
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 Grispigni, 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 destrozarse 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. Despojada 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 vienés, 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'antijuridicità*, 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.

I. Juan celebra un contrato de compra-venta en que enajena un bien de su propiedad por su precio justo. Realiza un acto jurídico. Juan vende un bien que no es suyo, o en un valor superior en tres tantos; u oculta maliciosamente la reivindicación pendiente que le ha sido demandada; o los gravámenes reales que reporta el inmueble. ¿Realiza también un acto jurídico?

II. Juan socorre al transeúnte atropellado por un tercero. Realiza un acto jurídico; Juan impide al automovilista que preste ese socorro y la víctima fallece. Realiza un acto perfectamente jurídico, adecuado al derecho. Juan no tiene obligación de auxiliar, ni de no vender lo ajeno, ni de no ocultar los juicios pendientes o los gravámenes, y TAN REALIZA EL DERECHO CUANDO CONTRATA COMO CUANDO DELINQUE, cuando auxilia, como cuando impide el auxilio. Todo es jurídico: el hacer, el no hacer, el causar un resultado, el evitarlo...

III. De aceptarse la exclusión de la antijuridicidad, hemos de abandonar el concepto de la culpabilidad y, fundamentalmente, el de la culpabilidad como reproche (concepción normativa) formulada por Mezger y acogida plenamente por Klein Q. 15 ¿Culpable de qué? ¿Se puede ser culpable de lo no prohibido? ¿Es reprochable su conducta permitida? Solamente si se ha ejecutado un acto vedado por la religión, por la ética social o, por qué no decirlo, por el Derecho, alguien ha de responder *por ser culpable*. 16

El mismo Kelsen, según destaca agudamente Petrocelli, 17 admitió que el juicio por el que se atribuye a una persona la culpa de un resultado, no proporciona ningún aporte sobre el proceder interno del sujeto, sino exclusivamente que aquella norma *prohíbe tal comportamiento externo*. Kelsen, no obstante que depaupera la culpabilidad de la imputabilidad y deja desamparadas las excusas por

15 Klein, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

16 Petrocelli, *La colpevolezza*, 1951, Padova.

17 Petrocelli, *op. ult. cit.*, p. 110.

inimputabilidad e inculpabilidad, que aparecerán cual meros caprichos legislativos, reconoce la existencia de una norma prohibitiva del comportamiento actuado (igual para el hacer que para el no hacer), y al mediar la prohibición se desencadena ante la conducta la culpabilidad, la marca de la *desobediencia*, como propone Carnelutti. 18

La culpabilidad adoptada por Klein es la propia de la concepción mezgeriana, en que "es también, al mismo tiempo y siempre, un juicio valorativo sobre la situación de hecho de la culpabilidad. (La llamada concepción normativa de la culpabilidad). Este concepto de la culpabilidad jurídico-penal corresponde a la opinión hoy dominante", en que se hace expreso reenvío a las ideas de Goldschmidt, 19 y precisamente este autor 20 finca la culpabilidad en una voluntad contraria al deber; se concreta, dice, en una vinculación normativa del hecho psíquico, y el sujeto "sucumbe solamente cuando se ha realizado una actuación de voluntad contraria al deber, dirigida hacia un resultado antijurídico, "y remarca definitivamente: *Culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable (censurable)*. Luego toda la doctrina de la concepción normativa desemboca en la transgresión de la norma del deber (voluntad contraria al deber), creada por TODO el sistema jurídico, no extra-legal.

IV. Justamente observa Klein que debe distinguirse al sujeto de la causación, del sujeto de la imputación, de manera que siendo la culpabilidad un elemento contingente, histórico, podría prescindirse de ella en la conceptualización del delito, demostrándose palmariamente por la responsabilidad objetiva.

La indagación exclusivamente formal del derecho, emprendida por el estudioso incisivo autor, permite lógica-

18 Carnelutti, *Teoría gen. del reato*, p. 29.

19 Mezger, *Tratado de derecho penal*, vol. II, pp. 9 y ss., n. 6.

20 Goldschmidt, *La concepción normativa*, B. A. 1943, pp. 9-23.

mente aquella aserción, en cuanto se recuerden los procesos contra los animales, la responsabilidad objetiva (art. 1910 c. c.) y en cierto modo, la extensión de la culpabilidad por el acto primo doloso, en el llamado delito preterintencional y las hipótesis del art. 14 c. p., a las que en otra oportunidad ya nos referimos.

Quizá, pues, nuestro reproche a esta construcción unitaria yace en que, a fin de presentar el panorama formal universal de la imputación, se tenga que acudir también a los procederes jurídicos excepcionales y no a la inversa, definiendo el delito como acto culpable... y subrayando las salvedades monstruosas que en otros tiempos florecieron y hoy perviven en r.ánima entidad. Lo que si resulta un tanto contradictorio, es que el distinguido jurista don Julio Klein sea normativista, pero al mismo tiempo afirme el carácter psicológico puro de la culpabilidad,²¹ lo cual precisamente es negado por todos los normativistas, aunque salva la antinomia al decir que ese psicologismo es "elemento de la culpabilidad",²² pero sin hacer referencia al juicio "que está en la cabeza de otro".

V. Finalmente, por lo que mira a la antijuridicidad, Klein sabe sortear las dificultades gravísimas que ofrece el proselitismo incondicional a Kelsen; escollos que se inician por el repudio lingüístico e ideológico a llamar jurídico al delito y jurídica la conducta del delincuente, puesto que afirma que la antijuridicidad nace de la necesidad de enmarcar "la totalidad de los casos de ausencia de facultad o deber, jurídicamente establecidos". Si, pues, el derecho faculta u obliga a hacer, significa que permite la conducta que prevé la norma penal sancionadora y estamos en presencia de un hecho jurídico, pero ¿si falta esa facultad o ese deber...?

C) También aborda el jurista Klein el tema de la responsabilidad de las personas morales, precisamente para

²¹ Klein, *op. cit.*, p. 87.

²² Klein, *op. cit.*, p. 86.

afirmarla contra la doctrina dominante. Otro mérito más del estudio que acotamos, porque se sitúa la temática no ya en el campo de cómo debía ser la norma, sino de cómo es.²³

Esa responsabilidad, negada ya por los romanos, con eco doctrinario en los más eminentes juristas italianos desde Pessina hasta Maggiore, se afianza por el contrario, en una tradición, legislativa y doctrinaria germánica, hasta la última solución lógica de Kelsen.²⁴

No dudamos que la ley pueda (arts. 24 F. XVI y II c. p.) decretar una pena en contra de individuos que no han delinquido. Tal ocurre en la disolución de la sociedad, pues la pena afecta a los particulares componentes de ella, según el mismo Kelsen anota;²⁵ y entramos así, nuevamente, al territorio de la responsabilidad sin culpa, porque cada socio sufre perjuicios por actos ajenos y es llevada a proceso (art. 14 constitucional) y se le hará saber en audiencia pública (art. 20 constitucional F. III) el hecho que se le atribuye... Paralogismo extraño en que no pensaron los legisladores de 31, y aunque en nada mengua un derecho penal apuntalado en los soportes kelsenianos, repugna sin embargo, con nuestras garantías constitucionales. La confutación, pues, no va dirigida contra la sistemática congruente de Klein, sino contra la actitud de nuestros legisladores que nada menos ignoraron lo más sagrado que existe en nuestra vida institucional: la Constitución.

D). La doctrina tradicional ha considerado al sujeto activo y al sujeto pasivo del delito, ya como elementos, ya como presupuestos del delito, y sujeto pasivo primario al Estado, que sufre directamente la lesión de la actividad delictuosa,²⁶ mientras el sujeto pasivo secundario lo sería el particular ofendido con el hecho.

²³ Klein, *op. cit.*, pp. 48-51.

²⁴ Maggiore, *Principi*, 1943, Bologna, pp. 322 y ss. Kelsen, *Teoría*, pp. 86 y ss.

²⁵ Kelsen, *op. loc. cit.*

²⁶ Carnelutti, *Teoría*, cit. 71, n. 1. Vid. Maggiore, *Principi*, I, pp. 305 y ss. Manzini, *Trattato di dir. pen.*, vol. I, p. 526.

Klein niega la noción del sujeto pasivo del delito, porque en los delitos sin daño alguno falta quien lo padezca, luego solamente sería válida la conceptualización para los delitos de resultado.²⁷ Quedaría, pues, de cuajo arrancada la tesis de que el Estado es sujeto pasivo primario; la que ve en la tentativa el peligro corrido que, al punirse, protege el goce tranquilo de los bienes jurídicos y quedaría sin respuesta el porqué siempre el derecho (penal o privado) sanciona con la *reparación* del daño no patrimonial al que ejecuta un delito, formal o en grado de tentativa; reparación que percibe una persona... Su denominación jurídica ¿cuál es?, (art. 30 F. II c. p.).

F) Elogiable es que haya sido subrayado por Klein el que la tipicidad no es sino realización del dogma *nullum crimen sine lege* y por tanto, ligado específicamente a la Revolución Francesa. Su contradicción la encontramos en el Tercer Reich y en el sistema legislativo soviético, que permitía la libre incriminación y punición, detraídas del sano sentimiento del pueblo alemán, o de la analogía *iuris* o *legis*, respectivamente.²⁸

Pero ¿cuál régimen realiza mejor el valor justicia? Eso no lo sabemos, pero afianzados en las realidades de nuestro medio, seguimos clamando por la tipicidad penal, como máxima garantía de SEGURIDAD JURIDICA, frente a los desmanes y estupideces de las autoridades que tratan de mermar la libertad y la dignidad humanas.

No olvidemos, sin embargo, que ha mucho Jiménez de Asúa exclamaba que era preferible un magistrado comprensivo y culto con el Código Napoleón, que un funcionario torpe con el Código Suizo.

G) A Kelsen le es grato, no raramente, descubrir el mediterráneo, y por ello anota que la ley inconstitucional

²⁷ Klein, *op. cit.*, pp. 51-52

²⁸ Nuestras modestas observaciones y la bibliografía señalada en *Dogmática y exégesis*, Criminalia, nov. 1950. *Ley e interpretación*, Criminalia, oct. 1951. Ley de 28 de junio de 1935, de Alemania. Art. 16 c. p. soviético.

“ha de valer hasta tanto no sea anulada por una instancia destinada para ello, acaso por un tribunal constitucional, en un procedimiento regulado por la constitución”,²⁹ cuando desde hace más de una centuria vive nuestro glorioso juicio de amparo que en 57 anulaba leyes y hoy, por las reformas, también tiene entre otras esa altísima finalidad de anular los actos fundados en leyes inconstitucionales.

Creo que mis disensiones con los puntos cardinales sostenidos por don Julio Klein Q. son más terminológicas que de esencia. De todos modos, es bien probable que el equivocado no sea el autor y, fundamentalmente, mi crítica cumple la alta función de un juicio imparcial, porque siempre dejo a los lacayos el elogio sincronizado e hiperbólico.

Por otra parte, no debe pasar inadvertido el laudable esfuerzo realizado por el autor, quien no obstante perdurar ambiente tan poco incitante al estudio, ha cumplido esa tarea árida y llena de sugerencias, como lo es su ENSAYO, merecedor de nuestra simpatía intelectual.

²⁹ Kelsen, *Teoría*, pp. 120 y ss. Vid. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, enero-marzo, 1950, pp. 121 y ss.

Sobre el deber jurídico, EN EL MISMO KELSEN, *Teoría*, que expresa que el Derecho estatuye “actos humanos”, como “deberes o facultades”, pp. 77-84. “Es conducta humana lo que constituye el contenido de las normas jurídicas, y por ende, el contenido de los deberes y los derechos” —p. 85—; “los deberes y derechos de una persona jurídica... en normas que regulan la conducta humana” —pp. 86, 87— y en ese sentido en pp. 56, 57. Sobre todo, el Derecho procesal de ayer y de hoy solamente establece deberes y derechos, cuando menos de los órganos jurisdiccionales; esto es, conducta humana, puesto que el Derecho procesal es instrumental y el hombre lo maneja para el hombre, excepcionalmente lo actuó contra los animales. Pero el autor citado (Kelsen) ha de exclamar: “del lesionado en sus intereses por la situación de hecho antijurídica”, p. 78. (Luego entonces hay sujeto pasivo y antijuridicidad, y por si fuera poco, agrega) “que enlaza una consecuencia jurídica concreta a una situación de hecho antijurídica concreta” —p. 80—. Por todo esto, estimamos que Kelsen se contradice frecuentemente.