

EL POSITIVISMO EN EL DERECHO PENAL

RICARDO MARTINEZ QUINTERO



EL POSITIVISMO EN EL DERECHO PENAL*

RICARDO MARTINEZ QUINTERO**

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca
Recibido: 21-05-2008. Aceptado: 02-11-2008

INTRODUCCION

Las ideas nacen, se reproducen y permiten el ingreso de otras, con las cuales se engalana el escenario del conocimiento. Estas y aquellas, producto del pensar del hombre, van dando forma al concepto que sobre el mundo tiene, precedido del papel informador que de las ciencias se extrae. Pero este acontecimiento obedece a una época, unos intereses, unos protagonistas, unos esquemas, una organización, en fin, a una multifactoriedad que termina por poner en términos de comparación lo dicho por unos con respecto a otros. Algo de presencia inevitable en el Derecho en general y en el Penal en especial, habida cuenta que el segundo ha sido, es y será un instrumento puesto en las manos del gobernante para trazar direcciones en distintos sentidos: la política, la económica, la social, etc.

Fueron estas las razones que como abogado que soy, me impulsaron a escoger como tema de este trabajo, dentro del componente temático de Textos del siglo XIX, orientado por la profesora Teresa Houghton, en el tercer semestre de la Maestría en Filosofía Latinoamericana en la Universidad Santo Tomás de Aquino, *El Método Positivista en El Derecho Penal* de Javier Prado. Texto que recoge el pensamiento de su autor, en 1889, con el que optó al título de bachiller en jurisprudencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, sobre la necesidad de incorporar en la ciencia jurídica penal el método positivista a fin de que el derecho no quedara desamparado por la ausencia de la aplicación de las bondades que había irrogado aquel sobre las distintas ciencias como la Medicina y la Psicología.

Tratándose de la manera como desarrollaré el ejercicio, debo decir que cumpliré unas pautas que constituyen los llamados planos de lectura, en los que me detendré lo necesario albergando la esperanza de que luego los lectores puedan conocer el contenido del trabajo de Prado y su relación con la época en que fue escrito, sus efectos en el momento actual, sus ideas principales, etc. Esos planos son: lectura del texto en su contexto histórico, lectura del texto desde nuestro contexto, lectura a partir de ideas nucleares, lectura valorativa y crítica y lectura prospectiva.

En consideración a lo anterior, cualquier persona tiene libre acceso al documento, sin ambages o inconvenientes como para decirse que es un aporte sólo para abogados,

* Artículo adelantado por el autor con ocasión de la Maestría en Filosofía Latinoamericana que cursa en la Universidad Santo Tomás de Bogotá, D. C.

** Abogado. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario. Magíster en Filosofía Latinoamericana de la Universidad Santo Tomás. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

cuando, como se dijo atrás, la idea es que sirva como lectura agradable a todo el que quiera saber, por ejemplo, ¿por qué la responsabilidad penal es individual? ¿Por qué antes de imponer una sanción, deben conocerse las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho por el cual se juzga? ¿Por qué eso del debido proceso y las libre apreciación de las pruebas?, entre otras interesantes cosas por las que se pregunta cualquier ciudadano...

Veamos.

LECTURA DEL TEXTO EN SU CONTEXTO HISTÓRICO

El método positivista en el derecho penal, trabajo intelectual con el que Javier Prado Ugarcteché (Lima, 3 de diciembre de 1871-Lima, 1921) obtuvo su título como bachiller en jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos (1889), deja ver dos aspectos fundamentales con los que resulta innegable aceptar el grado de formación filosófica de los jóvenes, en una época caracterizada por los cambios ideológicos, consecuencia del impacto a las diferentes disciplinas por parte de los avances científicos.

Con apenas 18 años el recién graduado bachiller hace una propuesta innovadora en medio de una sociedad que según sus palabras se encuentra contagiada de una neurosis, síntoma visible del momento, primer aspecto. "Las neurosis son el mal que caracteriza tristemente a la época actual: nuestra sangre se halla tan empobrecida, nuestra naturaleza tan débil y sensible, que para sostener el febril movimiento que demanda el siglo de la electricidad, necesitamos envenenar nuestro organismo por medio de toda clase de excitantes, a los cuales exigimos momentos de fuerza y vida ficticia, aun a trueque del consiguiente desfallecimiento o ruina de nuestro ser"¹.

El segundo, relacionado con los efectos que, sobre las relaciones sociales en América, necesariamente, desprendían de los vaivenes en los que se movían las inspiraciones filosóficas e ideológicas de Europa. Algo así como el acto reflejo* de lo que se hacía en el territorio continental europeo en relación con su par americano. Aspecto éste que enlaza armónicamente entre los adelantos de la ciencia con base en un método con resultados exitosos y los campos intervenidos por estos, lo que dio pie a una nueva visión del hombre sobre el mundo, su historia, su futuro, etc. "Los pueblos americanos, a pesar de la protección y aparente riqueza de su suelo, la juventud y fuerza de sus razas, viven, sin embargo, esclavizados por la corriente irresistible de la actividad intelectual de las sociedades del viejo continente..No es, pues, sensato que descuidemos el estudio de los trascendentales problemas religiosos, filosóficos, sociales y políticas que en este se desarrollan"².

En el caso de Prado, lo anterior lo condujo a descifrar de una manera distinta a la tradicional el papel que jugaba el Derecho Penal como ingrediente de la ciencia jurídica, necesitada de una nueva cosmovisión fundamentada en lo real, lo objetivo, lo claro, no en lo intangible, lo subjetivo. Injerencia directa de los trabajos de Comte, Spencer, Bernard, Lotze, Ribot, Ferrier, Dubois-Raymond, destacan el por qué del atrevimiento del peruano, quien acertadamente notó cómo la interdisciplinarietà

1 "El método positivista en el Derecho Penal" (fragmento) (1894) (Biblioteca Ayacucho. Vol. 71), pág. 431

*Si bien se ha comentado que América no solo fue reflejo de Europa, sino que vivió procesos propios.

2.Ob. cit. Pág. 433.



a través de la diversidad de los aportes de cada disciplina desnudaba la inobjetable debilidad de los planteamientos hasta ese momento considerados inamovibles por el iusnaturalismo.

En Prado la cuestión del Derecho es la de ser un observador. Al igual que la observación psicológica, tiene que recurrir a todas las ciencias, el Derecho también para "interpretar y reglar los fenómenos sociales"³. Es decir, aparta del Derecho de forma definitiva todo aquello que en su sentir bajo el esquema de una explicación estática lo sumergía en una desnaturalización, tornándolo para el hombre casi en enigma o misterio, por las notas de abstraccionismo a las que se le sometía, por las concepciones del iusnaturalismo. En efecto, para el joven peruano era imprescindible y así lo hizo, en primera instancia, referirse al tema filosófico para con él resaltar el hundimiento de las teorías teocráticas y subjetivas del Derecho, luego ocupar el ingreso en el panorama científico, de una nueva metodología.

El positivismo, que a diferencia de la teoría que se sustentaba en meras apreciaciones con argumento de autoridad, la nueva lo entronizaba radiante y próspero, susceptible de legitimación, a través del recorrido por las etapas de: observación, hipótesis y comprobación o verificación.

En su sustentación de tesis, el limeño, como atrás se dijo, buscó sintonizar el Derecho –en especial el Penal– de su país, vinculándolo al compendio americano y este a su vez al ritmo que llevaba esta ciencia en Europa, a partir de las inspecciones filosóficas que se hacían en la época; para ello atacó la metafísica uno de los ejercicios también realizados por el padre del positivismo sociológico, Augusto Comte, de la que atizó: "Pero cuando la metafísica amolda la naturaleza a sus concepciones ontológicas a priori, en lugar de deducir esas leyes del estudio de la Naturaleza, cambiando así el carácter inmanente y experimental de ellas, en un sentido trascendental y abstracto, se convierte en una hipótesis falaz. La metafísica no como la ciencia que comprende la mayor generalidad de nuestros conocimientos, teniendo a la unificación científica de ellos, sino como el sistema filosófico de las razones últimas de las cosas, de las ideas absolutas, de las causas trascendentales, es, permitidme, señores, la crudeza de la frase, la más engañosa teoría sustentada por la soberbia humana"⁴.

El positivismo fue la reacción al iusnaturalismo. Pero también necesario aducir que para el momento histórico de Prado, esta nueva corriente orbitaba dentro de los esquemas primarios de su incorporación al medio social. Ambito del que se reputa, encuéntrese el derecho para ser creado, construido, cambiado, legalizado, institucionalizado, constitucionalizado, instrumentalizado, en fin, todo menos para ser intuido por abstracción, tal como lo concebían los iusnaturalistas.

Los hombres no tienen las mismas ideas morales, hecho irrefutable del que se plegó el peruano para hacer énfasis en que todas las ciencias, sin excepción, investigan, no sucumben ante la fatalidad del dogma y, para el caso del Derecho, nada más inconveniente que oficiar con la falaz idea de que por ejemplo el bien y el mal son improntas fijadas en la conciencia de los hombres, pues contrario a ello lo que ata verdaderamente la naturaleza humana es la racionalidad de nuestro ser**. Criterio

3. Ibíd., pág. 436.

4. Ibíd., pág. 438.

**Para Prado, los fenómenos de la experiencia del placer y el dolor.

de universalización que pone de manifiesto el trabajo de Prado como consecuencia del pasado de la historia de su país y los marcos doctrinarios y legislativos dentro de los que se movió la juridicidad de los incas. El Perú precolombino se desarrolló de manera autóctona durante un lapso de diez mil años y tuvo su expresión mayor en el Imperio de los Incas, que organizaron un Estado militar y económicamente fuerte, logrando así el fortalecimiento de sólidos patrones culturales, la adaptación a un medio geográfico difícil y en cierto grado de creatividad. Ese desarrollo independiente fue interrumpido por la Conquista y la Colonia, que consistieron en el sometimiento y en la transformación de la sociedad indígena, lo que significó la integración de América al sistema económico europeo, su transformación en un gran reservorio de materias primas del mercado europeo, factor importante del desarrollo industrial de Europa occidental. De esta manera, el Perú fue integrado al sistema mercantil mundial.

La Conquista fue el inicio de un largo proceso de destrucción de las relaciones sociales de los grupos que, unificados por la dominación inca, constituían el Imperio y, al mismo tiempo, significó su reorientación conforme a los cánones europeos. Durante el período colonial (300 años), las estructuras y normas de los conquistadores se desarrollaron en continuo proceso de interrelación y oposición recíproca. La incorporación de la sociedad indígena al sistema socioeconómico europeo, no en el sentido de integración social, significó la imposición de patrones sociales y culturales, que determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborígen. Junto a su lenguaje, religión, sistema económico y político, los españoles trajeron e impusieron su derecho.

La independencia produjo la ruptura de los lazos político-administrativo coloniales con España; pero no la quiebra de la relación de dependencia económica con la metrópoli. En ese aspecto, significó el paso a la esfera de influencia del imperio inglés. La tendencia de la tierra cambia de manos y los financistas ingleses adquieren o consolidan su influencia mediante préstamos. La condición de los indígenas empeoró y los latifundistas adquirieron un poder de decisión local a un grado desconocido y hasta inconcebible en el tiempo de la Colonia.

Así, la colonización española, primero, y la República después ligaron el desarrollo del Perú al sistema económico-cultural occidental, lo que determinó su condición de colonia, región proveedora de materias primas, de país subdesarrollado.

Todo este proceso dio lugar a un desarrollo desigual de la sociedad peruana. Existió una marcada diferencia entre las situaciones en Lima y las provincias; en la sierra, la costa y la selva en las zonas industriales y agrícolas; en el medio urbano y en el rural. No se da una uniformidad cultural en el país, y la separación de clases sociales es muy acentuada.

Los juristas peruanos que manejaron el código de 1863 siguieron fielmente las enseñanzas de los penalistas hispánicos (Jiménez de Asúa). Esto es notorio en las obras de Ricardo Heredia y de José Silva Santisteban. El primero siguió muy de cerca de Francisco Pacheco, autor más destacado y principal del código español de 1848, quien sustentó "la doctrina expansionista" en el sentido ecléctico que Rossi propugnaba. Silva sustentó las ideas de Ahrens y sucedió a Pedro Gálvez en la enseñanza del Derecho Penal en el colegio Guadalupe. Este último arregló, basándose en las teorías racionalistas de Ahrens, "el estudio del Derecho Natural" y "acomodó el derecho público a nuestra forma republicana e inició el verdadero sistema del



derecho penal". La llamada Escuela Alemana de Derecho Natural, creada por Krause y difundida principalmente por Ahrens y Proedoe, tuvo a partir de 1840 buena acogida entre los teóricos peruanos. Estuardo Núñez, desde su posición germanófila, y Quintano Ripollés, de acuerdo a su criterio hispano, no concuerdan en la razón del auge del krausismo en el Perú. Para el primero fue "determinado no tanto por el reflejo del krausismo español, cuanto por la influencia directa de las traducciones francesas", la influencia alemana. Para el segundo por el contrario, "la mercancía del krausismo era netamente española, siendo la personalidad de sus teorizantes de Madrid. la sola capaz de hacerla viable en mentes hispánicas" (la influencia del derecho penal español).

A partir de 1896 se produce una reacción contra la concepción iusnaturalista y krausista que predominaba, en ella destacan Manuel Vicente Villarán. y Juan Bautista. de Lavalle (1908-1922).

En Derecho Penal, el positivismo italiano es acogido con entusiasmo. En 1889, Javier Prado Ugarteche escribe su tesis de bachiller: *El método positivo en el Derecho Penal*. Digno representante de esta corriente fue Oscar Miro Quezada, con su libro *Breves apuntes de Mesología criminal peruana* (Lima, 1922).

Otras diversas tesis de orientación positivista fueron sustentadas en San Marcos; por ejemplo, la sociedad y el delito de Plácido Jiménez (Belaunde).

Entonces, claro, se otea que el joven peruano es producto de un devenir histórico, nada extraño para nuestros países latinos, que desde su emancipación los estudiosos han pretendido recorrer a la misma velocidad que los europeos, las rutas trazadas por los adelantos científicos. La relatividad de un conocimiento que fuerza seguir adelante en el análisis de las relaciones del mundo finito, condicionado, deducida de la observación de los fenómenos de la realidad. Lo que se conoce como el método positivo o experimental. El que propuso Prado para el Derecho Penal en el entendido que exitoso para las otras ciencias, no podía ser desperdiciado por la jurídica, en la que por ejemplo ya se había demostrado que autores de los más atroces delitos no acusaban remordimiento alguno de sus conciencias. Por suerte, era imprescindible superar las ya derrotadas tesis del iusnaturalismo para habilitar el paso de una corriente segura, por sus contenidos y entendimiento sobre la naturaleza humana, la que, se dijo, encuentra unidad en la racionalidad de nuestro ser. Por contera, la inspección, indagación y juzgamiento de las personas no pueden desmoronarse por las secuencias de abstracción, sino por las particularidades fenomenológicas que acompañen el asunto en debate: exploración de nuevos territorios antes desconocidos, trabajo asociado e interdisciplinarios de las ciencias, investigaciones y experimentos que permiten reconocer la importancia del método positivista que así como para el caso de la Psicología enterró la concepción tradicional, en el escenario del derecho para sepultar el iusnaturalismo "La vaciedad de la vieja psicología y la necesidad e importancia de la nueva escuela se comprueba plenamente al ver, que mientras aquella, en su parte metafísica, no ha adelantado en lo menor desde Aristóteles hasta el día, esta en pocos años ha producido numerosísimas obras llenas de datos y leyes desconocidas, convirtiéndose, según la bosquejan los directores de las nuevas tendencias, en una ciencia de incalculable atractivo y valor, no exclusivamente para el filósofo consagrado a los estudios especulativos, sino en general para el común de la gente, que puede aprender en ella muy fecundos conocimientos para su conducta en la vida práctica"⁵.

⁵ *Ibíd.* Pág. 443.

Prado, sin duda, obedece a un contexto de invitación al cambio de visión sobre el Derecho. De la escuela positivista de la segunda generación–Spencer– incorpora la vida como factor de adaptación a las condiciones externas, sin reductivismos, hecho entendible en quien fue político, Ministro de Relaciones Exteriores, vocal de la Corte Suprema de su país, hermano de presidente y por quien si fuera poco, por su abolengo y dinastía, encuentran los turistas en Lima una gran avenida que lleva su nombre (propio, no común ni objetivado).

LECTURA DEL TEXTO DESDE NUESTRO CONTEXTO

En primer lugar, destácase que el Derecho contemporáneo lleva el rótulo del positivismo, tanto como escuela, como en metodología, en especial ahora, cuando la tendencia inclina la balanza hacia la universalización de la oralidad en el debate público, el cual supone análisis probatorio en acto unificado y concentrado.

Dicho de otra manera el rigor y la contundencia como el positivismo abrió la puerta de la historia es el mismo con el que aún se aposenta ordenando los destinos de la humanidad.

Expresiones de usanza en el argot jurídico, como la sana crítica, la libre apreciación de las pruebas, la presunción de acierto y legalidad, *Da mihi factum dabo tibi ius*, la intermediación probatoria, son clara muestra de la pervivencia del positivismo en nuestro medio. Escuela opositora del iusnaturalismo y encargada de poner en términos de realismo al Derecho, no de pesadumbre o misterios.

No empece, creo es lo básico, lo afirmado deja de ser suficiente para colocar ese positivismo como lo inquebrantable o único pues de un lado debe clarificar que este a través de la historia, como todo, ha contado con sus corrientes y, de otro, en su anhelada búsqueda, de pronto por la perfección, ha dejado también ver sus precariedades.

En efecto, el principio de legalidad, conquista del movimiento revolucionario de 1789, sirve como ejemplo para destacar cómo, piénsese, el in dubio pro reo o presunción de inocencia, por lo menos en el medio colombiano, solo hasta hace poco, es de posible reconocimiento en cualquier estado del proceso. Antes no podía sino esperarse al momento del proferimiento del fallo, lo que de suyo significó para no pocos procesados la pérdida irreparable, pero también irresarcible e inindemnizable, de su libertad, durante el desarrollo de un penoso proceso.

Es decir, tal como lo sostuvimos, en uno más de los interesantes debates que enfrentamos cada sábado en curso de la Maestría, la respuesta a la pregunta ¿qué significó el positivismo para el Derecho? unicamente puede ser absuelta a través de otro par de interrogantes: ¿qué es el derecho? y ¿dónde nace el derecho?

Repito, es incuestionable el aporte de Prado a la ciencia jurídica latinoamericana, en la medida en que apuró la marcha a fin de contextualizar la juridicidad de su país en la teoría occidental de la época, con el no débil argumento del efecto de las tendencias, pero más allá de esto, por el reconocimiento de que todo miembro de la especie humana debe hacerse en término de antropología. Recuérdese que una de sus constantes miradas se fijaba en la diversidad de emociones, sentimientos, sensaciones, pasiones, deseos del ser humano los cuales matizan la imposibilidad



de convertirlos en principios objetivos y generales. Por eso, el trabajo de Prado es corresponsal con la época en que, *verbi gratia*, se mostraron los inicios de la filosofía analítica, hoy en Derecho el paradigma constitucional del Derecho, el paradigma constitucional de la ciencia jurídica, el estado social de derecho, garantismo, tolerancia, el reconocimiento del otro.

Esto último para, insisto, adecuar con ajuste a su época la tesis gradual del joven peruano. De donde surge el hallazgo de su valor significativo frente a los retos que en la actualidad gobiernan la razón de ser del Derecho, sobre todo el Penal, el cual iteradamente ha servido como mero instrumento de venganza –aumento de penas, etc.–, pero en otras, como elemento probatorio de la debilidad de los Estados tratándose de la lucha contra fenomenologías afectatorias de derechos incluidos los de privilegios– delincuencia transnacional, organizada, cuello blanco, etc–.

Traducimos del trabajo tesino su contexto con la realidad de otrora y la de ahora. Solventamos con él un entendimiento acerca de la abolición del esquema iusnaturalista por el de un positivismo, amigo de la naturaleza efímera y falible del hombre de cara al conocimiento, que siempre será relativo por la presencia de hechos nuevos.

Además, incorporamos a su favor, como digno de émulo para las juventudes, el que es posible desde temprana edad debatir sobre temas de importancia y trascendencia en lugar de inocuidades como la moda y el consumismo.

Prado, al aferrarse a la idea del impacto del europeo sobre lo americano, plantea de alguna forma en el fondo de su sentir, lo que para nosotros ahora es expresión de globalización..

Derecho internacional humanitario, Corte Penal Internacional, hoy, son buenos ejemplos. No se pierda de vista que años después, uno de los propósitos de ilustres jurisconsultos latinos fue el de reglar un código penal tipo para América Latina. Todo en términos de contemporaneidad con actualidad científica.

Así las cosas, refulge en América con el caso de Prado, uno de los que ilustran con huella, una tarea intelectual a muy temprana edad. Tal vez en esto, igualmente para sus protagonistas, imitando a aquellos a partir de los cuales realizaron sus análisis. Hobbes, uno de los reaccionarios más profundos del iusnaturalismo, a los quince años tradujo al latín la “*Medea*” de Eurípides y con su obra cumbre “*Leviatán*”, se refirió al mecanicismo científico y al absolutismo político. En otros términos, los planteamientos que le significaron sospechas de herejía, invitaciones al ateísmo y haber aplicado por primera vez los principios del mecanicismo a las funciones mentales.

LECTURA A PARTIR DE IDEAS NUCLEARES

En este acápite instruimos que se trata de localizar al autor como iniciador como padre, jefe, postulador de alguna escuela del pensamiento o simplemente sostenedor de algunos de los principios fundamentales de una tendencia.

Sea lo primero aducir que en nuestra opinión Prado. no es fundador de escuela alguna, fue un defensor acérrimo y punzante del método positivista como fundamento de las distintas ciencias, al incluir en su esquema estructural, la observación, la hipótesis o conjetura y la comprobación o verificación, lo que trasladado al Derecho borra de su seno las transgresiones producidas por el iusnaturalismo, fincado en abstracciones y leyes apriorísticas, desconocedoras en todo caso de la relatividad del conocimiento

y las diferentes maneras que el hombre ejercita su libertad. Bastaría para demostrar lo dicho, traer las siguientes frases esgrimidas por Prado en su alocución:

“Si esto es así, nuestro siglo presenta un aspecto grandioso, pero sumamente desconsolador: es el siglo de las grandes convulsiones y contradicciones del pensamiento humano. Asistimos a una terrible crisis intelectual cuyo resultado nadie puede atinadamente prever”⁶.

Lo primero que atrae, tristemente, su atención es el encono rabioso del combate intelectual sostenido entre el viejo espiritualismo y el materialismo contemporáneo; combate en el que cada contendiente representa una idea negativa: aquel el oscurantismo este el nihilismo; aquél ordenando al pensamiento humano que retroceda, cómo si fuera posible a unos pocos hombres, con el solo esfuerzo de sus brazos, hacer retroceder a una potente máquina que marcha hacia adelante impelida por toda la presión del vapor; éste, proclamando la negación de todo principio religioso, filosófico y político, icomo si fuera posible a la inteligencia desarrollarse entre cadáveres y escombros!

En el punto central de su ponencia aduce mostrando la columna vertebral de su trabajo: “Al resolverme a emplear largas vigiliass en este trabajo, me he guiado por la idea de que no solo es legítimo presentar ante esta ilustre corporación tesis, sosteniendo la bondad, error, insuficiencia u oscuridad de tal o cual título o artículo de nuestros códigos, sino que también tiene importancia para el abogado y para la sociedad estudiar esas legislaciones, en sí mismas, en su origen, y en sus fundamentos, ver, en conjunto, si el espíritu que las informa, corresponde con los adelantos de nuestra civilización”.⁷

En el ataque contra la teoría clásica, escribió: “El conocimiento que tenemos de los seres, tanto físicos como morales, no es sino un conocimiento de relaciones, de referencias, como diría Bernard; y siendo éstas variables, aquel también lo es. El metafísico que creyendo haber descubierto principios abstractos deduce de ellos consecuencias, que proclama necesarias e invariables, es digno de lástima por su funesta obcecación: las causas y las verdades primeras, la realidad objetiva, el principio y el fin de las cosas, la razón y las leyes esenciales de ellas serán siempre una eterna incógnita que atormentará el insensato orgullo del hombre”.⁸

Sobre las bondades del método experimental apuntó:

“El método científico que humilde, pero noblemente, reconociendo la verdadera condición de nuestra inteligencia, pone como divisa en todas sus investigaciones, este principio de la relatividad de nuestros conocimientos, y que renunciando, por lo tanto, a establecer leyes absolutas sobre las cosas en sí, se consagra exclusivamente al estudio de las relaciones del mundo finito condicionando, deducidas de la observación atenta de los fenómenos de la realidad, se conoce con el nombre de método. positivo.o.experimental..Considerado así este método, sin querer significar con él un empirismo vulgar, ni hacerlo instrumento de una determinada secta científica, representa la única dirección legítima aplicada a todas las ciencias”.⁹

6 *Ibíd.* Pág. 431.

7 *Ibíd.* Pág. 433.

8 *Ibíd.* Pág. 435.

9 *Ibíd.* Pág. 442.



En el tópic crucial del Derecho Penal, lo sujeta a la necesidad de aplicarlo como método. de la índole y trascendencia de los estudios que comprende: "Inútil es seguir citando otras ciencias que como la Economía Política, la Historia y en general la Sociología, han abrazado, con decidido empeño y halagüeños resultados, el método positivo..Basta creo, lo expuesto para hacer ver la generalidad de su aplicación en nuestro siglo y la urgencia de que las otras ramas del saber humano que se manifiestan aún reacias, lo adopten inmediatamente, bajo pena de quedarse rezagadas y olvidadas en el escabroso y elevado camino ascendente por el que suben, orgullosas las demás sostenidas por el mismo suelo que pisan. En aquella condición se encuentra la ciencia del Derecho, muy especialmente la Penal, por la índole y trascendencia de los estudios que esta comprende".¹⁰.

Así, a Prado puede estudiársele con base en la idea nuclear de la necesidad de aplicar el método positivista al derecho penal, como consecuencia de la superación del iusnaturalismo, dejado atrás por la falta de carácter científico.

LECTURA VALORATIVA Y CRITICA

Este texto, sin duda, constituye uno de los íconos indicadores de la audaz labor desarrollada, en el caso específico del Perú, por los cultores del Derecho Penal en Latinoamérica, en pos de evitar el rezago de la normatividad jurídica local en relación con la europea, de la que sus movimientos alcanzaban a estremecer el territorio en siglos atrás conquistado y sometido..Sí, sometido porque al haberse perdido la entraña por el avasallamiento, la fibra intelectual tenía y tiene que buscar de dónde prenderse.

Punto desde el cual conviene preguntarse, para alguno con respuestas obvias, por qué en Latinoamérica con todo y sus particularidades, sin quedar atrás no se han tejido teorías del derecho penal como en Europa o Estados Unidos.

¿Será acaso que, consecuencia de la Colonia, estamos restringidos a ofrecer los insumos para que desde otros orbes se diseñen las políticas criminales, luego mal plagiadas?

Con respecto al positivismo en sí mismo, vale la pena recordar que a pesar de su deslumbrante aparición en el mundo de lo jurídico, más tarde vino a denotar profundas precariedades, a todas vistas luz de los intérpretes de la historia..No necesariamente de los juristas..Las mismas que han conducido a los distintos replanteamientos de la ciencia penal.

El muy autorizado profesor Fernando Velásquez Velásquez, con quien compartimos cátedra en el posgrado de Derecho Penal y Ciencias Forenses de la Universidad Católica en el año 2000 y ahora compañero en la Asociación de Profesores de Derecho Penal en Colombia, con su excelsa pluma dice:

La Escuela Positiva

Para poder caracterizar esta dirección de pensamiento, es también indispensable precisar sus aspectos más importantes.

10.Ibíd. Pág. 444.



1. La denominación. El nombre de “Escuela Positiva” o “Positivista”, como también se le denomina, le fue dado por sus propios partidarios, quienes reivindican para el derecho penal el método inductivo o galileano, propio de una época en la cual –gracias al aporte de las filosofías positivistas– se observa un acelerado desarrollo de las ciencias del ser naturales, a las cuales tenía que sumarse esta disciplina si quería alcanzar el rango de ciencia. Surge entonces una nueva escuela contrapuesta a la anterior, con postulados completamente diferentes y una concepción unitaria del fenómeno criminal; para ella la elaboración científica de esta rama del saber tendrá que partir de la realidad empírica, social, dejando atrás la época en que el derecho natural era el objeto de estudio de un derecho penal indeterminista, basado en concepciones metafísicas.

2. Principales representantes. Los máximos defensores de la nueva tendencia fueron CESARE LOMBROSO (1836-1909), quien a partir de la observación y estudio de los delincuentes creó una ciencia denominada antropología criminal, que también incluía el estudio psicológico del hombre delincuente al lado del orgánico; a él se debe la publicación de una obra titulada *El hombre criminal en relación con la antropología, y la jurisprudencia y la disciplina carcelaria* (1876)¹¹, en la cual plantea que la ciencia por él descubierta era una “aliada” del derecho penal. Por la misma época, ENRICO FERRI (1856-1929) postuló –en su *Teoría de la imputabilidad y negación del libre albedrío* (1878)– el fracaso total de los pensadores clásicos y que no se trataba de convertir la antropología en una “ciencia aliada” del derecho penal, sino de “aplicar el método inductivo (galileano) al estudio de la justicia penal”, como reiteraría muchos años después¹², esto es, estudiar el delito como fenómeno natural y social, valorándolo como expresión antisocial de cierta personalidad delincuente¹³. Con este pensador irrumpe otra disciplina nueva, la sociología criminal, cuando publica *sus Nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal* (1880), obra de la cual se harían ediciones posteriores bajo el título de *Sociología criminal*, en la que planteaba que el delito era la resultante de una triple serie de causas: individuales, físicas y sociales, a partir de lo cual pudo clasificar los delincuentes en cinco categorías: natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales.¹⁴

También, en este mismo momento histórico, RAFFAELE GAROFALO (1851-1934) señaló la necesidad de introducir innovaciones jurídicas en la justicia punitiva aportando el concepto básico de “ternibilidad del delincuente” como criterio de penalidad –después denominado peligrosidad–, así como la noción de “delito natural”; a él se debe la publicación de obras como *Un criterio positivo de penalidad* (1880) y *Criminología* (1885)¹⁵.

11 Cfr. *L'homme criminel*, “Prefacio”, págs. XI y ss.

12 FERRI, pág. 45.

13 *Ibidem*, pág. 46, nota 1.

14 Véase FERRI, *Sociología*, 1, págs. 84 y ss.; *Principios*, pág. 46.

15 GAROFALO, *Criminología*, págs. 3 y ss., 205 y ss.

LOMBROSO, FERRI y GAROFALO se convirtieron, pues, en los “tres evangelistas” de la nueva Scuola, a quienes se sumaron luego autores como E. FLORIAN (1869-1945), F. GRISPIGNI (1884-1955), PUGLIA, DE MARSICO, FROSALI, en la misma Italia; P. DORADO MONTERO (1861-1919), QUIROZ y PEREZ (1873-1959), Q. SALDAÑA, y JIMENEZ DE ASUA en sus comienzos (1889-1970), en España; J. P. RAMOS (1878-1959), GONZALEZ ROURA, E. GOMEZ, en Argentina; J. E. GAITAN (1898-1948), C. LOZANO Y LOZANO (1904-1952) y P. CARDENAS (1891-1978), en Colombia.

3. El momento politicosocial. Desde el punto de vista ideológico, la nueva dirección es producto del tránsito del Estado liberal clásico al intervencionista, el cual traslada su punto de mira de las garantías del individuo a la defensa de la sociedad; los derechos de la colectividad se anteponen a los del individuo¹⁶. Socialmente hablando, la burguesía se vio obligada a enfrentar las exigencias cada vez más crecientes de las masas obreras mediante una revisión y un reajuste del sistema, evitando los defectos del Estado abstencionista liberal y del individualismo que le servía de base. Es así como el Estado empieza a intervenir en la vida social y se promueven reformas sociales de diversa índole, con las que se pretende paliar en parte las aspiraciones populares; esta intervención también tocaría sus puertas en el derecho y, más concretamente, en el ámbito del derecho penal”.¹⁷

Imperativo entonces deducir que si bien el positivismo repuntó en su momento, cambiaron las circunstancias que lo han venido mostrando con flaqueza en su paso por la historia.

De otro lado, añádase que la ponencia de Prado sugiere, pero en últimas deja de referirse a la manera clara como esa metodología podía inmiscuirse en el ámbito del derecho penal. En otras palabras, no desarrolla la tesis. Hecho por llamarlo de alguna manera, perdonable. Tratábase de un joven alentado por la esperanza. De los que saben que todo es paso a paso, poco a poco, pedazo a pedazo.

Colofón de lo anterior, gracias al positivismo, en el derecho penal, estamos como estamos y con él por siempre nos quedamos.

BIBLIOGRAFIA

Prado, Xavier (1889). El Método Positivista en el Derecho Penal. (Fragmento).

Ferrajoli, Luigi (2001, Enero). El Galantismo y la Filosofía del Derecho. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Velásquez Velásquez, Fernando (1994). Derecho Penal. Parte General. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.

Atlas Universal de Filosofía (2006). España: Editorial Océano.

¹⁶ Así FERRI, *Principios*, pág. 48.

¹⁷ Sobre la evolución del Estado liberal, cfr: Díaz, *Estado de derecho*, págs. 83 y ss