ten los Jueces y los Magistrados, figura, castigado con pena severa, el que consiste en aplicar una ley penal que ha sido derogada por la fuerza de la costumbre.

¿Cuáles fueron los motivos que contempló el Legislador para dictar la disposición que constituye la materia de la presente tesis?

La exposición de motivos del Código Penal—ó sea el informe presentado acerca del proyecto de ley por el Presidente de la comisión encargada de redactarla, declara que ese artículo, que á primera vista parece ser una novedad, no es sino una consecuencia del principio de que la costumbre deroga la ley; principio admitido por el Derecho Romano y por las Partidas, que la comisión juzgó justo y racional, cuando se le aplica en materia penal.

Sostiene la comisión que aplicar una ley que ha caído en desuso es una verdadera iniquidad, porque cuando el pueblo no ve aplicar las leyes se imagina que no están vigentes; y porque no se puede exigir que el pueblo conozca las leyes como las conocen los abogados.

Sostiene, además, que el Derecho Penal es esencialmente variable, que las penas deben cambiar con las costumbres y que, cuando el Legislador sostiene una penalidad que la práctica reprueba, se ve expuesto á que la opinión pública remedie la falta, condenando las leyes al olvido.

La verdad es que estos argumentos no son de naturaleza para llevar al ánimo la convicción que esta clase de materias requieren.

Que la costumbre deroga la ley, es un principio pasado de moda—si así puede decirse. Hemos visto que las legislaciones más avanzadas—comprendida la nuestra—están conformes en negar la verdad del principio que sirviera de fundamento á la comisión.

Si aplicar una ley que ha caído en desuso constituye una iniquidad, como la comisión lo afirma, en cambio, nada se opone á que el Legislador sea quien opere en sí mismo la reforma, á que consulte con la opinión y la consagre cuando lo considere oportuno, en vez de dejar dichas reformas al incierto criterio de la opinión, que si es excelente para preparar corrientes que se traduzcan en leyes, es malísima legisladora.

El argumento que consiste en afirmar que no puede exigirse al pueblo que conozca las leyes, cae con sólo recordar que, en todo tiempo ha sido prohibido alegar la ignorancia de la ley—porque la ficción de que ésta es conocida, es indispensable para el orden de las sociedades.

Ligerísimamente he examinado la argumentación en que se funda el artículo que estudio y creo que puede considerarse como muy débil; expondré ahora, con igual superficialidad, las razones que en mi concepto condenan el artículo referido.

Ni la escuela que sostuvo el prestigio de la costumbre, ni la moderna escuela criminológica italiana, que busca la naturaleza del delito en la infracción de los sentimientos de la generalidad, han podido prescindir de la ley, para determinar cuáles son los hechos punibles y cuál debe ser su penalidad. Subsistir á la ley el imperio de la costumbre, á tanto equivale como á derogar la definición misma del delito, admitida por todo el mundo, impuesta por la necesidad y decretada por nuestro Código: Delito es, dice el artículo 4o. de dicho cuerpo de leyes, la infracción involuntaria de una ley penal.

Si la ley puede ser substituída por la costumbre, el delito podría ser la infracción de una costumbre—es decir, la infracción, de lo incierto, de lo caprichoso, de lo inestable.

El artículo 183, supone, además, una increíble inconsecuencia en nuestro Código Penal. Este, en su artículo 181, establece que los jueces no podrán aumentar ni disminuir las penas, traspasando el máximum ó el mínimum de ellas, ni agravarlas, substituyéndolas con otras, ni atenuarlas de igual manera.

No puede haber mejor argumento contra el artículo 183, que la palabra del propio Legislador, consignada en el 181.

Pero ocurre preguntar con legítima sorpresa: ¿Si tal es el principio que consagra el Código, cómo fué posible que el propio Código, á la insignificante distancia que suponen unas cuantas líneas, se encargase de abrazar la doctrina contraria y de establecer á su primitiva disposición una excepción que la desnaturaliza por completo? ¿A qué viene á quedar reducida entonces la prescripción del artículo 181?

Más adelante habré de estudiar de nuevo esta contradicción, para averiguar cuál sea todo su alcance. Entre tanto, dejo citada, como favorable á la opinión que defiendo, la opinión misma de los autores del Código Penal, que, antes de escribir el artículo 183, no querían que los jueces pudiesen juzgarlos á ellos y hacerse superiores á la ley.

Ni es sólo en el terreno del Derecho Penal positivo donde se encuentran razones en contra del artículo 183 que examino. Este proyecto legal establece, á mi modo de ver, una verdadera acumulación de poderes, prohibida por el texto y por el espíritu de Constitución que nos rige.

Efectivamente: según el artículo de mi estudio, la ley que los tribunales dejen de aplicar, no se estimará vigente: quiere decir que deberá estimarse derogada. Ahora bien, derogar la ley, es facultad eminentemente legislativa. Y si el poder Judicial puede hacerlo—siquiera sea por medio de actos negativos, claro es que se le reviste de un poder esencialmente atribuído por nuestra Legislación Constitucional al Poder Legislativo, acumulándose en aquél, dos poderes que son por naturaleza independientes, y que jamás pueden reunirse en una misma persona.

Se dirá acaso que esta observación carece de fundamento porque, si bien los tribunales pueden derogar las leyes penales, no pueden hacerlo solemnemente, como el Legislador, sino tácitamente y á las callandas. Si tal observación se me hiciera, diría que éste no es sino un nuevo mal, consistente en privar á la ley de observancia general, de aquellas solemnidades y de aquella publicidad que su naturaleza misma demanda: quiere decir que, según el criterio del artículo 183 del Código Penal, puede haber leyes obligatorias, no sancionadas ni promulgadas!

Conspira el artículo que me ocupa al establecimiento de la omnipotencia Judicial—omnipotencia que equivale á una verdadera tiranía y que es fuente inagotable de peligros. Nada tan detestable, en mi concepto y probablemente también en el concepto de todo aquel que respete profundamente á la ley, como conceder á los jueces la facultad de juzgar al texto y de poder hacerse superiores á él. Nada más peligroso que substituir, al criterio del Legislador, el criterio caprichoso y variable de los intérpretes enorgullecidos con su omnipotencia!

Crea, además, el artículo que examino, gran confusión, pues impide saber cuál es la ley vigente y cuál la que no lo está.

En efecto: desde el momento en que tal artículo debe ser obedecido, se observa que nadie podrá estar seguro de la vigencia de una ley, hasta no

haber hecho una investigación histórica de lo ocurrido durante los últimos diez años—de los casos que se presentaron, de la interpretación que se les dió y de la pena que se impuso.

¿A qué viene á reducirse, entonces, la decantada ventaja de toda codificación, que consiste en ofrecer un cuerpo indubitable de doctrina, susceptible de conocerse y de aplicarse en un momento dado?

La investigación de que se trata es, sobre todo, penosa para el Juez, quien se divide por decirlo así, entre los deberes; uno el de aplicar la penalidad fijada por la ley, el otro, el de huir de las disposiciones legales para buscar lo que digan las costumbres.

No habrá para qué decir cuánto padece el prestigio de la ley, cuando se permite que sea derogada por la costumbre.

Cuando se permite que las leyes sean desobedecidas—cuando se consagra su violación erigiéndola en doctrina obligatoria,—cuando la ley se pone en fuga y se vela tristemente la faz en presencia de seis infracciones —trátase, por fuerza de una ley poco seria y poco respetable.

Pero dejemos en ese punto la consideración de aquellos principios generales que hacen considerar como contrario á la Filosofía el artículo 183 del Código Penal—ya que profundizar esta materia equivaldría á prescindir de lo angustiado del espacio.

Las dificultades que, en mi concepto debe de suscitar la aplicación del artículo, acabarán de demostrarnos sus inconvenientes y su falta de razón jurídica.

—

III

Cualesquiera que sean los defectos de que adolece una ley ante un sano criterio filosófico, al intérprete no toca sino aplicarla.

Por mala que sea, pues, la disposición contenida en el artículo 183 del Código Penal, la facultad de juzgarla así cesa cuando se trata ya no de contemplarla serenamente á la luz de los principios, sino de ponerla en ejecución en los casos prácticos que ocurran. Voluntad del legislador, terminantemente expresada, debe ser obedecida, mientras no se la derogue. Lo contrario sería incurrir en el vicio que se ha venido criticando.

Pero fuera miopía, en mi concepto, desconocer que la aplicación del artículo 183 del Código Penal tiene que provocar dificultades, de las cuales algunas son, en mi concepto, irresolubles.

La primera dificultad que este artículo suscita, es la de su constitucionalidad misma, ya que, al confundir en uno solo dos de los poderes públicos, pugna con el texto y con el espíritu de la Constitución. Podría creerse que, resuelta esta cuestión en sentido desfavorable al artículo, como yo lo he insinuado antes, huelga toda

—

otra, en virtud de que ya no se le debe prestar obediencia; pero recuérdese que no toca al juez del ramo común investigar si la ley pugna con alguno de los preceptos constitucionales, ni mucho menos tenerla por derogada por tal motivo: esta consideración sería materia, llegado el caso, del juicio especial que, para aquilatar la conformidad de las leyes con los preceptos de la Constitución establece nuestro Derecho Público—juicio que nunca, es el caso de decirlo, estatuye acerca de si la ley debe ser ó no derogada por vicio de inconstitucionalidad.

En el terreno de la aplicación, en la práctica, paréceme que el artículo que examino suscita las cuestiones siguientes.

1.—¿Habiendo una ley que prohibe modificar las penas en algún sentido, y otra que convierte en regla esa modificación, si llega á efectuarse en ciertas condiciones, lo que parece ser contradictorio, cuál de las dos leyes debe prevalecer? ¿Son efectivamente incompatibles ambas leyes?

2.—¿Qué clase de sentencias son las que derogan la ley? ¿Quid de las de amparo?

3.—¿Cuáles son las leyes penales que se derogan por la costumbre?

4.—¿Con qué ley se sustituye la ley derogada, caso de que habiendo habido en los tribunales unanimidad en cuanto al no aplicarla, no la haya habido en cuanto á la que debe aplicarse en su lugar? ¿Quid de la absolución?

5.—¿A quién toca demostrar que la ley no está vigente? ¿Podrá el juez declararlo de oficio?

6.—¿Cómo se puede demostrar en la práctica que ha llegado el caso de aplicar el artículo 183 del Código Penal?

Me ocuparé muy someramente en

estas seis cuestiones, porque observo que este trabajo va tomando inusitadas proporciones.

"Primera cuestión." En mi concepto, la ley misma ha querido establecer una excepción al principio general de que los jueces deben aplicar las penas previstas en ella. La inconsecuencia, en el terreno de los principios, no puede ser mayor: en efecto, parece casi inexplicable que el legislador quiera erigir en doctrina legal la que resulte de la desobediencia; pero es innegable, que tal ha sido su mente puesto que por expresas y clarísimas palabras así lo ha declarado. Luego es lógico concluir que el legislador, si bien ha querido ser obedecido, ha juzgado oportuno limitar en ciertos casos el alcance de esa voluntad suya—y, ya que no permitir expresamente la obediencia, por lo menos consagraría en esos mismos casos.

Para cohonestar ambas disposiciones, juzgo que puede formularse la siguiente doctrina, que, si bien parece absurda en el terreno de los principios, es perfectamente legal:

"Los jueces tienen obligación de aplicar con exactitud las leyes penales, sin poder aumentar ni disminuir las penas; pero los mimos jueces quedarán desligados de esa obligación cuando una ley penal deje de aplicarse en diez años y hayan ocurrido, por lo menos seis casos."

Furmulada así la doctrina, se desvanece la contradicción entre ambos artículos, para los efectos de la aplicación de la ley. Queda siempre la honda, la insalvable contradicción de principios, existente entre el precepto que manda obedecer y el que premia y dignifica la desobediencia.

"Segunda cuestión." El sentido natural del artículo que constituye el motivo de esta tesis, demuestra que,

para que la ley se tenga por derogada, se necesita lo siguiente:

A.—Término de diez años.

B.—Que en este término hayan ocurrido más de cinco casos.

C.—Que en todos y cada uno de esos casos haya sido aplicada otra ley distinta.

Es, entonces, preciso, que obren, por lo menos, seis ejecutorias que dejen de aplicar una ley penal para que ésta se tenga por derogada.

También es preciso que exista unanimidad en la no aplicación de la ley. Si en los diez años ocurren, es verdad, más de cinco casos sin que la ley se aplique; pero, dentro del mismo período ha ocurrido uno sólo en que la ley fuera respetada, creo que ya no sería la oportunidad de aplicar la regla del artículo 183.

Ahora bien: ¿qué debe resolverse, en el caso de que la no aplicación de la ley provenga de sentencias dictada en juicios de amparo? Como la sentencia de amparo no impondría una pena distinta, sino que se limitaría sólo á amparar y proteger al recurrente, es claro que la jurisprudencia de la Corte Suprema no puede ejercer ninguna influencia en la derogación de la ley.—El artículo 183 quiere, en efecto que, no sólo no se aplique la pena de la ley, sino que se aplique otra distinta.

"Tercera cuestión." ¿Cuáles son las leyes penales que se derogan por la costumbre? El artículo 183 parece contradictorio consigo mismo.

En sus primeros términos, se refiere á la ley penal, sin hacer distinciones: dice, en efecto: "ninguna ley penal se estimará vigente."

A continuación añade: "siempre que no se hubiere impuesto la pena señalada en la ley, sino otra diversa". A juzgar por este final, ya no se trata, como parecía al principio, de toda ley

penal, sino únicamente de aquellas que imponen una pena.

Surge, pues, la cuestión de averiguar si aquellas leyes que no imponen precisamente una pena—por más que sean leyes penales—pueden ser derogadas por la costumbre.

Por ejemplo: la ley que establece las circunstancias agravantes, es sin duda una ley penal; pero es también una ley que no impone pena determinada, que no se ocupa de establecer penalidad—ocupación que incumbe á la ley que reglamenta la aplicación de las penas. ¿Será, pues, esta ley derogable por el desuso?

En mi concepto, la derogación establecida por el artículo 183 debe entenderse respecto de todas aquellas leyes penales que establecen una pena ó que concurren á modificar la pena establecida por otras. No puede negarse, sin embargo, que la redacción del artículo deja mucho qué desear.

"Cuarta cuestión." Es muy posible que si bien las seis ejecutorias dictadas durante diez años hayan estado conformes en no aplicar la ley, no lo hayan estado en cuanto á aquella con la cual deba substituírsela. Quiere decir, que en unas ejecutorias se haya substituído la pena legal por determinada otra pena y en otras ejecutorias, la substitución se haya hecho con pena distinta.

Aplicando el artículo 183, resulta que la ley desobedecida ya no está vigente.

Ahora bien, ¿cuál es la que debe aplicarse en su lugar, suponiendo falta de uniformidad en la jurisprudencia?

Si tal uniformidad existiera, parece, aunque la ley no lo dice, que esa uniformidad constituiría la costumbre vigente en lo sucesivo, pero, cuando no existe en la jurisprudencia esa unidad de criterio, la dificultad, senci-

llamente carece de solución. La pena del Código está derogada por el desuso; no existe en cambio una nueva pena consagrada por la costumbre. Nadie sabrá cuál es la pena que deba aplicarse.

Y, si en vez de aplicarse pena distinta no se aplica ninguna, por ejemplo, porque se considere que el hecho que la ley penaba no debe ser considerado como delito, ¿habrá también derogación, aún suponiendo la unanimidad de seis ejecutorias?

El artículo exige que se deje aplicar la pena que la ley señala y que se aplique otra distinta. Ahora bien: dejar de imponer pena, no es aplicar otra diversa. No habrá, pues, derogación. Pero entonces, ¿á qué viene á quedar reducido el principio legal, y cuál es ese caprichoso principio que se aplica en unos casos y no en otros?

"Quinta cuestión." Tocará al defensor ó al Ministerio Público, según las conveniencias de cada cual, demostrar que la ley ya no está vigente: pero, aléguese ó no la costumbre, el juez debe aplicarla de oficio.

Para convencerse de ello, bastará recordar que, si el juez aplica la pena que ha sido derogada por la costumbre, se hace reo de un delito severamente castigado. Es su deber más elemental no incurrir en delincuencia, sin esperar para ello á que se lo pidan.

"Sexta cuestión." ¿Cómo demostrar que en los últimos diez años sólo han ocurrido casos en que la ley haya dejado de aplicarse, y que esos casos han pasado de cinco? Lo segundo, sería fácil; pero probar que no han ocurrido casos en que se aplique la ley; inquirirlo, como tiene obligación el juez de hacerlo, parece tarea más que difícil—acaso imposible.

Paréceme—y creo que así ha ocurrido en la práctica—que estas dificultades prácticas han convertido al artículo 183 en letra muerta. De ser así, este es uno de sus defectos mayores; pues las leyes inaplicables, no deben decretarse. En todo caso, curioso es observar que la ley que establece el imperio de la costumbre, ha sido derogada por la misma costumbre!

* * *

Como lo expresé desde el principio, apenas me he propuesto esbozar estas cuestiones. Creo poder concluir, de los razonamientos expuestos, que el artículo 183 del Código Penal es contrario á la Filosofía y que convendría que se le derogase.

Ahora, no me resta sino daros las gracias por la benevolencia con que me habéis escuchado.

México, septiembre de 1903.

Enrique Martínez Sobral.

1911