

DR 08 29

Seguidamente, en Derecho Penal I, el profesor Serrano Gómez les explica el tema el positivismo jurídico. Nos vamos a ocupar hoy del positivismo jurídico, así como también de la escuela clásica de escuela positiva. Frente al positivismo filosófico, que tanta importancia había dado al derecho natural, se levanta el positivismo jurídico.

Su rasgo fundamental radica, en términos generales, en la negación del derecho natural. Se considera ahora que la naturaleza humana poco o nada tiene que ver con el orden normativo. El positivismo tomó varias directrices.

Positivismo racionalista, que ve como elementos creadores del derecho las proposiciones jurídicas, de las que han de deducirse los casos concretos. En segundo lugar, el positivismo jurídico naturalista, que basa el derecho en la observación de los hechos naturales, que son el fundamento de las leyes. Aquí hay varias direcciones.

Positivismo jurídico sociológico, que busca el derecho en las normas de comportamiento social. Positivismo jurídico psicológico, que se basa en las ideas y valoraciones internas del ser humano, de las que se deducen los comportamientos externos. Y positivismo jurídico teleológico, que se fundamenta en los intereses de los miembros de la colectividad.

Por último, el positivismo normativo, que se basa en el derecho vigente, y también tiene varias directrices, encontrándose en primer lugar la teoría pura del derecho de Kelsen, donde no importa el deber ser, sino lo que el derecho es en realidad. El positivismo legal, en el que el principio fundamental estriba en que toda ley es derecho, o lo que es lo mismo, ley equivale a derecho. El paso del yusnaturalismo al positivismo jurídico no se hace de una forma radical, en el sentido de que aquel no influye sobre este.

No hay una ruptura total. El positivismo jurídico tomó del yusnaturalismo el método deductivo racional, que va a persistir durante mucho tiempo en los juristas del positivismo. Este procedimiento no va a ser desconocido por la escuela clásica del derecho penal, que en parte lo va a utilizar.

Pese a todo, el derecho natural tiene su valor, ya que por lo menos puede servir de inspiración al legislador y al propio juez. Sin embargo, y pese a que no viene realmente dado por la naturaleza, ni tampoco es un derecho positivo, lleva en su seno la pretensión jurídica, y mantiene el derecho abierto a la realidad histórica, cultural, política y social. Mientras que las tesis del derecho natural buscan el fundamento del derecho positivo, éste busca los criterios de justicia, aunque el derecho injusto también es derecho, sea o no cuestionable su obligatoriedad, e incluso su validez, pues como escribe Radbruch, lo que no es derecho continúa sin ser derecho, aunque se presente bajo la forma de ley.

El positivismo jurídico va a verse plasmado en los primeros códigos penales, generalmente muy extensos. No obstante, esa gran extensión tenía su principal fundamento en evitar las

arbitrariedades del derecho penal del antiguo régimen. Como figura destacada dentro de la línea positivista, cabe destacar a Feuerbach, a quien se considera como creador del principio de legalidad, nul un crimen, nula pena, sin el eje, por lo menos en su forma latina.

Sin embargo, en Feuerbach confluyen el justnaturalismo y el positivismo. Se le llamó padre del derecho natural y lo introdujo en el campo del derecho penal con un concepto de la pena y todas las consecuencias que de él se derivan, puesto que en ese concepto originario de la pena puede verse el resultado último y plenamente desarrollado de la razón humana jurídica. Por eso puede calificarse con plena convicción científica su Código de Derecho Penal de Derecho Natural en fórmulas legales.

Su formación filosófica estuvo influida por Kant. También se le considera el padre del derecho penal alemán por su participación en el Código Penal Bávaro de 1813. No obstante, el positivismo legal de este código va a influir en los que se redactarán con posterioridad.

Pasamos a marcar ahora unas líneas generales de la escuela clásica. Ya hemos visto la importancia de Feuerbach en el derecho penal, por lo que hay que considerarle como uno de los principales iniciadores o precursores de la escuela clásica. También entre estos precursores hay que recoger a Bentham y Romagnosi.

Aunque no es fácil determinar qué autores son los que se deben incluir en esta escuela, habrá que considerar a todos los anteriores a la escuela positiva y posteriores a la obra de becaria. Sin embargo, surge la duda sobre los penalistas de la Ilustración, que mientras unos autores son partidarios de incluirlos todos, otros consideran conveniente su separación. Nosotros pensamos que deben incluirse todos, por lo menos los que aportan algo positivo para la ciencia del derecho penal, pues los autores que son posteriores a la Ilustración están influidos, de una u otra forma, por el pensamiento de aquellos.

Por ello podemos decir que se inicia el periodo clásico con Beccaria en Italia, con Feuerbach en Alemania y con Larrizaba en España. De todas formas, la escuela clásica tuvo tres figuras principales, Rossi, Carminiani y Carrara. Como directrices generales de la escuela clásica cabe destacar Mantiene el principio de legalidad.

El derecho obliga a todos, sin distinción, pues se encuentra en la propia naturaleza humana. Sentido retributivo de la pena. El libre albedrío es la base de la imputabilidad moral.

Responsabilidad penal fundada en la responsabilidad moral. Se da gran valor al derecho natural. La pena tiene especialmente una función de prevención general.

La prevención especial, que también se considera, tiene un valor secundario. Proporcionalidad de la pena. Se combate la pena de muerte, pidiéndose su abolición.

Se olvida al delincuente, que se considera como un ser normal. Hay un fondo humanitario en la pena y su ejecución. A estos principios generales hubo excepciones, pues no hemos de olvidar que el llamado derecho clásico tuvo diversas directrices.

Cabe criticar a la escuela clásica principalmente. La época en que esta tiene importancia, se concede al autor un valor secundario. Su contenido se reduce prácticamente al delito y la pena.

Su labor se basa en criterios racionales, no teniendo en cuenta la realidad social del delito, ni la histórica, tan importantes, a veces, para la elaboración de conceptos. Quizá esto obedezca a la desconfianza sobre el derecho penal del antiguo régimen. Por ello, se busca una elaboración más precisa de los preceptos, para evitar la incertidumbre reinante en épocas anteriores.

Por otra parte, se concede escaso valor a la prevención especial y corrección del delincuente. Sin embargo, Ferri admitió una tercera dirección de la escuela clásica, con más florecimiento en el extranjero que en la propia Italia, referente a los sistemas penitenciarios e inspirada en la corriente de los derechos del hombre, que se inicia con el inglés Howard. Una de las críticas más duras que hubo de soportar fue el notable incremento de la criminalidad, por lo que se dijo que la escuela no era chica para la lucha contra el delincuente.

Garofalo recoge unas estadísticas donde se aprecia ese aumento, y lo mismo hace Ferri. El propio Rossi se hace eco de la importancia de la criminalidad en su época. Escribe Ferri, tras hacer un elogio de la propia escuela.

En efecto, frente a la excelsitud teórica alcanzada por la escuela clásica, tanto jurídica como penitenciaria, surgieron los resultados prácticos de un aumento continuo de la criminalidad y de la reincidencia, en contraste evidente y diario con las necesidades de la defensa social contra la delincuencia, que al fin y al cabo constituye la razón de ser de la justicia primitiva. No podía ocurrir de otra manera, a pesar del ingenio de los grandes criminalistas clásicos, a causa del método que adoptaron. Resultó que, no preocupándose en conocer científicamente la realidad humana y las causas de la delincuencia, no les fue posible indicar los remedios adecuados.

A pesar de todo, la escuela clásica realizó grandes aportaciones, muchas de las cuales han sido la base del derecho penal actual. Recordemos el principio de legalidad, proporcionalidad de las penas, en consideración al grado de participación y circunstancias modificativas. Hay un gran humanismo en el sistema.

Y lo más importante de todo, con la escuela clásica nace la ciencia del derecho penal. Su influencia sobre el derecho positivo ha sido quizá clave para el desarrollo y evolución del mismo. Acaban de escuchar en Derecho Penal 1 al profesor Serrano Gómez en el tema El positivismo jurídico.

Subtítulos realizados por la comunidad de Amara.org