
LA TEORIA PURA EN EL DERECHO PENAL*

Por el Lic. J. RAMON PALACIOS

A don Teófilo OLEA Y LEYVA

"...ninguna verdad es más arbitraria y falaz que la verdad filosófica". Manzini, Trattato di Diritto Penale, p. 5

No debe extrañar que ilustres ius-penalistas muestren aversión incontinida¹ o desconfianza discreta² por los variados sistemas de filosofía del derecho y, en particular, de los referentes al derecho penal. Con todo y que el signo de toda filosofía jurídica radica en la búsqueda de los principios universales e intemporales ínsitos en las normas de derecho, las disensiones se inician al excogitar los métodos y alcanzar conclusiones y, tal vez, en este último capítulo, se advierta con más evidencia que ellas aparecieron desde el planteamiento de los temas, y que se persigue por cada filósofo la simple demostración de *su* verdad. Tal fariseísmo había sido denunciado como esencialmente pernicioso a toda investigación científica, y Jung recordaba que solamente de la concreción puede elevarse el pensa-

* Revista de la Facultad de Derecho. U.N.A.M., México. Oct. Dic., 1953.

¹ Manzini, *Trattato di dir. pen.* 1938, vol. I, n. 5. En cambio, verdadero empirismo jurídico en *Trattato di dir. proc. pen. it.*, 1924, ol. I, pp. 47-49.

² Crispigni, F., *Diritto pen. it.*, 1950, vol. I, pp. 28 y ss. "Y también la legislación positiva tiene una filosofía", empero, para el ilustre escritor, el dogmático debe completar "la propia exposición con sobrios reclamos filosóficos, para iluminar la función del derecho y la legitimidad racional de los institutos". Para una abundante y selecta bibliografía, en el mismo autor.

miento a la generalidad, aunque así, frecuentemente, se demuestre cabalmente lo contrario de lo que se pretendía justificar. Por otra parte, es inveterado proceder de los filósofos, el de utilizar las expresiones más confusas, los retruécanos más rebuscados y las sutilezas torturantes para dar a conocer sus ideas, olvidando que lo carente de claridad podrá ser lo que se quiera, menos la conquista de la verdad, lograda por un espíritu leal. El que hace gala de destrozar inútilmente una lengua creando voces retorcidas y giros asfixiantes, será un burdo imitador de Unamuno, sin la inteligencia brillante de éste, y un falsario pedante. Estos misterios creados por la imaginación zigzagueante de los simuladores, sólo tienen como finalidad engañar incautos, ante una forma aparentemente perfecta y propia de mentes cultivadas, cuando en realidad ostentan falta de profundidad en el pensamiento y un simple exhibicionismo verbal.

Pero estos reproches no pueden dirigirse ciertamente a la *Teoría pura del derecho*, de Hans Kelsen, ni al *Ensayo de una teoría jurídica del derecho penal*, compuesto por Julio Klein Q., en seguimiento del Maestro, según lo proclama desde las primeras páginas.

A) Por las palabras de Kelsen,³ se comprende trata de crear una Ciencia del derecho despojada de toda preocupación ideológica, extraña a contenidos específicos y a ideas preconcebidas, como el ideal "irracional" de la justicia, y esa pretensión no resultaba entonces, ni ahora tampoco, antihistórica, porque en el punto crucial de la vida del derecho, en su actualización por los Tribunales, encontramos día a día (y más todavía en cierta doctrina mexicana) una incoercible y desenfrenada pasión por lo meta-jurídico, hasta el grado de suplantar la voluntad de la norma por un individual concepto de la justicia del caso concreto (aequitas cerebrina), por elaboraciones sociológicas, filosóficas o puramente gramaticales. A decir verdad, Kel-

³ Kelsen, H., *La teoría pura del derecho*, 1946, pp. 17 y ss. 42 y ss. *Tratado fundamental de una teoría general del Estado*, 1934. *La idea del derecho natural y otros ensayos*, 1946.

sen revive, sin superarla, aquella vieja polémica entre el acto de voluntad y el acto intelectual presidiendo la interpretación judicial. La Escuela del derecho libre y la Escuela de la exégesis representan el paroxismo de tales conceptualizaciones,⁴ cuya armonía cabal fue encontrada por Carnelutti⁵ y Cavallo,⁶ frente a la anfibológica y desilusionante postura kelseniana, al decir: "Desde el punto de vista jurídico-positivo, tanto vale atenerse a la voluntad conjeturable del legislador desatendiendo el texto, como observar estrictamente el texto, desentendiéndose de la voluntad casi siempre problemática del legislador",⁷ porque, hoy por hoy ha sido unánimemente desterrada de doctrina y jurisprudencia la voluntad del legislador como fuente del derecho o medio directo interpretativo, y aun en el campo de las inclinaciones supralegales, Osorio y Gallardo había destacado el hecho de que cualquier orden jurídico ofrece seguro asidero para la realización de la justicia, sin necesidad de acudir a la transfiguración del juez en legislador. En una palabra, las ideas de Kelsen exhuman una polémica caduca (voluntad de la ley-voluntad del legislador) y dan una solución pobre lógicamente y aún más pobre jurídicamente, al prestar adhesión indistintamente a una de las varias conclusiones en las que pueda desembocar el acto jurisdiccional, siendo que no tiene más fin que el de recrear el derecho positivo. Por este camino, fácil es afirmar que el derecho no instaura la seguridad, y para decirlo con France, que "en cuestiones de justicia lo mejor es el azar". Vana carrera la de un jurista que se vale de sutilezas lógicas a fin de entronizar el capricho en el sitio de la ley, porque también ahí se justifica, siempre puramente, la arbitrariedad en la incriminación, y en la punición que reinaron en la Europa medieval, en el nazismo, y actualmente, en la Unión Soviética. Despojado de conte-

⁴ Marcadé, *Corso elementale di dir. civ. francese*, Napoli, 1857, p. 10 y ss. Kantorowicz, *La lucha por la ciencia del derecho* (volumen titulado *La ciencia del derecho*), B. Aires, 1949, pp. 338-342. La crítica más certera en Ferrara, *Trattato di dir. civ. it.*, Roma, 1921, vol. I, 210.

⁵ V. Bulow, *Gesetz und richteramt*, 1885, dio el concepto de *Lex specialis*, afinado por Carnelutti, *Sistema*, B. Aires, 1944, vol. I, p. 320.

⁶ Cavallo, *La sentenza penale*, 1936, pp. 144 y ss.

⁷ Kelsen, *Teoría cit.*, p. 133.

nido el acto interpretativo, es lógicamente viable y jurídicamente permitido con Kelsen, resolver un litigio en una de las tres formas aconsejadas silogísticamente, y arrinconar con resultados sociales desastrosos, la teoría de la ponderación de intereses, para condenar o absolver indistintamente al médico que a los amigos de su cliente revela la *lues* que éste padece, a fin de evitarles contagio.

Esta quiebra rotunda-teórica y práctica de la doctrina kelseniana, en nada aminora la importancia de otras conclusiones suyas.

Precisamente nuestra Constitución reformada (art. 107, fracción XIV), quizá desorbitadamente, pero en holocausto a la seguridad jurídica negada por el profesor vienes, establece la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Honorable Suprema Corte, recogiendo en cierto modo el precedente hispano de la casación por infracción a la jurisprudencia del Supremo, aunque desgraciadamente inspirándose en el peronismo, según lo demostramos en otra ocasión.⁸

B) De Carrara⁹ a Petrocelli¹⁰ se concibe el delito como un hecho antijurídico; esto es, contrario al derecho, y para el segundo, al negar la antijuridicidad *general*, se trata de una antijuridicidad penal. Delitala,¹¹ distingue la ilicitud (predicadora de la conducta: violación de la obligación jurídica), de la antijuridicidad (cualificación del resultado; disconformidad del estado de hecho al estado querido por el Derecho). En México, recientemente, el destacado ius-penalista hispano Don Mariano Jiménez Huerta ha escrito documentadísima y brillante monografía en torno al problema,¹² en la que se analizan las diversas corrientes doctrinarias y legislativas, rectificando anteriores aser-

⁸ Nuestro pequeño trabajo *Ley y jurisprudencia*. "El Universal", 30 marzo 1951.

⁹ Carrara, *Programa*. B. Aires, 1944, vol. I, Pte. general, pp. 41-43, 71, 387 y ss.

¹⁰ Petrocelli, *L'antigiuridicità*. 1951.

¹¹ Delitala, *Contributo alla nozione del reato*, in Riv. it. per le scienze giur. 1926, estr. pp. 10 y ss.

¹² Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*. México, 1952.

tos suyos principalmente en las llamadas "causas supraliberales".

Ahora bien, el jurista Klein Q. retorna al pensamiento de Binding, para quien con los delitos "no se ofende el derecho", sino que se turba el orden jurídico y es una "ofensa del derecho de obediencia al Estado";¹³ empero, Klein se desentiende absolutamente de la norma implicada (norma secundaria), para afirmar que al hecho subsigue, la consecuencia jurídica y al darse en la realidad fenoménica precisamente se da "su contenido específico";¹⁴ es decir, al cometerse el delito "la oposición —al derecho objetivo— es imposible porque la auténtica norma jurídico-penal, esto es, la verdadera norma de derecho, sólo refiere la pena al delito y su examen formal no acusa más mandamiento que el deber de imponer la sanción".

Es algo innegable que la norma penal sanciona al ladrón y *formalmente* no existe más deber que el del Estado para ejercitar la acción penal cuando se dan los supuestos de la ley, y el de la jurisdicción de dictar sentencia que realice el derecho sustancial (penar al ladrón). Entonces el deber de acatar la ley; ¿dónde está?; ¿fuera de la norma, estimada como simple enunciado o dentro de ella, o en el total orden jurídico? ¿O, realmente, no existe ese deber?; porque Klein nos dice que "La idea de la antijuridicidad se nos presenta, pues, como una innecesaria y perniciosa sustantivación y reduplicación de las facultades y deberes, jurídicamente establecidos, para conducirse en el sentido de un delito determinado".

Pero si existe el deber de conducirse en el sentido jurídico señalado por la norma penal incriminadora y sancionadora, es que propiamente la ley obliga a un comportamiento opuesto al del tipo, a riesgo de acarrear la pena. Sobre todo, debemos pensar en lo siguiente:

¹³ Binding, cit. por Arturo Rocco en: *Opere giuridiche*. Roma, 1932, vol. I, pp. 88 y ss., nos. 22 y ss.

¹⁴ Klein Q., Julio, *Ensayo de una teoría jurídica del derecho penal*. México, 1951, pp. 66 y ss.