertamente en filosofía natural el descubrimiento más grande del siglo XIX (1). Pero puesto que esta ley, correlativa a la de Lavoisier sobre la conservación de la materia, no puede concebirse más que si se admite que en toda la serie de fenómenos, nada se crea ni nada se pierde, que se trata siempre de una misma cantidad de fuerza que toma aspectos diversos, resulta de aquí que la hipótesis del libre arbitrio, es decir, de una facultad volitiva que, entre una de estas transformaciones y las otras podría suprimir o añadir alguna cosa, ya impidiendo las manifestaciones ulteriores de la actividad individual, ya alterando la energía o la dirección de esta actividad, constituiría una verdadera creación o destrucción de fuerzas que no puede concebirse (2).

Otra ley universal, que es la base misma de nuestro pensamiento y que ha recibido de los progresos científicos tanta

(1) Spencer, *Les premiers principes*, París, F. Alcán, 1871, pág. 226; Balfour, Stewart, *La conservation de l'énergie*, quinta edición, París, F. Alcán, 1887.

(2) Algunos, como Saint-Venant, Boussinesq, Delboeuf (y más recientemente Couailhac, *La liberté et la conservation de l'énergie*, París, 1898) han intentado conciliar el libre albedrío con la conservación de la fuerza; pero Fonsegrive mismo (*Libre arbitre*, París, F. Alcán, 1887, página 298) reconocía con Grocler y Fouillée que la conciliación es imposible, a menos que se tenga el valor de aceptar la consecuencia lógica que sería "la contingencia de las leyes de la Naturaleza"; que es precisamente lo que ha sostenido, con los antiguos escolásticos, Boutroux, *De la contingence des lois de la nature*, París, 1874; véase también Fouillée, *La réaction contre la science; la philosophie de la contingence*, en la *Rev. philos.*, Enero 1894; Dauriac, *Pour la philosophie de la contingence* (réplica al precedente, en los *Année philosophique pour 1895*, París, 1896, pág. 77; Pillon, *Les lois de la nature*, en la *Rev. philos.*, Enero 1897.

Todo el pensamiento científico moderno se ha declarado por el contrario, por la necesidad de las leyes de la Naturaleza: a la ley universal de la conservación de la fuerza y de la materia se agrega la de la conservación de la vida, según la cual la cantidad absoluta de protoplasma viviente en el universo es invariable. Preyer, *La conservation de la vie*.

fuerza como precisión, se opone absolutamente a la hipótesis de una voluntad libre en la elección entre dos soluciones contrarias: la ley de la causalidad natural. En virtud de esta ley, siendo todo efecto la consecuencia necesaria, proporcional e inevitable, del conjunto de causas que le producen, es decir, de los precedentes mediatos e inmediatos, no puede concebirse una facultad que pudiera en cambio realizar un efecto diferente de aquel que resulta naturalmente de sus propias causas.

Y a estas demostraciones generales de la imposibilidad o inconcebibilidad del libre albedrío o de una voluntad moral o volitiva se unen las confirmaciones de hecho más positivas y mejor fundadas en la experiencia.

La fisiología y la psico-patología (1) concurren en efecto, a mostrarnos que la voluntad humana está completamente sometida a las influencias naturales, no sólo de orden moral o psicológico, sino también de orden puramente físico, bien lejos de dominarlas de una manera más o menos absoluta: la estadística, por su parte, nos revela que las voluntades individuales, tomadas colectivamente, obedecen a las influencias exteriores del medio físico y social (2).

Todo hombre tiene su personalidad propia, física y psíquica (temperamento y carácter) que está esencialmente determinada por la herencia fisio-psíquica y que después se desarrolla y modifica según el medio; pero, principalmente en lo que hace relación a la vida afectiva, ella persiste como determinante más o menos consciente, aunque inexorable y constante, de la conducta individual: es decir, que «*el hombre se produce como siente y no como piensa*».

Así como existen, por una constitución particular y original de los centros nerviosos, hombres de una gran inteligencia y otros cuya potencia intelectual es muy débil, hay hombres dotados de una gran fuerza de voluntad, o lo que es igual, de una gran energía de reacción activa, y otros cuya voluntad y

(1) Maudsley, *La physiologie de l'esprit*, París, 1879; Herzen, *La physiologie de la volonté*, París, 1874; Ribot, *Les maladies de la volonté*, París, 1888.

(2) Buckle, *Histoire de la civilisation en Angleterre*, París, 1865; Wagner, *Die Gesetzmässigkeit in den scheinbar willkürlichen menschlichen Handlungen*, Hamburgo, 1864.

actividad son débiles, intermitentes o inestables. Además, un mismo individuo no sólo ve desarrollarse las fuerzas de su voluntad al propio tiempo que las de su cuerpo, así como se produce con respecto a cualquier otra función orgánica, sino que en ocasiones diferentes, por consecuencia de influencias externas o internas, llega a experimentar desfallecimientos de su voluntad completamente invencibles o recrudescencias de energía y de prontitud volitiva. Una temperatura elevada, un viento siroco, un agotamiento nervioso como resultado de un exceso de trabajo, un periodo de digestión laboriosa, y bastantes otras causas accidentales, tienen sobre la energía de nuestra voluntad y hasta sobre nuestros sentimientos un poder que todos nosotros hemos comprobado por experiencia. Todo el mundo sabe que la salud, y más aún una excelente digestión, hacen al hombre benévolo y más generoso, de tal suerte que la miseria (hambre crónica) es verdaderamente una gran causa de degeneración física y moral.

Puede modificarse artificialmente, en bueno o mal sentido, la voluntad de un hombre por una alimentación especial. El café y el té excitan la producción de las ideas; el alcohol a dosis pequeñas excita la voluntad, en tanto que si es tomado en dosis frecuentes y excesivas conduce a una degeneración orgánica seguida de debilitación de las funciones psíquicas, inteligencia y voluntad. Otro tanto puede decirse de la acción característica de ciertos venenos, narcóticos, etc.

Añadamos, en fin, los datos recientes y tan elocuentes del hipnotismo, que permite provocar experimentalmente una especie de vivisección psicológica; tan bien que no puede negarse que la voluntad humana depende absolutamente y de continuo de las condiciones orgánicas y en consecuencia psíquicas del individuo (1).

Ahora bien, si esta dependencia de la voluntad en razón al estado especial, congénito o adquirido, permanente o transitorio del organismo, se admite, toda vez que no podría negarse en estos casos evidentes, ¿con qué derecho se la negaría des-

(1) Morselli, *Il magnetismo animale e gli stati ipnotici*, Turín, 1886, dice precisamente (pág. 189) que "el hipnotismo ha acabado por destruir todo prejuicio sobre el libre albedrío".

pués en todas las demás circunstancias en que ella aparece con menos claridad? Porque una cosa sea menos evidente ¿se puede seguir que ella exista menos?

Hay bastantes otros casos que aquellos que acabamos de indicar en el dominio fisiológico. Ribot, después de haber estudiado las enfermedades de la memoria y de la personalidad, ha recogido y coordinado muchas observaciones de hecho para demostrar las enfermedades de la voluntad; ha observado la debilitación de la misma, resultante de un defecto o de un exceso de impulsibilidad, sus anomalías y hasta su anulación, que depende, como toda otra enfermedad mental, de las condiciones patológicas del organismo.

La filosofía tradicional, por el único medio de una observación introspectiva errónea, ha extendido la idea de que el espíritu humano se divide en varias facultades, memoria, inteligencia, voluntad, etc., cada una de las cuales, como verdadera entidad que subsiste por sí, tendría por misión producir en cada momento, por su naturaleza íntima, cada uno de nuestros recuerdos, ideas y deliberaciones volitivas. Por esta razón se oye decir que la «voluntad» interviene para decidir entre dos series de motivos contrarios.

Si pedimos a la psicología positiva una noción menos fantástica y menos cándida de las facultades mentales, nos responderá por los hechos, que estas llamadas facultades no son otra cosa que síntesis, obras de nuestro espíritu, que no responden a ninguna entidad real. Así como el color rojo es la síntesis subjetiva de todas las diferentes tintas rojas que hemos visto, reunidas después en lo que tienen de común, sin que haya objetivamente un color rojo que exista por sí mismo, mientras que lo que existe es sólo tal o cual objeto con determinado matiz rojo, así también la memoria y la inteligencia no son más que el resumen subjetivo, abstracto y general, de todos los recuerdos particulares, de todos los pensamientos especiales que hemos tenido, ya como resultado de nuestra propia experiencia, o por herencia recibida de nuestros antepasados. No existe tampoco una memoria, sino actos aislados de memoria, como tampoco hay una inteligencia, sino pensamientos aislados, etc. Del mismo modo también, la voluntad no es otra

cosa que la síntesis abstracta de los actos volitivos que hemos realizado, y por lo tanto, no existe una voluntad, como ser sustancial en sí mismo, que emita de tiempo en tiempo órdenes volitivas (1).

No es esto todo; pues según resulta del proceso fisis-psicológico de toda acción humana, que yo he recordado más arriba, la deliberación volitiva no es la causa del movimiento; no es más que la conciencia de este movimiento que se ejecuta, no por virtud de la ordenación volitiva, sino únicamente por este proceso de transformación recíproca de las fuerzas físicas y fisis-psicológicas. Esto equivale a decir, con Ribot: el *yo quiero* comprueba una situación; no la crea (2). Esto es tan verdadero que el movimiento muscular final puede producirse si se sustituye la orden volitiva y la corriente nerviosa centrífuga con una corriente eléctrica lanzada en el mismo nervio eferente.

Ahora bien, dado que existe no una voluntad por sí misma, sino solamente voliciones aisladas y sucesivas; y de otra parte, que toda volición es únicamente la conciencia del proceso fisis-psicológico que va a terminar (y la diferencia entre un acto voluntario y un acto involuntario está justamente en la presencia o ausencia de esta conciencia), es fácil ver que no podemos concebir la libertad moral o el libre albedrío. Puesto que éste sería una cualidad inseparable de la voluntad humana, desde el momento en que es suprimido el sujeto que subsiste por sí mismo, es decir la voluntad, la cualidad que se le atribuye desaparece al propio tiempo.

Esta manera positiva y científica de considerar la voluntad humana sirve también para refutar el contrasentido que se contiene en el neo-espiritualismo disfrazado de que he hablado en la pág. 71, y que penetró con Grote, pero sin encontrar eco, hasta en el Congreso de psicología fisiológica de París (3).

(1) Sobre las "*théories de la volonté dans la psychologie moderne*", véase Kuelpe, en sus *Philosophische Studien*, V, 2, 1888-89, y Villa, *La psicología contemporánea*, Turín, 1889, págs. 418 y siguientes.

(2) Ribot, *Les maladies de la volonté*, París, F. Alcan, 1883, p. 175.

(3) Grote, *La causalité et la conservation de l'énergie dans le domaine de l'activité physique* (*Congrès. intern. de psych. phys.*, París, 1890, p. 106).

Sus partidarios dicen, en tesis general, que la función crea el órgano, y en nuestro caso especial, que «el delito crea el delincuente» (Tarde, Joly), mientras que la recíproca no es exacta. En efecto, no puede ni siquiera concebirse una voluntad, una fuerza psíquica existente por sí misma, extraña y anterior a todo elemento orgánico; no se concibe, en cambio, más que como resultado y función de un órgano sobre el cual ella reacciona sin duda, porque todo efecto llega a ser a su vez causa, pero sin que por esto se pueda invertir el orden de sucesión. No existen órganos sin función actual, mas tampoco se ha visto aún funciones sin órganos, y esta es una idea que no podemos ni concebir. Se puede decir también que no podemos imaginar un delito sin un delincuente que le cometa; en tanto que es posible, en sentido biológico social, si no jurídico, que un delincuente exista (estando contenidas por circunstancias favorables sus disposiciones personales), sin haber cometido ningún delito. Ciertamente, el delito realizado ejerce una reacción sobre el delincuente, ahogando o atrofiando la repugnancia de hacer mal, sin la cual se llega a ser un delincuente habitual; y se sabe que, por una propiedad del sistema nervioso, la acción ejecutada ya una vez se repite más fácilmente; pero una cosa es decir que un efecto pueda llegar a ser la causa de efectos ulteriores, y otro sostener que el efecto precede y determina la causa.

Si del sujeto aislado pasamos a la masa de los individuos, la estadística viene a confirmar por otras pruebas que no son menos elocuentes, esta dependencia en que se encuentra la actividad voluntaria del hombre en relación a las condiciones del medio físico y social. Primeramente, la grande e incesante influencia de la diferencia de raza, que es para un pueblo lo que el temperamento para el individuo, y que gobierna lo mismo la inteligencia como la voluntad, es una manifestación de esta dependencia; después los resultados suministrados por la estadística demográfica, criminal, etc., que estaban tan desatendidos por los defensores del libre arbitrio, han demostrado que las acciones humanas que se creía más libres moralmente, como los matrimonios, los suicidios, los delitos, las emigraciones, etc., se hallaban, por el contrario,

sometidas a las influencias del medio y variaban con ellas, habiendo dado así el golpe de gracia a la idea de una libertad moral.

Es inútil que yo vuelva aquí sobre la conclusión transaccional que muchos estadísticos han adoptado, y según la cual la regularidad y la necesidad de los actos humanos, reveladas por la estadística, serían ciertas únicamente para la colectividad, y no para los individuos, los cuales conservarían siempre una libertad relativa y limitada, «como el pájaro en la jaula». En el fondo, esta explicación ecléctica implica siempre la extraña consecuencia de que es posible que la suma de muchos individuos «relativamente libres», componga una masa «absolutamente determinada» en su actividad; y encuentro siempre igualmente decisiva la observación por mí hecha, o sea que si la estadística sola no es suficiente para probar la inexistencia del libre albedrío, sirve de una manera incontestable a confirmarla (1). De otra parte esta libertad moral, una vez admitida, haría imposible y absurda toda ciencia psicológica y social, lo mismo que la suposición de un libre albedrío en los átomos de la materia reduciría a la nada toda ciencia física y química.

Por esto la negación del libre albedrío, en lugar de ser, como afirman los espiritualistas, la fuente de todos los males, es fértil en efectos bienhechores en la vida social y moral, puesto que enseña la tolerancia de las ideas, inspira la indulgencia recíproca, y aconseja en la pedagogía y en el arte de gobernar, la higiene moral que previene los malos sentimientos en vez de reprimirlos con rigor cuando han tomado cuerpo; es, por último, la condición inevitable de toda teoría y de toda práctica sociológicas. Todas las leyes jurídicas no tienen, en efecto, otro fundamento posible que la determinación de la voluntad humana por motivos sociales, los únicos de que aquéllas pueden disponer. Además, la acción artificial de las leyes jurídicas sólo puede ser eficaz cuando no está radicalmente en oposición con la plástica y la dinámica más potentes de los móviles que influyen naturalmente en todo hombre.

(1) Ferri, *Teorica dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio*, Florencia, 1878 (y en el volumen de *Essais*, Turín, 1900).

No obstante, como yo he examinado en otra parte con mayor detalle este problema del libre albedrío, no es necesario que insista aquí en él más extensamente (1). Sólo era para mí, primero un deber de lealtad y después una necesidad, comenzar por esta negación explícita de la libertad moral y no evitar sobre ello la discusión; porque en el fondo de toda investigación de ciencia social se encuentra siempre este problema que, si se pasa en silencio, produce continuos equívocos y objeciones inadmisibles sobre todo en las indagaciones de derecho criminal, tan íntimamente ligadas con la psicología humana.

44.—Entre tanto, y dejando al tiempo y a la expansión natural de las ideas positivas el cargo de restringir cada vez más la creencia común en el libre albedrío, tenemos que hacer al presente dos observaciones de hecho, que son de alta importancia para la dirección que han de tomar las ciencias criminales.

Ante todo, con sólo admitir que la negación de la libertad moral sea discutible, y que esta cuestión no fuese resuelta de un modo perentorio, ¿cómo podrían la ciencia y la legislación criminales fundar todo el edificio de la reponsabilidad humana sobre una facultad que está tan fuertemente impugnada hasta por los pensadores ortodoxos, y a la que cada día las observaciones de hecho más incontestables proporcionan tan graves negaciones? Vosotros, criminalistas, legisladores o jueces, ¿creéis personalmente en la existencia del libre albedrío, de la libertad moral? Está bien; pero ¿cómo podéis pretender que vuestro derecho criminal tenga la fuerza y la dignidad de una verdadera ciencia, si le dáis un fundamento tan vivamente

(1) *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Florencia, 1878 (agotada). Quizá no sea inútil, vistos los artificios polémicos de ciertos adversarios, declarar aquí una vez más, que de este libro, escrito por mí a los veintidós años, sólo sostengo hoy la primera parte sobre la inexistencia del libre arbitrio (que por esta razón he publicado de nuevo en el volumen, *La negazione del libero arbitrio ed altri saggi*, Turín, 1900); pero la segunda parte (*Teoria de la imputabilidad*) no responde ya a mis ideas científicas, que sometidas a la experiencia de las observaciones positivas, se han desarrollado y completado. Esta no era más que la tentativa muy imperfecta de una teoría sobre la cual mi pensamiento no ha sido fielmente reflejado más que en el presente capítulo tercero.

atacado por todas partes? ¿Cómo no véis la necesidad de sustraer a las discusiones filosóficas este derecho criminal y la función social que regula?

Esta excepción prejudicial (que yo había formulado y des-
envuelto desde 1878) posee una fuerza de evidencia de tal consi-
deración, que se ha impuesto al legislador italiano, quien al de-
clarar que quiere seguir las tradiciones de la escuela clásica,
ha reconocido, sin embargo, que la fórmula de la libertad de
elección «implica una cuestión demasiado abstracta, con exce-
so discutida y controvertida para llegar a ser la piedra angu-
lar de la responsabilidad penal» (1). Pero aún hay más: la mis-
ma filosofía y la ciencia criminal académica hacen concesio-
nes, atendiendo a que hasta en la evolución científica *natura
non facit saltus*.

En efecto, yo he recordado ya (pág. 27) estos eclécticos que
ahora, en Francia, declaran implícitamente que «tomar el libre
arbitrio por base de la responsabilidad, es entrar, teórica y
prácticamente, en una vía sin salida, apoyándose en un ele-
mento cuya presencia es lo más frecuentemente un misterio
que escapa a todas las determinaciones y medidas de las que
siente necesidad la vida» (2).

Pero a pesar de esta declaración que excluye de palabra el
libre albedrío, el equívoco subsiste; porque si hablan todavía
de «libertad», es en un sentido vago, y no hacen otra cosa que
cambiar de lugar «este punto misterioso del ser psíquico en
que la conciencia nos descubre la unidad individualizada y
como «integrada» por el *yo* mismo» (3). Lo cual puede ser sufi-

(1) *Relazione ministeriale sul progetto di Codice penale*, Roma, 1887, I, 163.

(2) Moriaud, *La question de la liberté et de la conduite humaine*, París, 1897, pág. 194; Cuche, *De la possibilité pour l'école classique d'organiser la répression pénale en dehors du libre arbitre*, Grenoble, 1897; Saleilles, *L'individualisation de la peine*, París, 1898.

Se ve hasta a un espiritualista encarnizado como Brunetiére (*Revue des Deux Mondes*, 1.º de Noviembre de 1891) sostener, de igual manera que un espiritualista disfrazado como Tarde, que no tendría inconveniente alguno en poner el fundamento de la responsabilidad legal fuera del libre albedrío, lo que le reprochó otro espiritualista rutinario, Proal, *Le crime et la peine*, París, 1894, pág. 30.

(3) Saleilles, *L'individualisation de la peine*, París, F. Alcán, 1898, página 156.

ciente como juego de palabras, pero evidentemente no resuelve el problema que, entre el libre albedrío y el determinismo, no admite término medio.

O bien se entiende todavía por esta «libertad» únicamente la libertad física, que consiste en la ausencia de obstáculos para el desarrollo de las tendencias y de la actividad personales, en tanto que son desenvueltas por la constitución del individuo y por el medio exterior, y entonces estamos perfectamente de acuerdo; pero entonces también nos hallamos en pleno determinismo físico y moral. En este sentido las aguas del río son también libres, si un dique transversal no las impide correr según la ley determinante de la gravedad. Y he aquí por qué, digan lo que quieran ciertos adversarios, equivocándose acerca de las diferentes significaciones de la palabra *libertad*, la negación de la libertad moral, que no excluye ni la libertad física del movimiento ni la del desarrollo de la personalidad hereditaria propia de cada cual, en un medio dado, tampoco excluye ninguna de las libertades (de orden físico) del ciudadano, como la libertad personal de ir y venir, la libertad civil, religiosa, política, etc. (1). Tan cierto es lo que decimos, que estas libertades civiles, religiosas, políticas sólo han sido ofensivamente negadas y pisoteadas en las épocas y por los hombres que admitían metafísicamente y no dejaban discutir la libertad moral de la voluntad humana.

O quizá, por esta «libertad» equívoca, se entiende una especie de libre albedrío atenuado, diluido, desembarazado de sus contradicciones más evidentes con los datos de hecho, en cuyo caso se incurre en el equívoco, y, por añadidura, sin las ventajas de un determinismo franco y declarado, se tienen todos los inconvenientes del antiguo libre albedrío de los metafísicos. No hay, en realidad, verdaderamente lógico y concebible, más que el libre albedrío absoluto y el determinismo absoluto: toda concepción intermediaria es un contrasentido. Y aunque procure alguna satisfacción al instinto de utilitarismo personal

(1) En este sentido precisamente ha dicho Ardigó (*Sociología*, en sus *Opere*, Padua, 1886, IV, 35): "La libertad consiste en que la parte coordinada del organismo social puede funcionar según la *disposición natural por la cual aquélla es apta para hacerlo.*"

del eclecticismo que, sobre todo entre los pueblos fatigados amigos de la vida tranquila y del justo medio, es una de las formas más comunes de la pobreza mental (cuando no es esto un medio de conseguir su propósito) no hace en definitiva más que levantar a cada paso dificultades (1).

Si, en fin, por esta palabra equívoca y vaga de «libertad», se entiende (2) la energía interna que todo hombre posee para desenvolverse de un modo completamente individual, propio diferente del de los demás, porque cada uno tiene su temperamento fisio-psicológico especial, que le hace reaccionar de una manera también especial, al ser influido por las diferentes presiones del medio, también en este caso estamos conformes. Mas de aquí, por el contrario, se quiere sacar un argumento para decir que el determinismo reduce al hombre al estado de autó-mata, y toda la naturaleza, física y moral, a un puro mecanismo fatalista.

Hay en ello un equívoco: pues porque toda acción humana es el efecto necesario e inevitable de causas determinantes, es por lo que todo hombre tiene su individualidad y su fisonomía

(1) Tres autores entre otros convienen en ello, aunque colocándose en puntos de vista diametralmente opuestos; éstos son Fioretti, *Per il determinismo*, en la *Riv. di giurispr.*, Trani, 1885, pág. 1; Innamorati, *I nuovi orizzonti del diritto penale e l'antica scuola italiana*, Perusa, 1887, pág. 196; De Baets, *Une question touchant le droit de punir*, en la *Revue néo scholastique*, Febrero 1897.

Entre tantos ensayos de transacción ecléctica, me limito a recordar el de Joyau (*La liberté morale*, París, 1888), donde se dice que la libertad no significa libre albedrío en su sentido espiritualista, sino solamente "el poder de determinarse a hacer voluntariamente el bien. Hacer voluntariamente el mal me parece una cosa imposible e ininteligible" (pág. 8). Es la vieja idea de Sócrates, según la cual, cuando el hombre hace el mal es únicamente por ignorancia o por error, creyendo hacer bien; aun cuando nada hay de científico en esta idea, sino es el hecho positivo de que el delincuente realiza sus actos con la intención de procurarse un bien a sí mismo; pues basta recordar lo que nos enseña la psicología criminal, respecto a que ciertos delincuentes o alienados (en el caso de enfermedad de la voluntad con inteligencia lúcida) o habituales, o de nacimiento, saben que hacen mal, y cometen, sin embargo, la falta porque no sienten ninguna repugnancia en realizarla.

Para el sentido ecléctico (de la libertad relativa "como síntesis de la idea de libertad y de la idea de necesidad"), véase también Naville, *Le libre arbitre*, segunda edición, París, 1898, y Tarantino, *Saggio sulla volontà*, Nápoles, 1897.

(2) Idea recientemente sostenida por Van Calher, *Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit*, en la *Deutsche juristenzeitung*, 1897, núm. 2.

propia, tanto física como moral, por las que se distingue de cualquier otro ser, y por las que también, dadas las mismas causas externas, responde a su acción de una manera que le es propia, que difiere de la de los demás hombres, que se diferencia también por sí misma, según las diversas condiciones de tiempo y lugar, porque el estado de su organismo no es igual. Por esta razón todo acto realizado por un hombre le pertenece, de un modo privativo, como índice y efecto necesario de su organismo y de su personalidad; tal es el primer germen de la imputabilidad en su sentido físico, aquella por la cual se empieza por imputar a todo hombre, a cargar en su cuenta, la acción que físicamente ha realizado.

Pongamos ejemplos.

Supongamos que tenemos aquí dos máquinas de coser de un determinado sistema: una vez puestas en movimiento responden y reaccionan siempre realizando un trabajo igual para coser la tela de un modo especial. La causa motriz exterior obtiene siempre de estas máquinas una reacción idéntica, en cualquier circunstancia de tiempo y lugar.

Si, por el contrario, tomamos dos plantas de igual especie y variedad, y las ponemos en un mismo campo, bajo una misma temperatura, con iguales abonos, no obtendremos de ellas dos reacciones idénticas: la una crecerá derecha, la otra inclinada; una se desarrollará vigorosamente; la otra se marchitará, etc. ¿Por qué es esto así? Porque en las máquinas inorgánicas, la reacción última depende únicamente de las causas exteriores, o por lo menos depende principalmente de estas causas; puesto que cada una de ellas, como observa Spencer, tiene su fisonomía y su constitución propias, aun cuando la construcción sea idéntica (1); mientras que, en los seres orgánicos del orden vegetal, a la acción de las causas externas se une la de las causas internas y fisiológicas; y, por lo tanto, estas dos series de elementos, al combinarse de diferentes maneras, pueden dar y

(1) Spencer, *Essais*, París, 1879, III, 272. En *La Bestia humana*, Zola, que introdujo por primera vez en el arte la figura típica del criminal nato (en vez de los criminales ordinarios por locura o por pasión), hace notar también que todo maquinista de caminos de hierro busca y conoce por el uso lo que yo podría denominar "el temperamento mecánico" de su locomotora (véase *La Bestia humana*).

dan reacciones diferentes, aun cuando las causas exteriores permanezcan idénticas.

Si ahora pasamos del mundo vegetal al mundo animal, y tomamos, por ejemplo, dos perros de la misma raza y de la misma edad, veremos que estimulados por una misma causa exterior, como por la presencia de un hombre, responden de maneras muy diferentes: el uno huye o ladra; el otro acaricia o muerde, etc. Y el mismo perro, en momentos diferentes, se produce o reacciona de diversas maneras ante una causa exterior idéntica. Aquí, en efecto, las diferencias en la reacción última pueden ser más grandes todavía que en el caso precedente, porque si en el de las máquinas orgánicas no había más que las causas exteriores, y para los organismos vegetales las causas exteriores más las internas fisiológicas, en los organismos animales vienen a agregarse a las precedentes las causas internas psicológicas. Es, pues, natural, que al aumentar las series de los elementos, el número de sus combinaciones posibles aumente también, y que, por lo tanto, las reacciones últimas producidas por una misma causa externa, sean más variadas.

Partiendo del reino vegetal, cuanto más nos elevemos en la escala zoológica, más se multiplicarán las diferencias, para los distintos individuos y para los diversos momentos de la vida de uno de ellos, en la manera de responder a las influencias exteriores, puesto que los elementos fisiológicos y psicológicos están más desarrollados.

Por este motivo, si se toman dos hombres en el mismo momento o a un solo hombre en instantes diferentes, veremos que habrá muy grandes diferencias en sus reacciones ante una misma causa exterior; no porque haya nacido en el hombre algún elemento nuevo de libertad moral, sino únicamente porque en él los factores psíquicos de la acción están más desenvueltos y más complicados.

Por lo que todo ser, y por consecuencia todo hombre, tiene su manera propia y especial de responder a las influencias exteriores, que dependen, de un modo necesario, y en cada momento de su vida, de estas mismas condiciones externas combinadas con el estado fisio-psicológico del organismo.

De tal suerte que para precisar mi pensamiento con una frase extraña en apariencia, podría decir que *el hombre es una máquina, pero que no está hecho a máquina*. Es una máquina, en el sentido de que sólo presenta en sus actos lo que recibe del medio, tanto físico como moral, en que vive; no es más que, como todo ser viviente, una máquina de transformación de fuerzas, sujeta a la ley universal de causalidad, en virtud de la cual, dándose en determinado momento una combinación concreta de causas fisiológicas y psíquicas, no puede reaccionar más que de una manera especial. Pero no está hecho a máquina, es decir, que no es un mecanismo inorgánico, precisamente porque es un organismo viviente que tiene su manera propia y singular de responder a las causas externas, determinada necesariamente, en cada caso, por las causas físicas y fisio-psicológicas que le han precedido, aunque variable, y por lo tanto imposible a menudo de prever, de un individuo a otro, de uno a otro momento, precisamente a consecuencia de las combinaciones diversas de estas causas determinantes, múltiples (1).

He aquí por qué es una pura ilusión pensar que la negación del libre albedrío haga del hombre un autómatas sometido al fatalismo musulmán. Los hombres tienen tan poco de autómatas, que cada uno de ellos posee privativamente una manera especial de reaccionar contra el medio exterior; pero esto no excluye,

(1) Esta manera positiva de considerar el organismo fisio-psicológico del hombre se presta a la solución de otros problemas sociológicos: por ejemplo, el de las ocho horas de trabajo. Si el hombre fuera un mecanismo inorgánico, claro es que trabajando doce horas produciría ciertamente el doble que trabajando seis. Pero si esto es verdad, tratándose de una batidora, de una locomotora, o de cualquier otra máquina inorgánica (aun cuando las máquinas inorgánicas tengan también necesidad de reposo), no lo es para el hombre como máquina orgánica, o sea fisio-psicológica, de trabajo.

El obrero que trabaja catorce horas no produce el doble que el que trabaja siete, porque el trabajo de las últimas horas es influido por los venenos de la fatiga muscular y nerviosa; y también por esto, en las últimas horas, los accidentes son más frecuentes. Los horarios moderados de que se ha hecho experiencia en algunos grandes establecimientos industriales han demostrado que el horario de las ocho horas (a causa de la fatiga menor y del estimulante psíquico del horario limitado), no disminuye la cantidad del producto (sin hablar de la calidad) en proporciones sensibles para el provecho del capitalista.

Véase Ferri, *Socialismo e scienza positiva*, segunda edición, Palermo, 1900.

mejor dicho, esto exige el determinismo físico y moral; porque de otra manera, si el hombre poseyera una libertad que le hiciera más o menos independiente de las causas determinantes, no se comprendería la personalidad misma como tipo permanente de carácter individual.

Volvamos a la hipótesis ecléctica de la libertad moral limitada. Es fácil desde luego contentarse con una teoría como la que hoy es tan fuertemente combatida y, según la cual, «el hombre está sometido a leyes generales; pero en los límites de estas leyes, que son las condiciones de la vida universal, conserva una libertad relativa, que es suficiente para salvar el principio de la libertad individual» (1).

A poco que se busque lo que puede haber de sólido bajo las apariencias verbales de esta afirmación gratuita, se debe preguntar qué son y dónde se encuentran «los límites de las leyes generales». Si una ley, «condición de la vida universal», merece verdaderamente este nombre, como la ley de la gravedad, de la causalidad, etc., no tiene límites en su aplicación, y sólo puede sufrir excepciones en apariencia. No se podría admitir una especie de intersticio entre una ley y otra, en donde pudiera refugiarse el último resto de una libertad relativa. Pero sigamos: admitamos que la libertad moral del hombre se halle limitada; en ese caso se plantea inmediatamente un problema insoluble, a saber: en la actividad humana, que es un todo continuo, ¿se pasa del determinismo a la libertad moral por un salto brusco o por una gradación de modificaciones indefinidas? Esta es una dificultad decisiva; porque teniendo siempre estos criminalistas por principio que la imputabilidad existe y se extiende en la medida en que la actividad humana es moralmente libre, importa separar lo más pronto posible en esta misma actividad la parte sometida a la necesidad, y por lo tanto no imputable, de la parte que se supone todavía moralmente libre e imputable. Aun hay más; todas las razones de hecho formuladas contra el libre albedrío absoluto, destruyen también el libre albedrío limitado; porque las objeciones lógicas y ex-

(1) Prins, *Criminalité et répression*, Bruselas, 1886, pág. 39, y *Science pénale et droit positif*, Bruselas, 1899, pág. 162.

perimentales que tengan algún valor contra un metro de libre albedrío, valen también contra un centímetro de este mismo. Después aparece esta otra dificultad inaccesible: ¿por qué, pues, esta libertad moral del hombre se halla limitada y suprimida por las circunstancias externas e internas hasta un punto determinado y no más allá?

Dada la influencia del clima y de la raza sobre la criminalidad de un pueblo, e igualmente la de la temperatura anual, producción agrícola, aglomeración de la población, etc., resulta de ello necesariamente la consecuencia de que el juez, para estar de acuerdo con la pretensión que tiene de graduar los delitos según los grados de la libertad moral, debería calcular una infinidad de elementos y de factores que se encuentran fuera del individuo. Le sería preciso ver bajo qué grado de latitud ha sido cometido el delito y cuántos grados de calor marcaba entonces el termómetro; debería medir los metros cúbicos de aire respirable que tenía a su disposición el culpable, obligado quizá a vegetar en una guardilla miserable, a amontonarse en un camastro cargado de adultos y de niños; habría de evaluar la parte que corresponde en el impulso criminal a las condiciones lamentables del medio familiar y social; le precisaría, por último, aventurarse en una empresa quimérica de evaluación física, fisiológica, psíquica y social, absolutamente superior a las fuerzas humanas (1).

¿Y con qué derecho, pues, si tenéis en cuenta la edad, el sueño, la sordomudez, la locura, la embriaguez, rehusáis calcular también el grado de instrucción y de educación, la profesión, el estado civil, el domicilio, la situación económica, el temperamento sanguíneo o nervioso del procesado? Estas cuatro o cinco circunstancias clásicas que llaman la atención, ¿son

(1) Es lo que también dijo Fouillée (*La science sociale contemporaine*, París, 1880, p. 305), el cual es, sin embargo, un ecléctico. Esto demuestra la inanidad del trabajo de ciertos otros eclécticos, por ejemplo, de Alimena, quien, al publicar en 1899 tres gruesos volúmenes sobre los "límites y modificadores de la imputabilidad", se detiene todavía en el examen de aquellas circunstancias tradicionales, capaces de modificar y medir la responsabilidad humana, que nuestros abuelos catalogaron en sus obras sobre la ciencia criminal! enteramente como si la fisio-psicología, la psico-patología y la sociología criminal, nada nos hubiesen enseñado de nuevo acerca de la génesis de las acciones humanas.

verdaderamente las únicas que pueden influir sobre la libertad moral y, por lo tanto, en la culpabilidad moral?

Y si queréis tener presentes todas las circunstancias, ¿qué llega a ser entonces el resto de libertad moral que se cree, sin embargo, indispensable para fundar jurídicamente la libertad humana? ¿Y cómo, dado este sistema tradicional de una imputabilidad moral más o menos completa, existirá un solo juez que no se pierda en este laberinto sin salida?

Para saber a qué atenernos, basta considerar a qué confesiones de impotencia son reducidos los defensores eclécticos de la «libertad relativa».

Sostiene Prins que, entre los hombres relativamente normales (a los cuales debe aplicarse la represión normal) y los hombres absolutamente anormales (que necesitan la medicina mental) «existe una zona intermedia de degenerados, de seres incompletos, neurasténicos y desequilibrados, para quienes el problema de la responsabilidad no puede ser planteado, y si se planteara no podría ser resuelto» (1). ¿No es evidente que hablar así es proclamar la importancia teórica y práctica de la justicia penal fundada sobre este resto rutinario de libertad relativa o de libre albedrío mutilado?

Y esto no es nada todavía; porque podría responderse: «Pues bien; tendremos en cuenta estos factores del delito, nuevamente descubiertos, en tanto que nos lo permitan nuestros conocimientos. Así nos hacéis más difícil nuestra misión, pero no demostráis que ésta sea absurda».

Aquí es donde justamente se oculta un verdadero y grave peligro social, consecuencia inevitable de la doctrina limitada o relativa. De una parte, en efecto, resulta de esta doctrina que los delincuentes menos peligrosos son, sin embargo, los más severamente castigados, porque en sus delitos de ligera importancia, no se investigan las condiciones psico-patológicas, que en cambio se esclarecen para las transgresiones más graves cometidas por malhechores más anormales y peligrosos. Así se llega, con respecto a estos últimos, a las absoluciones ilógicas que vemos todos los días, o a dulcificaciones extraordinarias

(1) Prins, *Science pénale et droit positif*, Bruselas, 1899, núm. 275, pág. 166.

en la pena frente a manifestaciones temibles de criminalidad atávica, que verdaderamente han trastornado con exceso la justicia penal de nuestro tiempo para que no se reconozca con evidencia la necesidad de buscar un remedio (1). Pero no existen más que dos medios posibles de remediar esto: o volver completamente a las teorías absolutas de antaño sobre el libre albedrío, o aceptar franca y completamente cuantos resultados y conclusiones ofrecen las ciencias positivas.

Mas con el sistema de un libre arbitrio limitado es imposible, como se ve cada día con mayor claridad, evitar los peligros y absurdos, tanto para la sociedad como para los individuos; por la razón evidente de que al sostener el principio de ampliar o reducir la responsabilidad moral del hombre en la medida en que se ensancha o limita un libre arbitrio tan elástico, de un lado se reconoce este libre albedrío sin oposición entre los autores de los delitos menos graves (que, sin embargo, serían los más dignos de compasión), y de otro se admite que está en cambio atenuado con exceso en los criminales más inhumanos: de donde procede el peligro y el escándalo de las absoluciones con que éstos son favorecidos. Para todo procesado que haya cometido un crimen extraordinario o feroz, el abogado encargado de su defensa podrá encontrar siempre un gran número de circunstancias, personales, físicas o sociales, que habrán anulado o disminuído su libertad moral, y que, como dice con precisión el clásico Rolin, «mostrarán de un modo acabado cuán incierta es su responsabilidad» (2).

Se ha llegado a erigir en teoría y en regla general este absurdo, este peligro, esta iniquidad. Es lo que hace la revista órgano de la jurisprudencia clásica y su director Lucchini, quien, con los *Simplistes du droit pénal*, traducidos, no hay que asustarse, al francés, ha pretendido hacer una refutación en regla de la *sociología criminal*.

Ha sostenido esta revista la tesis de que el nuevo Código penal, para todos los delitos (aun para las formas atávicas de criminalidad) debía suavizar de un modo general las penas y lle-

(1) Rolin, *La pena di morte*, Luca, 1871, págs. 35 y 56.

(2) Rolin, véase la nota anterior.

gar, conforme a la opinión de algunos juristas alemanes, hasta la abolición completa de las penas perpetuas (1). A lo que Garófalo (2) ha respondido en nombre de la escuela positiva, combatiendo esta tendencia a una dulcificación indefinida que verdaderamente amenazaría con llegar a la total absolución de los malhechores más inhumanos, pues al reservarles su mayor atención para olvidar a las gentes honradas ofendidas, se generaliza el argumento de Holtzendorff, quien apoyándose en que el valor de la libertad personal había aumentado, no quería castigar al asesino más que con una pena temporal (3); y se olvida, como afirmaba muy bien Barzilai, en nombre también de la escuela positiva, que la libertad y la vida de las víctimas han aumentado hoy igualmente de valor (4).

Se ha llegado, siguiendo por el mismo camino, a proponer que se conceda al Jurado la facultad legal de admitir circunstancias «muy atenuantes» (5).

Y si pasamos del terreno de la ciencia y de la legislación al de la jurisprudencia práctica, véase en cambio con lo que nos encontramos: en los pequeños delitos de ocasión, en los que se descubren y se observan menos estas anomalías fisiopsicológicas; que necesariamente ofenden más la vista de los grandes criminales, mucho más peligrosos, la antigua severidad de la justicia penal se despliega con todo el absolutismo de las viejas teorías de la responsabilidad.

Vemos, así, extraviarse doblemente y llegar a ser también en doble medida desmoralizador el espíritu actual de la justicia penal, toda vez que, por una mal entendida aplicación de

(1) *Rivista penale*, Mayo 1882.

(2) Garófalo, *I pericoli sociali di alcune teorie giuridiche*, en los *Arch. di psych. e scienze penali*, III, 4.

(3) Holtzendorff, *Das Mord und Todesstrafe*, Berlín, 1875, pág. 225.

(4) Barzilai, *La recidiva e il metodo sperimentale*, en la *Rivista carceraria*, 1883, pág. 462.

(5) Bozérián, *Projet de loi sur les circonstances très atténuantes*, presentado al Senado francés en 4 de Abril de 1885; *Bull. Soc. Prisons*, 1885, pág. 95; Grandperret, *Les circonstances très atténuantes*, ibidem, 1886, pág. 508; Bertheau, *Réformes pratiques*, París, 1886, pág. 49 (que combatió la proposición); Hugues, *La cour d'Assises et le nouveau Code d'instr. crim.*, en la *France Judiciaire*, 1887, núm. 7; Leloir, *De la fréquence des acquittements et du projet de loi sur les circonstances très atténuantes*, ibidem, 1887, pág. 65, y 1888, pág. 46 (que impugnó también el proyecto).

los nuevos datos científicos sobre el criminal, asegura la impunidad o la indulgencia más imprevisora a los malhechores peligrosos, reservando todas sus severidades, tan desproporcionales como perjudiciales, a los que son menos temibles, a los delinquentes ocasionales.

En suma, mientras que la opinión pública, mal informada a este respecto y siempre hostil a las innovaciones, acusaba en principio a la nueva escuela criminal de llegar a la impunidad de todos los malhechores (que es por lo demás lo que se decía hace un siglo, contra la escuela de Beccaria), son por el contrario y en realidad las últimas consecuencias del derecho criminal clásico mezcladas a algunos resultados evidentes de las ciencias fisio-psicológicas, las que conducirán a una indulgencia exclusiva, exagerada y siempre creciente, en favor de los malhechores más formidables.

II

45.—Hemos visto que, aun fuera de las contradicciones flagrantes que la fisio-psicología señala hoy a la suposición del libre albedrío o libertad moral, se reconoce con evidencia la imposibilidad teórica y práctica de fundar sobre este libre arbitrio, ya sea absoluto o relativo, la responsabilidad del hombre para los delitos que comete.

—Pero entonces, si el hombre comete acciones censurables, no por libre elección de su voluntad, sino por la tiranía fatal de su organismo anormal y del medio exterior, ¿cómo, pues, se le podrá castigar, y hacerle responsable de las faltas que no son suyas? ¡Abrid las prisiones, cerrad los tribunales, vosotros, sectarios de la escuela positiva, que negáis o excluís el libre albedrío! ¡Y si no podéis decidirlo a ello, porque la cosa sería demasiado absurda y peligrosa, sólo por una contradicción formal podréis hablar todavía de derecho penal y de justicia punitiva!

Tal es la objeción ordinaria, tan espontánea como mal fundada, que nos hacen cuantos creen que pueden resolverse en un momento estos problemas obedeciendo a las primeras impresiones del sentimiento y de los hábitos mentales, todos aquellos

que no saben sustraerse a la tendencia tan natural como engañosa, por virtud de la cual, siguiendo la observación de Bain, «toda nueva manera de concebir una cosa o un problema pasa por ser su negación» (1). Y tal es, sin embargo, el verdadero problema, el problema fundamental, que se impone a la ciencia nueva de los delitos y las penas.

Parece que este problema ha de ser insoluble o que no puede solucionarse más que por sutilezas silogísticas; y no obstante tiene una solución límpida y precisa en la exclusiva investigación de los hechos sociales que han demandado y demandan siempre, no a las teorías metafísicas de los juristas, sino a las condiciones naturales de la existencia humana, su génesis y su justificación.

Antes de buscar la solución de este problema a la única luz de los hechos sociales, nos encontramos, sin embargo, con una cuestión prejudicial de método, que servirá para ponernos en camino.

La observación es esta: consistiendo el punto de partida, el eje de este problema, en la negación o exclusión de toda idea de libertad moral en el hombre, como condición y medida de su responsabilidad, resulta que para ser consecuentes y no incurrir de nuevo en dificultades y contradicciones semejantes a aquellas que se quiere evitar, será preciso trasladar este problema a un terreno completamente diferente de aquel en que se hallaba colocado hasta ahora. Y no ocurre con las teorías sociales como con esas casas americanas que, transportadas de un lugar a otro, permanecen sobre sus nuevos cimientos de la misma manera que lo estaban sobre los precedentes. O la justicia penal está fundada sobre la idea del libre albedrío (absoluto o relativo, explícito o implícito, poco importa), y entonces, puede continuar apoyándose en sus antiguos criterios, y se podrá a lo más proponer en ella algunas reformas parciales y de superficie; o la justicia penal se asienta sobre el determinismo natural de los actos humanos y, por lo tanto, sobre los datos de la antropología y sociología criminal, y en este caso, debe buscar criterios radicalmente diferentes, y des-

(1) Bain, *L'esprit et le corps*, París, F. Alcán, 1878, pág. 226.

envolverse en un conjunto adecuado de instituciones y mecanismos judiciales y administrativos.

La tendencia ecléctica, en cambio, quisiera, en su tenacidad testaruda, conservar el fondo sin cambiar nada de él, y contentarse con innovaciones verbales.

Sin embargo, el punto de llegada debe cambiar completamente, desde el momento en que se ha variado tan por completo el punto de partida; cuya idea me propongo, después de haberla indicado en otra parte (1), desarrollar aquí, aunque no sea más que para satisfacer desde el comienzo la condición previa que yo acabo de señalar.

46.—Existen dos órdenes de hechos que creo necesarios y bastantes para definir, según el método positivo, el problema de la responsabilidad o sea de las condiciones en que el individuo ha de sufrir las medidas de conservación y defensa que, para los delitos cometidos por él, pueden y deben ser tomadas por el Estado.

A. En primer lugar se encuentra, como en toda otra investigación natural iniciada según la doctrina de la evolución, el origen y el desenvolvimiento, ora de la función punitiva, ora de los órganos por los que se ejerce en el transcurso del tiempo; y estos hechos pasados nos darán la génesis y la explicación de los hechos presentes.

B. En segundo lugar, está el examen de los hechos sociales referentes a la responsabilidad, cuyos hechos se desarrollan todos los días ante nosotros y con independencia de cuantas teorías pueden construir los juristas metafísicos en su gabinete, con un orden y una lógica por completo simétricos, aunque

(1) *Il diritto di punire come funzione sociale*, en el *Archivio di psych. e scienza penali*, 1882, vol. III, cuaderno primero.

Hamon está equivocado, pues, cuando dice (*Déterminisme et responsabilité*, París, 1898, pág. 11), que "con relación a la responsabilidad y a la penalología, nadie entre los sectarios o los émulos de la escuela lombrosiana ha llegado hasta las últimas consecuencias lógicas de la doctrina".

En efecto, su conclusión de que la irresponsabilidad moral es la consecuencia del determinismo, y que, por lo tanto, todos los seres son (moralmente) irresponsables, había sido desvirtuada por mí en el capítulo III de la segunda edición (1892), que continúa todavía hoy, como el libro, sin modificación en sus líneas fundamentales.

también con un olvido totalmente filosófico de las realidades de la vida.

47.—El geólogo o el zoólogo, cuando quieren explicarse el por qué de la configuración actual del globo o de la fauna viviente, se condenarían hoy a un estéril trabajo, si se limitaran, como durante largo tiempo han hecho (y no sin ventaja entonces, como estudio preliminar) las escuelas clásicas de geología y de biología, al exclusivo examen descriptivo de las formas actuales. Ellos consiguen, por el contrario, disipar cada vez más las tinieblas en que está envuelto el misterio de la vida, y obtienen resultados de una riqueza positiva cuando, siguiendo las huellas gloriosas de Lyeil o de Darwin, fijan sus miradas sobre las épocas prehistóricas sepultadas desde hace tantos millares de años, y les piden, así como a la eterna sucesión de las especies vivientes, la llave de tantos secretos. Es lo que hace también el sociólogo, y de la misma manera y por idénticas razones, el criminalista sociólogo. Este no puede limitarse a las indagaciones de anatomía puramente descriptiva y silogística de las que se componía el patrimonio de la escuela criminal clásica, sobre la delincuencia y criminalidad tal como se presentan hoy en la sociedad civil, o como se las observa a hurtadillas en el microcosmo de la historia, sino que debe investigar en las manifestaciones más alejadas de la vida los gérmenes elementales y remotos de esta función penal que nos ofrece hoy una constitución tan compleja y que precisamente se trata de regular conforme a las exigencias de la vida actual.

He aquí por qué, al estudiar en otra ocasión el crimen de homicidio, según los criterios de la escuela positiva, creí necesario indagar en las edades prehistóricas de la vida humana los gérmenes y la evolución natural de esta acción criminal y de la reacción penal que provoca (1).

Todo ser viviente lucha por su propia existencia; y, por lo tanto, todo acto que ataque sus condiciones naturales de existencia individual o social, determina de su parte una reacción directa o indirectamente defensiva, según que ésta pueda evi-

(1) Ferri, *L'omicidio*, Turín, 1895, Introducción.

tar en el acto mismo las consecuencias dañosas del ataque, o que pueda impedir su repetición para el porvenir, castigando a su autor.

Este es el hecho primitivo, irreductible, elemental: él constituye uno de los caracteres fundamentales de la materia organizada o viviente, se relaciona con las condiciones esenciales de la sensibilidad y el movimiento, se manifiesta en las formas más elementales de la vida, así en el simple protoplasma como en el vegetal; sigue paso a paso sus complicaciones sucesivas, llega a las formas más complejas y elevadas de la defensa humana individual y social, directa e indirecta; se complica al hacer su camino con otros elementos físicos y psíquicos, en los medios de defensa y en los sentimientos e ideas que los acompañan y se transmiten hereditariamente; pero conserva siempre el fondo primitivo que acabamos de indicar.

La biología y la sociología, en lugar de estar la una con respecto a la otra en una relación de sucesión o de verdadera y rigurosa independencia, son, por el contrario, concomitantes y paralelas, teniendo en cuenta que la vida animal se manifiesta desde sus comienzos en una doble serie de organismos individuales y de organismos sociales (1). Por esta razón, si dejamos a un lado el predominio cambiante y muy cortado de la forma individual o de la forma social en las fases diversas de la evolución humana, vemos en realidad, sin embargo, a estas dos formas de reacción defensiva presentarse constantemente una y otra allí donde se encuentra la vida animal y humana.

De esto encontramos una indirecta confirmación, cuando observamos que siempre, en todas las manifestaciones de la vida social, las diversas formas, los tipos diferentes coexisten, predominando, no obstante, una de ellas sobre las demás en la sucesión del tiempo. Por ello sería un error creer que las diferentes formas de las relaciones sexuales y familiares (promiscuidad, matriarcado, patriarcado, poliandria, poligamia, monogamia) se hayan sucedido en la humanidad sustituyéndose unas a otras. No: ellas han coexistido y coexisten todavía hasta en la

(1) Rabbeno, *Dei rapporti fra la biologia e la sociologia*, en la *Rivista di filos. scientifica*, Marzo 1883.

sociedad civilizada; pero tan pronto unas como otras han predominado, en el orden que acaban de ser indicadas, sin que por ejemplo, en la Europa occidental contemporánea, la monogamia (forma legal y predominante) excluya la poligamia y la poliandria extra-legales. Otro tanto puede decirse de las formas que toma la propiedad de la tierra, colectiva, individual, comunal, que coexisten hoy, aun entre nosotros, a pesar del predominio excesivo de la forma individual (1). Y lo mismo cabe afirmar de las formas políticas y, en general, de los diferentes tipos de constitución social, bajo las dos formas opuestas del tipo bélico-militar y del pacífico-industrial.

De igual modo también la forma individual y la forma colectiva de la defensa han coexistido siempre y coexisten todavía, aunque, en su oposición predomine la una o la otra. Hasta en los animales más ínfimos y en el reino de los protistas, la reacción defensiva, bajo la forma, o poco menos, de una simple irritabilidad, se observa no sólo en los individuos tomados aisladamente, sino en las colonias animales, que reaccionan precisamente en los casos de peligro colectivo, aunque reaccionan siempre, entonces, bajo la forma de defensa social. Y esto es más evidente a medida que elevándonos en la escala zoológica, encontramos la vida social bajo formas más próximas a las de la humanidad, y la asociación de individuos cada vez más desarrollada bajo el aspecto orgánico y psíquico.

Además, entre los mismos animales, sobre todo entre los mamíferos más inteligentes, se llega ya a esta fase más elevada en que la defensa social se ejerce por su jefe, y no directamente por la colectividad, con un interés personal, esto es indudable, pero a la vez colectivo, del mismo modo que se produce en las sociedades humanas salvajes o bárbaras. En efecto, muchos mamíferos herbívoros viven en sociedad, y entonces existe siempre un individuo que ejerce cierta autoridad sobre los demás, que los guía y los defiende: tal acontece entre los elefantes, los caballos, los bisontes y los monos (2).

(1) Laveleye, *Les formes primitives de la propriété*, París, 1888; Letourneau, *L'évolution de la propriété*, París, 1889.

(2) Brehm, *La vita degli animali*, trad. ital., Turín, 1872 y 1875, vol. I, pág. 29, 46; Espinas, *Les sociétés animales*, París, F. Alcán, 1878,

Pues bien; esta evolución de la reacción defensiva se reproduce entre los hombres de una manera por completo análoga. Hay tribus salvajes en las que los individuos viven aislados, sin jefe alguno, y en las cuales, todo ataque contra las condiciones naturales de la existencia, determina en el ofendido una reacción puramente individual y transitoria, que no está sometida por parte de la tribu a ninguna regla, y que es considerada como un asunto exclusivamente particular. En este caso el juez único que decide si una acción es o no criminal, es decir, perjudicial y dañosa, el único ejecutor del juicio, es el individuo atacado, que reacciona con la intención de defenderse para el presente y para el porvenir; y por esta razón, excitado a la vez por el resentimiento y por el deseo de venganza (que existen ya entre los animales) se excede casi siempre y traspasa toda medida contra el ofensor. Así ocurre, por ejemplo, entre las tribus anárquicas del Africa central, de los caribes, de los indios de la América del Norte, de los esquimales, etc. (1).

La reacción defensiva, bajo esta forma individual, puede, como lo hace notar Puglia, manifestarse de dos maneras diferentes: por una reacción inmediata e instantánea en el momento de la agresión, o por una reacción reprimida y aplazada para el momento más oportuno que, hablando propiamente y según el mismo Puglia, sería la verdadera venganza (2). La distinción es conforme a los hechos; es el reflejo psicológico de la

segunda edición, pág. 450. Los hechos demuestran cuán inexacta es la afirmación un poco apriorística de Letourneau (*L'évolution juridique*, París, 1891, página 13), cuando dice que las abejas y las hormigas tienen "una sumisión absoluta a la colectividad, que las asegura toda tentación antisocial, y que, por consiguiente, no existe entre estos insectos, ni les es necesario, ningún instinto jurídico". Y, sin embargo, un poco más lejos (página 15), se contradice, pues mientras afirma en general, que "los animales están desprovistos de instinto jurídico", porque, según dice, sería necesario para que lo tuviesen que el sentimiento de defensa se transformara en un sentimiento de venganza, cita más allá casos de venganza entre los animales.

(1) Lubbock, *Les temps préhistoriques et l'origine de la civilisation*, París, F. Alcan; Letourneau, *La sociologie*, París, 1880, págs. 444 y siguientes, y *L'évolution juridique dans les diverses races humaines*, París, 1891, capítulo I, párrafo VI.

(2) Puglia, *Evoluzione storica e scientifica del diritto e della procedura penale*, Mesina, 1882, pág. 30 y 31.—E igualmente Zocco Rosa, *L'età preistorica del diritto penale a Roma*, Catania, 1883, págs. 9 y siguientes.

que nosotros acabamos de hacer entre la reacción directa y la indirectamente ofensiva. Mas esta diferencia no caracteriza dos épocas sucesivas. Aunque no tenemos en principio prueba alguna de ello, es fácil convencerse de que en cada caso el temperamento del ofendido y la oportunidad de las circunstancias han debido determinar entre los hombres primitivos, como también entre los animales superiores (y Darwin cita algunos ejemplos) (1), la instantaneidad o el aplazamiento de la reacción defensiva.

Spencer (2) hace a este propósito una importante observación al señalar una identidad primitiva y fundamental o una analogía íntima entre la reacción defensiva contra un agresor extranjero (defensa militar) y la que se produce contra un agresor interior (defensa jurídica o judicial) (3). Podemos sorprender esta identidad, no solamente en los hechos de sociología humana que cita este gran filósofo, sino en aquellos mismos que comprueba la Sociología entre los animales: entre éstos, en efecto, la reacción individual o colectiva se produce de la misma manera y por iguales razones, ya pertenezca el agresor a tribus extranjeras, ya forme parte de la misma sociedad. En la humanidad primitiva, según hace notar Spencer, vemos precisamente, sobre todo cuando la reacción defensiva judicial comienza a prevalecer como función social y permanente, que tiene aquella de común con la defensa militar el principio motor y los órganos de ejecución, pero que se aleja y se diferencia de ella cada vez más en las posteriores fases de su evolución.

Esta comunidad de origen, que el idioma, viviente también, nos conserva y nos revela en las expresiones tradicionales—la espada de la justicia, un enemigo público— empleadas para funciones puramente judiciales, se manifiesta con evidencia, como regreso de atavismo, cuando, en los momentos de

(1) Darwin, *La scelta in rapporto col sesso*, Turín, 1872, pág. 472.

(2) Spencer, *Principes de Sociologie*, París, 1883, III, páginas 659 y siguiente, traducción francesa, París, F. Alcán.

(3) Darwin, *L'origine dell'uomo*, traducción de Lessona, Turín, 1873, p. 73.—Y asimismo Spencer, *Le basi della morale*, Milán, 1881, p. 141.

convulsiones sociales, vemos a la clase dominante recurrir a la creación de tribunales militares extraordinarios para hacer juzgar y condenar no tanto los hechos materiales verdaderamente criminales (homicidios, incendios, etc.), como los delitos de pensamiento de una heterodoxia política.

Sin embargo, es natural que la forma individual transitoria y exorbitante de reacción defensiva y de venganza comience muy pronto a dejar prevalecer la forma social que con ella coexiste, y esto en un principio como reacción directa de la colectividad, y después como oficio ejercido en nombre de la tribu por su jefe. Lo cual debe producirse así por una razón de interés social, o sea para impedir, como hace notar Darwin (1), que una tribu sea diezmada por sus enemigos de fuera, o lo que es peor aún, por sus propios miembros, y pierda frente a otras tribus las fuerzas necesarias a la lucha por la existencia. Siendo la reacción individual por naturaleza, excesiva y provocando a la vez por ello nuevas y sangrientas reacciones, la colectividad siente bien pronto, así lo afirma Spencer, la necesidad de suprimir o de limitar estas causas continuas de debilitación. El predominio de la «vindicta pública» sobre la venganza particular se inicia por una simple intervención de la colectividad en las querellas particulares, dando lugar a las reglas e instituciones jurídicas del Talión, de la composición, de la protección dispensada al propio ofensor, a quien amenaza la excesiva reacción del ofendido; y estas costumbres que encontramos entre muchas tribus salvajes, y que han existido anteriormente en las civilizaciones de Méjico, de Oriente, de Grecia y de Roma, y en la Europa de la Edad Media, aunque hoy nos parezcan representar el estado bárbaro de la justicia penal, han constituido en su tiempo un gran progreso moral y social, refrenando la excesiva violencia de las reacciones de la venganza individual o familiar. Después el castigo de los delitos acaba por ser una atribución exclusiva del Estado, como la defensa militar (2). Y en esto es en lo que consiste la parte in-

(1) Darwin, *L'origine dell'uomo*, traducción de Lessona, Turin, 1873, p. 73. Y el mismo Spencer, *Le basi della morale*, Milán, 1881, p. 141.

(2) Por los interesantes datos históricos que contiene, véase Cherry,

contestable de verdad que contiene el sistema de los Rousseau, Beccaria, Filangieri, etc., que nos dicen que el Estado tiene el derecho de castigar, porque todos los miembros de la asociación se han despojado en su favor del mismo, pero que éstos recuperan, sin embargo, tal derecho, de una manera transitoria, cuando el Estado no puede ejercerle para protegerles, por ejemplo, en el caso de legítima defensa. Lo inexacto de esta teoría, lo que todo el mundo abandona ahora, si bien Fouillée, de Greef y otros sociólogos dan hoy con razón una mayor importancia al elemento contractual en los organismos sociales, es el carácter por completo artificial que se atribuye al proceso por virtud del cual la reacción de defensa y de venganza deja de ser individual para llegar a ser social.

Si ahora, después de haber considerado las diferentes formas de la reacción defensiva, desde los primeros y más sencillos movimientos del individuo hasta la elevada función punitiva del Estado, observamos los órganos de esta función, vemos que no comienzan a dibujarse hasta que los actos transitorios por los cuales reacciona el individuo o la sociedad lesionados, dan lugar a un oficio permanente reservado a los jefes de la tribu. Este, al comienzo, no es sólo legislador, si las costumbres no han impuesto todavía una regla; es también juez y ejecutor de su propia sentencia; he aquí el germen prehistórico del principio, para siempre abandonado por la ciencia, de que «la justicia emana del Rey». Pero más tarde, en los períodos ulteriores, cuando el cuerpo social llega a ser más complejo y sus funciones más complicadas, el jefe de la tribu delega en algunos ministros, primero la ejecución de sus órdenes administrativas o judiciales, después el derecho mismo de emitir sentencias y decretar medidas. Y estos ministros y ejecutores de su voluntad, en los cuales al comienzo, a causa de la identidad fundamental de las dos funciones, se une el carácter militar al sacerdotal, como en el jefe de la tribu mismo, que es casi siempre general en jefe y gran sacerdote, acaban, gracias a la diferenciación incesante que se produce en las funcio-

nes y en la estructura social, por ser magistrados, teniendo un carácter exclusivamente judicial; que es precisamente lo que nosotros vemos en los pueblos civilizados (1).

48.—Pero este hecho, constante en todas las sociedades primitivas, de coexistir el carácter sacerdotal y el carácter militar en los órganos de la función defensiva y represiva, nos sirve para dar explicación positiva a un carácter fundamental que se determina y se perpetúa en el ministerio primitivo de la sociedad y en la ciencia de la que hace su objeto.

Cuando la reacción defensiva se ejerce bajo su forma individual, es evidente que tiene por móvil único y fundamental la utilidad personal del ofendido y su tendencia irresistible en su propia conservación.

La *falta*, como carácter de perversidad moral en el agresor, es decir el delincuente, es un elemento que la reacción individual ignora y que le es por completo extraño; no ya sólo en los estados primitivos y salvajes de la humanidad, sino en toda sociedad por avanzada que sea.

Además, al comienzo de las sociedades, la reacción social, ya sea ejercida directamente por la colectividad, o indirectamente por el jefe de la tribu, no tiene otro móvil ni otro criterio que la utilidad social, la necesidad de la conservación. Hasta entonces la falta moral en el agresor es un elemento extraño a esta reacción defensiva, un elemento que ella ignora (2).

(1) Véanse las pruebas de hecho en Spencer, *Principes de sociologie*, París, 1883, vol. III, parte 5.ª, cap. XIII, y *Les Institutions professionnelles et industrielles*, París, 1898, cap. VII.—Véase también, entre los demás criminalistas, Ellero, *Delle origini storiche del diritto di punire*, en los *Opuscoli criminali*, Bolonia, 1874; Rolin, *Les phases du droit pénal*, en la *Revue internationale*, 1882, I.

Y como supervivencia de este estado primitivo en que todavía no se han diferenciado los órganos y las funciones judiciales, véase Ou Tsonglieu, *L'Organizzazione penale della China* (en la *Scuola positiva*, Enero 1899) y *De la responsabilité des autorités locales en cas de délits commis par leurs administrés* (en las *Actes du Congrès. anthr. crim.*, Bruselas, 1893, página 385).

(2) Véase a este propósito Steinmetz, *Ethnologischen Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, Leipzig, 1894, dos volúmenes; en esta obra precisamente se establece el carácter "no intencional" de la pena.

Véase también Holmes, *Le droit commun anglo-américain*, traducción de Lambertenghi, Milán, 1890 (cap. I. Formas primitivas de la responsa-

El primer hecho en que vemos apuntar la idea de culpabilidad moral como condición de la penalidad, se encuentra en el doble carácter, militar y sacerdotal, del jefe de tribu, y más tarde, de los ministros delegados por él. Los sacerdotes, cuando hubieron conquistado este predominio que poseen en todas las sociedades primitivas, acabaron por atribuirse completamente la represión, primero de los actos antireligiosos, y después de todas las acciones antisociales (delitos). Y entonces, la reacción defensiva o represiva, que, ejercida por el individuo ofendido, tenía el carácter de «venganza privada», realizada por la familia del ofendido el de «venganza de la sangre», y por la sociedad o el jefe de tribu, el de «venganza pú-

bilidad); libro muy interesante, porque nos ofrece la diferencia profunda, esencial entre la "conciencia jurídica" de los pueblos latinos y la de los pueblos anglo-sajones. Mientras que nosotros los latinos, pensamos que los principios generales del derecho sólo pueden ser concebidos como las formas últimas y degeneradas del derecho romano, los anglosajones, aun cuando también hayan sufrido la influencia de este último, tienen una conciencia jurídica muy diferente. De ello se encuentra un ejemplo casi diario en la manera distinta de concebir lo referente a la reparación de los daños, rigurosamente exigida y garantida entre ellos con relación a todo acto ofensivo, lo cual entre nosotros produciría risa. Por esto vemos procesos de daños y perjuicios intentados por ciertas señoritas a consecuencia de un beso furtivo con que les ha sorprendido algún Don Juan más o menos maduro.

Y es interesante hacer notar que las teorías generales de la escuela criminal positiva se aproximan a la conciencia jurídica de los anglosajones. Compruébalo, por ejemplo, la reparación más rigurosa de los daños causados por el acto delictivo; nosotros consideramos aquélla más como una función social que como un interés privado.

Lo mismo acontece con la teoría de la responsabilidad, que deriva del espíritu natural de venganza, y que nosotros desembarazamos de todo criterio que no tenga realidad objetiva y que no responda a las necesidades de la existencia social.

Otro tanto debiera decirse de la teoría de la difamación: sostiene la escuela positiva que no debe ser castigada cuando está determinada por motivos de interés social, en vez de serlo por motivos antisociales de interés personal (avaricia, venganza, odio, etc.). Pues bien, esta distinción del motivo social es admitida también en el derecho inglés (*for the public benefit*).

También puede decirse que la teoría del delito natural se contiene en germen en la distinción que establece el derecho penal anglo-sajón entre los "delitos comunes" (*mala in se*) y los "delitos estatutarios" (*mala prohibita*). Véase Holmes, págs. 76, 79 y 98.

Esta distinción ya existía en el derecho penal romano, cuyo espíritu positivo estaba tan alejado de las abstracciones metafísicas de la escuela clásica criminal, como se acerca por el contrario a las doctrinas del derecho anglo-sajón (nuevo argumento para afirmar que los ingleses de hoy representan verdaderamente a los romanos de antaño), y a la vez a las doctrinas de la escuela positiva.

blica», tomó cuando fué desempeñada por la casta sacerdotal, el carácter de «venganza divina»: dejó de ser una función puramente defensiva para ser una misión religiosa y moral, con el acompañamiento natural a toda religión de un formalismo riguroso, y, sobre todo, de un espíritu místico de penitencia y purificación (1).

Ahora bien, este carácter rígido y religioso de la función penal, aun cuando acabe por ceder, primero en los delitos directamente políticos, y más tarde en los delitos comunes, a las reivindicaciones de la idea y de la potestad laicas y civiles, no impidió que subsistiera después de él (porque la disolución es gradual como la evolución), la idea de que el ministerio represivo es una función moral correctiva o, en los estados más avanzados, de justicia retributiva; porque como observa también Kraepelin, la forma de los preceptos primitivos se convirtió en *moral* después de ser *religiosa*, quedando el fondo siempre el mismo (2).

Podemos, pues, concluir que la pena (y designamos con esta palabra el conjunto de medios jurídicos empleados por la sociedad en su lucha contra el delito) ha atravesado hasta el presente cuatro fases de evolución; ha pasado de la fase *primitiva* (de reacción defensiva y vindicativa, individual y social, inmediata y diferida) a la fase *religiosa* (la de la venganza divina), a la *ética* (de la penitencia medioeval), y a la *jurídica* (en el sentido del derecho abstracto y apriorístico de la escuela clásica).

Es fácil ver que estamos hoy, en la ciencia, y más aún, en la opinión común y en las leyes, que progresan menos rápidamente, en la fase jurídica, o, por mejor decir, ético-jurídica de la pena; porque toda evolución se produce no por saltos bruscos, sino por grados y atravesando una serie de matices.

Se trata ahora de inaugurar y realizar la fase *social*, en la que, gracias a los datos nuevos de la antropología y estadística

(1) Sobre los orígenes religiosos de la pena, véase Steinmetz, *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, Leipzig, 1894; y Maus, *La religion et les origines du droit pénal*, en la *Revue de l'histoire des religions*, 1897, fasc. I y II.

(2) Kraepelin, *La colpa e la pena*, en la *Rivista di filos. scient.*, Turín, 1883, II, pág. 527.

criminales sobre la génesis del delito, la pena no será ya más la retribución de una falta moral por un castigo proporcionado (fase ético-jurídica), sino un conjunto de medidas sociales preventivas y represivas, que, respondiendo a la naturaleza y a la génesis del delito de un modo más eficaz y al propio tiempo más humano, preservarán de él a la sociedad (1).

49.—El paso que queremos hacer dar a la ciencia y a la legislación del derecho penal, constituye, pues, un nuevo progreso que procede de grados anteriores y viene a completar el ciclo evolutivo, facilitando al ministerio punitivo el carácter natural y espontáneo de pura función social, que tenía en su punto de partida, y que sólo, no lo olvidemos, es verdaderamente comprendido por la conciencia popular.

A este propósito es útil observar que semejante retroceso a las formas o caracteres primitivos, puede ser considerado igualmente como una ley sociológica constante en las demás manifestaciones de la vida social, económica, política, etc. En efecto, como hace notar Loria, la humanidad primitiva debe a las primeras impresiones de la naturaleza que la rodea, las líneas fundamentales de su existencia; más tarde, con los progresos de la inteligencia y la complicación que crece según las leyes

(1) Es sabido que un gran número de criminalistas entre los más célebres, por una evolución de espíritu más positivo han fundado el derecho de castigar sobre una idea de "utilidad social", de "defensa directa", de "defensa indirecta", de "defensa prolongada", de "conservación", de "necesidad política", y así otras. Pero la diferencia esencial entre estas teorías y la sostenida por la escuela positiva, consiste en que Beccaria, Bentham, Romagnosi, Comte, Martín, Schulze, Thiercelin, Carnignani, etc., conservan siempre en sus sistemas, como criterio y condición superiores a la idea de necesidad social, la idea de la responsabilidad o culpabilidad moral del hombre; mientras que nosotros la excluimos por completo del dominio *jurídico y social*, según habré de demostrar inmediatamente.

Por esta causa Geyer (*Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht*, Munich, 1884, p. 19) reconocía que la nueva escuela es más lógica que las antiguas escuelas clásicas utilitarias, puesto que aquélla partía de la negación de la falta moral, que éstas por el contrario admitían.

Véase también Morrison, *Crime and its causes*, Londres, 1891, capítulo VIII (El castigo del crimen); ídem, *Theory of criminality*, en el *Journal of mental Science*, Abril 1889.

Aun entre los criminalistas clásicos contemporáneos, si la idea de la utilidad social se ha abierto un camino cada vez más amplio, esta idea queda, sin embargo, relegada a un segundo lugar o en todo caso está subordinada al criterio ético de la culpabilidad humana.

de la evolución, se ve producirse un desenvolvimiento analítico de los elementos principales contenidos en los primeros gérmenes de toda institución; y una vez logrado este desarrollo analítico, en el cual con frecuencia los elementos diferentes se combaten pasando de un exeso a otro, la humanidad misma, llegada a un grado elevado de su evolución, reúne de nuevo en una síntesis final estos elementos diversos y vuelve así a su primitivo punto de partida (1).

Sólo precisa hacer notar, me atrevería a agregar, que esta vuelta no es una repetición pura y simple: es la terminación de un ciclo que no puede contener los efectos y las conquistas de la larga evolución precedente, y que por consecuencia es muy superior, en la realidad y en la conciencia humana, al primitivo embrión. Como dice Goethe en su famosa comparación, la humanidad progresa en forma de una espiral que parece volver sobre sí misma, pero que avanza y se eleva siempre (2). Así es como en el dominio económico se acentúa hoy un movimiento de la propiedad en sentido colectivista (aun fuera del socialismo y de los límites que éste impone al derecho absoluto *utendi et abutendi*), movimiento que recuerda precisamente las formas primitivas de la propiedad colectiva. Si se quiere un ejemplo más particular, helo aquí: las mujeres, en las sociedades primitivas, son obligadas a trabajar; después

(1) Loria, *La teoria economica della costituzione politica*, Turín, 1886, p. 14. Y asimismo Cognetti, *Le forme primitive nell'evoluzione economica*, Turín, 1881, al fin de la obra.—Y Dramard, *Transformisme et socialisme*, en la *Revue socialiste*, Febrero 1885, § V. (Ley de regresión aparente).

Me he ocupado también de esta ley en *Divorzio e Sociologia (Scuola positiva)*, 1893, núm. 16), en *Omicidio* (Turín, 1895, p. 240), y más especialmente en *Socialismo e Scienza positiva*, Roma, 1894, págs. 97 y siguientes, y 2.ª edición, Palermo, 1900. Véase también mi contestación a Garófalo, *Discordie positiviste sul socialismo*, Palermo, 1896, y Apéndice de la traducción francesa de mi *Socialismo e Scienza positiva*, París, 1897, p. 212.

(2) Esta idea ha sido sostenida con ayuda de varios ejemplos por De la Graserie, *De la forme graphique de l'évolution*, en la *Rev. intern. de sociol.*, Septiembre 1895; por Kranz, *La loi de la rétrospaction révolutionnaire* (en los *Annales Inst. intern. de sociol.*, 1896, II, 315), y por Zerboiglio, *Le retour au passé* (en el *Devenir social*, Septiembre 1896). De Greef (en *Le transformisme social*, París, F. Alcán, 1895, p. 473) hace algunas reservas; pero me parece que es porque ha tomado aquella idea en el sentido de una vuelta pura y simple y no de un retroceso aparente acompañado de un progreso esencial. Véase también Demoor, Massart y Vandervelde, *L'évolution régressive*, París, F. Alcán, 1897.

son dedicadas únicamente a los cuidados domésticos; hoy quieren ellas, y con razón, conquistar, igual que los hombres, el derecho al trabajo, pero naturalmente quedando libres de las fatigas de los más brutales, a los que son condenadas entre los salvajes. Así también las religiones, siguiendo a Hartmann, pensaban, en las épocas primitivas, que el ser humano podía llegar a la felicidad en su vida individual; luego se trasladó esta dicha a la vida de ultratumba, y hoy se tiende a volverla a colocar en la vida humana, pero reservándola a las generaciones futuras. Igualmente en la política, según Spencer (*Sociologie*, III, cap. V), la voluntad de todos, elemento soberano en la humanidad primitiva, cede poco a poco el paso a la voluntad de uno solo, después a la de un pequeño número (tales son las diversas aristocracias, militares o de nacimiento, de profesión o de riqueza), y hoy se inclina a volver a ser soberana por el triunfo de la democracia. Por lo tanto, pues, quedando en plena armonía con esta ley sociológica, de la cual podrían presentarse otras muchas ilustraciones, con razón se pretende para la función defensiva y penal, después del desarrollo que han recibido, en los siglos pasados y en el nuestro los diversos elementos que la componen y que ha hecho predominar el criterio ético de culpabilidad, que ella vuelva a su punto de partida, que vuelva a ser una función social inspirada, no en criterios extraños e inaccesibles, sino en las necesidades reales de la sociedad humana, y guiada por las nociones positivas sobre la génesis de la delincuencia.

Pero queda un efecto indestructible de la lenta evolución ascensional por la cual esta función ha pasado ya, progresando y elevándose sin cesar a medida que se alejaba de su punto de partida primitivo; a saber, que se va despojando de todo espíritu de *venganza* brutal para conservar únicamente el carácter de una *defensa* pura y simple, impuesta por las necesidades del mantenimiento social.

Quizá se vea subsistir por algún tiempo el sentimiento de aversión contra el delincuente, que tiene tanta importancia a los ojos de Tarde (1) como fuerza moral repulsiva y preventiva; y

(1) Tarde, *La philosophie pénale*, Lyon, 1890, pág. 497. El autor ha

ciertamente tiene su valor en la fase actual de moral transitoria, aun cuando aquél no sea más que uno de los innumerables factores psicológicos que intervienen en la génesis del delito, y por consiguiente, este autor exagere su eficacia; pero tal sentimiento continuará debilitándose hasta extinguirse, según ha ocurrido con otro análogo con relación a los locos. Estos, no hace todavía un siglo, eran odiados y castigados porque se atribuía su locura a su voluntad. Asimismo hoy se aborrece a los delincuentes, porque se atribuye a una falta moral por su parte y a su libre elección su tendencia al delito; mientras que evidentemente, si aun puede conservarse con relación a ellos un sentimiento de repugnancia, como para otros enfermos, por lo menos la aversión no tiene razón alguna de ser.

Digamos, pues, en resumen, que el estudio de esta evolución natural por la que, del hecho embrionario de una reacción de la irritabilidad y de la sensibilidad animales, se asciende al conjunto elevado y muy complicado de costumbres, instituciones y leyes, que constituye el ministerio punitivo moderno, nos conduce a una conclusión que se compone de dos partes de un mismo principio fundamental:

creído, a propósito del Congreso de antropología criminal de Ginebra, interpretar mi pensamiento al decir que yo preveía la extinción del sentimiento de aversión contra los delincuentes, como esto había tenido lugar con respecto a los locos, por el solo efecto del tiempo y de la evolución. (*Revue pénit.*, Diciembre 1896, pág. 1.242). Como hace notar Gauckler, *De la peine et de la fonction du droit pénal au point de vue sociologique* (en los *Archs anthr. crim.*, Septiembre 1893, pág. 46), existe ya una tendencia constante al crecimiento del sentimiento de piedad y en consecuencia a la atenuación de las reacciones sociales contra el delincuente, de suerte que decía Orchanski (*Les criminels russes*, en el *Arch. psych.*, 1878, XIX, página 1.^a, "la aversión instintiva contra el delincuente es un sentimiento propio del hombre inferior". Pero es evidente, además, que la razón de mi pensamiento se encuentra en las comprobaciones científicas por virtud de las cuales debemos considerar el delito (sobre todo bajo sus formas atávicas) como una de las formas de la patología humana, y no como el efecto de una voluntad malhechora; que es lo que ha acontecido con la locura. De forma que si es verdad, como dice Tarde, que la humanidad odia o no las acciones según que dependen o no de una voluntad malvada, será cierto, igualmente, que siendo el delito reconocido como efecto, no de la malignidad sino de la enfermedad, la razón de esta aversión cesará de existir.

Véase en este sentido: Jelsgerma, *Les caractères du criminel né sont d'origine pathologique*, en las *Actes du Congrès anthr. crim.*, Bruselas, 1893, página 34; Cabadé, *De la responsabilité criminelle*, París, 1893, pág. 37; Vargha, *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*, graz, 1896 y 1897, dos volúmenes.

La primera—más o menos completamente aceptada ya por algunos criminalistas, y que es más prácticamente admitida por la conciencia común en vista de la observación sincera de los hechos de cada día—estriba en reconocer al ministerio punitivo *el carácter de una pura misión defensiva o preservativa de la sociedad* (1).

La segunda—que es nueva como afirmación explícita, que por esta razón ha sido más vivamente combatida en principio, y que ahora se acepta como premisa por los eclécticos, pero sin que éstos tengan el valor de sacar lógicamente las consecuencias que ella entraña—consiste en la *independencia de esta función frente a toda condición de libertad moral o de culpabilidad moral en el delincuente*.

Por esta segunda parte se entra verdaderamente, con la sociología criminal, en lo más interesante del problema fundamental de la responsabilidad humana.

III

50.—Será no obstante bueno, de un modo previo, descartar algunas objeciones que los criminalistas clásicos, aun los más recientes, y algunos eclécticos, no cesan de dirigir al principio de defensa y de preservación social considerado como razón absoluta de la función penal, sin mezcla alguna de otros principios por los cuales se pretendiera completar y regular esta función. Erróneamente se llama a tales principios «principios superiores» (de justicia reparadora o distributiva), porque es claro que, hablando humanamente, no existe nada «superior» a las necesidades de la vida humana, sea individual o social; y es ya tiempo de abandonar las distinciones trasnochadas entre lo *útil*, «arbitrario, se dice vulgar y variable» y lo *justo*, «absoluto, noble, eterno»; puesto que ambos no son en el fondo más

(1) Esta función de defensa o de preservación contra el delito, ora sea en la sociedad o en el individuo, no puede ser independiente de toda condición o regla; que es lo que demostraré bien pronto, dando así una respuesta perentoria a los criminalistas que nos reprochan sin cesar, por una acusación tan cómoda como mal fundada, el sacrificar a la autoridad tiránica de un «interés social mezquino» todas las garantías del individuo delincuente real o supuesto.

que una misma cosa. Lo «justo» no es más que lo útil respondiendo definitivamente a las condiciones naturales de la existencia humana en un lugar y tiempo determinados, distinto, por consiguiente, de la utilidad inmediata y transitoria, que no está conforme con estas mismas condiciones, que sólo merece aquellos bajos calificativos, y que nosotros, positivistas, no admitimos nunca como regla de vida (1).

He aquí estas objeciones.

I. El derecho de castigar no puede ser asimilado al de defensa, porque la defensa tiene en perspectiva un hecho futuro, y la pena un hecho realizado.

II. Esta razón de *defensa o de preservación social*, considerada como principio único del derecho de castigar, constituye un paso hacia atrás, si se la compara con la razón de *tutela o defensa jurídica* puesta en primera línea por la escuela italiana clásica contemporánea, sobre todo si se considera que la defensa social puede legitimar cualquier exceso de poder de parte del Estado en detrimento de los derechos individuales, mientras que la defensa del derecho no admite esta posibilidad (2).

III. En todo caso no es la defensa social el fundamento y el alma de la justicia penal, sino solamente la defensa de la clase dominante.

51.—Cuando la sociedad, en calidad de persona, de cuerpo colectivo viviente, rechaza el ataque de un invasor enemigo, entonces estamos en el caso de la *defensa personal* directamente ejercitada, como cuando el individuo se desembaraza de un ladrón de camino; y no se trata propiamente hablando del derecho punitivo, sino de un caso de guerra defensiva. Es lo que acontece también en el supuesto de que un agente de la fuerza pública se oponga en nombre de la sociedad, a una agresión

(1) Un ecléctico, entre los más recientes, Saleilles, *Individualisation de la peine*, París, 1898, p. 7, repetía lo siguiente: "Política de defensa social, en ella el derecho penal se encierra todo entero: tal es su objetivo directo. Pero política de defensa social adaptada a las necesidades *innatas* de la *idea de justicia*; he aquí lo que es preciso agregar a la fórmula de la escuela italiana."

(2) Carrara, *Programma*, § 611, 815, etc. *Parte especial*, introducción al volumen I, p. 27; *Opuscoli*, I, 261, II, 12, etc. E igualmente en substancia los criminalistas de la escuela clásica.

directa dirigida hacia uno o varios individuos: allí es la sociedad quien ejerce por delegación la defensa personal defendiéndose ella misma en el individuo atacado. Cuando después la sociedad reprime, o, para emplear el lenguaje de otro tiempo, castiga al delincuente por una mala acción ya cometida, no se ejercita la *defensa* en el sentido estricto de la palabra, sino la *preservación*, aunque «el derecho de *defensa* (como observaba ya Romagnosi) no sea más que una transformación del derecho de *conservación*», y, por consiguiente, su equivalente, porque defenderse significa precisamente obedecer y proveer a la necesidad de su propia conservación (1).

La evolución natural de la pena, indicada un poco más arriba, nos prueba con hechos que la justicia penal no debe comprender otra función que la de la defensa o preservación de las condiciones de la existencia social (individual o colectiva). Equivocadamente, en efecto, casi todos los criminalistas han comparado la verdadera defensa propiamente dicha con la represión social; porque ésta debe en realidad compararse a la reacción vindicativa del individuo primitivo contra las ofensas ya sufridas. Los criminalistas llaman «providencial» este instinto primitivo de la venganza, y muchos representantes del ministerio público, hablan hoy todavía, de *vindicta social*, haciendo así alusión, sin saberlo, al origen primero del derecho de castigar (2), así como otras expresiones comunes recuerdan aún de lejos, según la observación de Bagehot, «el espíritu de guerra que penetra, a pesar del tiempo pasado, en nuestra moral» (3). Por esta razón, Stephen afirmaba que «la relación del derecho penal con la venganza es bastante análoga a la que existe entre el matrimonio y el instinto sexual» (4). La reacción individual o colectiva contra la acción criminal—es decir, la acción que ofende las condiciones de existencia del individuo o de la colectividad—no es más que una *venganza defensiva*.

(1) Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, § 49.

(2) Pagano, *Principii del codice penale*, § 1.º, etc.; Carrara, *Programma*, § 587.

(3) Bagehot, *Lois scientifiques du développement des nations*, París, F. Alcán, 1875, pág. 85.

(4) Stephen, *General View of the criminal Law of England*, Londres, 1863, pág. 99.

Ellero, cuando escribe que «la pena mira hacia los delincuentes futuros y *no* a aquel (yo diría, y *al mismo tiempo* a aquel) que castiga», confirma precisamente el antiguo adagio «punitur non quia peccatum, sed ne peccetur» (1).

Seguramente la defensa social no es por completo la venganza personal, toda vez que ésta es la primera fase de una evolución que acaba con aquélla; es un *acto* individual y transitorio, que llega a ser una *función* colectiva y permanente, respondiendo a una necesidad permanente y colectiva también. Por esto Romagnosi decía: «La función penal no es ni individual ni temporal: es universal y perpetua para una sociedad entera» (2). Además, esta misma fórmula—«el mal *merece* el mal»—que es, según Kant, Mamiani, Rossi, Guizot, de Broglie, etcétera, la expresión más alta de la justicia moral absoluta y el único fundamento del derecho de castigar, es sólo una quinta esencia de la venganza primitiva y del Talión. Y la regla del Talión constituyó a su vez un gran progreso cuando nació, y se impuso: pero hoy está arrumbada por la evolución moral.

La «moral ideal y absoluta» puede muy bien aconsejar «a aquel que recibe una bofetada sobre la mejilla derecha, que ponga la izquierda»; pero los instintos de conservación, de defensa, de venganza personal, reunidos a la vez, imponen por el contrario una reacción de la cual el «ojo por ojo, diente por diente», fué la primera expresión, que tomó después una forma más general y menos material en la fórmula equivalente—el mal llama al mal—. Pero nosotros oponemos a esta afirmación *gratuita*, y por lo tanto menos moral en realidad, la necesidad de la reacción defensiva impuesta a todo ser viviente por el instinto de conservación.

Desde luego el individuo no podría invocar la razón de legítima defensa si matara a un hombre con el pretexto de que éste u otro había de atacarle en un porvenir más o menos lejano; porque en la vida real, el individuo no está todos los días expuesto a las agresiones. Es, pues, natural que el individuo deba esperar, para defenderse, a que esta agresión se produzca

(1) Ellero, *Opúscoli criminali*, Bolonia, 1875, pág. 132..

(2) Romagnosi, *Genesis del diritto penale*, § 337.

realmente: mientras espera no podrá tomar contra el peligro futuro más que las precauciones preventivas e indirectas que corresponden al individuo y a la sociedad, y que son también las más eficaces.

La sociedad, por el contrario, como organismo colectivo y permanente, sufre todos los días y a todas horas, en tal o cual parte de su conjunto, agresiones criminales continuas, no interrumpidas, bajo la forma de homicidios, robos, falsificaciones, violaciones, incendios, etc. (1). Se puede, pues, decir, sin exagerar, que para ella la agresión es siempre actual e inminente, que ella tiene verdaderamente para sus actos represivos esta condición fundamental de la legítima defensa: de suerte que sólo ejerce, lo repetimos una vez más, una función preservativa inherente a todo organismo social.

52.—Sea, repican los criminalistas clásicos; pero entonces, ¿no véis que hablando de una defensa *social* más o menos impregnada del espíritu de venganza, exponéis al individuo a toda suerte de vejaciones de parte de la sociedad que, en nombre de las pretendidas necesidades o utilidades sociales, exagera la represión, y obtiene por la anulación de los derechos individuales y humanos, aquel famoso orden que «reinaba en Varsovia»? Nosotros, por el contrario, dicen ellos, hablamos de defensa o de protección *jurídica*, y oponemos así el Derecho, límite supremo y absoluto, como un dique infranqueable a todos los excesos de la sociedad frente al individuo.

Estimo inútil hacer notar que esta generosa preocupación de los criminalistas clásicos, es debida a la corriente individualista propia del siglo XIX, y que, llegando a la exageración, continúa viendo en la sociedad moderna lo que era el Estado de la Edad Media, es decir, el enemigo del individuo: esta preocupación disminuirá cada vez más en el moderno equilibrio, que la sociología positiva considera precisamente

(1) De este modo desaparece, con el equívoco en que está fundada, la siguiente objeción sin cesar repetida: "Que no hay defensa legítima contra las agresiones futuras, pues sólo existe contra la agresión actual." Proal, *Déterminisme et pénalité*, en el *Archiv. d'Anthrop. crim.*, Julio 1890, p. 379. Muchos otros lo habían dicho antes que él, y entre ellos Ortolán, *Eléments de droit pénal*, I, § 180.

establecer entre el individuo y la sociedad, como términos inseparables y estrechamente solidarios de la vida humana. Es-timo asimismo superfluo volver con insistencia sobre la idea que tan justamente emitia Livingston en su prefacio al proyecto de Código penal de la Luisiana: «La utilidad general está tan íntimamente ligada con la justicia, que ambas son inseparables en la justicia criminal»; o diría, por mi parte, que son una sola y misma cosa. Me parece más útil reproducir aqui una idea ya expresada en otra parte y que han aceptado tanto Puglia como los demás adeptos de la escuela positiva, idea que confirma una observación hecha por Carrara y repetida por Cisotti, a saber: que a menudo las fórmulas «desemejantes por los terminos en que están envueltas, acaban por unificarse en el fondo» (1).

Sí, yo creo que la fórmula—«necesidad de la defensa *juridica*»—está verdaderamente de acuerdo con los hechos y proporciona la única justificación positiva del derecho de castigar; pero creo también que la fórmula—«necesidad de la defensa o conservación social»—no es sólo equivalente a la primera, sino mucho más exacta que ella.

En efecto, la expresión «defensa del derecho» esconde un equívoco que consiste en no distinguir con precisión el *derecho racional*—conjunto de principios elaborados entre los pensadores y los juristas—y el *derecho positivo*, precepto social, expresión de la voluntad de la mayoría legal y de una necesidad general. Porque si por estas palabras «defensa del derecho» se entiende que la sociedad al castigar, debe trabajar por la conservación de un orden jurídico abstracto, racional, entonces no es verdaderamente la misma cosa que la «defensa social», que representa por el contrario las condiciones concretas de la

(1) Cisotti, *Il diritto penale (Riv. penale, 1876, 283)*.

Y sin embargo, la escuela clásica italiana contemporánea, después de haberse dedicado con ahinco a analizar el delito como entidad abstracta, ha perdido mucho tiempo y mucho ingenio en discutir para saber si la razón del derecho de castigar era la «*tutela jurídica*» (Carrara), la «*conservación jurídica*» (Tolomei), o la «*reintegración jurídica*» (Pessina).

Este bizantinismo llega a su colmo en la famosa fórmula hegeliana: «el delito niega el derecho», pero «la pena niega el delito»; luego «la pena reafirma el derecho», considerando que «la negación de una negación es una nueva afirmación».

existencia social. Pero entonces también es fácil notar que ésta no es la verdadera razón de ser del ministerio punitivo; pues si la sociedad está obligada, al formular sus leyes, a seguir los dictados de la razón y de la ciencia, no obstante ella no puede, una vez que ha realizado bajo una forma concreta un orden de leyes determinado, más que asegurar la conservación del mismo, según existe en la actualidad y sea o no conforme a los principios científicos. Como la idea de derecho no es absoluta, eterna e inmutable (1), pues varía con los tiempos, los lugares y aun las personas, evidentemente el punto de partida único para el estudio científico de una función social sólo puede ser el derecho positivo, tal como es actualmente en una sociedad dada.

Por lo tanto, si se dice que lo que facilita a la sociedad el derecho de castigar es la necesidad de la defensa jurídica, esto no puede significar sino que la sociedad castiga para conservar el orden jurídico existente en un momento histórico determinado. Mas entonces es también fácil ver que «defensa jurídica» equivale exactamente a *defensa social*, porque Sociedad y Derecho son dos términos correlativos e intercambiables. Quien dice *derecho* dice *sociedad*, porque no existe derecho sin sociedad, como no existe sociedad sin derecho. El derecho, como dijo de un modo acertado Ardigó (en una frase singularmente afortunada que ha sido mil y mil veces repetida desde que yo la puse en circulación entre los juristas), *el derecho es la fuerza específica del organismo social*, como la afinidad es la fuerza específica de las sustancias químicas, la vida la de las sustancias orgánicas, la *psiquis* la de las sustancias animales (2).

Así como no hay sustancias químicas sin afinidad, organismos sin vida: animal sin *psiquis*, así no puede haber sociedad sin derecho.

Si un hombre estuviera solo sobre la tierra, ningún límite hallaría a su actividad. Encontraría obstáculos en las fuerzas

(1) Spencer, *Le basi della morale*, Milán, 1881, pág. 45; Hennebicq, *Leçon d'ouverture au cours de droit naturel*, Bruselas, 1896.

(2) Ardigó, *La morale dei positivisti*, Milán, 1879, pág. 550.

Bordier (*La vie des Sociétés*, París, 1887, pág. 25) dice con menos exactitud que "el medio social está gobernado por la sociabilidad, como el medio químico por la afinidad".

naturales o en los demás animales; pero no podría tener ni existir regla jurídica alguna de conducta entre el hombre y las cosas o los otros seres, porque habría heterogeneidad absoluta, ya de orden natural, ya de especie animal. Si el derecho sólo es posible en el hombre, no es porque sea el único dotado de razón y de libre voluntad, como dicen los juristas fieles a la filosofía tradicional, sino únicamente porque la especie, la raza, es el gran criterio de afinidad social, pues no puede existir más que entre hombre y hombre una relación verdaderamente social y por consecuencia jurídica. El alma del derecho es la igualdad, en su relación moral o ideal, y también en su consideración física u orgánica. En efecto, si un hombre civilizado se encontrase con un salvaje de los más inferiores, no podría tampoco tener con él una regla común de derecho: la enorme diferencia orgánica y psíquica que separaría sus dos razas, impediría entre ellos todo acuerdo recíproco sobre los límites impuestos a su coexistencia (1). Las razas más degradadas, según observa con acierto Lubbock, no tienen la idea del *derecho*, por muy familiar y tenaz que sea entre ellas la de la *ley* o del mandato del jefe de tribu (2). Sólo entre hombres que no son muy desemejantes por la raza o la constitución psíquica, puede establecerse una regla constante de conducta, que seguirá, ella también, en su desarrollo y perfeccionamiento, los grados sucesivos de la evolución humana y social. Sin hablar de las sociedades animales, se encuentran aun entre los salvajes ciertas reglas de vida colectiva impuestas por las primeras condiciones de la existencia, y que representan el embrión de este orden social y jurídico que vemos después progresivamente extenderse y complicarse con el desenvolvimiento de la civilización, y pasar de una oposición simple y violenta de fuerzas brutales a un equilibrio racional de facultades jurídicas.

(1) Esta observación que yo había hecho sobre la igualdad o la semejanza, hasta física, como condición de relaciones jurídicas, ha sido reproducida después por Tarde, en su teoría ecléctica de la responsabilidad, fundada sobre la *identidad personal* y sobre la *similitud social*, de la que yo me ocuparé más adelante. Párr. 5.º—Giddings (*The principles of sociology*, New-York, 1896 y traducción francesa, París, 1897), sostiene que el carácter específico y el lazo elemental de la sociedad no son otra cosa que "la conciencia de la especie".

(2) Lubbock, *Les origines de la civilisation*, Turín, 1875, pág. 609.

Así desde el momento que hay dos hombres que están presentes, su actividad externa encuentra límites en su propia coexistencia: el mismo utensilio no puede ser empleado por los dos al mismo tiempo; un sólo alimento no puede servirles a ambos (1). Pues bien, si a estos dos hombres se les une un tercero, un cuarto y así otros hasta formar la tribu salvaje, hasta el Estado moderno, sus relaciones y en consecuencia los límites de sus actividades individuales se multiplicarán y entrelazarán cada vez más, y el orden jurídico no cesará de complicarse. Este sigue también la ley universal de la evolución, por el paso de lo simple a lo compuesto. Mas cualquiera que sea el grado de desarrollo de la idea abstracta del derecho y del orden jurídico concreto, es un hecho incontestable que no puede existir una sociedad humana sin que la actividad de sus miembros tenga límites, es decir, sin que haya un orden jurídico. La concepción experimental del derecho, la sola posible, es el *límite necesario de las actividades coexistentes*. Stuard Mill decía precisamente, que «el derecho es una libertad limitada por otra libertad», y Stein, repite que el derecho «es, hablando abstractamente, el límite entre las personas, en cada momento particular de su vida real» (2). Dante definía el derecho: «hominis ad hominem realis ac personalis proportio», y Kant: «una coacción universal que protege la libertad de todos» (3); Spencer decía: «los derechos son una relación de hombre a hombre, fuera de la cual es imposible aquella correspondencia entre las acciones internas y externas de donde resulta la vida»; y más recientemente: la justicia es «la libertad de cada uno, limitada únicamente por la libertad igual de los otros» (4).

(1) Spencer, *Justice*, Londres, 1891, comienza asimismo la enumeración de los derechos humanos por el "derecho de integridad física" (capítulo IX)—"de locomoción y de movimientos libres" (cap. X)—"de uso de los medios naturales" (cap. XI), etc.

(2) Stein, *Die Volkswirtschaftslehre*, II, *Aufl.*, Viena, 1878, traducción Lambertenghi, Verona, 1879, § 6.

(3) Citado por Carle, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, Turín, 1880, p. 307, y 2.ª edición, 1891.

(4) Spencer, *Justice*, Londres, 1891, p. 46 y Apéndice A, donde declara no haber conocido la definición de Kant, semejante a la suya.—Pero Spencer no recuerda la definición del derecho, más parecida todavía, dada por Stuart Mill.

Y como es fácil ver, de esta concepción negativa del derecho, como *límite* impuesto por las necesidades de la asociación de existencias individuales, nace este otro término correlativo e inseparable, su concepción positiva como *facultad de hacer y de exigir* todo lo que no exceda por nuestra parte del límite que, marcado por la coexistencia de otro, sirve a contener a éstos con respecto a nosotros en este mismo límite (1).

De aquí se sigue que el derecho y el deber, en lugar de estar el uno con relación al otro en un orden de precedencia y de preeminencia, como han soñado los moralistas y los filósofos del derecho, son contemporáneos e inseparables, como el anverso y el reverso de una misma superficie, porque están determinados por las necesidades inevitables de la existencia humana (2).

Pero el derecho, además de su aspecto *individual* de límite exterior y recíproco entre las actividades humanas coexistentes, y por lo tanto de facultad de hacer y de exigir hasta este límite, debe también ser considerado bajo su aspecto *social*, que es también doble. Es decir, que en tanto que la coexistencia de dos o de varios hombres hace necesaria una serie de límites negativos y de facultades positivas en su actividad externa, es evidente que el derecho no puede ser concebido más que como un producto necesario y una fuerza específica, una función protectriz interna, de todo organismo social.

Así como entre los animales la *psiquis* tiene por origen y función la protección de su existencia, puesto que, por ejemplo, el idiota abandonado a sí mismo muere a consecuencia de la insuficiencia psíquica absoluta en que se encuentra de procurarse y de asegurarse las condiciones necesarias a su existencia (3); de igual modo el derecho tiene por origen y función la

(1) En esto consiste lo que Stricker llama "la fisiología del derecho" (Viena, 1884), constituida por el sentimiento de la facultad de hacer, sentimiento que el hombre debe al poder de la voluntad sobre los músculos y a la experiencia que le enseña que los demás hombres tienen el mismo poder y en consecuencia la misma facultad de obrar.

(2) Véase Kowalewski, *Les origines du devoir*, en la *Rev. intern. de sociol.*, Febrero 1894.

(3) Sergi, *Origine e significazione biológica dei fenomeni psichici*, Milán, 1885.

protección de la sociedad, que no podría existir si, entre los individuos que la componen, no existiera en sus relaciones entre ellos y con la colectividad, este conjunto de reglas negativas (límites) y positivas (facultades) que constituyen precisamente el derecho. Por esto mismo la frase de Ardigó:—«El derecho es la fuerza específica del organismo social»—debe ser completada por la de Ihering:—«El derecho es la garantía de las condiciones de existencia de la sociedad» (1)—. He aquí también por qué el derecho, como idea (en las teorías filosóficas y en la ciencia común) y como hecho (en las leyes o costumbres), no es ni absoluto, ni eterno, ni inmutable. De la propia suerte que el lenguaje, el arte, la economía, la religión y la moral, es un producto especial que varía en el tiempo y en el espacio, según las aptitudes fisiológicas de cada grupo étnico, y las condiciones del medio en que la vida se desarrolla. Así (dicho sea de pasada), mientras que esta manera positiva y relativa de considerar el derecho ha parecido a la filosofía tradicional un verdadero retroceso con el cual se suprime toda garantía contra la arbitrariedad del Estado, al suprimir la autoridad sólida, preexistente y superior, de un arquetipo eterno del derecho (por cuya razón los juristas clásicos escriben Derecho con una D mayúscula, como los platónicos escriben Idea con una I mayúscula), es, por el contrario, la única manera, no digo solamente científica, sino verdaderamente fecunda, de fortificar la conciencia jurídica, entre los individuos y entre las naciones, en vista de aquella «lucha por el derecho», en la cual Ihering señalaba con razón el primer deber de todo hombre civilizado (2).

Si, en efecto, el derecho no es inmutable, sino que sigue la ley de evolución como cualquier otro fenómeno natural y social, es evidente que, así como hoy es diferente del derecho de los pasados tiempos, así también será mañana otro y mejor, porque será siempre más humano, que el derecho de hoy; y la humanidad debe precisamente luchar sin descanso porque el derecho se desenvuelva y se eleve, en lugar de momificarse en

(1) Ihering, *Der Sittlich Recht*, 2.^a edic., Leipzig, 1884.

(2) Ihering, *La lotta per il diritto*, Milán, 1875.

las fórmulas de los teóricos o en los códigos de los legisladores.

El otro aspecto social del derecho consiste en la sanción legal que es su contenido necesario y que constituye el único criterio positivo (punto acerca del cual tanto se ha discutido) de las reglas de la moral. En todo organismo social las condiciones naturales de la existencia determinan reglas de conducta que en parte tienden a hacer posible y satisfactoria la coexistencia de todos los individuos asociados, y en parte a defender los intereses de la clase dominante; de suerte que puede decirse del derecho considerado bajo este aspecto social, que tiene por función mantener la solidaridad social (Durkheim) y a la vez impedir la desigualdad (Gumplowicz).

Estas reglas de conducta tienen, según veremos más adelante, cada una su propia sanción coercitiva; es decir, que determinan una reacción de la sociedad contra el individuo que las infringe. Solamente cuando una regla de conducta posee para la existencia de la sociedad o para la de una clase una importancia considerable, es aquélla acompañada de una sanción coactiva y llega a ser así una regla de derecho, y no ya de conveniencia o de moral.

Toda infracción a las reglas del derecho determina una sanción, o sea la reacción no sólo de la opinión pública, sino del Estado que pone su fuerza al servicio de una ley emanada de la autoridad social.

La palabra justicia, en su sentido positivo, expresa el conjunto y la idea general de las sanciones sociales que, en todo tiempo y lugar, sea por la costumbre o por la ley, pero siempre con una autoridad coactiva, fijan y protegen las reglas del derecho determinadas por las condiciones especiales de la existencia social. Sin embargo, una ley constante rige el ciclo que recorre, desde su nacimiento hasta su declinación, todo derecho relativo a la defensa de una clase mucho más que a la de toda la colectividad: esta ley es que en principio las *necesidades* de la existencia (individual y social) determinan *intereses* correlativos (en el individuo o en la colectividad), y éstos conducen a una lucha que tiene por objeto transformarlos en *derechos*, asegurándolos por la sanción coercitiva; después los *derechos*, por consecuencia de abusos inevitables y del cambio

de las condiciones económicas, y por lo tanto, sociales, degeneran en *privilegios*; y éstos, con más o menos obstinación, se oponen largo tiempo, pero vanamente, a la evolución social ulterior que se produce por la conquista de nuevos derechos correspondientes a las necesidades y a los intereses nuevos determinados por el cambio de las condiciones sociales (1).

La experiencia directa, transmitida luego hereditariamente, de estas sanciones legales, hace nacer y desarrolla en cada individuo «la conciencia del derecho», y la experiencia de las sanciones de la opinión pública y de la religión, origina y desenvuelve «la conciencia moral», que se debería llamar, para hablar con más exactitud, «el sentido social» (2).

(1) La lucha secular de la burguesía (Tercer Estado) contra las clases dominantes (aristocracia y clero), impuesta por necesidades e intereses nuevos correspondientes al nacimiento de la industria manufacturera y el descubrimiento de América; hoy la lucha del proletariado por su propio derecho, es decir, para el derecho humano de todos los miembros de la sociedad, lucha determinada por las necesidades e intereses nuevos consiguientes a la gran industria capitalista característica del reinado de la burguesía, son ejemplos manifiestos de esta transformación, primero evolutiva, después involutiva, de las necesidades en intereses, en derechos y en privilegios.

(2) D'Aguanno (*Genesi ed evoluzione del diritto civile*, Turín, 1890, páginas 99 y siguientes) sostiene con razón que la conciencia jurídica aparece espontáneamente en el pueblo como sentimiento que acompaña la recíproca limitación de las actividades coexistentes. Pero sufre equivocación, a mi entender, al no aceptar, combatiendo con esto la teoría inglesa (Stuard Mill, *L'utilitarisme*, cap. V, París, F. Alcán; Bain, *Les Emotions et la volonté*, pág. 1.^a, cap. XV, París; Spencer, *Principes de psychologie*, II, pág. 625, París; y *Justice*, Londres, 1891, págs. 152, 155), que la sanción jurídica deriva de la afirmación de las sanciones legales de parte del poder social; porque éste también es al propio tiempo un elemento incontestable de la génesis de la "conciencia del derecho" en cada individuo. Sólo de este modo puede explicarse el predominio creciente del elemento *psicológico* sobre el elemento *psíquico* en la coacción como carácter específico del derecho (véase Neukamp, *Das Zwangsmoment in Recht*, en el *Jahrb. intern. Verein. vergleich. Reichsw.*, 1899, IV, fasc. I).

A los ojos de la filosofía metafísica, al revés, el hombre nace, ya se sabe, con un sentido moral congénito, gracias al que, anteriormente e independientemente de toda experiencia social, tiene el sentimiento de lo que es justo o injusto, según las reglas eternas y absolutas de la ley moral. En esta afirmación hay una parte de verdad; la predisposición hereditaria que posee todo hombre a sentir y concebir las reglas de la moral y del derecho merced a la experiencia de las generaciones pasadas, que facilita desde la niñez aquellas enseñanzas de que se compone la educación; pero es preciso rechazar por inexacta y quimérica (la ciencia ha renunciado para siempre a ella después de la crítica triunfante que Locke ha hecho de los principios innatos) la existencia pretendida de las normas absolutas y eternas de la moral y del derecho, de las que todo

A continuación del estudio teórico y sistemático de las normas negativas y positivas de la actividad humana, bajo sus aspectos individual y social, nace y se desarrolla la ciencia del derecho: esta será metafísica o positiva, según parta de abstracciones ideales o de la observación de los hechos, y seguirá las fases de la filosofía general, porque si ésta estudia al hombre por entero, aquélla lo hace de una parte importante del hombre, o sea de la vida social, exterior, jurídica.

De cualquier modo, sin embargo, que se considere esta parte de la existencia humana, ya sea bajo su aspecto individual—límite inevitable entre dos o más actividades coexistentes y como facultad correspondiente y necesaria de hacer y exigir todo lo que entra en este límite—ya sea en su aspecto social—como fuerza específica de todo organismo social y como sanción colectiva correspondiente y necesaria—en todo caso queda establecido que *sociedad* y *derecho* son dos términos equivalentes y correlativos. En su virtud, decir defensa jurídica o defensa social es idénticamente la misma cosa; sólo la fórmula que habla de defensa social es más exacta, porque excluye un posible equívoco con este derecho abstracto y absoluto que nada tiene de común con el ministerio punitivo considerado en su ejercicio práctico como función social cotidiana.

Primero se ha castigado para vengar las ofensas, después para apaciguar la divinidad ultrajada y restablecer la autoridad del príncipe atada por el delito; más tarde se creyó que la razón del derecho de castigar era una justicia más o menos absoluta o la obligación de corregir al culpable, y se atribuía a este derecho el carácter de sacerdocio moral; por último, se ha pensado que la verdadera base era la necesidad de la defensa jurídica o social.

De todas suertes, sean las que fueren las razones y el fin invocados por los pensadores, la sociedad ha ejercido en todo

hombre llevaría en sí la conciencia innata. Como decía Pascal, un mericano basta a derribar todas las reglas de la justicia: matar a los padres es la más horrible de las injusticias para un europeo, y por el contrario, es el más sagrado de los deberes morales para los habitantes de Sumatra y para los de otras poblaciones salvajes (consúltese para la crítica de las ideas innatas, Laviosa, *La filosofía científica del diritto in Inghilterra*, parte I, Turín, 1897, págs. 313 y siguiente).

tiempo el ministerio penal o represivo; lo cual significa que es una condición esencial de la existencia social (1). No es, en suma, más que un efecto de la ley universal de conservación; es, por lo tanto, una función que, despojándose gradualmente del espíritu de venganza, de penitencia, de justicia retributiva, debe hoy ser reducida a su carácter verdadero de clínica preservadora contra la enfermedad de la criminalidad.

53.—La última objeción contra la idea de que la defensa social es la razón de la función penal, es afirmar que «el oficio de las leyes penales no ha sido hasta aquí defender a la sociedad, es decir, a cuantos grupos la componen, sino que ha sido proteger particularmente los intereses de aquéllos en cuyo favor está constituido el poder político, o lo que es igual, de la minoría» (2).

Quiero recordar a este propósito que desde mi segunda edición italiana (1884), he dicho siempre que «defensa social» equivale a defensa del orden jurídico *concreto*: pues bien, es incontestable que en este orden concreto prevalecen en cada época

(1) Carrara (*Programa*, § 612), dice: "No es la sociedad la que hace nacer el derecho de castigar; es la necesidad de castigar a los violadores del derecho lo que origina la sociedad civil."

Sin contar con que esto constituiría un retorno inesperado a la teoría por completo artificial del contrato social, es extraño en todo caso que pueda concebirse: 1.º "Que el derecho haya existido antes que la sociedad civil"; pero si no había sociedad, ¿dónde y cómo se albergaría el derecho civil? *In mente Dei* quizá, pero no entre los hombres.—2.º Que la sociedad civil se haya constituido para castigar a los violadores del derecho. La sociedad humana se constituyó ante todo, porque el hombre, lo mismo que otras especies animales, no puede vivir en el aislamiento; pero además por otras razones y para otros objetos mucho más nobles y fecundos que el de "infligir castigos a los violadores del derecho", ¡como si ésta no fuera más que una "sociedad de seguros mutuos contra el delito, como existe contra el incendio y el granizo!" Esto me confirma en mi opinión de que si Carrara fué un grande y maravilloso espíritu como anatomista teórico y práctico de los delitos (como seres jurídicos), no lo fué en el mismo grado como jurista, sociólogo y psicólogo.

(2) Vaccaro, *Genesi e funzione delle leggi penali*, Roma, 1889, p. 101; Loria, *Les bases économiques de la constitution sociale*, París, 1893, páginas 114 y siguientes; Stein, *Die Gesellschaftslehre*, 56 a 73, y *Gegenwart und Zukunft des Rechts und Staatwissenschaft*, II, 4 y III; Ihering, *Der Zweck im Recht*, cap. VIII, § 2; Gumplowicz, *Grundriss der Sociologie*, Viena, 1885, págs. 189 y siguientes, y en la traducción francesa; *Précis de sociologie*, París, 1896, págs. 309 y siguientes, donde dice que "el verdadero principio, el alma misma de todo derecho, es el mantenimiento de la desigualdad".

histórica los intereses de las clases dominantes; pero también es incontestable que la civilización evoluciona precisamente en el sentido de borrar de un modo gradual o atenuar en el derecho social las desigualdades más visibles entre las clases dominantes y las clases sometidas. Por esto se ha luchado primero, y victoriosamente, para suprimir la desigualdad civil (amos y esclavos), después la desigualdad religiosa (ortodoxos y heréticos), luego la desigualdad política (lucha del tercer estado o burguesía contra la aristocracia y el clero), y ahora se lucha por suprimir la desigualdad económica (proletariado y burguesía), según ya he explicado más ampliamente en otra parte (1).

En definitiva, esta objeción no tiene, pues, nada de concluyente contra la solución dada por la escuela positiva al problema de la responsabilidad y de la justicia penal.

Pero si esta objeción carece de valor para desvirtuar el contenido y el fondo de nuestra teoría sobre la defensa y la preservación social como única razón positiva de la justicia penal, sirve, no obstante, para precisar mejor los límites y las tendencias de la misma en el momento en que, según yo he hecho recientemente, se integra la idea de *defensa social* con la de *defensa de clase*.

Cuando los positivistas, después de haber insistido en un principio, como era necesario, acerca de la constitución y de la afirmación del factor antropológico en la génesis natural del delito, hubieron de volver su atención también sobre las influencias sociales que actúan en la criminalidad, y sobre sus relaciones con la justicia penal (2), ocurrió que en Italia y en otros países los sucesos político-sociales (atentados anarquistas, panamismo y su relativa impunidad, movimientos populares en Sicilia y la Lunigiana, y represión que los combatió por el estado de sitio y los Tribunales militares, cuyos hechos se repitieron en 1899), pusieron como bajo un

(1) *Socialismo e scienza positiva*, Roma, 1894, y 2.ª edición, Palermo, 1900.

(2) Es lo que de otra parte y por mi cuenta, he hecho siempre desde un principio, precisamente con la clasificación de los factores antropológicos, físicos y sociales de la criminalidad, y en consecuencia con la clasificación bio-sociológica de los criminales.

cristal de aumento los males más secretos del mecanismo penal (1).

Fué entonces cuando habiéndome dedicado, después de la tercera edición italiana de la presente obra (1892), al estudio de la teoría marxista como doctrina sociológica, llegué de una parte a la consecuencia de que el socialismo científico es la conclusión lógica e inevitable de la sociología, condenada de otra suerte a permanecer estéril e impotente (2); de otra parte llegué a distinguir en la criminalidad, dos grandes categorías de hechos diferentes por su carácter, sus móviles y sus consecuencias, y en la función penal dos espíritus, en antagonismo mayor o menor y prevaleciendo más o menos el uno sobre el otro, según las formas diferentes de la criminalidad que hubiera que reprimir (3).

Existe, en efecto, una criminalidad atávica y una criminalidad evolutiva. La primera es la criminalidad «común», que se presenta bajo la forma muscular y atávica propiamente dicha, o en la forma fraudulenta, más moderna y modificada por la evolución. La segunda es la criminalidad, político-social, aquélla que bajo una u otra de las dos formas tiende (de una manera más o menos ilusoria) a acelerar las fases futuras de la vida político-social (4).

(1) Siempre, en la sociología, hay de estos *hechos reveladores*, que ponen a una luz más viva los defectos y el espíritu de ciertas instituciones. Así el proceso Dreyfus ha *revelado*, como hubiese podido hacerlo una lupa, los defectos y el espíritu de la justicia militar (dominada por el militarismo aliado a su vez al clericalismo), en oposición con la justicia civil en los trabajos de la Cour de Casation francesa, relativos al mismo proceso. Los errores judiciales y los abusos de la justicia militar eran y son todavía un fenómeno cotidiano; precisaba, a pesar de ello, el inmenso clamor levantado por el proceso Dreyfus para obtener la evidencia.

(2) *Socialismo e scienza positiva*, Roma, 1894, y segunda edición, Palermo, 1900; *Sociologie et socialisme*, en los *Annales Inst. intern. Sociol.*, París, 1895, I, 157.

(3) *Delinquenti ed onesti*, en la *Scuola positiva*, Junio 1896; *Temperamento e criminalità* (Memoria presentada al Congreso antropológico criminal de Ginebra), en las *Actes*, etc., Ginebra, 1897, p. 86, y en la *Scuola positiva*, Agosto 1896; *La giustizia penale*, resumen del curso de Sociología criminal en Bruselas, 1898.

Sobre este resumen, véase: Cruppi, *Les idées de M. E. Ferri sur la justice pénale*, en la *Revue bleu*, 3 Diciembre 1898; Richard, en el *Année sociologique*, París, 1898, I, p. 435 y París, 1899, II, p. 413; ídem, en la *Revue philosophique*, Diciembre 1898; Quirós, en la *Rev. gen. de Legis. y Jurisp.*, Enero 1899.

(4) No empleo los términos "criminalidad atávica", "criminalidad

Por esto la distinción entre la criminalidad atávica y la criminalidad evolutiva, que tiene sobre todo un fundamento psicológico-social (en el carácter de los *motivos determinantes*), se complica aún más, en la vida real, ya por sus *formas de ejecución*, que pueden ser atávicas en la criminalidad evolutiva y viceversa, sea por la *categoría antropológica* de los criminales.

La criminalidad bajo su forma más característica (muscular), se encontrará, *por regla general*, entre los criminales natos, o habituales o alienados; y cuando se presente entre los delincuentes ocasionales o por pasión, tomará, *por regla general*, las formas menos graves de la violencia o del fraude. Y más seguramente todavía, la criminalidad evolutiva será, por lo general, la obra de los pseudo-criminales, es decir, de los hombres normales (para las formas de pura heterodoxia político-social), o de criminales pasionales (por fanatismo como Orsini y Caserio) u ocasionales (sobre todo en los delitos colectivos y en los de las muchedumbres); pero puede ser también, por excepción, la de los criminales natos (como, por ejemplo, Ravachol) o de criminales enajenados (ejemplo, Pas-sanante) (1).

El problema práctico de las medidas que deben tomarse contra los autores de determinado delito, no podrá, pues, ser resuelto más que por la aplicación simultánea de los diversos criterios bio-sociales (como veremos más adelante en el § VII, núm. 68, y en el capítulo IV, §§ V y VII, es decir, de las con-

evolutiva", en el sentido que les han dado Sighele y Ferrero, que fueron los primeros en emplearlos (*Il mondo criminale italiano*, I, Milán, 1893 y II, Milán, 1895), al llamar criminalidad atávica a la que es violenta y material, y criminalidad evolutiva a la que es fraudulenta e intelectual.

(1) El bandolerismo es desde este punto de vista uno de los fenómenos más característicos; porque puede en efecto pertenecer a la criminalidad evolutiva (aquella cuyos móviles son políticos o de protesta social, como en el tipo de Karl Moor, inmortalizado en *Los bandidos*, de Schiller), o a la criminalidad atávica (cuyos móviles son la venganza, la ferocidad, la avaricia), bajo sus formas más terribles. Puede limitarse a formas leves de violencia o de fraude (cartas amenazadoras, secuestros sin heridas, etc.), y puede llegar hasta las formas más atroces (crueldades, canibalismo, etc.). Puede encontrarse en los criminales pasionales y de ocasión (bajo el tipo clásico de los *bandidos* que se echan al campo después de un homicidio inspirado por los celos o por el honor ofendido), y entre los criminales habituales y por tendencia congénita.

Así se explica la fascinación que los jefes de bandoleros han ejercido siempre en las poblaciones primitivas.

diciones del *acto*, del *agente* y de la *sociedad*, según el derecho violado, los motivos determinantes y la categoría antropológica del delincuente.

Mientras tanto, por lo que hace relación la presente cuestión, la conclusión es que en todos estos fenómenos criminales hay siempre una amenaza material o una violación efectiva de las condiciones actuales de existencia del individuo (en su personalidad bio-social) o de la sociedad (en su constitución histórica concreta). Pero lo que los separa esencialmente a unos de otros, de un modo independiente de la morfología diferente de violencia o de fraude, son los móviles por los cuales el autor del hecho es determinado, móviles de interés egoísta y antisocial, o móviles de interés altruista y social. De donde resulta que, contra la criminalidad atávica, existe un interés universal de defensa, mientras, con respecto a la criminalidad evolutiva, el interés se reduce a la minoría de las clases dominantes.

A esta distinción entre la criminalidad atávica o antihumana y la criminalidad evolutiva o antisocial (en sentido estricto), responde la que se hace entre la defensa social y la defensa de clase, que puede también degenerar en tiranía de clase (1).

La idea de «defensa social» y la de «defensa de clase» son una y otra incompletas. La síntesis que las integra es la que yo he ofrecido en la pág. 83 de mi *Justicia penal*; o sea que la función penal, por la cual el Estado hace al individuo responsable del delito cometido por él, es la expresión y el efecto de una doble necesidad natural: de un lado preservar a la colectividad toda, de las formas antihumanas de la criminalidad, y de otro defender a una parte de la colectividad, la clase dominante.

Esta preservación y esta defensa prevalecerán diversamente, según que la criminalidad sea atávica o evolutiva, atacando en el primer caso a las condiciones inmanentes de la exis-

(1) Otro tanto puede decirse a propósito de las relaciones entre el derecho civil y los intereses de la clase dominante, de las que tantos autores se han ocupado después de Menger (*Il diritto civile e il proletariato*, 1889, y traducción italiana, Turín, 1894).

Spencer lo reconocía también (*La Giustizia*, § 106) al decir que "la historia ha demostrado de una manera irrefutable que aquellos que detentan el poder se sirven de él en su propio beneficio".

tencia humana, y en el segundo al orden político-social, que siempre es históricamente transitorio (1).

Por esta síntesis, podemos perfectamente distinguir en la justicia penal la parte relativa a los intereses transitorios de la clase dominante, y la que atañe a las necesidades imprescriptibles de la defensa individual y social contra la enfermedad de la criminalidad, análoga a los otros males que amenazan la existencia humana.

Mas no es esto todo: en virtud de esta síntesis, la escuela criminal positiva tiene el derecho de dar a la fórmula de la defensa social una significación más amplia, más completa y más eficaz: quiero decir con esto que, en el actual estado de la sociedad, precisa entender por *defensa social* no sólo la protección de toda la colectividad contra los ataques de la criminalidad atávica, sino a la vez la de la clase dominante contra los ataques de la criminalidad evolutiva, haciendo observar, sin embargo, que el Estado debe defenderse contra la criminalidad evolutiva de modo distinto que contra la criminalidad atávica (2). Pero al contrario, en el porvenir de la justicia penal», la ciencia debe indicar e imponer un predominio siempre creciente, hasta llegar a ser exclusivo, de los intereses permanentes y comunes de la colectividad entera, reduciendo al minimum, cuando no eliminando completamente, la parte que concierne a los intereses y privilegios de clase, y transformando así la justicia penal, de un mecanismo de dominación política que es, en una clínica social preservadora (3).

(1) Esta doctrina marxista sobre los intereses y privilegios de la clase dominante, sirve para precisar las razones y los excesos de la *represión* de los delitos políticos y sociales, como la teoría de Lombroso sobre el "misoncismo" contribuye a determinar la génesis social y personal del *delito* político.

La una, pues, se completa con la otra, y las dos teorías reunidas dan la representación completa de la realidad.

(2) Puesto que el egoísmo personal o colectivo, exagerado por un temor con frecuencia simulado, aunque en gran parte sincero, es a menudo causa de excesos en la feacción defensiva, vemos que no sólo en las leyes excepcionales, sino también en los Códigos ordinarios, la criminalidad evolutiva es castigada más severamente que la criminalidad atávica.

(3) La función social de la religión debe recibir una solución análoga. Kidd (*Social evolution*, Londres, 1895) sostiene abiertamente que el oficio de la religión es moderar y reprimir las actividades individuales en conflicto con los intereses sociales (los de la clase dominante). Loria,

Así, pues, para emplear las palabras de otros tiempos, vacías de hoy para siempre del sentido que contuvieron, la teoría que considera la *defensa social* como fundamento de la función punitiva, responde todavía, gracias a la síntesis que acaba de ser indicada, a las condiciones positivas y presentes de la sociedad contemporánea; pero aquélla permanece, sin embargo, como fin y criterio de las modificaciones futuras, inevitables y ya comenzadas, que transforman la justicia penal, al ponerla de acuerdo con los datos suministrados por la antropología y la sociología sobre las causas y en consecuencia sobre los remedios de la criminalidad.

IV

54.—B. Las objeciones de este modo refutadas dejan perfectamente establecida y precisada la primera parte, que es también la menos heterodoxa, de nuestra conclusión general, a saber: que el ministerio punitivo es una pura y simple función de defensa social. Queda la segunda parte, que pertenece propiamente a la escuela positiva: aquella que sustrae en absoluto este ministerio punitivo a todo criterio de responsabilidad o de culpabilidad *moral*, y que establece en su lugar un criterio bastante más positivo, el cual en todo caso no podría ser impugnado en razón únicamente de las diferencias en las creencias religiosas o filosóficas y de los hábitos mentales.

Esta parte que corresponde de un modo propio a la escuela positiva, y que indiqué por primera vez en mi trabajo *sobre el derecho de castigar como función social* (en el *Archivio di psichiatria*, 1882, III, fascículo 1), es hoy aceptada por otros positivistas y por algunos eclécticos; habiendo adquirido para siempre derecho de ciudadanía en el mundo científico y permanece íntegra en sus líneas esenciales.

No obstante, para prevenir aquellos equívocos verbales so-

entre otros, le ha respondido (*La théorie sociologique* de M. Kidd, en la *Rev. intern. de sociol.*, Julio 1899) que no sólo se rebaja así la religión hasta hacer de ella la aliada del gendarme (es decir, del ministerio penal en tanto que sirve a la dominación de una clase), sino que hay error en no ver que tal función cesará cuando el antagonismo de las clases sociales sea eliminado por una organización económica más adelantada.

- IV. 54. 2.º Formas presentes de la reacción defensiva. Teoría de la sanción natural (sanción física, biológica y social).—
55. Responsabilidad social en lugar de responsabilidad moral.—56. El hombre es siempre responsable de sus actos, solamente porque y en tanto que vive en sociedad..... 63

Así, pues, para emplear las palabras de otros tiempos, vacías de hoy para siempre del sentido que contuvieron, la teoría que considera la *defensa social* como fundamento de la función punitiva, responde todavía, gracias a la síntesis que acaba de ser indicada, a las condiciones positivas y presentes de la sociedad contemporánea; pero aquélla permanece, sin embargo, como fin y criterio de las modificaciones futuras, inevitables y ya comenzadas, que transforman la justicia penal, al ponerla de acuerdo con los datos suministrados por la antropología y la sociología sobre las causas y en consecuencia sobre los remedios de la criminalidad.

IV

54.—B. Las objeciones de este modo refutadas dejan perfectamente establecida y precisada la primera parte, que es también la menos heterodoxa, de nuestra conclusión general, a saber: que el ministerio punitivo es una pura y simple función de defensa social. Queda la segunda parte, que pertenece propiamente a la escuela positiva: aquella que sustrae en absoluto este ministerio punitivo a todo criterio de responsabilidad o de culpabilidad *moral*, y que establece en su lugar un criterio bastante más positivo, el cual en todo caso no podría ser impugnado en razón únicamente de las diferencias en las creencias religiosas o filosóficas y de los hábitos mentales.

Esta parte que corresponde de un modo propio a la escuela positiva, y que indiqué por primera vez en mi trabajo *sobre el derecho de castigar como función social* (en el *Archivio di psichiatria*, 1882, III, fascículo 1), es hoy aceptada por otros positivistas y por algunos eclécticos; habiendo adquirido para siempre derecho de ciudadanía en el mundo científico y permanece íntegra en sus líneas esenciales.

No obstante, para prevenir aquellos equívocos verbales so-

entre otros, le ha respondido (*La théorie sociologique* de M. Kidd, en la *Rev. intern. de sociol.*, Julio 1899) que no sólo se rebaja así la religión hasta hacer de ella la aliada del gendarme (es decir, del ministerio penal en tanto que sirve a la dominación de una clase), sino que hay error en no ver que tal función cesará cuando el antagonismo de las clases sociales sea eliminado por una organización económica más adelantada.

bre los que ciertos adversarios fundan todas sus críticas, dirigidas a nuestras ideas (1), es conveniente ante todo precisar bien los términos del problema y la significación de los mismos: imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad, punibilidad, y otros semejantes.

Los dos puntos opuestos y extremos de la cuestión son: un delito del individuo y una pena decretada por el legislador, aplicada por el Juez. Todo el problema consiste en determinar las condiciones por las cuales se puede reunir el punto inicial y el de llegada.

La primera condición evidente es, que el delito haya sido cometido por el hombre mismo a quien se somete a juicio. Esto es, que lo que se necesita ante todo, es la *imputabilidad física* que permite imputar materialmente una acción física o muscular determinada (porque siempre existe una de esta naturaleza, aun en lo que se llama participación moral de un cómplice, como en el instigador del crimen o en aquel que le ha ordenado) al hombre que realmente la ha ejecutado. Por consiguiente, la acción debe de ser *suya*; y por ello el punto esencial y fundamental, la primera condición en la administración práctica de la justicia penal, consiste en la prueba material, directa o indirecta, que establezca: primero, que el delito ha sido cometido; segundo, que ha sido ejecutado por aquel que está sometido al juicio, y que por lo tanto la acción es completamente suya. Y para que sea suya, es necesario además no sólo que haya sido materialmente ejecutada por él, sino también que haya tenido en él su última fase (externa y muscular) de un proceso fisio-psicológico, físicamente libre, como el que he indicado a propósito del libre arbitrio.

Aquel que obligado por otro, comete u omite una acción que habría debido o no cumplir, es sólo un instrumento; el autor verdadero es el que le ha obligado a hacer o no hacer: como decía Wollaston, «él no hace, es hecho».

Por consecuencia, en tales casos, el ejecutor material y for-

(1) Véase Ferri, *Uno spiritista del diritto penale* (*Archs. di psych.*), VIII, p. 148 y en el volumen *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, Bocca, Turin, 1901.

Actas del segundo Congreso de antropología criminal, París, 1890, página 360.

zoso de un delito, no es con respecto a él responsable ni punible, no porque no lo haya «libremente querido», ni tampoco porque no lo haya «querido» (como diré más adelante a propósito de la teoría ecléctica sobre lo que es «voluntario»), sino únicamente porque no es su autor, porque en su virtud, el delito no es *su* delito, porque no es este el índice y el efecto de su personalidad, de su manera especial de reaccionar contra el medio.

Pero admitiendo que el delito haya sido realmente cometido por el procesado, que aquél haya sido su modo personal y físicamente libre de reaccionar contra el medio externo, o sea supuesta la *imputabilidad física*, ¿basta este lazo de causalidad fisisicológica entre el acto y el agente, para que éste sea punible, es decir, para que exista también en él la *imputabilidad política* o la *punibilidad*, o la *responsabilidad moral*, toda vez que estos términos son sinónimos?

Esta es toda la cuestión.

La escuela clásica ha sostenido siempre y sostiene, que para unir la imputabilidad *política* o responsabilidad *penal* a la imputabilidad *física*, debe intervenir también, como lazo intermedio y condición *sine qua non*, la *imputabilidad moral* o responsabilidad moral, o culpabilidad moral, no siendo todo esto más que una misma cosa. Esta responsabilidad moral está fundada sobre dos condiciones: voluntad libre, e inteligencia (o conciencia) normal en el autor del delito.

La escuela positiva sostiene, en cambio, que no existiendo libre arbitrio o voluntad libre, no hay tampoco responsabilidad, culpabilidad o imputabilidad moral; sin que por esto se deba llegar a la consecuencia de que desaparezca para aquélla también toda imputabilidad política o responsabilidad penal o punibilidad del delincuente. Aquélla sostiene, por el contrario (y en esto estriba su innovación radical), que la imputabilidad física del delito basta a establecer la responsabilidad penal, y hace innecesario naturalmente, buscar otras condiciones subjetivas y objetivas para apropiarse las formas prácticas de la penalidad, o sea de la defensa social, a las diversas categorías de delincuentes y de delitos, como yo explicaré en los párrafos VI y VII.

Entre una y otra teoría, desde la segunda edición de la presente obra, se han visto pulular teorías eclécticas de las que me ocuparé más tarde, conformes todas en estimar como necesaria la condición de una responsabilidad moral para que la punibilidad vaya unida a la imputabilidad física, la pena al delito, haciendo por entero variar los criterios de esta responsabilidad moral considerada como indispensable, y que esperan establecer fuera del criterio del «libre arbitrio absoluto», sobre el cual se funda la pura doctrina clásica.

En todo caso, cualquiera que sea la teoría que se acepte, queda entendido que las palabras imputabilidad y responsabilidad, son equivalentes y no cambian de significación más que por el adjetivo que las acompaña, según que se dice responsabilidad o imputabilidad física, moral y penal (1).

Esta segunda parte del problema, la independencia de la responsabilidad *penal* con relación a la responsabilidad *moral*, fué indicada por mí, primero en un escrito «acerca del derecho de castigar, como función social» (1882), y después desarrollada en la segunda edición de la presente obra (1884) para responder a la invitación cariñosa de una crítica benévola (2), y también y sobre todo, a otra objeción con mucha frecuencia repetida y que nos hacen aquellos para quienes no es muy familiar el nuevo orden de ideas introducido por la sociología moderna. Esta objeción es que entonces el ministerio punitivo, reducido a ser un puro y simple «mecanismo defensivo», se sustrae a toda norma superior de derecho y «autoriza a prohibir, bajo pretexto de utilidad pública, actos que no son perjudiciales, concediendo a la autoridad social la tiranía de la arbitrariedad» (3). «Se podrá así castigar indiferentemente al inocente y al culpable, si la muerte del primero se estima tan útil como la del segundo» (4).

(1) Se dice más generalmente responsabilidad *jurídica* o *legal*, cuando la reacción social contra una acción individual no toma la forma restrictiva de la pena, sino que se extiende a una sanción legal, civil, política, administrativa, etc.

(2) Paulhan, *Analyse des "Nuovi orizzonti"*, etc., en la *Revue philosophique*, not. 1881, p. 533.

(3) Carrara, *Programma*, parte general, última edición, 1886, I, 42.

(4) Franck, *Philosophie du droit pénal*, París, F. Alcán, 1880, p. 18.

Esta objeción, digámoslo desde ahora, es igualmente combatida por la historia y por la lógica. Por la historia, porque, en efecto, como dice Girardin (1), «¿qué es la historia más que el martirologio sangriento de una multitud innumerable de víctimas inmoladas por la ignorancia, la superstición, la tiranía y la crueldad armadas del derecho de peñar», aun cuando los juristas hablasen, como todavía hablan, de justicia y de misión divina, o bien de normas supremas y absolutas del derecho? Por la lógica, porque fuera de que una objeción semejante tiene el gravísimo defecto de probar demasiado, además, cuando la ciencia ha dado sus reglas (de justicia eterna y absoluta, dicen nuestros contradictores; de justicia social y relativa, decimos nosotros), su misión ha terminado. O bien el poder social, órgano ejecutivo de la función social, sigue los dictados de la ciencia, y entonces la «arbitrariedad» desaparece; o no los sigue, y entonces decimos que el abuso de un principio no prueba jamás la falsedad del mismo; la ciencia sólo puede comprobar este abuso para procurar que cese, o por lo menos para señalar su existencia, y favorecer, denunciándola ante la conciencia social, esta lucha por un derecho mejor, de donde salen precisamente todas las reformas sociales y legales.

Éstas reglas de vida jurídica o social, en cuanto hace relación a la conservación del orden, son las que la escuela positiva intenta establecer, deduciéndolas no de principios subjetivos y *a priori*, sino de la observación diaria de los hechos.

Hemos desenvuelto anteriormente (en el párrafo II, número 47) esta observación de los hechos con respecto a la sucesión en el tiempo, al estudiar la evolución natural de la reacción defensiva contra las acciones que atacan al individuo o a la sociedad; debemos ahora completarla en cuanto a la existencia presente en la sociedad actual, estudiando algunos hechos igualmente comunes y característicos que han sido desdeñados hasta el día por los criminalistas.

Desde el equilibrio planetario a la cristalización de los minerales, desde los primeros comienzos de la materia organiza-

(1) Girardin, *Du droit de punir*, París, 1871, págs. 33 y 174.

da y viviente hasta la existencia individual de los animales y del hombre, desde las relaciones sociales de un zoófito con su colonia hasta aquellas que sostiene el hombre con la sociedad de que forma parte, la vida es siempre y por doquiera una sucesión incesante, inexorable, de acciones y de reacciones. Para hablar solamente de seres vivos, donde quiera que existe un animal o un hombre, allí domina siempre el concepto de sanción, que es equivalente al de reacción.

Y puesto que el hombre está en la cima de la escala sobre la cual aparece el espectáculo grandioso de la vida, se ve sometido, primero, a las mismas sanciones que los órdenes inferiores de la naturaleza, sanciones que le son comunes con cualquiera otra porción de la materia; después sufre una sanción de orden más noble, que no le caracteriza exclusivamente, sino que también le es común con los animales superiores, y que se encuentra únicamente en él en un grado mucho más elevado y con mayor complejidad: el orden social.

Y toda vez que se distingue en la naturaleza el orden físico, el biológico y el social, existen de igual manera tres grandes órdenes de reacciones o de sanciones correspondientes: la sanción física, la biológica y la social (1).

El hombre o el animal que, ya inconsciente, ya involuntariamente, ya por fuerza, viola las leyes de la naturaleza, encuentra en la naturaleza misma una reacción o sanción inevitable.

El que se inclina demasiado hacia fuera de una ventana, aun cuando sea con la intención más moral o bienhechora cae y muere.—Sanción física.

(1) Guyau (*Critique de l'idée de sanction*, en la *Revue philosophique*, Marzo 1883, y *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*, París, F. Alcán, 1885, libro III) distingue los géneros siguientes: sanción natural, moral—social—interna—religiosa—de amor o de fraternidad. Y formula esta conclusión fácil: "la sanción se convierte en una idea completamente humana"; pero añade, sin embargo, que la sanción debe dejar de ser un castigo del mal cometido, para llegar a ser una dulce recompensa afectuosa del bien, cambiar su carácter de *punibilidad* en el de *amabilidad*. Esta última idea, que es también la de Fouillée, me parece incompleta porque o está tomada en un sentido relativo y significa que la cooperación fraternal concurre, aun en primera línea, con la represión al desarrollo de la vida civilizada, y entonces es excelente, pero nada nueva; o está tomada en un sentido absoluto, y entonces presupone nada menos que la desaparición del mal en el mundo humano.

El que come demasiado se produce una indigestión, se pone malo y sufre; el que abusa de su organismo, ya se trate de funciones fisiológicas o psicológicas, va seguido de una multitud de dolores y a menudo compromete su vida fisiológica o intelectual.—Sanción biológica.

El transeunte que por distracción, sin intención de hacer daño, tropieza rudamente con otro, provoca en éste una reacción, unas veces de palabras y otras de actos: aun cuando aquél proteste de su falta de mala intención, la reacción será menos viva pero no se anulará; subsistirá siempre con relación a él una opinión poco favorable; de tal suerte, que si estas distracciones le son habituales, esta opinión se extiende y crea a su alrededor una atmósfera aisladora o le procura humillaciones continuas, sin hablar de las consecuencias pecuniarias que puede tener que sufrir. Lo mismo acontecerá a cualquier otro que sea maldiciente, ignorante, orgulloso, avaro, etc.

El comerciante que no por mala fe, sino al contrario, por ser con exceso confiado de los demás, sufre reveses de fortuna y llega a la quiebra: el industrial que por una honrada iniciativa intenta abrir una nueva fuente de riqueza y se equivoca, caen en la miseria y en el abandono.

Aquel que de muy buena fe ejecuta un acto contrario a las prescripciones de la ley, ve anular este acto y debe sufrir a sus expensas todas las consecuencias de tal nulidad.

El que causa un daño a otro sin tener intención de causarlo y aun sin intervenir en ello personalmente, por un hecho de su hijo, de su criado o aun de un animal que le pertenezca, está obligado a pagar por este daño una indemnización.

El pobre demente que ataca al transeunte, aun cuando fuese con la idea loca de hacerle algún bien, es herido, quizá muerto; basta con que salga a la calle, inofensivo pero escandaloso, para que se le prive de su libertad y se le encierre en un manicomio.

El cochero que ejerciendo lícitamente su profesión, sin intención alguna malvada, y por lo tanto sin quererlo, lesiona o mata a un peatón, es condenado al encarcelamiento, lo cual puede causar su ruina material y moral.

He aquí unas cuantas formas de sanción *social*, para cada

una de las que se podrían multiplicar los ejemplos, y para las cuales tenemos los siguientes géneros de sanción *social* (coercitiva): sanción de la opinión pública—consecuencias económicas—nulidad de los actos realizados—reparación de daños—violencia sufrida (ya a consecuencia de legítima defensa o por medida administrativa).

La razón positiva de estas sanciones, variables en su forma y en su intensidad, según los diferentes actos que las determinan, consiste, como observa Holmes, en que «viviendo los hombres en sociedad, esto hace necesaria una cierta conducta media, un sacrificio de determinadas particularidades individuales que *traspasen un límite dado*. Si un hombre nace irascible y torpe, y si por ello le ocurren accidentes continuos de los cuales sufre y hace sufrir a su prójimo, estos defectos innatos encontrarán una excusa ante el celeste tribunal; pero aquí, sobre la tierra, sus fracasos no son menos desagradables a sus semejantes que si fueran faltas intencionales o negligentes. Sus semejantes tienen razón, pues, para exigirle que de su cuenta y riesgo se ponga a su nivel, y los tribunales establecidos por ellos no tendrán con razón excusa para estas particularidades personales» (1).

Pues bien: lo que hay de común, y de constante y esencial, en todas estas formas infinitamente variadas de reacción y de sanción social, ora se produzcan en las costumbres y con relación a las conveniencias, o tengan una sanción social, es este hecho simple, pero muy importante: que *la sanción misma es siempre independiente de la voluntad y de la culpabilidad moral del individuo que acciona*. Este carácter, es preciso observarlo, es también perfectamente común y constante en las otras categorías de sanciones naturales, la sanción física y la biológica.

Y si de las formas de la *sanción coercitiva* pasamos a las de la *sanción remuneradora* (pues éstas, en la vida social futura, aumentarán de continuo en importancia, a medida que se debilita el fetiquismo actual de la pena, que hace que en todas partes, en la familia, en las escuelas y en la sociedad, sólo se piense en la práctica, en la represión para dirigir la conducta

(1) Holmes, *Il diritto comune anglo-americano*, Milán, 1891, pág. 140.

de los hombres), vemos la autonomía objetiva de la sanción comprobarse igualmente para las buenas acciones, o sea para las acciones útiles a la comunidad, que dan lugar a las formas diversas de la sanción remuneradora.

Para las recompensas, en efecto, la reacción social es independiente, todavía y siempre, de la voluntad y del esfuerzo del individuo: si la cantante tiene la voz argentina, si el poeta luce una inspiración fácil, si el hombre está dotado de un exterior que seduce, etc., son cortejados y mimados, aun cuando ellos nada hayan hecho para obtener los dones que poseen. Aun en los casos de estudio infatigable y de sacrificios más o menos aparentes, es siempre por una disposición natural del individuo en determinadas condiciones de medio (las unas y las otras independientes de su libre voluntad), por lo que un hombre puede conquistar una elevada posición en la sociedad y gozar en consecuencia de todas las ventajas de la sanción remuneradora. Si el éxito no dependiera más que de nosotros, de nuestro libre arbitrio, todos aquellos que no fueran idiotas llegarían a ser eminentes. Falta mucho para que esto sea así, porque aun cuando «querer es poder», se entiende sólo a condición de que se pueda querer.

Hasta el presente, sin embargo, habiendo partido de la exclusiva reacción de la opinión pública y llegado el caso de la condena penal, no estamos todavía en el verdadero terreno del derecho de castigar, en el terreno de la criminalidad, de las acciones fraudulentamente dañinas: o nos hemos quedado en el campo extralegal del de la opinión pública y del orden económico, o nos hemos detenido en el dominio legal del derecho civil o administrativo o aun de un derecho que no es propiamente penal. No queda, pues, el vasto campo de los delitos propiamente dichos y de las sanciones verdaderamente penales que los castigan.

El que roba, con o sin violencia, para procurarse un lucro ilegítimo; el que mata para satisfacer una venganza premeditada, el que viola por lujuria brutal, el comerciante que ha combinado su bancarrota, el calumniador que quiere perder a su víctima, y otros muchos, atraen hacia sí, ellos también (en el caso de que les alcance), una sanción social rigurosa, bajo

formas de verdaderas penas, en el sentido propio de la palabra. Y es de justicia.

El hecho de la sanción social inevitable no se discute, por sí mismo, ni en estos crímenes ni en todos los demás que hemos recordado hasta aquí. Lo que constituye el objeto de la discusión, es el saber si esta sanción social depende o no de la condición de «libre voluntad», y por consecuencia de «culpabilidad moral», como sostiene la ciencia criminal clásica y con ella la legislación penal. Esto es justamente lo que la escuela positiva impugna y niega.

¿Por qué razón, en efecto, la sociedad que reacciona, y severamente, en todos esos otros casos innumerables de acciones antisociales, sin buscar en ellos el elemento de libre voluntad y de falta moral, habría de exigir este elemento como condición *sine qua non* de reacción defensiva, cuando se trata de otras acciones que son por lo menos también antisociales? Basta despreocuparse un instante de las ideas preconcebidas, de los hábitos mentales y sentimentales de otro tiempo, para ver en el acto que esta reacción o sanción social contra los que comprometen las condiciones de la existencia humana es un hecho natural, y en su virtud necesario e inevitable, lo mismo en el orden físico y en el biológico que en el social.

Si ahora completamos la serie de las diferentes clases de sanción social, en el dominio extralegal, en el civil y administrativo, y en el verdaderamente criminal—partiendo del primer grado de la escala, es decir, de la simple sanción de la desestimación pública, para llegar al más elevado, al de la condena penal de un verdadero crimen—es fácil ver que la teoría tradicional de la falta moral como condición de punibilidad hace de la pena propiamente dicha una excepción gratuita a toda la serie de las sanciones no sólo naturales, sino además sociales, puesto que introduce en la única forma penal de la sanción social un elemento de «culpabilidad moral» completamente desconocido y olvidado en toda otra especie de sanción. Por consiguiente, nuestra teoría positiva, que no exige este elemento en la sanción social más que en las otras, tiene la gran ventaja, que es al mismo tiempo una nueva prueba de verdad, de enlazar—en perfecta conformidad con el determinismo uni-

versal (telúrico, orgánico y social)—esta sanción penal a toda la serie de las sanciones naturales (físicas, biológicas y sociales), sometiéndolas así al imperio de iguales leyes naturales, y dándola por ello un fundamento positivo mucho más sólido que esta «libertad moral» tan enigmática y enérgicamente impugnada (1).

El solo hecho de sostener una idea como ésta—la de que la responsabilidad penal del delincuente debe ser independiente de su libertad moral o culpabilidad—ciertamente que pugna de un modo demasiado directo con los hábitos mentales o sentimentales ordinarios, para no suscitar muy vivas oposiciones y para no ser acusado de provocar conflictos científicos, sociales, etc. Pero como esta idea se deduce, dentro del campo antropológico, de la observación positiva de los hechos cotidianos y constantes; como se relaciona, en el dominio sociológico, con todo el orden de la vida natural y humana, me parece que debe imponerse para lo sucesivo a los espíritus que no estén prevenidos con exceso; y estoy cierto de que acabará por prevalecer, triunfando de toda oposición, por la fuerza irresistible de la realidad cotidiana.

¿Cómo no lo ha de conseguir? Es tan poco revolucionaria a pesar de sus apariencias, que fué ya reconocida por las legislaciones primitivas, las cuales no estaban todavía dominadas por el espíritu religioso ni las ideas de moral social que de él derivan (2). Además, está aceptada hoy, más o menos abiertamente, por nuestros Códigos penales y civiles.

(1) Se debe notar también, con Izoulet (*La cité moderne*, París, 1894, libro III, cap. VII), que las diferentes formas de sanción son coexistentes y a menudo inseparables. Por esto todo delito produce sanciones de orden físico, biológico y social: y puede hasta encontrar una función remuneradora al mismo tiempo o mejor que coercitiva.

Se sabe también que Durkheim (*Division du travail social*, París, F. Alcán, 1893, págs. 23, 24, 72, etc., y *Règles de la méthode sociologique*, París, F. Alcán, 1895, cap. I, p. 50), aceptando y desenvolviendo esta concepción naturalista de la sanción, sostiene precisamente que el carácter específico de los hechos sociales es la violencia bajo una u otra de sus formas.

Véase también Dorado, *Problemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1897, p. 1.

(2) "En las legislaciones bárbaras, dice Lubbock, la importancia de la intención (o sea de la voluntad malhechora) ha sido por largo tiempo tan descuidada, que hoy todavía cuando nuestras leyes penales la tienen tan en cuenta, muchas personas, aun de las más instruídas, como nos lo

Cuando los Códigos penales castigan con prisión y multa «el homicidio y las lesiones *involuntarias*», fundan evidentemente su sanción sobre ideas distintas de las del elemento intencional y las de la responsabilidad moral. Asimismo los Códigos civiles que declaran responsable, y en consecuencia obligado a la indemnización, a aquel que causa un daño a otro, no sólo por un acto que ha ejecutado él mismo, ni por negligencia o imprudencia, ni por el hecho de otras personas, sino por el hecho de un animal que le pertenezca, «ya este animal se encuentre bajo su custodia, ya se haya perdido o escapado» (Código civil italiano, artículos 1.152 y siguiente); estos Códigos, digo, se apoyan evidentemente en una idea que no es la de la responsabilidad moral (1). Por esta razón, un criminalista clásico decía que para castigar los delitos no premeditados, «la sociedad lucha entre la necesidad de prevenir el mal material que sufre y los *principios de justicia* que la prohíben castigar a aquel que no ha tenido la menor intención de desobedecer sus leyes. Si aquélla opta por la impunidad, deja sin remedio el mal social; si castiga al agente, pena al ciudadano que *es moralmente inocente* (2).

Por esto claramente se ve que hasta ahora los criminalistas clásicos han concebido una idea doblemente defectuosa del

hace observar Bain, estigmatizan como mancha moral un error de la inteligencia.”—Lubbock, *Les origines de la civilisation*, Turin, 1875, p. 696.—Ihering, describiendo la evolución de la idea de responsabilidad en el derecho romano, dice efectivamente que el derecho primitivo tenía una base objetiva en el acto antijurídico, y no subjetiva en la falta de su autor (*Das Schuldmoment im römischen Recht*, Giessen, 1876). Solamente, según he dicho, a causa de la influencia del espíritu religioso y moral, y también, como observa Kraepelin (*La colpa e la pena*, en la *Riv. di filos. scient.*, II, 524 y 529), del temor más vivo que inspiraba el culpable, se ha agregado más tarde el criterio *subjetivo* de la voluntad al primer criterio por completo *objetivo* del daño. Este criterio subjetivo no le aceptamos nosotros en el sentido de libertad moral o de falta moral del agente, pero en cambio le sostenemos como carácter personal del mismo, además de las cualidades objetivas del acto y de las condiciones de la sociedad en donde el agente le realiza, según se verá en el párrafo séptimo.

(1) Véase también el art. 1.310 del Código civil austriaco, que concede al Juez la facultad de ordenar las indemnizaciones hasta independientemente de la responsabilidad actual o virtual del autor del daño.

(2) Ferrao, *Direito penal portuguez*, VII, 126.—Véase también Angiolini, *Il tentativo nei delitti colposi*, y *Colpa, risarcimento e pena*, en la *Scuola positiva*, Octubre 1897 y Agosto 1899, y su volumen sobre los *Delitti colposi*, Turin, 1900.

problema de la responsabilidad; porque de una parte no han posado sus miradas más que sobre la humanidad civilizada, dominada ya por las ideas de la moral religiosa, o todavía impregnada del ideal que las sobrevive; y de otra parte han encerrado su pensamiento en los límites de lo jurídico criminal. Nosotros, por el contrario, tenemos de este problema una idea mucho más amplia y más conforme con la realidad, cuando no contentos con estudiarle en las sociedades humanas y civilizadas, vamos, en la doble relación de sucesión y de coexistencia, a estudiar la evolución natural desde las sociedades animales y desde las tribus salvajes hasta nosotros, y cuando estudiamos las condiciones presentes, producto de esta evolución, no sólo bajo su aspecto jurídico criminal, sino en todas las formas diversas de la actividad individual y de la reacción o sanción social que responde a estas formas.

Por lo tanto, para quitar a la punibilidad del delincuente la base incierta y combatida de la responsabilidad moral, y para sustituirla con un fundamento verdaderamente positivo, que esté al abrigo de toda discusión teológica o filosófica, resumimos como sigue nuestras investigaciones.

De una parte la sociedad es un organismo natural y viviente (1). Y como todo cuerpo animal vive por un proceso conti-

(1) Gabba (*Intorno ad alcuni piu generali problemi della scienza sociale*, serie II, Florencia, 1881, Conferencia IV) ha combatido esta concepción de la sociedad, que hace de ella un organismo, diciendo que no es más que una metáfora.—Después de él, muchos otros partidarios de las viejas ideas o eclécticos que vacilan entre las viejas y las nuevas, repiten que la sociología abusa de las semblanzas "metafóricas" entre el organismo animal y el organismo social y que, apartando estas metáforas, queda en el fondo muy poco. Pero ¿qué es la ciencia sino una serie de semejanzas metafóricas o superficiales? Conocer un hecho es simplemente compararle con otros, haciendo observar las semejanzas y desemejanzas. Y como de otra parte el hombre sólo puede conocer la apariencia, la superficie, el *fenómeno* de las cosas, sin alcanzar nunca la substancia, la esencia, el *noúmeno*, resulta de aquí que todas las semejanzas científicas no pueden ser más que metafóricas o superficiales. Solamente partiendo, tengan o no de ello conciencia, de la vieja idea de que el hombre puede conocer la esencia de las cosas, estos contradictores estériles de la sociología pueden figurarse que quebrantan su solidez reprochándole una cosa que no podría ser de otro modo. Pero es un hecho que por sí solo responde a todos sus juegos de palabras, que a partir del día en que se aplicó a las ciencias sociales el "abuso de las metáforas", han visto extenderse y aclararse su horizonte de una manera

nuo de asimilación y desasimilación, que tiende al bienestar del individuo y que es también la primera condición de su existencia, así una sociedad humana no puede existir ni prosperar sin este trabajo infatigable de asimilación natural (nacimiento) o artificial (inmigración) y desasimilación del propio modo natural (muerte) o necesariamente artificial (emigración y segregación de los individuos antisociales, no asimilables a

casi inesperada. Esta es la mejor defensa de la ciencia nueva. La mejor demostración del movimiento ha sido siempre el echar a andar.

Más recientemente la concepción orgánica de la sociedad, ha encontrado oposiciones vivas y numerosas de parte de sociólogos que, sin embargo (como lo advertía con razón Novicow), son empujados a admitir o combatir la concepción orgánica de la sociedad, mucho más por consideraciones exteriores que por razones intrínsecas.

Así, por ejemplo, Spencer, que fué de los primeros en sostener y en propagar la concepción del organismo social, ha hecho después destacarse más las diferencias entre el organismo social y un organismo animal, porque su individualismo se revolvía contra el pensamiento de subordinar completamente las partes (es decir, los individuos) al todo (o sea a la sociedad). E igualmente muchas gentes combaten la concepción de la sociedad organismo, porque temen que se saquen de ella consecuencias socialistas, en el sentido de que en el cuerpo social como en el animal, el trabajo y la nutrición deben ser distribuidos igualmente entre todos los elementos (células o individuos) que le componen, y que precisa no haya células hipertrofiadas (exceso de riqueza), ni células atrofiadas (miseria). Otros, al revés, impugnan esta concepción por una preocupación opuesta: creen que de la idea sociedad organismo, se podría deducir que así como los órganos del cuerpo están sometidos "al despotismo" del cerebro, así también en la sociedad los individuos deben estar bajo el despotismo del Gobierno o del Estado. Otros, en fin, ven con disgusto que la concepción orgánica de la sociedad tiende a relegar a segunda línea la importancia de los hechos religiosos o psicológicos en general, y la rechazan en consecuencia bajo la inspiración de un espiritualismo disfrazado que se esconde en el fondo de sus doctrinas ostentando apariencias positivistas.

No pudiendo discutir aquí los argumentos en pro o en contra de la concepción orgánica de la sociedad, afirmo de nuevo mi pensamiento al decir que si realmente algunos (a ejemplo de Schaeffle, *Struttura é vita del corpo sociale*, en la *Biblioteca dell'Economista*), han exagerado las analogías entre la estructura del cuerpo social y la del cuerpo animal, asimilando, por ejemplo, los hilos del telégrafo a las fibras del sistema nervioso, de otra parte la concepción fundamental de la sociedad como organismo natural es positiva e incontestable, cuando se quiere expresar por ella la idea directriz de que las sociedades humanas (como las sociedades animales), son formaciones naturales y no el producto voluntario de la psicología humana, siendo ésta realmente un efecto de aquéllas; que, por lo tanto, todos los fenómenos sociales son fenómenos naturales, esto es, determinados necesariamente por las condiciones psico-químicas del medio telúrico, combinadas con las condiciones fisio-psíquicas de los organismos individuales y teniendo por resultado la formación de un medio social. Y sin embargo, es preciso no olvidar jamás que todas estas condiciones del orden físico, biológico, psicológico y social, reaccionan recíprocamente las unas sobre las otras.

consecuencia de enfermedades contagiosas, locura, delito, etc.)

Así, esta función de preservación social contra la criminalidad, viene a tomar plaza entre aquellas formas de selección social que han tenido y tienen todavía un papel tan importante en la evolución de la humanidad. Es asimismo a este propósito como se ha llegado en las relaciones entre el darwinismo natural y el darwinismo social a excesos seleccionistas, cuando Garófalo, por ejemplo, pide la pena de muerte para los criminales natos.

Pero de una parte, la justicia penal no es sólo una función de selección; es mejor o debe ser una función de clínica preservativa; y de otra parte, el punto de vista puramente seleccionista (darwiniano) debe ser completado, tanto en el orden social como en el biológico, por el punto de vista de la adaptación al medio (lamarckismo); de suerte que la influencia del medio social en la patogenia del delito, debe ser de gran valor, cuando se trate ya de la sanción social contra el delito, ya de la readaptación del condenado a la vida social, como veremos en el capítulo siguiente.

En todo caso, en la clínica preservativa del delito y en la de las enfermedades comunes o en la locura, es preciso necesariamente hacer un lugar a la eliminación social de aquellos que están menos adaptados a la vida.

El problema fundamental de la humanidad y la condición de todo progreso, ha sido la adaptación del individuo a la vida permanente con otros semejantes, por una disciplina continua que se prolonga con frecuencia, muy ruda y sangrienta, durante una larga serie de siglos (1).

Pero la separación de los criminales, como medio bienhechor de selección social, no encontrará su aplicación útil y normal más que en una organización social que, eliminando todas las formas degeneradas, asegure verdaderamente la supervivencia de los mejores, mientras que hoy sólo se consigue la de aquellos que ya como opresores, ya como oprimidos, son los mejor adaptados al medio social contemporáneo.

(1) Bagheot, *Lois scientifiques du développement des nations*, Paris, F. Alcan, 1879; Starcke, *Les lois d'évolution politique*, en los *Annales de l'Inst. intern. de sociol.*, Paris, 1898, IV, 341; Vaccaro, *Le basi del diritto e dello Stato*, Turín, 1893.

De cualquier modo que sea, la justicia penal, despojándose en principio de cualquier otro carácter que no sea el de una función de preservación social, debe considerar el delito como un efecto de anomalías individuales y como un sintoma de patología social, que exige necesariamente se aleje a los individuos antisociales, aislando así los elementos infecciosos y saneando el medio en que se desarrollan los gérmenes.

Además la existencia de todo animal, resulta de una vida interna o biológica y de una vida externa, o de relación o sociológica, las cuales crecen y se complican mutuamente, tanto más cuanto el animal se aproxima a los grados más elevados de la escala zoológica. En el hombre, que es hasta ahora el último y el más perfecto peldaño de esta escala, la vida de relación toma un desarrollo extraordinario comparada con la de las especies inferiores; pues ésta aumenta todavía y se complica cada vez más, a medida que el hombre pasa del estado salvaje a una civilización más avanzada; puesto que la génesis de un acto individual cualquiera, fisiológico o psíquico, reside siempre, no únicamente en la personalidad del agente, sino también y sobre todo (en virtud de las influencias hereditarias y actuales), en la colectividad a la que éste pertenece (1).

Y esta vida social no es otra cosa más que una continuación, indefinida en el tiempo y en el espacio, de acciones y de reacciones, sin las cuales no existe; de donde resulta la consecuencia de que toda acción individual, por indiferente que parezca, así como ha determinado una infinidad de movimientos en el medio físico, determina siempre también en el cuerpo social una reacción que le corresponde en cantidad y en calidad, ora sea de parte de otros individuos tomados aisladamente, o de parte de la sociedad entera o de aquellos que la representan.

Porque cualquiera que sea el nombre dado a las diferentes

(1) Marion, *La solidarité morale*, 6.ª edición, París, F. Alcán, 1897; Izoulet, *La cité moderne*, París, F. Alcán, 1894; De Roberty, *Le psychisme social*, París, F. Alcán, 1897; Baldwin, *Social and ethical Interpretations of mental development*, New York, 1898, y traducción francesa, París, 1899.

Y contra la ilusión del individualismo exagerado (egotismo), más fácil entre los artistas, pero que también sirve de fundamento a las doctrinas políticas, véase Max Nordau, *Degenerazione*, París, F. Alcán, 1895, volumen II; Ferri, *I delinquenti nell'arte*, Génova, 1896, cap. VIII.

reacciones sociales que responden a cada una de las acciones individuales, se deberá excluir de ellas, lo mismo en el caso de una indemnización exigida por el daño causado, o de una multa penal, que en el del internado forzoso en una casa de locos o la reclusión en un presidio, la idea de que la sociedad castiga una falta moral para vengarse a sí misma, o para dar reparación al derecho lesionado, o para ejercer un acto de justicia distributiva: ella llena únicamente una función de defensa, de preservación, en la que no entra ningún resentimiento, ninguna intención de hacer sufrir a los condenados, pero que está exenta también de todo sentimentalismo hacia estos seres siempre desgraciados sin duda, pero siempre también más o menos peligrosos.

Equivocadamente se llama a esta función defensiva de la sociedad, derecho de *castigar*; porque ella se ejerce también, yo me atrevería a decir sobre todo, por medidas que no tienen nada de penales (según veremos muy pronto); y también porque la palabra *pena* implica siempre un resto de las ideas medioevales de expiación y de retribución como objeto final, y de dolor o de tortura como medio de conseguirlo, medio que acaba por llegar a ser su fin mismo; porque es un fenómeno psicológico constante que las cosas que se desean en principio como medios (por ejemplo, los libros para la instrucción y el dinero para las necesidades de la vida), se acaba por desearlas y por considerarlas como si fueran su propio fin (y por esto los libros se ordenan sobre los estantes del bibliófilo sin que sus páginas sean cortadas, y el dinero se acumula en las arcas del avaro).

De hoy en adelante, por el contrario, la función social deberá tener por fin exclusivo y por solo efecto el bienestar de la colectividad: puesto que una de las primeras condiciones para trabajar en ella, es el respetar la personalidad humana, lo mismo entre los criminales, en los establecimientos en los que se les aísla por una medida clínica de preservación, que entre los enfermos ordinarios en los hospitales o los enajenados en las casas de locos (1).

(1) Confróntese Ferrero (*Le progrès moral*, en la *Revue philos.*, Diciembre 1894) cuando demuestra que el progreso moral consiste, en un

Según un razonamiento análogo, las diversas acciones antisociales que provocan una reacción individual o colectiva, no deben todas llevar el nombre de *delitos*, no sólo porque en este número no son, ni hasta según la opinión general, verdaderas transgresiones aquellos hechos (1) que son cometidos por locos, o que no se han determinado por intenciones malvadas; sino sobre todo porque la palabra *delito* implica siempre la idea de una voluntad libre que abandona (en latín, *delinquit*) el camino recto: pues una idea semejante no podría ahora ponerse de acuerdo con los resultados de la psicología. También sería mejor todavía, por el momento, seguir el ejemplo dado por Carmignani (ya seguido por Berenini), que no habla de *delito* ni de *pena*, sino de *ofensa* y de *defensa*, o mejor aún, cuando los datos científicos sobre los datos de la delincuencia hayan pasado a la conciencia común, hablar solamente de *enfermedad moral* y de *clínica preservativa*.

55.—Pero dejemos a un lado las palabras, que acaban por cambiar de significación cuando cambian las ideas, como ha ocurrido con la palabra *pena*, que primitivamente significaba compensación y no acto de justicia retributiva (2). Ahora que

último análisis, en una repugnancia creciente a infligir el dolor a las criaturas vivientes.

Colocándose, aunque incompletamente, en un punto de vista análogo, Demogue (*De la souffrance et de son imputation sur la peine*, en la *Rev. pénit.*, Febrero 1899) sostiene, a propósito de la Ley francesa de 1892, que exige que se tenga en cuenta la prisión preventiva sufrida, que se debe en la pena pronunciada por el Juez contra el delincuente, calcular todos los sufrimientos o penas afectivas que éste ha experimentado, y además suprimir en la pena todos los sufrimientos que no puedan servir para la corrección del condenado.

(1) Carrara, *Programma*, última edición, § 86.

(2) "En las ciencias morales y jurídicas, las palabras han cambiado de sentido, de uno a otro grado de civilización hasta el momento en que nos encontramos, y cada palabra contiene una historia". Niccolini, *Questioni di diritto*, Nápoles, 1869, I, 160.—Igualmente Ardigó, *La morale dei positivisti*, Milán, 1879, p. 417.

Se dice todavía que los barcos de vapor *ponen la vela* hacia a América, empleando la expresión que responde a una fase anterior de la vida marítima y que se ha perpetuado sin modificación hasta nuestro tiempo; así también se habla todavía de *castigar* los delitos, de los cuales no tenemos, sin embargo, otra necesidad que la de defendernos. La significación de la palabra *pena* ha variado en todas las fases de su evolución; y esto es lo que no se ve cuando, como hace Hamon, por ejemplo (*Déterminisme*

nosotros hemos excluido del dominio jurídico la idea de responsabilidad *moral*, que es impugnada por la psicología positiva, que es imposible de definir y que corresponde en todo caso al orden moral y religioso, si queremos evitar la censura que nos dirigen ciertos adversarios de reducir por ello el derecho penal a una lucha mecánica de fuerzas ciegas y brutales, haciendo descender al Juez al mismo nivel de los asesinos, ¿qué otro criterio propondremos como base y regla de la función social defensiva?

Guyau, resumiendo las ideas de los más ilustres psicólogos ingleses sobre el problema de la responsabilidad *moral*, una vez que fué negado el libre albedrío, hacía con razón observar que, «al fin y al cabo, recurren siempre a la responsabilidad *social*» (1). Examinando en seguida, en un capítulo muy breve, las ideas de Stuard Mill acerca de esta responsabilidad *social*, el crítico sagaz descubría algunos puntos débiles en las indicaciones deshilvanadas de este psicólogo, y acababa por decir: «que la escuela inglesa llega a negar la existencia de la libertad (moral) y por consecuencia la posibilidad de alcanzar una sanción perfecta y completamente legítima (?); sea; pero es preciso plantear las cuestiones de un modo franco y resolverlas con lógica».

Esto es precisamente lo que he tratado de hacer en otra parte, y lo que aquí intento de nuevo, lo repito, coordinando mejor mis ideas, para hacerme todavía más digno de los elogios de otro crítico benévolo (2).

Los dos polos inseparables, entre los que se despliega toda ciencia social que refleje la vida, son el individuo y la sociedad: así, pues, si se niega que la razón de la responsabilidad se encuentra en el individuo, sólo resta trasladarla a la sociedad.

Sin entretenerme en otras discusiones sobre la sociología y

et responsabilité, Paris, 1898, p. 234), se nos acusa de contradicción, porque hablamos de la *pena* como de un medio de defensa social contra los delitos que no dependen de la libertad moral del delincuente.

(1) Guyau, *La morale anglaise contemporaine*, París, F. Alcán, 1879, página 346.

(2) *Nuova Antologia*; 1.º de Junio de 1882, págs. 581 y siguientes.

el derecho, me es suficiente poder decir que las ciencias naturales y las morales positivas están de acuerdo en demostrar que el individuo, sea de la especie que fuere, no existe sólo como tal, en sí mismo (los alemanes dirían *selbstwesen*), sino más bien como miembro, como elemento de una sociedad (*gliedwesen*). Así como la célula, el tejido, el órgano, no tienen existencia biológica en el cuerpo animal más que como partes de un conjunto, así también el hombre, la familia, la comunidad, no tienen existencia sociológica a no ser como miembros de una sociedad más vasta. No tienen existencia sociológica porque sin sociedad no hay derecho, y sin derecho no es posible que los hombres vivan reunidos. Por esta razón los dos sistemas opuestos, el del individualismo absoluto y metafísico, y el de un comunismo absoluto y metafísico, se apartan igualmente de la verdad: ni el individuo tiene existencia por sí mismo sin la sociedad, ni la sociedad puede hacer abstracción del individuo y de sus relaciones personales, orgánicas o psíquicas. Si, pues, en esta lucha eterna entre el individuo y la sociedad, rehusamos a ésta la posibilidad de justificar su función defensiva por la responsabilidad *moral* del individuo, no quedan más que dos soluciones posibles: o negar esta función a la sociedad, o justificarla por el principio de la responsabilidad *social*.

Pues bien: que el Estado, la sociedad, como organismos vivientes, tienen derecho a su propia conservación, o por mejor decir, se hallan sometidos a la necesidad natural de defenderse a sí mismos, como cualquier otro ser vivo, solamente bajo formas diferentes que responden a las diferencias que existen entre un organismo individual y un organismo social, es una cosa que no admite la posibilidad de dudar. A todo argumento que se opusiera a este propósito, la sociedad, y en su nombre el Estado (que es su *expresión jurídica*) responderían como aquel filósofo antiguo ante quien se negaba el movimiento, actuando efectivamente para su defensa y su conservación.

De esta suerte cae y se desvanece la objeción ordinaria que con una constancia digna de mejor causa formulan los representantes de las ideas tradicionales, cuando dicen que una vez suprimida la libertad del hombre, toda responsabilidad moral

cesa para él, y que, por lo tanto, la sociedad no tiene derecho alguno de castigarle.

Esta objeción, natural, además, en aquellos que se preocupan de la idea de libertad moral, pero que también utilizan muchos deterministas metafísicos, y que, por ejemplo, Robert Owen coloca en la base de todo su sistema socialista, es combatida en el dominio *jurídico* por el hecho de la necesidad ineludible en que la sociedad se encuentra de proveer a su propia conservación. Respecto de la *cuestión moral*, basta observar que desaparece toda contradicción, cuando no se da a la palabra *punir* la significación mística de que hablábamos hace un momento, sino que se considera la acción individual necesariamente determinada (el delito) como causa determinante de una social reacción igualmente necesaria (la pena) y, allí donde ésta falta, de una reacción individual que no es menos necesaria (la legítima defensa).

Como yo escribía en la *Teorica dell' imputabilità*, 1878, página 422, el delincuente dirá al Estado, según los partidarios del libre arbitrio y de la responsabilidad moral que de él deriva: «¿por qué razón me castigas por una acción de la que me era imposible abstenerme?» Pero el Estado, según nosotros, responderá: «Por la única razón de que tampoco yo puedo abstenerme de castigarte para defender el derecho y la sociedad». Hay aquí perfecta reciprocidad, y en consecuencia, justicia perfecta. Si el delincuente busca el modo de debilitar el derecho que tiene la sociedad de castigarle, diciendo con Reid (*Essais*, IV, cap. I), «que él hace el mal porque no puede hacer otra cosa; que la necesidad no tiene ley»; el Estado puede también responderle: «Yo también castigo porque no puedo hacer otra cosa; yo también digo: la necesidad no tiene ley».

Nuestros adversarios, cuando consideran el problema de la responsabilidad con relación a la negación del libre albedrío, incurren en el error de detenerse en consideraciones unilaterales y de colocarse en el punto de vista sólo del delincuente. El comerciante que creyera ganar en el peso comprando la mercancía en el ecuador para revenderla en los polos, se engañaría en sus cálculos, porque parando su atención en la mercancía, se olvidaría de que los pesos de la balanza aumentan,

ellos también, en las cercanías de los polos, por estar allí más cerca del centro de la tierra. Se comete un error análogo cuando no se mira más que al individuo y se tacha de injusticia todo castigo aplicado a actos que no son moralmente libres. Si el delincuente obedeciera a una *necesidad* moral y si el Estado fuese moralmente *libre*, es cierto que toda pena infligida por éste a un acto que no pudiera dejar de ocurrir sería absurda; pero si el Estado también, o quien le represente, se encuentra en la necesidad de castigar, es decir, de defenderse, entonces todo llega a ser lógico y natural, se conforma perfectamente con el determinismo universal. Y lo mismo acontece en todo el curso de la vida cotidiana: cuando se me insulta y reacciono, estarían equivocados los que me dijeran que yo no debía considerarme ofendido, puesto que el ofensor no disponía de su libre albedrío; pero yo tampoco a mi vez, soy libre de no reaccionar: si por necesidad se me ofende, también por necesidad reacciono.

Mucho mejor que abandonar los niños y los escolares a su expansión fisio-psicológica, para reprimir enseguida sus excesos inevitables, ensayando a lo más, y muy inútilmente, de prevenirlos por amenazas o advertencias, sería canalizar su actividad, imprimirla direcciones útiles, empleándola en ocupaciones apropiadas y, sobre todo, ahorrándola choques y decepciones irritantes. Lo mismo puede decirse de los adultos y de su coexistencia en la sociedad.

Seguramente el sentimiento común, que no ha cesado de sufrir la influencia de las viejas ideas, es todavía más o menos refractario a esta concepción positiva del derecho de defensa social, y en su virtud, se opone a que nuestras ideas se propaguen entre los que precisamente constituyen el mayor número y que juzgan, no como resultado de estudios pacientes y completos, sino por intuiciones de sentimiento y por hábitos mentales. En efecto, el sentimiento general nos es contrario. Pues bien, sea: en el fondo, aun hoy, sin que se acepten las razones completamente científicas de la nueva escuela, el ciudadano soporta siempre o casi siempre las consecuencias sociales de sus actos, ya sean éstas las indemnizaciones que deben pagarse en materia civil, las condenas infligidas por contravenciones

de policía y por delitos involuntarios, la reclusión en una casa de locos o la detención en una prisión. Pero existen entre los primeros casos enunciados y este último una considerable diferencia, a saber: que en el caso de los daños y perjuicios, en el de la contravención, en el de los delitos involuntarios y en el de la casa de locos, el sentimiento público no imprime a los condenados el estigma del desprecio y del odio; en tanto que cuando un culpable es reducido a prisión por un verdadero delito, se le considera como sustancialmente malo y tocado de oprobio.

El obstáculo es muy serio porque procede de un hecho real, de un sentimiento general y no de un razonamiento: sin embargo, no tiene más que un valor relativo y no debilita en nada la *verdad* de nuestras ideas, por difícil que pueda hacer su *expansión*.

Podría responderse en principio que, aun en los casos de indemnización, de delito involuntario y de internado en una casa de locos, existe siempre también por parte de la opinión pública una cierta reacción moral que varía más o menos, pero que se traduce en desestima o en una estimación menor. Pero además, la experiencia nos muestra que el sentimiento mismo acaba por modificarse, en el decurso del tiempo, según las ideas dominantes, con esta sucesión continua de progresos realizados que se oponen a los progresos futuros. De esto la historia nos suministra pruebas elocuentes. Hace menos de un siglo se castigaba a los locos como culpables, y eran objeto de la execración pública, porque se imputaba a su voluntad maligna lo que no era más que el efecto de un organismo enfermo (1). Soamente después de los esfuerzos de Chiarugi y de

(1) Véase lo que escribía, en los comienzos del siglo XIX, el médico Heinroth: "La locura es la pérdida de la libertad moral y no depende jamás de una causa física: no es una enfermedad del cuerpo, es una enfermedad del espíritu, *un pecado*. El hombre que durante toda su vida tiene ante sus ojos y corazón la imagen de Dios, no debe temer que la razón le falte jamás." (Citado por Ribot, *L'hérédité psychologique*, 2.^a edición, París, 1882, p. 140.) Por esto en la Edad Media, "el tratamiento de los alienados consistía la mayor parte del tiempo en castigos y exorcismos; no era tampoco raro que fueran sometidos a la tortura y hasta a la pena capital". Leidesdorf, *Trattato delle malattie mentali*, Turín, 1878, p. 10; Maudsley, *La responsabilità nelle malattie mentali*, Milán, 1875, Introducción.

Entre los criminalistas, Rossi (*Trattato di diritto penale*, lib. I, capí-

Pinel, precedidos, como Alvisi (1) ha demostrado, por los de Valsalva d'Imola, la sociedad se persuadió de que la locura es una enfermedad como otra cualquiera que reclama los cuidados del médico y no el látigo del cómitre. Y sin embargo, el que entonces hubiera sostenido que el pobre demente, el pobre monomaniaco, no debía ser considerado ni como moralmente responsable de su locura, ni como malvado, ni como digno de castigo o de desprecio, habría excitado vivamente el sentimiento público, que no admitía la inculpabilidad más que en los casos evidentes de manía furiosa. Eran las apariencias unidas a la ignorancia lo que salvaba al maniaco furioso y condenaba a cadenas y a la hoguera al demente y al alucinado.

Únicamente por una lenta evolución de la psiquiatría y del sentimiento común que fué su consecuencia, se llegó a la opinión moderna de que los locos no son responsables de sus acciones. Según ha indicado bastante bien Dubuisson (2) en los comienzos del siglo XIX, la irresponsabilidad de los locos no era admitida todavía más que como excepciones muy raras y evidentes: el campo de la delincuencia, por libre voluntad, era muy vasto, en tanto que el de la locura, debida a condiciones patológicas, era muy reducido. Esquirol procuró el primer progreso con su teoría de las locuras parciales o monomanías, teoría abandonada hoy por la psiquiatría, que no ve en estas locuras más que el síntoma aparente de una condición psicopatológica, pero que sirvió entonces para extender la idea de la locura hasta los casos menos evidentes de enfermedad mental. Se dió un segundo paso excluyendo la doctrina de las monomanías consideradas como entidades nosológicas, existiendo

tulo IX) escribía en pleno siglo XIX: "Cierta número de delitos, sobre todo de los más atroces y de los más horrorosos, son en el momento en que se cometen el efecto de una verdadera monomanía; pero este eclipse momentáneo de la razón del hombre le es imputable, como resultado de su vida entera, de una vida completa de libertad (!)... Nosotros no nos hemos, pues, escandalizado ni extrañado de ver a la justicia humana castigar *con su hacha* a los parricidas y a los asesinos *evidentemente monómanos*. Su castigo nos ha parecido útil, pero más justo que útil."

(1) Alvisi, *L'antico ospedale dei pazzi*, Bologna, 1881.

(2) Dubuisson, *Del'évolution des peines en matière de responsabilité* (*Archiv. anthr. crim.*, 15 Marzo 1887). Véase también, Cabadé, *De la responsabilité criminelle*, París, 1893, cap. II (Doctrina de la irresponsabilidad, sus variaciones y sus progresos).

por sí mismas, y admitiendo, en consecuencia, la irresponsabilidad de los locos, cualquiera que fuese el vínculo aparente entre cada uno de los actos cometidos por ellos y el delirio especial que caracteriza su acto patológico (1).

(1) Para demostrar la insuficiencia absoluta y la incertidumbre de la teoría clásica de la irresponsabilidad moral, cuando se trata de separar los locos de los criminales, he aquí un ejemplo característico.

En el caso de locura parcial, Mittermaier, *De alienationibus mentis*, Heidelberg, 1825 (y lo mismo Mori en sus *Scritti germanici*, II, 125), había establecido la regla jurídica, excelente desde el punto de vista de la simetría lógica, de que si el acto realizado por el monómano estaba en relación con su delirio parcial, no era responsable; pero si esta relación no existía, el mismo monómano debía ser castigado. Suponía el caso de un hombre que tuviera la idea fija de que sus piernas eran de vidrio. Imaginad que un hombre semejante mata a aquel que le amenaza con darle de palos en las piernas; es irresponsable, decía Mittermaier; pero si hurta una cartera, este acto no tiene nada que ver con su delirio parcial, y por consiguiente, es moral y legalmente responsable, como un ratero ordinario. Y Carrara (*Programma*, pág. 249), acepta completamente esta teoría.

La psiquiatría, no obstante, demolió la doctrina de las monomanías: ¿qué debía hacer entonces el derecho criminal? Debía naturalmente plejarse a los nuevos datos de la ciencia psiquiátrica y cambiar esta primera teoría, lógica en la forma pero cándida y desprovista de base científica, y en efecto, Mittermaier, hablando de la segunda edición del *Programma* de Carrara declaraba que, ante los progresos de la psiquiatría, abandonaba su teoría jurídica.

Pues bien; Carrara persistió, a pesar de ello, en esta teoría "bajo su relación práctica y jurídica" y la sostenía todavía en la última edición de su *Programma*, publicada en el año de gracia de 1886 (1), refiriéndose al caso relatado por Brierre de Boismont, el del hombre cuya idea fija era creer que tenía la sangre envenenada, por haberse lavado las manos en una vasija en que se encontraba una moneda de cobre oxidada, decía: "Si alguno hubiera frotado con cobre las manos de aquel desdichado y éste le hubiera dado muerte, yo digo que le habría absuelto; pero no habría, sin embargo, afirmado que era enteramente maniaco; por esto también, si hubiera violado a una mujer, le habría condenado" (§ 249, nota II). ¿Y quién puede asegurar que en las vías misteriosas del delirio sistemático (*paranoia*, como se dice al presente), la violación misma o el robo no estén asociados a la idea del envenenamiento de la sangre? El loco puede imaginarse, por ejemplo, que violando a una mujer conseguirá limpiar su sangre de esta ponzoña. ¿No es además un prejuicio frecuente entre los criminales que, aun sin tener extraviado el espíritu, cometen una violación, que este acto, como los atentados obscenos realizados con niñas, curan las afecciones venéreas o sífilíticas? O bien del propio modo el loco puede cometer un robo para comprar, por ejemplo, la droga que cree necesaria para la curación del envenenamiento de su sangre.

Tales son los datos de la observación psiquiátrica, bastante diferentes de las conclusiones silogísticas de las teorías criminales abstractas. Sin embargo, esta teoría de Carrara es también la de Chauveau y Hélie, *Théorie du Code pénal*, I, § 841; de Pessina, *Elementi*, última edición, Nápoles, 1882, págs. 219 y 220, y de Canonico, *Del reato e della pena*, Turín, 1872, p. 149. Y para no multiplicar las citas de los criminalistas italianos, baste decir que Brusa, *Dottrina generale del reato*, Turín, 1884, p. 220, copiando a Carrara, insiste todavía y escribe: "Esta opinión podrá

Después de esto el campo de la psico-patología se ensancha cada vez más en comparación con el de la delincuencia, gracias a la concepción de lo que se llama la locura moral, en la que la inteligencia queda intacta, o poco menos, mientras que la enfermedad ataca únicamente los sentimientos, y sobre todo el sentido moral o social. Pero como ha acontecido respecto de las monomanías, la psiquiatría no admite ya la especie distinta del loco moral, desde que Lombroso ha demostrado que la locura moral consiste precisamente en la delincuencia congénita. Con esta demostración genial de Lombroso, que ha sido en la psiquiatría contemporánea algo así como el huevo de Colón, la antropología criminal penetra en la última fase, en la que se ha suprimido la separación absoluta entre la locura y el crimen, aun cuando subsisten en ellos distintos caracteres clínicos, como entre las diferentes formas especiales de locura y delito. Los locos y los criminales son incluidos así en la grande y desgraciada familia de los anormales, de los enfermos, degenerados y antisociales (1).

Nada, pues, más natural, nada responde mejor a esta evolu-

no ser agradable a los médicos, pero ella es, hasta ahora, la más conforme con el sentimiento general." Sin embargo, aun entre los clásicos, algunos han abandonado esta teoría inocente (véase, por ejemplo, Berner, *Tratatto di diritto penale*, traducción italiana, Milán, 1887, § 79), que ha encontrado en 1893 una sanción legislativa en el Código penal del Canadá, cuyo art. 11 se expresa así: "Aquel que esté bajo el imperio de una aberración mental *sobre un punto particular*, pero por lo demás se halle sano de espíritu (1), no será absuelto por causa de alienación mental, a menos que esta aberración le haya llevado a creer en la existencia de una cosa que, si realmente hubiera existido, habría justificado o motivado su acto."

La oposición de los criminalistas clásicos contemporáneos a la teoría positiva de la responsabilidad penal de todos los criminales, comprendidos en ella los locos, determinada por los datos más recientes de la psiquiatría y de la antropología criminal, se parece demasiado a la de Carrara contra una innovación análoga de la psiquiatría en el caso especial de las monomanías, para que este error del gran criminalista no sea muy instructivo.

(1) No obstante precisa también a este propósito, como anteriormente para distinguir la criminalidad *atávica* y la *evolutiva*, establecer la distinción de los anormales *involutivos*, que son valores negativos humanos y sociales, de los anormales *evolutivos*, que llenan con frecuencia, por el contrario, una función útil de progreso, por sus caracteres psicológicos de monoidéismo, de filoneísmo, de espíritu de sacrificio, de fanatismo, de no conformismo, etc., que les hace rechazar la capa de plomo de las "mentiras convencionales", de los prejuicios y de los hábitos mentales.

Véase Ferri, *La réhabilitation des anormaux*, en la *Revue des Revues*, 15 de Febrero de 1899.

ción científica de la psiquiatría y de la antropología criminal, que la teoría que he sustentado sobre la responsabilidad social independiente de toda responsabilidad *moral*, para todos aquellos que realicen actos contrarios a las condiciones de la existencia social; dispuesta, como veremos en los §§ VI y VII, a adoptar las *formas y criterios* de esta responsabilidad social común a las condiciones particulares en que se encuentran los criminales mismos, siguiendo su clasificación en criminales locos, natos, habituales, ocasionales y pasionales (1).

Frente a esta innovación radical en las teorías juridico-criminales, no niego la hostilidad rutinaria del común pensar y de los juristas, a quienes las teorías clásicas de la responsabilidad moral más o menos precisa y completa han acostumbrado a considerar hoy a los delincuentes como se consideraba antaño a los locos no furiosos. No me hago ilusiones tampoco de poder conseguir que desaparezca en un instante, sólo por el razonamiento, este resto hereditario de las ideas antiguas: sé demasiado bien que, como hace notar Maudsley, «nos demuestra la historia que la práctica sobrevive largo tiempo todavía después de que la teoría en que se inspiraba ha perdido todo crédito entre los hombres». Pero estoy firmemente convencido de que más tarde o más temprano la ciencia llegará a modificar también la opinión general y a hacer que prevalezca la idea de que los delincuentes son, también ellos, individuos más o menos desgraciados, a causa de un estado anormal de su organismo, que, o les empuja al delito desde la más tierna edad, o no les da la fuerza necesaria para resistir la impulsión de las ocasiones. Y entonces, sucederá con los delincuentes lo que hoy acontece con los locos: no provocarán más la aversión, el desprecio, las torturas; pero no por ello dejará de subsistir respecto a los mismos, como respecto de los locos, la necesidad inexorable para la sociedad de separarlos de los demás hom-

(1) No tengo necesidad de repetir que mi expresión "responsabilidad social", es decir, responsabilidad del individuo hacia la sociedad (de la que no puede separarse la corresponsabilidad de la sociedad hacia el individuo en cuanto a las causas sociales criminógenas) equivale perfectamente, hasta para su contenido, a la fórmula "reactividad social", con que Hamon (*Déterminisme et responsabilité*, París, 1898, párrafo final) quisiera sustituirla.

bres, cuando los medios preventivos resulten insuficientes. Ya en nuestros días, sobre todo en presencia de los delitos más extraños o feroces, comienza a penetrar en el sentimiento público el reflejo de esta manera científica de considerar el delito como un fenómeno de patología individual y social (1).

56.—Admitido, pues, que—con o contra el sentimiento común de hoy—no se puede rehusar a la sociedad el derecho que tiene de conservarse, aun fuera de la responsabilidad moral del individuo, la base única de la ciencia criminal y del ministerio que corresponde a la misma, no puede ser otra que la responsabilidad *social*.

A pesar de ello, esta idea, hasta aquí por completo desdeñada en los escritos de todos los criminalistas (2), y frecuentemente expresada, por el contrario, en las obras de los psicólogos y de los médicos alienistas (Stuard Mill, Despinae, Fouillée, Maudsley, Spencer, Ardigó, Lombroso, Le Bon, Kraepelin, Dally, Lacassagne, Minzloff, Guyau, etc.), no podría, si se la dejase como ellos hacen, su simplicidad desnuda, bastar para fundar un sistema jurídico (3).

(1) Véase Fouillée, *Les transformations futures de la morale* (*Revue des Deux Mondes*, 15 Agosto 1888).

Yo no creo por esto que la ciencia, en consideración a los hábitos mentales y a las supervivencias psicológicas, deba conservar en la concepción de la responsabilidad el elemento "práctico" del estado actual de la conciencia común sobre la génesis del delito, ni hacer como hacía, entre otros, Pozzolini (bibliografía de mi *Justicia penal*, en la *Giurispr. italiana*, 1889, IV, 351) quien, adhiriéndose por completo "teóricamente" a mi teoría criminal sobre eliminación de toda pretensión de una justicia distributiva, admite, sin embargo, "en la práctica", "que no es posible dispensarse de emplear la pena como retribución del mal cometido, en atención a la influencia que ejerce otro elemento, la opinión pública".

¿Pero cuál es, pues, la misión de la ciencia y su primer deber, sino oponerse a "la opinión pública", cuando ésta no responde a los datos de la observación positiva? Véase Ardigó, *Coscienza vecchia é idea nuove—Empirismo e scienza*, en sus *Opere*, vol. IV, Pádua, 1885, págs. 423 y 431.

(2) En mi volumen titulado *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, he indicado la responsabilidad social (Parte I, capítulo VII, págs. 414 y siguiente, Florencia, 1878), pero sin desarrollar esta idea, sin asimilarla a mi sistema que era entonces demasiado imperfecto, porque se resentía de las teorías y de los prejuicios comunes, y que solamente ahora, por una verdadera evolución *à posteriori*, se precisa y completa.

(3) Tengo la satisfacción de decir que el desenvolvimiento sociológico más completo que conozco, del principio de *responsabilidad* y de la idea de *derecho* y de *justicia*, según la filosofía positiva, se encuentra en la obra *La morale dei positivisti e la Sociologia*, de mi muy querido maes-

La idea embrionaria, por decirlo así, de esta responsabilidad *social*, implícitamente contenida en las observaciones hechas hasta el día, se resume en un último análisis en lo siguiente: en el dominio jurídico criminal, como en el jurídico civil, y también en el de las relaciones extralegales, todo hombre, siempre y en todo caso, determina para cada una de sus acciones una reacción social correspondiente: siempre, por lo tanto, experimenta las consecuencias naturales y sociales de sus propios actos, de los que es responsable por el solo hecho de haberlos realizado.

Esta idea embrionaria, como yo la he llamado, no basta ciertamente para edificar todo un sistema respecto de la penalidad, o por mejor decir, de la función de defensa social; por lo cual me reservo indicar un poco más adelante los ulteriores criterios suficientes para dar a conocer las grandes líneas de tal sistema; pero mientras tanto, esta idea es la piedra angular del nuevo edificio científico, es la regla suprema, gracias a la cual, al excluir del dominio jurídico el criterio ético religioso de la «culpabilidad o responsabilidad moral», se está en condiciones de dar la única respuesta que tiene un carácter positivista, la contestación tantas veces reclamada, a esta «terrible pregunta»: *¿Por qué se pueden imputar al hombre sus delitos? ¿Por qué es responsable de los mismos?*

Todo el mundo sabe que la filosofía jurídica tradicional no ha dado nunca, ni da todavía a tal pregunta, otra contestación que ésta:—El hombre es responsable de sus actos porque es moralmente libre de ejecutarlos y en la medida en que posee esta libertad.

tro Roberto Ardigó (*Opere*, vol. III y IV), quien, sobre este asunto también, ha dado muestras de su privilegiada inteligencia. Antes de él, la afirmación más explícita, si no la más sistemática y completa, de la responsabilidad de los locos y criminales frente a la sociedad, por los actos cometidos por ellos, fué hecha por Dally en 1863, en una discusión célebre de la Sociedad Médico-psicológica de París; en ella concluía que “el hombre no podía ser *moralmente* responsable de sus actos, como no lo es tampoco de las enfermedades que trae al nacer o que adquiere durante su vida” (Dally, *Considérations sur les criminels et les aliénés criminels*, en los *Annales médico psychologiques*, 1863; y *sur la prétendue irresponsabilité des alcooliques criminels*, en los *Bull. de la Soc. d'anthr.* de París, 1880, pág. 264; y *La responsabilité morale e sociale*, en los *Annales méd. psychol.*, Enero 1882).

Aunque esta contestación está privada de todo fundamento científico por la negación del libre albedrío o libertad moral, la filosofía jurídica tradicional no deja por ello de repetir su *delenda Cartago*: «Explicad entonces por qué el hombre es responsable de sus actos si éstos le son impuestos por la ciega e irresistible fatalidad».

Pues bien; después de cuanto acabo de decir recordaré una vez más todavía la historia del huevo de Colón, y responderé a «esta terrible pregunta», diciendo simplemente que *los actos del hombre pueden serle imputados, y él es, por lo tanto, responsable de ellos, porque vive en sociedad*.

Imputabilidad y responsabilidad: entendemos con Romagnosi por imputabilidad, la posibilidad de «atribuir un efecto determinado a alguno como a la causa por la cual tal efecto es producido», y por responsabilidad, la posibilidad de «reconocer en alguno la obligación de reparar un daño determinado y de sufrir una pena especial, en razón de este efecto determinado». Es decir, que existe imputabilidad *material* cuando Tito es el autor del acto de que se trata; e imputabilidad *social y jurídica* porque Tito es obligado a soportar las consecuencias sociales y jurídicas de este acto por él cometido.

Pues bien; que el hombre es materialmente responsable de sus acciones por el solo hecho de vivir en sociedad, esto es demasiado evidente; porque del acto que un hombre ejecuta, sólo otro hombre puede exigirle cuenta, ya como individuo, ya como representante de la sociedad entera. Un hombre que vive solo y no en sociedad, en un lugar desierto, no es responsable materialmente de sus propias acciones, por la perentoria razón de no haber quien le exija tal responsabilidad.

Pero jurídicamente también, el hombre es responsable de sus acciones por el hecho solo de estar en sociedad, puesto que según ya he afirmado, solamente en la sociedad es concebible y posible el derecho. El hecho de vivir con otros hombres es para el hombre la única fuente de sus derechos y en consecuencia de sus deberes: si no vive en sociedad, ya no tiene ni derechos ni deberes. Y no se diga que, sin embargo, «virtualmente», el hombre por el solo hecho de serlo lleva siempre consigo, en su persona, deberes y derechos; porque decir que

una cosa no existe más que virtualmente o en idea, equivale a decir que no existe. Lo que existe en acto, en hecho, y la posibilidad ideal de la existencia no es suficiente para dar de un modo real la existencia misma. El hombre absolutamente solo no tiene de un modo actual, y por lo tanto, real, ni derechos ni deberes, en razón a que el derecho, como el deber, en sentido jurídico y social (yo no me ocupo aquí de los deberes religiosos), es una relación de hombre a hombre.

No es, pues, porque el hombre tenga «una libertad moral», o «libertad ideal» (1), o una «libertad relativa» de hacer, por lo que es jurídicamente, es decir, socialmente responsable de sus acciones; sino que lo es únicamente porque desde el momento en que vive en sociedad, cada uno de sus actos produce efectos individuales y además sociales que repercuten de la sociedad sobre el individuo que actúa. Este, pues, necesariamente, de un modo inevitable, por el solo hecho de vivir en sociedad, debe sentir y soportar sus efectos, que serán útiles o buenos para él si su acción ha sido útil o buena para la sociedad, y que serán en cambio dañosos o malos si su acción ha sido perjudicial o mala para la sociedad.

Como muy bien ha aseverado Holmes a propósito de la responsabilidad civil (y esto se aplica también, a nuestro juicio, al principio de la responsabilidad penal): «La fraseología de la moral es inagotable sobre esta parte del derecho. No se cesa de hablar de falta, de malignidad, de fraude, de intención, de negligencia. De aquí la opinión de que los peligros que hace correr a un hombre su propia conducta dependen para él de algún defecto moral. Pero si esta opinión ha encontrado partidarios, una completamente contraria ha sido la del mayor número (entre los anglo-sajones): esta opinión es que las personas responden de todas las consecuencias de sus actos;

(1) "En una palabra, la legitimidad moral de la pena se deduce de la *libertad ideal* concebida como principio del derecho, y su legitimidad social de la aceptación común de este ideal por medio de un *contrato*". Así se expresa Fouillée, quien, no obstante, es uno de los más sagaces entre los filósofos del derecho: él revela aquí también esta tendencia al eclecticismo que siempre quita al pensamiento algo de su fuerza y perjudica a la originalidad siempre fecunda, hasta cuando no llega a poseer plenamente la verdad.

que ellas actúan siempre de su cuenta y riesgo, cualquiera que sea el estado de su conciencia» (1).

No hay, pues, para el hombre más que un medio de no ser responsable de sus actos; este medio es renunciar a toda sociedad (2). En este sentido se podría decir, volviendo casi a Rousseau con Renouvier y con Fouillée, que la responsabilidad social tiene en algún modo su base en la aceptación contractual de la vida en común; pero, sin embargo, este elemento de contrato es tan infinitesimal y hasta, por mejor decir, negativo (puesto que el hombre se encuentra fatalmente en sociedad y no puede hacer todo lo que quiere), que no se le puede tomar como base de un sistema sociológico, independientemente de la influencia que pueda ejercer en la solución de tal o cual problema de sociología.

Esto equivale a decir, y es la primera afirmación sobre la cual se funda un criterio positivo de la responsabilidad, que *todo hombre es siempre responsable de cualquier acción anti-jurídica realizada por él, únicamente porque y en tanto vive en sociedad.*

V

57.—Estamos frente a dos teorías radicalmente distintas sobre el principio fundamental de la responsabilidad.

A un lado está la teoría clásica, que coloca este principio exclusivamente en el individuo que obra, exigiéndole para su responsabilidad *penal*, no sólo lo que desde luego se supone, la responsabilidad *física* que afronta como autor material del delito, sino también la responsabilidad *moral* por virtud de ser su autor «inteligente y libre», como decía hace ya un siglo Romagnosi (*Genesi*, párrafo 1.332), y como han repetido después todos los criminalistas clásicos.

Verdad es que Romagnosi, el espíritu más positivo entre los clásicos, decía que la responsabilidad *moral* es solamente la

(1) Holmes, *Il diritto comune anglo-americano*, Milán, 1870, lec. III, página 110.

(2) Yo he aplicado este principio general a los casos de ayuda prestada para un suicidio o de la muerte dada a un hombre con su consentimiento, en el *Omicidio-Suicidio*, 4.ª edición, Turín, 1895.

- V. 57. Teorías eclécticas de la responsabilidad.—58. Libertad relativa de la voluntad (por libertad limitada, libertad ideal, libertad práctica, motivo de contradicción, factor personal).—59. Libertad de la inteligencia.—60. Voluntariedad (art. 45 del Código penal).—61. Intimidabilidad.—62. Normalidad.—63. Identidad personal y semejanza social.—64. Estado de criminalidad.—65. Conclusión..... 94

que ellas actúan siempre de su cuenta y riesgo, cualquiera que sea el estado de su conciencia» (1).

No hay, pues, para el hombre más que un medio de no ser responsable de sus actos; este medio es renunciar a toda sociedad (2). En este sentido se podría decir, volviendo casi a Rousseau con Renouvier y con Fouillée, que la responsabilidad social tiene en algún modo su base en la aceptación contractual de la vida en común; pero, sin embargo, este elemento de contrato es tan infinitesimal y hasta, por mejor decir, negativo (puesto que el hombre se encuentra fatalmente en sociedad y no puede hacer todo lo que quiere), que no se le puede tomar como base de un sistema sociológico, independientemente de la influencia que pueda ejercer en la solución de tal o cual problema de sociología.

Esto equivale a decir, y es la primera afirmación sobre la cual se funda un criterio positivo de la responsabilidad, que *todo hombre es siempre responsable de cualquier acción anti-jurídica realizada por él, únicamente porque y en tanto vive en sociedad.*

V

57.—Estamos frente a dos teorías radicalmente distintas sobre el principio fundamental de la responsabilidad.

A un lado está la teoría clásica, que coloca este principio exclusivamente en el individuo que obra, exigiéndole para su responsabilidad *penal*, no sólo lo que desde luego se supone, la responsabilidad *física* que afronta como autor material del delito, sino también la responsabilidad *moral* por virtud de ser su autor «inteligente y libre», como decía hace ya un siglo Romagnosi (*Genesi*, párrafo 1.332), y como han repetido después todos los criminalistas clásicos.

Verdad es que Romagnosi, el espíritu más positivo entre los clásicos, decía que la responsabilidad *moral* es solamente la

(1) Holmes, *Il diritto comune anglo-americano*, Milán, 1870, lec. III, página 110.

(2) Yo he aplicado este principio general a los casos de ayuda prestada para un suicidio o de la muerte dada a un hombre con su consentimiento, en el *Omicidio-Suicidio*, 4.ª edición, Turín, 1895.

condición, y no la medida de la responsabilidad *penal* (1). Pero la teoría clásica común no ha seguido sobre este punto a este gran maestro, porque el criterio-medida, propuesto por él, o sea la impulsión criminal, hacía menos fácil y menos esquemática la solución de los teoremas juridico-criminales en materia de responsabilidad. A causa de esto, doctrina, legislación y jurisprudencia han seguido, por el contrario, lo que llamaré el criterio-medida de la responsabilidad, porque es de un uso más fácil y presenta además apariencias de proporciones matemáticas, que se toman cómodamente por reglas de justicia.

Esta dosimetría consiste, como Mario Pagano (2) decía, hace también un siglo, con una franqueza ingenua, en que cuando existe la plenitud de la libertad y de la inteligencia o se supone existe en el delincuente, su responsabilidad moral y, en consecuencia, su responsabilidad penal, son de igual manera completas; y viceversa, si la inteligencia o la libertad faltan completamente en el agente, su responsabilidad moral y penal es nula; si la inteligencia o la libertad sólo faltan en la proporción de un cuarto, un tercio o una mitad, así mismo la responsabilidad moral y penal disminuye en un cuarto, un tercio o un medio.

Nada más aritméticamente simétrico, pero nada más absurdo desde el punto de vista psicológico; porque así como en otro tiempo se admitía que el hombre podía ser parcialmente loco, o sea que en su cerebro la locura y la razón cohabitaban, como buenas vecinas, en dos departamentos distintos, se supo-

(1) Romagnosi, *Genesi del diritto penale*: "Sin imputabilidad moral no puede existir responsabilidad penal. Pero esta responsabilidad ¿deberá siempre estar en proporción de la imputabilidad? La costumbre de evaluar el mérito o demérito de las acciones humanas según las reglas de una moral interior, conduce a menudo a sustituir con la responsabilidad de conciencia la responsabilidad de la seguridad común. Pero la razón legal y la política ¿permiten esta sustitución...? Por este ejemplo (a saber, que el mandante debe responder no ante el tribunal de la conciencia, sino ante el de la sociedad, de los excesos cometidos por el mandatario), cada uno comprende cuán diferente es la responsabilidad moral de la política, y cuán necesario es también considerar esta última como la única que conviene y que debe ser requerida por aquellos cuyo oficio es defender y garantizar la seguridad común" (párrafos 527 y 600). "Sólo a esta última sirve la imputabilidad moral para indicar cuándo se puede y debe castigar, y no cómo y en qué proporción se debe hacer" (§ 1.333).

(2) Pagano, *I principii del codice penale*, § I.

ne aquí que en la voluntad del hombre la necesidad y la libertad coexisten en dos habitaciones separadas. Y nada más peligroso, según ya he dicho, en el aspecto social: porque en efecto, mientras que toda disminución de la pretendida responsabilidad moral, coincide en realidad con un aumento de los riesgos que hace correr a la sociedad el individuo que conculca la ley falto de una inteligencia y voluntad normales, esta insuficiencia lleva aneja para él una disminución de responsabilidad penal, de suerte que la defensa disminuye o desaparece cuando el peligro aumenta.

Pero, repito, esta teoría común de la responsabilidad moral como condición y medida de la responsabilidad penal presentaba en su aplicación demasiada facilidad y en su apariencia excesiva simetría lógica para no conquistar el asentimiento unánime de los criminalistas clásicos.

De otra parte, apoyados en los nuevos datos de la biología y en los de la sociología criminal, presentamos una teoría positiva de la responsabilidad radicalmente opuesta a la precedente.

En nuestra teoría la punibilidad, o mejor aún, la defensa social contra los delincuentes, tiene todavía su raíz en el individuo considerado como autor material de un delito que es el índice de su personalidad fisisicológica, reaccionando contra el medio físico y social. Y he aquí por qué constituye una objeción completamente pueril, la que nos dirigen ciertos críticos metafísicos, cuando dicen que sería absurdo hablar de responsabilidad *social*, porque la responsabilidad no puede ser más que *individual*; como si, hablando de responsabilidad social, creyéramos hablar de la «responsabilidad de la sociedad» y no de la del «individuo» frente a la sociedad.

Por la razón de esta responsabilidad del individuo respecto de los delitos por él cometidos, no depende tampoco únicamente de las condiciones personales en que se encuentre; y, por lo tanto, su responsabilidad *moral* no es una condición de su responsabilidad *penal*, dependiendo ésta solamente del hecho de vivir el individuo en sociedad.

Fuera de la vida social no existe derecho ni deber. Todo derecho representa una conquista, y ha sido preciso luchas seculares para que fuese reconocido. Así, en tanto que los

partidarios metafísicos de un «Derecho natural» eterno y absoluto, preexistente en la Sociedad como en el Estado, ~~acusari~~ a los positivistas de suprimir toda base sólida al ~~patrimonio~~ de los derechos individuales, nosotros sostenemos que ~~sólo la~~ concepción positiva y relativa de estos derechos, como una ~~con-~~quista histórica, estimula de un lado la conciencia común en la lucha para la conquista de derechos nuevos, y de otro nos anima y fortifica por la convicción de que siendo el derecho de hoy un progreso sobre el de ayer, el de mañana se modificará ciertamente también y representará un progreso sobre el presente.

Todo acto individual produce de parte de la sociedad una reacción correspondiente; si, pues, este acto del individuo interesa el orden jurídico, estas sanciones toman una forma jurídica o legal, y el individuo, autor material de un hecho, responde de él ante la sociedad, independientemente de su falta moral.

Nadie niega que las condiciones del *acto*, del *agente* y de la *sociedad*, influyen sobre la forma de estas sanciones legales y suministran, en consecuencia (como veremos en los apartados sexto y séptimo), una medida de la responsabilidad moral o jurídica del delincuente, porque la reacción social debe corresponder a la acción individual, la defensa a la ofensa.

Pero, entre tanto, el principio y la razón de la responsabilidad penal son concretamente designados por las dos teorías opuestas: la teoría ético-individual de la escuela clásica y la jurídico-social de la escuela positivista.

Entre estas dos teorías opuestas, radicales aunque lógicas, y a este título, sólo posibles teóricamente (aunque contraria la una y conforme la otra con la realidad humana), han poblado, a guisa de transiciones o transacciones, teorías eclécticas variadas, según las cuales el delincuente es responsable moralmente y, por lo tanto, penalmente, porque se encuentran, en su persona, en su acto, los caracteres siguientes.

Libertad relativa de la voluntad.....

{	<i>limitada</i> .—Ellero, Tolomei, Buccelati, Canonico, Brusa, Pessina, Bovio, Prins, Rolin, Joly, Krafft-Ehing, Ziino, Riant, Garraud, etc.
	<i>ideal</i> .—Fouillée, Siciliani, Wautrain-Cavagnari, por el <i>factor personal</i> . Lévy-Bruhi, Magri, Moriaud.
	<i>práctica</i> .—Salcilles, Pozzolini.

Libertad de la inteligencia	}	Kleinschrod, Hälschner, Berner, Schütze, Holtzen-dorff, Vida, Conti, Laurent.
Voluntariedad		
Intimidabilidad	}	Códigos penales de España, Hungría, Italia, Pro-yecto de Código penal ruso, Beaussire.
Normalidad		
Identidad personal y semejanza social	}	Dubuisson, Impallomeni, Alimena, Cuche, Lanza.
Estado de criminali-dad		
	}	Poletti, Listz.
	}	Tarde.
	}	Poustoroslew.

58.—Hay, como se ve en estas teorías eclécticas, una progresión que va desde las más espontáneas, como adaptación y reducción de los criterios clásicos de la voluntad y de la inteligencia libres, a las más ingeniosas y rebuscadas, como invención más o menos original de criterios desviados de estos dos criterios tradicionales (1).

Se ha comenzado, en efecto, por reconocer en principio que las nuevas observaciones de biología y de sociología criminal suprimían en parte la ilusión de una libertad moral, absoluta e ilimitada en el hombre, y destruía en consecuencia su responsabilidad moral absoluta. Pero, bajo la influencia de la idea preconcebida de que no hay responsabilidad penal sin responsabilidad moral, se ha rehusado admitir que las condiciones hereditarias fisio-psicológicas del individuo, unidas a la presión del medio, pudieran jamás anular completamente la libertad, la li-

(1) No he creído que debía incluir entre estas teorías la de Silió y Cortes, *La crisis del derecho penal*, Madrid, 1891, cap. I, en la cual acepta el principio positivo de la defensa social como razón de la responsabilidad y de la punibilidad individuales, aunque haciendo reservas en favor del libre albedrío.

Esta no es una teoría ecléctica, porque Silió acepta y desarrolla con mucha elocuencia las inducciones de la escuela positiva, conservando a la vez como una especie de excrecencia que ningún lazo orgánico une al resto de sus ideas, la afirmación del libre albedrío. Se puede ver allí por su parte una concesión más o menos consciente que se hace al espiritualismo dominante aún en España, así como "lo incognoscible" de Spencer fué una concesión al espiritualismo deísta, todavía dominante en Inglaterra.

Otro tanto puede decirse de De Baets (*Une question touchant le droit de punir*, en la *Revue néo-scholastique*, Febrero 1897), quien siendo profesor en la Universidad católica de Lovaina, sostiene los datos de la antropología criminal, pero tratando de ponerlos de acuerdo (?) con el libre albedrío, según declaró claramente en el Congreso de antropología criminal de Ginebra (*Actas*, 1897, p. 310).

bre voluntad del hombre. Esta libertad volitiva, se ha dicho, será débil; pero es preciso que quede de ella siempre al menos una brizna en el hombre, y que él escoja el mal, porque de otro modo se cae en el fatalismo, y la responsabilidad llega a ser imposible. Nosotros no pediremos de ella un metro, como anteriormente; pero es conveniente, es indispensable que nosotros tengamos por lo menos, un centímetro, un milímetro (!).

Es evidente que esto constituye un expediente tan cómodo como insostenible: una vez que se ha lanzado uno por la pendiente de las concesiones al determinismo contra el absolutismo del libre albedrío, nadie puede detenerse a la mitad o a las dos terceras partes del camino para salvar un débil resto de esta libertad de querer: es preciso llegar hasta el fin. Y la «libertad limitada» es un absurdo lógico y psicológico (como ya dije en el núm. 44), porque no se ve por qué estas condiciones individuales y exteriores, que pueden suprimir uno o dos tercios del libre albedrío, no han de poder llegar jamás (excepto en casos evidentes de locura) a suprimirle por entero.

Por esta razón Carrara, espíritu poderosamente lógico y sistemático si los hay, vió con toda claridad las consecuencias a que se llegaba fatalmente tan pronto como uno se dejaba llevar por la pendiente de las concesiones al determinismo natural, y descendió a la tumba sin haber hecho ninguna a las nuevas teorías, encerrándose, con una inflexible obstinación, dentro de la coraza impenetrable de sus silogismos absolutos.

A esta concepción más cómoda de una simple limitación *cuantitativa* de la libertad de querer, han añadido otros concepciones de una libertad relativa también, pero *cualitativa*mente distinta. Así Fouillée habla de una «libertad *ideal*» que se formaría y desarrollaría progresivamente como idea-fuerza, y que sólo produciría «la legitimidad *moral* de la pena»; porque como decía después de él Siciliani, «el hombre no es libre, pero llega a serlo» (1).

No es necesario demostrar ampliamente la insuficiencia

(1) Fouillée, *La science sociale contemporaine*, París, 1880, y *La liberté et le déterminisme*, 2.^a edición, París, 1884; Siciliani, *Le questioni contemporanee e la libertà morale*, Bolonia, 1878 y 1889; Wautrain Cavagnari, *L'ideale del diritto*, Génova, 1883.

teórica y sobre todo práctica de tal criterio. ¿Cómo decidir si un hombre al cometer un delito, tiene o no tiene «la idea de su propia libertad»?

Verdaderamente, cuando se han estudiado los delincuentes en la realidad y no de un modo imaginativo, parece claro que no tienen esta «idea de su propia libertad moral»: en efecto, ellos admiten casi siempre que han sido arrastrados al delito sin poder resistir el impulso de la venganza, de la codicia o de la lujuria, o, última hipótesis, de la voluntad divina, pero también sin procurar buscar de este modo una excusa o un pretexto de impunidad: pero, al contrario, en tanto que ellos tienen conciencia de su propia impotencia para resistir los impulsos criminales, en tanto también tienen conciencia del derecho de la sociedad para castigarlos. «He cometido una falta, me han prendido, es preciso que la pague»: tal es la respuesta que me han dado más de cien veces los detenidos, sobre todo los reincidentes, quienes sin embargo añadían que, otras veces, «habían tenido más suerte». Y esta contestación tiene un gran valor psicológico, porque no era una salida hipócrita y egoísta para invocar la compasión o protestar contra la condena: todo lo contrario, reconocían con ello la justicia, aun cuando aquella «idea de la libertad moral», que les suponen los filósofos de gabinete, no brilló ni por lo más remoto en su conciencia (1).

Admitiendo, a pesar de todo, que entre los delincuentes existe esta «libertad ideal que se forma progresivamente», ¿cómo haremos, si no obstante, depende de su potencia más o menos grande su responsabilidad moral, y por lo tanto, su punibilidad, para medir su intensidad e importancia?

Es preciso agregar que esta «libertad ideal» se asemeja bastante a la libertad «de carácter inteligible» de que hablan Kant y Schopenhauer, quienes después de haber negado la libertad moral «de carácter empírico» en el hombre, es decir, en el mundo real de los fenómenos y en la «razón práctica», inventaron, en el mundo de los neúmenos y en la «razón pura», «un carácter inteligible», en el cual residiría una libertad ideal

(1) Ferri, *Atlante antropológico statistico, De l'Omicidio*, Turín, 1895, página 139 y siguiente y texto, pág. 478.

del hombre. Concepciones trascendentales, creaciones ingeniosas, que denotan una gran imaginación lógica y filosófica, pero que están desprovistas de toda realidad positiva.

Otra opinión, que conserva todavía en el hombre cierto residuo de libertad moral, es la que representa esta libertad bajo la forma de lo que pudiera llamarse el «factor personal», factor que concurre en toda deliberación voluntaria para decidir en un sentido o en otro el conflicto de los motivos internos y de las circunstancias exteriores.

Así, por ejemplo, Lévy Bruhl, después de haber observado que la responsabilidad tiene un aspecto *objetivo* (que corresponde en parte a lo que llamamos responsabilidad social), y un aspecto *subjetivo* (responsabilidad moral), y después de analizar uno y otro con sagacidad, reconoce que la responsabilidad objetiva de cada uno para sus propios actos basta a la vida social.

Más aún; insiste en la necesidad de «desdoblar la noción de responsabilidad, *reservando para la legislación penal la noción de una responsabilidad puramente objetiva*».

Hasta aquí sería un perfecto positivista; pero a la responsabilidad objetiva quiere unir una responsabilidad subjetiva, porque «las decisiones tomadas por el hombre deben ser referidas al mismo considerado en la esencia de su personalidad» (1). No obstante, él mismo confiesa que de esta responsabilidad subjetiva «no podemos tener más que una representación simbólica y no una noción propiamente dicha» (pág. 117).

Pero esta necesidad supuesta de una responsabilidad subjetiva como antecedente y condición de la responsabilidad objetiva, es todavía, sin hablar de lo demás, un equívoco.

Así como cuando decimos que la norma de moral absoluta «el mal merece el mal», es un antecedente de la regla de derecho positivo que quiere que el delito sea castigado, se emplea un equívoco, porque es precisamente de la experiencia y del

(1) Lévy Bruhl, *L'idée de responsabilité*, Paris, 1884, pág. 105.

Igualmente Moriaud (*La question de la liberté et la conduite humaine*, Paris, 1897, pág. 200) sostiene que «el fundamento de la responsabilidad es el *ser*; uno es responsable de lo que es, supuesto que se sea alguna cosa por sí mismo"... De suerte que "hay en el hombre libre (?), al lado del libre arbitrio, en qué fundar la responsabilidad».

recuerdo de estas reglas positivas de comunidad social (defensa-venganza) de donde los hombres obtienen la idea abstracta y simbólica de esta norma moral, así también de la experiencia de la responsabilidad objetiva es de donde únicamente se extrae la idea abstracta, el símbolo metafísico de la responsabilidad subjetiva. No es cierto, por lo tanto, que la moral preceda a la vida social, ni que la responsabilidad subjetiva preceda a la objetiva: acontece todo lo contrario; puesto que como ha dicho Mara contradiciendo a Hegel, no es la idea la que determina la realidad, son las condiciones reales de la vida las que determinan la conciencia y las ideas.

La reacción defensiva y vengadora contra todo acto contrario a las condiciones de la existencia individual y social, constituye el hecho primitivo, irreductible de toda vida en sociedad, hasta entre los animales (1). Es, pues, la base material y la

(1) "El instinto (que entra en el de la conservación de la vida), después de haber creado el sistema complejo de las penas y de las recompensas sociales, se ha encontrado fortalecido por la existencia misma de este sistema protector. Los hombres no han tardado en reconocer que cuando ofendían a otros de tal o cual manera, debían esperar por parte de ellos una represión más o menos fuerte: así se ha establecido una asociación natural y racional (ya señalada por los psicólogos ingleses) entre una conducta dada y un castigo correspondiente. En la *Revue philosophique* (Abril 1885), Delboeuf relata un curioso ejemplo de una semejante asociación naciente en un animal. Se trataba de un perrito que cuantas veces ensuciaba el gabinete de trabajo, era llevado por Delboeuf a un rincón del patio, donde le hacía poner en dos patas y le castigaba. Este sistema de educación le corrigió de su defecto. Sin embargo, llegó una ocasión, algún tiempo después, en que el perro manchó de nuevo la alfombra. Entonces él mismo, espontáneamente, se refugió en el rincón del patio que conocía y se puso de pie sobre sus patas esperando con una actitud cómica de verdadero remordimiento, la corrección que le propinaba su amo." Romanes narra también hechos análogos (Guyau, *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*, Paris, 1885, p. 167).

Este hecho, que es característico para el psicólogo, y que, sin embargo, hará reír como una anécdota insignificante a todos aquellos que no tienen el sentimiento de la experiencia científica, es análogo al que yo conté, tomándolo de Ardigó en la *Negazione del libero arbitrio* (pág. 417). Un perro que importunaba a su amo en el comedor, fué castigado por éste varios días seguidos cada vez que se ponía el mantel para comenzar la comida. De aquí resultó que, aun sin ser pegado, el perro salía corriendo velozmente en cuanto veía tender el mantel sobre la mesa para comer, dejando así tranquilo, gracias a una asociación psíquica natural, a su ingenioso dueño. Lo mismo se observa en el caso del leopardo, de que habla Brehm (*La vita degli animali*, Turín, 1872, I, 214, 354), que no entraba en su jaula más que cuando se la regaban con agua fría: "y al fin fué suficiente enseñarle la manga de regar para hacerle entrar, aun cuando él lo hiciese del peor humor". Comparad aquí (pág. 386 y siguientes)

verdadera determinante de las normas de la moralidad. No recibe de éstas el hecho ninguna justificación; subsiste todavía cuando la ciencia jurídica renuncia a toda idea de responsabilidad subjetiva, como también después que la ciencia criminal ha renunciado a esta regla—el mal merece el mal—sin que por ello se haya comprobado ningún trastorno científico, moral o social.

Mas recientemente se ha creído poder fundar la responsabilidad, yo no diré que sobre una teoría, pero sí sobre un expediente ecléctico, diciendo que la justicia penal encuentra una base suficiente y «positiva», en lo que podría llamarse, siguiendo el sentimiento popular, «la libertad práctica» de los individuos.

Del propio modo que la muchedumbre, o sea la conciencia común formada de prejuicios tradicionales y de hábitos mentales, tiene al hombre por responsable porque, en la práctica, puede no cometer el delito, y aquélla considera siempre la pena como la retribución de una falta, así también la ciencia criminal y los que ejercen la función de la justicia penal no pueden fiarse del criterio más lógico, pero no comprendido del vulgo, de la responsabilidad social y objetiva, propuesto por la escuela positivista.

Saleilles, reproduciendo y desenvolviendo una objeción de Liszt (1), ha presentado este expediente, que ha recibido no sé cómo, el asentimiento de un joven positivista italiano (2).

En un libro sobre la individualización de la pena, que produjo en el mundo científico el estrépito que hacen siempre, si bien por poco tiempo, las tentativas de conciliación ecléctica, elogiando al mismo tiempo sin comprometerse demasia-

mis observaciones sobre la psicología de la pena que es muy eficaz cuando proporciona la sensación concreta de un dolor inminente, mientras que lo es muy poco como idea abstracta de un dolor lejano. (Véase también mi *Omicidio*, Turin, 1895, págs. 20 y 251 y siguientes.)

(1) Liszt, *Die Strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit*, en la *Zeitsch. f. ges. Strafrw.*, 1896, p. 70. Discurso pronunciado en el Congreso internacional de psicología en Munich, Agosto 1896.

(2) Saleilles, *L'individualisation de la peine*, París, 1898, F. Alcán; Pozzolini, *Bases para una teoría positiva de la responsabilidad penal*, en la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, Junio 1899, y en el libro *In onore di Francesco Carrara*, Luca, 1899.

do, el tradicionalismo enemigo de las novedades y las veleidades de la innovación, Saleilles dice (pág. 139) que «lo que hay de bueno en el sistema clásico es su principio (de responsabilidad moral y subjetiva), y lo que hay de malo son las consecuencias que de él se deducen; mientras que inversamente, en el sistema positivista, muchas conclusiones son seductoras y casi se imponen, pero su principio nos *espanta*».

Esta última palabra nos revela involuntariamente el terror y la aversión de lo nuevo, que hacen justamente que Saleilles crea poder construir una especie de organismo científico paradójico, pegando el *principio* de la escuela clásica a las *conclusiones* de la escuela positiva.

Y lo más curioso del caso es que, si se le ha de dar crédito, todo esto no es eclecticismo.

No es necesario demostrar latamente que «la concepción popular de la responsabilidad» no puede constituir la base de una teoría científica, porque no existiría jamás progreso alguno de carácter científico, si el estado actual de la conciencia común, de los prejuicios tradicionales, pudiera oponer una barrera a las innovaciones teóricas producidas por el estudio de los hechos.

Cuando Pozzolini, admitiendo desde luego que mi teoría de la responsabilidad social representa el sistema ideal de la justicia futura, propone solamente no abandonar la concepción popular de la retribución moral en la pena, y declara esta teoría «verdaderamente positiva», no advierte la confusión en que incurre entre el positivismo y el empirismo. Pues bien: todo triunfo de la ciencia positiva ha sido siempre una derrota del empirismo.

Y cuando Franck, citado por Von Buri (1) y recordado por Pozzolini, dice que «el movimiento de reforma del derecho penal se guardará bien de abandonar *totalmente* la idea de reparación o de expiación fundada sobre el indeterminismo, porque esta idea, *en el actual estado de la opinión pública*, coopera con él para permitirle alcanzar su fin más elevado, la efi-

(1) Von Buri, *Questioni d'imputabilità*, en la *Riv. penale*, Abril 1898, página 339.

«eficacia social del derecho penal», respondemos que hay en ello un error y una ilusión.

Hay error en subordinar al «actual estado de la opinión pública» las conclusiones de la ciencia, como si Pinel hubiera dicho, en su gran reforma de la psiquiatría práctica: los locos son verdaderamente enfermos y no seres malvados; pero como «el estado actual de la opinión pública» o bien la «concepción popular» de la locura es que son culpables, la psiquiatría no debe abandonar *totalmente* esta idea del castigo impuesto a los locos, porque la cura medical que se les aplica no representa otra cosa que «el estado ideal de la psiquiatría del porvenir».

Y entonces, un Saleilles del siglo XVIII habría dicho que era preciso conservar «el principio» de la psiquiatría tradicional, afirmando que los locos son responsables de su enajenación mental, pero cuidándolos conforme a las *consecuencias* de la nueva psiquiatría científica, y tratándolos como si fueran enfermos».

Sustituid la palabra *locos* por la de *delincuentes*, la de *psiquiatría* con la de *justicia penal*, y el expediente ecléctico aparecerá en toda su belleza (1).

Además del error evidente, existe una ilusión en este respecto empírico para el prejuicio tradicional: cuya ilusión consiste en creer que se favorecerá así «la eficacia social del derecho penal» (Franck), o que se da «a la sociología criminal el fundamento de la justicia» (Saleilles).

¿Cómo podrá ser eficaz una función social, si se la da por brújula, no la verdad científica sobre la génesis natural y en consecuencia sobre los remedios eficaces del delito, sino el prejuicio empírico? ¿No estamos ya suficientemente instruidos por la experiencia de los siglos de la ineficacia, tan sangrienta como estéril, de la justicia penal fundada en la idea de la reparación o de la expiación de las faltas? Equivaldría esto a decir que la medicina moderna quería aumentar la eficacia de sus métodos conservando el prejuicio popular con relación a las enfermedades epidémicas, progreso que sólo los descubri-

(1)* Véase en el mismo sentido Drill, *Les fondements de la responsabilité pénale*, en las *Actes du Cong. anthr. crim.*, Ginebra, 1897, p. 67.

mientos de Pasteur acerca de los microbios patógenos, han hecho posible, fundándole sobre datos científicos.

Y en cuanto a la justicia, que debiera templar las conclusiones de la sociología criminal, será preciso preguntar siempre como ya se ha hecho (1): ¿cuáles son por tanto estas «exigencias de la idea de justicia»? ¿Qué es lo que es justo y qué no lo es? ¿Quién puede medir la responsabilidad subjetiva del delincuente, para oponer a ella como reparación una pena justa y proporcionada?

Repitamos, pues, de nuevo, que la única solución del problema está en abandonar valerosamente todo prejuicio, desde el momento en que el error ha sido demostrado, y persuadirse de que la opinión pública concluye siempre por acomodarse y someterse a las verdades científicas. Esto es lo que hizo respecto de los locos después de Pinel, esto es lo que hará para los delincuentes.

59.—Estas son las teorías eclécticas de la responsabilidad que se alejan menos que las otras de la teoría clásica pura, puesto que vuelven todas a afirmar, bajo una forma en que la fantasía toma alguna parte, presentándola, cierto es, como relativa, limitándola, disfrazándola, esta libertad moral o volitiva, que, en la ciencia tradicional y en el sentido común, constituye precisamente la condición y medida más característica y esenciales de la responsabilidad moral y penal.

Mas el homenaje inevitable a las nuevas demostraciones científicas de la fisio-psicología ha tomado una forma un poco más radical, sobre todo entre los criminalistas alemanes, en la teoría ecléctica con la cual se ha creído evitar la dificultad, excluyendo sin cuidado uno de los dos pilares tradicionales de la responsabilidad moral, la libre voluntad, para no conservar más que uno solo, el menos incierto y el menos combatido, la inteligencia.

Es una teoría que, cuando se ha negado el libre albedrío o reconocido que es muy discutible, se presenta por sí misma, y es la siguiente: Si el hombre es responsable porque es «inteli-

(1) En el *Año sociológico*, París, F. Alcán, 1899, II, 364.

gente y libre», al suponer que no sea libre, nos concederéis por lo menos que deberá ser responsable a causa de ser, y en tanto que sea, inteligente.

Es la teoría intelectualista, ya indicada por Spinoza, después por Schopenhauer, repetida recientemente por Schinz (1), que yo mismo adopté en la segunda parte de mi libro «Teoría de la imputabilidad y negación del libre albedrío», que yo abandoné inmediatamente (salvo el criterio de los motivos determinantes de la acción) y que, sin embargo, cierto crítico ha continuado combatiendo como definitiva expresión de mi pensamiento (2).

Las condiciones de la inteligencia, de la razón o de la conciencia; en la medida en que el hombre conoce las relaciones de las cosas y las consecuencias materiales, sociales y legales de sus propios actos, ciertamente no pueden ser desdeñadas ni por el legislador, ni por el Juez, ni por el sociólogo criminalista. Pero el equívoco de esta teoría consiste, ante todo, en lo que sigue: que las condiciones intelectuales (y psicológicas en general) del delincuente, pueden y deben ser uno de los criterios de la responsabilidad penal, pero no su razón de ser. Que el delincuente tenga una inteligencia casi normal o que, por el contrario, su razón o su conciencia estén obscurecidas, desviadas o sofocadas por condiciones fisiológicas (como la juventud o la embriaguez), o patológicas (la locura, el sonambulismo, etc.), seguramente no tiene una gran importancia para aplicar al agente por quien el acto ha sido realizado en condiciones especiales, la forma más conveniente de reacción social defensiva.

Si el homicida, el ladrón o el incendiario, están afectados por una forma clínica de locura (admitiendo la igualdad en las condiciones materiales del acto y en el daño causado), es preciso seguramente reaccionar contra él de una manera completamente distinta que si se tratara de un delincuente por ten-

(1) Schinz, *Morale et déterminisme*, en la *Revue philos.*, Enero 1895.

(2) Gabelli, *La nuova scuola di diritto penale in Italia*, en la *Nuova antologia*, 16 de Agosto 1885; véase Lombroso, Ferri, Garófalo, Fioretti, *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, Bolonia, 1885, pág. 83 y siguiente.

dencia congénita, menor o adulto, o que si hubiera sido arrastrado al delito por un delirio alcohólico, agudo o crónico, o llevado a él por una pasión más o menos social y excusable.

Estas condiciones intelectuales no tienen la menor relación con la razón misma de la responsabilidad intelectual; porque cualesquiera que ellas puedan ser, ya sean normales o anormales, el individuo es siempre responsable a la sociedad de los delitos que ha cometido (1).

Si, por el contrario, se quiere hacer de estas condiciones intelectuales no solamente un *criterio de adaptación* de la reacción social defensiva, o una medida de la responsabilidad (como dice la doctrina tradicional que, por esta razón llega a soluciones por completo diferentes de aquellas que nosotros adoptamos en los casos de extrema juventud, embriaguez, etc., y con frecuencia contrarias a las nuestras) sino también la *condición esencial* de la responsabilidad penal derivando de la responsabilidad moral, se entra entonces de nuevo en la teoría clásica pura y, en consecuencia, en el absurdo psicológico y en el peligro social que le son inseparables.

Pero, además de este equívoco fundamental, existen otros que están contenidos en esta teoría ecléctica de la responsabilidad.

¿Qué se entiende, en efecto, por esta «libertad de la inteligencia», en la que se ve la condición de la responsabilidad moral y penal?

¿Se entiende esta palabra «libertad», como ha creído deber hacerlo cierto ecléctico italiano copiando la teoría alemana, en el sentido de independencia con relación a las causas internas y externas que determinan al hombre a obrar? En este caso no se hace evidentemente más que transportar la idea de libertad desde la voluntad a la inteligencia, y el absurdo es todavía más extraordinario; porque los defensores, aun los más ortodoxos, de la libre voluntad, han reconocido siempre

(1) Este equívoco es quizá la razón por la cual Puglia mismo (*Studi critici di diritto criminale*, Nápoles, 1885, pág. 83), que es, sin embargo, uno de los primeros defensores de la escuela positivista, indicaba vagamente en la "determinación inteligente" o "libertad psíquica" (diferente de la libre voluntad) el principio de la imputabilidad y de la responsabilidad.

que la inteligencia no puede ser «libre» en el sentido anti-determinista, en consideración a que las leyes de la lógica son necesarias e inexorables. Dadas dos premisas de un silogismo, la inteligencia no puede ser «libre» de llegar a una conclusión diferente que aquella que se desprende por una necesidad lógica.

¿Se habrá de entender por libertad, como yo expliqué en la «teoría de la imputabilidad», y como exponen los criminalistas alemanes, la normalidad e integridad de la inteligencia? En tal caso esta concepción sería en sí misma exacta y positiva; pero oculta, en la teoría ecléctica de que yo me ocupo, otro equívoco.

El art. 51 del Código penal alemán, dice: «No es punible una acción cuando su autor, en el momento de cometerla, se encuentre privado de conocimiento o en un estado de alteración enfermiza de las facultades mentales, *que excluya la libre determinación de su voluntad.*»

Es decir, que el libre albedrío, que se dejaba de la parte de fuera de la voluntad, vuelve a entrar por la puerta de la inteligencia, puesto que la libertad, normalidad o integridad del entendimiento es requerida en cuanto indica e implica «la libre determinación de la voluntad». Berner, que es uno de los más autorizados representantes de esta teoría ecléctica de la imputabilidad, dice terminantemente que «para que pueda existir la imputabilidad, o sea responsabilidad penal, son necesarias las siguientes cosas: conciencia de sí mismo, conciencia del mundo exterior, conciencia desarrollada del deber. En estas condiciones de la *inteligencia está ya comprendida la libertad íntima*, y por esta razón es inútil agregarla como otra condición más de las necesarias en la imputabilidad» (1).

De un modo menos explícito, entre los autores más recientes, Liszt (quien, sin embargo, como diré en seguida, ha modificado después su pensamiento), hacia esta declaración: «Lo

(1) Berner, *Tratato di diritto penale*, traducción italiana, Milán, 1887, párrafo 76. Es precisamente lo contrario de lo que decía Zuppetta (*Corso di diritto penale comparato*, Nápoles, 1871, II, 233), según el cual el elemento esencial del delito es «la libertad del que le comete», comprendiendo en esta libertad también la de la inteligencia.

que presupone la responsabilidad penal, lo que es, por consiguiente, la condición de la imputabilidad, no es una *libertad de la voluntad* sustraída a la ley de causalidad, sino solamente la facultad de que la voluntad se determine conforme a la ley, en general por medio de las ideas, y en particular por medio de las nociones de religión, de moral, de derecho, de prudencia, que regulan nuestra conducta. Sólo en esta facultad de determinación encuentra el derecho penal su base sólida, apartada de las luchas de los filósofos» (1).

Esto significa, ahora y siempre, que la inteligencia se toma como elemento director de la voluntad, y con este título sólo como criterio y condición de responsabilidad moral y penal. En efecto (volviendo la mirada a los antiguos criminalistas alemanes), Kleinschrod, después de haber dicho que «la acción para ser plenamente punible debe estar cometida *con el uso de la razón*», añade inmediatamente: «porque sin uso de razón, no se puede concebir *elección* alguna». Verdad es que a continuación dice también «que no entiende por uso de razón la energía de la voluntad y la *libertad dei spiritu en el sentido completo de la expresión* («libertad volitiva sustraída a la ley de causalidad», repite Liszt después de él), sino un cierto grado de razón para que se pueda escoger» (he aquí esta brizna de libertad, sin la que no se podría pasar). Pero también es verdad que, en otro pasaje de su obra, el propio autor, expresándose mejor, a propósito de los delitos no premeditados, asunto espinoso para los partidarios de la responsabilidad moral, decía que las condiciones de la punibilidad son dos: primero, es preciso que el acto esté fundado en la voluntad del agente y *que le haya sido posible psicológicamente a éste no cometerle*; segundo, que el agente tenga conciencia de la ley penal (2).

Además de estos dos equívocos (confusión entre libertad y

(1) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 4.ª edición, Berlín, 1891, pág. 160.

(2) Kleinschrod, *Dottrina dell'imputazione dei delitti*, en los *Scritti germanici di diritto criminale*, Nápoles, 1846, I, 16, y *L'essenza e la punizione dei delitti colposi*, ibidem, I, 85.—Véase, con relación especialmente a la noción de fraude o dolo, Franck, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, en la *Zeitsch. f. gesammte Strafrechtsw.*, 1890, X, 2.

normalidad de la inteligencia, e inteligencia considerada como condición de libre determinación volitiva), se pueden oponer otras dificultades a esta teoría ecléctica.

Primeramente, como dice Poletti (1), la idea del delito o de un delito determinado es la misma en la conciencia y en la inteligencia de un hombre honrado que se abstiene de cometerle y en la de un malhechor que lo realiza. La diferencia entre el uno y el otro consiste en que tal idea repugna al sentido moral del hombre honrado, y, por lo tanto, no tiene en él la fuerza impulsiva necesaria para traducirse en acción, o encuentra otras energías inhibitorias que impiden su ejecución; y en el delincuente, no levantando una repugnancia semejante y no encontrando en su cerebro igual resistencia, la idea del delito alcanza su realización muscular y exterior (2). No es, pues, una diferencia de inteligencia lo que determina en un caso la no ejecución del delito, y en el otro su consumación y la responsabilidad penal consiguiente.

Todavía hay algo más; aun entre muchos locos (no ya en los furiosos o delirantes «a gran orquesta», que son los únicos que pueblan la imaginación de los criminalistas clásicos, sino entre los locos, bastante más numerosos, en quienes la conciencia no está suprimida) la idea del delito, por ejemplo, del homicidio y del robo, es la misma que en el delincuente que no está loco: pueden tener conciencia de que cometen una acción prohibida, y sin embargo, según esta teoría ecléctica, no serían responsables (3).

(1) Poletti, *La persona giuridica nella scienza del diritto penale*, Udine, 1886.

(2) Véase, sobre este carácter psicológico fundamental en el delincuente, mi *Omicidio*, Turín, 1895, pág. 528 y siguientes.

(3) Conti, *Della imputabilità* (en el *Tratatto di diritto penale*, del Cogliolo, Milán, 1890, fasc. 65, pág. 19), dice: "Para nosotros, todo hombre que vive en sociedad, que medita y realiza un acto contrario a la ley, encontrándose en condiciones psíquicas e intelectuales normales, es responsable de él."

Y Vida, *De la imputabilidad* (en la *Revista de antropología criminal*, Febrero 1889, pág. 82): "Para considerar una acción como imputable le basta al derecho penal que haya sido ejecutada con conciencia y reflexión por un hombre que sabía lo que hacía."

Y Laurent (*Les habitués des prisons de Paris*, Lyon, 1890, pág. 600): "Para ser responsable el delincuente no tiene necesidad de comprender

Pero, precisamente, ¿cómo se establece en la práctica cuándo la inteligencia es normal y cuándo no lo es? Las circunstancias tradicionales y en cierto modo reglamentarias de la edad demasiado temprana, la locura, el sueño, la embriaguez, la sordomudez congénita, ¿son por sí solas las que privan al hombre de su inteligencia normal? Y el defecto de instrucción y de educación, la *rusticidad* que, para el sentido práctico de los romanos, bastaba a la exención del procesado de la absurda suposición, según la cual, todos conocen la ley, ¿cómo será calculado en la apreciación de la responsabilidad? Las vagas circunstancias atenuantes que hay costumbre de admitir, no son, en este caso también, más que un expediente anticientífico para atenuar el contraste enérgico entre la responsabilidad moral y el estado de la inteligencia no patológica, pero tampoco normal, de muchos delincuentes.

Por último, no insistimos en que esta teoría vuelve aun a la vieja psicología cartesiana y rosminjana de las facultades del espíritu separadas unas de otras, y, por lo tanto, de la inteligencia separada de la voluntad. Pero siempre queda como objeción incontestable dirigida a todas las teorías eclécticas, que la responsabilidad, y en su virtud la defensa social, se desvanece o disminuye cuando es más necesaria, o sea en el caso de los delincuentes que están provistos de una inteligencia normal, por lo tanto más peligrosa.

60.—Una vez arrumbados ya los dos elementos tradicionales de la responsabilidad, libertad e inteligencia, corregidos, recortados, reducidos al minimum por diversas teorías eclécticas, que, sin embargo, se apoyan siempre sobre uno de ambos, vemos ahora presentarse ante nosotros otras teorías, eclécticas también, que yo llamaría esporádicas, porque pululan de un lado a otro, concebidas por la imaginación de un pensador (?) que no se fija en que una vez suprimida la vieja idea de la responsabilidad moral, no existe más camino seguro y positivo que atenerse a la idea de responsabilidad social, y que busca a

lo que es malo; es suficiente que sea bastante inteligente para establecer la distinción entre lo que está permitido y lo prohibido por las leyes de su país."

tientas criterios más o menos ingeniosos, pero incapaces de satisfacer a las necesidades teóricas y prácticas de una doctrina de la defensa social contra el delito.

Sobre todo en la redacción de los Códigos penales se ha presentado por sí mismo otro expediente para evitar las dificultades, cada vez mayores, respecto de la libre voluntad considerada como fundamento de la responsabilidad moral y penal. Se ha dicho de este modo: El libre arbitrio, la libertad, pueden ser negadas; pero en todo caso, la *voluntad* subsiste (con o sin libertad) y por ello el hombre es responsable material y moralmente de los delitos que ha cometido, puesto que son precisamente la manifestación exterior y el efecto de esta voluntad, que a su vez representa lo que hay de más íntimo y de más personal en el individuo que acciona. Lo más cómodo que existe aquí es que pronunciando solamente la palabra *voluntad*, no se disgusta ni a los unos ni a los otros; porque aquel que niega el libre albedrío como cualidad inherente a la voluntad, no niega, sin embargo, la voluntad misma, en tanto que es determinada por las condiciones internas y externas; y aquél que, por el contrario, cree en el libre arbitrio, puede también sentirse satisfecho de la sola palabra *voluntad*, precisamente porque piensa que la libertad es una cualidad inseparable de la voluntad, como la gravedad de la materia.

Desde el primer «Proyecto de Código penal del Reino de Italia», que data de hace cerca de un siglo (1806-1808), observo que la responsabilidad moral había sido fundada explícitamente sobre la intervención exclusiva de la *voluntad*.

Lo mismo acontece con el Código en vigor entre nosotros desde 1889, con el español de 1870 y el austriaco de 1852, que, no obstante (como el de Zurich), habla en el art. 1.º de perversidad de intención (directa o indirecta), más que de *voluntariedad*.

El Código de Zurich y el húngaro, citados con equivocación como precedentes legislativos por el legislador italiano, no hablan, en efecto, ni de voluntad ni de voluntariedad, sino solamente de dolo y de falta, y en seguida diré cuán diferente es esto.

El proyecto de Código penal ruso (1883), el proyecto suizo

(redactado por Stooss y modificado por una Comisión especial) y el Código búlgaro (1896), señalan la voluntad como condición de la punibilidad.

No existen, a mi entender, otros códigos que contengan disposición preliminar sobre la *imputabilidad* o punibilidad; lejos de ello, todos comienzan por determinar la condición general de *no imputabilidad* o no punibilidad, por alguna de estas famosas fórmulas: «debilidad de espíritu», «privación de inteligencia», «alteración enfermiza de las facultades mentales», «inconsciencia», «falta de conciencia» (en el delincuente) de sus propios actos o del delito que comete, «falta de libertad» o en los actos o en la determinación, «fuerza irresistible», exterior o interior, etc., etc., que han por sí solas fustigado varias generaciones de redactores de Códigos, condenándoles a un trabajo estéril y lamentable de fórmulas y de logomaquias, y que también por sí solas demuestran, en su variedad caleidoscópica, la inestabilidad lógica y la inconsistencia científica de la teoría clásica de la responsabilidad moral, siempre fundada y medida en la libertad y en la inteligencia, y siempre desmentida por los datos de la psicología y de la psicopatología criminal.

Veamos qué es lo que vale esta *voluntariedad* tan cómoda para los eclécticos, por medio de la cual los legisladores de tantas naciones diferentes han tratado de evitar el escollo del libre albedrío de otro tiempo.

Con esta *voluntariedad* se admite siempre que la responsabilidad *moral* es la condición y la medida de la responsabilidad penal: por lo tanto, no se evitan ni los absurdos ni los peligros que he señalado ya en las otras teorías eclécticas; lejos de ello, se añaden otros muy especiales.

El criterio de la *voluntariedad* como fundamento de la responsabilidad moral es un error desde el punto de vista psicológico y jurídico, de igual manera que es en lo práctico, equivoco y poco seguro.

El elemento psicológico del delito (que naturalmente tiene también su valor en la teoría de la responsabilidad *social*, como diré en los párrafos VI y VIII, para determinar las condiciones del *acto* y del *agente* a los cuales debe aplicarse la reacción co-

rrespondiente de la sociedad), no está constituido por la *voluntariedad* sola; comprende además la *intención* y el *fin*.

La *voluntariedad* se refiere al acto en sí: la explosión del fusil ha sido querida o accidental; tal palabra en un artículo de periódico ha sido escrita y pensada, o sólo es un error tipográfico, y así otros.

La *intención* se refiere al motivo por el cual se ha querido el acto: ¿se ha disparado un fusil para matar, o para herir, o para atemorizar, o sólo por hacer ruido?—¿Se ha escrito tal palabra injuriosa para vilipendiar a alguno, o para revelar la verdad?

El *fin* se relaciona con el efecto que, *queriendo* uno realizar tal acto con tal *intención*, se propone obtener. Se ha tirado un balazo para matar, ¿pero se perseguía el fin de vengar un ultraje, de usurpar una herencia, de robar, o de defenderse? Se ha difamado para revelar la verdad; ¿pero se acariciaba el propósito egoísta, por ejemplo, de eliminar un concurrente, de herir a un tercero o de hacer un *reclamo*? ¿O se proponía ser útil a la sociedad, atrayendo la censura pública sobre los canallas que estafan la reputación de las gentes honradas?

Para que haya responsabilidad penal son necesarios estos tres elementos: no basta con que el acto haya sido *querido*, precisa también que haya tenido *intención de perjudicar* el derecho de otro junto con *un fin antisocial y antijurídico* (1).

Es lo que ciertos juristas y legisladores expresan de una manera menos completa y clara, diciendo que el elemento psicológico del delito está constituido por el *dolo* o la *perversidad de la intención*, o por la *malicia*; o también estableciendo la regla de que es preciso además del dolo general, un *dolo específico*.

Es, pues, un error psicológico decir que la acción es punible porque es *voluntaria*. A menudo el Código (por ejemplo, en la difamación, en el encubrimiento, el abandono de niños,

(1) Solamente por este análisis del elemento psicológico del delito se puede construir una doctrina científica del *dolo*. Por esto, cuando Garçon (*Proyecto de Código penal ruso*, en la *Revue pénit.*, 1896, pág. 710) decía que "la teoría de la intención en el derecho criminal está todavía por hacer", tenía razón si pensaba en la escuela clásica; pero era menos exacto si creía hablar también de la escuela positivista.

la ayuda prestada al suicida) castiga el hecho solo, suponiendo que sea *voluntario*, sin considerar la intención del agente ni el fin que se propusiera. Hay en ello injusticia e imprevisión, porque si importa castigar al que comete una difamación por malevolencia y con un fin antisocial, al encubridor que busca un provecho deshonesto o quiere insultar a la autoridad, a la persona que abandona a un niño para hacerle morir o desaparecer, al que excita o ayuda a otro para usurpar una herencia o ejercer una venganza, etc.; no se debe castigar, en cambio, al difamador que dice la verdad por prestar un servicio público; al encubridor que obedece a un sentimiento de piedad o al deseo tal vez de facilitar el descubrimiento o la prueba de un delito; a la persona que abandona un niño porque se encuentra estrechada por la miseria, y de tal suerte que otras (sea particulares o autoridad) tomen a su cuidado al expósito; al que contribuye al suicidio de alguno bajo el solo impulso de la piedad y de la humanidad.

Unos y otros ejecutan un acto *voluntario*, pero con intenciones y fines tan diferentes, que en algún caso el carácter de la acción es antisocial y antijurídico, y en otro no; debiendo dicha acción determinar la reacción defensiva de la sociedad en el primer supuesto y no en el segundo.

Esta pretendida *voluntariedad* es también un error jurídico. ¿Con qué título, entonces, castigaréis aquellos delitos de omisión en los cuales no se puede sostener que la negligencia y el olvido tengan alguna parte de voluntarios?

Pero, además, creo que no se puede sostener, ni aun en los casos de acción positiva, que la falta constituya un defecto de voluntad mejor que de inteligencia.

Se sabe que la escuela clásica, que funda la responsabilidad moral y penal en la voluntad inteligente y libre del individuo, ha encontrado siempre un obstáculo en la justificación de la punibilidad de los delitos no premeditados e involuntarios. Se ha pensado en la sospecha del dolo (Carmignani), en la punibilidad por excepción (Mori), por corrección, etc., pero la verdadera razón es la que dió Carrara: «la necesidad social»; y esta razón positiva está en armonía con nuestra concepción

de la responsabilidad social, mas no con la teoría clásica de la libertad moral.

Nosotros decimos, en efecto, y esto es para nosotros bastante natural, que los actos no premeditados son castigados (salvo la forma particular que haya de darse a la sanción social), exactamente lo mismo que cualquier otro delito, por la exclusiva razón de ser antisociales, independientemente de la responsabilidad moral (por voluntad libre o por inteligencia anormal) del agente.

Por lo tanto, teniendo en cuenta los absurdos todos y los peligros que le son comunes con las demás teorías y fórmulas eclécticas, y en razón también de los errores psicológicos y jurídicos fundamentales que le son propios, esta teoría ecléctica de la voluntariedad demuestra una vez más que es preciso decidirse entre el libre arbitrio y el determinismo, escogiendo entre la responsabilidad moral y la responsabilidad social. De otro modo, el pensamiento del legislador, quedando indeciso y vago en los limbos de un eclecticismo estéril, quizá nos suministra un indicio reconfortante de las transiciones inevitables que preparan el triunfo de las teorías positivas; pero despoja a la justicia penal práctica de toda claridad, de toda precisión, y no le deja ninguno de aquellos criterios seguros que permiten por sí solos a la ley descender con una previsión bienhechora del dominio de las abstracciones teóricas a la realidad viviente y palpitante de las acciones humanas.

61.—Otra teoría ecléctica, destinada a conciliar los nuevos datos de la fisio-psicología científica con la antigua responsabilidad moral del delincuente, ha sido sostenida por Dubuisson y copiada por Impallomeni (1), y después por varios otros criminalistas eclécticos.

Dubuisson, que es un médico y no un jurista, dice: «El hombre es responsable de sus actos, aunque haya recibido por herencia disposiciones intelectuales y morales que le impulsen necesariamente en un determinado sentido... porque el hombre,

(1) Dubuisson, *Théorie de la responsabilité*, en los *Archives d'Anthrop. crim.*, 15 Enero 1888.

haya nacido perverso o haya sido pervertido por una educación viciosa, no es *por este solo hecho* arrastrado al mal *sin resistencia posible*, y por lo tanto, no es irresponsable... Por mal dotado que esté, sólo es una variedad más o menos desgraciada de la especie, y sus *funciones intelectuales y morales se ejercen, no obstante, de un modo normal...* (!). Es verdad que ciertos individuos, los idiotas, por ejemplo, nacen por desgracia bastante medianamente dotados, bajo el punto de vista intelectual, para poder ni aun elevarse a la noción del bien y del mal. Pero todos los perversos no son idiotas, y es un error creer que porque un hombre esté mal constituido moralmente, o sea con relación a las tendencias, le sea imposible tener una concepción hasta cierto punto precisa de lo que es moral o inmoral, lícito o ilícito. Una cosa es distinguir el bien del mal, operación completamente intelectual, y otra cosa sentirse impulsado hacia el mal o hacia el bien, fenómeno puramente moral. El mismo individuo puede, pues, comprender lo que es bueno y a pesar de ello hacer el mal... Se trata ahora de demostrar que este hombre que no nació felizmente dotado, a quien el medio y la educación han podido pervertir todavía más, no se encuentra en la imposibilidad de resistir a sus tendencias y puede, en consecuencia, ser tenido como responsable... Estamos, pues, en presencia de un individuo moralmente incapaz de bastarse a sí mismo, de un individuo rebelde a todas las sugerencias de un orden superior. ¿Qué le resta para neutralizar las tendencias malvadas que dominan su cerebro? Nada, fuera de estas tendencias mismas, y esto sería ciertamente muy poca cosa, si la represión penal no existiera. Ella es la que acude en ayuda de este desgraciado. La avaricia, la pasión sexual, el instinto de destrucción quieren ser satisfechos; pero la *inteligencia* muestra a este hombre que semejantes satisfacciones producirían el resultado de atacar su patrimonio, su libertad, su vida, es decir, los instintos mismos que arde en deseos de satisfacer; y entonces acontece, *supuesto, entiéndase bien, que la intimidación sea suficiente*, que las malas tendencias, ejerciéndose en dos sentidos contrarios, se equilibran a sí mismas y se encuentran como neutralizadas.

«El hombre, dicen los fatalistas, no debe ser castigado, por-

que es incapaz de resistir a sus tendencias. Y nosotros decimos: el hombre es capaz de resistir a sus tendencias porque puede ser castigado, porque existe una penalidad. Sin ésta, es decir, sin intimidación, el ser perverso no encontraría socorro alguno contra su perversidad, y no podría hacer otra cosa que obedecerla... Por esta razón, he establecido como regla general, sin preocuparme de las excepciones (que están comprendidas en la enajenación mental), que *siendo todos los hombres intimidables, deben ser considerados como responsables de sus actos*» (1).

No es preciso detenerse extensamente para demostrar la inanidad de esta nueva tentativa ecléctica.

Que la pena, como decía Beccaria (2), sea «un motivo sensible opuesto al delito», y que por lo tanto, como sostenía Feuerbach, «la coacción psicológica» sea una de las razones y uno de los oficios de la pena, es evidente, y hasta es la sola concepción que puede conciliarse con el determinismo psicológico, no con la hipótesis del libre albedrío. El poder de dirigir al hombre por medio de las leyes penales, de que habla también Carnignani, llega a ser algo sin sentido cuando, al admitir el libre albedrío, se le reduce a una posibilidad aleatoria. Como ha afirmado Clemence Royer en el segundo Congreso de Antropología criminal, «cualquiera que sea la forma que haya tomado bajo la influencia de las creencias falsas y de los extravíos de la imaginación humana, la pena jurídica no puede tener otro fin que cambiar la resultante de los motivos de acción; de suerte que, en la mayor parte de los casos, si no en todos, el temor de la pena modifica en el individuo inclinado a cometer un acto dañoso, el sentido de esta resultante, atribuyéndola un signo negativo en vez de un signo positivo» (3).

Pero otra cosa es decir (como yo mismo he dicho en varias ocasiones en este libro) que uno de los oficios o de las funciones de la pena decretada por el legislador, aplicada por el

(1) Dubuisson, *Théorie de la responsabilité*, en los *Archives d'Anthrop. crim.*, 15 Enero 1888.

(2) Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § II.

(3) *Actas del segundo Congreso de Antropología criminal*, París, 1890, pág. 360.

Juez y ejecutada por el poder administrativo, es también (en los límites de la levisima eficacia real de la pena) la coacción psicológica o, como decía Romagnosi, la contraimpulsión a la impulsión criminal; y otra cosa muy distinta sostener, con Dubuissou, que la intimidabilidad del hombre es el fundamento de su responsabilidad moral y penal.

Mas, en principio, si un hombre comete un delito, precisamente es porque no ha sido intimidado y porque, en las condiciones precisas en que se encontraba al obrar, no podía ser intimidado por la pena.

De modo que la consecuencia lógica de esta teoría sería que no existirían otros hombres responsables que los que no cometen delitos.

Aun dejando a un lado todo lo que hay de psicológicamente falso y de ilógico en admitir de buenas a primeras que el hombre está, en todos sus actos, sometido al determinismo de la herencia y del medio, y en creer, a pesar de esto, que es capaz de resistir a esta misma determinación de la herencia y del medio cuando va a cometer un delito; aun olvidando todo cuanto he dicho en el capítulo segundo acerca de la psicología de la pena; aun no haciendo notar más que de ordinario esta teoría, que considera un tipo abstracto de delincuente, y olvida o ignora que entre todos los delincuentes, más o menos, pero en todas sus categorías, se encuentra una imprevisión excepcional; es siempre una singular candidez afirmar que «las tendencias malvadas, ejerciéndose en sentidos contrarios, se equilibran a sí mismas, *supuesto que la intimidación sea suficiente*». ¿No se conocen delincuentes a quienes la amenaza de la misma pena de muerte no basta para impedirles cometer un delito? Esto ocurre justamente porque la intimidación es suficiente... para aquellos que no cometen delitos, y entonces éstos sólo, vuelvo a repetir, serían responsables.

Sin duda la teoría de la coacción psicológica ofrecida como razón del derecho *social* de castigar puede responder con precisión, según afirma Bauer, a esta objeción: «No existe clase ninguna de leyes que realice su objeto plenamente y en toda su extensión; pero esto no puede querer decir que la legislación entera sea una institución que no corresponda

a su objeto. La supresión completa de los delitos, es una perfección ideal que no es permitido alcanzar. Esto prueba, pues, solamente que la ley penal también participa de esta imperfección, propia de todas las instituciones humanas. Mas la amenaza penal no deja por ello de ser un medio eficaz en la mayor parte de los casos, y en su virtud responde al fin que se propone. Así como un médico no se abstendrá de emplear un medicamento al que con frecuencia se ha reconocido efecto saludable, aun cuando en ciertos casos resulte ineficaz, así también el legislador no ha de dejar de conminar con penas las acciones ilícitas, a pesar de que la experiencia le haya enseñado que estas amenazas no son suficientes para prevenir todas las transgresiones» (1).

Pero cuando la intimidación, en lugar de ser dada como oficio de la función social de defensa (lo que, sin embargo, no admitimos, porque en la clínica preservativa del delito, la intimidación es más bien uno de los efectos de los medios empleados, como lo es en las casas de locos, pero no puede ser ni el fin ni la razón justificativa de la función misma), se nos presenta como fundamento de la responsabilidad *individual*, entonces evidentemente todos los casos *individuales* en que se comete el delito—en cuanto el delincuente, en las circunstancias interiores y exteriores en que se encontraba al obrar, no era intimidable—debieran ser otros tantos casos de irresponsabilidad. Es como cuando, a propósito del suicidio, se razona de una manera abstracta sobre el instinto de conservación; mientras que precisamente, si este instinto existe entre los que no se suicidan, no puede existir, en el momento del suicidio, en la víctima de él.

Y viceversa, una multitud de individuos que, según Du-buisson y sus copistas, debieran ser irresponsables (por enajenación mental), serán, por el contrario, según su teoría, verdaderamente responsables.

Es sabido, en efecto, que la mayor parte de los locos pueden ser dirigidos e intimidados por los mismos móviles psico-

(1) Bauer, *Tentativo di una rettificazione della teoria della coazione psicologica*, en los *Scritti germanici*, de Mori, Nápoles, 1846, II, 9.

lógicos de recompensas y de penas que sirven para los hombres cuyo espíritu está sano (1).

A pesar de esto, aun entre los locos hay hombres honrados y criminales, según que su enfermedad ataque o respete el sentido social; y en las casas en que se les somete a tratamiento he observado siempre que, por ejemplo, los locos homicidas presentan los caracteres salientes de la fisonomía del homicida (maxilares enormes, ojos vidriosos, labios delgados), como los homicidas natos y no locos. Se ha observado también que los locos criminales tienen de las penas idea distinta que los locos no criminales, y que esta idea es en cambio la misma que tienen los criminales natos.

En todo caso la vida regular, tranquila y laboriosa de los manicomios (2) (salvo las raras excepciones de los locos agitados o furiosos), es la demostración cotidiana de que la mayor parte de los locos pueden ser intimidados y disciplinados por la amenaza de los castigos. Esto lo hacía muy bien notar recientemente, entre otros, el alienista De Mattos: «Cuando un individuo cesa de ejecutar, porque teme un castigo, un acto al que se siente inclinado, o llevado por el deseo de una recom-

(1) La figura fantástica del loco que, por el contrario, tienen en la imaginación los profanos en psiquiatría, criminalistas o no, cuando hablan de delinquentes locos, es siempre la que el gran criminalista Nicolini describía en estos términos: «La locura de que habla la ley es la que obscurece completamente la razón, hace desaparecer el recuerdo de las sensaciones pasadas, de suerte que por virtud de ella todo conocimiento de las relaciones naturales entre las cosas desaparece también; es aquella por la cual las impresiones presentes llegan a ser espontáneamente reacciones orgánicas mejor que sensaciones; es aquella, en fin, que, o bien quita por completo al hombre la conciencia de conocer o de sentir y de ser el mismo que siempre ha sido y no otro, o bien si deja subsistir algún resplandor de esta conciencia, relaja y desata el lazo entre las ideas a tal punto, que el hombre no se comprende ni se reconoce a sí mismo.»—Véase también Maiorfi, *Concetto scientifico é volgare della pazzia*, Florencia, 1883.

A causa de esto aquel lord inglés de que nos habla Maudsley, al salir de una casa de locos que acababa de visitar, preguntaba dónde estaban los locos. La opinión común (y muchos criminalistas no saben de ello nada más) se representa al loco como un ser fuera por completo de la humanidad (otro tanto hace de otra parte, con respecto al criminal nato), y por esto, en los tribunales, en los manicomios y en las prisiones, cuando ven que los locos y los criminales se parecen mucho a la humanidad normal, y que sus anomalías no son en la mayor parte de los casos, tan visibles como si ellos tuvieran dos cabezas o tres ojos, los profanos más o menos instruidos se quedan absortos y proyectan sobre las teorías de la escuela positiva la obscuridad y los errores que sólo existen en su propio cerebro.

(2) Saccozzi, *L'idea della pena nei pazzi criminali*, en la *Riv. Carc.*, año 1898.

pensa, ejecuta un acto al cual sin tal estimulante habría intentado sustraerse, es responsable. En este sentido los alienados son responsables; porque la experiencia diaria prueba que pueden modificar sus acciones en presencia de un castigo o de una recompensa. Las advertencias más o menos severas, la reclusión celular, la privación de horas de recreo y un aumento de trabajo, de una parte; de otra los elogios, los testimonios de afecto, el aumento de salario, la concesión de una libertad cada vez mayor, son los medios disciplinarios que se emplean actualmente con éxito para dirigir a ciertos alienados. En algunas casas se ha llegado, y creo que en ello se ha encontrado utilidad, hasta ofrecer a los dementes un tanto por ciento sobre el producto de su trabajo.

«Otra demostración de la existencia de la responsabilidad moral entre ciertos locos se encuentra en el hecho, de todos conocido, de que intenten a menudo ocultar su delirio (idea fija) para obtener la libertad. Como comprenden que se les retiene en aquella prisión que les es odiosa, porque dejan ver ideas y realizan actos insensatos, estos alienados ocultan cuidadosamente y con una sagacidad rara toda manifestación de demencia. El ojo experto que se precisa poseer para reconocer a aquellos que simulan la locura, no es menos necesario para distinguir a los que simulan la razón» (1).

De suerte que la consecuencia lógica de esta teoría ecléctica sería la siguiente: puesto que la mayor parte de los locos son intimidables, los locos mismos son moralmente responsables. Que es precisamente lo contrario de lo que tratan de establecer Dubuisson y los demás, que intentan distinguir los delincuentes responsables de los que son irresponsables por causa de alienación mental (2).

(1) De Mattos, *La pazzia*, traducción italiana, Turín, 1890, pág. 127; véase también Beard Elwel, Seguin, Jewell, Jolsoom, *The moral responsibility of the insane*, en la *North American Review*, Enero 1882, Mercier, *Sanity and insanity*, Londres, 1890, cap. IV; Jelgersma, *L'origine pathol. des caract. du criminel né*, en las *Actas du Congrès anthr. criminal*, Bruselas, 1893, pág. 33.

(2) Esta idea de la intimidabilidad como razón de imputabilidad estaba ya, como he dicho, implícitamente contenida en las teorías de Carmignani (dirigibilidad de las acciones humanas), de Feuerbach (coacción psicológica) y sobre todo de Romagnosi (párrafos 340 y 461 de la *Génesis*).

Se encuentra también indicada implícitamente, en el sentido especial

Digamos, para concluir, que se puede hacer una última objeción a esta desdichada tentativa de conciliación entre el determinismo bio-psicológico y la responsabilidad moral; la de que no se podría justificar por la intimidabilidad la punición de los delitos involuntarios o no premeditados.

Hasta en el caso de ignorancia de la ley, cuando un individuo comete un delito o contravención sin saber que este acto se hallaba prohibido por la ley, se comprende que tal excusa sea admitida (aunque injustamente, si de ello se hace una regla absoluta), por aquellos que dicen que el hombre es responsable, porque obra con libertad o con inteligencia o voluntariamente. Pero aquellos otros que sostienen que el hombre es responsable porque es intimidable, ¿cómo pueden afirmar la responsabilidad, cuando la prohibición legal y la pena son ignoradas por el delincuente, y por tanto es absurdo hablar de intimidabilidad?

É igualmente, con respecto a los delitos involuntarios o no premeditados, si el hombre no tiene responsabilidad moral y por lo tanto penal más que porque puede y debe tener en cuenta, entre los motivos de su acción, la amenaza de las penas, «en tanto que ésta opera como motivo *presente en la conciencia del culpable*», ¿cómo se podrá declarar punible al que actúa por pura imprevisión o al que, por omisión y negligencia, no ha

que Dubuisson da a esta teoría, por Poletti (*Del sentimento ecc.*, Udine, 1882, p. 57). Y, siempre antes de Dubuisson y sus copistas, tal idea fué claramente indicada por Bain (*Le corps et l'esprit*, París, 1889, p. 333), por Piperno (*La nuova scuola criminale in Italia*, Roma, 1886, p. 93) y por Lévy Bruhl (*Idée de responsabilité*, París, 1884, págs. 43, 50 y 198), que se expresa así: "Todo lo que la ley exige para considerar a un hombre responsable es que *pueda comprender los castigos con que la misma ley amenaza ciertos actos y abstenerse de los mismos al pensar en tales castigos*. Es irresponsable cualquiera que, como el alienado, sea incapaz de esta reflexión o bien esté sujeto a impulsiones morbosas que no puede reprimir. Distinción clara, de una precisión y de una diaphanidad perfectas."

Pues bien: la verdad es muy distinta, lo cual se debe a que aquí se tiene todavía ante los ojos la imagen de un loco furioso, idiota o sujeto a enfermedades de la voluntad. Pero fuera de estos casos, muy raros entre los locos, todos los demás alienados son en cambio muy capaces de hacer aquella reflexión sobre las consecuencias de sus actos, y por lo tanto sólo por ignorancia se puede formular una objeción como esta: "El temor de un castigo puede detener a un loco."—Proal, *Déterminisme et pénalité*, en los *Arch. anthr. crim.*, Julio 1891, p. 377, y *Le crime et la peine*, París, 1874, p. 387.

obrado del todo, y por consiguiente, no ha querido el efecto perjudicial ni pensado en la pena?

Cuando se hacen razonamientos abstractos sobre un tipo algebraico de delincuente que no existe en la vida real, o que se deduce de un pequeño número de casos esquemáticos y particularmente excepcionales, que después no sirvan para los casos menos comunes pero no menos reales, es fácil decir que el hombre *delibera maduramente* acerca del homicidio que va a cometer, que puede y debe tener «presente en su conciencia» la pena que amenaza a semejante delito. Pero ningún eclecticismo, por elástico que sea, conseguirá entonces demostrar de manera satisfactoria que se deba considerar responsable, en cuanto es intimidable, a un hombre que ha cometido u ocasionado un homicidio sin quererlo y sin pensar siquiera en el homicidio mismo, ni con más razón en la pena con que éste es amenazado.

Por fin la idea anticuada de la *intimidabilidad*, como razón de responsabilidad, y de la *intimidación*, como fin de la pena, idea que los eclécticos intentan renovar hoy, ha tenido siempre contra sí la experiencia y la historia, que han demostrado que el principio de la «coacción psicológica» conduce inevitablemente a un crecimiento continuo de los rigores penales, extraviando el pensamiento del legislador de las reformas sociales y llevándole a agravar, cosa muy fácil, penal y suplicios, en tanto que la criminalidad no cese de ser un fenómeno cotidiano y obstinado. Por esto, en realidad, tal teoría, que contaba con todas las simpatías de aquella alma delicada que se llamó Muyart de Vouglans, es antihumana y reaccionaria, porque tiende a reproducir una fase bárbara de la justicia penal (1). Tan cierto es esto, que mientras nosotros pensamos que no puede admitirse ya el dolor del condenado ni como fin ni como medio de la justicia penal, pues entendemos que debe entenderse por fin la conservación social y sustituir aquél por el

(1) Véase, por ejemplo, este pasaje de las *Leyes de Manú*, citado por Durckheim, *División del trabajo social*, París, F. Alcán, 1893, pág. 151: "Para ayudar a los reyes en sus funciones, el Señor ha producido desde el comienzo el genio del castigo... El castigo gobierna el género humano; el castigo le protege; el castigo vela, mientras que los hombres duermen; el castigo es la justicia."

procedimiento de la cura preventiva del medio y la clínica individual del condenado, los partidarios eclécticos del principio de intimidación declaran que este principio, «sin llevarnos a las crueldades de la Edad Media, exige, desde luego, que las penas tengan *cierta dureza*» (1); y esta dureza, como consecuencia de abusos inevitables, conducirá a verdaderas torturas, lo que son las penas, todavía hoy, comenzando por los sistemas celulares, como veremos en el capítulo IV.

No sirve de nada responder que los abusos prácticos se han producido con todos los principios, con el de la venganza, con el de la expiación, etc. (2); porque evidentemente los abusos inevitables, que les son comunes, demuestran a lo sumo que estos diversos principios pertenecen todos a las fases instintivas o bárbaras de la justicia penal. Pero en el principio de intimidación en particular, la tendencia a un aumento de severidad es una consecuencia lógica, y por lo tanto, inseparable del principio mismo, bastante más que en el principio de venganza, de retribución jurídica y que en todo otro. Sólo el espíritu de venganza puede conducir una tendencia semejante a llevar al exceso el sufrimiento de los condenados: en la venganza es el resentimiento y la aversión los que exageran la pena; en la intimidación lo es el razonamiento muy lógico de que si las penas infligidas han sido insuficientes para impedir los delitos pasados, es preciso agravarlas, con la esperanza ilusoria de que lleguen así a ser un eficaz remedio contra los crímenes futuros.

Por el contrario, cuando se considera la justicia penal como una clínica destinada a combatir una enfermedad social e individual, los abusos se reducen a casos aislados, a excepciones cada vez más raras. De la misma manera antiguamente, cuando los locos eran odiados, despreciados y castigados, el exceso en los tormentos que se les infligían era una consecuencia inevitable que ha desaparecido cuando se ha reconocido el principio de que los locos son simplemente enfermos más o menos

(1) Lanza, *Fondamento razionale e fini della pena*, Prolusión, en el *Foro penale*, Agosto 1899, pág. 192. Es una reproducción de un párrafo de su *Trattato di diritto penale*, primera parte, Bolonia, 1895, páginas 500 y siguientes.

(2) Cuche, *L'avenir de l'intimidation* (en la *Revue pénit.*, Junio 1894, página 386).

peligrosos que es indispensable cuidar: lo mismo ocurrirá con el tratamiento de los delincuentes. El sufrimiento se contendrá en los límites de la necesidad terapéutica; los excesos en la severidad de las penas no tendrán ya razón de ser, mientras no pueden más que ser excitados continuamente por el principio ilusorio y antisocial de la intimidación.

62.—Poletti, que había comprendido, sin embargo, aun antes que la escuela positiva, la debilidad científica de las teorías penales clásicas, pero que no creyó deber llegar hasta a las consecuencias lógicas de las nuevas teorías y particularmente a la idea de responsabilidad social, pensó encontrar un fundamento de la responsabilidad de los delincuentes en lo que denomina «acción normal». En un ensayo precedente había indicado esta teoría dando a una idea de Drill una transcendencia de que carecía. Drill había dicho, en efecto, «que era necesario, para fijar un punto de partida, establecer el tipo del hombre normal social, tipo que debe variar según la sociedad y que representa el hombre capaz de llevar una vida independiente en una sociedad determinada. Es difícil determinar este tipo, aun cuando en toda sociedad exista un *minimum* de realización del mismo, por debajo del cual el hombre no está adaptado a la vida de la comunidad. Los niños, los ancianos cuyo espíritu es débil, los *criminales*, los locos, no llegan al *minimum*. Estos individuos sirven para demostrar que, dadas las mismas condiciones exteriores, los hombres no son todos capaces, a consecuencia de su constitución psico-física, de obrar como obraría el hombre tipo» (1).

Drill, que es uno de los más ilustres representantes de la escuela criminal positiva entre los rusos, no indica por completo el *minimum* de normalidad como razón de la responsabilidad, puesto que habla a la vez de niños, de ancianos, de cri-

(1) *Les jeunes criminels, étude sur la question de la délinquance considérée dans ses facteurs et dans les moyens de la combattre* (en ruso), Moscou, 1884; *Criminels mineurs, psychologie générale de la Criminalité*, Moscou, 1888; *Types psycho-physiques, psychologie spéciale de la criminalité*, Moscou, 1890.

Resumen, según Lombroso y Marro, *Sugli ultimi studi di antropologia criminale in Europa*, en la *Rivista carceraria*, 1885, pág. 397; y según Frenkel, en los *Arch. d'anthrop. crim.*, 15 Enero 1891.

minales y de locos; si bien ha comprobado solamente el hecho positivo de que las condiciones de coexistencia social imponen a todo individuo un *minimum* de adaptación a condiciones determinadas, bajo pena, para aquellos que no llegan a él, de ser separados de la sociedad.

Poletti entendió esta idea en el sentido de que «el autor de un delito, para responder de su acción criminal, debe presentar en su persona el *minimum* a lo menos de aquel estado que la ciencia juzga necesario para constituir el hombre normal»; lo cual es, como se ve, otra idea distinta y tiene una importancia muy diferente (1).

Y en un ensayo posterior sobre «la acción normal como base de la responsabilidad de los delincuentes» (Udina, 1889), desenvolvía precisamente la idea de que «sólo el hombre normal puede llegar a ser *delincuente* y en consecuencia *responsable* del delito, en tanto que el fundamento de su responsabilidad se encuentra en la sistematización íntima y en la evolución extrínseca de la acción normal» (pág. 143). Y por esta razón sostiene que no sólo los locos, sino también los delincuentes por tendencia congénita y los reincidentes, «respecto de los cuales la rehabilitación debe atribuirse a una ilusión sentimental» (págs. 122 y 133), no siendo hombres normales, no pueden ser responsables.

Poletti no admite, cierto es, que contra los delincuentes locos, de nacimiento o reincidentes, no tenga la sociedad que defenderse; pero insiste en la idea habitual tan frecuentemente rebatida, de que para ellos se trata no de una verdadera *pena*, sino de medidas *político-sociales* de preservación, porque los hombres normales son los únicos responsables de sus delitos, y por lo tanto punibles.

En todo caso, la consecuencia lógica de esta teoría ecléctica, es decir, la irresponsabilidad de los delincuentes locos y también de los que delinquen por tendencia congénita y de los habituales (o sea de los más peligrosos), nos basta para juzgar la teoría en sí misma.

(1) Poletti, *La persona giuridica nella scienza del diritto penale*, Udina, 1886, págs. 145 y 146.

Sin embargo, existen contra ella otras consideraciones que demuestran su evidente insuficiencia.

Y puesto que no sólo Poletti, sino otros también, como Gabelli, Fulci, Tarde, Joly, Dortel, Thierry, Riant, Liszt, Maus, para hablar de los más recientes, sin limitarse a las teorías tradicionales de la escuela clásica, insisten, no obstante, sobre esta pretendida separación entre delincuentes normales y anormales, será conveniente recordar un precedente histórico significativo (1).

Cuando yo comenzaba, después de algunos estudios de psicología positiva, a ocuparme en la antropología criminal, la idea que espontáneamente se presentó a mi espíritu fué precisamente ésta: «Las teorías antropológico-criminales, sobre *el hombre criminal* que nos ha expuesto Lombroso, no tocan a las bases del derecho punitivo y de la ciencia criminal, porque el campo de acción es diferente. Esto es que, en el conjunto de los delincuentes, hay aquellos que lo son por un defecto constitucional de su organismo y de su educación, que debe traer consigo inevitablemente para los mismos una vida criminal sin corrección posible; y existen también delincuentes habituales que son incorregibles sólo a consecuencia de un desarrollo orgánico anormal, que *no pueden atenerse a la porción común*» (2). Esta *actio finium regundorum*, como la llama ingeniosamente Fioretti (3), la he expuesto ampliamente en la monografía acerca «de los límites entre el derecho penal y la antropología criminal» (4), en donde, al ofrecer por primera vez la clasificación de las cinco categorías de delincuentes, yo terminaba por «una conciliación positivista entre la antropología criminal y el derecho. Siendo la primera devuelta a sus límites naturales, *es decir, al estudio de los delincuentes locos, de aquellos que han nacido incorregibles o llegado a ser tales por hábito*, el derecho penal, aunque guiado por un método y criterios en

(1) Véase mi *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, Bologna, 1886, pág. 117 y siguientes.

(2) *Teorica dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio*, Florencia, 1878, 477-478.

(3) *La scuola positiva*, 31 Agosto 1891.

(4) *Archivio di psichiatria*, 1880, I, 444, y *Nuovi Orizzonti*, primera edición, Bologna, pág. 52.

parte diferentes de aquellos que han prevalecido hasta ahora, *conserva como dominio libre y exclusivo, los delinquentes ocasionales*» (pág. 479). Era, como se observa, un término medio, un compromiso entre las viejas y las nuevas ideas, de igual modo que en mi *Teoría de la imputabilidad*, excluyendo por completo el criterio del libre albedrío, yo me había detenido ante el de la inteligencia normal. Sin embargo, mi pensamiento no tardó en realizar toda su evolución, y llegó gradualmente hasta la idea de la responsabilidad social y hasta hacer entrar las cinco categorías de delinquentes en las atribuciones de la defensa social, es decir, de la sociología criminal (1).

En efecto, en una prolucción de 1883, escribí lo siguiente: «Mientras que en mis *Nuevos horizontes* (1.^a edición), yo había dicho que ciertas categorías de delinquentes *escapan al derecho criminal*, para quedar dentro del dominio de la antropología criminal *con medidas extrañas a los criterios jurídicos*, más tarde renuncié a esta idea inexacta, porque la antropología criminal también forma parte integrante del derecho criminal tratado por el método positivo, y *todos los medios de defensa contra toda clase de delinquentes pertenecen verdadera y realmente al derecho criminal*» (2).

(1) Yo deseo presentar la semejanza entre esta evolución *gradual* de mi pensamiento científico llegando, en el campo de la criminología, hasta las consecuencias lógicas y radicales de las premisas de hecho, y otra evolución gradual realizada por mi pensamiento en el dominio sociológico, cuando (en 1892-1893, después de la primera edición de la presente obra), habiéndome entregado a un estudio profundo de las doctrinas de Marx, llegué a la conclusión radical de que "la sociología será socialista o no será nada".

En razón de sus repercusiones *políticas*, esta evolución ulterior que yo realicé, siempre en un sentido progresivo y jamás en sentido inverso, o sea al revés de lo que les ha ocurrido a muchos de mis críticos o adversarios (tales como Garófalo, Colajanni, etc.), ha provocado discusiones y críticas muy vivas. Pero ella demuestra con una nueva prueba que mi conciencia científica, en lugar de proceder por impresiones repentinas, se desarrolla gradualmente por el estudio de los hechos.

Asimismo (y todavía es otra prueba), en 1897, cuando yo sometí a un nuevo examen las doctrinas sociológico-criminales a la luz de la sociología marxista, conseguí, por otra evolución gradual, completar mi pensamiento sobre la justicia penal como instrumento de *defensa de clase* (y no sólo de *defensa social*), según he explicado en mi *Justicia penal*, Bruselas, 1898, y como he expuesto más sistemáticamente en la cuarta edición italiana (al núm. 53) y en la segunda edición francesa (en el mismo número).

(2) *La scuola positiva di diritto criminale*, Siena, 1883, p. 35.

Por lo tanto, de un modo contrario a la idea en principio adoptada por mí, creo arbitrarias e incompletas estas *barreras científicas*», como las llamaba con razón Turati.

Puesto que nosotros vemos ahora en la pena, conforme a las doctrinas positivistas, un acto de defensa social contra los autores de acciones antisociales, es evidente que la razón por la cual la sociedad reacciona, defendiéndose, por ejemplo, contra el matador ocasional, es idéntica a aquella por la cual reacciona defendiéndose contra el homicida loco o el homicida por tendencia congénita; pronta naturalmente a apropiarse la forma de esta reacción defensiva a las condiciones particulares del agente y del acto.

Por consiguiente, la idea de Poletti, para quien sólo el hombre normal puede ser responsable del delito cometido, es inaceptable, lo mismo que la pretendida distinción esencial (y no sólo de forma) que se hace entre la reclusión del delincuente ocasional en una prisión y la reclusión del delincuente loco en una casa de locos; ellas se atienen siempre a la conciliación ecléctica entre lo viejo y lo nuevo, que sin duda se presenta por sí misma, pero que no deja por ello de ser tan insuficiente como alejada de la verdad positiva.

Además de estas razones indirectas por las cuales la idea de la normalidad tomada como base de la responsabilidad es inaceptable, por las consecuencias prácticas a que conduce y de la génesis psicológica de donde deriva, hay otras objeciones todavía más graves.

Primeramente, como decía Clémence Royer, «el ser normal, constituido según el tipo medio de la especie desde el punto de vista psíquico o físico, no es más responsable de sus actos moralmente que el ser anormal. Un ser humano no es más responsable de sus virtudes que de sus vicios. No depende de él ser San Vicente de Paúl, mejor que Lacenaire; Régulo, mejor que Catilina» (1).

Pero después, por encima de todas las objeciones, he aquí una que es indestructible: que los datos positivos de la bio-psi-

(1) *Actas del segundo Congreso de antropología criminal*, París, 1890, página 357.

ciencia criminal dan un mentís absoluto a la idea de que haya delincuentes *normales*.

El hombre verdaderamente normal no comete delitos: el delito representa siempre una anormalidad individual, ya congénita, ya adquirida, sea permanente o transitoria. El criminal loco, como el criminal de nacimiento o por hábito, comete el crimen porque le falta el sentido moral o social, ora de nacimiento, ora por degeneración consecutiva.

El criminal de ocasión no está desprovisto del sentido social; únicamente este sentido es en él débil e incapaz de resistir a los impulsos antisociales internos y externos. El criminal por pasión no está desprovisto de él tampoco; pero este sentido es momentáneamente paralizado por la dominación lenta o repentina de una pasión que le hará excusable si es ésta social, es decir, moral (honor, amor, instinto de la conservación, etcétera), y que no le excusará si es antisocial o inmoral (avaricia, venganza, odio, lujuria, etc.)

Así como no es loco el que quiere, así también no es criminal el que lo desea.

Es, pues, inadmisibles que sólo sea responsable «el criminal normal», porque esta expresión contiene una imposibilidad psicológica y una contradicción en los términos, como la de hielo abrasador o sol tenebroso.

Por último, se puede hacer a Poletti una última objeción análoga a la que ya he dirigido a Gabelli (*Polémica*, 118): la línea de demarcación entre el crimen y la locura no existe; la naturaleza nada hace por saltos, somos nosotros los que establecemos una separación clara, allí donde no existe más que un paso gradual y una sucesión de matices. La «zona intermedia» de Maudsley, que por sí sola basta a demostrar que es imposible la separación de los delincuentes moralmente responsables de los que moralmente son irresponsables, no existe sólo entre la locura y el delito, sino también entre la anormalidad y la normalidad.

En los casos (y son los más comunes) de los delincuentes no típicos, pero intermediarios entre un tipo y otro, ¿cómo haríais para decidir si son normales o no?

Poletti mismo ha visto este lado débil de su teoría y ha tra-

tado de remediarlo diciendo: «Es posible determinar un *minimum* de normalidad, aun cuando se sepa que siempre se podrá discutir en la práctica y en cada uno de los casos particulares en qué consiste precisamente esta normalidad y dónde debe cesar» (1).

«Esta línea de separación es absolutamente ideal... No existen, en efecto, límites ciertos entre la acción normal y la acción anormal; no hay más que grados que nos muestran que se pasan de la una a la otra, sin consentirnos jamás distinguir con certeza el sitio en donde se opera esta transición» (2).

Pero en este caso, ¿cómo será posible una teoría científica que contiene en sí misma una imposibilidad tan evidente de aplicación práctica a las necesidades cotidianas de la defensa social?

Estas observaciones críticas, que dirijo a la teoría de la normalidad, son tan justas, que recientemente Liszt, que había quedado siempre indeciso entre las viejas ideas y las nuevas, y que en un discurso en el Congreso de psicología de Munich, en Agosto de 1896, había insistido aun en la distinción entre normales y anormales, poniendo en la normalidad psíquica del delincuente la razón de su responsabilidad, ha acabado recientemente, en su polémica contra los críticos de esta idea, que era de Poletti mucho más que de él, por declarar explícitamente que toda demarcación entre normales y anormales, responsables e irresponsables, locos y criminales, y, por lo tanto, entre las penas y las medidas de seguridad que deben ser adoptadas, era absolutamente imposible (3).

Solamente Liszt permanece todavía en la zona gris del eclecticismo: después de haber dicho y repetido que es necesari-

(1) Poletti, *La persona giuridica*, Udina, 1886, p. 145.

(2) Poletti, *L'azione normale*, Udina, 1889, p. 93.

(3) Liszt, *Die Strafrechtliche Zurechnungssähigkeit*, en *Zeitsch. f. ges. Strafrw.*, 1896, XVII, 75 y 76. Liszt ha insistido de nuevo y más claramente todavía, sobre esta imposibilidad, después de las críticas de Foinitsky, en las *Actas del Congreso antropológico criminal de Ginebra*, 1897, página 305, en donde he comprobado (p. 307) que esta "determinabilidad normal" de Liszt no era más que la reproducción de la idea de Poletti, criticada también por mí en la tercera edición de la presente obra (1892). Véase Liszt, *Die Strafr. Zurechnungsf.*, en *Zeitsch.*, *Z. ges. Strafrw.*, 1898, XVIII, 229.

rio abandonar la antítesis anticuada entre las penas y las medidas de preservación, continúa creyendo que se puede encontrar un criterio relativo de imputabilidad, precisamente en la facultad de determinar normalmente los motivos, opinión contra la cual se dirigen en cambio todas las objeciones que acabo de exponer a propósito de la teoría de Poletti.

Obstinación inútil: precisa tener el valor científico de aceptar todas las consecuencias lógicas del determinismo natural.

Desde el momento en que el delito no es considerado como el *fiat* del libre albedrío, sino que es el producto y el síntoma patológico de anomalías individuales y sociales, todos los autores de delitos, locos y no locos, son moralmente irresponsables, aun cuando todos deban responder a la sociedad del acto antisocial que han cometido. Por consiguiente, ninguna distinción hay que hacer entre delincuentes moralmente responsables e irresponsables, entre penas y medidas de seguridad: no hay más que formas diferentes, según criterios distintos, de una misma función de clínica preservativa, que es lo que demostraré muy pronto. Como en el hospital ordinario o en la casa de locos, no se distingue aquí si el enfermo lo es por vicio, por imprudencia o por azar; el médico se limita a apropiarse el tratamiento al estado del enfermo y a la naturaleza de la enfermedad.

63.—De todas las teorías eclécticas de la responsabilidad, la más original es la desarrollada por Tarde, que aun cuando no es un espíritu creador, es un fino crítico, un amplificador ingenioso de ideas más o menos positivistas, que ha descubierto de un modo progresivo un espiritualismo latente, difícil de esclarecer en sus primeras publicaciones.

Ya en la *Criminalité comparée* (París, 1886) había dejado entrever, a propósito de las sugestiones hipnóticas y de la responsabilidad, la teoría que ha expuesto después en su Memoria «sobre las antiguas y las nuevas bases de la responsabilidad moral» para el segundo Congreso internacional de antropología criminal, y mejor aún en su *Philosophie pénale* (1).

(1) Tarde, *La criminalité comparée*, París, F. Alcán, 1886, pág. 144 y siguientes, y segunda edición, París, 1890, pág. 143 y siguientes; *Les*

Yo no puedo reproducir aquí las mismas expresiones de Tarde, porque tiene la costumbre de distraerse con una multitud de amplificaciones, de arabescos y de ideas secundarias interesantes aunque prolijas; pero el resumen de su teoría es como sigue: la responsabilidad moral no está necesariamente ligada a la existencia del libre albedrío (excluido por Tarde), sino que aquélla continúa siendo la condición y la medida indispensable de la responsabilidad penal; solamente acontece que se funda sobre otros criterios y otros elementos. Estos son la *identidad personal* del delincuente consigo mismo, antes y después del delito, y su *semejanza social* con aquéllos entre los cuales vive y acciona, y por los cuales debe ser castigado. Si falta una u otra de estas identidades, el individuo no es moralmente responsable de los delitos cometidos, aun cuando la sociedad puede tomar contra él precauciones de un carácter administrativo y no penal. Por esto, al lado de la responsabilidad moral, se encuentran los casos de irresponsabilidad, que son: la locura, la embriaguez, el hipnotismo, la ancianidad, la conversión o corrección moral, y la soberanía (de los monarcas).

Al principio Tarde, respondiendo a las críticas llenas de sagacidad que Ciccarelli hizo a su teoría en nombre del positivismo, niega que ésta haya sido inspirada por el eclecticismo: «porque se relaciona», dice aquél, «con todo un sistema de ideas que me es propio y que nada tiene de común con una amalgama de ideas incoherentes» (1). No obstante, sin negar que esta teoría responda en Tarde a un conjunto de ideas que le son propias (imitación e invención), no es menos cierto que este conjunto es, en gran parte, ecléctico, con una tendencia cada vez más pronunciada al espiritualismo, bajo la forma de psicologismo social (2).

anciens et les nouveaux fondements de la responsabilité morale, en los *Archives d'anthrop. crim.*, y *Actas del segundo Congreso de antropología criminal*, París, 1890, págs. 92 y 346; *La philosophie pénale*, Lyon, 1890, caps. III y IV; *L'idée de culpabilité*, en la *Revue des Deux Mondes*, 15 Junio 1891.

(1) Ciccarelli, *Tarde e la responsabilità penale*, en el *Anómalo*, Octubre-Diciembre 1889; Tarde, *Lettera al professor Zuccarelli*, en el *Anómalo*, Marzo 1890.

(2) Tarde, *Les lois de Pimitation*, París, 1890, criticadas por Fioretti

Y al presente parece evidente que la teoría es por sí misma verdaderamente ecléctica, cuando se reflexiona en que si suprime el libre albedrío, conserva la vieja idea de responsabilidad moral, y en su vista, de una parte, por las teorías clásicas, funda el derecho de castigar sobre las condiciones del individuo (identidad personal), y de otra, con las teorías positivas, le funda en consideraciones sociales (semejanzas sociales). Por consiguiente es una teoría que no es ni carne ni pescado.

En los mismos precedentes de esta teoría se encuentran indicios que demuestran el eclecticismo o el deseo de conciliación de donde surge. En efecto, la idea de «la identidad personal», considerada como condición de personalidad, estaba contenida implícitamente en aquella parte de la teoría clásica en que se reflejaba la personalidad *física*, que nosotros aceptamos también, porque es un dato positivo y exacto.

Es decir, que para castigar al hombre por un delito, precisa ante todo que sea físicamente responsable, que sea el autor, en el sentido de que el acto le pertenezca, como manifestación y como efecto de su personalidad (temperamento y carácter) y como consecuencia de su manera de obrar y de reaccionar en el seno del medio social (1).

De otra parte la idea de la semejanza social entre el que comete un delito y el que le castiga había sido indicada no ya exclusivamente por mí (segunda edición, pág. 98 y aquí pág. 538), cuando decía, como hace notar Sighele (2), «que el alma del derecho es la igualdad no sólo bajo la relación moral o ideal, sino

en la *Scuola positiva*, 15 Agosto 1891. En cuanto al valor de estas leyes sociológicas de Tarde, que conserva la vieja concepción espiritualista, en virtud de la cual los hechos sociales son determinados por los hechos psicológicos, mientras que lo cierto es la inversa, considerando que la actividad psicológica es ante todo un producto de la sociedad, véase mi artículo: *La teoría sociológica de Tarde*, en la *Scuola positiva*, Septiembre 1895.

(1) En este sentido Binet, *La responsabilité morale* (*Rev. phil.*, Septiembre 1888), advirtiendo que por la palabra libertad no se puede, en su alcance científico, entender "el libre albedrío, sino solamente una actividad conforme al carácter del individuo" (libertad física), hacía observar que aquello era lo que había de verdadero en la teoría de Tarde; sin embargo, terminaba aceptando la teoría de la responsabilidad dada por la escuela positiva italiana.

(2) Sighele, *Bibliographie de la Philosophie pénale*, de Tarde, en el *Arch. de psych.*, 1890, XI, 567.

también en la física y orgánica», y cuando yo hacía observar, a propósito de la evolución natural del homicidio (*Riv. fil. scien.*, 1882), que el delito no existe, a menos que la víctima y el matador pertenezcan a la misma especie; pues también fue indicada por Garófalo, quien en la primera edición de su *Criminología*, 1885, pág. 48 y 49, advertía que no podemos verdaderamente llamar criminales a los más anormales «no semejantes»; de tal suerte que una de sus razones para sostener la pena de muerte, era justamente que no despierta una compasión excesiva cuando es aplicada «a ciertos criminales, a aquellos que han puesto de manifiesto su *completa inhumanidad*», teniendo presente que «el sentimiento de piedad nacido de la simpatía no existe para aquellos hombres que *no tienen con nosotros parecido alguno*».

La teoría de Tarde, sea el que fuere su origen, ha tomado ciertamente en sus manos un desarrollo original que se trata de examinar en este momento, sometiéndola a una crítica primero de forma y después de fondo.

Y comenzaremos interrogando: para que un hombre sea moralmente responsable de su delito, ¿deberán estar reunidas las dos «identidades», o bastará con una de ambas? Tarde no se ha planteado esta cuestión. Al hablar de la criminalidad congénita o locura moral, dice que ésta es precisamente lo contrario de la verdadera locura; porque esta última es una *alienación* de la personalidad, y por consiguiente, no existe la *identidad*, aun cuando la *semejanza* persevera (1). En cambio, la criminalidad congénita es la manifestación de una personalidad que no es más que demasiado constante e idéntica a sí misma, pero que no se parece a los otros hombres. «Por lo tanto, en el primer caso como en el segundo, las dos condi-

(1) Respondiendo a estas objeciones que yo le había hecho, Tarde, *Pro. domo mea*, en *Essais et mélanges sociologiques* (Lyon, 1895, página 152), explica que, según él, ambas condiciones deben estar reunidas para que haya responsabilidad.

Superfluo es añadir que sus respuestas no me han persuadido, y que por lo tanto mantengo mis críticas contra su teoría, que de otra parte no ha encontrado partidarios, en tanto que la teoría de la responsabilidad social está al presente admitida de un modo general por todos aquellos que abandonan, por poco que sea, las ideas tradicionales sobre la falta y el castigo.

ciones no se encuentran reunidas; pero en el primero (locura) falta absolutamente la condición *principal* (identidad) y en el segundo (criminalidad congénita, imbecilidad moral), falta sólo la condición *accesoria* (semejanza), y sólo en parte» (págs. 178 y 180).

Parece, pues, que la identidad personal es la condición indispensable de la responsabilidad; y esto lo confirma el que Tarde llega después hasta admitir la pena de muerte para los criminales natos, aunque la *semejanza social* falte entre ellos.

Pero esta desigualdad de importancia entre la identidad y la semejanza es siempre un punto débil y oscuro de la teoría, y Tarde, para cohonestarlo, se ve obligado a emplear de cuando en cuando expedientes muy arbitrarios para ser científicos, de los cuales bastará dar algunos ejemplos. Dice, por ejemplo (pág. 180), que entre el criminal nato y los otros hombres no puede existir una «desemejanza radical», mientras que la delincuencia congénita constituye evidentemente la mayor desemejanza que puede distinguir a un hombre de los demás respecto del punto más importante socialmente, o sea para el sentido moral y social.

A propósito del alcoholismo crónico y de la responsabilidad que le corresponde, dice: «El hombre habituado a fumar opio y el hombre acostumbrado a beber alcohol han sido constreñidos a entrar en este camino fatal; pero esta violencia deriva de una necesidad sobre todo interna, inherente al fondo de su ser, y en esto difiere de la necesidad esencialmente *externa*, es decir, patológica, que les empuja cuando la locura, provocada por sus hábitos funestos, acaba por manifestarse» (187). ¡Singular manera de separar en el mismo individuo la violencia interna de la externa y de llamar después *externa* a la impulsión patológica de la locura!

Tarde hasta sostiene que el condenado o el delincuente, realmente arrepentido o corregido, no debe ser castigado, «porque ha llegado a ser otro hombre»; a la vez que para nosotros la verdadera razón es que en este caso, bastante raro, ya no es peligroso y enfermo; que la defensa no es, pues, necesaria contra un individuo inofensivo; que no es tampoco preciso hacer sufrir al arrepentido su pena (aun cuando nosotros la exi-

giríamos por tiempo indeterminado), cuando ha llegado a ser no simplemente «otro hombre», sino otro hombre no *periglioso*. Si, por ejemplo, un homicida se arrepintiese de haber derramado sangre, pero se inclinara después al robo o a la falsificación, sería desde luego «otro hombre», pero continuaría siendo enfermo y en su virtud debería ser aislado de los demás. Tarde incurre además en una nueva contradicción, cuando dice que existe una gran diferencia entre este cambio voluntario de personalidad y el cambio patológico producido por la locura, la epilepsia, el hinoptismo, aun cuando ambos tengan por resultado la irresponsabilidad. «En el caso patológico, no sólo el nuevo *yo* no es responsable de los actos cometidos por el anterior, sino que no es o es apenas responsable de sus propios actos, porque es extraño al mundo social y poco idéntico consigo mismo: en el cambio voluntario el *nuevo yo* (?) del convertido es, al contrario, superior al antiguo en sociabilidad y en *persistencia idéntica*» (pág. 209). Pues bien: dejando esta suposición de un «nuevo yo» que parece entrar en el cuerpo del convertido sustituyendo a su «antiguo yo», como un clavo que saca a otro, ¿no es verdaderamente algo imaginario esta «más grande persistencia de identidad» en el criminal arrepentido? ¿Y quién sabe si, a pesar de la sinceridad de su arrepentimiento, nuevas tentaciones le inducirán a cometer el mal? Fonsegrive observa, con razón, en un caso análogo, que la homogeneidad del carácter humano (fin de la educación), igualmente cuando se obtiene con la ayuda de la pedagogía, no es «ni tenaz ni sólido. Es un estado precario, esencialmente inestable. Basta un suceso imprevisto para que el viejo hombre se revele, y la heterogeneidad natural ascienda a la superficie del ser» (1).

Pero además de estos expedientes arbitrarios se encuentran en la teoría de Tarde graves contradicciones.

Y primeramente la contradicción extraña que consiste en admitir que los criminales natos, aunque estén desprovistos de semejanza social, no son por ello menos responsables y punibles, hasta con la pena de muerte. Pero se dirá entonces: las

(1) Fonsegrive, *L'homogénéité morale*, en la *Rev. phil.*, Julio 1890.

anomalías y locuras útiles a la sociedad ¿quitarán al alucinado bienhechor o heroico todo derecho a ser recompensado, por la sola razón de no existir en él ni identidad personal (cuando sus alucinaciones sobrevienen) ni semejanza social? Tarde mismo cita las observaciones muy justas de Ball (1): «Aun cuando hubo de atravesar un período de locura, no por eso Newton fundó menos el sistema del mundo»; Augusto Comte ha sido ciertamente un gran filósofo, aunque fué después encerrado en una casa de locos; Lutero, a pesar de estar sujeto a alucinaciones, ha operado una de las revoluciones más gigantescas del mundo moderno; Juana de Arco fué una exaltada indudable por su patriotismo.» Sea, responde Tarde; el genio es una anomalía, como dice Lombroso; pero no hay contradicción alguna aquí entre la responsabilidad y el mérito de las acciones, porque «nada hay que nos sea más propio y más personal que una anomalía que nos caracteriza y que además nos permite parecernos a nuestros compatriotas; mientras que la locura no debe ser considerada como una excepción individual a la regla típica, sino como una perturbación llevada al desenvolvimiento propio del individuo, yo diría casi una *desindividualización*» (pág. 186).

Esto puede ocurrir respecto de la locura *adquirida*, si bien los psiquiatras no admiten esta perturbación más que en un sentido muy relativo y para casos poco frecuentes (por ejemplo, en la locura traumática o por envenenamiento). ¿Pero no existe la locura *hereditaria*? En este caso el individuo permanece perfectamente idéntico a sí mismo, y como observa con razón Ciccarelli, «mostrará durante todo el curso de su vida un mismo carácter», y por lo tanto será responsable, aun cuando se diga que le falta la semejanza social, porque siendo ésta accesoria no es suficiente para suprimir la responsabilidad, así como no la suprime entre los criminales natos.

Tarde responde, en efecto: «si se trata de una extravagancia innata, se debe aplicar a esta *pretendida enajenación* lo que yo digo del genio y del delito» (pág. 186).

¡Esto significa, contradicción flagrante, que el loco heredita-

(1) Ball, *De la responsabilité partielle des aliénés*, París, 1886.

rio sería responsable! Pues bien, se sabe que la locura, hasta cuando no es aparente, tiene siempre, salvo muy raras excepciones, un fondo más o menos hereditario. Tarde tiene de la locura una idea muy inexacta, para acomodarla a su teoría, cuando dice que «la locura es el desdoblamiento de la personalidad, algo así como el equivalente moral de un monstruo doble» (página 166). El hecho es que, por el contrario, tal desdoblamiento o cambio de la personalidad constituye la excepción: en la locura como en los casos anormales, todo hombre, según la frase profunda de Goethe, «llega a ser lo que es», es decir, desarrolla la personalidad que ha heredado al nacer, salvo el brillo que toma tal o cual cara del prisma fisio-psicológico según las circunstancias del medio.

He aquí una contradicción que yo señalaré entre otras, cuando Tarde concluye que «la *impunidad* fundada sobre las causas de irresponsabilidad no podría tener consecuencias dañosas a la sociedad». La absolución de un loco no animará a nadie a imitarle, porque «no es loco o epiléptico el que quiere» (pág. 211). Muy bien; pero yo añadiría, sin embargo: ni es criminal el que quiere. Y si Tarde, que, a pesar de ello, niega el libre albedrío, impugnara lo que yo agregó, un argumento decisivo bastaría para persuadirle: que intente él, Tarde, cometer un asesinato con intención de lucro; ¡nosotros veremos si él lo logra! La observación de Romagnosi, según la que cada uno de nosotros puede llegar a sufrir mañana las sanciones del Código penal, es exacta si se habla de los delitos que constituyen contravenciones o que se cometen en un transporte de pasión (criminalidad evolutiva), o en un caso de legítima defensa; pero no lo es del todo si se entiende por ella que cada uno de nosotros puede dejarse llevar a cometer un delito vulgar, un crimen feroz (criminalidad atávica). Por un argumento análogo, cuando yo era estudiante en la Universidad de Bolonia, en las discusiones de sobremesa que entablábamos a propósito del libre albedrío, yo lancé un desafío a uno de mis adversarios, diciéndole: cruzad toda la ciudad en pleno día, sin más ropa que vuestra camisa, y entonces creeré en vuestro libre albedrío.

Y viceversa, como he dicho a propósito de la *intimidabili-*

dad, la patología demuestra que los locos mismos son determinados por iguales motivos fundamentales que actúan sobre los hombres normales; es, pues, inexacto y contradictorio por demás, de parte de Tarde, sostener que la impunidad pueda no ejercer sobre los locos una influencia contagiosa.

Por último, se pueden hacer a esta teoría objeciones de fondo incontestables.

Por lo que se refiere a la identidad personal, se ha objetado a Tarde en la *Revue scientifique* (14 de Marzo de 1891), que ningún hombre, sea loco o no lo sea, es siempre igual a sí mismo. La idea de una personalidad de una sola pieza, que permanece idéntica a sí misma en el hombre normal, y que se desdobra o transforma radicalmente en el loco, es absolutamente anticientífica.

Al considerar la personalidad humana tal y como se presenta en un momento dado de la vida individual, «la observación común nos muestra cuán poca cohesión y unidad tiene el yo normal. Aparte de los caracteres rígidos, de una pieza (y en el sentido estricto de la palabra, *no los hay*), existen en cada uno de nosotros tendencias de toda suerte, lo más contrarias posibles, y entre éstas contrarias el mayor número de matices intermediarios y entre aquellas tendencias todas las combinaciones imaginables. El *yo* no es solamente una memoria, un almacenamiento de recuerdos ligados al presente, es también un conjunto de instintos, de tendencias, de deseos, que no son otra cosa que su constitución innata y adquirida que entra en acción» (1).

Y si consideramos la personalidad en su formación evolutiva, es indubitable también que cambia cada minuto en sus elementos fisio-psiquicos y en sus combinaciones, aun cuando conserve cierta permanencia; como un río que lleva siempre el mismo nombre, aun cuando en cada momento cambien las aguas que le forman y las dimensiones de su cauce.

Sólo, pues, en un sentido muy poco preciso y muy relativo se puede hablar «de identidad personal»: es evidente, en cambio, que el criminal de ocasión o por pasión, como el crimi-

(1) Ribot, *Les maladies de la personnalité*, París, F. Alcán, 1885, p. 77.

nal nato, jamás podrá ser considerado como idéntico a sí mismo antes y después del crimen. Así, el primer elemento de la responsabilidad moral, el elemento individual, no sólo presenta una base científica demasiado contestable, sino además tan vaga, tan flotante, que no es posible admitirla como criterio y medida de una función social contra el delito, función que exige criterios también seguros y objetivos.

El otro elemento, la semejanza social, no tiene más consistencia científica.

Es, en efecto, una pura ilusión, análoga a la de Poletti, cuando hablaba de «delincuentes normales», hablar de criminales que se asemejan o no se parecen a sus compatriotas. Los datos de la biología y de la psicología criminal demuestran que todos los delincuentes (sobre todo aquellos que, por criminalidad atávica, cometen delitos naturales), a cualquiera categoría que pertenezcan, son más o menos anormales. Por consiguiente, es un error separar los delincuentes semejantes a sus compatriotas de aquellos que no lo son; y no hay ninguna posibilidad de señalar aquella «menor desemejanza», que pudiera equivaler una verdadera semejanza.

Por último, Tarde, da sobre este punto una asección inexacta, al afirmar que la pena exige para ser infligida una semejanza social. Si mañana un australiano o un zulú llegado entre nosotros comete un delito, ¿quién osará sostener que sea irresponsable? Y a pesar de esto difiere de nosotros tanto cuanto es posible. «Un antropófago—decía espiritualmente Manouvrier, en el Congreso de París—que viniera entre nosotros a comerse un niño parisién, podría bien decir por boca de su abogado defensor, que no pertenecía, que no se asemejaba en nada a la sociedad de sus acusadores y de su víctima» (1).

Como se ve, la sola razón verdadera y positiva de la responsabilidad humana, que aparece siempre, inexorablemente, es la necesidad de la defensa social contra los autores de todo acto antisocial, sean o no idénticos a sí mismos, se parezcan o no a sus compatriotas.

(1) *Actas del segundo Congreso de antropología criminal*, París, 1890, página 371.

Para terminar, no puedo comprender cómo Tarde ha podido decir que «entender la responsabilidad en un sentido por completo objetivo y materialista, sería retroceder hasta los tiempos primitivos, en los que el incesto inconsciente de Edipo, era juzgado tan culpable como si hubiera sido consciente y querido. El católico no se arrepiente de haber hecho día de carne el viernes sin quererlo y sin saberlo; y por la misma razón, la sociedad no debiera condenar a un hombre por un daño, aunque éste fuese un homicidio, *que causara involuntariamente*» (pág. 183).

Y sin embargo, la sociedad castiga todos los días los homicidios «cometidos involuntariamente»; además, es evidente, que una vez negado el libre albedrío, el homicidio cometido por un loco no es más involuntario e irresistible, es decir, más rigurosamente determinado, que el ejecutado por un asesino o el que realiza un marido ultrajado. De otra parte, según he dicho varias veces, una cosa es sostener que la razón de la responsabilidad penal del individuo reside en el hecho objetivo de vivir en sociedad, y otra afirmar después que la sociedad, al reaccionar contra un acto antisocial, no ha de tener jamás en cuenta las condiciones psicológicas del agente para apropiarse a la ofensa y al ofensor los medios defensivos. Toda función clínica consiste en buscar precisamente las causas de la enfermedad, y en adaptar los remedios a las condiciones del enfermo y del medio en que vive: lo mismo ocurre con respecto a los enfermos ordinarios, que con respecto a los locos y a los criminales.

En todo caso queda demostrado que la teoría ecléctica de Tarde, como las otras, no es solamente incompleta y contradictoria por sí misma, sino sobre todo que carece, en los dos elementos que la constituyen, de una base positiva y científica.

No me queda más que añadir sino que, y es una objeción que Feré, Manouvrier y Coutagne han hecho ya a Tarde en el Congreso de antropología criminal de París, esta teoría, sin hablar de sus demás defectos, sería en la práctica muy peligrosa y muy poco segura para que, aun bajo esta relación, se la pudiera aceptar.

Si, en efecto, como el mismo Tarde admite, «hay una *infinidad de grados* entre la identidad absoluta, ya sea de la persona

o del medio social, ideal siempre inaccesible, y su heterogeneidad absoluta, no menos irrealizable», es evidente que **estos** dos criterios de responsabilidad serán en la práctica muy insuficientes para distinguir los hombres punibles de los no punibles, y sobre todo, en las razones intermediarias entre la locura y el delito, que se presentan inevitablemente, para medir los grados de responsabilidad.

64.—En fin, para señalar un último ejemplo de los razonamientos fantásticos que son familiares en los eclécticos, dedicaremos unas palabras a la teoría expuesta recientemente por el profesor Poustoroslew, de la Universidad de Jouriew. Dice este escritor, que no residiendo la criminalidad en el acto material sino en el agente que lo ejecuta, puesto que el hecho de matar a un hombre puede ser un homicidio punible o un acto legítimo, según las condiciones subjetivas del que le realiza (y por este lado, Poustoroslew se aproxima al método de la escuela positiva que considera al delincuente mucho más que al delito), la razón de la responsabilidad y por lo tanto de la punibilidad consiste en el «estado de criminalidad» (y esto ya había sido indicado vagamente por Foinitski en un discurso inaugural acerca de la *teoría de la penalidad*, publicado en el *Journal Judiciaire* de San Petersburgo, 1893), en el que se encontraba el autor de un acto dañoso. «Ningún ser humano puede, si no se halla en un estado individual de criminalidad, cometer un crimen o transgresión digna de este nombre; y cada uno de los actos delictuosos prueba a su vez en su autor la existencia de este estado» (1).

Esto responde de nuevo, de una manera vaga, a los datos de la antropología criminal, que nos han hecho comprobar que en la génesis natural del delito las ocasiones externas (las del medio físico y social) no bastan por sí solas a producirle, si no se une a ellas el factor personal o antropológico de una constitución orgánica y psíquica anormal.

Además, agrega Poustoroslew, este «estado de criminalidad» no depende del libre albedrío del individuo ni de su in-

(1) Poustoroslew, *Criminalité et imputabilité*, Jouriew, 1889, pág. 10.

teligencia; pues o bien es producido por las condiciones de existencia y las circunstancias ocasionales en que se encuentran los hombres, honrados hasta entonces, que llegan a cometer un delito (respecto de las contravenciones nada dice), o bien, entre aquellos que habían anteriormente cometido otro delito, es el producto de un temperamento que les lleva más fácilmente a entrar en «el estado de criminalidad»—aunque declara (pág. 52) no admitir el criminal nato de la escuela italiana, únicamente porque cree que a nuestros ojos la tendencia congénita basta por sí sola, sin el concurso de los factores físicos y sociales, para producir el delito.

Este «estado de criminalidad» es el que constituye la imputabilidad del culpable, por la simple razón de que «se manifiesta en el hombre cuando faltan todas las circunstancias—azar, error excusable, violencia física, estado de necesidad, sugestión hipnótica invencible—que no permiten que el acto sea imputado a su autor».

Se ve que esta teoría, indecisa entre las viejas ideas y las nuevas, no osa más que las precedentes, liberarse de la pretendida necesidad de un principio abstracto destinado a justificar las necesidades humanas; mientras que esta justificación existe, completa y positiva, en el solo hecho de que el individuo viva en sociedad. Por respeto a los principios tradicionales, habla de un «estado de criminalidad» que, en tanto que designa el factor antropológico del delito, responde a la realidad, aunque al hacer este factor inseparable de la imputabilidad, introduce un doble empleo inútil, sin dar siquiera una razón positiva de esta misma imputabilidad, que de ordinario subsiste aun si admitimos la no existencia del libre albedrío.

65.—Hemos ya examinado las diferentes teorías sobre la responsabilidad, deteniéndonos en el terreno sin consistencia en que el eclecticismo se enmohece entre la teoría clásica y la positiva.

Podemos por tanto concluir, que si cada una de ellas, puesta aparte, ha sido reconocida como inaceptable, todas presentan igualmente el carácter común de no ser en el fondo más que variaciones verbales sobre el viejo tema de la responsabilidad

moral, basada por ellas sobre la libertad moral, no absoluta, sino relativa y limitada. Todo lo que prueban estas tentativas de conciliación y de transacción entre las viejas y las nuevas ideas, es que «la antigua y vaga noción de responsabilidad está completamente muerta: la misión del sociólogo no es galvanizarla, sino buscar lo que pueda reemplazarla en la conciencia viviente de la humanidad».

La ilusión geocéntrica que hacía de nuestra Tierra el centro y la razón de ser del Universo, está muy lejos de nosotros; lejos también de nosotros la ilusión antropocéntrica que quiere que el hombre sea «el rey de la creación», y que, sólo entre los seres vivos, como dotado de libre albedrío, pueda dominar y determinar los acontecimientos en lugar de ser determinado por ellos; lejos de nosotros la ilusión individualista, que en el dominio biológico, despreciaba la pujanza infinita de la herencia física y psíquica, y en el campo sociológico aislaba artificialmente al individuo de la sociedad; ¿cómo, pues, podría hablarse todavía de la responsabilidad *moral* del individuo para las acciones realizadas por él?

Sin contar, por último, que todas las teorías eclécticas, como la teoría clásica pura, tienen el carácter común de que al someter la responsabilidad penal a la *condición y medida* de a responsabilidad moral, desembocan en el peligro y en el absurdo de que para ellas los malhechores más temibles por las formas atávicas de su actividad criminal son justamente aquellos que declaran irresponsables.

Verdad es que tales teorías eclécticas permiten a la sociedad (y esto es eclecticismo todavía) tomar medidas «administrativas» o «político-sociales» contra estos malhechores más peligrosos que ninguno; pero este término medio es insuficiente de nuevo, porque la proclamación de su responsabilidad se concilia mal con el rigor de semejantes medidas. Y de otra parte, la defensa social es debilitada, enervada (si se ejerce no obstante) cuando, contra los criminales más temibles por efecto del atavismo, sólo es aquélla tolerada como una complaciente concesión de la teoría abstracta a las modestas necesidades de la vida práctica.

No son, pues, solamente las observaciones positivas hechas

en los párrafos precedentes, es también el examen de la teoría clásica y de las teorías eclécticas consideradas en sí mismas y en su consecuencia, las que demuestran una vez más la verdad científica y la utilidad práctica de la teoría positiva de la responsabilidad, como fundamento de la función social de clínica preservativa del delito.

VI

66.—No es suficiente haber establecido el principio fundamental de la responsabilidad penal para deducir de él las aplicaciones prácticas: es preciso agregar a este principio los criterios científicos que permitan adaptar esta misma responsabilidad a cada delito y a cada delincuente.

Si llevamos de nuevo nuestra atención a aquella serie de hechos citados por mí (§ IV) como otros tantos ejemplos de especies de sanciones físico-biológico-sociales, podemos alcanzar otra conclusión positiva, que sirve precisamente para completar la idea fundamental de la responsabilidad social, es decir, para establecer que toda sanción es independiente de la falta moral del agente.

Si, en efecto, la sanción en sí misma, como reacción, es constante en todos los casos, y, por lo tanto, independiente de lo que ha querido o dejado de querer el agente, sin embargo, el carácter y la intensidad de esta sanción varían de una especie a otra y de un caso a otro caso, en una misma especie; y esto acontece no sólo en el orden social, pues también se da en el orden físico y en el biológico.

El hombre que a una gran altura se inclina demasiado fuera de una ventana, cae, se rompe la cabeza y muere; mientras que aquel que da un mal paso en la calle sólo se produce un arañazo; asimismo el que absorbe sustancias antiorgánicas o venenosas muere; en tanto que el que padece una indigestión está enfermo muy poco tiempo; y de idéntica manera el que recarga sólo durante un día de trabajo su cerebro, siente una fatiga pasajera, y el que abusa de él durante un mes, un año o diez, concluye en la demencia.

Igualmente, diremos, el ignorante y el aturdido provocan

VI.	66.	Dos problemas finales: A. Formas de la sanción penal. B. Criterios de la sanción social.—1.º	
	67.	Medios preventivos, reparadores, represivos y eliminativos.....	148
VII.	68.	2.º Condiciones del <i>acto</i> , del <i>agente</i> y de la <i>sociedad</i> . El derecho violado, los motivos determinantes y la categoría antropológica del delincuente. Ejemplo práctico.—69. Tentativa y complicidad.—70. El bizantinismo clásico y la justicia según los positivistas.....	165

en los párrafos precedentes, es también el examen de la teoría clásica y de las teorías eclécticas consideradas en sí mismas y en su consecuencia, las que demuestran una vez más la verdad científica y la utilidad práctica de la teoría positiva de la responsabilidad, como fundamento de la función social de clínica preservativa del delito.

VI

66.—No es suficiente haber establecido el principio fundamental de la responsabilidad penal para deducir de él las aplicaciones prácticas: es preciso agregar a este principio los criterios científicos que permitan adaptar esta misma responsabilidad a cada delito y a cada delincuente.

Si llevamos de nuevo nuestra atención a aquella serie de hechos citados por mí (§ IV) como otros tantos ejemplos de especies de sanciones físico-biológico-sociales, podemos alcanzar otra conclusión positiva, que sirve precisamente para completar la idea fundamental de la responsabilidad social, es decir, para establecer que toda sanción es independiente de la falta moral del agente.

Si, en efecto, la sanción en sí misma, como reacción, es constante en todos los casos, y, por lo tanto, independiente de lo que ha querido o dejado de querer el agente, sin embargo, el carácter y la intensidad de esta sanción varían de una especie a otra y de un caso a otro caso, en una misma especie; y esto acontece no sólo en el orden social, pues también se da en el orden físico y en el biológico.

El hombre que a una gran altura se inclina demasiado fuera de una ventana, cae, se rompe la cabeza y muere; mientras que aquel que da un mal paso en la calle sólo se produce un arañazo; asimismo el que absorbe sustancias antiorgánicas o venenosas muere; en tanto que el que padece una indigestión está enfermo muy poco tiempo; y de idéntica manera el que recarga sólo durante un día de trabajo su cerebro, siente una fatiga pasajera, y el que abusa de él durante un mes, un año o diez, concluye en la demencia.

Igualmente, diremos, el ignorante y el aturdido provocan

una reacción social análoga a la que produce el maldiciente y el orgulloso, aun cuando pueda ser muy diferente de la que sufren el comerciante que quiebra, el loco que acomete sin razón al transeunte, o el cochero que comete un homicidio involuntario. No es esto todo; si para cada una de estas especies de sanción social, la cualidad de la sanción queda en el fondo, el grado y la intensidad varían según las circunstancias en que se encuentran el agente y la sociedad especial en la cual vive; de dos maldicientes uno es considerado como aturdido, el otro como verdaderamente mal intencionado; de dos quebrados, el uno despierta más compasión y recibe mayores socorros que el otro; dos cocheros condenados no sufren necesariamente una detención de igual duración, etc.

Todo esto significa (y es la conclusión que surge clara como la luz de los hechos citados hasta el presente), que en todos estos casos la sanción social es siempre independiente de la falta moral del individuo; *pero cambia de calidad y de grado según las circunstancias particulares del individuo que obra, del acto realizado, y de la sociedad en que vive.*

Pues bien: así como en la primera parte de esta inducción positiva, hemos visto que era lógico y necesario extenderla a toda especie de sanción social y, por consiguiente, hasta a la sanción verdaderamente penal, así al presente, en esta última parte que completa nuestra inducción, estamos obligados a reconocer también, que aun para las sanciones relativas a los verdaderos delitos, a los delitos propiamente dichos, la cualidad y el grado deberán variar con las diferentes circunstancias del individuo que actúa, del acto cometido y de la sociedad que reacciona.

Y por ello podemos responder sin trabajo a la crítica dirigida por Guyau, y repetida por algunos otros, a la concepción de la responsabilidad social por mí sostenida. Este autor, uno de los que más flotan entre las viejas y las nuevas ideas, admite, sin embargo, que la sola razón que legitima la pena es su necesidad, su eficacia para la defensa social, y acoge por esto los principios de la escuela positiva italiana; pero me reprocha el haber querido excluir de la pena todo elemento volitivo e intencional. «La sanción social», dice, no puede, aun cuando lo

diga Ferri, ser únicamente mecánica, como la sanción natural. El determinismo interno y psicológico del agente, debe recibir una apreciación legal, porque se ha de tener en cuenta la *atención* (en los casos de falta o negligencia) y la *intención* (en los casos de dolo) de aquel que obra: se debe calcular el volumen de agua de un torrente, y a la vez la fuerza en movimiento. Por esta razón el criterio dado por Ferri sobre los motivos sociales y antisociales que determinan la acción, no es suficiente; es indispensable considerar también la calidad y la cantidad de la voluntad misma que hay detrás» (1).

Esta crítica contiene, como se observa, dos objeciones: primero, la sanción social no debe ser invariable, mecánica; segundo, el criterio diferencial no debe ser sólo la calidad social o antisocial de los motivos determinantes de la acción, sino también la cantidad y la calidad de la voluntad que hay detrás.

Sobre esta segunda objeción, además de lo que diré bien pronto sobre el criterio de los motivos determinantes de la acción, me basta hacer observar que, dada la concepción científica de la voluntad, es muy difícil, según indiqué al comienzo de este capítulo, señalar una diferencia clara y precisa entre los motivos determinantes y la «voluntad que está detrás».

Pero me reservo, como acabo de decir, demostrar más adelante el carácter perfectamente suficiente y positivo del criterio de los motivos determinantes propuesto por mí, y debo ahora responder a la primera objeción contenida en la crítica de Guyau. La respuesta es fácil: en efecto, si sostengo que toda forma de sanción social debe ser como la sanción física y biológica, independiente del criterio de la libertad moral del agente (y aquélla debe ser puramente dinámica, con una acción y una reacción completamente naturales de fuerzas), no se sigue de aquí (mi conclusión, por el contrario, es muy diferente) que, a mi juicio, la sociedad deba reaccionar siempre de igual manera y con la misma intensidad contra toda clase de acciones antisociales.

Se advierte que esta objeción de Guyau, repetida después contra mí por otros críticos que fingen extrañarse de que po-

(1) Guyau, *Critique de l'idée de sanction*, en la *Revue phil.*, Marzo, año 1883.

damos todavía hablar de condiciones psicológicas y de motivos determinantes en el delincuente, parte de una confusión y de un equívoco entre la libertad y la falta moral del delincuente, que son excluidas por nosotros, y sus condiciones físicas, que no excluimos del todo, porque ¿cómo habríamos de hacerlo?

Estamos, por lo tanto, perfectamente de acuerdo, casi no hay necesidad de decirlo, sobre el principio jurídico de que el homicidio causado únicamente por imprudencia debe ser objeto de una sanción, es decir, provocar una reacción, diferente de aquella que merecería el homicidio inspirado por una idea de lucro o por un sentimiento de venganza. Además, en este caso especial, propongo por mi parte una diferencia todavía más esencial entre las dos sanciones, porque creo inoportuno e inútil, en el caso del homicidio involuntario, una pena de detención que no difiera más que por el grado, y a menudo por la sola denominación, de la que es impuesta al homicidio intencional. Asimismo estamos perfectamente de acuerdo en que la quiebra que proviene únicamente de imprudencia o de ignorancia debe estar sujeta a una sanción—extralegal en la opinión pública y en el orden económico, legal para la sentencia de los Tribunales—diferente de la que alcanza a la bancarrota fraudulenta. Por fin, conformes estamos también en reconocer que no se debe imponer al simple ratero igual sanción que al ladrón de caminos, ni al autor de una violación la misma que al difamador, etc.

Será preciso ver después si en la práctica estas diferentes formas de sanción social deben ser conservadas tales como han sido imaginadas por los criminalistas clásicos y los clásicos de la penalidad; y estas reformas en los métodos penales y en el procedimiento serán estudiadas como resultado práctico de este libro, en su último capítulo. Pero entre tanto, la idea elemental de la responsabilidad social o jurídica que lleva consigo todo acto de un ciudadano, es completada por la idea de la cualidad diferente y del grado diverso de las sanciones que van anejas a esta responsabilidad. Y entonces, precisamente, se nos presentan otros dos problemas fundamentales, con cuya solución terminaré esta teoría positiva de la responsabilidad penal.

A. ¿Cuáles serán las diferentes formas de sanción social por las cuales deberá manifestarse esta responsabilidad jurídica del ciudadano para los actos antijurídicos que realiza?

B. ¿Cuál ha de ser el criterio que deberá indicar, en cada caso especial, la forma de sanción social mejor apropiada y el grado de esta sanción?

Como hace notar con razón Mouton, «aun después que se ha resuelto la cuestión primordial de la responsabilidad en el sentido de la escuela positiva, o sea por la negación de toda responsabilidad o culpabilidad *moral*, queda entera la cuestión del derecho de castigar y de sus aplicaciones sociales» (1).

67.—A. Comenzando por el primero de estos problemas, es muy natural que en principio hagamos notar que se trata aquí de las formas de la sanción *legal*; porque las de la sanción *extralegal* (opinión pública, consecuencias naturales económicas, sanción religiosa, sanción interna de la conciencia), aun cuando sean para la defensa y la conservación sociales auxiliares muy eficaces, por ser espontáneas, y aunque tiendan, algunas por lo menos, a crecer sin cesar en intensidad y en extensión, no entran propiamente hablando en la ciencia jurídica, que es nuestro objetivo, si bien deben entrar en los cálculos de esta sociología práctica a la que el legislador prudente pide sus luces. De esta sociología criminal práctica, que se debería llamar, con los alemanes, «política criminal» (*kriminalpolitik*), me ocuparé en la conclusión de este libro. Muy equivocadamente, en efecto, han pensado algunos de nuestros críticos que la sociología criminal, tal como nosotros la entendemos (es decir, el estudio del delito como fenómeno natural y social y no como fenómeno pura y abstractamente jurídico, y por lo tanto el derecho criminal y penal renovado por el método positivo), no es ni debe ser más que el arte práctico de la política criminal, distinto de la ciencia de los delitos y de las penas.

Por el contrario, antes que en toda adaptación administrativa práctica, está la misión de la sociología criminal, o sea de

(1) Mouton, *Le devoir de punir*, París, 1887, pág. 12.

la ciencia relativa a las leyes de la seguridad social, en la indicación sistemática de estas diferentes formas de reacción social contra las acciones individuales antijurídicas. Y es en esta investigación, que debe responder a toda la variedad de los hechos cotidianos, donde se muestra y brilla la excelencia del método positivo sostenido por la nueva escuela, método que en lugar de razonar acerca de los delitos considerados en si mismos como seres jurídicos abstractos, observa los hechos vivientes y palpitantes, como fenómenos naturales, realizados por individuos que presentan caracteres fisisicológicos especiales y diferentes, en un medio físico social dado.

Porque, a este propósito, desde sus comienzos, la escuela criminal positiva ha podido vanagloriarse de dos señalados méritos que son dos grandes pasos dados hacia el fin supremo de un desenvolvimiento dichoso y seguro de la vida social.

Hasta el presente, la escuela clásica, por consecuencia del razonamiento según el cual el delito, al ser el efecto de una voluntad que abusaba de su libertad, debía estar exclusivamente prevenido o reprimido por una sanción penal que se dirigiera contra la voluntad misma y apropiado a la vez a reafirmar el derecho violado y a restablecer la tranquilidad turbada, hasta el presente, digo, la escuela clásica había reducido la función de la defensa social a ser única y exclusivamente un ministerio penal y represivo: a lo sumo admitía, de un lado los medios *preventivos*, de otro los medios represivos contra los delincuentes *alienados*, como medios auxiliares que no tienen siquiera un carácter verdaderamente jurídico.

Además, todos los criminalistas clásicos apenas hacen alusión, si se presenta la oportunidad, a los medios *civiles* o reparatorios como instrumentos de defensa social contra las acciones antijurídicas de carácter criminal. Porque ellos admiten una esencial diferencia entre el derecho civil y el derecho penal; reconocen no sin esfuerzo la reparación civil de los daños como una consecuencia del delito por completo accesoria, que no interesa más que a los particulares, así como una relación contractual cualquiera, y por ende casi enteramente olvidada en la práctica; mientras que la primera consecuencia del deli-

to, la más interesante con mucho, la que sólo interesa al público, es la pena (1).

Pues bien: nosotros vemos justamente aquí el primer servicio prestado por la escuela positiva que insiste, en cambio, en la necesidad práctica, apoyada por la lógica y la teoría, de reunir en un sistema todos los diferentes medios de defensa de que la sociedad puede disponer contra las acciones antijurídicas: así, lejos de separar de un modo casi irrevocable los medios civiles de los medios penales, los preventivos de los represivos, los defensivos de los punitivos, los coordina en un todo orgánico, y les hace concurrir juntos a la defensa de la sociedad contra el delito.

En cuanto a la afirmación de la escuela clásica, referente a que entre el arte de gobernar bien, esto es, de prevenir, y la ciencia del ministerio penal, hay un verdadero abismo, he contestado con la aprobación de los demás positivistas, que la prevención y la represión no son por el contrario más que dos momentos de una sola y misma función, realizada por un mismo órgano social, en vista de un solo e idéntico fin. Fin único: la conservación social;—problema exclusivo: la investigación de los medios de obtenerla con más eficacia y utilidad así para la sociedad como para el individuo.

(1) Sin embargo, en cuanto a los clásicos, Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, 1872, I, 166; y 2.ª edición, 1889, sostiene también que entre la reparación pecuniaria y la pena no hay diferencia alguna esencial: además el mismo autor, aunque con otras intenciones y con método distinto que la escuela positiva, sostiene también que no hay diferencia esencial entre la ofensa al derecho (civil) y la violación del derecho (penal). Véase de nuevo Binding, *Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche gemeine Strafrecht*, 1879.

Desde que la escuela criminal italiana insistió sobre la función social de la reparación de los daños causados, este punto ha sido seriamente estudiado, en sentido positivista, por la *Union internationale de Derecho penal*, y hasta puesta en el orden del día, de los Congresos penitenciarios de París (1895) y de Bruselas (1900).

Hoy se extiende en Francia (gracias a Jossierand) una teoría "objetiva" de la responsabilidad civil, que apoyándose sobre esta misma idea, introducida por mí en la teoría de la responsabilidad penal, según la que esta responsabilidad es independiente de la falta, confirma la razón común de la responsabilidad civil y común.

Véase Saleilles, *Essai sur une théorie objective de la responsabilité* (París, 1897). Pugliese, *Della responsabilità (civile)*, en la *Riv. di giuripr.*, Agosto 1899; Angiolini, *Colpa, risarcimento e pena*, en la *Scuola positiva*, Agosto 1899.

Ciertamente que los criterios son diferentes para la una y para la otra; pero distinción no quiere decir separación. Se deberá decidir cuál de estos dos momentos de una misma función social presenta mayor importancia; y nosotros ya hemos resuelto esta cuestión en los precedentes capítulos con ayuda de la psicología y de la estadística criminal; si bien será necesario admitir que, tanto para la prevención de las acciones punibles como para su represión, el sociólogo criminalista deberá siempre investigar en el estudio de los fenómenos mismos las normas fundamentales (1).

Además, esta manera de considerar la prevención y la represión es la única que impide las exageraciones en un sentido o en otro. Dada la separación absoluta, o bien (como he dicho en el núm. 40) se concede demasiada importancia al ministerio represivo, y entonces se llega, lo cual ya ha acontecido, a considerar las penas como los únicos medios de defensa jurídica o social, o se incurre en la ilusión fácil de que, para impedir o disminuir las transgresiones, basta con formular un Código penal o adicionar éste con leyes penales excepcionales; o bien se preocupa uno de un modo exagerado de la prevención, y entonces se incurre en los excesos opuestos; esto es, se viola real-

(1) Por esta razón la escuela positiva no admite la diferencia esencial entre *delitos* y *contravenciones* que aceptan todos los clásicos, salvo raras excepciones (véase entre otros, Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, tercera edición, Nápoles, 1885). Los unos, como las otras, son acciones antisociales contra las cuales es o parece necesaria una sanción penal, y no existe entre delito y contravención más que una diferencia de grado. Y no se diga que el delito es la violación intencional de un derecho, mientras que la contravención le pone solamente en riesgo y consiste más bien en la violación impremeditada de una interdicción destinada a proteger los derechos y los intereses; porque lo mismo que hay delitos sin intención culpable y sin causar daño, existen también contravenciones nacidas de intenciones malvadas y seguidas de daños extremadamente graves.

Tan cierto es esto, que el Código penal italiano incluye entre las contravenciones una multitud de actos que son verdaderos delitos, y que el Código penal austriaco admite que muchas acciones pueden ser, según las circunstancias, delitos o contravenciones. En la jurisprudencia práctica se encuentran también todos los días dificultades cuando se quiere obtener una separación precisa entre los delitos y las contravenciones, lo cual no es siempre posible, no existiendo en realidad la línea de demarcación.

Véase Ferri, *La cosiddetta volontarietà nelle contravvenzioni*, en el vol. *Difese penali é studi di giurisprudenza*, Turín, 1900, pág. 402; y Stoppato, *Dell'elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, Venecia, 1895. Véase también Berenini, *La suietività del reato*, Nápoles, 1899 (extracto), que asimila las contravenciones a los delitos no premeditados.

mente, más allá de los límites de lo necesario, el patrimonio, sagrado para nosotros también, de los derechos individuales, o se considera como absolutamente inútil y absurda toda defensa represiva, que es lo que acontece a consecuencia de una impresión primera, a aquellos que observan superficialmente los nuevos datos de la sociología criminal, por ejemplo, a Owen, Girardin, Wyrouboff, Minzloff, etc. Nosotros, en cambio, partiendo del estudio positivo del fenómeno criminal, decimos que la prevención y la represión son igualmente necesarias para asegurar la defensa social, del propio modo que en la defensa contra las enfermedades ordinarias, conviene emplear a la vez la profilaxis higiénica y la terapéutica clínica, y solamente admitimos, en vista de los datos mismos de la antropología y la estadística criminal, que uno de los dos órdenes de medios defensivos, la prevención social del delito, tiene y debe tener una importancia y una utilidad sin iguales para el individuo y para la sociedad.

Respecto de la demarcación más saliente todavía que se establece entre los medios civiles o reparaciones y los medios represivos, entre el derecho civil y el derecho penal, contesto de nuevo que nada tiene tampoco de positiva. Y la razón es que no existe diferencia esencial entre el derecho civil y el derecho penal: no están separados ni son distintos en las fases primitivas de la evolución humana; por cuya razón hay un período en que las penas ofrecen un carácter exclusivamente civil, el de una reparación. Sólo la acción del tiempo es la que, dando a los fenómenos sociales una complejidad y un desarrollo incesantes, ha separado estas dos ramas como se han segregado más tarde el derecho comercial, el derecho administrativo, constitucional, internacional, industrial, etc.; aunque aquéllas no han dejado de ser dos ramas salidas de un mismo tronco, dos aspectos de un mismo orden de hechos, los hechos jurídicos vistos desde el lado normal o civil y desde el anormal o criminal.

La absoluta separación del derecho civil y del derecho penal, ha obligado a los juristas a fatigarse en ensayos de teorías poco concluyentes, y además ha producido también consecuencias prácticas peligrosas, cuando todos aquéllos, poniendo un

abismo entre las sanciones civiles y las penales, han agolado y privado a la sociedad de un manantial abundante de medios eficaces para impedir, en el propio culpable, la repetición de los actos antijurídicos o criminales, y entre cuantos le rodean el contagio del mal ejemplo. Según la observación de Bovio (1), ya indicada por Filangieri (2), vemos precisamente que en las sociedades en donde las sanciones civiles son más rápidas, más fáciles y más justas, se tiene menos necesidad de recurrir a las sanciones penales; y encontramos de ello un ejemplo histórico famoso en la excelencia sin rival del derecho civil entre los romanos y en el desarrollo relativamente menor de su derecho penal. Y viceversa, según han demostrado por la estadística De Candolle (3) y Zincone (4), entre otros, cuando la justicia civil es lenta, difícil y costosa, los delitos de violencia se multiplican.

Por estas razones, como ya he dicho, la escuela positiva sostiene la necesidad teórica y práctica de organizar en un sistema único de instrumentos adaptados a la función social del mantenimiento del orden, los medios preventivos y represivos civiles y penales, de los que la sociedad puede disponer con justicia.

A este primer beneficio la escuela positiva añade un segundo, pues propone (y se apropia tal proposición organizándola y vivificándola, por su peculiar sistema) otros medios de defensa social que, en contradicción con los principios teóricos de la escuela clásica, han sido y son combatidos por esta misma como ilegítimos. Aun cuando alguna vez después de haberlos combatido, se resigna a aceptarlos, según hizo respecto de las casas de locos destinadas a los criminales enajenados, y

(1) Bovio, *Saggio critico del diritto penale*, Nápoles, 1877, págs. II, apartado IV, y para la evolución inversa de la justicia civil a la justicia penal, véase también Durkheim, *De la division du travail pénal*, París, 1893, página 142 y siguientes.

(2) Observación que he recordado al final del número 18, § II del capítulo primero.

(3) De Candolle, *Sur la statistique des délits*, en la *Biblioth. univers de Ginebra*, 1830.

(4) Zincone, *Dell'aumento dei reati*, Caserta, 1872.

como ha hecho notar Franchi, para el trabajo al aire libre de los condenados (1).

La nueva escuela, para responder al problema referente a cuáles serán las diferentes formas de sanción social por las cuales deberá manifestarse la responsabilidad jurídica del ciudadano, indica cuatro formas diversas de reacción social contra los actos antijurídicos, que corresponden a cuatro clases de medidas defensivas.

El razonamiento abstracto, alejándose cada vez más del mundo real, acaba no ya sólo por perder el sentido de la realidad, sino también por crear dificultades gratuitas donde no existen. Allá, por ejemplo, donde el clasicismo penal ha perdido el sentido de las realidades terrestres, donde no ha visto fuera de la pena otras formas de preservación social contra las acciones antijurídicas, el criminalista positivista, para resolver este problema, en apariencia tan arduo, de las diferentes formas de reacción social defensiva, no ha tenido más que plantearse la siguiente simple cuestión:—«Un hombre prudente que, en los continuos rozamientos de la vida, quisiera preservarse por sus propias fuerzas de los choques peligrosos para las condiciones de su existencia, ¿qué precauciones debería tomar y qué género de defensa adoptar?»

No hay necesidad de ser un genio para responder poco más o menos como sigue:—Yo comenzaría por no excitar contra mí a las gentes que pasan, y por suprimir o disminuir, en la medida de lo posible, las tentaciones que pudieran tener para perjudicar mis bienes o mi persona. En seguida, si algún individuo poco honrado o malvado me ofendía, ya en mis bienes, ya en mi persona, trataría, si el tiempo me lo permitía, de hacerle desistir de su acto agresivo o peligroso, obligándole a renunciar a estas relaciones irregulares entre nosotros. Si el acto estaba ya ejecutado, quitaría, si todavía me era posible esto, todo valor jurídico a la acción cometida por él con detrimento mio. Si esto tampoco me era posible, obligaría a mi ofensor a reparar, en especie, o con la ayuda del equivalente universal,

(1) Franchi, *Il progetto Giolitti per il lavoro dei condannati all'aperto, e il diritto penale*, en la *Scuola positiva*, Enero-Febrero 1903.

el dinero, los daños causados en mis bienes o en mi persona. Y si me apercibía de que esta reparación no podía darme una garantía suficiente contra la repetición del ataque, bien de parte del primer ofensor, bien de parte de los vecinos que se sintieran tentados del deseo de imitarle, infligiría a este agresor, supuesto que yo tuviera poder para ello, una restricción jurídica o verdaderamente material en su libertad personal, revocándole, por ejemplo, la facultad de representarme en mis asuntos civiles o comerciales, o no llamándole más como médico o como ingeniero en caso de necesidad; y aun, en los casos graves, le detendría por un tiempo más o menos largo, según las circunstancias y las personas. Si, por último, mi experiencia pasada adquirida con otros hombres del mismo temple que él, o la experiencia más personal que hubiera formado antes, precisamente con aquél, me convencían de que una «buena lección» no podía bastar a quitarle el deseo de molestarte, y que sería, sin otros medios de posible defensa, continuamente expuesto a sus agresiones, ¡oh, entonces, a los grandes males los grandes remedios! Si la necesidad absoluta de preservarme contra un ataque injusto y presente lo exige imperiosamente, no dudaré en dar muerte a mi incorregible y feroz agresor; o si puedo hacer otra cosa (porque repugna siempre a mis sentimientos de humanidad matar a un hombre, hasta en el caso de necesidad apremiante), haré de suerte que pueda librarme definitivamente de su persona, relegándole a algún lugar lejano para que busque allí mejor fortuna.

Razonamiento simple y práctico que cada uno de vosotros puede escuchar en boca de todo hombre de buen sentido, aunque ignore hasta los nombres de Cujas y de Carmignani... Pues bien: este razonamiento práctico lo atribuye el criminalista positivista a la sociedad considerada como una persona viviente, que no sólo en el ejercicio de la función penal sino en cualquier otro orden de hechos, obedece exactamente a las mismas reglas y provee a las necesidades graves y complejas de su misma existencia, siguiendo las líneas fundamentales que todo individuo sigue en las necesidades simples y modestas de su propia vida.

Únicamente, y esto es muy natural, las medidas tomadas

por la sociedad exigen un mecanismo infinitamente más complicado; pero esto no destruye en nada la identidad fundamental de los principios y la de los fines próximos y remotos. Esta complicación es tal, que para dar de ella un solo ejemplo, la operación intelectual que en el individuo atacado constituye un razonamiento casi instantáneo, un juicio sacado de las sensaciones presentes o apenas pasadas, se convierte en la sociedad en el engranaje tortuoso del procedimiento penal, que, sin embargo, no contiene otra cosa en su estructura y en sus últimos resultados que el simple juicio por el cual un hombre preve de un modo cierto, con respecto a otro, un acto peligroso para el mismo, y reconoce, por lo tanto, la necesidad de evitar este acto, o de suprimir sus consecuencias, o al menos impedir su repetición.

Este es, pues, con exactitud, dejando a un lado el largo camino que podría sernos preciso para concebir la idea indicada, el sistema de las medidas defensivas en las cuales la doctrina positiva resume las diferentes formas de la reacción social contra las acciones antisociales.

I. *Medios preventivos.*—A la verdad, estos medios, considerados de una manera abstracta, podrían no ser estimados como una forma de sanción o de reacción, porque son anteriores a los hechos antisociales que tienen precisamente por objeto impedir. Pero bajo otro aspecto, si se tiene en cuenta que en un análisis más detenido, estos medios preventivos consisten en una serie de restricciones llevadas a la actividad individual o social, es fácil reconocerles el carácter propio de una verdadera sanción, aplicada, es cierto, bajo la forma más indirecta y menos grave. De igual modo que las reglas de higiene a las cuales corresponden, en el dominio de la sociología criminal, los medios preventivos, no parecen presentar, si se las compara con los medios empleados por la terapéutica o la cirugía, el carácter de verdaderos remedios; pero lo mismo en la higiene del individuo, que en la de la sociedad, estas reglas son, en suma, otras tantas restricciones, así también los medios empleados por la higiene y por la medicina preventiva, revisten el carácter de remedios que tienden a un solo fin: el conservar más seguramente la salud. Precisamente por ser estos remedios

preventivos, o sea porque imponen una restricción antes de que aparezca o se desarrolle el mal, han sido hasta ahora muy desdeñados, en la higiene del individuo y en la de la sociedad, ya sea porque aquel que debe tomar medidas preventivas cede a la tendencia, más constante toda vez que produce menos pena, de esperar el mal para ponerle un obstáculo, sea porque los mismos individuos, vista la débil dosis de previsión de que están dotados de ordinario, encuentran cualquier privación demasiado penosa, cuando el mal parece todavía lejano.

Estos medios preventivos o de higiene social, se dividen a su vez, como ha dicho Ellero, en dos grandes categorías (1); primeramente las medidas de *policía directa y cercana* al delito, que son las menos útiles y las menos eficaces, porque se proponen impedir el delito cuando las causas en él están ya desarrolladas (en cuya virtud tienen un carácter represivo o compresivo); y sin embargo, por la razón ya indicada, es a aquéllas a las que hasta ahora se ha recurrido exclusivamente en la ciencia y sobre todo en la legislación; en segundo lugar, las medidas de *policía indirecta y lejana*, que tienden a suprimir o hacer menos malignas las causas mismas del delito, y que con este título, en la medida de su eficacia, son verdadera y propiamente hablando, *equivalentes de la pena*, como yo las he llamado, considerando que, «una vez que se suprime el delito, es suprimida la pena» (2), cuyo punto he explicado más extensamente en el capítulo anterior.

II. *Medios reparatorios*.— Esta forma de reacción o de sanción social, como las otras que quedan por indicar, se diferencian de la primera categoría, más extendida que ella, la de los medios preventivos, en que se produce solamente cuando el hecho antijurídico, la *injuria (l'untrecht)*, como daño civil, contravención o crimen, ha sobrevenido ya. Por consiguiente esta forma de sanción, como las que han de seguir, tiene una potencia mucho más limitada, que se reduce cada vez más a medida que, de la primera subdivisión de los medios reparatorios,

(1) Ellero, *Della prevenzione dei crimini*, en los *Opúscoli criminali*, Bolonia, 1874.

(2) Turati, *Sulle critiche alla nuova scuola Antropológica-criminale*, en el *Arch. di psych. ecc.*, II, 3.

se aproxima uno a la última forma de sanción social que indicaré muy pronto. En efecto, los medios reparatorios se subdividen en tres distintas variedades: la supresión del estado antijurídico;—la anulación de los efectos del acto antijurídico;—y la reparación de los daños causados por el mismo: porque en cuanto un acto antijurídico ha sido descubierto, el primer remedio, el más natural y el más eficaz, es impedir su terminación o suprimir su persistencia. Si esto no es posible tampoco, no queda más que quitar todo valor jurídico a los efectos de tal acto, caso de que no se haya agotado todavía su eficacia; o finalmente, obligar al agente y a su patrimonio a reparar los daños causados, en el caso de que los efectos se hayan producido ya.

Estos medios reparatorios deberán, pues, emplearse como medidas principales o como sanciones accesorias, según los caracteres fisio-psicológicos y el valor económico del agente y del acto, en todas las acciones antijurídicas, aunque siendo no premeditadas o causadas por negligencia, no sean verdaderamente criminales.

Este acto social reacciona contra todo aquel otro que revise un carácter antisocial. Pero puede haber varios grados en esta antisocialidad. O bien se trata de actos simplemente antisociales porque son nocivos a los *intereses* de los ciudadanos considerados en particular, *uti singuli*, o colectivamente; y entonces las acciones extralegales, de las cuales ya he hablado, son suficientes. O bien estas acciones llegan a ser realmente antijurídicas porque violan los *derechos* de los ciudadanos; en cuyo caso intervienen las sanciones legales (1), que, sin embargo, se detienen en el primer grado de los medios reparatorios o de las sanciones civiles, si el acto antijurídico no toma un carácter verdaderamente criminal, que indique, ya por las in-

(1) A decir verdad, la distinción entre *interés* y *derecho*, es por sí misma muy relativa; no es, como diría De Falco (*Discurso del 3 Enero 1884*, pág. 23) "más que un vago límite bien fácil de franquear".

Se habla aquí de los casos bien característicos en que existe una distinción profunda entre el simple *interés* y el verdadero *derecho* propiamente dicho, estando este último apoyado en una sanción legal, y el otro no; pero esto no impide, naturalmente, que en los casos intermediarios la distinción sea muy relativa.

Véase también Porro, *Gli obblighi legali et le loro sanzioni*, en el *Monitore dei Tribunali*, 1893.

tenciones malévolas, ya por las condiciones psico-patológicas que han determinado el acto, que aquel que lo ejecuta es particular y grandemente peligroso. O bien, en fin, este acto reviste un carácter verdaderamente criminal; y entonces se presentan las sanciones ulteriores, más propiamente llamadas penales o represivas, y hasta las últimas sanciones que son eliminatorias.

Por lo tanto, todo acto antisocial provoca una forma de sanción proporcionada a su carácter y al del agente. Se ve por ello, que la escuela positiva no tiene razón alguna tampoco para separar lo que se llaman contravenciones de policía, de los verdaderos delitos propiamente dichos, ni aun los perjuicios civiles de los daños penales. Aquél es el solo medio racional de sustraer a las acciones estrictamente represivas ciertas acciones, que aunque antisociales y antijurídicas, sin embargo, no pueden decirse verdaderamente criminales, como los delitos no premeditados y ciertos otros, premeditados, pero de un carácter especial, como los adulterios, los duelos, etc.; delitos respecto de los cuales sostenemos precisamente que deben oponerse medios reparatorios, con exclusión de los medios penales, o al menos con preferencia sobre éstos. Así también, mientras que la escuela clásica borra toda responsabilidad *moral*, y consiguientemente *social* en las acciones en que no ha existido más que una falta ligera (aun cuando ciertos criminalistas hagan una excepción en el caso del homicidio, y aunque Carrara, manteniendo en este caso la irresponsabilidad, sostenga, sin embargo, la necesidad de la reparación civil), nosotros en cambio extendemos tan lejos como es posible la reparación social, que en casos semejantes, antijurídicos pero no criminales, se manifiesta bajo la forma de reparación del daño causado.

III. *Medios represivos*.—Estos medios son algunas de las penas temporales admitidas hoy por el Código penal y que merecen ser conservadas; por ejemplo, la prisión, las colonias agrícolas para adultos y para menores, el internado, la multa conmutada por días de trabajo, y la suspensión del ejercicio de un cargo o profesión liberal. Estos medios represivos siempre deberían ser temporales, pero, por regla general, por tiempo indeterminado (como veremos en el capítulo siguiente); debe-

rían emplearse contra los delitos poco graves y los delincuentes de poco cuidado respecto de los cuales basta con hacer improbable la reincidencia, puesto que sus actos y su carácter no constituyen un gran peligro para la sociedad.

IV. *Medios eliminatorios*.—Tienden a hacer la reincidencia completamente imposible y deberían emplearse en los casos de criminalidad atávica, contra las acciones más criminales y más peligrosas, ya sea por su gravedad (homicidios calificados, violaciones, incendios, etc.), ya por el carácter de los individuos que las cometen (criminales natos, locos o habituales). Estos medios, tales formas de sanción, deben tener por fin, purgar el cuerpo social de los elementos no asimilables que constituirían un peligro continuo, y diferirán según los diversos caracteres fisis-psicológicos de los delincuentes; entre ellos están, la pena de muerte, relegada a un segundo término, los manicomios para los locos criminales y las colonias agrícolas.

Tales son, pues, las diferentes formas de sanción. Ya he desarrollado desde el punto de vista de la práctica, la categoría de los medios preventivos en el precedente capítulo a propósito de los *equivalentes de la pena*; para las demás formas expondré su organización práctica en el capítulo que sigue. Sin embargo, las indicaciones sumarias que acabamos de hacer sirven para mostrar cómo comprendemos la ciencia que debe regular la función social *preventiva* o *preservativa* y no solamente *punitiva*, como se la llama comúnmente. Así se llega por una escala ascendente de reacciones, desde las primeras medidas, lejanas e indirectas, de higiene social, hasta la última y más grave, a la eliminación perpetua del individuo cuya crónica enfermedad intelectual o moral hace absoluta e irremediablemente impropio para la vida social. Así, volviendo a nuestra comparación con la medicina biológica, en la medicina sociológica también, las grandes clases de medidas higiénicas (medios preventivos), de disciplinas terapéuticas (medios reparatorios y represivos), y de operaciones quirúrgicas (medios eliminatorios), constituyen el arsenal que permite a la sociedad hacer frente a la necesidad permanente de su propia conservación.

VII

68. B.—Hemos resuelto así el primero de los dos problemas finales en que se desenvuelve y completa la idea elemental de la responsabilidad, a saber: cuáles son las diferentes formas de sanción social que debe producir al ciudadano la responsabilidad de los actos antijurídicos que ha cometido.

Resta, por lo tanto, el segundo de estos problemas, que hemos formulado así: ¿cuál será el criterio que indique, en cada caso especial, la forma de sanción social más apropiada y el grado de esta sanción?

Aquí se halla, como se ve, la parte técnico-jurídica de la sociología criminal, la que, ahora que hemos bosquejado una idea general de los criterios, debe permitir aplicarlos con variedad y precisión a las múltiples necesidades de la vida cotidiana. Aquí está la parte nueva, la que debe oponerse al castillo de los principios *a priori* por virtud de los cuales la ciencia clásica ha regulado hasta el presente el ejercicio práctico del derecho penal, con un lujo de reglas cada vez más sutiles y refinadas que en vano los legisladores se han esforzado en formular en sus Códigos, mientras que los magistrados se fatigaban en adaptarlas a las realidades palpitantes de la vida.

No obstante, no podremos, en los estrechos límites de este capítulo, exponer en detalle las nuevas teorías positivas, puesto que debemos volver a hablar de ellas en el capítulo siguiente bajo el aspecto de las reformas prácticas, y sobre todo, porque esta parte, más técnicamente jurídica, ha sido ya tratada maravillosamente por otros positivistas.

En efecto, a propósito de estas reglas sobre las cuales debe medirse la defensa social, la escuela positiva se afirmó, desde sus comienzos, en un trabajo de Garófalo, que quizá no comprende el problema actual en su integridad, pero contiene por lo menos la afirmación de una regla positiva, la de la *temibilidad* (carácter más o menos temible del delincuente) que Garófalo enunció cuando apenas se entreveían las primeras luces de la nueva escuela, que ha sido una intuición singularmente feliz, siempre confirmada por investigaciones nuevas hechas

con posterioridad, verdadera piedra angular del nuevo edificio científico.

Garófalo añade al criterio de la *temibilidad*, a continuación (segunda edición de la *Criminología*, 1891) (1), el de la *adaptación del delincuente* al medio social, estableciendo la ley de que «la modalidad de la pena debe ser determinada por la posibilidad de adaptación del culpable, esto es, por el examen de las condiciones de existencia en las que se puede presumir que cesará de ser temible» (pág. 330). El ha dado por añadidura todo un sistema de penalidad, que me parece, sin embargo, necesitado de completarse, sobre todo en sus criterios directivos.

Sentimos, en efecto, impaciencia en declarar que este criterio de la *temibilidad* y de la *adaptación* del delincuente aunque constituye una regla positiva e inquebrantable, no basta, sin embargo, por sí solo para resolver el problema de que nos ocupamos, porque prescinde de cuanto se refiere a los medios preventivos, y a causa de alguna otra laguna.

Hay dos cosas que determinar: 1.^a ¿Cuál es la forma de sanción social, cuáles son los medios defensivos que convienen mejor en cada caso?—2.^a Para cada autor de un acto antijurídico o criminal ya cometido, una vez determinado el medio defensivo que conviene, ¿en qué grado deberá aplicarse?

El criterio de la *temibilidad* y de la *adaptación* no responde más que a la segunda de estas preguntas, y sólo de un modo general. En cuanto a la primera, el sociólogo y el legislador obtendrán sus reglas para apropiar a las diferentes categorías de delincuentes los diversos medios de defensa social, de la conclusión capital de la antropología y de la sociología criminal, según la cual, el delincuente en lugar de ser un tipo único hasta cierto punto algebraico, en lugar de ser un hombre como los demás, según le suponían la ciencia y la legislación clásicas, presenta en sus caracteres orgánicos y psíquicos ciertas variedades antropológicas, con diferentes móviles de actividad

(1) Garófalo, *Di un criterio positivo della penaltà*, Nápoles, 1880. La idea estaba ya contenida en un artículo de los *Studi recenti sulla penaltà*, publicado en Octubre de 1878 en el *Giornale napolitano di filosofia e lettere*, inmediatamente después de la segunda edición del *Uomo delinquente*, de Lombroso y de mi *Teorica dell'imputabilità*.

antisocial. Emplearán, por ejemplo, los medios eliminatorios para los criminales natos más peligrosos y para los criminales locos que son un riesgo permanente en la sociedad de las gentes honradas; y los medios represivos temporales y los reparatorios, para los delincuentes ocasionales o pasionales.

Queda la segunda pregunta, relativa al grado de responsabilidad jurídica para cada delincuente y delito juzgado. Y sobre este punto creo que, tomando por guía el criterio de la temibilidad y el de la adaptación del delincuente, se debe aplicarle a los casos particulares, teniendo en cuenta esas reglas positivas y complementarias: la cualidad más o menos antisocial del *acto*, y la más o menos antisocial del *agente*.

Como dice Blanchemanche, «el acto delictuoso no debe ser estimado más que como uno de los medios por los que se determina la anomalía del delincuente; pero la extensión de la represión debe ser medida según ésta» (1).

La primera de estas reglas, que había sido también indicada por Garófalo, resulta a mi juicio de dos elementos: el del *derecho violado*, que la escuela clásica sostenía ya, pero con un absolutismo exclusivo, precisamente para la clasificación de los delitos, y que aceptamos, vivificándole y completándole, en

(1) Blanchemanche, *Des principes de la responsabilité penale*, en el *Palais*, Bruselas, 1889, pág. 216.

Carnevale (*L'arbitrio del giudice nell'applicazione della pena*, en la *Riv. penit.*, Agosto 1898, pág. 130), dice que considerar el delito como uno de los síntomas en virtud de los cuales se juzga al delincuente, pero no como el único objeto del juicio penal, es castigar a un hombre, no por lo que ha hecho, sino por lo que sería *capaz de hacer*; y se muestra por ello escandalizado, como si esto no ocurriera también ahora con la justicia penal.

Nosotros queremos solamente hacer más sistemático este criterio del poder ofensivo del delincuente, así como en la locura se asiste al enfermo no tan sólo en vista del delirio anterior o presente, sino teniendo en cuenta a la vez las posibles recaídas.

Por lo demás, toda la ingeniosidad crítica de Carnevale se reduce a decir que de este criterio antropológico (poder ofensivo del delincuente), hará bien el juez de no prescindir..., pero siempre con una reserva y una discreción... eclécticas.

Poco más o menos sostiene lo mismo Vaccaro, *Psicologia e proced. penale*, en la *Antologia giuridica*, Agosto 1896.

Es una tesis análoga a la de los autores que sostienen que se puede intentar hacer una antropología criminal... espiritualista, como sostienen el abate de Baets (*Actas del Congreso antropológico criminal*, Ginebra, 1897), y Andrade (*Antropología criminal espiritualista*, Madrid, 1899).

el conjunto de nuestros datos positivos; y después el elemento de los *motivos determinantes* de la acción, que son para mí uno de los elementos esenciales en la teoría positivista de la responsabilidad jurídica.

Ya he hablado ampliamente de una de estas dos normas fundamentales, de la clasificación de los delitos, en el capítulo primero, por lo que no tengo necesidad más que de adicionar algunas palabras con relación a la de los motivos determinantes de la acción, única idea positiva que yo he adelantado en la segunda parte de mi libro «sobre la teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío».

Si toda deliberación volitiva, toda acción humana, no es más que la resultante necesaria de los motivos que están en aquel momento presentes a la conciencia del individuo y que influyen sobre ella, es evidente que el carácter y el valor de toda acción humana serán dados con precisión por los motivos que la han determinado. Esto es lo que demuestra la experiencia diaria; porque nosotros emitimos juicios contradictorios sobre dos actos, idénticos en apariencia, si sabemos que están determinados por intenciones también opuestas.

Pero la innovación que he introducido con la teoría de los motivos determinantes, consiste, ante todo, en que he sustituido el criterio *cuantitativo*, al cual se atenia siempre la escuela clásica al estudiar las relaciones entre las pasiones y el delito (hablo de las pasiones más o menos vehementes), con el criterio *cualitativo* de la antisocialidad o antijuridicidad de los motivos determinantes de la acción, o de su socialidad y de su juridicidad (1).

La reacción social defensiva se despliega contra un acto cualquiera, en tanto que éste, como hemos visto al hablar del delito natural, es un ataque o una ofensa a las condiciones de la existencia social, es decir, un acto antisocial.

Pero la antisociabilidad de un acto no consiste en su mate-

(1) Así, por ejemplo, hoy mismo, Von Buri (*Questioni d'imputabilità*, en la *Rivista penale*, Abril 1898, pág. 338) repite contra esta teoría la objeción *cuantitativa* de que "el motivo del acto más leve puede ser demasiado grave, desde el momento que ha causado el hecho más grave", sin fijarse en mi distinción *cualitativa* de los motivos.

rialidad exterior, sino en el sentimiento que le inspira en el motivo que le ha determinado.

Es sólo, pues, en la *cualidad* social o antisocial de los motivos determinantes donde se puede hallar un criterio para apropiar a cada caso particular una forma especial de sanción, como se tiene en la *cualidad* de los motivos determinantes el criterio fundamental para distinguir la criminalidad atávica de la evolutiva.

No obstante, se han dirigido ciertas críticas al criterio de los motivos determinantes, y la respuesta que nosotros las daremos aquí servirá a hacerle todavía más claro y preciso.

Se ha dicho que la distinción entre motivos sociales y antisociales, legítimos e ilegítimos, morales e inmorales, jurídicos y antijurídicos, es extraordinariamente vaga y no se la puede tomar como regla en el juicio de los asuntos humanos.

Magri (1), al aceptar el criterio de los motivos y responder a esta crítica, dice que los antijurídicos son aquellos que «tenden a impedir o a negar la afirmación de las unidades sociales». Pero es más exacto y más completo decir que los motivos antisociales son aquellos que se ofrecen como contrarios a las condiciones de la existencia social en cada momento histórico y para cada grupo colectivo. Por esto puede suceder que un motivo antisocial en un pueblo civilizado no lo sea en una tribu salvaje. Por ejemplo, el hecho de matar a los padres a causa de su vejez, el de matar a un niño por haber nacido el tercero después del matrimonio, serían entre nosotros homicidios atroces; mientras constituyen un deber social en la isla de Sumatra y entre los australianos, en donde la escasez de subsistencias impone en razón de las diferentes condiciones de la existencia social, otras reglas de moralidad y de derecho (2).

(1) Magri, *Nuova teoria generale della criminalità*, Pisa, 1891, p. 288.

(2) Se comprende así por qué las diferentes expresiones de motivos sociales o antisociales, legítimos o ilegítimos, morales o inmorales, perversos o no, honrosos o deshonorosos, innobles o no, de motivos jurídicos o antijurídicos, si bien pueden representar diferentes puntos de vista más o menos generales, según los cuales estos mismos motivos son así calificados, se encuentran, sin embargo, comprendidas todas en la conformidad o en la oposición a las condiciones de la existencia social (para los individuos o para las sociedades enteras), tal como ésta es entendida por la conciencia común de cada tiempo y lugar.

Fioretti ha formulado una crítica más precisa sosteniendo «la imposibilidad de considerar los motivos conscientes de la acción como un criterio absoluto de imputabilidad» (1).

Pero las objeciones de Fioretti, exactas en sí mismas como psicológicas, carecen, sin embargo, de fuerza contra el criterio de los motivos determinantes, porque él piensa antes que en otra cosa en nuestras «acciones habituales y cotidianas», las que realizamos sin motivos conscientes, casi automáticamente. Para estas acciones indiferentes, puede pasar; pero la deliberación y la ejecución de un delito, por leve que sea, no puede ser considerada ni aun en el delincuente habitual, como una acción desprovista de motivo en el sentido de que se ejecute, sin que se piense en las razones que la determinan: en efecto, en la mayor parte de los casos, el que la comete pensará en ella, aunque sólo sea para tomar sus precauciones a fin de no ser descubierto. Un delito no puede ser cometido inconscientemente a no ser por un delincuente alienado, y entonces se da precisamente el único caso en que el criterio de los motivos no se aplica, según ya he dicho en la segunda edición y explicaré en seguida. De otra parte, si pueden existir también delitos, además de las acciones habituales de todos los días, cometidos sin motivos *conscientes*, esto no basta a destruir el valor del criterio psicológico de la sanción social, toda vez que aun entonces, cuando lo contrario no se ha establecido, se puede considerar el delito como determinado por los motivos que le acompañan de ordinario, ora sea según la experiencia común, ora en vista del carácter del agente, que es el otro criterio inseparable del de los motivos.

Pero las críticas más numerosas al criterio de los motivos determinantes son las que ha formulado Dorado Montero en su ensayo verdaderamente completo y muy benévolo sobre «la antropología criminal en Italia» (2). Estas críticas parten todas de una apreciación incompleta o equívoca del principio de los motivos determinantes.

Comencemos por decir que ante todo, Dorado Montero, como

(1) *Archivio di psych. e scienze penali*, 1886, VII, 234.

(2) Dorado Montero, *La antropología criminal en Italia*, Madrid, 1890, página 32 y siguiente.

antes que él Fioretti, entiende sólo por la palabra motivos, la *intención* o sea los elementos *intelectuales* de la deliberación: olvida que por motivos se entiende, en psicología, cuantas condiciones psíquicas actúan en un momento dado; por consiguiente se comprenden también, y sobre todo, los sentimientos, que según ya he dicho varias veces, sean conscientes o inconscientes, determinan de un modo fundamental las acciones humanas y pueden siempre ser conocidos según las circunstancias del acto y el carácter del agente, de los cuales son la manifestación, el efecto más íntimo y más profundo.

Existe todavía otro equivoco que consiste en olvidar que el criterio de los motivos determinantes no es una regla abstracta y aislada, sino que, por el contrario, se aplica siempre *en relación y conjuntamente con el carácter del delincuente*, esto es, al mismo tiempo que el criterio de la categoría antropológica a la que el delincuente pertenece según el acto realizado y sus hechos anteriores: pues éstos suministran todos los medios de diagnóstico fisio-psicológico que la ciencia emplea en las observaciones sobre los delincuentes enajenados, y que, como veremos en el siguiente capítulo, deberán ser empleados para todos los delitos y delincuentes, en el procedimiento penal dirigido en vista de los criterios positivos.

Ahora bien: a propósito de los delincuentes enajenados, puesto que el criterio de los motivos no debe servir como razón de la responsabilidad o de la irresponsabilidad del delincuente, sino sólo como criterio para la apropiación de la forma de reacción social a la acción antisocial, es evidente que si el autor de un homicidio, de un robo, de un incendio, etc., se encuentra afectado de una forma clínica y común de locura, el diagnóstico psicológico, desde el punto de vista de la defensa social, está hecho por completo, y no hay necesidad de ningún otro criterio. En ciertos casos, sin embargo, los motivos determinantes pueden también servir como síntomas que ayuden a diagnosticar la forma especial de enajenación mental, cuando, por ejemplo, dependen de una alucinación, de una idea fija, etc.; y en este sentido justamente es como yo me he ocupado del «momento deliberativo en los homicidas enajenados». Si, pues, un loco ha llegado a dar la muerte a una perso-

na porque ha creído en su delirio estar en el caso de legítima defensa (y esto acontece en la *paranoia* o delirio de la persecución), este hecho, considerado en la relación de la defensa social, no es de importancia apreciable en comparación con la locura comprobada que hace de él un individuo impropio para la vida social y peligroso en el más alto grado.

La dificultad, no obstante, podría presentarse en el caso, en absoluto excepcional, de un loco que hubiera obrado realmente en estado de legítima defensa contra una agresión injusta o en un estado de necesidad. Pero entonces, si el motivo determinante puede tener influencia a los ojos del juez penal, como la locura demostrada no impedirá la reclusión del alienado, toda la diferencia consistirá en que la reclusión sea en una casa de locos ordinarios o de locos criminales. Este caso tan excepcional no es suficiente, a pesar de todo, para desconocer la importancia positiva de la calidad de los motivos sociales y antisociales como criterio concurrente a la apropiación de la reacción social a la acción individual, criterio que en suma es la única razón verdadera y positiva de la impunidad en los tres casos de conflicto jurídico (orden dada, legítima defensa y estado de necesidad).

Como es sabido, los criminalistas clásicos, en estos casos de conflicto jurídico, después de haber imaginado para justificar la impunidad, diversas fórmulas para «el conflicto de los deberes», «la perturbación del espíritu», «la acción irresistible de los impulsos», se han detenido, como es su costumbre, en la de «falta de libertad», encontrándose entre ellos Carrara, quien, sin embargo, en una monografía especial, había indicado la verdadera razón en la «cesación para la sociedad del derecho de castigar». Pero esta «falta de libertad» es sólo un expediente insostenible, porque no hay imposibilidad alguna psicológica en que un hombre injustamente atacado o en un estado de necesidad prefiera renunciar a su propio derecho, mejor que violar, aun con justicia, el derecho de otro; y después, porque nadie podrá explicarse cómo la libertad moral es suprimida por el temor de una agresión injusta, y no, para dar otro ejemplo, por el furor de la venganza; y, en fin, porque la legítima defensa no es una excusa, sino que representa bien el ejercicio de

un derecho. Pues bien; la escuela positiva la considera desde este aspecto, precisamente según el criterio de los motivos jurídicos y sociales por los cuales el acto se determina (1). Lo mismo acontece a aquel que ejecuta una prescripción de la ley u obedece una orden legítima de su superior, y a aquel que suprime el derecho de otro en un caso de necesidad, o sea para su propia conservación o la del prójimo, que no podría asegurar de otra manera.

Por último, a este criterio de los motivos determinantes se ha opuesto una última objeción relativa a la posibilidad de probarlos. ¿Cómo se hará, dicen nuestros contradictores, para demostrar cuál ha sido realmente el motivo que ha determinado al agente?

Fácil es responder, no sólo que la dificultad de la prueba en ciertos casos no demuestra la falsedad del principio, porque siempre en el mundo jurídico y social, lo que no se prueba es como si no existiera (*in jure idem est non esse et non apparere*); sino sobre todo que la prueba de los motivos determinantes, obtenida de las circunstancias del acto y del carácter del agente, no presenta tampoco dificultades que no se encuentren hoy también, con las teorías clásicas de la responsabilidad moral, para demostrar la pretendida libertad de la voluntad o de la inteligencia, la presencia o la ausencia de premeditación. Pero además, con el determinismo psicológico, que demuestra la relación indisoluble entre las acciones humanas y sus motivos determinantes, en la psicología científica así como en la experiencia cotidiana, esta prueba será más lógica y más segura que con la hipótesis del libre albedrío y de la responsabilidad moral que de él se desprende.

Para mostrar con un ejemplo típico la aplicación de estos criterios aplicados concurrentemente (derecho violado, motivos determinantes, categoría antropológica del delincuente), podemos partir del siguiente hecho: un hombre muerto. Este hecho, por la gravedad del derecho suprimido o violado, determina una viva emoción en la sociedad y por consecuencia provoca por su parte una reacción correspondiente.

(1) Fioretti Zerboglio, *La legittima difesa*, 2.^a edición, Turín, 1894.

Primeramente ¿este hombre ha muerto de enfermedad, o ha sido matado?

En el primer caso el hecho no interesa al orden jurídico y la reacción social permanece en el terreno extralegal de los sentimientos, de la opinión pública, de las consecuencias económicas naturales. En el segundo caso, el hecho puede interesar al orden público y a la seguridad privada, y entonces la sociedad reacciona por investigaciones ulteriores.

¿Por qué y cómo este hombre ha sido muerto? ¿Es por una desgracia independiente de la intervención de otro hombre, como la caída de un rayo, el encuentro con una bestia feroz, etcétera, o ha sido matado por el hecho de otro hombre? En el primer caso, estamos todavía en el orden extrajurídico y esto no se relaciona con nuestras investigaciones jurídicas; en el segundo caso, al revés, el hecho nos interesa y nos determina a otras averiguaciones, en las cuales, al lado del acto, entra en escena el actor o agente.

Y en este caso, ¿el homicida estaba en condiciones psicológicas normales, o patológicas? ¿Estaba sano de espíritu o estaba loco?

Si estaba loco, esto no es suficiente, como ya expliqué anteriormente, para determinar una sanción defensiva bajo forma de medio eliminatorio.

Pero si no estaba afectado de una forma clínica y común de locura, ¿cuáles son los motivos que le han determinado a matar? Y principalmente, estos motivos ¿eran legítimos o ilegítimos, sociales o antisociales? En el primer caso, el hecho pierde también el carácter antijurídico y entra en el número de las *miserias*, de las desgracias, no de los delitos; el matador ejecutaba la ley o actuaba por legítima defensa. Existe el hecho material, no el hecho antijurídico; hay supresión, no violación de un derecho.

Pero si los motivos eran antisociales, si el acto reviste, por lo tanto, un carácter antijurídico o criminal, entonces es preciso establecer en qué medida han sido antisociales, y ante todo estudiar de un modo inmediato al matador y determinar la categoría antropológica a que pertenece. Los motivos eran eminentemente antisociales (venganza, avaricia, etc.); el homi-

cida es un delincuente nato, incorregible; inútil es en este caso perderse en argucias acerca de su culpabilidad o imputabilidad moral: lo que es preciso aquí es el medio eliminatorio. Los motivos eran menos antisociales (imprudencia, honor ofendido, amor contrariado, etc.); el matador es únicamente un peligroso irreflexivo, un delincuente ocasional o arrebatado por la pasión; entonces, con la ayuda de cuantas particularidades contenga el proceso y que sean propias para determinar mejor la fisonomía del acto y del agente, bastará quizá emplear los medios reparatorios (en el caso de simple imprudencia o en el de un violento transporte de pasión en un hombre honrado, verdadero tipo del delincuente pasional), o, al mismo tiempo que los medios reparatorios, los represivos (homicidio por ocasión).

69.—En este orden, pues, se aplican los criterios de responsabilidad jurídica, según la escuela positiva, en el caso de un homicidio (e igual razonamiento es aplicable a cualquiera otra transgresión) cometido y consumado por un solo agente. Pero en tal supuesto hay otros dos órdenes de ejemplo: los casos de delito no consumado (ya sea tentativa o frustración) realizado por un solo agente, y los casos de delito (consumado, intentado o frustrado) ejecutado por varias personas.

Entonces se agregan a los precedentes nuevos criterios, así como nuevas inducciones para las teorías relativas a la tentativa y a la complicidad, en las cuales la escuela clásica ha ofrecido otras pruebas de su incertidumbre y doctrinarismo.

Ocupémonos de la teoría de la tentativa. Desde que Romagnosi ha distinguido entre los actos criminales la clase del «delito abortado», los clásicos se han esforzado en edificar teorías sobre la distinción entre el delito intentado y el delito frustrado... para concluir, después de bien madurarlo, que vale más que los legisladores no tengan de ello cuenta alguna. Así Carrara, que había dicho sin embargo (*Programma*, cap. XXI), que «sí el legislador al formular sus prohibiciones, pisotea los principios científicos, comete un abuso de poder, y su ley es injusta», llegó a elogiar al legislador alemán porque en el artículo 43 del Código penal había «abandonado por completo la

especie jurídica del delito frustrado», es decir, porque había «abandonado totalmente» un principio científico en el que se reconoce una verdad abstracta, pero que «produce en la práctica dificultades e injusticias insuperables». ¿Escucháis confesar a esta escuela clásica que se ha extraviado entre las nubes del bizantinismo más peligroso? Otro autor, un clásico puro, Buccellati (1), ha llegado aún más lejos: creyó necesario, no sólo en la práctica, sino en la ciencia, demoler por completo la teoría de la tentativa, ¡el que acusaba a la escuela positiva de «nihilismo científico»!

En cuanto a la escuela positiva, sostiene, ya se sabe, que es preciso tratar de igual modo el delito frustrado y el consumado. En el delito frustrado el culpable ha hecho cuanto era necesario y cuanto dependía de él para que el delito fuese consumado. Pues bien: si la razón de la defensa social tiene su raíz en el acto exterior del hombre, porque no es este acto sólo el que viola el orden jurídico, lo mismo que es el delirio únicamente el que manifiesta la locura aun en el loco hereditario, la defensa social tiene, sin embargo, su razón en la temibilidad del delincuente, y por lo tanto, es evidente que, en el delito que un simple accidente ha frustrado, esta temibilidad está demostrada por el hecho, así como la que se revela por el delito enteramente consumado.

El hecho es, de igual manera, que a menudo también la falta de consumación del delito, dependiendo de la acción menos enérgica o menos perversa del malhechor, puede ser la indicación de una menor temibilidad y de un poder ofensivo menos importante. De otra parte, si en la vida cotidiana y en el sentimiento común, la impresión es siempre mucho más débil cuando el daño material no se ha consumado, así también la escuela positiva, después de haber establecido esta primera regla general de asimilación entre el delito frustrado y el consumado, decide con Fioretti, que «para que la tentativa sea considerada como delito, es indispensable que haya excitado contra el delincuente una reacción individual que deba necesariamente prevenir la reacción social».

(1) Buccellati, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milán, 1884, párrafos 366 y 383.

Pero además es preciso no olvidar nunca que la tentativa no debe ser tampoco juzgada en sí misma ni en sus relaciones abstractas con el orden jurídico, como lo hace la escuela clásica, puesto que debe ser siempre considerada como un criterio que se une al de los motivos determinantes y al de la categoría antropológica del delincuente. Porque es evidente que una tentativa hecha con ayuda de medios insuficientes, aun cuando sea una tentativa de homicidio, tiene distinta gravedad social y jurídica, según que es la obra de un criminal loco o de nacimiento, e inspirada por motivos antisociales, o la de un homicida ocasional o pasional inspirado por un motivo menos ilegítimo.

En cuanto a la teoría de la complicidad, ha dado lugar también, como de ordinario, en la escuela clásica, al bizantinismo de las distinciones abstractas entre los partícipes más o menos directos de un delito, y como de ordinario a consecuencias absurdas; así acontece en el caso del mandante que queda impune si el mandatario no acepta o no ejecuta el mandato criminal, o en la disminución de pena para el mandante, si el mandatario al ejecutar el acto, obedece también a motivos personales (artículo 63 del Código penal italiano). Me basta decir que en este caso (como en el de la concurrencia de hechos criminosos), el principio general, según la escuela positiva, debe ser el siguiente: puesto que los delincuentes menos temibles (ocasionales y pasionales) tienen por carácter psicológico constante (salvo en los casos de una muchedumbre que comete un delito en un transporte de pasión) el obrar aisladamente y sin cómplices, en tanto que se observa lo contrario en los delincuentes más peligrosos (natos y habituales), la complicidad debe constituir por sí sola una circunstancia agravante, para hablar como las teorías clásicas; o se debe en todo caso considerarla no sólo como hasta el presente se ha hecho, desde el punto de vista de la parte más o menos eficaz que cada uno de los asociados ha tomado en el acto criminal, sino sobre todo viendo en ella un carácter distintivo de los delincuentes que pertenecen a las categorías más temibles.

Pero como este principio, por mí enunciado, ha sido expuesto con método científico riguroso por Sighele, me limito a esta

indicación, no estando destinado este libro a dar acerca de aquél un desenvolvimiento completo (1).

Los diferentes grados en la ejecución del crimen, la participación desigual de los cómplices, etc., no conservan una vez abolida la dosimetría penal, más que el valor de síntomas para decretar *la segregación durante un tiempo indeterminado* (con revisión periódica de las sentencias) de los delincuentes más peligrosos, o el de criterios concurrentes para fijar, en los casos menos graves, *la indemnización de los daños causados*.

70.—Me parece suficiente haber demostrado de qué modo la escuela positiva, descartando el criterio impugnado y mal definido de la responsabilidad *moral*, como razón del derecho punitivo o más bien defensivo, no sólo le sustituye con un criterio positivo, superior a los hábitos mentales subjetivos y a las preocupaciones filosóficas, es decir, el criterio de la responsabilidad *social*; sino que todavía encuentra en este mismo criterio una base inquebrantable—teniendo en cuenta que es objetiva, que responde a las necesidades de la vida y que está sacada de los hechos—para asentar allí el organismo científico de los principios de sociología criminal. En estos principios la sociedad, defendiéndose contra el individuo criminal, encontrará de un lado los medios necesarios para su propia conservación y de otro los límites que esta necesidad misma le impone, de suerte que sus derechos y los de la persona humana estarán garantidos a la vez.

Únicamente así la ciencia criminal renovada, evita ciertos bizantinismos, que al obscurecer cada vez más las nociones de responsabilidad, condena a los legisladores y a los jueces a dificultades sin salida aunque no sin riesgo, y asegura al individuo y a la sociedad la práctica de la verdadera justicia (2).

La última de las objeciones que se hacen de ordinario a las nuevas ideas, y por la que terminaré este capítulo, es que

(1) Véase Sighele, *La teorica positiva della complicitá*, segunda edición, Turín, 1894; *La folla delinquente*, segunda edición, Turín, 1895; Garófalo, *Criminologia*; segunda edición, Turín, 1891, págs. 361 y siguientes; Allongi, *La camorra*, Turín, 1890; *La maffia*, Turín, 1887.

(2) Esto mismo ha repetido muy recientemente el ecléctico Saleilles, *L'individualisation de la peine*, París, 1898, pág. 7.

nosotros llegamos, se dice, con este «mecanismo darwiniano», a desterrar del ministerio defensivo de la sociedad toda idea de justicia.

A esta acusación ha respondido Garófalo (1) que, en el derecho penal, la palabra «justicia» es una «impropiedad del lenguaje»; mas esta contestación no me parece suficiente.

Si por *justicia* entendemos, como Carrara y los criminalistas clásicos más o menos determinados, una misión delegada al hombre por la divinidad, o por lo menos la misión ético-religiosa de pesar el bien y el mal y de asignarles una retribución proporcionada, en este caso, el hablar de justicia a propósito de la función de defensa social, no es solamente cometer una impropiedad del lenguaje, es introducir en ella una concepción heterogénea. Pero si la *justicia* es para nosotros, como para los romanos, *unicuique suum tribuere*, es decir si consiste en buscar y aplicar una relación de conveniencia y utilidad social, variable según los tiempos y los lugares, entre el acto peligroso que ha sido ejecutado y el medio más apropiado para impedir que sea repetido por su autor o por otros individuos, entonces, la justicia es y será siempre un carácter esencial de esta función defensiva, aun cuando quedara desprovista de todo carácter ético-religioso.

Al que diga que la negación del libre albedrío hace inútil e imposible la ley moral, se le puede responder que la muerte causada por la enfermedad no hace inútiles e imposibles las leyes de la terapéutica; y las reglas morales subsisten para aquellos que, por su temperamento físico o psíquico, pueden y aun deben adaptarse a ellas como a la ley de la vida (2). De igual modo al que diga que, una vez excluido el criterio de la libertad moral, es una distracción banal hablar de justicia, se le podrá contestar que la justicia, en nuestro sentido de *justicia social* es una relación de un hombre a otro y de un individuo a la sociedad, no eterna y absoluta, sino relativa y variable y, al mismo tiempo, positiva y humana. Para nosotros, en efecto, se-

(1) Garófalo, *Di un criterio positivo di penaltá*, Nápoles, 1880, página 52.

(2) Schiattarella, *I presupposti del diritto scientifico*, Prélection, Palermo, 1883, pág. 82.

ría una cosa injusta, o sea peligrosa e innecesaria desde el punto de vista social, castigar, por ejemplo, al que en un caso de legítima defensa hubiera matado a su agresor, o encarcelar a un delincuente ocasional en una casa de locos criminales, o defendernos contra un loco homicida con una pena pecuniaria (1).

Por esta razón podemos decir que en el sistema de la sociología criminal, los magistrados *judgan* verdaderamente al autor de un delito; no en el sentido de que pretendan, traspasando los límites de la justicia *humana*, medir con precisión los grados intangibles de una responsabilidad moral, para asignar a tal suma de culpabilidad tal suma de castigo, sino en el sentido positivo de que investigan ante todo aquello que demuestra que verdaderamente ha cometido este acto, para establecer después qué medio de defensa social conviene aplicar y en qué grado, a *este hombre* que ha realizado *aquella acción* en tales condiciones dadas del *medio social*.

Se ve, pues, claramente, cuánto se engañan aquellos que nos acusan de hacer del Estado un ídolo y de anular en su provecho todos los derechos de los individuos. No; pero frente del predominio exagerado de los derechos sociales en la Edad Media, y de la preponderancia exagerada de los derechos del individuo, que le siguió en el siglo XIX por una reacción generosa, tratamos de establecer en el dominio criminal el equilibrio entre los derechos del individuo que comete un delito y los de la sociedad de los hombres honrados.

Nada menos justificado, a no ser como una primera impresión muy incompleta, que acusar a la escuela positiva de desconocer los derechos de la persona humana, «de hacer del delincuente un instrumento en manos de la sociedad», y afirmar que «el individuo está hecho para el Estado, no el Estado para el individuo» (2). Ante todo nosotros damos a la responsabilidad del individuo un fundamento único y totalmente positivo:

(1) Sobre la concepción de justicia social, según la escuela positiva, véase Carelli, *Crimen morbus*, en el *Archiv. di psych.*, 1887.

(2) Poletti, *La persona giuridica nella scienza del diritto penale*, Udina, 1886, cap. X; Dorado Montero, *La antropología criminal en Italia*, Madrid, 1890, pág. 43.

la solidaridad—para las ventajas como para las desventajas, para los derechos como para los deberes—entre todos los asociados y el organismo social que componen. Además imponemos al ser colectivo obligaciones considerables y permanentes, en provecho de los individuos, al dar la preeminencia a la prevención, es decir, al mejoramiento del derecho social, sobre la represión violenta y demasiado cómoda, que nosotros medimos además siempre por las reglas de la justicia social. He aquí, pues, y ya lo he repetido en otra parte, nuestra verdadera conclusión: mientras que la Edad Media veía únicamente el *delincuente* y la escuela clásica considera sólo al *hombre*, para conformarse a la verdad experimental se deberá considerar al *hombre delincuente*, equilibrando así los derechos innegables del hombre, que aun en el delincuente subsisten, y los derechos no menos innegables de la sociedad honrada que sufre la amenaza del delincuente» (1).

Como decía el profesor general Le Gall, en un discurso inaugural en Lyon: «Es posible tener de la justicia represiva una idea más elevada; pero es preciso convenir también en que no existe ninguna que sea más sólida en sus principios y más fecunda en sus resultados» (2).

Concluamos: la justicia penal, como ministerio defensivo ejercido por la sociedad, y la ciencia que regula este ministerio, siempre tienen plena razón de existir, hasta cuando es negado el libre albedrío, y aun cuando aquéllas deban cambiar radicalmente de fin y de medios: es lo que de otra parte se reconoce implícitamente en la vida de cada día cuando se hace uso de verdaderas penas, ya contra los animales, ya contra los niños, para cambiar y regular su conducta futura, a pesar de que todo el mundo reconozca que están privados de libertad moral.

De esta aplicación continua y universal de los castigos, o sea de las reacciones dolorosas contra los actos nocivos y cri-

(1) Ferri, *Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara*, lección preliminar dada en la Universidad de Pisa, en el *Arch. giuridico*, 1890, XXIV, fasc. VI (en parte reproducida en la *Nuova Antologia*, 16 de Septiembre 1899).

(2) Le Gall, *Le droit de punir d'après la science positive*, Lyon, 1885, página 19.

minales, nace precisamente en el hombre, y hasta en cierto grado en el animal, la idea de responsabilidad. Esta idea, como hace notar Stuart Mill (1) y otros psicólogos con él (2), no es otra cosa que la espera de la pena consecutiva al hecho nocivo, expectativa producida en nosotros por la experiencia adquirida ya de un vínculo de sucesión entre un hecho y otro, entre la acción y la reacción correspondiente. Y esta idea, decía Spencer, se transmite después por la herencia y puede parecer anterior a toda experiencia igualmente personal que social.

(1) Stuart Mill, *La philosophie de Hamilton*, París, 1869, cap. XXVI, párrafos 599 y 568.

(2) Bain, *Les émotions et la volonté*, París, 1885, cap. XV; Guyau, *La morale anglaise contemporaine*, París, F. Alcán, pág. 335; Spencer, *Le basi della morale*, Milán, 1881, págs. 138 y siguientes; Minzloff, *Etudes sur la criminalité*, en la *Phil. posit.*, Septiembre y Diciembre 1880.



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 imbuidos 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 Franckh 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. Alcan, 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 Stoccolma*, 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 *Arch. 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 iudicata 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*, Berlin, 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*, Turin, 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 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, Legraverend, 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 inícuo 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 la 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 inculgado. Durante la ejecución de su pena llega a ser otro autómata 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 período 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 darle 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, consideraran 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 Anfoso 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'anthrop. 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 poveri*, 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 periodo 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 o 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 jurisconsultos 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 frente 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

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

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

IV

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Véase observaciones análogas en Dorado, *Impresiones y reflexiones*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y otro tanto puede decirse aproximadamente de los demás países.

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

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

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

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

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

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

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

- | | | | | | |
|--|--|---|---|---|---|
| I. <i>Asesinos</i> (insensibilidad moral y crueldad instintiva) culpables de.. | <table border="0"> <tr> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">{</td> <td style="padding: 0 10px;"> Homicidio cometido por lucro o por otro placer egoísta.
 Homicidio sin provocación de la víctima.
 Homicidio ejecutado con ferocidad. </td> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">}</td> </tr> </table> | { | Homicidio cometido por lucro o por otro placer egoísta.
Homicidio sin provocación de la víctima.
Homicidio ejecutado con ferocidad. | } | Casas de locos criminales o pena de muerte. |
| { | Homicidio cometido por lucro o por otro placer egoísta.
Homicidio sin provocación de la víctima.
Homicidio ejecutado con ferocidad. | } | | | |

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

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

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

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

III. Delinquentes desprovistos del sentido de la probidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI

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

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

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

VI. 91. Criminales locos y manicomios criminales.—92. Crimi- nales natos, pena de muerte, deportación, segregación in- determinada.—93. El sistema celular es una de las aberraciones del siglo xx.—94. El trabajo al aire libre en las colonias agrícolas.—95. Delincuentes habituales.—96. Delincuentes de ocasión y abuso de las detenciones por corto plazo.—97. Delincuentes por pasión; su impunidad relativa	289
---	-----

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

VI

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

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

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

como Georget (1) y Brière de Boismont (2), toda una literatura ha venido a formarse en favor de los manicomios criminales; mientras que muy pocas voces hacen escuchar objeciones y reservas que han acabado por cesar casi completamente entre los alienistas. Estos manicomios criminales, que comenzaron por existir en Inglaterra en 1786, y de una manera más eficaz en 1816, con el asilo de Bedlam, a continuación de tres tentativas de asesinato político cometidas sucesivamente por locos en muy cortos intervalos, funcionan hoy y proporcionan grandes servicios en Dundrum, Irlanda (desde 1850), en Perth, Escocia (desde 1850), en Broadmoor, Inglaterra (desde 1863); y se encuentran también en los Estados Unidos de América, en Pensylvania, en Nueva York (desde 1874) y en el Canadá (desde 1877).

En el continente europeo no existe todavía ningún manicomio criminal propiamente dicho; pero Francia, después de haber tratado de recoger en Bicêtre a los locos condenados, ha establecido para ellos, en 1876, una sección especial en la penitenciaría de Gaillon; Holanda igualmente ha dedicado el asilo de Bosmalen a los presos que se han vuelto locos; Alemania ha instituido también secciones especiales en los establecimientos de Bruchsaal, Waldheim, Halle y Hamburgo; Italia, por su parte, ha creado en Octubre de 1876 una sección particular para los locos condenados, en la casa penal de Aversa, y un manicomio criminal más completo en la Ambrogiana (en Montelupo, Toscana), después en Reggio-Emilia, pero solamente para los detenidos que han caído en demencia, con una sección judicial para la observación de los procesados sospechosos de locura.

Pero en la actualidad, en Francia y en Italia, los legisladores han propuesto establecer verdaderos manicomios criminales, en Francia por el proyecto de ley de Noviembre de 1882, y

(1) Georget, *Nouvelle discussion médico-legale sur la folie*, 1828, página 73, citado por Legrand du Saulle. *La folie devant les tribunaux*, París, 1864, pág. 65.

(2) Brière de Boismont, *De la nécessité de créer un établissement spécial pour les aliénés vagabonds et criminels*, en los *Ann. d'Hyg. publ.*, 1846, tomo XXXV, pág. 396; ídem, *Les fous criminels l'Angleterre*, íbidem, Abril 1869, pág. 382.

en Italia por el de Marzo de 1881, presentado de nuevo con algunas modificaciones en Abril de 1884.

En la *información sobre la legislación relativa a los alienados delincuentes*, acometida por la Sociedad general de las prisiones (1), hemos podido comprobar que en Italia (hasta 1890), Francia, Alemania, Austria Hungría, Croacia, Bélgica, Portugal y Suecia, los delincuentes puestos en libertad a consecuencia de absoluciones o de sobreseimientos por causas de alienación mental, son sustraídos a la autoridad judicial, para quedar bajo el cuidado más o menos regular y diligente de la autoridad administrativa. Pero en Inglaterra, Holanda, Dinamarca, España, Rusia e Italia (desde 1890), la autoridad judicial tiene el derecho y a menudo el deber, más o menos extendido, de ordenar la reclusión de los individuos de este género en los manicomios criminales u ordinarios.

Y ahora, como naturalmente no puedo extenderme aquí en la organización práctica de los manicomios criminales, sólo me resta responder al pequeño número de objeciones esenciales que les han sido dirigidas, y determinar después qué individuos deben ser los que se envíen a ellos.

Entre estas objeciones yo prescindiré de aquellas que se refieren a la enormidad de los gastos, porque no creo que una economía mal entendida de algunos cientos de miles de francos deba hacernos desdeñar el daño material y moral, mucho más grave, que proviene de una seguridad menor contra los enajenados peligrosos. Tampoco puedo detenerme en las sangrientas escenas a las que dan fácilmente ocasión, se nos dice, las aglomeraciones de detenidos de esta clase, y con lo que también se nos objeta. Vale más, en suma, si semejantes escenas se producen, que sean entre alienados, y no fuera, para desgracia de los ciudadanos útiles y honrados; además, si el establecimiento está bien organizado, si se distinguen en él las diferentes clases de locos según el carácter, los precedentes, la

(1) En los *Bulletins de la Société générale des prisons*, de Diciembre 1878 a Marzo 1879, y *Revue pénit.*, Mayo-Junio 1897. Véase también Herbelot, *Sur la législation des aliénés dangereux*, en los *Ann. d'Hyg. publ.*, Marzo 1883; Roussel, *Rapport au Sénat pour la revision de la loi sur les aliénés*, Paris, 1884, dos volúmenes.

enfermedad, etc. (porque a mi parecer la repartición de los individuos en categorías es esencial en todo establecimiento de este género (1); ella es el principio y el alma del mismo), tal organización hará ciertamente que aquellas escenas sean mucho menos frecuentes que las que hoy se producen, en el interior de las casas ordinarias de locos o fuera de ellas, aunque éstas atraen menos la atención, porque están más diseminadas o se las atribuye superficialmente a la violencia de los culpables no alienados.

Pero se hace a los manicomios criminales dos objeciones más serias, que son repetidas, con una obstinación digna de mejor causa, por algunos de nuestros adversarios.

Se ha recurrido al arma poco segura del dilema y se dice: el que ha cometido tal violencia es un loco o un culpable. Si es un loco, dicen Fabret, Mendel y otros, entonces poco importa que haya dado que hacer a la justicia; no existe delito de su parte, porque no era *compos sui*; que se le ingrese, pues, en una casa de locos ordinarios; y si es un loco peligroso, que se le someta a una disciplina especial, como se hace con otros locos peligrosos pero no culpables. O bien el autor de esta violencia es verdaderamente un culpable, y entonces debe ser reducido a prisión simplemente.

Nuestra respuesta es la siguiente: comencemos por manifestar que el dilema es defectuoso porque no comprende los casos intermediarios en los cuales precisamente la lógica abstracta reconoce con evidencia, como decía Carrara (2), «la necesidad de una coerción intermediaria» entre el verdadero manicomio y la verdadera prisión. Pero, sobre todo, la primera parte de la alternativa, aquella en que se trata de un verdadero alienado, no basta para excluir el manicomio criminal: me parece, en efecto, bastante simple decir, que si es un loco ordinario (no culpable), debe ir al manicomio ordinario; por-

(1) Es una regla que se observa en el Manicomio criminal de Ambrogiana, dirigido con tanta inteligencia científica y práctica por el doctor Codeluppi, y donde reina siempre un orden extraordinario. Un gran número de pensionistas trabajan allí, por escuadras, al aire libre (pero en un recinto de las murallas), y cada escuadra está vigilada por *un guardián sin armas*.

(2) Carrara, *I periti alienisti nel foro*, en los *Opúscoli*, vol. VII, página 141.

que si es un loco delincuente, conviene tomar medidas especiales, en lugar de fiarse del sistema actual que deja a las autoridades administrativas, a las que no se puede reprochar ni demasiados cuidados ni exceso de ilustración, ocuparse de los alienados enviados durante la instrucción o después del juicio, y que nos enseña bastante bien, con ejemplos tan dolorosos como frecuentes, cuántos delitos nuevos se cometen por individuos que han sido puestos en libertad por primera vez, sea inmediatamente después del proceso, sea después de una corta reclusión en un asilo, a merced de su enfermedad (1).

A lo más se podría decir que no es necesario tener establecimientos especiales, pues es suficiente establecer secciones especiales en los asilós ordinarios de enajenados, y que así se evita hasta lo que hay de más sensible para las familias de los locos no delinquentes al ver a aquéllos confundidos con los locos delinquentes, que todavía llevan una nota de infamia para el sentimiento público. Solamente existen contra estas secciones especiales razones prácticas de orden y de disciplina; porque presentan aquéllas inconvenientes que la experiencia ha demostrado.

No tienen contra sí de modo único razones prácticas, sino igualmente una razón de principio. Porque mientras, según Fabret, «el supuesto delincuente debe, desde que se le ha declarado loco, cesar de ser considerado como delincuente y entrar *pura y simplemente* en el derecho común», nosotros oponemos dos consideraciones.

Primero, no puede entrar allí *pura y simplemente*, en razón de que aun siendo loco, se distingue de los otros; lo cual es tan cierto que él ha matado, violado, incendiado, robado, en tanto que los otros han sido y permanecen inofensivos. Y la psicología criminal demuestra que la *idea de las penas es entre los locos criminales* (Saccozzi, *Rivista carc.*, Abril 1898), análoga a la que tienen de la misma los delinquentes y no los locos ordinarios.

(1) En el *Omicidio*, Turín, 1895, pág. 712, he recogido muchos casos de locos homicidas que, apenas salidos de la casa ordinaria de locos, habían cometido homicidios nuevos. Véase también Monod, *Aliénés recueillis après condamnation dans les asiles publics*, de 1886 a 1890, en los *Annales méd. psychol.*, Marzo 1895.

Pero además el razonamiento que combatimos se refiere por completo a un orden de ideas que la ciencia está en vías de eliminar, a saber: que la locura es una infelicidad y que el delito es un ejercicio maligno del libre albedrío. No, no es esto; así como se admite desde hace un siglo, contrariando la opinión de la Edad Media, que la locura no depende de «nuestra libre voluntad», precisa reconocer hoy que el delito tampoco depende de ella. El delito y la locura son desgracias el uno como la otra: cuidemos ambos sin resentimiento, pero defendámonos contra los dos.

Por esto la objeción de que el «supuesto delincuente», cuando está loco, pertenece al derecho común, no resiste a los principios de la escuela positiva: corresponde, como el verdadero delincuente, al derecho defensivo.

Esta misma razón es la que destruye, según nosotros, la segunda y última objeción, aquella según la cual un loco no puede ser, por el solo hecho de haber cometido un homicidio, sometido a perpetuidad «a la libre voluntad de Su Majestad», como dicen los ingleses, tan celosos, sin embargo del *habeas corpus*, cuando se trata de los ciudadanos sanos de espíritu. Tan pronto como está curado, aun cuando no hubiere pasado el tiempo que debiera permanecer en prisión en caso de condena, tiene el derecho de salir de allí.

Nosotros respondemos negativamente, y la psiquiatría nos da derecho para ello, atestando la proporción considerable de las recaídas en todas las formas de locura, pero, sobre todo, en ciertas formas particularmente peligrosas; la experiencia nos da también este derecho, demostrando las nuevas violencias con bastante frecuencia cometidas por los locos, los cuales, sin embargo, no podrían (aunque no fuera más que por razones financieras) ser retenidos con justicia en una casa ordinaria de locos, desde el momento que parecieran completamente curados. ¡Cuántas desgracias no perdonan aunque conceden solamente algunas treguas! Puesto que no podemos libertar completamente al individuo, hagámoslo por lo menos de suerte que no haga sufrir ni a su familia ni a la sociedad.

Nosotros contestamos jurídicamente con el principio de la defensa social, proporcionada a los peligros que se pueden te-

mer del delincuente, sea alienado o no. Mientras el peligro persista, la defensa debe persistir; dicho sea para los casos graves, para los homicidas, incendiarios, etc. En cuanto a los medio locos, a los pequeños delincuentes, a los que han cometido robos sin importancia, proferido algunas injurias, etc., se puede verdaderamente dejarlos en libertad, después de haberlos dado el tratamiento que les conviniera y comprobado los signos manifiestos de una gran mejoría excepto en aquellos casos que en su enfermedad mental puede transformarlos en delincuentes peligrosos (epilepsia, delirio de persecución, etcétera) (1).

Ciertamente es una declaración conforme a los principios de la escuela clásica la que hace Mancini en estos términos: «Yo no podría comprender que esta misma Cour, a quien la ley obliga a pronunciar la absolucíon, cuando el Jurado ha declarado que en la época en que el delito fué cometido el acusado no estaba en posesión de su razón, y por lo tanto, era *irresponsable*, pueda al propio tiempo ordenar su reclusión forzosa, por un tiempo cualquiera, en un asilo de locos... ¿Es porque ha cometido un crimen? Pues esto no es cierto; *no ha cometido crimen alguno* (pero mientras tanto, diré yo aquí, la víctima muerta se queda y otros pueden morir también) el que no sabía lo que hacía, el que no tenía conciencia de sus actos, quien por esta razón ha sido declarado inocente ante la ley e irresponsable; no existe, pues, motivo jurídico para que sea privado del ejercicio y del goce de aquella libertad, que no es negada a los otros desgraciados afligidos por la misma enfermedad» (2).

(1) Lunier, hablando *Des épileptiques et des moyens de traitement et d'assistance qui leur sont applicables* (en los *Ann. méd. psych.*, 1881, I, página 217), dice que en Francia, de 32.000 epilépticos reconocidos, sólo hay 5.200 aproximadamente epilépticos simples y enajenados, que son hospitalizados en los asilos públicos o particulares: 28.000 quedan entre sus familias.

Se ve por esto sin trabajo cuál probable es que estos 28.000 epilépticos cometan delitos, y es, al mismo tiempo, fácil convencerse por ello de que entre los delincuentes sometidos a juicio no es difícil comprobar la existencia de la epilepsia.

Respecto de Rusia, véase Marro, *I caratteri dei delinquenti*, Turín, 1887, pág. 51, y Ball, *Les persécutés en liberté*, en la *Revue scientifique*, 21 Diciembre 1889.

(2) Mancini, *Discorso in risposta all'onorevole Righi*, Roma, 1877, página 14.

Y de igual manera, el Abogado general Hémar, en la discusión ante

Sí, esta declaración es conforme a los principios jurídicos abstractos de la escuela clásica, pero no, a nuestro juicio, a las exigencias de la preservación social, ni, por lo tanto, a las de la sociología criminal. Y nosotros vemos precisamente aquí uno de los numerosos peligros que se corren, como yo decía en el capítulo precedente, injertando inoportunamente la psiquiatría sobre el viejo tronco del Código penal. He aquí, en efecto, lo que sucede: en los Assises se invocan los progresos de la psiquiatría para demostrar que el homicida es loco. Está bien; pero si el psiquiatra o el positivista declaran que la locura reconocida, lejos de suprimir el peligro, no hace más que aumentarle, entonces se les opone los principios abstractos y, entre tanto, el peligro subsiste por la sociedad.

Porque las objeciones de principio dirigidas a los manicomios criminales parten de las teorías clásicas, de la idea de la responsabilidad *moral* considerada como condición de defensa social, y, por consiguiente, carecen de valor, por las razones expuestas en el tercer capítulo.

Al comenzar el siglo XVIII, cuando todo el mundo quería colgar o hasta quemar a los locos criminales, cierto criminalista, revolucionario para aquel tiempo, pidió que se empezara, al contrario, por cuidarlos para que una vez curados, o por lo menos en un intervalo lúcido, se les juzgase para condenarles entonces como criminales. En nuestro tiempo la proposición parecería extraña; pero ella era el indicio precursor del cambio que tan dichosamente debía de determinar Beccaria. De igual suerte la idea de los manicomios criminales, que en principio causó tanto escándalo, es hoy aceptada por casi todos los criminalistas clásicos, aun cuando esté en contradicción evidente con sus principios: por lo que esto mismo nos permite presagiar con certidumbre, en un porvenir que no está remoto, el triunfo de nuestras ideas, que cuentan con el más obstinado y poderoso de los aliados: el hecho.

Y ahora, para acomodarnos a los principios de la escuela positiva, es claro que en los manicomios criminales, que no

la *Sociedad Médico legal de París*, sobre la proposición Gallard (en los *Ann. d'Hyg.*, 1876), y, asimismo, el Consejero de casación Barbier, en una discusión análoga en la misma Sociedad (en los *Ann. méd. psych.*, 1879).

son, en el fondo, como las prisiones más que medios de aislar al individuo de la sociedad, con una disciplina clínica especial apropiada a las condiciones psico-patológicas especiales de los reclusos, quisiéramos encerrar a todos los alienados reconocidos culpables de delitos, o por lo menos, si las dificultades financieras no lo permitían, a todos los locos autores de delitos graves. En un procedimiento de conjunto tal como yo lo he esbozado más arriba conforme a nuestras ideas, bastaría con un reconocimiento pericial seguido de una sentencia del Juez para decretar la reclusión por tiempo indeterminado, según el delito y las formas psicopáticas, con la garantía, entiéndase bien, de una revisión periódica. En el actual estado de las cosas, en todo caso, sostenemos que se debiera recluir de igual manera a los que han sido objeto de un sobreesimiento, que a los que han sido absueltos por un fallo, a los condenados que se hayan vuelto locos en prisión (Proyecto de ley Depretis), y a los enajenados, en fin, que se entregan a actos de violencia en las casas ordinarias de locos (Proyecto de ley francesa). Las tres categorías del proyecto de ley italiana son idénticas a las que han sido establecidas en Inglaterra, donde sin embargo, entre los condenados que han caído en locura, los *convictos* sólo van a Broadmoor, mientras que los delincuentes menores son enviados al manicomio criminal (establecimiento privado) de Fitherton-House.

Por último, por lo que respecta a los alienados criminales, precisa hacer constar que de las estadísticas de Broadmoor (1), de la penitenciaría de Waldheim (2) y de otras estadísticas inglesas (3), como de las de Italia (4), resultan con una perfecta

(1) Orange, *The lunatic criminals in England*, en el *Journ. of m. sc.*, Octubre 1883. Y para la descripción técnica véase Selvático, *Il manicomio criminale di Broadmoor*, en la *Riv. sperim. fren.*, 1898, XXIV, 506.

(2) En la *Riv. Car.*, 1883, fascículo XII, pág. 574. Se encuentran otros datos en Semal, *Coup. d'oeil sur les folies pénitentiaires*, extracto del *Resumen del Congreso de medicina mental de París*, 1889, Melun, 1890.

(3) En 1873, la *Commission d'enquête sur les effets de la loi de servitude pénale*, ha encontrado que los locos, los epilépticos y los imbeciles ascendían al 3 por 100 entre los detenidos varones, y a 3,8 por 100 entre las mujeres; y los actos sangrientos, los incendios, las violaciones, eran tres veces más numerosas entre aquéllos que entre los individuos cuerdos (*Riv. carc.*, 1880, pág. 464).

(4) Algeri (*Osservazioni statistico-cliniche sui criminali pazzi*, en el

concordancia estos dos hechos importantes: primero, el número más considerable de enajenados criminales entre los militares, ya sea por efecto de la vida militar (sobre todo, en los neurópatas), ya por efecto de la negligencia con que se recluta el ejército, o más bien todavía, por efecto de ambas causas reunidas. Segundo, el número de los alienados criminales es tanto más grande cuanto el crimen cometido es más grave y peligroso. Pues bien; esta enseñanza me parece por sí sola que recomienda del modo más elocuente la existencia de los manicomios criminales.

En cuanto a la categoría de los criminales natos, puesto que con ellos, como dice Maudsley, «nos encontramos, si no exactamente delante de una especie degenerada, por lo menos, esto es indudable, ante una variedad degenerada de la especie humana, cuyo problema consiste en disminuir su número todo lo que sea posible», una cuestión preliminar se plantea previamente. ¿No valdría más aplicar inmediatamente la pena de muerte a estos desdichados cuando cometen delitos muy graves, puesto que son un peligro continuo para la sociedad, por sí mismos y por la transmisión a sus hijos de sus instintos antisociales? Es decir, que aquí se presenta de una manera más precisa y perentoria que en cualquier otra parte, la cuestión con tanta frecuencia agitada de la pena de muerte, sobre la cual desde hace un siglo se han batido los criminalistas, los filósofos y la opinión pública, aunque desgraciadamente con un exceso de declamaciones sentimentales en pro y en contra, mucho más que de observaciones positivas y de razonamientos serenos.

Esta cuestión, resuelta en derecho por Italia, que es la primera entre los grandes Estados que ha decretado la abolición de la pena de muerte el 1.º de Enero de 1890, como de hecho la había abolido desde 1876, conservándola y aplicándola por completo en el ejército, ha sido ya propuesta pero no discutida

Archiv. di psych., 1894, XV, 408), de 350 delincuentes alienados examinados en el manicomio criminal de la Ambrosiana, halló que 46 por 100 eran homicidas, 21 por 100 ladrones, 13 por 100 autores de lesiones, 12 por 100 de bandolerismo, 7 por 100 de violación. Y casi todos, es decir, un 68 por 100, eran *reincidentes*.

en el primer Congreso de antropología criminal reunido en Roma (1), e importa decir acerca de ella algunas palabras.

La pena de muerte tiene sus adversarios y sus partidarios entre los criminalistas clásicos y entre los positivistas; pero el desacuerdo sobre tan capital problema tiene una razón y un alcance muy diferentes en los dos campos. Porque mientras que los abolicionistas clásicos afirman casi todos la ilegitimidad más o menos absoluta de la pena de muerte, se puede decir que los positivistas están, por el contrario, casi todos unánimes en pensar que la pena de muerte es legítima en principio; solamente los unos admiten y los otros niegan su oportunidad y utilidad prácticas.

A mi entender, la pena de muerte está escrita por la naturaleza en todos los puntos del universo y en todos los momentos de la vida universal. No me parece tampoco que esté en contradicción absoluta con el derecho, porque la muerte de otro, cuando es absolutamente necesaria, es perfectamente justa, como en el caso de legítima defensa, sea individual o social; esto es precisamente lo que sostienen, entre otros, Carrara (2), Beccaria (3) y Romagnosi (4). Además, la ley universal de la evolución nos demuestra que el progreso de toda especie viviente es debido a una selección continua operada por la muerte de aquellos que son los menos aptos para la lucha por la existencia; y esta selección puede en la humanidad, y hasta cierto punto entre los animales, ser artificialmente operada, en homenaje a las leyes de la vida, así como se realiza naturalmente. Sería, pues, conforme, no sólo al derecho, sino a las leyes naturales, que la sociedad operase en su propio seno la selección artificial, extirpando de ella los elementos perjudiciales a su existencia, los individuos antisociales no asimilables, deletéreos (5).

(1) *Actas del primer Congreso de antropología criminal*, Roma, 1886, página 339.

(2) Carrara, *Programma*, párrafo 661.

(3) Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, párrafo 16.

(4) Romagnosi, *Memoria sulle pene capitali*, párrafo 3.

(5) Lombroso, *L'incremento del delitto*, segunda edición, Turín, 1879, página 79; ídem, *Misdea e la nuova scuola penale*, Turín, 1884; *Tropo presto*, en los *Appunti al nuovo Cod. pen.*, segunda edición, Turín, 1889,

Creo, sin embargo, que es preciso no exagerar la importancia de estas conclusiones, y que se debe, por el contrario, aceptarlas con aquellas reservas que son siempre necesarias en cuestiones tan complejas, que no podrían ser resueltas de un modo acabado por una solución monosilábica. Se hace indispensable notar, en efecto, que la idea de la selección artificial, por exacta que sea, correría peligro, al ser transportada sin precaución al dominio sociológico, de conducir a resultados exorbitantes, si se concedía un predominio exclusivo a la raza sobre el individuo y a los intereses materiales sobre los morales; si aquélla no estuviera templada por el equilibrio necesario entre los derechos del individuo y los de la sociedad, entre los intereses morales y materiales, puesto que todos deben ser tomados en consideración.

En aquel caso, en efecto, se haría no sólo legítimo, sino obligatorio el uso demasiado espartano de matar a cuantos individuos se considerasen mal conformados o afectados de males incurables y enfermedades contagiosas.

Peró no es esto todo: una cosa es reconocer que la pena de muerte puede en ciertos casos ser legítima, como remedio supremo y necesario en condiciones y circunstancias anormales, y otra cosa declarar que, en las condiciones normales de la vida social, es útil y necesaria. Pues bien: que la sociedad pueda, en estas condiciones normales, proveer de otro modo que por la muerte, a su propia conservación, impidiendo que los elementos antisociales la ataquen y perpetúen su raza desgraciada, es lo que se comprende sin trabajo, cuando se piensa en el aislamiento de los culpables por un tiempo indeterminado o en la deportación, que están a su disposición. Poniendo aparte el problema de la deportación, por el momento, es un hecho que

página 22; Garófalo, *Criterio positivo di penalità*, Nápoles, 1880, pág. 83 y siguiente; *Criminologia*, en la *Biblioteca antr. giur.*, segunda edición, Turín, 1891; *Contro la corrente*, Nápoles, 1888; Carnevale, *La questione della pena di morte nella filosofia giuridica*, Turín, 1888; Rivarola, *Critica de la pena de muerte*, Buenos Aires, 1888; Tarde, *La philosophie pénale*, Lyon, 1890, cap. IX.

Para la opinión contraria, véase entre los autores más recientes: Fa-rese, *Selezione e pena di morte*, en la *Scuola positiva*, Diciembre 1893; Solovief, *De la peine de mort*, en la *Rev. intern. sociol.*, Marzo 1898; Peluso, *Del fondamento positivo dato alla pena di morte dalla nuova scuola penale*, Nápoles, 1898; Pulido, *La pena capital en España*, Madrid, 1898.

el aislamiento por tiempo indeterminado, si se le rodea de garantías serias, puede ser un verdadero sucedáneo del último suplicio.

Por otro lado, la utilidad y eficacia defensivas de este suplicio, son problemáticas. Cuando se comete un crimen, o bien el hombre es arrebatado por un movimiento instantáneo de pasión y entonces no piensa en nada, o lo realiza con premeditación; y lo que le decide entonces, no es una comparación hipotética entre el suplicio capital y la reclusión perpetua, es la esperanza de la impunidad.

No nos dejemos engañar por la contestación de algún condenado a muerte, que declara que siente miedo de morir: primero, esto significa sólo que cuando contesta está bajo la impresión del momento, sin que el mismo miedo haya sido capaz de apartarle del crimen, precisamente porque al cometerle se encontraba, en razón misma de su impulsividad psicológica, completamente dominado por la tentación criminal; después, si es cierto que todo culpable, *cuando está preso y condenado*, teme más la muerte que los trabajos forzados (a excepción, no obstante, de aquellos que se suicidan en prisión y de aquellos otros que se burlan cínicamente de la muerte hasta sobre el cadalso), no es menos cierto, como observa Carrara, que es preciso que los culpables hayan sido aprehendidos, y desgraciadamente esto es lo que no ocurre siempre.

La estadística nos demuestra también que las variaciones en el número de los crímenes capitales son independientes de las que experimentan las condenas y las ejecuciones capitales, y que aquéllas dependen de factores bastante diferentes y más complejos, según se ve en Italia, donde la Toscana ofrece un número proporcional de crímenes capitales bastante inferior al de las otras provincias, que a pesar de ello admiten la pena de muerte.

Vemos todavía que en Francia, a pesar del gran aumento en el conjunto de la criminalidad y el crecimiento de la población, el total de las causas juzgadas, ya sea contradictoriamente, ya por contumacia, por asesinato, envenenamiento, parricidio y homicidio, desciende de la cifra de 560 en 1826 a la de 423 en 1881, aunque las ejecuciones capitales hayan disminuído en la

proporción de 197 a 1; y otro tanto puede decirse de Bélgica (1). Por consiguiente, se hace verdaderamente difícil el convencerse de que la experiencia demuestre la utilidad práctica de la pena de muerte como instrumento de defensa social.

En un análisis más detenido, la pena de muerte en su simplicidad monosilábica, es sólo una panacea cómoda; y a este título nos da ciertamente la solución a un problema tan complejo como el de la alta criminalidad. Es una idea que nace de sí misma la de matar a los incorregibles; Diderot, desde el siglo XVIII, la sostenía como una consecuencia de la negación del libre albedrío, cuando decía: «¿Qué es lo que distingue a los hombres? Sus buenas o sus malas acciones. El malhechor es un hombre que es preciso destruir, no castigar» (2). Pero es preciso aportar a esta idea los temperamentos necesarios y exigirles las demás condiciones materiales y morales de la vida social y la experiencia, que nos enseña la eficacia de las penas.

Pero fuera de estas consideraciones, sin hablar de las otras que yo pudiera traer aquí y de que prescindo, porque de hoy en adelante la cuestión de la pena de muerte, casi agotada por la ciencia jurídica, queda sometida, sobre todo, a la variedad de los sentimientos personales, yo me atengo únicamente a la lógica de los hechos para decir: o se quiere sacar de la pena de muerte alguna utilidad—por ejemplo, la eficacia única que presenta como medio de selección artificial—, y en este caso precisaría aplicarla de un modo formal y tener el valor de matar en Italia, por ejemplo, más de 1.500 individuos por año (3); o la pena de muerte permanece inscrita en nuestros Códigos

(1) Francart, *La peine de mort*, en el *Bull. Un. intern. dr. pén.*, 1898, VII, 36.

(2) Diderot, *Lettre à Landois*, citado por Masi, *Studi et ritratti*, Bologna, 1881, pág. 214.

(3) La media anual de las condenas pronunciadas por los Assises, de 1875 a 1881, es la siguiente:

Por homicidio cualificado.....	635
Por robo a mano armada, etc., con homicidio....	218
Por homicidios simples y no premeditados.....	1.808
TOTAL.....	2.661

Separando una parte de las condenas por homicidio no premeditado y homicidio pasional, crímenes que no son debidos a la criminalidad congénita, queda un número un poco superior a 1.500.

sin ser aplicada jamás, como un espantajo inútil, y entonces, para ser serio precisa abolirla.

Dado que el poder de intimidación de las penas en general, sin exceptuar la pena de muerte, es por completo insignificante *para los criminales natos*, y se debilita todavía más por la costumbre que el pueblo tiene de presenciar ejecuciones capitales, no son ocho o diez ejecuciones de muerte por año las que han de curar a la sociedad enferma: pero además, estas ejecuciones tan raras y siempre con exceso tardías tienen todos los inconvenientes de la pena de muerte y ninguna de sus ventajas posibles, soliviantando de un lado la compasión de las gentes honradas, despertando cierta antipatía para la ley, y además los instintos feroces de la multitud, sobre todo, en las ejecuciones públicas (1).

Por lo demás, Lombroso mismo ha dicho que las ejecuciones capitales demasiado raras, han quitado a esta pena toda eficacia, tanto para la selección como para el ejemplo. Por lo que, para ser lógicos sería preciso, como yo acabo de decir, ejecutar cada año más de 1.500 condenas capitales. La cosa es fácil de decir, pero, por fortuna, en el estado actual del sentimiento público, es de una imposibilidad moral absoluta (2).

(1) Las ejecuciones públicas son un ultraje verdadero al sentimiento de humanidad, que el legislador no debe nunca ofender en el pueblo, que, por el contrario, debe cultivar con el mayor cuidado y por todos los medios directos e indirectos. He querido asegurarme de ello por la observación personal, asistiendo en París, en Agosto de 1899, a una doble ejecución capital, que describí en *Delinquenti nell'arte*, Génova, 1896.

Dada la pena de muerte, creo que no sólo la ejecución secreta es necesaria, sino que se deben emplear medios menos bárbaros que la cuerda y la guillotina. Lo que importa en la ejecución capital es que el condenado desaparezca del mundo y que el público lo sepa. Todo aparato, todo sufrimiento causado al reo son inútiles, puesto que no están justificados. Se debería, por lo tanto, ejecutar la pena de muerte, como ya ha propuesto Girardin entre otros, ofreciendo al condenado un veneno instantáneo y advirtiéndole que si a tal hora no se ha hecho a sí mismo justicia, será ejecutado por mano del verdugo.

En lugar de esto, la América del Norte ha introducido la ejecución capital por medio de la electricidad. Véase a este propósito el *Médico-legal Journal* de New-York, Marzo y Septiembre 1889, y Marzo 1890; la *Tribuna giudiziaria*, Nápoles, 8 de Junio 1890; Lacassogne, *Les exécutions électriques aux Etats Unis*, en los *Arch. anthr. crim.*, Julio 1892.

(2) ¿Qué decir de la *lealtad científica* de ciertos adversarios? En una crítica de la primera edición de este trabajo, hecha por la *Rivista Penale* (Mayo 1881, pág. 281), con floñerías y puntos de admiración,

La pena de muerte, tal como existe al presente, produce el efecto de los espantajos que se ponen en los campos para ahuyentar los pájaros. La primera vez creen éstos que son hombres y sienten miedo; después se aperciben de que aun cuando se acercan al suelo y pican la semilla, el maniquí no se mueve; entonces, todos cuantos pájaros están allí, no sienten temor alguno y se atreven a jugar alrededor. ¿Cómo queréis, pues, que los malhechores sientan miedo a un artículo del Código penal, si ven que en realidad el verdugo no lo aplica nunca? Por esto, precisamente, creo que Garófalo (1) y otros, están equivocados al temer que la *noticia* de la abolición legal pueda producir efectos perniciosos sobre nuestro pueblo imaginativo e ignorante; porque siempre quedará como cierto que ese pueblo presta menos atención a las fórmulas legislativas, que a las aplicaciones prácticas que de ellas se hacen todos los días. Y aun cuando aquella noticia produjera algún desorden en los espíritus, no tardaría en cesar, porque las condiciones sociales no habrían sufrido un cambio capaz de alimentarle y de estimularle (2).

La pena de muerte ha sido rechazada como medio no necesario en tiempo ordinario y no aplicable en las proporciones que únicamente la harían eficaz contra los criminales natos e incorregibles, por lo cual no queda más que la alternativa entre estos dos medios eliminatorios: la deportación perpetua, o la reclusión por un tiempo indeterminado en los establecimientos que tengan este destino.

No queda más que esta alternativa, porque nosotros apenas podemos conceder importancia teórica ni práctica a la opinión de ciertos jurisconsultos alemanes, entre los cuales menciona-

falta de argumentos, se hacía *temblarrr* al lector, haciéndole suponer que yo, nuevo Torquemada, proponía realmente la ejecución de 2.000 delinquentes por año..., mientras que, al revés, yo deduzco de la imposibilidad de esta ejecución un argumento de hecho contra la pena de muerte.

(1) Garófalo, *Criterio positivo di penalità*, Nápoles, 1880, pág. 87.

(2) Escribía esto en mi tercera edición, en 1892, y semejante previsión se ha realizado de un modo exacto. En Italia, a pesar de la abolición legislativa de la pena capital, los homicidios denunciados, cuya media anual era de 4.692 en el periodo de 1880 a 1886, y de 4.089 en 1887 a 1889, han quedado casi estacionarios después de 1890. Ha habido, en efecto, 3.993 en 1890-1892, 4.043 en 1893-1895, y 3.868 en 1896.

remos a Holtendorff (1) y Geyer (2), que ha sido reproducida en Italia por ciertos eclécticos, y que quisiera excluir toda pena perpetua. Se dice por ejemplo: «Si la pena debiese extenderse a la vida entera del hombre y extinguirse al propio tiempo que su existencia, tendría por único resultado destruir la personalidad moral y jurídica del delincuente en uno de los factores esenciales de la naturaleza humana, el instinto social (*¡de un Tropmann!...*), cuyo desarrollo produce las relaciones jurídicas; además esta pena estaría en contradicción con las *funciones tutelares* del Estado, en el mismo instante en que éste, por el ejercicio legal de sus funciones, declarase que las reconoce y se preparara a ejercer las garantías necesarias. El carácter temporal de la pena es una de las condiciones de su legitimidad, en el sentido de que la libertad individual del culpable debe estar limitada en su *ejercicio* y no destruida *en derecho*, lo que ocurriría si se suprimiera al condenado (*¡pobre asesino!...*) toda esperanza de reconquistar su disfrute (*¡tan útil a la sociedad!...*)».

Como se ve, se trata de un principio *à priori* desprovisto de fundamento y peligroso como el que más; principio desprovisto de fundamento, porque no comprendo cómo puede hablarse de *instinto social* entre los delincuentes más anormales, aquellos para quienes sería *reservada* la pena perpetua, y cuyo instinto, precisamente porque es *antisocial*, produce, si se les deja en libertad, relaciones no ya jurídicas sino criminales. De otra parte, que el Estado pueda poner mano en el derecho del individuo, y aun destruirle cuando la necesidad lo justifica, es una verdad demasiado manifiesta para que sobre ella haya que insistir.

Principio peligroso, porque dejaría a las gentes honradas sin defensa contra los criminales más temibles; mientras que, de otra parte, la confección de las penas «breves pero intensas», en que está inspirado el Código penal italiano, y que for-

(1) Holtendorff, *Mord und Toddestrafe*, Berlín, 1875, pág. 225; idem, *Die Kürzungsfähigkeit der Freiheitsstrafen*, etc., 1861.

(2) Geyer, *Delle pene carcerarie*, en la *Rivista penale*, Septiembre 1877, pág. 143.—Véase también Tallack, *Penological and preventive principles*, Londres, 1889, cap. IV.

ma el corolario natural de aquel principio *a priori*, representa una supervivencia de la pena-tortura. Además la pena «breve pero intensa», tiene el defecto esencial de que por su *brevedad*, es inútil para la defensa social y por su *intensidad*, inútil a la enmienda individual (1).

Por lo tanto, se impone la deportación o la reclusión perpetua indeterminada, como explicaré en seguida, para los delincuentes más temibles, los incorregibles, que pertenecen a una de las formas de la criminalidad atávica.

Se ha escrito mucho en Italia acerca de la deportación, principalmente hace algunos años, con ocasión de una viva polémica que se sostuvo entre Beltrani Scalia, que combatía aquélla vigorosamente, y Cerruti, Carpi y de Foresta, que la sostenían con no menos vigor; el ejército de los criminalistas se dividió entre ambas opiniones. No pudiendo tratarla a fondo aquí y remitiéndome a la excelente obra de Beltrani Scalia (2) y de Foresta (3), diré sólo que la experiencia de las naciones que, después de haber usado de la deportación ampliamente y con gran despilfarro de millones, como Inglaterra sobre todo, han tenido después que renunciar a ella, es ciertamente un hecho que da que pensar, pero únicamente respecto de la deportación, tal como se ha practicado hasta ahora, es decir, con casas de reclusión construidas en ultramar. Porque dice muy bien Beltrani Scalia: tanto valdría entonces construir las entre nosotros; costarían menos y servirían mejor. El ejemplo de Francia no anima tampoco, por lo menos en las aplicaciones prácticas.

Sin embargo, hay en la deportación un fondo de verdad inconcusa: que cuando es impuesta a perpetuidad, y por lo

(1) Sobre la agravación de las penas de privación de libertad de corta duración, se ha producido una discusión, en la que han predominado los argumentos que la combatían, en la *Union intern. de droit pénal*, en Amberes (1894). Véase *Bulletin*, 1895, V, 85, 146 y 177.

(2) Beltrani Scalia, *La deportazione*, Roma, 1874; ídem, *La riforma penitenziaria*, Roma, 1879.

(3) De Foresta, *La deportazione*, Roma, 1876; ídem, *Ne carcere ne patibolo*, en la *Rivista carceraria*, 1880, págs. 81 y siguiente, y lo mismo en los *Resúmenes del Congreso penitenciario internacional de Stokolmo*, 1879. Por su parte, Desprez, *L'abolition de l'emprisonnement*, París, 1868, había sostenido que la prisión debe volver a su antigua función, que es aislar a los *procesados*, reservando para los condenados la deportación y las colonias agrícolas.

tanto, con la menor esperanza posible de repatriación, suministra el medio mejor de limpiar a la sociedad de sus miembros peligrosos y la desembaraza de la obligación de mantenerlos. Pero esto entonces no puede ser más que la deportación simple, la que consiste, como ocurría al comienzo en Inglaterra, en abandonar los deportados en una isla o en un continente desierto (con los medios necesarios para vivir allí trabajando), o también en transportarlos a países bárbaros donde estos hombres, que en los países civilizados son semisalvajes, representarían, por el contrario, una medio civilización; y allá, por sus cualidades mismas orgánicas y psíquicas, que hacen de ellos bandidos o asesinos en una sociedad civilizada, llegarían a ser jefes de tribu y jefes guerreros pasables, entre las poblaciones salvajes que no recurren apenas a los tribunales para impedir las ofensas.

Pero entre nosotros los italianos, creo que se puede, y muy fácilmente, practicar la deportación en el interior, enviando ciertas categorías de delincuentes a sanear los países que la malaria hace incultos. Si este azote exige, para ser dominado, hecatombes humanas, vale mucho más inmolarse culpables que cultivadores infelices. ¡Tengamos un poco menos de consideración para los malhechores; tengámosla un poco más para los campesinos y los trabajadores honrados! Que los culpables transformados en braceros de la civilización, se rehabiliten por la muerte a los ojos de la humanidad a quien tan cruelmente han ofendido (1).

Hasta estos últimos años la verdadera deportación más allá

(1) Ferri, *Lavoro e celle de condannati*, Roma, 1886, y en mi volumen *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, Turín, Bocca, 1901, y *Discurso al Congreso penitenziario di Roma, Actas*, Roma, 1887, I, 422. Aquel pensamiento que tuve al comenzar ha acabado por transformarse en ley con el proyecto Giolitti (5 Diciembre 1902), aprobado por la Cámara el 2 de Marzo de 1904. Véase el artículo de B. Franchi, *Il progetto Giolitti per il lavoro dei condannati all' aperto e il diritto penale*, en la *Scuola positiva*, Enero, Febrero 1903.

En Alemania, el Congreso de los juristas de Posen (Febrero 1898), votó por unanimidad, menos cinco votos, que "la deportación no es un buen medio de represión y que no ha lugar a experimentar este modo de penalidad". Véase también Korn, *Ist die deportation unter den heutigen Verhältnissen als Strafmittel praktisch verwendbar*, Berlín, 1899 (tema puesto a concurso por la *Holtzendorff-Stiftung*), y sobre el mismo asunto, Mittermaier, en la *Zeitsch. f. ges. Strafr.*, 1898, XIX, 85.

de los mares, no era para nosotros de realización práctica, sobre todo a causa de la dificultad de encontrar lugares que se prestasen a ella, como lo prueban, por ejemplo, las continuas protestas de las colonias australianas contra la deportación de los reincidentes franceses, a propósito de las cuales se ha repetido el dicho famoso de Franklin a Inglaterra: «¿Qué dirías vosotros si deportáramos a Inglaterra nuestras serpientes de cascabel?»

Pero, desde que Italia posee su colonia de Eritrea, la idea de la deportación ha ganado terreno. Yo mismo, en Mayo de 1890, he propuesto incidentalmente a la Cámara de Diputados hacer la experiencia de una colonia penal en nuestras posesiones africanas. Prins, por su parte, no es absolutamente contrario a que se establezca en Bélgica la pena de deportación desde que se ha constituido el Estado del Congo (1).

Pero a mi juicio, la deportación no puede ni debe ser un objetivo propio. La colonia penal para los adultos debe ser la vanguardia de la colonia agrícola libre (2).

En todo caso, aun cuando se admita la deportación de los criminales natos e incorregibles, ya sea en el interior, ya en ultramar, queda el problema de la forma de aislamiento que conviene más.

Se presenta entonces la idea de un «establecimiento para los incorregibles», en el cual, los culpables que han cometido un crimen suficiente para revelar por sí solo, por sus motivos determinantes y sus circunstancias, al criminal nato, o aquellos que hubieran cometido un número determinado de reincidencias, deberían ser aislados de la sociedad, unos a perpetuidad, otros por un tiempo indeterminado hasta que se tuviese la prueba de que no eran peligrosos; lo cual viene a parar a lo mismo, toda vez que se trata de culpables para los cuales no hay que esperar la corrección.

La naturaleza congénita y la transmisibilidad hereditaria de las tendencias criminales entre estos individuos, justifican

(1) Prins, *Criminalité et répression*, Bruselas, 1886, pág. 196.

(2) Ferri, *Il progetto sui delinquenti recidivi*, en la *Scuola positiva*, Marzo 1899.

plenamente las palabras de Quételet: «Las enfermedades morales son como las enfermedades físicas; las hay contagiosas, las hay epidémicas y hereditarias. El vicio se transmite en ciertas familias como la escrófula y la ísis. La mayor parte de los hechos delictuosos que afligen un país parten de algunas familias que exigirían una vigilancia particular, un aislamiento semejante al que se impone a los enfermos sospechosos de llevar gérmenes de infección» (1).

Así nos habla Aristóteles de un hombre que, acusado de haber pegado a su padre, respondió: «Mi padre había pegado a mi abuelo; y mi abuelo había igualmente castigado a mi bisabuelo del modo más cruel; ya veréis mi hijo; antes que este niño haya alcanzado la edad adulta, no me ahorrará ni las violencias ni los golpes» (2).

Y Plutarco añade: «Los hijos de los hombres viciosos y malvados, participan de la misma naturaleza de sus padres» (3).

De este modo nos explicamos la intuición de Platón, quien, «al admitir en principio que los niños no deben en manera alguna sufrir por los delitos de sus padres, supone, sin embargo, el caso en que el padre, el abuelo o el bisabuelo, hayan sido condenados a muerte, y propone entonces que los descendientes sean expulsados del Estado como pertenecientes a una raza incorregible» (4). Este pensamiento, que Carrara llama «falso», nos parece en el fondo muy justo.

Cuando se sabe, por ejemplo, que al fundar Demetz la famosa colonia agrícola de Mettray (en 1839), que hizo entonces tanto ruido, y que a continuación, como es costumbre, fué olvidada, de 4.454 niños, 871 (el 20 por 100), eran hijos de condenados, se llega naturalmente a pensar que el Estado debe, no desterrar sino atender a estas razas infortunadas, y como

(1) Quételet, *Du système social et des lois qui le régissent*, Bruselas, 1848, libro II, sección segunda, cap. III.

(2) Aristóteles, *Ética*, VII.

(3) Plutarco, *Obras*, cap. XIX; igualmente Lucas, *Traité phisyologique et philosophique de l'hérédité naturelle*, París, 1847, I, 840 y 499; Morel, *Traité des dégénérescences de l'espèce humaine*, París, 1857; Despine, *Psychologie naturelle*, París, 1868, III, 983; Lombroso, el *Uomo delinquente*, segunda y tercera edición; Thomson, *The hereditary nature of crime*, en el *Journ. of ment. scient.*, 1870; Ribot, *L'hérédité psychologique*, tercera edición, París, 1899.

(4) Carrara, *Programma*, párrafo 647, nota.

ha propuesto Crofton, encerrar en las casas de reforma o en las escuelas industriales, a los hijos de los condenados (1).

Acerca de la proposición de un aislamiento perpetuo o indefinido de delincuentes adultos y reincidentes, están de acuerdo: en Italia, Lombroso (2), Curcio, Barini (3), Doria (4), Tamassia (5) y Garófalo (6); en Francia, Despina (7), Labatiste (8), Tissot (9), Minzloff (10), Léveille (11); en Inglaterra, May (12); en Alemania, Kraepelin (13) y Lilienthal (14); en Austria, Wahlberg (15); en Suiza, Guillaume (16); en América, Wines (17) y Wayland (18); en Holanda, Wan Hamel (19); en Portugal, Lucas (20), etcétera.

(1) *Riv. carc.*, I, pág. 89; véase también Garnier, *Le criminel instinctif et les droits de la défense sociale*, en el *Ann. d'Hyg. pub.*, 1890, XXIII, 5.

(2) Lombroso, *Uomo delinquente*, segunda edición, pág. 437.

(3) Barini contra Chimera, *Penitenziario per gli incorreggibili*, en la *Riv. carc.*, 1875, pág. 454.

(4) Doria, *Penitenziario per gli incorreggibili*, ibidem, página 523.

(5) Tamassia, en la *Riv. di fren.*, III, pág. 683.

(6) Garófalo, *Criterio positivo, ecc.*, Nápoles, 1880; *Criminologia*, Garófalo y Carelli, *Dei recidivi e della recidiva*, en el *Trattato di diritto penale publ. dal Cogliolo*, Milán, 1891.

(7) Despina, *Psychologie naturelle*, Paris, 1868, III, 500.

(8) Labatiste, *Essai sur les Institutions pénales des Romains*, París, 1875.

(9) Tissot, *Intr. phil. a Pét. du droit penal*, IV, cap. IV, párrafo 4; Tissot, *Le droit penal*, I, 477.

(10) Minzloff, *Etudes sur la criminalité*, en la *Phil. posit.*, Septiembre y Diciembre 1881.

(11) Léveille, en el *Bull. de l'Un. intern. de droit pénal*, 1893, página 83.

(12) May, *The treatment of habitual criminals*, Londres, 1880.

(13) Kraepelin, *La colpa e la pena*, en la *Riv. di filos. scientif.*, Turín, 1883, pág. 48.

(14) Lilienthal, *Rapport* en el *Bull. de l'Un. intern. de droit pénal*, 1890, pág. 64.

(15) Wahlberg, en los *Comptes rendus du Cong. pénit. intern. de Stockholm*, 1879.

(16) Guillaume, ibidem, I, 450.

(17) Wines, ibidem, I, 450 y M. B., *La reforme pénitentiaire aux Etats Unis*, en las *Actas del Congreso penitenciario internacional de Roma*, 1887, II, pág. 727.

(18) Wayland, *I delinquenti incorreggibili*, resumido en la *Riv. carc.*, 1888, pág. 558.

(19) Van Hamel, *Rapport sur les moyens pour combattre la récidive*, en el *Bull. de l'Union intern. de droit pénal*, 1889, pág. 92.

(20) Lucas, *Rapport*, en el *Bull. de l'Union intern.*, 1889, pág. 104.

Únicamente creería yo que el número de las reincidencias que deben suponer la incorregibilidad, debería variar según los malhechores y los hechos criminosos, precisamente en vista de la reincidencia específica de la que me he ocupado en el capítulo I. Así, por ejemplo, para los asesinos, los ladrones homicidas, debería bastar, como ya dijo Garófalo, el primer crimen para pronunciar la reclusión ilimitada, cuando la información pericial afirmara en los culpables los caracteres del criminal nato. En cambio, para otros delitos menores, violaciones, heridas, robos, estafas, se debería establecer que dos, tres o cuatro reincidencias, eran precisas para condenar al culpable, para ser encerrados con los incorregibles.

Estas ideas no están lejos de las aplicaciones prácticas, principalmente en los países en donde teniendo menos autoridad las teorías criminales clásicas, encuentran las proposiciones prácticas menos oposición de parte de los prejuicios metafísicos.

De esta suerte vemos que Francia, después de las indicaciones de Petit (1) y de Migneret (2), y sobre todo después de la propaganda de Reinach (3), seguida de varias publicaciones análogas (4) y precedida por Michaux (5), ha promulgado en 1885 la ley por la cual los delincuentes que lleguen a cierto número de reincidencias, deben ser deportados a perpetuidad (6).

(1) Petit, *Rapport sur la répression de la récidive*, en el *Bull. de la Soc. gén. des prisons*, Febrero y Marzo 1878.

(2) Migneret, *La surveillance legale en France*, en la *Rev. critique de legis.*, 1873.

(3) Reinach, *Les récidivistes*, París, 1882.

(4) Nivelle, *De la récidivité au point de vue pénitentiaire*, París, 1882; Desportes, *La récidive*, París, 1883, con una amplia bibliografía del asunto; Bérenger, *Proposition de loi relative aux moyens préventifs de combattre la récidive*, en los *Bullet. de la Soc. gén. des prisons*, Abril 1884.

En cuanto al proyecto italiano sobre los delincuentes reincidentes, véase mi discurso parlamentario en la *Scuola positiva*, Marzo 1899.

Véase también Griffiths, *Sur le traitement pratique de la récidive*, en las *Actas del Congreso antropológico criminal*, Ginebra, 1897, pág. 340; Manzini, *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza penale*, Florencia, 1899.

(5) Michaux, *Etude sur la question des peines*, París, 1875, con amplias noticias históricas sobre la deportación inglesa.

(6) Para las discusiones parlamentarias, véase la *Riv. Car.*, 1883, págs. 343 y 393, etc.

Para las aplicaciones de esta ley, que no son satisfactorias, y que no pueden mejorar casi los funcionarios, porque el mal reside en la

De igual modo, también Murray, Brown y Baker, indicaron al Congreso de Stokolmo, y desarrollaron en la *Société des prisons* (1), el sistema de las «sentencias acumuladas y progresivas», adoptado, aunque no generalmente, en Inglaterra, contra los reincidentes obstinados, y que aumenta a cada reincidencia la duración de la pena según una progresión casi geométrica. Este sistema, indicado por Field y Walton Pearson en la sesión de la *Sociedad inglesa para el progreso de las ciencias sociales* (Octubre 1871), y después por Cox y por Call (jefe de la policía de Glasgow), en las sesiones de 1874 (2), estaba ya, según Mouat, adoptado por el Código penal de la India, y ha

institución misma, véase Bérard, *Résultats de la loi du 27 May 1885 sur la relégation des récidivistes*, en los *Arch. d'antr. crim.*, Enero 1890 y Mayo 1897; Jacquin, *Rapport*, etc., en el *Bull. soc. prison.*, París, 1890, pág. 785; Dislère, *Rapports, annuels sur l'application de loi par la relégation des récidivistes*; Moncelon, *Le bagne et la colonisation pénale à la Nouvelle Calédonie*, París, 1886; Nicomède, *La relégation collective à l'île des Pins en 1887-1889*, Rochefort, 1889; Nattan, *La transportation à la Nouvelle-Calédonie*, en la *Revue de l'évolution*, París, Mayo 1891; Garraud, *Traité de droit pénal français*, París, 1888, I, 473, y II, 335; Legrand, *La Nouvelle-Calédonie*, en los *Arch. antr. crim.*, Enero 1883; Cor, *De la transportation*, París, 1895; Mimande, *Forçats et proscrits*, París, 1897, y *Criminopolis*, París, 1897; Blanchet, *Transport. et colonis. pénale à la Nouvelle-Calédonie*, en la *Rev. pénit. et parlem.*, 10 Enero 1898. Véase también las discusiones que han tenido lugar en la *Société des prisons de Paris*, en la *Rev. pénit.*, Abril 1897 y Abril 1899.

El ponente de la Comisión de la Cámara de Diputados, el honorable Hausmann, ha ampliado en 1891 el proyecto, haciendo sobre todo resaltar los inconvenientes de la deportación a la Nueva Calcedonia. Cada deportado cuesta 575 francos de transporte, y 1,70 francos por día con su manutención en la colonia; y son deportados por término medio 1.200 forzados por año. Es preciso contar además: los gastos del personal, siempre insuficiente, los salarios de los trabajadores que ascienden hasta cinco francos por día, las raciones higiénicas de víveres suplementarios, los gastos de transporte de las familias de los deportados, las concesiones a los presos liberados que obtienen terrenos en la colonia, etc.

(1) Murray, Brown, *La récidive en Angleterre*, en los *Bull. de la Soc. des prisons*, Abril 1878; Baker, *La lutte contre le crime*, ibídem, Mayo 1878; ídem. *Le Système cumulatif*, ibídem, Julio 1878; ídem, *The war with crime (Colección de sus escritos)*, Londres, 1889, páginas 24 y siguientes.

Francia, al propio tiempo que la condena provisional, ha establecido la agravación progresiva de pena para la reincidencia, por la Ley de 27 de Marzo de 1891. Véase Béranger, *Rapport sur la proposition d'aggravation progressive des peines en cas de récidive e de leur atténuation en cas de premier délit*, en el *Bull. Soc. prisons*, París, 1890, pág. 396; Parmantier, *Loi sur l'atténuation et l'aggravation des peines*, ibídem, Abril 1891, pág. 436; Capitant, *La loi du 27 Mars 1891*, en la *Revue critique de législat.*, Junio 1891.

(2) En la *Réc. carc.*, 1871, pág. 514.

sido aplicado posteriormente por el Japón, en un decreto que condena a perpetuidad al culpable cuatro veces reincidente (1).

El ponente canadiense presentaba al Congreso de Stokolmo un dictamen en el cual se decía: «Las penas de corta duración, repitiéndose, aumentan el número de los delitos. Después de una primera condena, una buena parte de los prisioneros de esta categoría, llegan a ser delincuentes de profesión (verdaderos delincuentes por hábito adquirido). Los ladrones profesionales, los delincuentes habituales, salvo casos de excepción, debieran ser condenados a perpetuidad o por un tiempo equivalente al que aproximadamente les queda de vida» (2). El proyecto de Código penal ruso (1883), en el artículo 56 (3), el proyecto suizo, con el aislamiento indeterminado para los reincidentes, y el artículo 81 del Código penal italiano, nos ofrecen un nuevo resplandor de las ideas recientes que penetra en el campo cerrado de la legislación criminal; otro indicio, por lo tanto, de su triunfo próximo. El Senador Bérenger, daba también nuevo homenaje a los principios de la escuela positiva, presentando un proyecto de ley precisamente sobre la agravación progresiva de las penas en caso de reincidencia (4), proyecto que ha llegado a ser después con la condena condicional, la ley francesa de 27 de Marzo de 1891.

Es, pues, muy probable que los juristas clásicos mismos acaben por adoptar la segregación indeterminada de los incorregibles, como acabarán por adoptar los manicomios criminales, dos innovaciones igualmente contrarias a la pureza de sus principios jurídicos.

Tan cierto es esto que, aun en el Congreso penitenciario de San Petersburgo, se planteó por primera vez esta doble cuestión: «Se puede admitir que ciertos delincuentes sean considerados como incorregibles; y en caso afirmativo, ¿qué medios

(1) En la *Riv. carc.*, 1873, pág. 428.

(2) *Comptes rendus du Congrès de Stokholm*, I, 450.

(3) Código penal ruso. Proyecto de la Comisión de redacción, San Petersburgo, 1883, pág. 22.

(4) Bérenger, *Proposition de loi sus l'aggravation progressive des peines en cas de récidive*, en los *Bull. de la Soc. gén. des prisons*, Mayo 1884.

se podrán emplear para proteger la sociedad contra esta categoría de condenados?». Y Spasowitch, en el dictamen formulado en nombre de la Sociedad de Jurisprudencia de San Petersburgo, reconoció que «esta cuestión lleva el sello de origen. De todas las cuestiones del programa parece ser la única *directamente inspirada por los principios de la nueva escuela positivista de antropología criminal*, cuyas teorías, propagándose fuera de su país de procedencia, Italia, tienden a reformar radicalmente la ciencia y la legislación, la ley penal y el procedimiento, la idea del delito y los medios de reprimirla».

Y el Congreso aprobaba la idea de las *medidas especiales* que deben tomarse contra los reincidentes (1).

De igual modo la Unión internacional de derecho penal la aprobó en su sesión de Berna (Agosto 1890) (2).

93.—Pero ahora, a propósito de los criminales natos y de los reincidentes incorregibles, se presenta la cuestión fundamental de la organización práctica de su segregación ilimitada.

Como hace notar Tarde: «Dos grandes invenciones penitenciarias han surgido, o mejor dicho, se han desarrollado desde hace un siglo, y son todavía imitadas por los diversos Estados, *la colonización penal*, de la cual la deportación no es más que una variedad importante, y *la celda*» (3).

Se puede añadir que la *celda* ha tomado un gran predominio desde que volvió de América a Europa, en donde la prisión celular de San Miguel en Roma y la de Gante la habían preconizado.

El sistema celular, nacido de la reacción contra la espanto-

(1) *Resoconto del Cong. penit. di Pietroburgo*, en la *Riv. Carc.*, Julio 1890; Joly, *El cuarto Congreso penitenciario internacional*, en los *Arch. d'antr. crim.*, Septiembre 1890. Véase también los dictámenes de Crocknay, Spasowitch, Arenal, Alongi, Ammitzböll, Gramantieri, Wahowitch, Dubois, Latischeff y Sichart.

(2) *Bulletin de l'Union intern. de droit pén.*, Berlín, 1891, págs. 210 y 232; y 1892, pág. 234. Véase también Thierry, Alimena, Van Hamel, Maus, Morel, *Des mesures applicables aux incorregibles*, en las *Actes Cong. antr. crim.*, Bruselas, 1893, págs. 56, 394 y 432; Lombroso, *Le tritement du criminel né et du criminaloide*, en las *Actes Cong. antr. crim.*, Ginebra, 1897, págs. 143 y 320, y vol. III del *Uomo delinquente*, quinta edición, Turín, 1897; Bessière, *La loi pénale et les délinquants incorregibles*, París, 1899.

(3) Tarde, *La philosophie pénale*, Lyon, 1870, pág. 507.

sa putrefacción física y moral de los presos en la promiscuidad de las prisiones y en las galeras, ha podido tener y conserva todavía muchos partidarios, lo que en parte procede del espíritu de pietismo y de penitencia religiosa que la acompaña siempre; pero no puede resistir a una crítica objetiva. Y, en efecto, entre los mismos penitenciaristas, se ha observado ya un movimiento de reacción con respecto a la prisión celular. Primero se predicó el aislamiento absoluto y continuo, de día y de noche (*Solitary confinement*). Después se vió que esto no era ciertamente un medio de ayudar a la enmienda del culpable, y entonces se moderó el aislamiento, guardándole de un modo diurno y nocturno, con visitas de limosneros, del director, de las comisiones de vigilancia, etc., a los detenidos (*Separate confinement*). Más tarde, se reconoció que realmente durante la noche era cuando importaba sobre todo establecer el aislamiento, y entonces se adoptó en la prisión de Auburn, el sistema al que ha dado su nombre: aislamiento celular durante la noche; trabajo en común durante el día, aunque con la obligación, imposible de imponer, del silencio. Posteriormente, cuando se vió que a pesar de la triple panacea del aislamiento, del trabajo y de la instrucción (sobre todo, religiosa), las reincidencias aumentaban siempre, se comprendió que no era verdaderamente razonable someter a un hombre durante meses y años a una vida tan monástica «de trapense», en aquellas monstruosas colmenas humanas (que bajo el nombre de «panóptico» Benthan mismo presentó a la Asamblea constituyente francesa), para entregarle, al expirar la pena, y tan pronto como haya traspuesto el dintel de la prisión, a todas las tentaciones de un medio al que sus pulmones no están ya habituados. Entonces se pensó en el *sistema progresivo*, primero en Inglaterra, por la iniciativa de Henderson y de Du Cane, después en Irlanda, donde tomó el nombre de sistema gradual irlandés o sistema del coronel Crofton. No se podía soñar en una cosa más simétricamente perfecta y que mejor confirme la ley heckeliana, según la cual «la ontología resume la filogenia»; porque recoge todos los sistemas precedentes haciendo de cada uno de ellos una fase del sistema gradual. Comienza, en efecto, por un período filadélfico de aislamiento absoluto «para que el conde-

nado se repliegue en su conciencia», o «para que tenga una impresión intensa de recogimiento y de temor». Viene luego un período auburniano, de aislamiento nocturno y de trabajo diurno en común (cuando se le hace trabajar), con la famosa obligación del silencio. Se llega después a un período «intermediario» en un establecimiento agrícola, con trabajo diurno fuera del establecimiento, como período de convalecencia, para reabilitar de nuevo los pulmones al aire libre; y esta es la etapa agregada por Crofton al sistema inglés. Por fin, viene el período de la liberación condicional (*ticket of leave*), en el que se da libertad al detenido, remitiéndole la última parte de su pena, que se considera como completamente sufrida si, durante este período o en el tiempo que sigue, no comete un nuevo delito.

El pasaje progresivo o regresivo de un período a otro, es operado por una especie de regulador automático, según el número de fichas ganadas o perdidas por el preso, conforme a su conducta buena o mala; y ya sabemos nosotros qué valor humano y psicológico puede asignarse a semejante comprobación: un valor puramente negativo.

Este sistema gradual o irlandés, está llamado a conquistar a Europa; si bien Bélgica, que ha sido hasta ahora la más fiel al sistema celular puro, ha abandonado su purismo en presencia de la experiencia cotidiana y ha sido también la primera en el continente europeo que ha introducido (en 1888) la condena condicional, hija legítima del abuso de las penas de reclusión muy cortas.

No niego que este sistema gradual sea mejor o menos malo que los otros; pero, sin embargo, es preciso no olvidar que un gran número de los efectos casi milagrosos de enmienda y de disminución en el número de las reincidencias y de los delitos (efectos que por una parte se atribuyen con gran elogio a cada nuevo sistema y que son desmentidos a continuación), eran debidos, respecto de Irlanda, a la emigración considerable en América de los liberados bajo condición, emigración que se elevó hasta el 46 por 100. No puede olvidarse tampoco que este sistema, teniendo necesidad más que otro alguno de un personal capaz, es de una aplicación menos difícil en países

como Irlanda, que no tienen más que algunas *centenas* de detenidos, pero que sería en cambio muy difícil de aplicar en Italia (1), donde se tiene un terrible «stock de malhechores», como decía Renzis, es decir (como hemos visto en el II capítulo), varias decenas de millar.

Pero lo que nosotros combatimos, lo que nosotros admitimos solamente como medio accesorio (hasta para la detención de los procesados, cuando la instrucción acaba de terminar), es el aislamiento celular en sí mismo, que llega al colmo de lo absurdo y de lo inhumano en las condenas de por vida.

Yo dije en 1886, y repetiré siempre, que el *sistema celular es una de las aberraciones del siglo XIX*.

La prisión celular es inhumana, porque elimina o atrofia el instinto social, ya fuertemente atrofiado en los criminales, y porque hace inevitable entre los presos la locura o la consunción (por onanismo, por insuficiencia de movimiento, de aire, etc.), y porque lleva a los penitenciaristas, para atenuar estos defectos, a construir para los asesinos celdas confortables, que son un atroz insulto a la miseria de las cabañas y de los desvanes donde vegetan en los campos y en los pueblos los trabajadores honrados. La psiquiatría ha notado igualmente una forma especial de enajenación que llama «locura penitenciaria», así como la clínica médica conoce la «tuberculosis de las prisiones».

El sistema celular no puede servir a la enmienda de los condenados corregibles (en los casos de detención temporal), precisamente porque debilita, en lugar de fortalecer, el sentido moral y social del condenado, y también, porque si no se corrige el medio social, es inútil prodigar cuidados a los presos que, apenas salidos de su prisión, deben encontrar de nuevo las mismas condiciones que determinaron su delito y que una previsión social eficaz no ha eliminado. Porque el error de los penitenciaristas está precisamente en concentrar su aten-

(1) La Ley italiana de 2 de Marzo de 1904, para el trabajo de los condenados en las regiones incultas y palúdicas, con una renuncia expresa y definitiva del sistema irlandés inscripto por fórmula en el Código, ha venido a dar la razón a estas líneas que yo escribí en 1892, en mi tercera edición.

ción exclusiva en la celda, olvidando los factores externos de la criminalidad.

El sistema celular es además ineficaz, porque aquel aislamiento moral mismo, que es uno de sus fines principales, no puede ser alcanzado. Los detenidos encuentran mil medios de comunicar entre sí, sea durante las horas de paseo, sea escribiendo sobre los libros que se les da a leer, ya sea escribiendo sobre la arena en los patios que atraviesan, ya haciendo sonidos en los muros de las celdas, golpes que corresponden a un alfabeto convencional. Basta leer *Los palimpsestos de la prisión*, de Lombroso, para tener de esto las pruebas más evidentes. «El vulgo y aun el mundo científico, creen de buena fe, que la prisión, sobre todo la celular, es un organismo mudo y paralítico o privado de lenguas y de manos, porque la ley le ordena callarse y no moverse. Pero como ningún decreto, aunque sea sostenido por la fuerza, puede prevalecer contra la naturaleza de las cosas, este organismo habla, se mueve, y alguna vez pega y mata, a pesar de todos los decretos; sólo, como sucede siempre cuando una necesidad de nuestra naturaleza se halla en conflicto con la ley, manifiesta su actividad por las vías inesperadas, siempre ocultas y subterráneas» (1).

El sistema celular es desigual: no sólo porque la diferencia de raza influye mucho sobre su práctica, siendo verdaderamente un triste mecanismo septentrional profundamente antipático a los pueblos del Mediodía, que viven de aire y de luz; sino sobre todo porque, en un pueblo, el aislamiento es sentido de manera muy diferente, según los distintos hábitos profesionales de los condenados. Y a este propósito, Faucher, Ferrús y Tarde, han hecho observar con razón, que en la organización de la prisión, es preciso tener en cuenta la diferencia que existe entre las poblaciones urbanas y rurales.

Por último, el sistema celular es demasiado costoso para que pueda sostenerse; por esto, aunque los legisladores en Alemania como en Francia e Italia, hayan decretado, en los Códigos o en las leyes especiales, que aquél será aplicado para todas las penas de privación de libertad, no se ha podido to-

(1) Lombroso, *I palimpsesti del cárcere*, Turín, 1891, Prefacio.

davía, afortunadamente, aplicarle de un modo completo, a causa de los enormes gastos que exigiría; se ha llegado hasta a renunciar a él en absoluto, como ha hecho Italia por su Ley de 2 de Marzo de 1904.

Se ha reconocido, en efecto, que aquél acaba por pesar de nuevo sobre las gentes honradas, imponiéndolas bajo forma de impuesto estos enormes gastos, o haciendo injustamente a los trabajadores honrados una concurrencia moral y material, que no será bastante extendida en general, en atención al número de obreros encarcelados, pero que es muy intensa para la localidad en donde existe una prisión celular con trabajo industrial; y a pesar de todo, el Estado no consigue cubrir sus gastos, porque el aislamiento celular no se presta evidentemente a una organización ventajosa del trabajo (1).

94.—Es suficiente que en las casas de detención se establezca el aislamiento de noche; y para esto no es ciertamente necesario hacer gastos enormes para perfeccionar la arquitectura y la higiene de las celdas.

El trabajo al aire libre: he aquí el único método útil para el aislamiento de los condenados, puesto que lo que hace al hombre es lo que come y lo que respira.

El aire, la luz, el movimiento, el trabajo de los campos, pueden sólo, dado el carácter meridional de nuestros pueblos latinos y la proporción considerable de los campesinos entre nuestros condenados, regenerar a los criminales menos degenerados, impedir en todo caso la consunción y el embrutecimiento de aquellos que son incorregibles, imponiéndoles un trabajo más remunerador.

La colonia agrícola, en las regiones por roturar, para los adultos, yendo de las más malsanas a las más saludables, según las categorías de delincuentes (natos, habituales y ocasionales) y la gravedad de los delitos cometidos; en los terrenos ya cul-

(1) Ferri, *Lavoro e celle dei condannati*, Roma, 1886 (y en el vol. *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, Turín, 1901); Prins, *Criminalité et répression*, Bruselas, 1886; Lombroso, *Illusioni dei giuristi sulle carceri*, en el *Arch. di psych.*, 1886, pág. 563.

Véase en el mismo sentido Browne, *Common sense and crime*, en la *Fortnightly Review*, Agosto 1895.

tivados, para los menores, bajo forma de casas agrícolas de corrección: este es el ideal, la forma típica del aislamiento de los condenados (1).

Donde quiera que existe aglomeración humana, hay fermentación y putrefacción humanas. Sólo el trabajo al aire libre responde a las necesidades de la higiene física y moral. Y si, para los condenados habitantes de las ciudades, el trabajo de los campos es menos conveniente, nada impide, y la medida sería hasta excelente, que toda colonia agrícola, para bastarse a sí misma, tanto como fuera posible, tuviese anejos talleres industriales a los que se destinaria a los condenados según el oficio que ejercieran cuando eran libres. Respecto de los condenados urbanos sin profesión (vagabundos, etc.), a pesar de la neurastenia que les hace incapaces de un trabajo serio y metódico, la colonia agrícola podría proporcionarles trabajos poco penosos, que es lo que conviene mejor, como lo demuestran fuera de la organización misma de las prisiones, el ejemplo de las colonias agrícolas que se han fundado en Holanda, Bélgica, Polonia y Austria, para los mendigos aptos y los vagabundos.

Para la segregación de los criminales se produciría idéntica evolución que para la de los locos: primero, para los unos así como para los otros, hospitales y prisiones con una vida en común horriblemente corrompida; después el acuartelamiento bajo forma de asilos de alienados y de prisiones monumentales, constituyendo un edificio único; más tarde para los locos lo que se ha llamado el sistema aldeano y el sistema escocés de las «puertas abiertas»; por último, la colonia libre como en Gheel en Bélgica, para muchos locos inofensivos que pue-

(1) A esta conclusión han llegado entre otros, Joly, *Combat contre le crime*, París, 1893, cap. XVI; Ferrero, *La lotta contra il furto*, en los *Archiv. di psych.*, XVI, 482; Griffiths, *Penal colonies*, en la *North Amer. review*, Diciembre 1896; Eula, *Dal carcere alla colonia agricola*, Milán, 1898. Es también a la que acaba de llegar el mismo Luchini, quien todos los meses, en su *Rivista penale*, provoca sistemáticamente a los escritores positivistas y dirige las maniobras que tienen por fin excluirles de la enseñanza... dispuesto a tomar cada vez más a la escuela positivista, sin decirlo, inspiración, instituciones y argumentos de hecho para sus proposiciones de ley. Ver su dictamen ya citado para la ley sobre el trabajo al aire libre de los condenados.

den ser utilizados, sobre todo en los trabajos agrícolas y en las pequeñas industrias (1).

Lo mismo debiera ocurrir para los delincuentes; el acuartelamiento de las grandes prisiones, sería sustituido con la vida en la atmósfera libre y oxigenada de las colonias agrícolas, método bastante superior para aislarlos de la sociedad civil durante un tiempo indeterminado.

95.—En cuanto a los delincuentes habituales, su carácter antropológico basta para advertirnos de que es preciso distinguir las dos fases de su actividad criminal, y en su virtud, las medidas propias a reprimirla. Es decir, que hace falta distinguir el momento en que cometen su primer delito, del período en que, por las razones que indiqué en los capítulos I y II, llegan a ser habituales y hasta incorregibles. Y en este caso es evidente que, en la primera de estas dos fases, serán tratados como los delincuentes de ocasión, de los que hablaré ahora; en tanto que en la segunda exigen ellos también las mismas medidas que acabamos de expresar para la defensa contra los criminales natos. La sola diferencia es, que los delincuentes habituales cometen la mayor parte de las veces hechos menos graves (robos, estafas, falsificaciones, etc.) que los criminales natos (quienes pueden igualmente ser ladrones natos, pero que no son tan peligrosos como si cometieran asesinatos, actos de bandolerismo, incendios y violaciones, etc.). Los establecimientos para incorregibles deberán, pues, apropiarse su disciplina, la duración de la detención, etc., a una de estas categorías de manera distinta que a otra. Y, sobre todo, mientras que, para el criminal nato, el primer delito bastará quizá, si es muy grave, a separarlo indefinidamente de la sociedad, en cuanto al delincuente habitual será necesario un número más o menos grande de

(1) Marandon de Montiel, *L'hospitalisation de la folie et les nouveaux asiles ouverts pour les aliénés*, en los *Ann. méd. psych.*, Noviembre 1895 e igual mes de 1896, Agosto 1897; Tolosa, *L'open-door en Ecosse*, en la *Rev. de psychiatrie*, Septiembre 1899.

Hasta para los *épilépticos* han sido reclamadas las colonias agrícolas por Perterson, en la *Americ. Journ. of nerv. ment. Disease*, Diciembre 1889.

Estas colonias han sido ya establecidas en Laforce, Francia, y en el Estado de New York (Colonia Oscar Craig), etc. Véase *Ann. méd. psych.*, Agosto 1894, pág. 170.

reincidencias, según la especie y las circunstancias de los hechos criminosos cometidos, antes que se le incluya entre los incorregibles.

96.—Respecto de los delincuentes ocasionales, la defensa social debería, sobre todo, tomar un carácter preventivo mucho más que punitivo; o sea que se impidiera que por una medida penal, que pudiera ser equivocada, fueran obligados a la reincidencia y acaben por ser delincuentes habituales e incorregibles.

Sobre todo para esta categoría interesa mucho distinguir los menores y los adultos; porque para los primeros, más que para los segundos, el carácter preventivo de la sanción social podrá producir efectos sensibles sobre la disminución de la criminalidad; teniendo en cuenta, sin embargo, que estas graduaciones bizantinas de responsabilidad, en que, cuando se trata de los menores, se detienen los Códigos—que encuentran en la precocidad del delincuente, en lugar de un síntoma de degeneración congénita y tanto más peligrosa, una razón abstracta de responsabilidad absoluta o relativa (1)—, se sustituyen con el estudio y la cura fisio-psíquica de los menores criminales o candidatos al crimen (2).

Comenzando por la cura moral y física de la infancia abandonada, que ya he recordado como uno de los medios más eficaces de sustituir la pena, para llegar desde allí a la corrección forzada y a la verdadera condena de los criminales jóvenes, encontramos todo un sistema de reformas radicales, siempre con exclusión para los menores del encarcelamiento.

No puede ser cuestión en cuanto a ellos atañe, el confiarles aisladamente a familias honradas (hablo de los menos anormales), y, sobre todo, el darles colocación en las colonias agrícolas, en donde, naturalmente, serán sometidos a disciplina dis-

(1) A esta consecuencia lógica llegó también Bozi, *Bekaempfung von Gewohnheitsverbrechens*, Berlín, 1895, al sostener que "el hábito, que debilita la voluntad, debe disminuir la responsabilidad del delincuente habitual".

(2) Como ejemplo del fetiquismo de la pena, véase Joly (de los *Delitos cometidos en la edad escolar*, en la *Revue pénit.*, 1894, pág. 885), quien propone instituir una jurisdicción escolástica para castigar los primeros delitos cometidos por los escolares.

tinta que la de las colonias agrícolas penales para adultos, pero en las que se observará siempre el aislamiento durante la noche, y el trabajo al aire libre por el día: se les empleará allí por tiempo indeterminado, evitando cuanto sea posible las grandes aglomeraciones (1).

En cuanto a lo que se relaciona con los delincuentes de ocasión ya adultos, es inútil ahora insistir acerca del absurdo y el peligro de las detenciones de corta duración, con o sin aislamiento celular, aun cuando sea ésta la forma casi exclusiva de la privación de libertad en los momentos actuales. Algunos días de prisión—y lo más a menudo los pasa el condenado en la sociedad de los delincuentes habituales—no pueden surtir efecto alguno de intimidación, sobre todo si se desciende a los mínimos ridículos de uno o dos días, como acontece en los Códigos de Holanda y de Italia; pues producen, por el contrario, efectos desastrosos, ora sea quitando todo carácter serio a la obra de la justicia, o borrando en los condenados todo temor a la pena, y empujándolos fatalmente a la reincidencia por el deshonor con que son para lo sucesivo señalados y por el contacto corruptor de los delincuentes habituales, que aquéllos han sufrido en la misma prisión.

Los efectos de ello son tan innegables, que puede decirse hoy que el plebiscito y la cruzada contra las penas de privación de libertad por corto tiempo, son unánimes, y, sin embargo, la prudencia de nuestros legisladores no lo ha tenido en cuenta al redactar el Código penal italiano, cuando una experiencia de varios años, hecha por todas las naciones, había ya demostrado cuán absurdas y peligrosas son dichas penas de corta duración.

Y en este momento se presenta espontáneamente el problema de la sustitución, con otros medios represivos, del número inmenso de las condenas impuestas por delitos leves. Teóricos y legisladores se han esforzado por señalar: las detenciones en el domicilio, la caución, la amonestación judicial, el trabajo obligatorio sin encarcelamiento, la suspensión condicional del

(1) He sostenido estas ideas en la *Sociedad de las prisiones de París*, sesión del 17 de Enero de 1901, a la cual fui invitado. Véase *Revue pénit.*, Febrero 1900 y *Scuola positiva*, Enero 1900.

juicio y de la pena, el destierro local; de todos estos sucedáneos existe uno que goza al presente de una boga que llega hasta el entusiasmo, que es el llamado «condena condicional» o suspensión de la pena (1).

A mi parecer, sin embargo, ninguna de estas medidas para sustituir los encarcelamientos de corta duración, puede tener la verdadera eficacia ni las aplicaciones frecuentes que exigiría la innumerable categoría de delincuentes ocasionales, autores de delitos poco graves.

Los arrestos en casa, que el Código penal italiano, en el texto definitivo, ha limitado a las mujeres y a los menores no reincidentes, para las contravenciones que se castigan con arresto que no excede de un mes (art. 21), no pueden ser aplicados con eficacia, porque serían inútiles o perjudiciales, sin contar con que la ejecución es muy difícil en las grandes poblaciones, donde sería preciso casi un centinela para cada delincuente condenado a esta penalidad.

La caución o garantía *de bene vivendo* es demasiado desigual para los pobres y para los ricos; es, en consecuencia, muy raramente aplicada en la práctica a la mayor parte de los condenados, para poder llegar a ser otra cosa que una medida excepcional y accesoria que se puede añadir a la reparación de los daños; tiene estos inconvenientes hasta cuando toma la forma de una fianza personal por parte de tercera persona.

La amonestación judicial (con o sin caución), que el nuevo Código penal italiano (arts. 26 y 27), ha querido hacer revivir, a pesar de la experiencia que de ella habían hecho por tan largo tiempo los Códigos derogados, y, no obstante la innovación audaz en verdad de llamarla «reprensión judicial», en lugar de amonestación (para distinguirla de la odiosa e inútil admonición de policía), no tiene nada de seria. O el condenado es verdaderamente un delincuente de ocasión sensible al honor, y entonces el juicio penal por sí sólo le servirá de lección, sin que el Juez tenga necesidad de dirigirle un pequeño discurso moral o un sermón; o esta sensibilidad moral falta al

(1) Véase entre otros Borillaire, *Peines qui pourraient, dans certains cas, être substituées, à l'emprisonnement*, en la *Rev. pénit.*, Junio 1893 y siguiente.

condenado, y en semejante caso la reprimenda constituirá un conjunto de palabras perdidas; no podrá surtir efecto alguno útil, ni sobre el culpable ni sobre el público. Tan verdadero es esto, que, aun antes del nuevo Código penal, la amonestación judicial no se aplicaba casi nunca en Italia.

El trabajo forzado sin prisión puede admitirse, no como si fuera una pena en sí, sino como medio de obtener aquella reparación rigurosa de los daños, en la que yo veo todavía y siempre la única sanción que puede aplicarse a los delincuentes que han cometido faltas leves. Otro tanto me atrevería a decir del destierro local, que es susceptible de ser agregado como medida de prevención y de satisfacción para los ofendidos, en muchos casos en que la pena debe consistir precisamente en la reparación de los daños (1).

Queda la condena condicional, que tiene hoy una literatura especial.

Veamos en lo que la misma consiste: con respecto a los autores de delitos leves, si no son reincidentes y si parecen merecer el beneficio de esta medida, el Juez puede suspender el fallo o la ejecución de la condena por un tiempo determinado; y si transcurre este tiempo sin que el delincuente haya tenido mala conducta ni cometido ningún delito nuevo, el juicio queda prescripto o la condena es tenida por no dictada; en caso contrario, o bien el fallo se ejecuta, o la condena se aplica al delincuente con aquella otra en que ha incurrido por el hecho delictuoso nuevamente realizado.

Esta suspensión condicional, ha tomado dos formas completamente diferentes:

En Boston, a partir de 1870 para los menores, y de 1878 para los adultos, y desde 1880 para todo el estado de Massachusetts, se suspende el juicio, aun sin considerar la naturaleza del delito y los precedentes del delincuente; el Juez no hace más que fijar el período (de dos a doce meses) que se llama de prueba. Existe un funcionario especial (*probation officer*) en-

(1) Sobre el fracaso completo de los sucedáneos de la pena, que han sido introducidos en el nuevo Código italiano, véase Costa, en los *Atti comm. stat. giudiz.*, Roma, 1895, pág. 436 y siguiente.—Véase también Rispoli, *Funzione dei surrogati e istituti affini*, en la *Riv. penale*, Octubre 1897.

cargado de vigilar a los individuos sometidos a esta experiencia, con poderes muy amplios, comprendido el de presentarlos al tribunal, aunque no sea más que por el hecho de mala conducta, y de hacerles condenar sin que haya habido, propiamente hablando, verdadera reincidencia.

Este sistema fué también introducido en la Nueva Zelanda y en Australia (acta del 6 de Octubre de 1886), con el siguiente preámbulo: «Hay razones para creer que ciertos delincuentes serían capaces de enmendarse si, en lugar de encerrarlos en una prisión después de la perpetración de un primer delito, se les dieran medios de portarse mejor».

En Inglaterra la ley «*The probation of first offenders*» del 8 de Agosto de 1887, ha unido el sistema de la experiencia, a la caución de buena conducta. El fallo sobreviene, pero sin que sea pronunciada una condena, y el beneficio de la suspensión es rehusado a cualquiera que haya cometido otro delito, o si el primero lleva anejo una pena de más de dos años de prisión. No existe *probation of ficer*, porque la vigilancia es reemplazada por la caución o fianza de buena conducta (1).

En la Europa continental se ha adoptado una forma diferente: no existe vigilancia alguna ejercida por un funcionario especial ni caución de buena conducta; el juicio es dado y la condena pronunciada; el beneficio de la suspensión de la pena no se pierde a causa de mala conducta, sino por una verdadera reincidencia. Tal es, fuera de las diversas condiciones acerca del límite de la pena, que hace posible la condena condicional, sobre el término asignado para la recaída, y sobre otras particularidades, el sistema propuesto primero en Francia en 1884, por el senador Bérenger, pero aplicado antes en Bélgica por la ley de 31 de Mayo de 1888, «sobre la liberación condicional y las condenas condicionales» (2), después en

(1) De la información hecha por la *Howard Association* entre los Magistrados más eminentes, resultó que éstos proponían la institución del *probation officer* en Inglaterra. Véase *Rev. penal.*, Julio 1898, página 105.

(2) En Bélgica Le Jeune ha propuesto la condena condicional hasta para los militares (*Rev. pénit.*, 1896, pág. 172), y mientras haya ejércitos permanentes, creo que aquélla podría encontrar allí sus aplicaciones más útiles, a causa de la naturaleza casi siempre disciplinaria de las infracciones y del conocimiento personal que se tiene de los soldados en cada regimiento.

Francia, por la ley de 26 de Mayo de 1891 «sobre la atenuación y agravación de la pena»; en Portugal por la ley de 6 de Julio de 1893 sobre la liberación y la condena condicionales; más tarde en Luxemburgo, Ginebra y Noruega.

Ya en los Congresos penitenciarios de Londres (1872) y de Roma (1885) se había discutido, pero sin tomar resoluciones, acerca de si convendría sustituir las penas de privación de libertad, impuestas por delitos leves, ya por una simple detención sin trabajo (Londres, Actas, pág. 408), ya por el trabajo obligatorio sin prisión, el destierro local o la amonestación judicial (Roma, Actas, I, 179, 258, 660).

Pero fué verdaderamente la *Unión internacional del derecho penal* quien, después de la *Howard Association* en 1881, hizo el mayor reclamo a la condena condicional: insistía aquélla, sin embargo, a consecuencia de las observaciones de Garófalo, «sobre la necesidad de determinar los límites según las condiciones locales y según el sentimiento y el estado moral de los diversos pueblos».

También, en San Petersburgo mismo (1890), se discutió, en el Congreso penitenciario sobre el reemplazo de las detenciones de corta duración con la reprensión judicial o con la condena condicional; pero no se pudo nunca llegar a un acuerdo, y la cuestión fué remitida al Congreso penitenciario siguiente (París, 1895).

Existen igualmente varios proyectos de ley sobre condena condicional, en Italia, Austria y Alemania, en donde Prusia, Saxe y Baviera la aplican ya por vía administrativa.

No creo a pesar de ello que, según los datos suministrados por estas aplicaciones se pueda desde ahora, visto el poco tiempo de estas experiencias, sacar conclusiones instructivas sobre los efectos de la condena condicional; y cuando, como en Boston, ciudad para la cual se cuenta con estadísticas a partir de 1879, pero donde la condena condicional se aplica principalmente a los borrachos, que no son, hablando con propiedad, verdaderos delincuentes, se encuentra para las reincidencias cifras como la del año 1889, en el que se elevaron a 64 por 1.125 (el 6 por 100), creo que no merecen aquéllas confianza

alguna (1). Cada vez que se ha ensayado un nuevo sistema o una nueva combinación penitenciaria, se han encontrado siempre cifras más o menos maravillosas para los resultados obtenidos; pero en seguida, por una especie de fatalidad, estos resultados magníficos comienzan a disminuir hasta dar conclusiones por completo diferentes y a sugerir la necesidad de combinaciones nuevas y más prácticas. La razón de esto es y será siempre la siguiente: que los legisladores, jueces, guardianes, están en la misma ignorancia relativamente al hombre criminal, y que la acción de los unos permanece completamente extraña a la de los otros. De aquí deriva el carácter por lo menos superficial de las medidas tomadas, siempre en consideración al delito mucho más que al delincuente, sin llegar nunca, por lo tanto, a las verdaderas raíces de la criminalidad; de aquí también, las inevitables desilusiones proporcionadas por la realidad, desde que ha pasado la luna de miel de toda invención penal o penitenciaria.

Estoy bien lejos de admitir las objeciones principales de Kirckenheim y de Wach y de pensar con ellos, de una parte que la condena condicional viole el principio de la justicia absoluta, que quiere que todo delito sea seguido de su pena correspondiente, y de otra parte que si las penas de privación de libertad a corto plazo han dado malos resultados, no es esta una razón para abolirlas, sino más bien para intentar aplicarlas con más oportunidad y eficacia.

La primera de estas objeciones no tiene realmente valor alguno para aquel que sigue los principios y el método de la escuela positiva, y es inútil, como dijo con razón Gautier, discutir sobre las consecuencias, cuando se parte de premisas tan opuestas como lo son entre sí el principio de la justicia distributiva y el de la reparación social. Todo lo que esta objeción

(1) *Probation Work in the county of Suffolk for the year ending 31 dec. 1899*, Boston, 1889.

Otro tanto decimos de Francia, a propósito de la cual se puede ver una relación en el *Journ. Soc. Statist.*, París, Febrero 1895. En este país, en 1893, de 160.015 condenados, 20.404 (el 12 por 100) lo fueron condicionalmente.

En Inglaterra, en 1896, de 39.737 condenados, 8.873 también lo fueron condicionalmente (Bodio, en la *Riv. carcer.*, Agosto 1898).

demuestra es, que la condena condicional es una concesión obligada del doctrinarismo clásico al positivismo heterodoxo.

La segunda no me parece mejor fundada; porque el defecto de las detenciones de corta duración es orgánico, y, por lo tanto, inevitable: no pudiendo tener estas modalidades más que una influencia muy secundaria, no se trata de su ejecución práctica más o menos eficaz; si no que es, por el contrario, la detención a corto plazo, en sí misma una cosa poco seria y de ninguna utilidad.

Y no obstante, y aun prescindiendo de las demás objeciones de detalle, que se dirigen sobre todo a la forma dada por la Europa continental a la condena condicional, en comparación con el sistema americano, que es ciertamente preferible porque no abandona al condenado a sí mismo y no se limita a la sola reincidencia legal, no soy entusiasta de la condena condicional, por lo menos mientras que la justicia penal siga los actuales métodos reformados de una manera más o menos superficial. No lo soy a pesar de la primera impresión muy favorable, a causa de razones diferentes de las que han sido utilizadas hasta ahora por los adversarios de esta reforma.

Desde la primera edición italiana de este libro, he sostenido que la represión debía ser suave para los delincuentes de ocasión y progresivamente severa para los reincidentes, hasta llegar a su separación de la sociedad por un tiempo indeterminado. El proverbio popular italiano—«a la primera vez el perdón y a la segunda el bastón»—, no es más que la confirmación inconsciente de esto mismo que observo.

Por ello, a primera vista, la condena condicional, sobre todo si a la misma se añade, como en la ley francesa, la agravación sucesiva de las penas contra los reincidentes, se presenta bajo un aspecto seductor.

Pero si se estudia con alguna atención tal como ha sido aquélla propuesta, se ve que tiene dos defectos orgánicos, que corresponden al sistema penal en vigor, y que los partidarios de la condena condicional, indecisos en su mayor parte entre la teoría clásica y la de los positivistas, naturalmente no tratan de corregir. Es el primero que, al considerar la escuela clásica el delito, y al exigir la escuela positivista que se considere

al delincuente, sobre todo según la categoría antropológica a que pertenezca, los partidarios de este género de condena (lo mismo que las leyes que la han regulado hasta el presente), permanecen entre las dos, mirando hacia el delincuente más que hacia el delito, pero a un delincuente medio y como abstracto, no viviente y palpitante como el que se observa en las diversas categorías antropológicas. Para probarlo es suficiente recordar que el art. 9.º de la ley belga admite la condena condicional, teniendo en cuenta la naturaleza de la pena, y supuesto que ésta no exceda de seis meses, *jaun cuando resulte de la acumulación de varias penas!* Esto equivale a decir que se admite la condena condicional en el caso de un concurso de hechos criminosos, que es en el fondo una reincidencia y que, en todo caso, basta para probar, salvo raras excepciones, que no se encuentra uno en presencia de un verdadero delincuente de ocasión.

Las dos condiciones fundamentales para la condena condicional en Europa (delito leve y delincuente no reincidente) no garantizan, pues, absolutamente que ésta sea correctamente aplicada, aun cuando el carácter personal del delincuente sea a la vez sometido de un modo indirecto a la observación del Juez, a fin de que éste, según las circunstancias del hecho y de las personas, vea independientemente de aquellas condiciones legales, si es o no oportuno dar a la condena el carácter condicional.

Pero además sabemos que al amontonamiento de los culpables en las prisiones llenas de condenados a penas de corta duración responde de una manera dolorosa el hacinamiento de los tribunales correccionales y de policía, llenos de procesados. Ocurrirá, pues, inevitablemente que los jueces, aunque sólo sea por esta razón numérica, acabarán por tomar las costumbre de conceder casi mecánicamente la condena condicional, como han tomado la de admitir casi siempre las circunstancias atenuantes que, sin embargo, fueron introducidas en Francia, en 1832, con el fin «de individualizar la pena», es decir, de recordar al juez que es preciso adaptar la condenación al *delincuente* y no al delito.

En tanto que el procedimiento penal no sea reformado de

un modo radical, como nosotros pedimos, de tal suerte que la reunión, la discusión, el juicio de las pruebas, únicos elementos que deben constituir el proceso penal, no sirvan más que a establecer la categoría antropológica, o sean los caracteres fisis-psíquicos del delincuente, será humanamente imposible que la aplicación práctica de estos instrumentos judiciales triunfe del sistema mecánico e impersonal que aplica una pena a un delito en vez de juzgar a un hombre. Tan cierto esto, que ya en Bélgica, por ejemplo, se ha reconocido que la condena condicional, deformada al contacto de los hábitos judiciales, llega a menudo a no representar otra cosa que una transacción de conciencia entre los Jueces, quienes, en las causas juzgadas por indicios, no someten la prueba a una crítica muy escrupulosa, aun cuando por compensación condenan sólo condicionalmente.

Así, pues, la condena condicional, aun cuando deba su origen al abuso y a los efectos desastrosos de las detenciones demasiado cortas, y se funde en el axioma—«a la primera vez el perdón y a la segunda el bastón»—no representa, según mi criterio, más que un compromiso ecléctico injertado en el añoso tronco del Código penal y del procedimiento penal. Por estas consideraciones, y contra sus apariencias seductoras, me parece está destinada, una vez que haya pasado la luna de miel de sus primeras aplicaciones, a no dar en la práctica todos aquellos efectos bienhechores que sus partidarios se prometían; aunque ella marque, es preciso reconocerlo, un paso hacia el sistema positivo de defensa social, que se apoya en la apropiación de la defensa al poder ofensivo del delincuente.

La condena condicional, justamente porque ha sido adherida al viejo tronco clásico, tiene otro defecto más grave, al olvidar las víctimas del delito. Porque sus partidarios continúan considerando la reparación de los daños como de interés privado, cuya aplicación rigurosa se debe recomendar en principio, aunque entretanto aquéllos dejen su práctica en un completo olvido.

Se puede igualmente decir que desde este punto de vista la condena condicional es la antítesis de un progreso en el estado actual; porque la parte ofendida no tendrá siquiera, en los casos

de lesiones, robo, etc., la satisfacción de ver sufrir la pena al ofensor. Y no se diga con Flayer, que la pena, aunque condicional, es siempre una pena, que implica la desaprobación de la autoridad pública, que lleva tras de sí la reincidencia, y que, en todo caso, permanece suspendida sobre la cabeza del condenado hasta la expiración de un término fijo (1). Estas son cosas bellas, salvo la reincidencia, que supone una repetición poco consoladora del delito de parte de aquel que ha sido condenado condicionalmente, lo cual no puede dar más que una satisfacción mediocre a las víctimas del primer delito; pero a la par estas cosas están en el aire y son meras teorías: lo que hay de positivo y real para la parte ofendida, es que el autor del daño queda impune. Los delincuentes de ocasión merecen consideraciones, atendiendo a una prevención especial; pero las gentes honradas que han sufrido por su culpa, merecen más consideraciones todavía.

Sostengo, por lo tanto, no como ha propuesto Garófalo en la reunión de Bruselas, que la condena condicional deba ser sometida al consentimiento de la parte lesionada (2), sino que no debe concederse más que cuando ha sido cumplida o asegurada, por parte del delincuente, la reparación de los daños, hecha por él, sea directamente al ofendido, sea al Estado que habrá ya indemnizado a éste, según el sistema propuesto por nosotros.

En fin, para los delincuentes ocasionales que cometen un delito leve, en circunstancias que demuestran que no son de temer, creo, según ya he dicho, que la reparación de los daños debiera bastar como sanción defensiva.

Y en cuanto a los delincuentes ocasionales, autores de transgresiones graves, para los cuales la reparación del daño no es suficiente, se debería añadir, en los casos de una gravedad intermedia, un destierro local temporal, y, en los casos más graves, el internado por tiempo variable en una colonia agrícola, con un trabajo, una disciplina y condiciones generales menos

(1) Flayer, citado por Worms, *Condamnations conditionnelles*, en el *Bull. Soc. Prisons*. París, 1901, pág. 380.

(2) *Bulletin de l'Union intern. de droit pénal*, 1899, I, 149.

rigurosas que las que se establecieran en las colonias agrícolas destinadas a los delincuentes natos y a los reincidentes.

97.—Queda en último lugar la categoría de aquellos que se han hecho culpables en un transporte de pasión.

Sobre los individuos de este género, es evidente que ninguna pena puede ejercer un impulso contrario al delito, puesto que las circunstancias mismas en que le cometen hacen imposible por su parte toda acción eficaz proveniente de la amenaza legislativa. Creo, pues, que en los casos típicos de los delincuentes de esta clase, cuando éstos no presentan una forma psicopática que les designe el manicomio criminal, las penas de privación de libertad ordinarias no pueden servir para nada, y que no se les debe condenar más que a reparar rigurosamente los daños causados a las víctimas, lo que será bastante para que sean castigados, aun cuando no lo hubieran ya sido, inmediatamente después del delito, por los remordimientos sinceros y dolorosos. También se podría agregar, por un tiempo indeterminado, un destierro local que les alejara del lugar en donde el delito ha sido realizado y habita la familia de la víctima. Pero es preciso recordar que hablamos aquí de los delincuentes en quienes el transporte de pasión es verdaderamente típico, y que presentan los caracteres específicos que yo he esbozado en el capítulo I. El caso es diferente, si se trata de delincuentes que han sido simplemente provocados y en quienes falta estos caracteres salientes, por ejemplo, de aquellos que han cometido un homicidio en un justo movimiento de cólera para vengar la sangre derramada, para reparar su honor, por sospecha de adulterio, etc., de aquellos que han dado golpes y causado lesiones en un arrebató erótico, etcétera (1).

Estos individuos entran mejor en la categoría de los delincuentes ocasionales y deben ser tratados como ellos (2).

(1) Bonanno, *Il delinquente per passione*, Turín, 1896; Puglia, *In torno ai delinquenti per passione*, en la *Riv. Carc.*, Mayo 1897.

(2) En cuanto a los delincuentes políticos, es decir aquellos que, además de la heterodoxia de sus opiniones y de la propaganda político-social, llegan a la ejecución material de algún atentado, se debe, natu-

Hemos trazado así en estos criterios generales, el sistema práctico de defensa social preventiva y represiva contra las diferentes categorías de delincuentes, en armonía con las inducciones positivas del estudio científico del delito considerado como fenómeno natural y social (1).

Este sistema defensivo deberá necesariamente, por la fuerza de las cosas, sustituir a los sistemas criminales y penitenciarios clásicos, cuando, primero, se considere el delito como un síntoma de patología individual y social, y no como el acto de una voluntad libre y malévola; cuando, además, la experiencia cotidiana haya, por la evidencia de los resultados, hecho completa la convicción ya más o menos declarada, pero desde ahora general, de que estos sistemas, en vista de su doctrinarismo teórico y de sus efectos prácticos cada vez más desastrosos, son incompatibles con las necesidades de la vida social.

ralmente, según pertenezcan a esta o a la otra categoría antropológica, aplicarles las sanciones propuestas para esta categoría; aunque se debe también recordar que el carácter especial de su personalidad (casi siempre normal) y de su criminalidad específica (evolutiva), demanda que se tengan más consideraciones; o lo que es igual, que se debería limitarse a desterrarles, o a internarles por algún tiempo, sin ninguna de las restricciones y exigencias disciplinarias que son necesarias para el tratamiento de los delincuentes ordinarios y por tendencias atávicas.

Véase en el mismo sentido, Lombroso y Laschi, *Il delitto politico*, Turin, 1890, parte II, capítulo II.

(1) Es de notar que Tolstoi, en su última novela *Resurrección* (segunda parte), aunque haciendo a la escuela positiva italiana el cargo inmerecido de no haber planteado ni resuelto el problema que dice: —*¿Por qué algunos hombres tienen el derecho de castigar a los demás?*—(a lo cual ya he respondido en el capítulo III de esta obra), llega, sin embargo, cuando refiere las observaciones psicológicas hechas sobre los procesados, a dar una clasificación que coincide en gran parte con nuestras conclusiones.

Enumera, en efecto, las cinco categorías siguientes: I, víctimas de errores judiciales.—II, delincuentes a consecuencia de un estado anormal de irritación, de embriaguez, de celos, etc.—III, autores de delitos contravencionales (contrabando, delitos forestales, etc.)—IV, delincuentes de una elevación moral por encima de la media (delincuencia evolutiva).—V, delincuentes habituales (infancia abandonada), entre los cuales existen ciertos "tipos de delincuentes que, como afirma la escuela italiana, pagan la responsabilidad hereditaria de sus antepasados".



CONCLUSIÓN

PORVENIR DE LA CIENCIA Y DE LA PRÁCTICA PENALES

Si volvemos nuestras miradas sobre las condiciones generales del pensamiento científico moderno, que nos ha conducido a aplicar un nuevo método al estudio de los delitos y de las penas, y de donde ha surgido la ciencia nueva de la antropología criminal; si recordamos en particular los resultados esenciales de la antropología y de la estadística criminales, una conclusión definitiva se presenta ante nosotros espontáneamente. Que de hoy para siempre la ciencia criminal, quedando como una ciencia jurídica en sus resultados y en su fin, debe, no obstante, en su base y medios de investigación, llegar a ser una rama de la sociología, y por lo tanto, tener como fundamento el estudio preliminar de la antropología y de la estadística, en la parte de estas ciencias que estudia al hombre criminal y su actividad antisocial.

El estudio de los fenómenos sociales, esto es, de la actividad humana en el organismo social, constituye en la creación de Augusto Comte, la ciencia de la sociología general, que después se subdivide en un cierto número de ramas particulares, según el orden más especial de los fenómenos sociales que se dedica a estudiar.

La lucha por la existencia puede ser sostenida por cualquier hombre con una actividad normal, o sea coordinada con las condiciones de existencia de los demás individuos y de la sociedad entera; o bien, bajo la acción perturbadora de los factores naturales que he señalado en los capítulos precedentes, puede mantenerse con una actividad anormal, contraria a estas condiciones de la existencia individuo-social. Por esto las sociologías particulares se desenvuelven en dos direcciones

distintas aunque no separadas, porque parten ambas de la sociología general, estudiando las unas la actividad humana normal, ya sea social o jurídica, y las otras la actividad humana, antisocial o antijurídica.

Así, lo mismo que, en el orden orgánico, sobre el fundamento común de la biología general (ciencia de la vida individual), se distingue, para el estudio especial de los fenómenos vitales, normales o anormales, la fisiología y la patología; lo mismo, en el orden superorgánico (como diría Spencer con una idea acaso inexacta), sobre el fundamento común de la sociología general (ciencia de la vida social), se distinguen para el estudio especial de los fenómenos sociales normales o anormales, de un lado la sociología económica, jurídica y política, y de otro la sociología criminal.

Por este motivo decía, en la introducción, que la innovación aportada por la escuela criminal positiva, no se limita a una simple alianza del derecho criminal y penal con la antropología y la estadística criminales; sino que es en realidad una reforma radical de método y de organismo científico, que se despliega en la ciencia nueva de la sociología criminal de la que, la antropología (para el estudio de los hechos orgánicos y de los hechos psíquicos) y la estadística criminal, de una parte, y de otra el derecho criminal y penal, no son más que capítulos especiales.

Sin embargo, estas ideas expresadas por mí desde hace varios años, proponiendo desde el comienzo el nuevo nombre de sociología criminal (1), y que han sido aprobadas por la mayor parte de los positivistas, han encontrado las reservas y restricciones eclécticas ordinarias, no sólo de parte de los criminalistas clásicos, lo que era muy natural, sino también entre algunos hombres que a pesar de ello siguen con simpatía y sostienen las conclusiones teóricas y prácticas de la escuela positiva. Es, pues, necesario decir algunas palabras acerca de las relaciones entre el derecho penal y la sociología criminal, y entre la sociología criminal y la política criminal.

(1) Ferri, *Il diritto di punire come funzione sociale*, en el *Arch. di psch.*, 1882, III, fascículo I, pág. 5; ídem, *La scuola positiva di diritto criminale*, Siena, 1883, pág. 31; ídem, *Socialismo e criminalità*, Turín, 1883, págs. 16, 40, 42 y 43.

Puglia, aunque partidario decidido de la escuela *positiva* comenzó por declarar que para él «la ciencia criminal» aun *con la ayuda* de las ciencias naturales y sociales, es sin duda una ciencia sociológica como todas las demás ciencias jurídicas; pero que él sostiene como *inmutable* su naturaleza de ciencia puramente jurídica» (1).

Añadía después que la antropología criminal, la sociología criminal, la penología, la ciencia del derecho de prevención, la estadística de la ciencia criminal y la ciencia criminal, debían todas, cada una por su parte, *ocuparse exclusiva y separadamente de sus objetos respectivos* (2).

Sin contar lo que hay de incompleto en decir que se trata solamente, en cuanto a las ciencias naturales y sociales de prestarles ayuda, y no de renovar por el método científico el estudio del delito, sin hablar de la *inmutabilidad* que se intenta oponer a la transformación de todas las ciencias y de todas las formas de la vida, el sistema celular que Puglia quisiera aplicar a los diferentes grupos de estudio que nos ofrecen los datos de hecho para la génesis del delito y suministran las conclusiones para la defensa que le será opuesta, es no sólo inexacto en el establecimiento de sus tabiques aisladores, sino que encuentra un mentís en la imposibilidad de aplicarle. En efecto, el estudio de la pena considerada como medio de represión entraría, según Puglia, en la sociología criminal, la penología y el derecho de represión; mientras que el delito pertenecería a la antropología, a la sociología criminal y a la ciencia del derecho de prevención. Esto equivale a decir que, a pesar del esfuerzo hecho para aislar completamente un estudio del otro, existen entre los dos continuos puntos de contacto; lo que basta para probar que no se puede aislar las diferentes partes de una misma ciencia como órganos diversos de un organismo entero, sino que se las debe solamente distinguir.

La antropología y la estadística criminales, como el dere-

(1) Puglia, *Le droit de répression*, Prolusión, pág. 25.

(2) Puglia, *Resorgimento ed avvenire della scienza criminale*, Palermo, 1886, pág. 52. Puglia ha insistido en la *Autonomia della scienza del diritto penale*, Mesina, 1893; pero al contestar a las críticas que yo le he dirigido desde mi tercera edición, no ha formulado argumentos nuevos.

cho criminal y penal, no son más que capítulos diferentes de una ciencia única que estudia el delito considerado como fenómeno natural y social, y, por lo tanto, jurídico, y de los medios más eficaces para la defensa preventiva y defensiva de la sociedad (1).

Pero las ideas de Puglia han sido repetidas después de él por los italianos, y en el extranjero por Gretener, Liszt, Garraud, Sergejewski, Gauckler, Meinick, etc. (2).

Para ellos el derecho penal estudia el delito y la pena como «fenómenos jurídicos», en tanto que la sociología los estudia como «fenómenos sociales» y se propone esta triple misión: describir la delincuencia, en el pasado y en el presente—determinar los factores individuales, físicos y sociales—, indicar los medios para combatirla.

Como se ve, en el fondo de esta pretendida separación existe por completo aquella idea anticuada de los fenómenos jurídicos, que hemos ya encontrado a propósito de la teoría de la responsabilidad, en la distinción que los clásicos establecían entre defensa social y defensa jurídica. Pero cuando se admite (y es imposible no hacerlo), que los fenómenos jurídicos no son más que fenómenos sociales, porque derecho y sociedad son términos inseparables y correlativos, se reconoce inmediatamente todo lo que hay de artificial en separar así la ciencia

(1) Este es también el pensamiento de Dorado, *La sociología y el derecho penal*, en los *Annales Inst. intern. Sociol.*, 1895, I, págs. 305 y siguiente.

(2) Gretener, *Ueber die italianische positive Schule des Strafrechts*, en la *Zeitschrift des Bernischen Juristenverein*, 1885, XX, 1; Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, segunda edición, Berlín, 1884, y *De la répartition géographique des crimes dans l'Empire allemand*, en los *Archives d'Anthr. crim.*, Marzo 1886; Garraud, *Rapports du droit pénal et de la sociologie criminelle*, ibidem, 1886, V, 1; Sergejewski, *Das Verbrechen und die Strafen als Gegenstand des Rechtswissenschaft*, en la *Zeitsch. f. die ges. Strafrechtsw.*, 1882, pág. 211 y examen de su obra por Frassati, *Dieneue positive Schule des Strafrechts in Russland*, ibidem, 1890, X, fascículo V, y en el volumen *La nuova scuola di diritto penale in Italia ed all'estero*, Turin, 1891, pág. 229; Gauckler en el *Bull. un. inter. droit pén.*, 1893, IV, 37; Dallemagne, *La sociologie criminelle*, en los *Ann. Soc. Méd. leg.*, Bruselas, 1893; Tarde, *La sociologie criminelle et le droit pénal*, en los *Essais et mélanges sociologiques*, Lyon, 1895, y en la *Scuola positiva*, Septiembre 1893, con las monografías sobre el mismo asunto de Garófalo y de Liszt; Meinrich, *Strafrecht und kriminalpolitik*, en *Zeitsch. f. ges. Strafrechtsw.*, 1897, XVI, pág. 779.

que estudia el delito como fenómeno jurídico de la que le estudia como fenómeno social.

El derecho criminal y penal, como ciencia que subsiste por sí misma, no se comprende mas que si se continúa, con la escuela clásica, considerando el delito como entidad jurídica abstracta arrancada a la realidad natural que es su terreno propio. Pero no ocurre lo mismo cuando se admite, como lo hacen muchos autores, por una concesión inevitable a los hechos establecidos por la ciencia positiva, que el delito como fenómeno jurídico, no es otra cosa que el delito como fenómeno social, teniendo en cuenta que el delito no existe más que como hecho natural cuyos diversos factores y aspectos pueden ser comprobados y estudiados, aun cuando no por ello dejan de ser inseparables entre sí. Lo mismo que sería absurdo separar el estudio de los factores individuales del delito del de sus factores sociales, sería igualmente absurdo pretender separar el estudio de su aspecto natural y social del de su aspecto jurídico.

El estudio científico y experimental del delito, y, por lo tanto, de los medios preventivos y represivos que pueden defender de él a la sociedad, es el contenido de la sociología criminal, ciencia única y compleja.

Esto no impide que ella tenga capítulos distintos, aunque paralelos e inseparables, según los aspectos especiales del fenómeno criminal y de los medios de combatirle cuyo estudio emprende.

También es extraño que Liszt, por ejemplo, quiera separar el delito penal de la sociología criminal (viendo con error, como Puglia, en este último término un sinónimo de estadística criminal), cuando rehúsa después admitir que la penología exista como ciencia autónoma, y dice con razón que no es más que un capítulo de la ciencia general de los delitos y de las penas.

Esta pretendida separación entre el derecho penal y la sociología criminal no tiene sólo importancia teórica, pues también la posee práctica.

Si se cree que el criminalista debe estudiar únicamente el delito y la pena como entidades jurídicas, dejando a la socio-

logía el cuidado de ocuparse del delito como de un fenómeno social en su génesis natural, y, por consecuencia, a las doctrinas preventivas el de procurar su profilaxis, encargando a la ciencia penitenciaria la misión de estudiar la pena como aplicación práctica de una regla jurídica abstracta, resultará de ello (lo que ya ha sucedido con la escuela clásica) que cada una de estas ciencias y de sus aplicaciones irá por su lado, sin que haya entre ellas inteligencia alguna, y existiendo a menudo oposición entre sus métodos y sus intenciones....., y mientras tanto, ¿quién es el que lo sufre? La sociedad civil, que queda sin defensa contra los ataques de los criminales, y que no hace nada por prevenirlos; y también el condenado mismo, quien permanece perdido entre los engranajes incoherentes de un mecanismo represivo ciego.

Un hombre mata a otro para despojarle.

Este es un hecho que, bajo una forma u otra, se reproduce desgraciadamente todos los días.

Por lo tanto, es preciso estudiarle: pues bien, partamos la carga. Vos, sociólogo criminalista, estudiaréis las causas que han llevado a este hombre a cometer la muerte de un semejante: hasta ahora la ciencia criminal clásica no se había ocupado de ello por completo, aceptando el hecho consumado: ella hacía mal, lo reconocemos; pero atended, nada de confusión: vos, sociólogo criminalista, debéis tomar también con vosotros la antropología y la estadística criminal, aunque retirándoos a vuestra celda para estudiar los factores naturales de esta muerte. Vos nos haréis conocer después los resultados de estos estudios, que serán ciertamente interesantes; pero entretanto, por nuestra parte, debemos observar la división del trabajo. Estudid, criminalista, el asesinato como hecho jurídico; ved si ha sido intentado o consumado; con o sin premeditación; si es simple o cualificado; pero no os ocupéis de otra cosa: a lo sumo nos indicaréis la pena que consideraréis proporcionada a la responsabilidad moral del matador: id a encerraros a vuestra celda para meditar sobre esto. Vos, funcionario de policía, no tenéis desgraciadamente nada que hacer en el caso que nos ocupa; pero no olvidad, al salir, el prevenir los demás atentados a la vida que pueden cometerse; vigilad las personas sospechosas; haced cerrar

los establecimientos de bebidas a cierta hora; prohibid el uso de armas; y esperemos que vuestros cuidados sean eficaces. Vos, procesalista, retiráos a otra celda y estudiad el mejor medio de juzgar a este criminal; prestad atención a que es más bien una víctima de la autoridad social, y que es preciso, sobre todo, protegerle contra los excesos de poder, pronto a hacerle comparecer en seguida *por fórmula* a los debates en que el Juez deberá ocuparse principalmente del crimen que ha cometido aquél, y del artículo del Código penal que debe aplicársele. Y vos, por fin, penitenciario, esperad que el Juez le haya condenado, por ejemplo a diez años, cinco meses y nueve días de reclusión; no os ocupéis de lo que el sociólogo criminalista puede estudiar en su celda; retiráos por vuestra parte para inventar y combinar un sistema de prisión, bajo el cual el condenado pueda pasar sus diez años, cinco meses y nueve días; y no olvidéis que, transcurrido el último día, deberéis ponerle en libertad, siempre sin preocuparos un solo instante de lo que hayan hecho por su parte vuestros colegas en esta extraña colaboración.

Esto es lo que se ha hecho hasta el presente y lo que se continuaría haciendo, si uno se contentase con unir la sociología criminal a las otras ciencias que tienen la costumbre de prestar al derecho penal su concurso soñoliento. Tan cierto es esto, que en los tratados de derecho penal, por ejemplo, en los de Garraud y de Liszt, la sociología criminal es mencionada en el capítulo de introducción al mismo tiempo que las otras ciencias auxiliares; pero después el criminalista continúa por su propia cuenta su trabajo silogístico ordinario sobre el delito y la pena, considerados «como fenómenos jurídicos», es decir, como entidades abstractas; sin inquietarse más de saber cuáles son sus condiciones determinantes, y cuáles serán la ejecución y los efectos de las sanciones penales que él prescribe.

Y la criminalidad, planta malhechora, crece con vigor y extiende sus raíces cada vez más profundas, a través de las enormes soluciones de continuidad que existen en la práctica entre el texto de la ley, las sentencias del Juez, la organización de las prisiones y de las llamadas medidas preventivas.

Nosotros, en cambio, sostenemos que el orden de los fenó-

menos es uno y una debe ser también la ciencia que se encargue de estudiar las causas, condiciones y remedios de los mismos.

Ciertamente, el sociólogo criminalista no se hará antropólogo, estadístico, penitenciario, como lo han hecho hasta el presente los positivistas porque la división del trabajo no existe nunca, sabido es, al comienzo de una ciencia. Pero no debe permanecer extraño a los estudios y resultados de estas ciencias especiales, que son como otros tantos capítulos de la ciencia compleja.

De igual manera el sociólogo economista no está obligado a hacer *exprofeso* estudios de química, de fisiología, psicología y estadística; y sin embargo no puede ser sociólogo si, buscando las relaciones entre los estudios particulares y los fenómenos económicos, no conoce, no sigue y no aplica las inducciones fundamentales que ellas le ofrecen; y así también, en la sociología criminal, existe una conexión más íntima entre las partes que la componen, precisamente porque se refieren todas ellas a un hecho único aunque complejo y proteiforme, es decir, al delito y a la necesidad que nos impone de defendernos de él, ya sea previniendo sus manifestaciones, ya reprimiendo a sus autores del modo más apropiado.

No obstante la separación entre el derecho penal y la sociología criminal se ha presentado más recientemente bajo una forma menos ingenua y menos franca: se ha dicho que la sociología criminal no es verdaderamente una ciencia auxiliar del derecho criminal, sino que más bien se confunde con la política criminal (*kriminalpolitik*).

Además, Liszt, que reproduce muchas conclusiones de la escuela positiva, sin decir de quién las ha tomado, deja entender que para él no existe más que la política criminal, fundada sobre la biología criminal (antropología) y sobre la sociología criminal (estadística); y desarrollando la noción que tenía dada sumariamente en la tercera edición de su tratado, la define como «el conjunto sistemático de los principios fundados en el examen científico de los orígenes del delito y de los efectos de la pena, principios según los cuales el Estado debe combatir la delincuencia con auxilio de las penas y de instituciones análogas». La política criminal estará siempre separada

del derecho penal propiamente dicho, que estudia el delito y la pena bajo su aspecto técnico-jurídico (1).

Liszt, no acepta tampoco todos los resultados suministrados por la antropología criminal; pero, aun prescindiendo de esto, encuentro que su concepción de la política criminal es equivocada o inexacta.

Es equivocada si entiende realmente por política criminal la ciencia de la criminalidad estudiada por el método positivo como fenómeno natural y social, y no jurídico solamente; porque entonces esta política criminal no sería otra cosa que la sociología criminal; y Liszt mismo lo deja entrever, cuando dice que las nuevas denominaciones de criminología y de penología son incompletas, considerando que, al inspirarse en estudios positivistas, no atienden más que al delito o la pena, y por consiguiente, no abrazan todo el conjunto de las ciencias penales, que ha querido designar precisamente en este mismo sentido por el término de «*gesamte Strafrechtswissenschaft*.» Mas entonces es un error hacer de la sociología criminal un sinónimo de la estadística criminal, sólo para no usar el título comprensivo de «sociología criminal», que es el único exacto y completo; además no se comprende el por qué de este aislamiento nuevo del derecho penal que vuelve a ser un estudio técnico-jurídico del delito y de la pena, colocado fuera de la pretendida política criminal (tomada en su sentido más amplio) como un puro ejercicio escolástico de abstracciones teóricas.

Pero, sobre todo, esta concepción de la política criminal es inexacta, porque si realmente puede haber una política criminal, no puede ser más que el arte práctico de apropiarse las conclusiones generales de la sociología criminal a las exigencias

(1) Liszt, *Kriminalpolitische Aufgabe*, en la *Zeitsch. f. die ges. Strafrechtsw.*, 1889, IX, 443-454; ídem, *Die psychologischen Grundlagen der kriminalpolitik*, ibidem, 1896, XVI, 477; ídem, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, introducción.

Varga, *Abschaffung der Strafknenschaft*, Graz, 1896, distingue la antropología criminal, el derecho criminal y la política criminal.

Gross (*Manuel pratique d'instruction judiciaire*, París, 1897, dos volúmenes, y *Kriminalistik*, en la *Revue pén. Suisse*, 1897, pág. 269), añade la *Kriminalistik*, que es el arte de recoger las pruebas y los indicios de los delitos y de los delincuentes, según los datos de la antropología, de la psicología criminal, etc.

Véase también Fuhr, *Strafrechtspflege und Socialpolitik*, Berlín, 1892.

y a las condiciones particulares de cada país y de cada momento histórico.

Y tal es precisamente la significación que los antiguos juristas alemanes han dado siempre a la expresión de «*kriminalpolitik*», como lo demuestran las mismas palabras de Hencke, que Liszt recuerda; «El que quiere buscar el fondo de la política criminal, aunque no sea más que teóricamente, y *más aún el que está obligado a aplicarla como legislador*, debe intentar conocer ante todo el fondo de la naturaleza humana, a la vez que las leyes de su desarrollo en el tiempo y en el espacio. La antropología, en el sentido más amplio de la palabra, y la historia de la evolución de los pueblos, son, por lo tanto, los conocimientos más indispensables para el estudio de la política criminal. No es menos importante indagar la manera cómo nacen los crímenes; porque éstos deben a menudo su origen no tanto a una degeneración o a una perversidad moral del malhechor como a la imperfección de las reglas o de las instituciones de la sociedad civil» (1).

Es decir, que se trata precisamente del arte legislativo de adaptar a las condiciones especiales de cada pueblo las medidas de represión y de defensa penal que la ciencia del derecho penal (*kriminalrecht*) establece abstractamente (2). Sería, pues, una distinción análoga a la que se hiciera, según el uso común, entre la sociología criminal y la sociología práctica, aunque las ciencias guiadas por el método positivista acepten con mucho menos gusto esta distinción entre la teoría y la práctica, que era inevitable cuando el apriorismo alejaba las normas abstractas de la ciencia de las realidades de la vida cotidiana, como lo ha hecho precisamente, entre otras, la escuela criminal clásica.

Así, para concluir, o bien la política criminal se toma en el sentido teórico de un estudio científico de la delincuencia y de

(1) Hencke, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Berlín, 1825, I, párrafos 29 y 31.

(2) Esto es lo que dice también Berner, *Trattato di diritto penale*, traducción italiana, Milán, 1887, párrafo 38; véase también Richard, *La responsabilité et les équivalents de la peine*, en la *Rev. phil.*, Noviembre 1899.

Otra cosa distinta es lo que Carrara llamaba "práctica legislativa" (Turín, 1874); esta no era, en efecto, para él más que el arte práctico de formular prácticamente en las leyes las reglas abstractas de la teoría criminal.

los medios defensivos destinados a combatirla, y entonces esto no es más que un equívoco, porque tal estudio, inaugurado por la escuela criminal positiva, constituye la sociología criminal; pues comprende lo mismo los estudios referentes a los datos de hecho (antropología y estadística criminal), que los que se ocupan de las inducciones obtenidas de los hechos (criminología o derecho criminal y teoría, tanto de la defensa preventiva—equivalentes de la penalidad y policía—como de la defensa represiva—medios reparatorios, represivos y eliminatorios—o penología); o bien el término política criminal se toma en su sentido más exacto, designando un arte práctico por el cual los legisladores hacen descender las reglas de la ciencia criminal, del cielo de las abstracciones a las realidades terrestres; y en este caso se puede, hasta cierto punto, aceptarle, aunque el método experimental disminuya considerablemente la distancia y la diferencia entre la teoría y la práctica, entre los principios y los hechos; porque para las ciencias positivas la teoría no debe ser más que la vida práctica observada sistemáticamente, y la práctica no debe ser sino la teoría puesta en acción. Igualmente, como ya he dicho, en la doctrina y en la legislación penales del porvenir, no tendrá razón de ser esta multitud de discusiones bizantinas acerca de las razones patológicas de irresponsabilidad, sobre la tentativa, la complicidad, la reincidencia, las acumulaciones de delitos y de penas, etcétera, así como en el procedimiento penal tampoco habrá espacio para las discusiones que hoy se entablan sobre la apelabilidad de la sentencia, sobre su irrevocabilidad, etc.

Por esta razón, queda plenamente confirmado lo que yo afirmé en la segunda edición italiana de este libro, o sea que la aplicación del método experimental a las ciencias sociales y jurídicas, que ha sido introducido por la tendencia moderna del pensamiento científico, renovaría el derecho civil como había renovado la ciencia de los delitos y de las penas. De hoy en adelante, igual que, en la economía política, existe también una escuela positiva que llega a conclusiones bastante diferentes de las de la economía clásica y ortodoxa; así, sobre todo en Italia, se desarrolla cada vez más en el estudio del derecho civil, una nueva corriente científica, para librarle de los restos

teóricos del viejo derecho romano que inspiraban condiciones económicas y sociales demasiado distintas a las del mundo moderno, y que más tarde se dejó arrastrar, más y más, por la corriente de un individualismo exagerado.

El 12 de Noviembre de 1873, el venerable Carrara, en su lección de apertura, hablando del derecho criminal y del procedimiento penal, concluía recomendando a los jóvenes estudiar el procedimiento con preferencia al derecho criminal, porque, en este último, «queda poco que añadir a lo que han hecho nuestros padres» (1).

Es un pensamiento muy justo que sea urgente inclinarse en los estudios del lado del procedimiento penal, al que los juristas italianos han otorgado su atención, hasta el presente, con demasiada parsimonia; pero así como los principios del procedimiento se inspiran en gran parte en los criterios fundamentales del derecho de castigar, así creo que, aplicándose por completo al estudio del procedimiento, es necesario dar al derecho criminal, en sus bases esenciales, el asiento sólido e inquebrantable que le niega hoy el empuje de los descubrimientos hechos por las ciencias naturales y sociales.

Podemos resumir, en su última significación, las innovaciones teóricas y prácticas que el método experimental y los resultados de la observación positiva han introducido a propósito de la génesis natural del fenómeno criminal y de la defensa social que debe combatirle.

El delito, en lugar de ser el *fiat* de una voluntad libre y maléfica, es un fenómeno natural, determinado por factores antropológicos, telúricos y sociales, y como tal, es un síntoma de patología individual y social.

El remedio contra la criminalidad no puede, pues, consistir en la panacea de la pena, única, o poco menos, para todas las formas del crimen, y viciada por los restos de la violencia y de la tortura de la Edad Media, al propio tiempo que por la pretensión ilusoria de medir la falta moral del delincuente y de aplicarle un castigo proporcionado. El aumento de la criminalidad en general y de la criminalidad de los menores,

(1) Carrara, *Opuscoli di diritto penale*, vol. V, pág. 39.

sobre todo, así como la gangrena invasora de la reincidencia, prueban cuán impotentes son los sistemas clásicos, tanto para defender a la sociedad como para salvar a los individuos de una degeneración progresiva.

La justicia penal, hoy ciega y desorganizada en sus engranajes diversos, debe, por lo tanto, transformarse en una función de preservación contra la enfermedad del crimen, y fiarse mucho más de las medidas y del método de prevención social que de la violencia de una represión siempre brutal, siempre impotente para suprimir o para comprimir los efectos, mientras que se dejen subsistir las causas. Esta prevención social que se funda en la distinción entre la criminalidad atávica y la criminalidad evolutiva, podrá consistir para esta última en la utilización de las energías rebeldes, canalizándolas en forma de actividad social: respecto de las impulsiones patológicas de la criminalidad atávica, deberá consistir aquélla en la eliminación y en la atenuación de las causas de degeneración individual y social, y en un orden económico y social mejor establecido en términos generales (1).

Y cuando, a pesar de todas las medidas, de todos los cuidados de prevención social, el fenómeno criminal se ha manifestado ya, bajo formas residuales e inevitables como cualquier otra forma de patología aguda o crónica, entonces, sin espíritu alguno de venganza, de odio, de tormento, de intimidación o de retribución ético-jurídica, es preciso también que la función defensiva se ejerza de una manera esencialmente diferente contra las formas de la criminalidad atávica y las de la criminalidad evolutiva, adaptándose a la categoría antropológica especial de los delincuentes, según el acto cometido, pero, sobre todo, a tenor de los motivos que lo han determinado.

(1) Lombroso, *Uomo delinquente*, quinta edición, Turín, 1897, volumen III, concluía precisamente por la idea de la *Simbiosis*, es decir, de la utilización de las energías que determinan al delito. Pero si esta idea debe ser aceptada para las formas y tendencias de criminalidad evolutiva, ha de ser completada por la del aislamiento clínico para las formas de criminalidad atávica. Añadamos que, para todas las criminales, la simbiosis, aplicable a un período de transición, será mucho menos eficaz que el cambio profundo de las condiciones de la existencia individual y social, tal como es estudiado y previsto por la sociología socialista; porque suprimirá las formas epidémicas de la criminalidad habitual u ocasional, de la que sólo subsistirán las formas aisladas y agudas.

Las medidas de defensa social deben reducirse a la reparación del daño (para los delitos leves, los más numerosos sin comparación, que han sido cometidos por motivos excusables y por delincuentes menos anormales), o al aislamiento por tiempo indeterminado en manicomios criminales y en colonias agrícolas, con una disciplina diferente según las diversas categorías antropológicas de los aislados.

El procedimiento debiera reducirse a una sistematización científica de la policía judicial (para la recolección de las pruebas), en el que la defensa sería, como la acusación, un oficio público, y el juicio confiado a Magistrados independientes y dotados de una instrucción técnica, cuyas sentencias fueran periódicamente revisadas durante su ejecución por comisiones técnicas permanentes, que limitaran rigurosamente la duración del aislamiento al tiempo necesario para la readaptación social de los aislados. Este aislamiento debe, como ya ha tenido lugar para los locos ordinarios, consistir sólo en la disciplina higiénica del trabajo, sin resto alguno de las torturas bárbaras y de los malos tratamientos de otras épocas; no se llevarán a él más que las restricciones técnicas y terapéuticas precisas, como hoy se hace con los enfermos en los hospitales y con los locos en las casas de su reclusión.

Es en absoluto otro mundo moral el que encuentra el criminalista al presente alrededor suyo. La ciencia criminal clásica partía de la idea ético-religiosa de que el hombre, «rey de la creación», era el agente y el árbitro de su propio destino y que, por lo tanto, hasta sobre la tierra, por anticipación al juicio eterno de ultratumba (que a su vez es un reflejo antropomórfico de los juicios terrestres), se debía juzgar en el hombre la falta moral y castigarla con una pena proporcionada. Pero la filosofía naturalista, en la segunda mitad del siglo XIX, bajo el impulso de los datos nuevos suministrados por las ciencias experimentales, desde la astronomía hasta la geología, y desde la zoología hasta la sociología (1), ha disipado total-

(1) Así, pues, lo mismo que en el campo de la teoría he dicho que la sociología criminal es al derecho penal lo que la psiquiatría a la demonología, la química a la alquimia, la astronomía a la astrología, en el dominio de lo práctico, se realizará lo que también prevé Roberty, *Les*

mente estas brumas morales e intelectuales que había dejado tras sí la Edad Media: el hombre ha descendido del pedestal soberbio en que se había subido, y ha llegado a ser un átomo imperceptible en el gran océano de la vida universal, debiendo reconocer, de buen o mal grado, que está sometido a las leyes eternas de la naturaleza y de la vida.

¿Cómo habría de ser posible, pues, que la ciencia criminal y penal amontonara todavía los silogismos de otros tiempos sobre las viejas bases ético-religiosas del hombre, dueño absoluto de sí mismo y moralmente culpable? Ha existido, y aun existe, lo reconocemos, una grave crisis de la moral y del derecho penal que tiene los contactos más íntimos y más frecuentes con la moral; pero *ex morte vita*. ¡Somos nosotros quienes, cuando cambiamos nuestra manera de concebir y de explicar el mundo, creemos que éste va a volcar! Sin embargo, las leyes naturales permanecen siendo lo que siempre han sido, y el mundo prosigue su marcha eterna, cualesquiera que sean las explicaciones de los filósofos y los descubrimientos de la ciencia. El genio de Galileo y de Newton, no ha variado ni en una cantidad infinitesimal el orden de los fenómenos de la gravedad; y el genio de Lavoisier y de Wurtz, no ha turbado de modo alguno en su infinita variedad, las combinaciones moleculares del orden químico; el genio de Vésalo y de Darwin, no ha alterado las disposiciones anatómicas del organismo y sus transformaciones hereditarias; ni tampoco el de Spencer, de Comte y de Marx, ha modificado el orden de los fenómenos sociales.

Los descubrimientos de estos grandes hombres y la inexorable precisión científica con que han determinado las leyes encontradas por ellos, no han hecho más que darnos un conocimiento cada día menos incompleto del mundo físico y moral en cuyo seno vivimos: de la muerte de las viejas ilusiones an-

fondements de l'éthique, París, 1898, pág. 75. "La criminalidad y la penalidad, tal como hoy se entienden y practican, irán a reunirse a una multitud de fenómenos sociales, como el canibalismo, los sacrificios humanos, la familia y la propiedad primitivas, la ciudad antigua, la feudalidad, etc.; fenómenos que no han desaparecido completamente sin dejar huella, aunque se han modificado y transformado lentamente hasta producirnos la impresión de cosas muertas y sepultadas para siempre.

tropomórficas ha salido la vida fecunda de los nuevos conocimientos experimentales.

La ciencia criminal, ¿podía y puede aún permanecer extraña a esta renovación prodigiosa del método y de las inducciones de las ciencias naturales y sociales, para momificarse en una fe ciega hacia los dogmas ético-religiosos que le han servido hasta el presente de fundamento, y que han recibido de la escuela clásica un desarrollo jurídico perfecto desde el punto del razonamiento, aunque experimentalmente ilusorio?

Ciertamente que si nosotros quisiéramos avanzar siguiendo las huellas de los más ilustres maestros de la escuela clásica, no podríamos casi hacer otra cosa que comentar y rumiar sus magníficos tratados. Pero estoy persuadido de que jamás se podrá fijar límite alguno a ninguna ciencia, porque la corriente inagotable de los hechos naturales impondrá siempre nuevas direcciones y dará lugar también a evoluciones nuevas. Por este motivo nos aprovechamos, con un reconocimiento sincero, del trabajo realizado antes de nosotros por nuestros predecesores, no sólo en su misión histórica, que fué el suavizar de un modo general las penas, sino principalmente en el estudio jurídico que han hecho del delito y sin el cual nuestra ciencia no sería posible hoy; pero, sin embargo, nos consagramos a una empresa nueva: la disminución de los delitos; entramos, con el estudio natural del delito y el principio de la responsabilidad social, en una ruta que los juristas no han frecuentado todavía, y de la que reconocemos las dificultades sin temerlas, porque siempre el combate fué la condición de la victoria.

Y mientras que algunos rechazan nuestra escuela, «para no dilapidar la herencia científica que fué la gloria de nuestros padres», pensamos nosotros que hay dos medios de no dilapidar esta herencia; podemos recibirla y transmitirla intacta a nuestros sucesores, por un simple trabajo de rumiación científica, lo que es muy fácil y muy cómodo; pero podemos también, por nuestros esfuerzos, hacerla valer y enriquecerla más, lo que es a nuestros ojos el primer deber de los jóvenes que cultivan una ciencia. A cada edad su misión: en la ciencia como en la política, que los viejos sean conservadores y los jóvenes

radicales, si se quiere que el ritmo de la vida humana se des-envuelva con arreglo a las leyes de la naturaleza.

La expansión de la escuela positiva, en Italia y en el extranjero, desde los pocos años que hace que ésta existe, constituye un hecho tal, que nos basta recordarle para concluir este trabajo, porque es un augurio para el porvenir de la ciencia y de la práctica penales. El positivismo posee, entre otras ventajas, la de aumentar la verdadera modestia, enseñándonos a investigar las causas complejas de cada hecho; y no obstante esta feliz expansión que todos los días se agranda, atribuimos su mérito un poco, sin duda, a nuestro entusiasmo y a nuestro trabajo infatigable, pero sobre todo a la correspondencia que existe entre nuestras ideas y las realidades manifiestas de la vida diaria. A esta correspondencia preguntamos también el presagio de nuestros futuros triunfos; sin demasiada impaciencia, con la seguridad de los fuertes; sin ninguna intolerancia, con la ecuanimidad de aquel que se confía a la obra y a la justicia del porvenir.

En el curso de mis estudios filosóficos, cuando leí por primera vez el *Hombre máquina* de Lamettrie, fui singularmente sorprendido de que un libro tal, hubiese podido producir la condena de su autor a ser ejecutado en efigie, y no en realidad porque no se pudo; porque no hacía más que exponer ideas que son hoy, en su mayor parte, admitidas por los espiritualistas mismos, y hasta por la opinión pública. Fui sorprendido; pero me consolé reconociendo en ello, con una prueba evidente, que nada detiene la marcha de las ideas.

Desde entonces he visto, siempre que he abordado un nuevo estudio, reproducirse el mismo hecho. Las ideas de Beccaria, hoy ortodoxas y clásicas, levantaron en su tiempo la más violenta hostilidad. En las revistas científicas de hace cuarenta años, por ejemplo en los *Annales médico-psychologiques*, he leído proposiciones y teorías que entonces habían desencadenado los anatemas de la ciencia oficial, y cuyo triunfo es ahora tan completo que han llegado a ser verdades triviales.

En la ciencia y en la vida, el conservador de hoy admite tranquilamente las ideas que, hace algunos años, no eran sostenidas más que por los radicales audaces. El progreso es in-

evitable, porque la vida es el movimiento, y lo es tanto más cuanto el progreso social es, tomando una fórmula de la mecánica, «un movimiento uniformemente acelerado».

Yo he visto también que nunca el triunfo de una innovación borra completamente las ideas anteriores en lo que éstas tienen de conforme con la verdad, no siendo ninguna teoría ni completamente falsa ni completamente verdadera. A cada distinción nueva, dice Ardigó, lo que era indistinto antes, persiste como base.....; lo mismo acontece con el pensamiento científico, cuyo desarrollo no es ni puede ser una estéril sucesión de negaciones totales y de afirmaciones absolutas, como las que presentía la metafísica; sino que es, por el contrario, una evolución progresiva de partes nuevas sobre el viejo tronco de las verdades primordiales, con una renovación eternamente progresiva.

Un buen número de las ideas y de las inducciones parciales de la nueva ciencia criminal, renovadas por el método positivo, caerán, siguiendo el destino común, sobre el camino del porvenir.

Pero quedará inquebrantable, la idea humana del delincuente introducida por la antropología criminal; lo mismo que la depuración de la justicia penal, purificada de todo lo que en ella existía aún del espíritu de violencia y de tortura de las edades bárbaras, depuración impuesta por la sociología criminal, para hacer de ella únicamente una función clínica de preservación social, atendiendo a los casos esporádicos de criminalidad (traumática, psico-patológica, etc.), que subsistan en una sociedad mejor organizada.

De suerte que la justicia penal, como instrumento de represión violenta y de dominación de clase, está destinada a desaparecer para no subsistir más que como función clínica. Porque el desarrollo de la justicia penal ha estado siempre y estará en razón inversa del de la justicia social.

A medida que la justicia social se desarrolle y organice más profunda y completamente, la importancia de la justicia penal disminuirá. Y la justicia, a medida que deje de ser un mecanismo coactivo, externo, material, vendrá a ser cada vez más un sentimiento general, íntimo, orgánico, producto necesario

de un medio social que asegure a todos los hombres las condiciones de la existencia moral y material de cada día.

Esto quiere decir que la desaparición de la justicia penal como institución política, coincidirá natural y necesariamente con el predominio universal de la justicia como sentimiento y fuerza específica de la vida social.

De este modo, como ya he dicho en otro lugar (1), la sociología criminal, como ciencia, acabará por perder su importancia. En efecto, ella abrirá su propia tumba, porque, con el diagnóstico científico y positivista de las causas de la criminalidad, y en consecuencia con la indicación de los remedios parciales y generales, individuales y sociales, que la combatirán de una manera eficaz, reducirá el número de los delinquentes al minimum irreductible a que pueda descender en la organización futura y siempre ante las modificaciones diarias de las sociedades civilizadas, en las que existirá tanta menos justicia penal cuanto mayor sea la justicia social.

(1) *Lección de apertura del curso de Sociología criminal en Bruselas*, en la *Revue Universitaire*, Diciembre, 1895.