

da, pronunciar absoluciones para mortificar á este magistrado? En fin, ¿hay bastante serenidad y criterio para resistir á las habilidades de la defensa, y á las impresiones de la sensibilidad? No me atrevería á responder afirmativamente á estas preguntas.

Diodoro de Sicilia (1) pretende, «que no es raro ver á los magistrados más prácticos, dejarse seducir por el poder de una palabra tan elocuente como falaz, que sólo procura buscar efecto y excitar la compasión (2). ¡Cuánto más, no es de temer que los jurados, la mayor parte de los cuales ignoran los recursos de la oratoria, caigan bajo esta seducción! Atribuyo á una gran parte de esta influencia, manejada por una defensa hábil, la extremada indulgencia del jurado para los acusados que han recibido una instrucción superior, porque estos, en general, cuentan con medios para escoger un abogado elocuente y práctico, que sabe ejercer con arte el derecho de recusación, que es hábil en debilitar los cargos del proceso, acabando por arrancar la absolución, gracias á la duda, á la perplejidad que ha logrado introducir en el ánimo de los jurados (3). Así en 1879, por ejemplo, de 100 acusados que poseían

(1) L. I, párr. 76. Según Diodoro, los antiguos Egipcios, «opinaban que los discursos de los abogados no hacían sino rodear de oscuridad las cuestiones de derecho.» «Estaban persuadidos que se juzgaba mejor la acusación y la defensa, por medio de los escritos, en los cuales se presentase el hecho desnudo.»

(2) Haciendo comparecer á los hijos al Tribunal, los procesados excitan la compasión del jurado y algunas veces arrancan por conmiseración un veredicto absolutorio. Este efecto ante la audiencia, se puso en juego ya, entre los antiguos, y daba sus resultados, como hoy. En su defensa, Sócrates declaró que no quería recurrir á semejante medio, indigno de sus jueces y de él mismo. «Tengo tres hijos, el mayor adolescente y los otros aun pequeños, y sin embargo no los haré llevar aquí para obligaros á absolverme... porque el juez no se sienta en su silla por gusto violando la ley, sino para hacer justicia, obedeciéndola. Así lo ha jurado: no está en su mano hacer gracia al que bien le parece, sino que está obligado á hacer justicia.» Bellísimas frases que muchas veces sería útil recordar á los jurados.

(3) En la antigüedad, los abogados eran menos escrupulosos. Cicerón sentaba el principio de que: «las causas criminales se defienden ordinariamente, negando los hechos.» En las acusaciones de concusión, añade, que son muy graves, es necesario negar siempre: en las de soborno, hay que procurar distinguir, (lo que rara vez es posible), las dádivas hechas por generosidad y benevolencia, de las que tienen por objeto conquistar votos: si se trata de asesinato, envenenamiento, etc., es necesario negar siempre.» (Del Orador, t. II, párr. 25.)

instrucción superior, 35 fueron absueltos, mientras que de 100 acusados ignorantes, tan sólo fueron absueltos 18: estos últimos, no teniendo sino escasos recursos, ó siendo pobres, son defendidos de oficio por jóvenes inexpertos y novatos.

La extrema indulgencia del jurado, en materia de atentados á las buenas costumbres, á los abortos y los infanticidios, contrasta, y convengo en ello, y de una manera poco satisfactoria, con el rigor extremo empleado respecto á los delitos de robos. Los dos quintos de los procesados por aborto son absueltos: he visto á acusados por infanticidio, absueltos, por más que estaban confesos. El jurado es también muchas veces más indulgente para la prostituta que ha arrojado á su hijo á la cloaca, que al muchacho que ha hurtado unos tordos (1). Hay también jurados sobrado personales y utilitarios, que aprecian la culpabilidad de los procesados, por el peligro que corren ellos mismos. El ladrón de tordos ó palomos puede robarles, pero, ¿qué deben temer personalmente de la mujer que ha provocado su aborto ó ha muerto á su hijo?

Como se ve, disto mucho de negar las imperfecciones del jurado. Las numerosas absoluciones pronunciadas por los tribunales producen, es verdad, un deplorable efecto en la pública moralidad, y dan pie á la peligrosa esperanza de la impunidad: una pena, pierde su eficacia, cuando los acusados esperan burlarse de ella. La certeza del castigo importa mucho más, que su rigor. «Examinense, dice Montesquieu, (*Espíritu de las leyes*, l. VI, cap. XII), la causa de todas las relajaciones, y se verá que provienen de la impunidad de los delitos, y no de la moderación de las penas.» El número de los criminales disminuiría mucho, si con una policía mejor organizada y una represión más severa, se pudiese difundir por todas partes la convicción de que ningún delito quedará impune. Las numerosas absoluciones dictadas por los Tribunales, debilitan sin duda la fuerza de intimidación de las penas, haciendo concebir la esperanza de escapar de ellas. ¡Qué mejor crítica del jurado, tal como hoy funciona, que esta táctica usual de los procesados, que llevados ante el tribunal correccional, se acusan de un delito más grave, á fin de comparecer ante el jurado, con la esperanza de una absolución!

(1) En la sesión de julio de 1890, el jurado de las Bocas del Ródano, absolvió, aun sobre la cuestión subsidiaria de homicidio por imprudencia, á una acusada por infanticidio que vivía de la crápula, y rechazó las circunstancias atenuantes á un joven que había robado unos palomos.

A mi entender, el jurado comete también el error, de ser insensible para la juventud de los acusados, pues por regla general, rehusa la circunstancia atenuante de esta juventud. La proporción de las absoluciones, es menor en los acusados que no llegan á los veinte y un años, que en los acusados de los veinte y uno á cuarenta. Así por ejemplo, en 1885, de 1,000 acusados menores de veinte y un años, 222 fueron absueltos, mientras que el número proporcional de absoluciones fué de 241 para los acusados de veinte y un á cuarenta años, y de 264 para los que pasan de esta última edad. (*Estadística*, p. 17.) De 1833 á 1880, 107 acusados de diez y seis á veintiun años, fueron condenados á muerte. ¡Qué hay que pensar de tantas condenas capitales dictadas contra menores de edad, que bajo el punto de vista civil, son incapaces de contratar, de administrar sus bienes, y á quienes la ley da un curador, para suplir su incapacidad y su inexperiencia (1)!

Por fin, en vez de ser indulgente con los pobres y los ignorantes, y severo con los hombres instruidos, inteligentes y ricos, el jurado, ordinariamente hace lo contrario. M. Tarde afirma que, «el jurado es más severo para con los acusados, á medida que son menos jóvenes y menos ignorantes (2).» Esto debería ser, pero no sucede así: el jurado es mucho más benévolo con los que han recibido instrucción. Así, en 1882, de 100 acusados que no sabían leer ni escribir, hubo 23 absoluciones, al paso que de 100 acusados que recibieron instrucción superior, 41 fueron absueltos: en 1883, de 100 acusados de la primera categoría, 26 fueron absueltos, y de la segunda, 38 (3). En 1886, la proporción fué respectivamente de 24 y 32 (4): me parece pues, que el jurado es más severo para un acusado grosero, mal vestido, que con un acusado rico y elegante.

¿Debemos aprobar la supresión del jurado, cual pretende la antropología criminal, fundados en la imperfección de su justicia? ¿Es más prudente mejorar una institución que ya existe,

(1) El nuevo Código penal de Hungría, en su artículo 87 establece, que el que al cometer el delito, no había cumplido veinte años, no puede imponérsele ni la pena capital, ni la reclusión perpetua. El artículo 36 del nuevo Código italiano, admite también una disminución de pena para el procesado que no ha cumplido los veintiun años. La responsabilidad completa no existe, sino después de esta edad.

(2) *La criminalidad comparada*, pág. 107.

(3) *Estadística de 1883*, pág. 10.

(4) *Estadística de 1886*, pág. 13.

que ha entrado en las costumbres públicas, que suprimirla por algunos abusos que presenta y que pueden desaparecer? ¿Si se suprimía el jurado, no se produciría muy pronto un movimiento, para pedir que fuese restablecido? Más vale conservarlo, mejorándolo, que deberlo restablecer.

Por otra parte, ¿es oportuno en estos momentos dicha supresión? Seguramente: poco me afecta el argumento de que el jurado, es la escuela del ciudadano: creo que el acusado, cuya honra, cuya libertad y cuya vida muchas veces dependen de la decisión de sus jueces, tiene el derecho de tener jueces que presenten todas las garantías de capacidad, de independencia, y no de jueces que van á la escuela. ¿Pero se cree, que en un país como el nuestro, dividido por las pasiones políticas, pueden someterse todos los asuntos criminales á jueces nombrados por el gobierno, sin suscitar las desconfianzas de la opinión pública, siempre injustamente recelosa? ¿No vemos que los partidos políticos dan con frecuencia, un color político á los delitos de derecho común, por razón de las condiciones de los acusados? «La magistratura francesa, sospechosa haga lo que quiera, á implacables adversarios, removida sin cesar por nuestras revoluciones políticas, denigrada por los unos y debilmente defendida por los otros, no puede administrar por sí la justicia penal y sucumbiría á esta enorme tarea, sin provecho para el país.»

Creo además de esto, que una buena parte de las imperfecciones del jurado, provienen de la mala composición de las listas, y que haciéndolas mejores, serían otros los resultados del jurado. La valía de este depende de su composición: varía según los departamentos, es decir, según el mérito de los ciudadanos que son incluidos en las listas. Si el jurado del Var, por ejemplo, da mejores resultados que el de otros departamentos vecinos, es porque la presencia en las listas de un gran número de oficiales de marina retirados, levanta el nivel del jurado. Desgraciadamente, la política influye en la formación de las listas: aquella tiene la manía de la depuración y busca hombres adeptos á toda costa: siempre ha sucedido así. Antes, era el prefecto quien formaba las listas, y se decía ya, que no era sólo el sentimiento de independencia de los ciudadanos, lo que consultaba más, para conferirles aquel honor. (Beranger, *De la justicia criminal en Francia*, 1868.) Hoy, las mismas preocupaciones políticas alteran la formación de las

listas: porque algunos asuntos políticos pueden llegar hasta el Tribunal de los Assises, los que forman las listas procuran cuidar de borrar de ellas á los hombres inteligentes é instruidos, que serían excelentes jurados, desde el momento en que no les creen muy favorables á las actuales instituciones: y les sustituyen por ciudadanos más abnegados, pero que no ofrecen las mismas garantías de capacidad. He visto listas de jurados, en las cuales figuraban jornaleros y hombres que no sabían leer ni escribir. Por otra parte, imponiendo el cargo de jurado obligaciones penosas, como las de dejar la familia y los negocios durante una ó dos semanas, los alcaldes para librar de ellas á sus amigos, prescinden muchas veces de incluirles en las listas, sustituyéndoles por ciudadanos menos aptos. Si se corrigiesen todos estos abusos, el jurado siendo más ilustrado y más serio, mejoraría la justicia.

Aun creyendo necesario el jurado, creo que podría restringirse la competencia de los Assises, extendiendo la de los tribunales correccionales. ¿Por qué someter á los Assises, los delitos contra las buenas costumbres, los abortos y la mayor parte de los hurtos calificados? Estos asuntos serían juzgados mejor por los tribunales correccionales. Ya en la práctica, para *corregir* los asuntos criminales, descartando las circunstancias agravantes, ó atenuando las cualificativas, los fiscales y los jueces de instrucción, pasan á los tribunales correccionales muchos hechos que realmente son de la competencia de los Assises. Pero muchas veces los procesados suscitan la cuestión de competencia, y piden y obtienen la sumisión al Tribunal de los Assises: produciría pues excelentes resultados y sería bien acogida por la opinión pública, una reforma que tuviese por objeto regularizar aquella práctica sin suprimir el jurado, puesto que los jurados se quejan de que se les aparta de sus ocupaciones, para juzgar asuntos de poca monta.

Si los antropólogos piden la supresión del jurado, no es para dar á los jurisconsultos el derecho de juzgar los crímenes como los delitos. Los magistrados ordinarios, como los jurados, serían incompetentes para reconocer la culpabilidad, ó más bien, el grado de *temibilidad* de los acusados, según los signos anatómicos y fisiológicos. Para saber si un hombre es culpable, el magistrado jurisconsulto, es tan esclavo de la rutina, que no se acuerda siquiera de medir el cráneo, de examinar la forma de la nariz y de las manos, ni indagar el peso de su cuerpo

ó analizar sus orines, es tan extraño al método científico, que rehusa ver los signos de la criminalidad en el color de sus cabellos y el grueso de su mandíbula. Un antropólogo naturalista, tiene exclusivamente la competencia necesaria, para apreciar la culpabilidad de los acusados según sus caracteres fisiológicos. También la escuela italiana propone crear una nueva magistratura, que estaría iniciada en los métodos y los descubrimientos de la antropología criminal. Habrá dos clases de jueces: jueces jurisconsultos que fallarán los asuntos criminales, y jueces antropólogos que clasificarán á los criminales según sus caracteres fisiológicos, y depurarán la humanidad (1).

Si para los jueces nuevos, el delito deja de ser un hecho del orden moral, para venir á ser un *hecho natural*, una anomalía física, una enfermedad cerebral, la lógica exige desde luego, que los nuevos magistrados sean fisiólogos, antropólogos, médicos. Esta proposición de confiar á los médicos las funciones judiciales, no es nueva: La Mettrie, la había formulado ya. (*El Hombre máquina*, pág. 58.) ¿Será necesario aun el conservar el nombre de *jueces*, á los expertos encargados de medir la capacidad del cráneo, el ángulo facial, el índice nasal, el índice encefálico, el índice frontal, el índice cráneo-mandibular de los acusados? Es preciso sustituir el *fallo* por un *diagnóstico*, confiado á los antropólogos de la escuela italiana. Sólo ellos pueden tener la convicción de que los criminales, no son nuestros semejantes, que la sociedad tiene el derecho de eliminarlos como animales dañinos, y de depurar la raza por medio del cadalso y la transportación.

Sobre la prescripción, sobre la acción penal, la amnistía y el derecho de gracia, M. Garofalo, hace observaciones que no dejan de ser atinadas. Pone de relieve con frase enérgica los inconvenientes de la prescripción, que él propone restringir á algunos casos, en particular á los del autor del delito contra la propiedad, ó el de lesiones, que se ha corregido desde que se descubrió, después de cierto lapso de tiempo. A esta proposi-

(1) *Criminalología*, pág. 374.—M. Tarde que está de acuerdo con M. Garofalo en pedir la supresión del jurado y la creación de una magistratura especial, se aparta de MM. Lombroso y Ferri que quieren reemplazar al magistrado por el médico perito: «Si el perito, dice y con razón, debe ser un médico ó un naturalista de cierto género, el juez debe ser ante todo, un moralista ilustrado, psicólogo y sociólogo á la vez.» (*Filosofía penal*, p. 449.)

ción le encuentre el inconveniente, de que la prescripción depende de la apreciación del juez: yo preferiría prolongar el tiempo necesario para la prescripción. Bentham, (*Tratado de legislación*, t. II, pág. 162), admite la prescripción para los delitos de poca importancia y para los delitos frustrados, pero la rechaza para los delitos graves. «Sería funesto, dice, tolerar que después de cierto tiempo la maldad pudiese triunfar de la inocencia: no puede existir trato alguno con malvados de esta clase.»

Respecto á la amnistía, participo de la opinión del autor. Las críticas que hace del derecho de gracia, son casi todas exactas. Se hallan justificadas por el mal uso de este derecho, que algunas veces viene á ser un medio de revisión de procesos criminales, ó de la ley, un acto de clemencia inspirado por consideraciones políticas, ó una protesta contra la pena. Todos los jefes de Estado, en el ejercicio del derecho de gracia, no saben inspirarse en las reflexiones del rey Oscar de Suecia, que rechazó la conmutación de pena de dos condenados á muerte por homicidio con robo, diciendo: «Independientemente de mis ideas sobre la equidad, y la oportunidad de la pena de muerte en general, tengo la profunda convicción de que ejercitando en este caso el derecho de gracia, aboliría una ley hecha de acuerdo entre el Rey y el Parlamento.» Pero el mal uso que con frecuencia se ha hecho del derecho de gracia, no conduce á pedir su supresión. Por espíritu de reacción ya, contra las *Cartas de gracia*, de que tanto se había abusado durante el antiguo régimen, el Código de los delitos y de las penas del 3 brumario, año IV, abolió el derecho de gracia para todos los delitos penados por el jurado, pero fué restablecido en 1810. Para evitar que los indultos repetidos, quebranten las decisiones judiciales, y hagan dudar de la sabiduría de las leyes y de la justicia de los tribunales, en la práctica, podría muchas veces, sustituirse el indulto por la libertad condicional. Debería también renunciarse á la costumbre de otorgar indultos por consideraciones políticas, ó con ocasión de sucesos políticos. He visto á un condenado á pena capital, esperar una conmutación de pena, porque su recurso fué examinado la víspera del 14 de julio. Multiplicándose los indultos y haciéndolos depender de las recomendaciones políticas, disminuye el temor á la pena: el indulto no debe ser, sino la recompensa de la enmienda. Livingston entendía, que el poder de perdonar no debía ejerci-

tarse sino en el caso de la inocencia descubierta después de la condena, ó de una reforma sincera y completa.

En resumen: la clasificación de los criminales que descansa en caracteres quiméricos, las condenas judiciales dictadas según las conjeturas más imaginarias, la pena de muerte prodigada, la transportación generalizada, la obra penitenciaria paralizada, la educación correccional de los jóvenes reclusos declarada imposible á pesar de la evidencia de los hechos, la supresión de la libertad provisional y del jurado, serian las consecuencias del darwinismo aplicado al derecho penal: esto sería la legislación criminal más bárbara, la más arbitraria que se pudiera soñar. Salvo algunas observaciones juiciosas, pero que no son nuevas, sobre la prescripción, la amnistía y el derecho de gracia, todas las otras reformas propuestas por la escuela italiana de antropología criminal, me parecen condenadas por la razón y la experiencia judicial. Esta escuela pretende, es cierto, que la legislación que ella propone, protegería más á la sociedad que la actual, que haría más severa la represión, suprimiendo las circunstancias atenuantes y la apreciación de la responsabilidad moral: pero, en realidad, el día en que el delito será considerado como una fatalidad fisiológica, como un hecho de atavismo, de locura moral ó de epilepsia, será imposible castigarlo: el manicomio reemplazará á la cárcel.