

Las tres pasiones de las Ciencias Penales

Luis Arroyo Zapatero*

SUMARIO: Introducción. I. La pasión contra la arbitrariedad: el Marqués de Beccaria. II. La pasión por el conocimiento. III. La pasión contra la inequidad en el sistema penal.

INTRODUCCIÓN

Desde que nuestro mundo fue reconstituido tras 1945 vivimos el peor momento en términos políticos y político criminales, hasta el punto de que la más importante profesora de Francia, Mireille Delmas-Marty,¹ reclama una rosa de los vientos para orientarnos en las tempestades que se producen y no cesan desde principios del milenio: el terrorismo global, las migraciones masivas, los choques culturales y de costumbres, la fraudulenta crisis financiera internacional sin consecuencias penales y una crisis climática que amenaza la supervivencia del planeta. Todo ello en unas sociedades gobernadas por los medios de comunicación de masas, orientados por el beneficio empresarial, que consideran a los ciudadanos personas ajenas, no dignas de ser informadas con verdad y con pluralismo, sino sujetos de un mercado de la publicidad global, más aún en las redes sociales, que se rigen no por la verdad sino por técnicas de márketing que generan mayor audiencia, aunque las noticias sean *fake*. Un tiempo de populismos. Y todos reclaman gobernar penalmente *a furore di popolo*.² Los recientes fenómenos acompañantes de la pandemia del Covid-19 extrema el desasosiego.

Pero los penalistas y los criminólogos no hemos caído del cielo, tenemos una historia, una construcción intelectual y científica acumulada y podemos explicar muchas cosas que la sociedad necesita saber para evitar las manipulaciones interesadas. Y el tesoro más valioso y eficaz de que disponemos es precisamente no solo el conocimiento sistemáticamente acumulado por nuestros predecesores sino la conciencia de las pasiones que han inspirado su trabajo y a las que hemos de recurrir para con más

* Presidente de la *Société Internationale de Défense Sociale*. Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Collège de France, Open Edition, París, 2020.

² V. Ennio Amodio, *A furor di Popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli Editor, Roma, 2019.

fuerza poder ejercer la solidez de la razón y para establecer estrategias de comunicación, para lo que sirven muy singularmente, si no nos equivocamos, las sociedades científicas como la que tengo el honor de presidir, la SIDS, y la que rige esta revista de casi 80 años: *Criminalia*.

Si repasamos los procesos y los actores de la evolución de las Ciencias penales, así como los factores desencadenantes de los grandes impulsos creativos podríamos quizá aceptar que los motores que han dado fuerza a la construcción de las ideas penales modernas y humanistas han sido fundamentalmente tres pasiones.

En primer lugar, la *pasión por la humanidad*, la defensa del ser humano, inerte ante el Estado absoluto, ante un sistema penal brutal, cruel y arbitrario: el Derecho penal del antiguo régimen. En segundo lugar, la pasión por conocer científicamente las causas de la conducta delincuente y su aparición social y las fórmulas jurídicas con las que fundamentar y limitar la responsabilidad penal y el fin del cumplimiento de las sanciones penales, es decir de la ciencia jurídico-penal y de la criminología ha sido una *pasión para asegurar el Estado social y democrático de Derecho y la contención del poder del Estado*. En tercer lugar, a las mencionadas pasiones se añade en el tiempo contemporáneo una nueva que se rebela *contra la inequidad* en el sistema penal, contra la aplicación desigual de la ley penal, contra la impunidad de los genocidios, de los crímenes de los poderosos, y de las empresas contra los derechos humanos, contra la corrupción del poder y de las empresas, así como en favor de las víctimas del delito y en pro de la tutela de los bienes jurídicos comunes globales, como el medio ambiente y la salud.

Todas esas pasiones se plasman en un quehacer científico de personas que suelen ser lo más alejado de la burocracia funcional de las profesiones jurídicas, incluso de la burocracia de los mismos funcionarios científicos. Es una labor sin descanso de personas que dedican su vida a lo que me gusta llamar un derecho penal humanista como lo formuló Marc Ancel hace más de 70 años. Bastaría repasar la relación de miembros de nuestra Academia Mexicana de Ciencias penales para encontrar desde los gloriosos tiempos de su fundación más de veinticinco personalidades a las que se pueda adjudicar sin recato la titularidad de esa pasión por derecho penal humanista. Sabemos bien que pasiones las hay también malas, el propio Hugo Grocio empleó el término para calificar la pena, *Malum Pasionis*.³ También el Papa Francisco exclamó ante la representación de las sociedades científicas en Roma en 2014 para descalificar a la pena de muerte y a la prisión perpetua que eran la expresión de *la pasión de la crueldad*.⁴

³ V. la nota del tristemente desaparecido José Calvo en su blog "Jurisdictio-Lex Malacitana", *Sobre la aflicción de las penas*, en relación al libro de Jesús Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

⁴ En José Luis de la Cuesta, editor, *Por una justicia realmente humana*, Eres, Villemartier, 2015, p. 16 y en *En La pasión de la crueldad/The passion of cruelty*, Instituto de Derecho penal europeo e internacional, UCLM, Cuenca, 2016.

Sabemos hoy bien que el proceso científico no es lineal ni va necesariamente *in crescendo* sino que se producen cambios de los paradigmas como consecuencia de nuevos descubrimientos o de la producción de hechos que hacen que se desmoronen los presupuestos de lo que se conoce.⁵ En la construcción del saber penal acontece lo mismo tanto en unas ocasiones en las que personalidades aisladas son capaces de sobreponerse a su época y de proyectar sobre las cosas circundantes una mirada nueva y un grito. Es el caso de Concepción Arenal cuando se levanta contra el estado de las prisiones a mediados del siglo XIX. O cuando se producen acontecimientos que por su descomunal maldad generan reacciones innovadoras sobre los conocimientos, como es el caso de la reacción de Hersch Lauterpacht o Rafael Lemkin con la construcción respectivamente de los delitos contra la humanidad y el de genocidio frente los hechos inconcebibles del nacional-socialismo. A todo ello debemos de estar atentos para enfrentar los peligros de los que quieren gobernar *a furor di populo*.

I. LA PASIÓN CONTRA LA ARBITRARIEDAD: EL MARQUÉS DE BECCARIA

Entre los actores de la pasión por el ser humano y sus derechos destacan por supuesto los diseñadores del Estado Moderno, que podemos identificar con Montesquieu y Rousseau y, en los penalistas, sobre todo el Marqués de Beccaria. El éxito del pequeño Tratado de los delitos y las penas es el de una obra colectiva, del intelectual orgánico ilustrado presente en toda Europa y que desde el café de Milán con los hermanos Pietro y Alessandro Verri, hacen que todos puedan sentirse interpretados y representados en aquel puñado de ideas básicas sobre los delitos, las penas y los modos y maneras de llegar a castigar aquel catálogo depurado de delitos con penas más humanas y, en particular, sin la tortura, apremios y sus crueldades.

Desde la publicación del Tratado de Beccaria se constituye en toda Europa lo que terminará por presentarse como el Derecho penal liberal de la codificación. Son buenos códigos que se van aprobando en cada país. Son los resultados positivos de la revolución cultural y política de la obra inicial de Beccaria. Es bien conocido el impacto de Beccaria en Europa, pero lo es menos, en América del Norte y en Latinoamérica. En este mundo Latinoamericano Beccaria llega con retraso y no alcanza a ser un fenómeno de masas como fue el París que lo recibe de inmediato en lengua francesa y con el impulso soberano de Voltaire.⁶

⁵ Una buena síntesis en Angelo María Petroni, "El progreso científico hoy", en *Revista de Occidente*, mayo 2020, pp. 5 y ss.

⁶ Para Beccaria en España y América vid. Arroyo Zapatero, Luis, *Francisco de Goya contra la crueldad del sistema penal y la pena de muerte*, en Luis Arroyo Zapatero y Juan Bordes, Francisco de Goya, Francisco de Goya, *Contra la crueldad de la pena de muerte/Against the cruelty of capital punishment*, UCLM, Madrid 2013 y México INACIPE 2014; Sergio García Ramírez, *Los reformadores. Beccaria, Howard y el Derecho penal ilustrado*, Inacipe Tirant, México 2014. E. Raúl Zaffaroni, *La influencia del pensamien-*

En España la obra de Beccaria causa un gran impacto en los sectores mas ilustrados del Gobierno, hasta el punto de que ellos mismo organizan la traducción y la publicación del libro, que se traduce y llega a imprimirse. El Gobierno ve en el librito un potente instrumento de modernización de la opinión española y de reforma de la legislación. Pero la Inquisición reaccionó brutalmente, prohibiendo la difusión y declarando al libro blasfemo por su negación de la pena de muerte y por el fundamento contractualista de la sociedad política que propone. Lo que habría sido un *best seller* entre España y aquella América hispana que tenía ya entonces mas de 12 Universidades se quedó en lectura para iniciados. Los españoles y portugueses de ambos hemisferios se quedaron por prudencia en reformistas, cuidando de alejarse del estigmatizado Beccaria. Así, el portugués Pascoal de Mello Freire afirmó en el frontispicio de su Código Criminal, parágrafo IX, que «creo que todos pueden fácilmente convenir conmigo en la abolición de las penas crueles ...», pero nada se atrevió a decir de la pena de muerte.⁷

Es bien conocido el poco entusiasmo con el que fue recibido Beccaria en Londres, pero lo que resulta novedoso es la noticia bien elaborada recientemente por John B. Bessler sobre la presencia del pensamiento de Beccaria en la formación y en las bibliotecas privadas de los padres de la Constitución americana.⁸

En la Europa continental el programa Beccaria se realiza en el programa de la Codificación y sobre los códigos se levanta todo el aparato de la ciencia jurídico penal: la escuela clásica primero, y el positivismo jurídico después. La pasión por los derechos se templea en la construcción de un sistema penal de enjuiciamiento, de sanciones y de cumplimiento penitenciario sometidos al amparo de la Ley. Fueron los más relevantes el Código penal francés de 1810; el Código penal italiano de Nápoles, 1819; el Código penal español 1822; Y sobre todo el Código penal del Imperio de Brasil de 1830, por su influencia en el español de 1848 y ya desde este en todos los americanos.

Bernardino Bravo Lira⁹ ha puesto de manifiesto el relevante papel que supuso el código brasileño de 1830 como elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcelos como buen conocedor de la obra de Pascual e Mello Freire y de su proyecto de Código Penal portugués Cuba en la estela de las propuestas de otros ilustrados como el hispano

to de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo, Anuario de Derecho Penal, 1989, pp. 522 y ss.

⁷ Pascoal José de Melo Freire, *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*, (1794), segunda edición, Lisboa, 1823.

⁸ John Bessler, *The Birth of American Law. An italian philosopher and the american Revolution*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2014.

⁹ Bernardino Bravo Lira, *La fortuna del Código Penal español de 1848. Historia en 4 actos y 3 continentes: de Melo Freire y feiler a Vasconcelos y Seijas Lozano*, Anuario de Historia del Derecho español, 2004, pp. 23 a 58; Manuel de Rivacoba y Raúl Zaffaroni, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, 1980.

mexicano Manuel de Lardizábal. Vasconcelos se inspira de cerca en el Código Penal austriaco que había elaborado Franz von Zeiller y ese texto brasileño se convierte en el molde que da forma y contenido al código español de 1848, redactado por Seijas Lozano, y también por Juan Francisco Pacheco, quien fue su mejor difusor y comentarista. Ese código español de 1848 se convierte en una suerte de código penal tipo para todo el mundo hispánico e inclusive del código de las islas Filipinas, lo que permite apreciar que, sin perjuicio de las singularidades nacionales oportunas, a mitad del siglo XIX el espíritu de la Ilustración ha llevado a todo ese mundo hispánico a disponer de una base legislativa penal común, lo que junto con su interpretación doctrinal determinará la existencia de una cultura jurídica penal y una técnica bien cercanas entre sí.

Y cuando se alcanza ese momento —el del mayor bien para la Humanidad que decía Pascoal de Melo que era el Código Penal— surge y se apodera de todos la pasión por el conocimiento, por entender en general la naturaleza y la vida social y, en materia penal, el crimen y el criminal, de conformidad con lo que se estima que son las reglas del conocimiento científico: el delito y el delincuente como fenómeno social y los remedios contra la criminalidad.

II. LA PASIÓN POR EL CONOCIMIENTO

1. Origen y expansión del positivismo

A lo largo de todo el siglo XIX se produce una carrera científica sistemática en dos niveles, la construcción de un sistema de normas jurídicas y su elaboración teórica, que llamamos dogmática jurídica o teoría del delito o de la infracción criminal, y la averiguación de las causas y condiciones de la criminalidad. Se trata de una carrera en paralelo entre la elaboración jurídica lógico-abstracta de las normas penales y lo que conocemos en términos amplios como Criminología, y va a necesitar todo ese tiempo para alcanzar puntos de encuentro. No me detendré demasiado, pues se dispone en español y portugués de obras gruesas y detalladas de conjunto, pero es muy recomendable la *Criminología* de Sergio Salomao Shecaira, original y excelente síntesis por constituir un magnífico *relato científico y cultural* de la evolución de la Criminología.¹⁰ La Criminologías de gran formato darán soporte a las referencias a la materia en este texto: Luis Rodríguez Manzanera, Antonio García-Pablos y la obra dispersa en lo que a la Criminología se refiere, pero innovadora y espectacular de Raul Zaffaroni.¹¹

¹⁰ Sergio Salomao Shecaira, "Criminología", Edit. *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo 2004, con 7ª ed. de 2018. Iñaki Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Diseño Editorial, Buenos Aires, 2015, con trad. al portugués de Sergio Lamarao, Revan, Río de Janeiro, 2008.

¹¹ Antonio García-Pablos de Molina *Tratado de Criminología*, 5ª ed., Tirant, Valencia, 2014, junto a Luiz Flavio Gomes *Criminología*, *Revista dos Tribunais*, 4ª ed., 2002; Luis Rodríguez Manzanera, *Criminolo-*

El siglo XIX es el siglo de la aplicación del conocimiento científico al ser humano, el conocimiento médico, el conocimiento de la mente humana y sus locuras o manías y el conocimiento de las razones y motivos de la conducta criminal, conocimiento que se aspira que permita influir, determinar, “curar” al delincuente.

Augusto Comte (1798-1857) pasa a la historia europea y americana como el principal impulsor del “positivismo”, de la acción de conocer y comprender los hechos individuales y colectivos mediante la observación científica, experimental, positiva, bajo tres lemas políticos: altruismo, orden y progreso. La razón y la ciencia como únicas guías de la Humanidad, frente a la sinrazón mágica o teológica que ha acompañado como religión al poder político y proclama como única relación la Humanidad. Augusto Comte se convierte en el pensador francés más influyente en el mundo, y muy singularmente en México y Brasil.

En ese tiempo de la segunda mitad del siglo XIX en Europa había avanzado mucho la medicina y se asentaba la psiquiatría, cuyo padre fundador es Philippe Pinel (1745-1826) con su *Traité médico philosophique sur l'alienation mental ou la manie* (1801), que aplica de inmediato a los delincuentes más dañosos. Le acompaña el organizador de la psiquiatría Juan Etienne Esquirol, en cuyo sistema hospitalario se forma la mayor parte de los alienistas franceses de su tiempo. Su elaboración de la categoría de las monomanías, la diferenciación entre locura y pasiones o entre alucinaciones e ilusiones, ofrecen explicaciones y diagnósticos individuales, personales, de la conducta criminal que permiten determinar su encierro y tratamiento. J. C. Pritchard en Gran Bretaña y en Francia Benedict Morel (1809-1873) con su *Traité des degenerescences phisiques, intellectuelles et morales de l'espece humaine*, (1857), constituyen la idea de locura moral (*moral insanity*), y como expresión de la degeneración esta se acompaña de estigmas físicos y psíquicos. Se van acumulando así las ideas sobre el comportamiento criminal como resultado de la teoría de la herencia y de la degeneración y destaca Thompson (1810-1873) con su *The hereditary nature of crime* (1870). Tras estudiar más de 5000 presos identifica la degeneración en los delincuentes más atroces, pero también en los habituales, una auténtica “especie humana inferior”, carente de sentido moral, con estigmas congénitos somáticos y psíquicos. En el mismo orden destaca en Gran Bretaña Maudsley (*Responsability in mental disease*, 1874) quien llega a decir que algunos individuos carecen de moralidad desde que nacen, aunque, a veces cuentan con elevada inteligencia.

Las primeras aproximaciones al criminal desde la más temprana antropología tienen también al delincuente como integrante de una especie humana inferior, degenerada. Un sujeto atávico, cuyo cuerpo y mente exhiben estigmas que le califican como un ser humano inferior. A lo mismo apuntan las primeras aventuras de

gía, Porrúa, 19ª ed., Ciudad de México, 2004; y la extraordinaria síntesis de Raúl Zaffaroni, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Hamurabi, Buenos Aires, 2007.

lo que luego se llamará Sociología, la “estadística moral”, de la que se considera fundador al belga Adolphe Quetelet (1796-1874), astrónomo, físico y estadístico, quien partía de las primeras estadísticas criminales elaboradas en Francia en los años 20 del siglo XIX. Lo positivo es que define el crimen como un fenómeno social y normal, y no como un acontecimiento individual (*Fisque social*, 1835). Desde entonces se cree que el invierno es más propenso a la comisión de los delitos contra el patrimonio, la primavera para los delitos sexuales y el verano para los delitos contra las personas.¹²

Pero todas las contribuciones citadas quedan oscurecidas por la espectacular aparición del positivismo criminológico y lo que entonces se cree que, de acuerdo con las leyes de Comte, representará la superación de la concepción mágica o teológica del crimen. A mediados del siglo XIX el avance científico se ha producido en todos los campos y la pasión por excelencia es el análisis positivo de todos los fenómenos naturales y humanos, y también el crimen y el criminal. La pasión “criminológica” esta avivada por la evidencia del notable incremento de la criminalidad y las elevadas tasas de reincidencia, lo que supone también el descrédito de los juristas, incluido los epígonos del positivismo jurídico, a todos los cuales se les clasifica en el cajón de “Escuela Clásica”. Son muchos los que dejan de pensar en el delito solo como una forma jurídica en su prueba y en la medida apropiada de la pena para pasar a comprender el delito como un hecho real, natural, empírico, histórico y concreto. Pero el que convierte el análisis en un *best-seller* es el médico psiquiatra de prisiones Cesare Lombroso (1835-1909) quien en su estudio (*L'uomo delinquente*, Milano, 1876),¹³ sorprendentemente limitado a grupos de presos internos en una manicomio judicial de Pesaro y sobre 600 delincuentes presos por los delitos más graves llega a la conclusión de que hay delincuentes natos, determinados por degeneraciones somáticas, y define a ese delincuente nato como un ser atávico, de fondo epiléptico e idéntico al loco moral. Lombroso modificó y ajustó sus categorías, pero quedó identificado y reducido a su caricatura y a la idea de vinculación de lo criminal con el atavismo, la degeneración y los signos físico-craneales como estigmas de su orientación, propugnando lógicamente una solución definitiva, radical.

Enrico Ferri (1856-1929), apasionado por la sociología miró más lejos del estrecho espacio de un manicomio judicial y alcanzó a los barrios de obreros generados en las *banlieu* industriales, desarraigados de sus lugares de origen, sin medios ni recursos, en buena medida abocados a las primeras crisis tras la industrialización. En ese contexto entiende Ferri que las causas del crimen son de orden social y son estos factores los que hay que modificar para evitar la delincuencia, su obra cumbre es la *Sociologia criminale* (1884). La cuestión criminal le lleva a la cuestión social.

¹² Antonio García-Pablos, *Tratado de Criminología*, cit., p. 401.

¹³ Lucia Rodler, «L'homme criminel de Cesare Lombroso : entre science et littérature », *Criminocorpus* [En línea], Histoire de la criminologie, 4. L'anthropologie criminelle en Europe, en línea, 24 mayo 2012, consultado el 16 marzo de 2019. URL: <http://journals.openedition.org/criminocorpus/1893>.

Como Lombroso, es también socialista, editor del diario *Avanti*, que cuentan con un atractivo director por nombre Benito Mussolini. Fue la ambición por hacer un código positivista lo que le llevó a sumarse al Mussolini maduro de la *camisa negra*. Su tragedia personal fue que el Dictador encomendó la redacción del Código no a él, sino al más conspicuo representante de la Escuela Clásica italiana Arturo Rocco, puro positivismo jurídico.

A Lombroso y Ferri se suma un tercer actor, Rafael Garfalo (1852-1934), un jurista de mente abierta que lograr sustituir a la antropología y a la sociología criminal por la denominación y contenido autónomo de la *Criminología* (1885). Los tres constituyen la Escuela Positiva y solo la sumisión de los dos últimos al Fascismo acabo con su prestigio, tras haber dado fundamento al racismo y no solamente en América, tanto en el norte y como en sur.

Mientras Lombroso, Ferri y Garfalo triunfaban en el mundo entero —Gran Bretaña se mantiene crítica y prefiere ocuparse pragmáticamente de sus prisiones sin “ideología” y sin fabulaciones “científicas”, en el resto de Europa se sigue elaborando Derecho penal y Criminología, aunque separadamente.

En Francia destaca sobre todo el médico Alexandre Lacassagne (1843-1924), quien desde la medicina forense crece sobre la antropología criminal y destaca los aspectos sociológicos y psicológicos del necesario enfoque científico, dando su importancia tanto a los aspectos biológicos y hereditarios como al entorno social. Ante el incremento de la criminalidad proponía las colonias penales fuera de la metrópoli y defendía la pena de muerte. Su obra y la de escuela que dirige es grande e influyente a través de la gran revista francesa *Archives d'antropologie criminelle*. Su identificación de factores del crimen entre los personales y los sociales es equilibrada y destaca la identificación en las estructuras socioeconómicas las raíces del incremento de la criminalidad y de la reincidente.

Una gran elevación de la elaboración científica es obra de Gabriel Tarde (1843-1904), codirector de los *Archives* con Lacassagne, gran crítico de la *Scuola Positiva* y que construye una sólida Estadística Criminal, una *Criminalité comparée* (1886) y, sobre todo, las *Leyes de la imitación* (1890). Para Tarde la criminalidad es, fundamentalmente un problema social que se rige por el principio de imitación. Con su trilogía de conceptos, invención, imitación y oposición, suministró herramientas para comprender mejor la criminalidad en sus diversos espacios, especialmente en la diferencia entre lo rural y lo urbano.

Carlos Petit ha pintado un extraordinario cuadro de las relaciones transatlánticas entre la Europa de Lombroso y los Estados Unidos de América, a partir de la iniciativa del profesor de la Universidad Northwestern de Chicago, John Henry Wigmore, quién además de crear en los Estados Unidos una asociación científica para el estudio de los problemas del Derecho penal, pretendió con un grupo de colegas tender un puente con el pensamiento europeo de la época y traducir al inglés una selección de las

obras que les pareció fundamentales, acordada por un comité integrado además de por Wigmore, por profesores de amplio impacto: Ernst Freund, de Derecho de Chicago, Roscoe Pound, de Derecho entonces en Nebraska, Robert B. Scott, de Ciencia política entonces Wisconsin y de William W. Smithers, secretario de la sección de Derecho comparado de la *American Bar Association*. Todo eso se producía en la Escuela de Derecho y, mientras tanto, el Departamento de Sociología de la misma Universidad hacía nacer a la escuela criminológica que llamamos “de Chicago”.¹⁴

Lo que caracteriza todo este periodo de expansión del positivismo criminológico es que sus resultados para la mejora del sistema penal, especialmente del sistema penitenciario, pero también el sistema de penas y de responsabilidad, suele tener como consecuencia poco más que la ampliación de los candidatos al encierro manicomial. Pero los administradores de la Ley se resisten a renunciar a la exigencia de “responsabilidades”. Todos los delincuentes deben ir a prisión o a los presidios (*Bagnes*) y solo se puede aceptar la irresponsabilidad de los “verdaderamente” enajenados. Con el tiempo se aceptará que las anomalías comporten una responsabilidad atenuada y unas penas reducidas. Los criminólogos se horrorizan, pues de ese modo sus pacientes salen antes de prisión sin haber sido objeto de “tratamiento” completo.

2. La figura estelar del correccionalismo español: Pedro Dorado Montero

Pedro Dorado Montero fue un jurista nacido de familia muy humilde de labradores en Navacarros, Salamanca, en 1861.¹⁵ Tuvo la desgracia de sufrir un accidente como consecuencia del cual perdió un brazo y quedó cojo, excluyéndole de su natural destino para trabajar en el campo. Merece también ser indicado, por lo que revela de su personalidad, el que acudía a pie, 7 km de ida y otros tantos de vuelta, para asistir con su hermana a clase cada día en Béjar. Gracias a una beca pudo estudiar derecho y filosofía y letras en el Colegio Mayor San Bartolomé de Salamanca. Tras alcanzar las licenciaturas en Letras y en Derecho obtiene otra beca para hacer el doctorado en la

¹⁴ Carlos Petit, *Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la Modern Criminal Science americana*, Quaderni Fiorentini, February 2007, pp. 801 y ss.; *Lombroso et l'Amérique*, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé 2010/1 (N° 1), pp. 17 à 29. Todos los detalles disponibles en la versión en inglés del libro de Constancio Bernaldo de Quiros en 1911, donde se da noticia también de la docena de obras traducidas. Vid sobre don Constancio Bernaldo de Quiros, Adán Nieto Martín, en *80 años del exilio de los juristas españoles acogidos en México*, Tirant, Valencia y México, 2019, pp. 289 y 300.

¹⁵ Marino Barbero Santos, *Remembranza de Pedro Garcia-Dorado Montero en el 50 aniversario de su muerte*, *Revista de Estudios Penitenciarios* de 1971; Laura Pascual Matellán, *Pedro Dorado Montero: vida y obra de un pensador heterodoxo*. Universidad de Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2019.

Universidad de Madrid en 1895, donde entró en estrecha relación académica con el fundador de la Institución Libre de Enseñanza Francisco Giner de los Ríos, catedrático de Filosofía del Derecho en el doctorado, inspirador del reformismo universitario liberal español, dominante hasta la guerra civil.

La Institución libre de enseñanza se creó como reacción de los catedráticos afectados por el ministro Orovio del gobierno de Cánovas quien decidió imponer a los profesores de las universidades españolas el deber de enseñar sus materias con fidelidad a la doctrina católica. Protestaron muchos en defensa de la libertad de cátedra, y algunos fueron expulsados de ellas, como Giner, Salmerón y Gumersindo de Azcárate y otros renunciaron solidariamente como Emilio Castelar y Segismundo Moret. Francisco Giner de los Ríos, discípulo de Julián Sanz del Río, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Madrid, tras su expulsión junto con otros crea la Institución Libre de Enseñanza. Importa señalar que la Institución se asienta en el krausismo, que es un movimiento liberal filosófico y social español por excelencia, organizado por Julián Sanz del Río a partir del pensamiento jurídico y político de Karl Krause, que fue una excelente solución para superar la dogmática rigidez de Kant y Hegel. Con él se buscaba también satisfacer la necesidad de renovación filosófica y política, en la ingenua creencia de poder evitar el enfrentamiento directo con una iglesia católica acostumbrada a dominar por completo la vida espiritual de España, incluida, naturalmente, la vida universitaria y científica. Sin embargo, la Institución y Giner de los Ríos¹⁶ fueron los dirigentes del proceso que desde principios de siglo logró modernizar radicalmente la vida intelectual y científica española hasta 1936, como expuso Luis Jiménez de Asúa precisamente en la propia Ciudad de México en 1963.

El krausismo que como veremos inspira a Dorado Montero no es sólo un movimiento español sino también de México y de toda la América hispana. Baste indicar que su presencia protagoniza la polémica entre liberales, positivistas, y católicos que se agudiza cuando los profesores acuerdan que el libro sobre el que se explicará la lógica en la Escuela Nacional Preparatoria será el del krausista belga Tiberghien, lo que han analizado Leopoldo Zea en su clásico *El positivismo en México de 1943* y en este siglo Antolín Sánchez Cuervo en 2004.¹⁷ Será cuestión de perseguir esta concepción entre los juristas habida cuenta de la presencia como libro de texto el de otro ilustre krausista H. Ahrens y su libro *Curso de Derecho Natural en la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. En Argentina tuvo también gran presencia el Krausismo, pero el feroz positivismo criminológico, avivado por el problema material e ideológico del racismo resultaron un extraordinario muro de contención frente a la escuela de la corrección. En Argentina se difundió el Krausismo, pero su cultivo fue obra de

¹⁶ Luis Jiménez de Asúa, "Don Francisco Giner de los Ríos y el Derecho Penal", en *El Criminalista*, VII 1966, pp. 243 y ss.

¹⁷ Antolín Sánchez Cuervo, *Krausismo en México*, UNAM, 2004.

pedagogos y políticos que actuaron en forma más bien individual y aislada, si bien ejercieron indudable influencia y en algunos casos de vasto alcance.¹⁸

Dorado Montero obtuvo una beca de posgrado para el Colegio de los españoles de Bolonia, máximo centro entonces de la formación de los juristas del país, y entró en contacto con el positivismo criminológico italiano en su momento cenital, que venía combatiendo con Lombroso y otros el fundamento de la responsabilidad penal en el libre albedrío y en la libertad moral de los individuos y atribuía las conductas criminales a problemas somáticos y genéticos individuales o, más tarde, con Enrico Ferri a factores sociales. Todo ello era muy contrario a la idea del derecho natural católico que imperaba en la España desde siempre, dominación que la Iglesia se resistía a perder a toda costa. En España no hubo Leyes de Reforma.

A su regreso obtuvo la cátedra primero en Granada y luego en Salamanca y convirtió a esta en una fábrica de traducción del pensamiento científico de su tiempo, tanto alemanes, como la traducción del Derecho romano del Mommsen, como los criminólogos italianos. Fue también una máquina de publicaciones propias en revistas científicas, en prensa obrera, así como en libros. Inspirado en el correccionalismo español que se había introducido en España a partir del pensamiento de Krause construyó, tras la obra de Concepción Arenal lo más avanzado del correccionalismo español, es decir orientado más a la corrección de los delincuentes que a su persecución y condena con pleno desinterés por su futuro. Llegó a formular la idea de un *Derecho protector de los criminales*. Fue un precursor de la idea de la resocialización del delincuente, que hoy es un principio constitucional. En su dimensión civil estuvo inspirado por el anarquismo y el socialismo luego participó en actividades del partido socialista en los primeros tiempos del siglo, en un proceso muy parecido a su compañero de claustro Miguel de Unamuno. Dice Jiménez de Asúa con su habitual picardía que: “Dorado Montero ha puesto con sus obras la base de un socialismo penal mucho mejor que aquel gran orador, Enrico Ferri, que buscó siempre gloria para así. Dorado Montero jamás la quiso para su persona, que veía pequeña y enclenque; perseguía el porvenir de la humanidad y lo deseaba mejor que el que hoy existe. Por eso su teoría es insigne. En ella aprendí a soñar. En aquellas obras del que fue mi maestro, del que influyó tanto en mí, sin haber tocado jamás su mano”.¹⁹

Si la Institución Libre de Enseñanza se formó como reacción al sometimiento al ideario nacional católico pronto llegó a Salamanca el espíritu inquisitorial renovado. El obispo de la ciudad, el Padre Cámara, utilizó a un grupo de estudiantes conservadores que le acusaron de manifestar ideas deterministas y materialistas muy contrarias a la sacrosanta religión católica. Además de amenazarle con la excomunión, lo

¹⁸ Arturo Andrés Roig, *Los krausistas argentinos*, Editorial José M. Cajica S. A. Puebla, México, 1969, disponible en: <https://www.ensayistas.org/filosofos/argentina/roig/krausismo/1.htm>, apart. 16.

¹⁹ Luis Jiménez de Asúa, *Don Pedro Dorado Montero*, en *El Criminalista*, Tomo III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, p. 194.

que entonces tenía entre otras la grave consecuencia la de no poder ser enterrado en el cementerio que siempre era religioso, el obispo pretendió que fuera expulsado de la Universidad, lo que ya no fue aceptado por el presidente Cánovas. De esclarecer todo aquello se ha ocupado el actual titular de su cátedra Ignacio Berdugo Gómez de la Torre.²⁰

Desde la Cátedra salmantina dorado inspiró a futuras generaciones de penalistas, como el primer criminólogo español, Constancio Bernaldo de Quirós y, posteriormente, a quien llegaría ser el patriarca de las ciencias penales de España y América, don Luis Jiménez de Asúa, quien vivió y murió en el exilio en Buenos Aires, donde compuso el gran *Tratado de Derecho penal europeo e iberoamericano* en 7 volúmenes y más de 7.000 páginas. Dorado se ocupó de modo asiduo de los congresos internacionales penitenciarios y de los demás, pues no en vano era en la prisión donde algo se podía intentar hacer por la corrección de los delincuentes. Precisamente la mejor difusión de sus ideas se realiza a través del librito que recoge las xxxvii declaraciones de Cincinnati, que publica en Nueva York un diplomático colombiano a sugerencia de Wines, el organizador norteamericano de estos congresos y que apreciaba mucho los informes que le remitían Concepción Arenal primero y Dorado después, con el propósito de promover reformas en Hispanoamérica y preparar el siguiente congreso que se celebraría en Londres en 1872.²¹

Fueron los exiliados los que cultivaron la memoria de Dorado, pero pertenecía este ya al friso de los grandes en la esfera internacional. Constancio Bernaldo de Quirós había dedicado varias páginas en su *Nuevas teorías de la criminalidad*, que había merecido una edición en inglés en la temprana fecha de 1898, junto con un elenco de criminólogos europeos a iniciativa del grupo fundador de Departamento de Derecho comparado de la American Bar Association en el que se integran juristas tan importantes como Roscoe Pound, *The Modern Criminal Science Series* y allí aparece junto a Lombroso Don Constancio y sus *Modern Theories of Criminality*.²²

Pero aún más, 50 años más tarde, el *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* publicó en 1956, en su volumen 46, una serie de trabajos sobre personalidades que calificaron como precursores en Criminología, en los que se incluía a Dorado Montero, en un trabajo firmado por quien era el director de lo que hoy conocemos como oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito en Viena, Don Manuel López Rey, que había sido catedrático de Madrid y que en ese momento lo era la Universidad de Puerto Rico. En el año 1960 Herman Mannheim, instalado en la

²⁰ *Enfrentamiento del P. Cámara con Dorado Montero, un episodio de la Restauración salmantina*, Diputación de Salamanca, 1984.

²¹ *Cit.*, en Giudita Creazzo, *El positivismo criminológico italiano en la Argentina*, con prólogo de Raúl Zaffaroni, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 194.

²² Trad. de Alfonso de Salvio, Little Brown and Company, 1911, reimpresión actual por HardPress, con un prólogo del decano de la Law School de Chicago John H. Wignore.

Gran Bretaña definitivamente tras su temprano exilio desde Alemania, a donde nunca quiso volver, publicaría en Inglaterra esos trabajos en un magnífico libro, *Pionners in Criminology*,²³ que ha sido el libro de criminología más difundido durante los 20 años posteriores en el mundo anglosajón. En definitiva, como dijo Jiménez de Asúa, Dorado Montero, adscrito al ideal correccionalista y vinculado a la antropología y la sociología representaba a la “verdadera escuela española”.

Hasta aquí era necesario llegar para hacer ver que Europa era un campo de batalla científico con diversos actores y escenarios ese enfrentamiento se sobrepone también al militar, con la guerra franco-prusiana que contribuye a alejar respectivamente la ciencia alemana de la francesa, lo que tendrá, como veremos grandes, consecuencias. En todo caso, el campo de batalla científico se presenta de modo espectacular, con presencia de todos los ejércitos —escuelas en el primer Congreso de antropología criminal que se celebra en 1885 en Roma. Los extremos quedan derrotados. Los lombrosianos, porque se impone la consideración de los factores sociales como los más determinantes, y los cultivadores de la Escuela Clásica por abandono del combate. Y los reformadores positivistas chocan directamente con la barrera de los Códigos penales vigentes. Que no dan cabida a sus postulados.

El salto del positivismo criminológico de Europa a todos los países latinoamericanos es espectacular.²⁴ Su primer movimiento tiene lugar en Cuba, cuando todavía es territorio español. La Sociedad Antropológica de la Isla de Cuba se crea en 1877 como correspondiente de la Sociedad Antropológica Española, fundada en 1865, por un grupo de intelectuales cubanos, en su mayoría médicos, interesados en las nuevas corrientes ideológicas europea.²⁵

En Argentina la irrupción del positivismo se produce de forma intensa y alcanza también al pensamiento penal, en el que destacan especialmente Francisco Ramos Mejía, Luis María Drago y el médico y criminólogo José Ingenieros, quien edita unos influyentes *Archivos de Psiquiatría y Criminología*. Pero su fuerza no alcanza a desnaturalizar el código liberal, mas bien se limita a intervenir en la disputa forense sobre locura y responsabilidad, así como a influir e impulsar la reforma penitenciaria, a partir del la erección de la catedral de los presos en la Penitenciaría Nacional en 1877, que llegarán a visitar Gina Lombroso y Gulielmo Ferrero en 1907 en olor de multitud y el siguiente año del propio Ferri, y con la creación del Instituto de Criminología en

²³ Hermann Manheim, *Pionners in Criminology*, Stevens & Sons, Londres, 1960.

²⁴ Lila Caimari, “La antropología criminal y la recepción de Lombroso en América Latina”, en Silvio Montaldo y Paolo Tappero (eds.), *Cesare Lombroso cento anni dopo*, UTET Libreria, 2009. Lidia Calamai y Máximo Sozzo, ed., *Historia de la cuestión criminal en América Latina*, Prohistoria, Rosario 2017; José Luis Peset, *Ciencia y Marginación. Sobre negros, locos y criminales*, Barcelona, 1983.

²⁵ Miguel Angel Puig-Samper y Rafael Huertas, *Los orígenes de la antropología criminal en Cuba*, RAEN, vol. VIII, nº 24, 1988, pp. 95 y ss.

1907 cuya dirección se encomienda al mismo Ingenieros. En realidad, el positivismo criminológico dio pábulo a las ideas defensoristas que en la profunda crisis política y social dio lugar a la reforma del Código de 1903 y a la aún peor de 1910, auténtica ley de “defensa social”. El caso y destino del “petiso orejudo” que pasa de la absolución en instancia al penal de la relegación en Usuaia es bien representativo.²⁶

La visita de Ferri en 1908 que se extiende durante tres meses termina como el rosario de la aurora, pues se comporta con europea arrogancia y soberbia,²⁷ que hasta deja en mal lugar a Alfredo Palacios, penalista y diputado líder del socialismo argentino, así como a Juan B. Justo. El asunto había comenzado mal, pues viajaba contratado por un empresario teatral. El segundo viaje en 1910 no lo arregló, pero ocurrió lo más significativo, los estudiantes de la Universidad de Córdoba²⁸ quisieron invitar a Ferri, no pocos profesores lo apoyaron, pero los que vinculaban la Universidad con el paradigma católico lo hicieron imposible. En Córdoba todavía no se habían ganado las Leyes de Reforma. La anécdota pone de manifiesto el tremendo valor modernizador y civilizatorio del positivismo criminológico, que hace pesar mucho más sus aciertos que sus posibles excesos en España y en América.

El México de Porfirio Díaz llegó a tener en los últimos 30 años del XIX unos gobiernos a cuyos integrantes se conocía como *Los científicos*. Brasil llevó el lema de Comte a su propia bandera: “Orden y Progreso”, aunque se olvidaron del tercer término del lema de Comte: el amor, que en aquel entonces era como se llamaba la fraternidad. En todo caso los científicos positivistas del porfiriato no se ocuparon en absoluto del Código Penal y mantuvieron el clásico código de 1871 sin más novedades que la introducción en el cambio de siglo de la libertad condicional como medida que pertenecía al programa reformista de los criminólogos tanto europeos como americanos. Sólo en 1901 surge un estudio positivo de formato: Julio Guerrero, *La génesis del crimen en México. Estudio de psiquiatría social*.²⁹ Las reformas no se emprenden hasta pasados más de 10 años de la revolución y de la nueva Constitución cuando Plutarco Elías Calles se propone en su proceso de institucionalización del país la reforma de los diversos códigos. La del Código penal se encarga a una comisión presidida por José Almaraz, quién ahora sí encabeza el asalto al código de 1871. El resultado es

²⁶ Sobre todo ello v. Giudita Creazzo, *El positivismo criminológico italiano en la Argentina*, con prólogo de Raúl Zaffaroni, Ediar, Buenos Aires, 2007, todo él y para el caso citado pp. 169 y ss.

²⁷ Carlos Miguel Herrera, *El socialismo argentino frente a Enrico Ferri*, Archivos, III, 6, pp. 73-93, acceso el 10.7.10,

²⁸ María Belén Portelli, *Avatares de una visita que no fue: Enrico Ferri y la Universidad Nacional de Córdoba a principios del siglo XX*, CIAN-Revista de Historia de las Universidades, 21/2 (2018), 299-321. (En abierto, acceso 10.7.20). Por cierto, se invitaba conjuntamente a Adolfo Posada, el más relevante catedrático de Derecho político de España, pero este antes de verse complicado con Ferri declinó la oferta, v. José Manuel Sánchez Ron, *Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas 80 años después*, CSIC, Madrid, 1988, vol. II, p. 143.

²⁹ 2a. ed., México, Porrúa, 1977, (1901).

el código de 1929, que recibe tamañas críticas que es sustituido de inmediato por uno nuevo en 1931, redactado por una comisión que lideran José Ángel Ceniceros, Luís Garrido y Alfonso Teja Tagle,³⁰ con que se alcanza en México el principio de la madurez de las Ciencias penales.

Brasil es todo un mundo siempre, y los positivismos hicieron presencia muy temprano y con Tobías Barreto Barreto (1839-1889) de gran presentador en la Facultad de Derecho de Recife.³¹ Su obra es plural y relevante. Dice Jiménez de Asúa que le amargó tanto la injusticia de sus contemporáneos que a menudo les hablaba en alemán o en latín para confundir a aquellos que no sabían aquilatar sus méritos evidentes, acaso también por su carácter violento e insumiso, de ideas liberales, casi jacobinas, que se revelaba ante el desprecio de los blancos por los hombres de color como él, que era mestizo.³² Tiene razón Raul Zaffaroni cuando dice que Tobías Barreto en su ínsula de Recife llegó a conclusiones parecidas a Pedro Dorado Montero.³³ Barreto empleó el positivismo jurídico criminológico para hacer la crítica del derecho penal liberal, pero se negaba a aceptar el reinado de Comte. En la misma facultad es profesor Higinio Duarte Pereira, quien aborda con éxito la tarea de traducir el inmenso tratado de von Liszt en 1898, quince años antes de que se produzca la edición española traducida por Quintiliano Saldaña y el joven Jiménez de Asúa. Su destino en el Tribunal Supremo hizo que su huella palidciera salvo en lo que se refiere a la propia jurisprudencia penal del alto tribunal brasileño, que en no pocos aspectos seguro que hablan francés sin tener conciencia de ello.

El positivismo criminológico aparece de la mano de Raimundo Nina Rodrigues (1862-1906) en la ciudad de Bahía, en la que ejerce de médico forense y profesor de la universidad. Allí funda la sociedad brasileña de Antropología Criminal. Se enfrenta con el problema de la marginalidad de los negros y cae en la falsificación de creer que es la raza el factor determinante de la criminalidad de las gentes de color. En vez de descubrir las razones sociales de la discriminación, lo que hace es alumbrar un racismo ario criollo. Constituye el proto ejemplo del servicio que el positivismo criminológico hizo a la legitimación de las repúblicas oligárquicas. Una vez más las consecuencias

³⁰ Además de Robert M. Buffington, *Criminales y ciudadanos en el México moderno, Siglo XXI*, México, 2001, pp. 177 y ss. y Elisa Speckman Guerra, *El Derecho penal en el Porfiriato: Un acercamiento a la legislación, los discursos y las prácticas*, Biblioteca Jurídica Virtual III de la UNAM, consultado 10.7.2020. Elisa Speckman, *Crimen y castigo*, CdeM y UNAM, Ciudad de México 2002 y la misma autora, *Del Tigre de Santa Julia, la princesa italiana y otras historias, Sistema judicial, criminalidad y justicia en Ciudad de México en los siglos XIX y XX*, INACIPE y UNAM, Ciudad de México 2014, p. 21 a 43. Raúl Ávila Ortiz et al., *Porfirio Díaz y el Derecho. Balance crítico*, III-UNAM, Ciudad de México, 2015.

³¹ Marcos César Álvarez, *Bachareis, Criminologistas e Juristas. Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*, IBCCrim, Sao Paulo, 2003, pp. 79 y ss.; Ricardo de Brito Freitas, *As razoes do positivismo penal no Brasil*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2002.

³² *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 1356.

³³ Zaffaroni, *Tobías Barreto y la crítica de Nina Rodrigues, Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Monteavila, Caracas 1992, pp. 147 y ss. p. 164.

del cambio epistemológico se centran en poco más que en la producción de impunidad: la aceptación del libre arbitrio, absoluto o relativo, según Nina da lugar a una doctrina penal que lleva a la impunidad. Nina asiste a la enorme ampliación del catálogo de enfermedades y anomalías que fabricaban los psiquiatras de su tiempo y llega a la conclusión de que: “en rigor pocos delinquentes no aprovecharan los beneficios de la irresponsabilidad”.³⁴

La cuestión penal apasiona los debates entre juristas y médicos brasileños discípulos de los citados pueden considerarse Viveiros de Acosta, Clovis Belvilaqua, Afranio Peixoto y Evaristo de Moraes, todos ellos eclécticos, pero su reclamo unánime de un régimen especial para los menores infractores se corona con éxito con la aprobación del Código de Menores en 1927. Todos ellos acompañan a la Primera República en su fase final, teñida por la crisis social y económica, que termina con la fundación en 1930 del Estado Nuovo de Getulio Vargas. No pocos se incorporan a las filas del fascismo.

3. Los congresos internacionales penitenciarios

La crítica de la prisión y las pautas de la humanización de su contenido y gestión fue el primero de los temas que fue objeto de internacionalización.³⁵ Primero tuvieron lugar tres diferentes congresos celebrados en Europa, bajo el impulso de Mittermaier, Fráncfort 1846, Bruselas 1847 y Fráncfort en 1857, aunque este se denominó congreso de Beneficencia. En el primero se estableció la apología del sistema celular y en el segundo ya afloraron sus críticos. Quizá a la vista de las manifestaciones europeas organizaron los norteamericanos varios y diferentes congresos. El que alcanza su madurez y mayor celebridad es el de Cincinnati en 1870.³⁶ De la redacción de las conclusiones se encarga el secretario de la *Nacional Prison Association*, Enoc C. Wines, quien desde entonces tomaría el liderazgo de la acción internacional y la pretensión de poner en común al menos a Europa y a las Américas, como se ha mencionado antes. No se establecen allí criterios menores: “el fin esencial de la pena consiste en

³⁴ Zaffaroni, “Tobías Barreto y la crítica de Nina Rodrigues”, en *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Monteavila, Caracas, 1992, pp. 147 y ss.

³⁵ Una relación histórica la ofrece Quintiliano Saldaña, *El derecho penal socialista y el Congreso penitenciario de Berlín*, Reus, Madrid, 1936, pp. 85 y ss. Fue el primer español discípulo de von Liszt en el *Kriminalistischer Seminar* de Berlín y traductor con Jiménez de Asúa de su Tratado. Murió refugiado en una embajada durante la guerra civil. Fue este librito el último que publicó este penalista con toque de genio que, como Ferrí, llegó a vender su alma al diablo por recibir el encargo de redactar un nuevo Código penal para la Dictadura del General Primo de Rivera. Lo consiguió, con el Código de 1928, pero el advenimiento de la República truncó su vigencia y atrajo sobre sí la maldición del olvido.

³⁶ Saldaña, *cit.*, p. 70.

reformular al criminal y no imponerle un sufrimiento por espíritu de venganza".³⁷ Wines se convierte en el organizador de una estructura formal internacional para convocar el siguiente congreso, que tendrá lugar en Londres en 1872 y al que siguieron otros varios, en general cada cinco años. En 1930 se celebra en Praga y pasa a denominarse Congreso Penal y Penitenciario vinculándose a la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria creada como órgano de la Sociedad de Naciones y toman el acuerdo que se convertirá en trágico de celebrar el siguiente, en 1935, en Berlín, pero que ya para entonces había sido tomado por los nazis.

En estos congresos penitenciarios hace su aparición la primera penitencia lista española, Concepción Arenal (1820-1893), visitadora de prisiones y ensayista en material moral y penitenciaria con una obra publicada que supera los 12 volúmenes. Presentó informes a los congresos de Estocolmo, Roma, San Petersburgo, recogidos en el volumen Estudios Penitenciarios³⁸ no solo fueron muy apreciados por el organizador de los congresos internacionales el doctor Wines, también tuvo conocimiento de su obra el discípulo de Krause, Carl Roeder. Participó solo con sus informes, pues si entonces era de por sí una rareza que una mujer se ocupara de tales temas, aún lo era más que viajara por el mundo a los congresos. Con informes, pero también con presencia, participó su amigo y corresponsal Pedro Armengol, ilustre penitenciarista catalán.³⁹

En definitiva, Arenal era una mujer bien apasionada en especial por los pobres, por los presos y por las víctimas de los conflictos armados, asunto este último que la llevó a componer un libro sobre el derecho de gentes entonces bien embrionario.

Quintiliano Saldaña estima que durante casi un siglo los congresos penitenciarios fueron el lugar pragmático del Derecho penal y que en ellos se fundieron las grandes instituciones: la condena condicional, la libertad condicional, la sentencia indeterminada, las medidas de seguridad, la individualización de la pena, etc.⁴⁰ Con el tiempo se combinaron las reuniones y debates con los organizados por la unión penal internacional, como luego se verá que poseía el mayor criterio técnico y científico. El fin estruendoso de los congresos internacionales penitenciarios tiene lugar en Berlín en 1935.

Hans Frank, líder de los juristas alemanes, *Juristenführer*, y ministro sin cartera del gobierno de Hitler junto con el ministro de justicia Gürtner convierten el congreso internacional en un mitin nacional-socialista e imponen los votos de los 450 funcionarios públicos alemanes a los que inscribieron e hicieron votar poniéndoles

³⁷ *Ibidem*, p. 87.

³⁸ Disponible en abierto en el portal CervantesVirtual.com. con todas las obras completas.

³⁹ Ver todas las referencias en Anna Caballé, *Concepción Arenal. La Caminante y sus Sombras*, Taurus, Barcelona, 2018.

⁴⁰ Saldaña, *cit.*, p. 98.

por encima del reglamento del congreso y de la votación por países. Lo narró con detalle a la vuelta Quintiliano Saldaña, quien vio allí todo lo que se venía encima.⁴¹ Protestó lo que pudo, por ejemplo, frente a la puesta a votación de la resolución que se impondría sobre la castración y la esterilización forzosa. En su texto enuncia los nombres de los grandes penalistas a los que no pudieron ver porque ya estaban expulsados de la vida pública. Saldaña escribió a la Comisión internacional penal y penitenciaria solicitando que en adelante no fueren los gobiernos los convocantes, sino la propia Comisión.

4. La globalización de las sociedades científicas de la cuestión penal

Pero en Alemania y los países del norte de la Europa continental se realizan movimientos autónomos, eclécticos y no dogmáticos, que operan desde el campo jurídico, asumiendo lo que resulta manejable y útil que ha producido la criminología. Se trata ahora de un alemán el que toma el liderazgo europeo, Franz von Liszt (1851-1919), quien desde la sólida base del positivismo jurídico alemán, de fuerte fundamentación filosófica, integra en una Ciencia penal total —la *Gesamte Strafrechtswissenschaft*— no sólo la jurídica, sino todas las ciencias que se pueden integrar en el concepto de criminología y, además, reserva un buen campo a lo que llama Política Criminal: la elaboración de propuestas legislativas para abordar los problemas que pone de manifiesto la criminología. Toda su construcción se inspira en la seguridad jurídica que ofrece la Ley en cuya aplicación —y en su caso reforma— opera la criminalidad, conforme a la cual configura soluciones legislativas y penitenciarias. Así, junto a los líderes de la ciencia penal belga y holandesa, Adolf Prins y van Hammel, constituyen un movimiento que va a llegar a dominar el escenario europeo, incluida la América europea, sin cruzar, por cierto, el canal de La Mancha.

Franz von Liszt organiza un programa pragmático que, evita las cuestiones de disputa entre escuelas científicas, en particular sobre la cuestión del “*libre arbitre*”, y se centra en propuestas de política criminal, que naturalmente responden a una concepción social del delito y del delincuente.⁴² Ignacio Berdugo Gómez de la Torre lo expuso al completo en: *La evolución del derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal*.⁴³

⁴¹ *Ibidem*, pp. 100 y ss.

⁴² Sobre von Liszt v. Muñoz Conde, “La herencia de Franz von Liszt”, *Revista Penal México*, 2012, pp. 57-73; Leon Radzinowicz, *The roots of the International Association of Criminal Law*, Friburgo de Brisgovia, Max-Planck Institut, 1991. Y recientemente y excelente Carlos Elbert, *Franz von Liszt: Teoría y práctica en la política criminal (1889-1919)*, prólogo de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 2018.

⁴³ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, *La evolución del derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal*, Univ. Pontificia de Salamanca, 1982; M. Cherif Bassiouni, *AIDP: International Association of Penal Law: over a century of dedication to criminal justice and human rights*, Revue

El éxito organizativo es extraordinario. Nadie quiere quedarse fuera, ni siquiera Lombroso, Ferry o Garofalo, que parecían los más extremados. En París se suman Emil Garçon y René Garraud y como institución la Société de Legislation Comparée.⁴⁴ Las cuestiones fundamentales que la IKV programa son básicamente las siguientes: a) rechazo de las penas cortas de prisión, por su carácter criminógeno y su progresiva sustitución por multa y otras sanciones de inferior gravedad a la privación de libertad; b) propuesta de introducción en las legislaciones de la condena condicional evitando las penas cortas de prisión y sometiendo la suspensión al cumplimiento de determinadas tareas o a la mera no comisión de nuevos delitos (se introduce en Bélgica en 1988 y en Francia en 1891). En el mismo orden de cosas se propugna la liberación condicional; c) sometimiento a un régimen no penal a los menores, bien diferenciado del Derecho penal de adultos; d) más compleja y diferenciada es la propuesta de completar el sistema de penas con un sistema de medidas de seguridad o, incluso, sustituir las penas por las medidas. El cambio se proponía sobre todo para los delincuentes habituales y de delitos graves. El debate se realiza de modo exhaustivo, pero se impone la idea de que la IKV “*ne prend pas parti entre les diverses écoles des criminalistes*”,⁴⁵ y e) relacionado con lo último se discute en ese tiempo la sentencia indeterminada, que es la más extrema de las propuestas, lógico corolario de quienes creen que el fenómeno del delito es de raíz personal y obedece a una patología, degenerativa o no, pues si no tiene sentido someter a término un proceso terapéutico hasta que la curación se produzca, no tiene sentido someter a prisión por tiempos determinados, sino que debe pronunciarse una sentencia que pone en encierro y tratamiento al autor por tiempo “indeterminado”, hasta que se compruebe la reinserción social del sujeto. Fueron muchos los penalistas cualificados partidarios de la institución, puesto en marcha por el director del penal norteamericano de Elmira. Pero no consiguió asentarse en el Continente. Perdió con el fracaso del proyecto Ferri de 1921 y ganó en España con la reforma del Código gubernativo de 1928 de la Dictadura de Primo de Rivera que contaba ya con la crítica decidida de quien en España la había propugnado, Don Luis Jiménez de Asúa.

Entre los fundadores de la *Union Internationale de Droit Pénale* destaca el belga Adolf Prins, quien desarrolla un programa penal, liberando de la idea de libre arbitrio y de responsabilidad moral como fundamento del castigo, al que llama *Defensa Social*, basada únicamente en la idea de peligrosidad del delincuente, que propone un sistema de reacciones que son puras medidas de seguridad, indeterminadas, es-

internationale de droit pénal, 2015/3-4 (vol. 86), pp. 1095 a 1120; Sławomir Redo, *Blue Criminology. The power of United Nations ideas to counter crime globally*, European Institute for Crime Prevention and Control. Helsinki, 2012.

⁴⁴ S. Kesper-Biermann/ P. Overath (edit.), *Die Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870-1930)*, BWV, Berlin, 2007, p. 89.

⁴⁵ Ver en Jescheck, *Der Einfluss der IKV und der AIDP auf die internationale Entwicklung der modernen Kriminalpolitik*, en *ZStW* 21, 1980, p. 413.

pecialmente para los delincuentes peligrosos. El lema “defensa social” va a tener un gran éxito en todo el siglo.⁴⁶ Las preocupaciones que la inspiran son dos. Por una parte, la crítica feroz al sistema penitenciario y, por otro, la ausencia de soluciones al problema de la reincidencia dentro del sistema legal de responsabilidad personal o moral.

La actividad de la *Union Internationale de Droit Pénale* marcha a velocidad de crucero. Ha realizado hasta 12 Congresos internacionales desde 1889 a 1914 en toda Europa, menos en Gran Bretaña, además de los organizados por los grupos nacionales,⁴⁷ y más de 21 volúmenes del Boletín de congresos y reuniones, con los que por vez primera se alcanzaba con la vista el conjunto de los Derechos penales de los países europeos y otros. Los miembros pasaron de 75 en 1889 a 200 al año siguiente y llegaron hasta 1.150 en 1913. V. Listz edita *Strafgesetzgebung der Gegenwart* en 2 gruesos volúmenes en 1893, además de lo que sigue publicado en la *ZStW*. Aunque más de un tercio eran alemanes, pronto otros tantos serían los rusos y el resto de casi todos los países de Europa pues como dice Sir Leon Radzinowicz, con razón, eran una especie de comfortable y elitista club de penalistas europeos⁴⁸ cuyo centro científico mundial era Alemania.

Pero además la IKV mantiene posiciones que hoy nos parecen deplorables en una élite de juristas como aquella, puesto que casi todos eran partidarios de la pena de muerte, y solo miembros invitados elaboraron propuestas al respecto que fueron relegadas por la mayoría y los directivos. Von Listz explicó que había que llevar a votación asuntos sobre los que no hubiera demasiadas diferencias. El mismo se manifestó contrario a la pena de muerte, como Enrico Ferri. El mismo Gabriel Tarde, Alexander Lacassagne y Rafael Garofalo eran declarados partidarios.⁴⁹ Y sorprendentemente en lo que casi todos estaban de acuerdo también era en la pena de relegación en los presidios de las colonias, como sistema de “neutralización” o inocuización de los delincuentes habituales y peligrosos a los que se considera no susceptibles de mejora. Radzinowicz dice que fue el resultado de la crisis económica y social y de las organizaciones políticas que reclaman un cambio radical en la sociedad, contra las “*clases dangereuses*”, como clases criminales, candidatas a la transportación y a la sentencia indeterminada, todo bajo el paraguas de la Defensa Social.⁵⁰ Esa pena de *transportation (vers le bagne)* era al destino de trabajos forzados en establecimientos en la metrópoli o en las colonias. Gran Bretaña practicó la *transportation* en América poco antes de la independencia y en Australia.

⁴⁶ Adolphe Prins, *La défense sociale et les transformations du Droit penal*, Paris 1910, en español por Federico Castejón, Edit. Reus. Madrid, 1912.

⁴⁷ V. Kesper-Bierman, *cit.*, pp. 87 y 88.

⁴⁸ Cfr. Radzinowicz, *Roots*, *cit.*, p. 9 y Kesper, *cit.*, p. 92.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 26-31.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 33.

En la cuestión de la sentencia indeterminada para los reincidentes irrecuperables lo que se discutía era quién debía tener la atribución para decidir la duración penal de la misma, si el Tribunal (Von Hammel y Von Liszt) o su contenido habría de ser determinado por la administración civil, penitenciaria o militar y, en todo caso, los azotes eran indispensables y así opinaba la mayoría en la *IKV* y en la *Comission Internationale Pénal et Penitentiaire*.

La primera Guerra mundial paraliza la organización y las aspiraciones de la reforma penal y separa radicalmente a Alemania y el espacio germánico, especialmente de Francia⁵¹ y pasa aquella a ser objeto de un boicot, inclusive en el plano científico general.⁵²

Tras la guerra más atroz hasta entonces conocida se aspira a la paz mundial, a evitar las guerras y a construir un orden mundial, conforme a un ambicioso programa de diez puntos que enunció el presidente norteamericano Wilson, a través de la creación de la *Société des Nations*. El tratado de Versalles manifestó la vocación de establecer un sistema de responsabilidad penal internacional, pero no logra ni la extradición del Kaiser, refugiado en Holanda, ni que los dirigentes alemanes sean juzgados de modo mínimamente efectivo por la propia justicia alemana.⁵³ La Sociedad de Naciones comenzó pronto a abordar cuestiones de cooperación y armonización penal internacional mediante convenios o tratados. Pronto reaccionaron los penalistas y, esta vez desde París, en 1924, un francés sólidamente establecido en la Sorbona, Henry Donnedieu de Vabres, impulsa la creación de una nueva cooperación: la *Association Internationale de Droit Pénal*. Para la participación en ella se envió a “*les nations tout loyales et pacifiées*”, es decir, con exclusión de Alemania y Austria.⁵⁴ El primer Congreso se reunió en 1926 en Bruselas, con 350 participantes de 40 países. Los alemanes ofendidos decidieron coordinarse con otros países de esfera germánica para hacer frente al bloque romanista.⁵⁵

La liga de las Naciones dio lugar a un doble impulso a la cooperación científica internacional en materia penal. En primer lugar, constituyendo una Comisión Internacional penal y penitenciaria, que mantendría la herencia de los congresos penitenciarios, que habían sido precisamente los únicos puntos de encuentro entre la Europa continental y el mundo anglosajón de Gran Bretaña y Norteamérica. Por otra parte, se creó el *Buro International pour l'unification du Droit Pénal* a cuya cabeza se situó a uno de los más influyentes directivos de la AIDP, partícipe en la creación de 1924 y presidente del grupo nacional rumano, Vespasiano Pella (1897-1960).

⁵¹ Kesper, *cit.*, pp. 98 y ss.

⁵² R. Reinbothe, *Der Boykott gegen die deutschen Wissenschaftler und die deutsche Sprache nach dem Ersten Weltkrieg*, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2013; 138, pp. 2685-2690.

⁵³ Willian Schabas, *The trial of the Kaiser*, Oxford University Press, 2018.

⁵⁴ Kesper, *cit.*, pp. 99 y ss.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 101.

Ambas instituciones sirvieron a dar soporte a la formulación de tratados internacionales patrocinados por la *Société des Nations* y a la cooperación judicial, policial y científica internacional. Así, en 1926 se formularon convenciones contra la esclavitud, contra la falsificación de moneda, 1929, contra el trabajo forzado, 1930, contra la trata de mujeres, 1935 y contra el tráfico de estupefacientes, 1936. A la altura de 1933 se preparaba en Madrid, a propuesta del ya entonces patriarca del Derecho penal español y latinoamericano Luis Jiménez de Asúa, la quinta conferencia para la unificación internacional del Derecho penal, con más de 36 gobiernos participantes, en la que se abordó la elaboración de un tratado para la persecución internacional de los crímenes de guerra (y la guerra de agresión). En 1937 se llegó a celebrar un Congreso en Basilea para la adopción de un convenio Internacional contra el terrorismo.

Pero toda la cooperación internacional quedó de nuevo afectada por la toma del poder de Hitler en Alemania el 30 de enero de 1933. Ya desde la quema del Reichstag se dio lugar a la persecución radical de los comunistas y sindicalistas con la Ordenanza para la protección del pueblo y el Estado de 28 de febrero y con la persecución de los judíos a partir de marzo (Ley de restauración del funcionariado).

Nadie quiso ir nunca más a Alemania, salvo con ocasión de una invitación de Hans Frank, abogado personal de Hitler y Ministro de Justicia de este, así como líder de los juristas nacional-socialistas. A dicha reunión asistió una *prima donna* de París, Henri Donnedieu de Vabres. Doce años más tarde el profesor de la Sorbona era juez del Tribunal de Núremberg y estaba en el banquillo de los acusados Hans Frank, que había llegado a ser Gobernador General de Polonia y, por tanto, máximo responsable del territorio de los cinco principales campos de exterminio. Dice el profesor de Cambridge Phillip Sands en su *Retour a Lemberg* que durante todo el juicio no se cruzó la mirada de Donnedieu de Vabres con de Frank, pues seguro que no quería que saliera al debate su encuentro en Berlín en 1935 con el que ahora iba a ser condenado a muerte. Es muy recomendable la lectura del libro de Phillip Sands en el que se descubre la genética del concepto de los delitos contra la Humanidad y de Genocidio en el curso de una novela policiaca en la que, en la búsqueda de su familia judía desaparecida en Lemberg, actual Ucrania, conoce la participación en Núremberg, así como dos años más tarde en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la de la Convención contra el Genocidio, de dos principales actores: Hans Lauterpacht, que elaboró el anteproyecto de la Declaración Universal y Rafael Lemkin, el del Genocidio.⁵⁶ Dos juristas mas que apasionados por la humanidad y contra su destrucción.

Cuando Donnedieu de Vabres acepta la invitación del *Juristenführer* Hans Frank, Marc Ancel (1902-1990) es un juez de éxito, por cierto, no fue con motivo del Congreso penitenciario internacional, sino de una asamblea de la Academia de Derecho Alemán que presidía Frank. Estudió en el famoso Liceo Henri IV, se licenció en letras

⁵⁶ Philippe Sands, *Calle Este-Oeste. Sobre los orígenes de "genocidio" y "crímenes contra la humanidad"*, Anagrama, Barcelona, 2017.

en 1922 y después en derecho, cuyo doctorado alcanza en 1927. En 1929 supera el examen de entrada en la Magistratura. Desempeña varios cargos administrativos y judiciales y en 1936 aparece como juez del Tribunal del Sena y como secretario general del Instituto de Derecho Comparado de la Sorbona bajo el impulso de su mentor el gran comparatista Henri Lévi-Ulmann, así como redactor jefe de la *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, a la que le lleva Donnedieu de Vabres.

Los efectos de la guerra fueron devastadores. El conocimiento que proporciona el juicio de Núremberg por vez primera casi en tiempo real en todos los periódicos, medios y noticieros produce un gran rechazo moral radical de los alemanes. Muy pocos son los que saben mirar al futuro. La mayoría, en el mejor de los casos, son partidarios de desmontar toda la industria alemana y convertirla en un país puramente agrícola. Es la tesis del ministro del tesoro de Roosevelt Henry Morgenthau. La visión de los campos de trabajo esclavo y de los campos de exterminio sistemático muestran cómo se ha empleado en Alemania el derecho penal como instrumento de terror, de explotación laboral de las personas y de aniquilación de los enemigos políticos y raciales. Solo en Núremberg se capta por vez primera la magnitud del crimen.

Conviene recomendar aquí dos libros más para ayudar a captar el supremo horror del nacional socialismo. En primer lugar, una novela, de Johnatan Littell: *Les Bienveillantes*, en la versión española *Las Benévolas*, escrita por un joven judío norteamericano que escribe en francés y que vive en Barcelona, quien obtiene el premio Goncourt de 2005. Y a continuación una síntesis de una obra académica histórica monumental, de Cristian Ingraó, *Croire et détruire* en 2010.⁵⁷

5. Núremberg, la pasión por castigar los crímenes contra la Humanidad y la reorganización de las sociedades científicas

Los procesos políticos generales son bien conocidos, pero me fijaré en lo que sigue en las acciones de los grupos profesionales del derecho penal en los diversos escenarios son los que surgen los grupos de actores que van a determinar la marcha de la construcción de la política criminal contemporánea en Europa y en América.

Esos grupos y escenarios de actores penales van a ser los siguientes: en primer lugar el juicio de Núremberg y las sesiones en las que se reconstituye la AIDP. En segundo lugar, un campo de concentración de militares alemanes que es visitado por un delegado del ministro de los ejércitos del primer gobierno de De Gaulle, Joseph

⁵⁷ Para los horrores del Nacionalsocialismo v. mi Luis Arroyo Zapatero, "Narrar el mal para prevenirlo", en *Sin Literatura no hay Derecho*, coord. Gerardo Laveaga, Tirant lo Blanch, México 2017, pp. 36-58 y en Libro Homenaje a Santiago Mir Puig, BdeF, Montevideo y Buenos Aires, 2017, pp. 15 a 28. También en mi blog, con imágenes; Johnatan Littell *Las Benévolas*, trad. de María Teresa Gallego, RBA, Barcelona, 2007. Cristian Ingraó, *Croire et détruire. Les intellectuels dans la machine de guerre SS*, Fayard, Paris, 2010.

Rovan, quién se fija en varios jóvenes oficiales alemanes, entre ellos uno que dará mucho juego, Hans Heinrich Jescheck, a los que selecciona por estimar que no están contaminados por el nacionalsocialismo y pueden contribuir a la democratización de Alemania. Por último, la construcción paralela de la rama de Defensa Social de las Naciones Unidas y de la Société Internationale de Défense Sociale.

En 1946 finaliza el Juicio de Núremberg. A finales de aquel año, la Asamblea General de la ONU aprueba los principios que llevan el nombre de esa ciudad. Henri Donnedieu de Vabres, fundador de la AIDP y magistrado del Tribunal Militar Internacional, decide en el transcurso del juicio recrear la AIDP. En la misma ciudad, y en el marco de las sesiones de dicho tribunal, convoca una reunión del consejo de dirección, ampliada a otros juristas que coinciden en la ciudad o que invita expresamente para la reunión. El acta está redactada con la precisión propia de los servicios de un tribunal de tales características, asistido por el entonces revolucionario sistema de traducción simultánea, que entusiasmaba a los asistentes al comprobar que, por vez primera, ya no era necesario dominar el francés para trabajar en común. Al leerla, podemos representarnos a la perfección aquel día soleado de una primavera alemana, cuyos rayos hacían refulgir el estremecedor paisaje de ruinas de la ciudad de Núremberg, y al grupo de personalidades de la ciencia penal europea de entreguerras combinando atuendos civiles y militares. Además de Donnedieu de Vabres, el rumano Vespasiano Pella, secretario general del Buró Internacional para la Unificación del Derecho Penal, creado por la Sociedad de Naciones; Jean Graven, el patriarca del derecho penal suizo; el profesor Rapoport, ya entonces presidente del Tribunal Supremo de Polonia, recién liberado de su largo cautiverio; el entonces joven secretario general de la Asociación, Pierre Bouzat, que todavía no era le Doyen. Estaban acompañados de penalistas de países ajenos a la vida tradicional de la Asociación, pero a quienes la guerra había unido: el juez norteamericano Francis Biddel, el magistrado inglés David Maxwell-Fyfe, el "Lord Justice" Lawrence, presidente del Tribunal Militar Internacional; el general y juez soviético Nikitchenko, acompañado del profesor Tranine, discípulo del terrible Vichinsky, entre otros de menor nombradía. Allí nace la idea de reanudar y ampliar las tareas de la AIDP, prolongar la colaboración entre los penalistas reunidos en Núremberg, más allá de la vida del tribunal, e impulsar los trabajos conducentes a la unificación del derecho penal internacional y a la creación de una corte penal internacional, que en 1937 había sido objeto de un primer convenio, pero que había quedado limitado al trámite de abrirse a la firma. Significativamente, uno de los presentes, el francés Dubost, adjunto al delegado francés ante el tribunal, pregunta cómo se habrá de contar para las nuevas tareas con los juristas italianos e, incluso, indica que la misma pregunta valdría para los alemanes. El acta no nos dice nada al respecto, pero llama la atención una observación realizada poco antes sobre los juristas patriotas franceses, de la que se deduce un rechazo a los no vinculados a la Resistencia.⁵⁸

⁵⁸ Ver el Acta de la reunión del 18 de mayo de 1946 en AIDP, *Documentation Historique 1889-2014*, Ch. Bassiouni, comp., AIDP, 2015, pp. 123 y ss.

Para entender ese momento histórico tan particular bastaría una cita. Está extraída del discurso del presidente de la Sociedad de Legislación Comparada, el profesor Niboyet, pronunciado ante el presidente de la República de entonces, Vincent Auriol. La ocasión es el 17 de febrero de 1949 en que la institución cumple 80 años, y tiene entonces de secretario general a Marc Ancel que ocupaba el cargo desde la liberación en 1944. Al evocar las enormes dificultades a las que se enfrentaron para la creación del Centro de Derecho Comparado en París, el discurso del presidente deja traslucir la violencia que aún persistía de esa guerra recién acabada: «Berlín nos hacía una abierta competencia; existían dos instituciones dirigidas por unos hombres extraordinariamente competentes que publicaban textos de enorme valor y que contaban con dos magníficas bibliotecas: un instituto de derecho público comparado y un instituto de derecho privado comparado. Han sido expulsados (*chassés*) de Berlín. Ahora nos corresponde a nosotros lograr que París se convierta en el principal centro de derecho comparado de Europa». La reconciliación de Europa está aún lejos de aquellas palabras y, sobre todo, la del famoso y principalísimo eje franco-alemán. Los años que precedieron a la fundación de la Sociedad estuvieron, pues, marcados, a la vez por la violencia persistente del pasado inmediato y por la enorme incertidumbre del futuro.⁵⁹

**5 bis. Un excursio franco-alemán con consecuencias para todos:
encuentro en un campo de prisioneros entre un deportado francés
recién liberado de Dachau y el capitán H.H. Jescheck**

En el avance sobre Berlín el Ejército norteamericano embolsa casi dos millones de soldados y al pasar la zona del Ruhr se los entrega a los franceses, cuya organización militar y política estaba poco madura. De Gaulle nombró a Edmond Michelet ministro de los ejércitos, un conocido resistente francés de la organización de militancia cristiana Combat, que con otros miembros de su grupo había sido detenido, torturado por la Gestapo y deportado un año antes al campo de concentración de Dachau, en donde estaba a cargo de la organización clandestina de los internados franceses por bajo el mando del general Delestraint, quien moriría asesinado por los guardias de las SS días antes de la liberación del campo. El ministro, cómo buen conecedor de la vida en los campos, encomendó a quien en Dachau había sido su segundo que organizara a los presos alemanes de tal manera que no se produjeran cien pequeños Dachau y además que se preocupará de buscar entre los jóvenes oficiales alemanes a los que viera capaces de situarse en el nuevo orden democrático y pudiera contribuir a la reconciliación con los alemanes. Y así aparece Jescheck ante Rován y este lo envía primero al Centro de Estudios para prisioneros de guerra en

⁵⁹ Sobre todo lo expuesto v. Luis Arroyo Zapatero, “El espíritu de los tiempos: Sesenta años de la Sociedad Internacional de Defensa Social. 1949-2009”, *Revista Penal*, enero 2010, n° 25, pp. 230 y ss.

Saint Denis y luego a la Escuela Militar de París, desde donde sigue detalladamente el juicio de Núremberg, que se convertirá como tema teórico en su trabajo de habilitación. Pronto es liberado y se incorpora en Friburgo al Tribunal Administrativo del Land, donde durante una licencia como herido de guerra había concursado con éxito. Pronto fue incorporado por el profesor Schöncke a los trabajos del Instituto de derecho penal extranjero e internacional que había fundado aquel en plena guerra, mientras era alto oficial en los servicios de inteligencia militar de Alemania que dirigía el almirante Canaris, quien conviene recordar a estos efectos que fue ejecutado en 1944 como uno de los centenares de militares que intentaron acabar con la vida de Hitler. En 1966 se convierte en el director del Max Planck y desde 1979 su presidente hasta 1989.

La primera paz se convierte rápido en guerra fría, fundamentalmente como son secuencia del conflicto de la división de Alemania y de la crisis económica en que se sumerge la Alemania oriental al establecerse un nuevo *Deutsche Mark* que incendia la vida en el Berlín oriental, pues comporta el empobrecimiento total de la población del este, lo que lleva a la construcción del muro, pero entre los aliados se produce una rápida reconciliación con Alemania y se proyecta incluso la primera forma de unión europea, que sería la luego *non nata* Unión Europea de la Defensa. En este asunto se encuentran de nuevo Rovan y Jescheck, quién será el primer alemán incorporado por Marc Ancel al consejo de dirección de la *Société*.

Ancel, mientras tanto, ejerce su influyente papel de juez en la corte de apelación de París, que llega a presidir en 1951, para pasar el 1953 a la corte de casación se convierte en la mano derecha del ministro de justicia y del presidente de la corte de casación Maurice Aïdalot para todo cuanto tiene que ver con las relaciones científicas internacionales y el derecho comparado. Otra personalidad muy vinculada casi discipularmente a Marc Ancel es nombrado ministro de justicia, *Garde des Sceaux*, François de Menthon, profesor de Derecho en Nancy y futuro fiscal francés en Núremberg, en los días siguientes a la liberación, el 1 de septiembre de 1944, director general de instituciones penitenciarias, que había desempeñado un papel en la resistencia, vinculado posiblemente con una organización que en sus orígenes incorporaba altos funcionarios de la Administración pública, la *Organisation civile et militaire* (OCM) cuando era *procureur* de Laon y favoreció la tentativa de fuga de unos miembros de la resistencia. Fue encarcelado por ello en Laon durante varias semanas desde el 25 de abril y después en la cárcel-cuartel de Tourelles en París, de donde escapó en los primeros días de agosto para regresar a la cárcel el 13 para liberar a un grupo de resistentes y participar en la liberación de París. Comenzó de inmediato a impulsar la reforma penitenciaria que elaboran en equipo cuatro «*mousquetaires*»: Ancel, Canat, Gilquin, y Pinatel.⁶⁰

⁶⁰ Amor, Paul, *La réforme pénitentiaire en France*, Revue de Science Criminelle et de Droit pénal comparé, 1947, n° 1, pp. 1-30. Philippe Poisson, 1946 -1947 *La Réforme Pénitentiaire*. L'École et le Centre d'Etudes Pénitentiaires, <http://philippepoisson.h.p.f.unblog.fr/files/2008/10/19461947larformepni>

Mientras tanto, las Naciones Unidas se han constituido, y en lo que se denomina la Tercera Comisión, el Consejo Económico y Social, se ha creado una nueva división o rama a la que llaman de “defensa social”, para ocuparse de los variados y numerosos problemas criminales tras la guerra. El 21 de julio de 1946 se pone en marcha esa política para el estudio de medidas de prevención del delito y de tratamiento del delincuente, sin saber decidir en ese momento si continuar con la Comisión internacional penal y penitenciaria o asumirlo directamente por la organización de las Naciones Unidas. En 1950 nombran el primer comité asesor de expertos en materia penal, para asesoramiento del Secretario General y de la Comisión a la que se denominó “*branch of social defense*”, su primera gran realización fue el primer congreso mundial de prevención del crimen y tratamiento del delincuente en Ginebra en 1955.

El primer personaje que aparece al frente de la nueva unidad es un norteamericano del servicio militar de prisiones durante la guerra, Benedict Alper. Pero pronto se descubrió por la censura de las cartas que enviaba a su mujer que, además de poeta, era algo anarquista y fue inmediatamente depuesto y sustituido por un candidato británico, el penalista más atractivo de la segunda mitad del siglo xx, León Radzinowicz, un joven y elegante judío polaco enviado en su día por su familia a continuar sus estudios jurídicos a la Sorbona y que cuando tiene que decidir con quien hacer el doctorado elige al que entonces era el más importante penalista de todos los tiempos, “el maestro”, Enrico Ferri. Se va a Roma y al regresar a Polonia se detiene en Bélgica, donde asume tareas docentes y estudios de las primeras acciones penitenciarias inspiradas por Adolf Prins y su defensa social, elaboradas a principios del siglo xx. En 1938 el gobierno polaco lo envía de viaje de estudios a Gran Bretaña y allí decide quedarse junto con otros nobles refugiados de origen judío alemán, Hermann Mannheim y Max Grünhut. León Radzinowicz era un hombre con gran encanto, muy seductor, que había comenzado con el estudio de la historia del sistema penal británico, que luego convertiría en un monumento de cinco volúmenes, el último con la titánica ayuda de Roger Hood,⁶¹ además de conseguir el reconocimiento de la criminología en Gran Bretaña y la primera cátedra en esa especialidad, que luego convertiría en el Instituto de Cambridge. En sus memorias se trasluce que era el penalista, jurista y criminólogo, mejor informado y mejor formado de su tiempo. Y aquí surge otro libro muy recomendable, *Adventures in Criminology*,⁶² las memorias de nuestro polaco británico, compuesto ya cuando se jubila de director del Instituto de criminología de Cambridge y se enamora de una becaria norteamericana y se marcha

tentiairelecoleetlecentred.pdf; Christian Carlier, «Paul Amor et l’affaire de la prison de Laon (8 avril 1944)», Criminocorpus [En ligne], Justice et détention politique, Répressions politiques en situation de guerre, mis en ligne le 24 mai 2012, consulté le 18 août 2019. URL: <http://journals.openedition.org/criminocorpus/1780>.

⁶¹ Leon Radzinowicz y Roger Hood, *A history of English criminal law and its administration from 1750*, 5 vols. Stevens, Londres, 1948-1986.

⁶² Leon Radznowicz, *Adventures on Criminology*, Routledge, Londres-Nueva York, 1998.

a Nueva York. Pero cesó en 1950 en su cargo de Naciones Unidas y le sucede un francés, Paul Amor, sin duda propulsado desde el Ministerio de Justicia francés por Marc Ancel, pues había cesado de la responsabilidad del Ministerio de Justicia en 1957, quizá por aplicar tratos poco severos a colaboracionistas. Nuestro Ancel es desde el primer momento miembro del grupo de expertos de las Naciones Unidas, está ya allí cuando llega Amor. Al culminar el periodo de dos años le sucede Manuel López Rey, un español catedrático de Madrid y huido al exilio en 1939, tras haber desempeñado labores diplomáticas y de inteligencia en Budapest bajo la coordinación de Luis Jiménez de Asúa como embajador en Praga y máximo responsable de la red de espionaje sobre Alemania y Austria y de la compra de armas en Checoslovaquia.⁶³ En el exilio se ocupa primero como jardinero en Chile y luego como profesor de la escuela militar de Bolivia y de allí va a las Naciones Unidas hasta 1961, siempre con pasaporte boliviano, para regresar a España solo tras la Constitución de 1978.

En 1950 tanto en Naciones Unidas como en el Consejo de Europa el tema penal es el de la pena de muerte y ambas instancias encargan respectivamente el estudio mundial y europeo sobre el estado de la cuestión a Marc Ancel, quién concluye con las propuestas de abolición. Cuando Ancel suceda a Gramática en su presidencia de la *Société* es ya una personalidad europea y mundial bien conocida y abanderado de una causa tan noble como la abolición de la pena capital, seguro que él era para todos en los años 50 y 60 lo que fue después Robert Badinter.

La denominación *defensa social* fue objeto de controversia tanto para la denominación de la *Société* como para las del servicio de las Naciones Unidas, como la política penal inspiradora de las reformas. El propio Ancel lo señala en el primer trabajo tras la creación de la *Société* en Lieja el 1949: la expresión no ha dejado de levantar controversias, incluso inquietudes. Al día siguiente de una época marcada por los excesos del totalitarismo no ha faltado quien se pregunte si merecía la pena poner en primer plano una noción que, al menos en apariencia, parecía afirmar con todo rigor las prerrogativas del Estado. Sin embargo, —continúa— el renovado empleo de la denominación coincide con la paralela declaración universal de los derechos humanos y lo mismo hacen todas las nuevas constituciones de posguerra.⁶⁴ No hay que olvidar que lo que imperaba el imprimía carácter a todo el derecho penal del fin de siglo era el dogma de la responsabilidad moral, y la pena expiatoria o retributiva. Frente a ella se había levantado todo el pensamiento moderno y los términos de “defensa social”, diríamos nosotros hoy, eran la metáfora de la renuncia a una fundamentación moral de la pena en el libre albedrío y en el recurso a la peligrosidad

⁶³ Matilde Eiroa, *Luis Jiménez de Asúa, penalista, embajador de la República y exiliado, en 80 Años del exilio de los juristas españoles acogidos en México*, (edit.) Luis Arroyo Zapatero, Francisco Javier Díaz Revorio, Sergio García Ramírez, Fernando Serrano Migallón, direct. Angel Luis López Villaverde, Tirant, Valencia, 2029.

⁶⁴ Marc Ancel, “Les droits de l’homme et la défense sociale”, en *Revue Internationale de Droit Pénal, Bulletin de l’AIDP*, 1950, pp. 179 y ss., esp. 180 y 181.

criminal como única legitimación. En el acto de entrega de la Medalla Beccaría en Coímbra dijo el Maestro Figueiredo Días plásticamente, que la defensa social era la fundamentación laica del Derecho penal.

Pero por las mismas preocupaciones aludidas los alemanes nunca se sumaron a la defensa social. Tras la guerra, esa terminología estaba demasiado próxima al eugenismo racial y a la biología criminal del nacional socialismo. Pero revivió allí todo ello de la mano del Proyecto Alternativo: La pena es una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos. Sólo Klaus Tiedemann fue consciente de ello.

Ya desde el primer momento Ancel puso el énfasis en su convicción profunda, al incorporar en su primer libro editado por el Instituto de Derecho Comparado de París, al título "*La Défense sociale nouvelle*" la referencia a la *política criminal humanista*.⁶⁵ Se aprecia muy bien en la historia legislativa de Francia la obra de la *Société*: La propuesta del examen de la personalidad del acusado, plasmada en el código de procedimiento penal en el artículo 81.6, que le llevaron a la propuesta de dividir el proceso penal en dos fases; la regulación de la responsabilidad y tratamiento de menores en la ordenanza de 2 de febrero de 1945; las medidas críticas frente al recurso sistemático a la prisión desde 1950, en particular contra las penas cortas, inferiores a un año, regulación adoptada en 1975; el *sursis*, suspensión de la ejecución de la pena con sumisión a prueba, desde 1957; la supresión de la pena de relegación que desde 1942 había sido autorizada para cumplirse en la metrópoli y no en las posesiones de ultramar y que llegó a suprimirse como pena obligatoria y automática en el 1954; la reglamentación de la liberación condicional desde 1952; la creación del juez de ejecución de penas, ya en el programa penitenciario inmediato a la liberación en 1944, en el que se modificaba el código de procedimiento penal en su artículo 722; la ordenanza de 2 de febrero de 1945 sobre los menores delincuentes, En verdad, la cuestión de los menores es el gran tema tras la guerra y se configura como tema principal en el primer congreso del crimen de las Naciones Unidas en Ginebra el 1950; también el régimen especial para los jóvenes de 18 a 25 años. Fue el Derecho penal de los menores el gran reclamo de Pedro Dorado para todo el Derecho penal, y no ha dejado de faltarle razón.

La cuestión clave es la de los delincuentes anormales mentales y peligrosos. Se pueden distinguir dos grandes épocas o periodos de la influencia de marcan la influencia de la defensa social nueva en la legislación francesa. En primer lugar entre 1945 y hasta 1960 y luego de 1960 en adelante, cuando se regula positivamente la detención provisional, se reduce el tiempo máximo y se incrementa el control judicial y se prevén indemnizaciones para la detención provisional abusiva. El periodo se cierra con la obra legislativa dirigida en época de Mitterrand por el catedrático de penal de la Sorbona Robert Badinter, quien protagonizó la abolición de la pena de muerte,

⁶⁵ Cuya versión española es precisamente del español exiliado primero en México y luego en Argentina, Fernando Blasco Fernández de Morera.

aprobó un código penal moderno de nueva planta y realizó numerosas modificaciones muy positivas en el sistema procesal penal y penitenciario.

Durante su vida Marc Ancel ha revisado y corregido sus posiciones y propuestas en ocasiones sucesivas. Quizá el momento de mayor revisión es el de los años 80. Mientras en 1966 decía en su segunda edición que las medidas de seguridad, además de estar sometidas al derecho y al control judicial, inspiradas por las ideas de la ciencia serán los instrumentos de una política criminal que debe ser considerada un arte social de la lucha contra el crimen, en 1981, como bien señala Jean Danet realiza una reflexión no menor, pues destaca que hay que tener en cuenta el entonces reciente movimiento de reacción de la criminología crítica contra las medidas de seguridad, contra la discrecionalidad judicial y de los demás órganos sancionadores y de las sentencias indeterminadas y concluye: una sana política criminal de defensa social debe ante todo proteger al hombre y al hombre en su entorno social.⁶⁶ También en 1981 denuncia que la defensa social es enemiga acérrima de las medidas de seguridad ante delictuales y discrecionales y cita precisamente a Jiménez de Asúa quien si bien fue originalmente partidario de la idea rectora de la peligrosidad había renunciado plenamente a ello por los peligros que suponía contra la libertad individual. También en esta segunda edición de la nueva defensa social desaparece completamente la referencia a la noción de peligrosidad.

Mientras tanto, lo que había sucedido también para ganar influencia sobre todos no era sólo la criminología crítica, sino a la vez el peso alcanzado por el pensamiento crítico más poderoso del fin de siglo que encarnaba Michel Foucault. Aunque también naturalmente y de modo paralelo había hecho aparición definitiva la antipsiquiatría y el derribo de los muros de los manicomios, todo ello muy atinente para la cuestión penal.

6. Triunfo del neoclasicismo en vísperas de la tormenta del pensamiento crítico

Lo único nuevo, aunque con fuerza de atracción, es el desarrollo de una nueva teoría del derecho penal y del delito, que se levanta sobre la teoría de la acción social de Max Weber que lidera Hans Welzel. El finalismo constituye una intensa y amplia esfuerzo doctrinal de los penalistas con menores consecuencias prácticas. El parto de los montes se reduce a cambios en la concepción de las consecuencias del error, de tipo o de prohibición, el alcance de algunas calificaciones de la participación y de las causas de justificación.

⁶⁶ Danet, "Las políticas de seguridad a la luz de la doctrina de la nueva Defensa Social", en Arroyo Zapatero y Mireille Delmás-Marty, *Securitarismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*, UCLM, Cuenca 2013, pp. 60 y 61.

Si hubiera que seleccionar un escenario donde estuvieran todos los mayores representantes de los actores del pensamiento neoclásico penal sería sin duda la ciudad de Buenos Aires en 1960 en las jornadas de Derecho penal que organizó Luis Jiménez de Asúa y sus colegas de la Universidad argentina Sebastián Soler y José Peco. Además de una nutrida representación de profesores argentinos asistieron Mark Ancel y Robert Vouin, de París, Paul Cornil, de Bruselas, Jean Graven, de Ginebra, Reinhard Maurach, de Munich, Gian Domenico Pisapia, de Milán, Antonio Quintano Ripollés (el único invitado de la España de Franco), así como lo asilados en México Mariano Jimenez Huerta, o en la propia Argentina como Francisco Blasco Fernández de Morera o Manuel de Rivacoba, además, de Iberoamérica participan Álvaro Bunster y Eduardo Novoa Monreal, de Chile, Raúl Carrancá Trujillo y Ricardo Franco Guzmán de México. Y decimos aquí neoclásicos pues todos ellos son sucesores de von Liszt, al menos los que trabajan en esquemas sistemáticos, no tanto, por ello, los franceses. Liszt es, con todas las limitaciones que Muñoz Conde ha expuesto con motivo de su centenario es el constructor de la Ciencia penal total que reclamaba la toma en consideración integrada de la dogmática jurídica, la sociología y la criminología así, como la política criminal.⁶⁷ Hoy seguimos casi lo mismo, salvo porque la criminología no se ha tragado al derecho penal como proclamó en su juventud Jiménez de Asúa, sino que ha supuesto un factor de conocimiento crítico del sistema penal en su conjunto.

Recordemos que Nelson Hungría fue llamado por Jiménez de Asúa el príncipe de los penalistas brasileños de los años 40 a 60 y uno de los autores principales del proyecto que fue código penal en 1940, así como uno de sus principales comentaristas. En la reunión de Buenos Aires todavía era magistrado del Tribunal Superior federal, de 1951-1961. Le acompañaba en Buenos Aires otra personalidad brasileña extraordinaria, Roberto Lira, que se había doctorado con una tesis sobre economía y crimen en la Universidad Federal de Río de Janeiro de la que fue profesor y en la que creó el Instituto de Criminología de la Facultad de derecho de Río del que fue director en sucesivas ocasiones. Fue periodista desde la juventud y supo burlar la censura del Estado Novo alabando al proscrito Jorge Amado y otros. Fue también ministro de educación. En su trabajo académico tampoco tuvo fronteras pues además de colaborar en la preparación del código del 40 participó en la reuniones internacionales. Fue fundador del grupo brasileño de la AIDP y realizó propuestas para la definición de los crímenes contra la humanidad. Enseñó también criminología y ciencia penitenciaria.⁶⁸

A Buenos Aires acudió un segundo brasileño, Basileu García, profesor de la Facultad de São Paulo, de quien Jiménez Asúa dice en su tratado que es una joven

⁶⁷ Shecaira, *Criminología*, cit., p. 35.

⁶⁸ Voz Ministro Nelson Hungria, Supremo Tribunal Federal. Consultado em 6 de junho de 2014; Roberto Tavares de Lira Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro, Fundação Getúlio Vargas (p. 3243), <http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/dicionarios/verbete-biografico/roberto-tavares-de-lira>. Consultado 24.8.19.

eminencia.⁶⁹ ⁷⁰ Todos ellos eran una generación latinoamericana que había superado los excesos del positivismo criminológico y racista de los maestros del sur, como José ingenieros, Luis María Drago o Nina Rodríguez, por mencionar a los de mayor relevancia. En verdad en aquella reunión de penalistas y criminólogos clásicos solo faltaba uno: Sir Leon Radzinovicz.

Pero merece la pena evocar antes de que se les lleve el olvido aquí a los brasileños más significativos de la siguiente generación, que tuvieron una vida más complicada, pues además de querer integrar la criminología —ya crítica— y el derecho penal, tenían que combatir a la dictadura y defender a los perseguidos políticos. El héroe es aquí para mí Heleno Claudio Frago, ⁷¹ profesor y abogado, así como el que puede servir siempre de modelo de juez independiente, Evandro Lins da Silva. Omito todos los demás, porque desde René Ariel Dotti, Joao Marcelo de Araujo Junior, Alberto Silva Franco, Juárez Cirino dos Santos y Juárez Tavares son todos contemporáneos, y no conviene estimular los egos.

7. La irrupción de la criminología crítica. El imperio de la pasión

Durante todos los años 80 y 90 la producción científica en dogmática penal y criminología ha sido espectacular. Un punto de referencia y común por su pasión europea y americana es Alessandro Baratta con su libro ya citado y a quien acompañan Rosa del Olmo, Lolita Aniyar De Castro, ⁷² Raúl Zaffaroni, Francisco Muñoz Conde entre los más significados, quienes construyen también sobre las sucesivas aportaciones y enfoques de la moderna criminología desde aquella inicial escuela de Chicago y su criminología urbana, pasando por las orientaciones psicologistas y las sociológicas hasta llegar al *labelling*, que es el enfoque más significativo para toda la reflexión científica sobre las leyes penales, su génesis y su aplicación, todo lo cual se sigue muy bien en el citado libro de Salomao Shecaira.

En la historia de la producción de las ideas no vale poner principios y fines temporales. Las ideas surgen, se difunden, se comparten se critican hasta que sur-

⁶⁹ Tratado, I, p. 1358.

⁷⁰ Merece recordar en punto a Brasil su *Crónica un viaje a Brasil* de 1929, disponible en Portal Iberoamericano de Ciencias penales, así como la presentación de los penalistas y criminólogos brasileños desde Tobías Barreto en adelante hasta el momento de concluir el volumen primero del *Tratado*, pp. 1330-1359.

⁷¹ Ver sobre su persona y obra, René Ariel Dotti, *Heleno Frago e a reforma penal* en frago.com.br y Roberto Bergalli, *Ha muerto el profesor Heleno Claudio Frago*, Nuevo Foro Penal, 12(29), 421-422.

⁷² Lola Aniyar de Castro, *Victimología* (1967); *Los Rostros de la Violencia*, Vol I -Compilatorio (1974); *Criminología de la reacción social*, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1976); Rosa del Olmo, *América Latina y su criminología*, Siglo XXI, México, Madrid, 1981.

gen nuevos paradigmas. Unas veces los procesos son rápidos, pero en ocasiones eternizan. Hay fechas que resultan significativas y la de 1960 lo es, pero a partir de ese momento surge el fenómeno de la progresiva demolición de esa construcción neoclásica de las ciencias penales. Todo se puede referir a las fuerzas intelectuales que se desencadenan en lo que llamamos el mayo del 68.

Quizá sea el primero, el área anglosajona donde surge la criminología crítica, pero en el espacio europeo se produce esta enseguida, y casi a la vez en el latinoamericano, con una nueva dimensión de esa criminología crítica. El movimiento del 68 tiene significados plurales. Para mí personalmente, entonces un joven estudiante antifascista, se trataba de derribar el franquismo y alcanzar el Europa y todo lo que esta significaba de libertad y de bienestar. Pero en París parece que lo que querían era precisamente acabar con aquella sociedad del bienestar y de “falseada” libertad, producto de la estabilidad del sistema político y económico establecido desde la postguerra. Sorprendido mucho a Sir León Radzinowicz cuando un grupo de la nueva generación se reunió al margen de su instituto en una llamada Conferencia Nacional sobre la Desviación. El describió aquello como una reunión de “jóvenes estudiosos traviesos”. Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young publican *The New Criminology*, en donde hacen una exposición sistemática. Al tiempo Stanley Cohen se emplea contra el padre Radzinowicz.⁷³

Mientras tanto, en la cuna de la ciencia jurídica por excelencia, Bolonia, destacaba un grupo de penalistas críticos que encabezaba Franco Bricola, pero pronto fue todo superado por la emergencia de un grupo de criminólogos que comenzaban publicando un texto perdido en los trastornos de la guerra mundial: Otto Kirchheimer y George Rushe: *Punishment and Social Structure*.⁷⁴ Se trataba de Dario Melossi y Massimo Pavarini, *Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario (siglos XVI-XIX)*.

Entre otras cosas nos recordaban entonces desde Bolonia que el pensamiento crítico por excelencia del siglo xx era el de la escuela de Fráncfort, que había sido expulsada de su universidad al otro lado del océano, donde como primera tarea tuvieron que explicar a la primera manifestación de la CIA y a los altos mandos de la inteligencia militar norteamericana lo que era el Estado de la dictadura nazi, la dictadura total, mucho más que una dictadura⁷⁵. Uno de los profesores de Bolonia, Alessandro Baratta, que había fundado con Franco Bricola la revista *La questione criminale*, al-

⁷³ Ver en Matias Bailone, *En busca de una sensata cantidad de abolicionismo*, en “Tomar partido, la anticriminología a debate”, Ediciones Abulafia, Buenos Aires, 2019.

⁷⁴ En Columbia University Press, New York, 1939, en Alemania Sozialstruktur und Strafvollzug. Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main, Köln 1974; Dario Melossi y Massimo Pavarini, *Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario (siglos XVI-XIX)*, publicada en Siglo XXI, primera ed. en español de 1980.

⁷⁵ *Secret Reports on Nazi Germany The Frankfurt School Contribution to the War Effort*, Franz Neumann, Herbert Marcuse & Otto Kirchheimer, Editado por Raffaele Laudani, con prólogo de Raymond Geuss, Princeton, 2013.

canza también la cátedra en Saarbrucken, en las cercanías de Fráncfort, y desde allí lidera un movimiento científico que sacude también Latinoamérica. Baratta publica en 1982 la obra más influyente en América latina, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. La criminología crítica prende fuego con la ferocidad con que lo hace en un bosque seco, pues toda la construcción científica, jurídica y criminológica no se tienen pie en la miserable situación material y moral de Latinoamérica. El continente pacífico que describió Rafael Drapkin desde su exilio en Santiago de Chile para el primer congreso del delito y la justicia penal de las Naciones Unidas en Ginebra en 1955 había desaparecido. La situación social era miserable y las primeras tentativas de modificación de la situación política terminaron en catástrofe, en Brasil con la dictadura desde 1964 y en Chile poco más tarde con el crimen contra Salvador Allende y la democracia chilena, estableciéndose la dictadura de Pinochet. Poco después las dictaduras saltan la cordillera latinoamericana y sus juntas militares gobiernan todo el cono sur. Precisamente es en México donde el refugiado chileno Álvaro Buns-ter desarrolla una gran labor incluso con notorios profesores clásicos, pero también perseguidos como perros, como Novoa Monreal y el propio Juan Bustos, quienes se deciden a superar el estrecho y limitado espacio de la dogmática penal.

Pero tengo la impresión de que el motor individual más poderoso e influyente en todo el espacio del pensamiento crítico es Michel Foucault, quien ya el 1966 había publicado un libro capital para la filosofía de la ciencia: *Las palabras y las cosas* y que ya se había ocupado de la medicina y de la locura, con gran trascendencia penal: *El hombre y la locura en la era de la clásica*. A partir de 1969 funda del Grupo de Información sobre las Cárcenes, asunto del que se ocupa en las lecciones del Colegio de Francia, donde trata de las “Teorías e instituciones penales” y de “La sociedad punitiva”, entre otros asuntos, y que concluye con la publicación de *Vigilar y castigar* en 1975, que es la obra crítica capital y más poderosa del siglo en materia de sistema penal. Ya nos advierte allí sobre un futuro en el que se impondrá un poder punitivo fundamentado en la persecución de los peligrosos.

El poder de la crítica se queda en eso, en la denuncia, pero los penalistas y criminólogos que no se resignan a esperar la venida del reino de los cielos, o su asalto, han de asumir la responsabilidad de elaborar propuestas de mejora del sistema penal, de contención del poder punitivo en acción, en la acción policial y en la violencia letal y en el sistema penitenciario con su poder de destrucción de la persona. Y eso se hace hoy sumando a las pasiones ya mencionadas la pasión contra el trato desigual y discriminatorio y de desprotección de los descartados, países y grupos sociales.

III. LA PASIÓN CONTRA LA INEQUIDAD EN EL SISTEMA PENAL

Pero a la difusión de la obra de Foucault y sus efectos le ha seguido el comienzo catastrófico del nuevo milenio con el 11 de septiembre y la crisis securitaria, bien aprovechada por los sectores conservadores en una política de “gobernar mediante

el crimen”, cuyos máximos exponentes europeos han sido Sarkozy y Aznar. Es bien conocido lo ocurrido en Francia especialmente con la perpetuidad efectiva y la detención provisional, con el seguimiento socio-judicial y con la detención de seguridad post penitenciaria, especialmente en relación con los delincuentes reincidentes o anormales y con los sospechosos de terrorismo. En España Aznar alcanzó a llevar a España al primer lugar en el *ranking* de la tasa de prisonización, a pesar de tener la más baja tasa de criminalidad de los países grandes de Europa. Solo con grandes dificultades el posterior gobierno de Rodríguez Zapatero consiguió corregir algo las cosas. El gobierno conservador posterior ha retrocedido e introducido la prisión permanente “revisable” aunque por fortuna renunció a introducir la custodia de seguridad post cumplimiento de las penas.⁷⁶

Y para concluir deseo proponer a los lectores que se interroguen sobre que es lo que explica este continuo trabajo sistemático de tantos, a veces arriesgado, por el conocimiento caleidoscópico de la cuestión penal. Creo que podrán identificarlo observando a los actores de esa búsqueda de conocimiento, que no solo son “buenos profesionales”, son personas apasionadas por comprender, personas apasionadas por combatir el sufrimiento injusto de las víctimas del crimen, así como el sufrimiento injusto también, por desproporcionado en tantas ocasiones, de aquellos sobre los que cae el “peso de la ley”. Son personas que se apasionan por identificar e integrar en el sistema penal a los grupos más vulnerables, entre los que destacan las víctimas de la violencia de género y de la discriminación racial, dos violencias que siempre existieron, pero que antes no se veían. Sigue apasionando el combate en favor de las víctimas del propio sistema penal en recintos penitenciarios inhumanos, tanto por el estado de las prisiones como por la sobrepoblación, resultado de unas políticas de encarcelamiento masivo sobre sectores sociales inmersos en la marginación. Encienden también hoy las pasiones la visualización de una criminalidad económica que, aunque fuera descubierta por Sutherland en 1939 y aun cuando se haya avanzado mucho en los últimos 30 años, de la mano de grandes maestros como Klaus Tiedemann, en los terrenos de respuesta legislativa y en práctica de lucha contra el *White collar crime*. Exactamente hoy hemos advertido que la mayor crisis económica fraudulenta de la historia, la de Wall Street entre 2007 y 2010, no se ha visto seguida de ningún encarcelamiento, a pesar de que la anterior crisis de los 90 llevó a prisión a mil directivos de empresas. Todo se ha saldado con acuerdos que excluyen el derecho penal y la se fundan en la colaboración premiada y que plantean un privilegio insoportable.

La pasión por las víctimas⁷⁷ ha permitido también descubrir los comportamientos criminales sobre el medio ambiente, con tan graves consecuencias para las generacio-

⁷⁶ Luis Arroyo Zapatero, “Opinión pública y castigo en España: la manipulación política de la criminalidad y sus costos sociales”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Argentina, 2014, pp. 15-26. Disponible en mi blog: blog.uclm.luisarroyozapatero.

⁷⁷ Luz Lima Malvido, *Derecho Victimal*, Porrúa, México, 2019.

nes futuras y también las ya presentes. Aun cuando hoy todas las legislaciones tienen sistemas administrativos y penales para combatir el delito ambiental se producen a veces grandes retrocesos, fruto de la codicia sobre el ambiente o del desprecio de la verdad científica. Será necesario construir incluso a nivel internacional un sistema penal que acompañe a los acuerdos de París y se consagre el delito internacional de ecocidio.⁷⁸

Vivimos un tiempo de grandes turbulencias y necesitamos que nuevas generaciones sumen su pasión a la cuestión penal en un tiempo en el que vemos tanta injusticia y violencia. Lo que ha de seguir a la pasión contra la crueldad y a la pasión por los derechos humanos debe ser hoy una pasión *contra la inequidad*, contra el trato discriminatorio y desigual del sistema penal a las víctimas del delito y a las víctimas del sistema penal por lo que hace y por lo que deja de hacer.

Esa pasión, como siempre y como acaba de proclamar Mireille Delmas-Marty, como hemos dicho al comienzo de este texto, requiere una rosa de los vientos en medio de la tormenta y la rosa de los vientos de los penalistas es la suma de las pasiones, trabajos y experiencias de los que nos han precedido y que han sido evocados a lo largo de este texto así como el patrimonio de conocimientos acumulados que nos permite proclamar la necesidad de una política criminal humanista.⁷⁹

⁷⁸ Adán Nieto, *Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N.º. 16, 2012, pp. 137 y ss. Adán Nieto Jacobo Dopico, Luis Arroyo Zapatero, *Ecocidio*, en *El País*, 12 de diciembre de 2029; Mireille Delmas-Marty, *Aprovechemos la pandemia para hacer la paz con la Tierra*, en *Almacén del Derecho*, 12 de abril de 2020.

⁷⁹ Raúl Zaffaroni, *Derecho penal humano*, con presentación de Matías Bailone, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.