

es refrendada por Petrocelli, Levi y Guarneri, contra Carrara (12).

Para Arturo Rocco precepto y sanción son indisolubles; por ello la norma penal es autónoma, ya que aun en aquellas hipótesis en que el ilícito civil es también ilícito penal, cada acción está unida con su propia consecuencia jurídica, y, por otra parte, existen ciertos bienes de naturaleza diversa en que sólo hay la sanción penal.

La dirección contraria niega autonomía al *ius puniendi*, colocándolo en el papel de simple retomador de los conceptos, objetos y modalidades creados por otras ramas del Derecho, en holocausto a la unidad del Orden Jurídico, al principio de la economía, a la lógica del legislador que al emplear los mismos términos quiso referirse a idénticas ideas, y porque el Derecho penal no regula el nacimiento, la modificación o extinción de las relaciones humanas; pero si el orden jurídico "es un postulado para la dogmática", es anticientífico partir del prejuicio de que ha de acudir en todo caso a los conceptos yacentes en otras ramas del Derecho, si el legislador en materia penal emplea idénticos términos. Verdaderamente la Ley penal

(12) Manzini, "Trattato di diritto penale italiano", 1933, Torino, I, par. 139, "Trattato di Diritto penale italiano" 1936, Torino, Vol. IX, Parte prima, principalmente en p. 6, y ss. sobre el objeto de la tutela penal en el robo, p. 24, en que considera como posibles objetos del delito las cosas sin valor económico. (En igual sentido: "Trattato del furto", 1905, Vol. II, Sezione prima, pp. 26 y 27). Sobre el momento consumativo del robo común, pp. 140 y ss., y el presupuesto de hecho en p. 102; el presupuesto de hecho del abuso de confianza en pp. 720 y ss. Conf. Petrocelli, *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933, planteando el problema, pp. 79 y ss. sobre la esencia del delito, que no aceptamos en pp. 144, 115, y la autonomía del concepto posesión en p. 211. La confutación de la esencia del delito en Nouvions, "L'infidelità patrimoniale nel diritto penale" Milano, 1941, pp. 14 y ss. Levi, en *Trattato. Delitti contra la Pub. A.* p. 173. Guarneri, *Diritto penale e Influenza civilistiche*, Milano, 1947, aunque esquemáticamente señala la razón por la que se adopta el criterio sancionatorio, p. 13, rebate las ficciones, p. 14, y analiza el problema, pp. 30 y ss. Carrara, en sentido opuesto como se dice en el texto, *Programma*, par. 2285. Rocco Arturo, *Opere giuridiche*, Vol. Primo, Roma, 1932, pp. 78 y ss. y 265 a 268; sin embargo, en pp. 51 y ss., sostiene que debe retomarse el concepto que nace en el ámbito del Derecho privado, en orden a los delitos patrimoniales. "Así, los delitos patrimoniales... violan ciertos derechos subjetivos que con expresión sintética podremos llamar **derechos subjetivos patrimoniales**: derechos reales, p. ej. (propiedad, posesión, etc.), o derechos de crédito o los unos y los otros conjuntamente. Mas estos derechos no existen en fuerza de las normas del Derecho penal, sino verdaderamente en fuerza de las normas del Derecho privado". Véase la nota (52) que refuerza este criterio. Sobre el tema, en general, Asúa, *La Ley penal y su interpretación*, 1944 Conferencias, pp. 170, 204 y ss. Geny, *Methodé*, pp. 144, 145. Danz. Op. cit. pp. 270 y ss.

es autónoma, como sostiene Arturo Rocco, por cuanto que amenaza con una sanción que le es propia, peculiar; realiza por otra parte una función doblemente protectora si el mismo bien jurídico es objeto de la tutela penal de Derecho público o privado, al mismo tiempo que del Derecho penal; es doblemente autónomo cuando garantiza ciertos bienes o intereses que no encuentran protección sino en el Derecho Penal; retoma a veces los conceptos de otra u otras ramas jurídicas al coincidir sus fines; y ello debe ser objeto del estudio particularizado, específico, concreto de un sistema; no puede ser una idea preconcebida el de la noción sancionatoria o autonomista pura del Derecho penal, porque a ello puede oponerse lo creado por el legislador.

b) Las normas generales de interpretación con validez para todas las ramas del Derecho, se compendian en el estudio de Alfredo Rocco en la forma silogística y en sus elementos. Sin embargo, la esencia exclusivamente lógica del acto jurisdiccional interpretativo ha sido negada por autores tan eminentes como Ihering, Kelsen, Petrocelli, Antolisei y Couture. (13). Ellos afirman que si bien el juez al interpretar "no crea nada nuevo, ni puede hacer más que poner en claro los elementos jurídicos substanciales ya existentes", también es verdadero, como anota el primero, que "el culto de la lógica que piensa convertir la jurisprudencia en una matemática del Derecho, es un error que reposa sobre el desconocimiento de la naturaleza del Derecho"; Kelsen subraya que si se ofrecen varias soluciones como lógicamente viables el sentimiento por una de ellas no es propiamente un juicio de lógica, sino un acto volitivo, y Antolisei anota el hecho de que la interpretación supone el instante lógico y el acto de voluntad,

(13) Ihering, op. cit., p. 132. Kelsen, "La Teoría Pura del Derecho", B. Aires, 2a. 1946, pp. 96 a 98. Petrocelli, "Principi" 1943, I, p. 144. Antolisei, "Problemi Penali Odierni", 1940, p. 35. Couture, en Rev. cit. T. XI, pp. 56, 57 y 58. Rocco Alfredo, "La sentencia civil y la interpretación de las leyes procesales", México, 1944, pp. 9 y 262. En extremo conservador el criterio de Chiovenda en "Instituciones", Madrid, 1936, pp. 106 a 108. "Que por regla general, en el simple conflicto entre la letra y el espíritu de la ley, deba prevalecer la primera, es la mejor garantía contra las arbitrariedades de las interpretaciones subjetivas". Sobre el elemento histórico se pronuncia con tal timidez que hace inútiles las observaciones que él mismo anota.

porque "siempre se insinúa un elemento de voluntad, fundado sobre un juicio de valor". Consideramos como parte integrante de la norma su *telos*, el fin concreto que se propone en referencia al objeto de la protección jurídica, porque como recuerda Antolisei y acepta la doctrina dominante, el "legislador no es un dictador caprichoso que ordena por el gusto de hacerse obedecer, y de ello se deduce que, si prohíbe los hechos es porque ellos perjudican la conservación de la sociedad", entonces ese fin no es meta-jurídico sino esencialmente jurídico, y como él contiene un juicio de valor, el juez lo sufraga ineludiblemente como lógicamente necesario y como éticamente imperativo.

c) El elemento lógico tradicional se descompone en los siguientes momentos: la *ratio legis*, la sistematización, la historia y el Derecho Comparado.

El primero consiste en el descubrimiento del bien o interés protegido y en la forma particularizada en que se encuentra asido a la norma incriminadora (14); es decir, el acertar sobre el porqué y el cómo se ha realizado en el precepto legal, en armonía con el Orden Jurídico, la tutela de un bien o interés. Anotemos la certera interpretación del mismo caso por Crivellari y Rabasa en la trigramia (15).

El elemento sistemático es siempre indispensable, puesto que los mandatos jurídicos no se encuentran aislados ni material ni conceptualmente. Ellos forman parte de un Cuerpo Jurídico, de un Instituto, obedecen a un principio general que confirman o del que representan la excepción. Son pues miembros en conexión viva con el ordena-

(14) Manzini, "Instituzioni", 8a. Padova, 1946, p. 25. Paoli, "Diritto", I, 1936, p. 126. Soler, "Derecho P. Argentino", I, p. 153. Ranieri, "Diritto Penale", pp. 41. Beling, "Esquema", pp. 205 y ss. Antolisei, "Problemi", cit. pp. 28, 29, 67. Rocco Arturo, Op. cit. p. 665. Petrocelli, principi cit. p. 153, De Marsico, "Studi di dir. pen.", Napoli, 1930, pp. 28 a 30. Mezger, Op. cit. I, par. 26, pp. 387 y ss., aunque llega a las causas supralegales en pp. 391 y 392.

(15) Crivellari, "Concetti" cit. p. 253, Rabasa, Op. cit., pp. 106 y 107, en que el sujeto que contrajo tres matrimonios no es reo de delito alguno para los Tribunales ingleses y sí al entender de destacados juristas.

miento al que pertenecen siguiendo los trazos generales del total concierto; y frecuentemente la engañosa claridad de un precepto se desvanece al relacionarlo con las demás normas y con las directivas fundamentales consagradas por la Constitución o con las demás normas subsidiarias. A veces, lo que ofrece los perfiles de una norma especial, de un tipo complejo o consuntivo, importa una ilógica duplicación de un delito (16).

(16) De raigambre filosófica en del Vecchio, "Recueil", II. Paris. c/i., p. 73, el ilustre autor acota: "un primer freno a la razón razonante (pero que constituye al mismo tiempo una ayuda para el espíritu) reside, como hemos visto, en la cohesión necesaria e ineluctable del sistema". Gino Gorla "L'interpretazione del diritto", Milano, 1941, "Todo acto, escribe—, sea acto del pensamiento, de la voluntad o estético, lleva en sí o constituye un principio, un punto de vista, un principio para pensar o querer o representar el mundo. Y el acto no es verdaderamente entendido o posible, si no se le considera en aquel sentido, como principio o criterio. Tal es la función del intérprete: él debe ver de qué modo con el criterio o principio, constituido por el acto de interpretar, viene pensado o querido o representado el mundo". Cap. I. Explica, p. 6, cómo el intérprete crea, al decir: "Con la interpretación o comprensión del acto, con explicar el acto en nuestro espíritu, como principio o criterio, no se añade nada al acto; no se completa, no se integra con un *quid* que le sea externo, sino que se afirma simplemente un juicio, se afirma una cualidad", para añadir —p. 10—: "La interpretación propia del jurista se puede denominar exactamente interpretación del Derecho y no interpretación de la ley, entendida ésta como declaración legislativa"; el concepto de interpretación como acto creativo, "nace del equívoco entre aplicación e interpretación de la Ley", aunque el equívoco está en Gorla, a pesar de la aclaración, p. 24. Para la exacta separación entre ciencia e interpretación en p. 49; sobre la dogmática en pp. 62, 63 y 64. El carácter antisistemático de la Escuela exegética en Marcade, "Corso elementare di diritto civile francese, o sea explicación teórico-práctica del Codice civile". Traduc. de la 4a. edic. francesa. Napoli, 1857, p. 10, y rebate la Escuela dogmática en pp. 11 y ss., mostrando las supuestas excelencias de sus métodos. Laurent, en "Principios del Derecho Civil Francés" México, 1893, la. I, donde sabiamente apunta: "El derecho es un elemento de la vida de los pueblos; se modifica, pues, con la vida", p. 28, para agregar: "El derecho es anterior a la ley —quiso decir a la ley escrita—; está fundado en la naturaleza del hombre y de las sociedades civiles. Con admirable claridad Ferrara *Tratado di diritti civile italiano. Dottrine generali*, Pte. I. Roma 1921, par. 43: "El texto de la ley no es sino un complejo de palabras escritas que sirven a una manifestación de voluntad, es la corteza, lo exterior que encierra un pensamiento, el cuerpo de un contenido espiritual. La ley no se identifica con la letra de la ley, porque ésta no es sino un medio de comunicación: las palabras son símbolos, portadores de un pensamiento... Sólo en los sistemas jurídicos primitivos, normalmente la letra de la ley tenía un valor místico y sacramental. Contrariamente con el desarrollo de la civilización, esta concepción es abandonada... Entender una ley no es afeerrarse de modo mecánico al sentido aparente e inmediato que resulta de la locución verbal, sino investigar profundamente en el pensamiento legislativo, descender de la superficie verbal al concepto íntimo implicado y desenvolverlo en todas sus posibles direcciones", recordando la sentencia del Digesto, 17, 1.3. Sobre el elemento sistemático en Par. 215. 2o., p. 217. En el mismo sentido Capogrossi: *Il Problema Della Scienza de Diritto*, Milano, Roma, 1937. Sobre la unidad de los principios, sobre el valor de la sistematización, en pp. 67, 70 y 103. Cossio, *El Derecho en el Derecho Judicial*. B. Aires, 1944, principalmente pp. 11 y 112. Sobre la especial concepción de este autor, en p. 128: "siendo la conducta humana, el objeto mentado es un objeto cultural egológico y la interpretación, por lo tanto, implica un conocimiento por comprensión. Para la teoría egológica el problema es muy distinto. No se interpreta la Ley; aquí se trata de interpretar la conducta humana por medio o mediante la ley". El llamado por Cossio método empirio-dialéctico, va del substrato al sentido y viceversa, sucesivamente, según dice. *Teoría Ecológica del Derecho*, B. Aires, 1944, p. 36.

A través del elemento sistemático entendemos el normal funcionamiento de las exculpantes innominadas y respetuosamente mostramos nuestro disenso con las causas supra-legales y con la afirmación de que el Derecho Penal no se agota en los textos positivos, porque, como sostiene en torno de éste último capítulo el preclaro Beling, "La gnoseología se dirige al descubrimiento de la unidad lógica del Derecho", nada viene *aliunde*, todo es interno, la interpretación comprende el Derecho como un *individuum*; no existe para el jurista más voluntad que la de la Ley, pues "La interpretación del mandato es hecha solamente con elementos traídos del mandato", según Capograssi; y Ferrara explica con evidencia que "El juez es la viva *vox iuris*. Pero el juez está sujeto a la ley, decide como la ley le obliga, es el ejecutor, no el creador de ella", ya que, de otra suerte, caeríamos en la Escuela de la libre creación del Derecho (17).

Sin necesidad de acudir al sociologismo o al eticismo escurridizos, del sistema se llega a la exculpante innominada, como en el supuesto de que al ley no previera como tal *el caso*, pues bastaría la interpretación dogmática del texto del Art. 8 del C. Penal del D. F. en relación con el caótico artículo siguiente. Un trato distinto le ha merecido al legislador el error por convicción (Frac. III del Art. 9) y el error iuris (Art. 9 Fracción IV), como ha sido puesto de relieve por Fernández Doblado entre nosotros (18).

Carece pues de importancia el debate sobre si las exculpantes son normas generales o excepcionales. Desechamos el criterio espacial de la norma excepcional y acu-

(17) Beling, en "Recueil" cit., pp. 150 y 152. Capograssi, *Op cit.* p. 56. Ferrara, *op. cit.* I, par. 41, p. 195. En p. 206 dice: "La interpretación debe ser objetiva, apasionada, a veces ardiente mas no revolucionaria; aguda, pero siempre obsecuente a la ley", agrega —p. 210—: "Fin de la interpretación es la determinación del sentido objetivo de la ley, de la *vis ac protestas legis*. . . la ley no es lo que el legislador ha querido o quiso explicar, sino lo que él ha expresado en forma de ley. . . El punto directivo en esta investigación, consiste en que el intérprete debe buscar **no esto que el legislador ha querido**, sino lo que **objetivamente aparece querido** en la ley: la *mens legis*, no la *mens legislatoris*". "La crítica de la Escuela del Derecho Libre", pp. 236 y ss.

(18) Fdez. Doblado. "Culpabilidad y Error". Méx., 1950, pp. 89 y 102.

dimos al principio contrastante para distinguir la especificidad de la excepcionalidad de los preceptos jurídicos (19).

d) Desde Roma se decía: *distingue tempora et concordabis iura*. La historia política, que es la historia jurídico-política pertenece a la norma, pero comprende la historia ida y la historia presente; la situación social que motivó la declaración legiferante, la conciencia jurídica de esa época, así como la idealidad de justicia contenida en la disposición; el ensayo de justicia proclamado por Stammeler, que es un ensayo para el mañana inmediato y para el mañana remoto. Se hermanan así la *ocassio legis*, la *mens legislatoris* y la *historia* de ayer, pero en función de la historia actual, pues si la norma jurídica al ser promulgada se desprende de su placenta y adquiere autonomía, vive como voluntad, es indebido acudir con exclusivismo superficial a la intención del legislador, porque él repetidamente la traiciona al insuflarla. La Ley es con frecuencia más sabia que el legislador, ha escrito Radbruch, y Kelsen subraya el hecho reiterado de que el legislador a veces ni quiere ni sabe lo que vota. Basta, por esto, para la validez de la ley, la actividad formal del Organismo de poder, de manera que la retroacción pura al momento en que fue votada, es unilateral y por tal razón insuficiente y viciada; de ello se deduce que el adherirse a la Exposición de Motivos, a las discusiones parlamentarias, significa una lamentable confusión del legislador con la ley. Por otra parte, no debe olvidarse, como a menudo sucede, que la ley es dada para el futuro, en tanto que el legislador habla en presente; que el significado de las palabras cambia, así como mudan las cosas, los principios éticos, científicos y filosóficos, y que asirse al tiempo que fue

(19) Consultar el artículo de Julio López de la Cerda en Rev. Esc. Jurisp. T. IV, pp. 293 y ss. con rica bibliografía y atinadas conclusiones, aunque confunda los conceptos aludidos en el texto. Delitala, artículo cit. Por las razones expuestas no estimamos como norma excepcional el tipo del art. 193 de la Ley de Títulos, sino como retipo, y no llegamos a explicarnos cómo pueda la Corte sostener en un fallo recientísimo que la utilización de un documento que se sabe falso, y con el que se enriquece indebidamente el usuario, si bien es fraude específico (I. IV del art. 236 del C.P.) no puede ser punido porqué siendo diferente del fraude genérico por el que no ejerció acción Penal el Ministerio Público, se cambiaría la acusación.

es inmovilizar el Derecho, despreciando la indicación de que el Derecho contiene un futuro incierto, desconocido, real e ideal, como apuntan del Vecchio y Scialoja (20).

e) El Derecho comparado puede servir auxiliando en la tarea interpretativa, pues las disposiciones nacionales en ocasiones han surgido copiadas textualmente o inspi-rándose en las extranjeras, cuya amplitud pudo haber sido estudiada por doctrina y jurisprudencia; mas tal doctrina aunque uniforme, y esa jurisprudencia no deben ser acatadas incondicionalmente, ya que si bien, como anota Asúa, la ciencia no tiene patria las leyes sí, y es propio de los Tribunales el encontrar y declarar la voluntad de la Ley y no el calcar perezosamente fallos o doctrinas extranjeras, que emanadas de un ambiente político, social, económico y religioso diverso, están por ello limitadas a su territorio. Mas no por ello, y como prejuicio fundado en el menor esfuerzo, repudiamos sin conocer las normas y su interpretación judicial y doctrinaria de otros países, porque esto demostraría palmariamente sólo nuestra ignorancia, y bajo una capa de nacionalismo inconsulto esconderíamos nuestra condición de leguleyos, borrando la tradición jurídica universal, y el impulso que ciertos países, como Italia y Alemania, han dado a la Ciencia del Derecho. Las normas tienen casi todas sus precedentes extranjeros; es torpe pretender una innovación radical en esta materia. Los más significados aportes al Derecho procesal civil vienen de las leyes, la jurisprudencia y los tratadistas alemanes, la dogmática jurídico penal tiene en Carrara su más alto exponente, y los desvaríos fascis-

(20) Stammler. "Filosofía del Derecho". Madrid, 1930, pp. 20 y ss. En relación con el "Derecho natural de contenido variable", principalmente, pp. 289 y ss. Radbruch. *Filosofía* cit., p. 148. Kelsen, *Teoría* cit., pp. 161 y ss. del Vecchio. "Derecho y Vida". Barcelona, 1942, pp. 165 y ss. Importante la nota en p. 166. Scialoja. "Studi Giuridici, III, Prima Parte", 1932, p. 46, en que, además, breve pero certeramente analiza el tema de la identidad de los términos empleados por el legislador en distintas normas pertenecientes a diversas Ramas del Derecho, decidiéndose por la interpretación que tome en cuenta el campo que disciplinan. Conf. Geny "Methode", I, p. 28. Salielles, en el Prólogo, XVIII, XXIV y XXV. Soler, "D. P. Argentino", I, p. 154. Antolisei, "Problemi", pp. 28, 29 y 67. Jiménez de Asúa. "El Criminalista", II, p. 33. Soler, en "Ley, Historia y Libertad", con claridad meridiana, pp. 127 a 130 y 133. Ihering, op. cit., pp. 122, 123 y 124. Couture, en Rev. primeramente cit. pp. 87, 88, 110, 111. Manzini, "Instituzioni", 8a. 1946, p. 25. Paoli, "Diritto", p. 131. Ferrara, "Trattato", I, p. 217.

tas no lograron adormecer el espíritu inquisitivo de los Tribunales y los juristas italianos. Los fallos de Italia son famosos tanto por el renombre universal de los Magistrados de la Corte de Casación de Roma, como por la sensatez, el equilibrio y la sabiduría que los fundamentan; sus comentarios a cargo de los más ilustres juristas, en que a veces disienten del criterio adoptado por el Supremo Colegio, son modelo de severidad, ciencia y concisión. Baste citar los nombres de Carnelutti, Aloisi y Bettiol, para percatarse de que es imprescindible abreviar en tales fuentes de conocimiento. El peligro que entraña desconocer la producción jurídica extranjera, es tan grave como el de conocerla precipitadamente y creer que la tesis de un jurista francés o alemán es fundamento suficiente para emitir un fallo o apoyar un alegato. A ello aludieron ya dos eminentes juristas italianos: Scialoja y Antolisei (21), recordando ambos que a los prácticos les parece ajena la teoría y que los teóricos abusan de las construcciones meta-jurídicas.

f) La jurisprudencia no tiene valor de Ley. A ello se opone, contra el texto reformado de la Fracción XIII del artículo 107 de la Constitución, el sistema de poderes entronizado por los artículos 73 Fracciones VI, XXI, el inciso f), y 76 Fracción I de la misma Carta Fundamental. Admitir como plausible la reforma, como expresa el señor licenciado Burgoa, es ignorar el conflicto que surge entre el sistema anotado y la reforma parcelaria.

En efecto: la Suprema Corte sólo resuelve controversias a instancia de parte, bien por vía de recurso, bien en juicio que sustancia al tenor de los artículos 103 a 107 de

(21) V. Scialoja. "Diritto teorico e diritto pratico", in Riv. dir. Comm. 1911, p. 497. "Cuando los prácticos se ponen a leer un libro y creen, porque están impresos, que deben decir alguna cosa justa, o por lo menos seria, hacen correr gravísimos riesgos a la práctica, por lo que es mucho mejor que los libros permanezcan en los anaqueles". Antolisei. "Problemi", cit., p. 3, dice: "Esta actitud de desinterés por los trabajos que de ordinario se llaman científicos... Se encuentra también en los jueces y abogados, que llenos de cultura e ingenio, han alcanzado elevadas posiciones en la Magistratura o en la jerarquía forense y están rodeados de estima. Yo he conocido muchos que apenas sabían el nombre de los escritores que tienen mayor destaque en el campo académico, y más de uno me ha confesado —ciertamente sin apenarse— de no haber leído jamás un renglón de esa producción". Páginas luminosas ha escrito Ferrara, op. cit., I, IV.

la propia Constitución; el fallo adquiere valor singular, conforme al 107 Fracción I, hoy Fracción II. Ese carácter particular, individualizante de la tesis, así sea jurisprudencial (jurisprudencia consolidada) no tiene valor de ley, pues afirmar esto implicaría que la Suprema Corte tendría facultad para derogar la norma vigente con cinco fallos uniformes, y devolverle su imperatividad con un fallo en contrario, por haberse "interrumpido" la jurisprudencia.

Las normas, bajo tal criterio, vivirían o perecerían por determinaciones singulares de la Corte, aunque no correspondieran a la declaración estricta de la voluntad de la Ley, y se llegaría por tal camino a la creación de tipos y penas libremente, con el procedimiento analógico o sin él, desquiciando el orden jurídico.

El absurdo de esta concepción ha sido señalado desde hace mucho tiempo por el egregio Luis Jiménez de Asúa, al referirse a idéntica disposición contenida en la Constitución del señor Perón. La jurisprudencia obligatoria nacería como norma superconstitucional; se subvertiría la división demo-liberal de poderes; la sentencia adquiriría valor normativo y no singularizante, y ahí sería fuente del Derecho. Refrendan la opinión del jurista hispano, entre otros, Soler, Couture, Cossío, Maggiore, Pergolesi, Manzini, Florian, Petrocelli. (22); y entre nosotros el ilustre profesor Ca-

(22) Recordemos que el texto del artículo 5 del C. Civil Napoleónico contiene un principio que ha sido reproducido por la Fracción antes I hoy II del 107 Constitucional citada. Por ello, ya en Garraud, *Precis*, cit., pp. 99 y 100, se rechaza el valor normativo de la jurisprudencia, Bonnacase, "Elementos", pp. 80 y ss., principalmente dice: "Como lo advierte Esmein, actualmente los Tribunales sólo pueden fallar los casos especiales que les son sometidos. Este punto es frecuentemente desconocido por los representantes de la Ciencia del Derecho, y con mucha mayor razón por los prácticos... Función del juez es la aplicación del Derecho, no la producción del Derecho. El juez no crea derecho para el caso concreto"... "Lo que se ha dicho es válido para el tiempo actual, no así por el contrario para aquellos períodos históricos en los que la ley, permaneciendo inactiva o callada, se confiaba a los Tribunales una potestad superior a la simple aplicación del derecho, que llegaba a su producción". Ferrara, op. cit. pp. 151, 152. Podríase citar a la mayoría de los exégetas franceses. Soler, "Derecho Penal Argentino", I, p. 114. Couture, loc. cit., p. 89. Cossío, "La Plenitud del Orden Jurídico", 1939. B. Aires, pp. 101 y 102. Maggiore, "Principi", 4a. 1943, I, p. 94. Pergolesi, "Sistema delle fonti normativa", 3a. 1949, pp. 113 a 115. Manzini, "Trattato di diritto penale", cit. I, par. 131. Florian, "Tratado", cit. I, p. 192. Jiménez de Asúa, "El Criminalista", I, pp. 26 a 29. "Tratado", II, p. 291, 321, 322, 336 y 350. Carrancá y Trujillo, "Derecho Penal Mexicano", 1937, p. 91. "Ni la jurisprudencia ni la doctrina son fuentes del Derecho penal". En la dirección contraria, con cierta reservas, el ilustre Profesor Alcalá Zamora y Castillo, "Proceso..." 1947, pp. 198, 199, 200, 201 y 202. De Marsico, en "Studi di diritto penale", cit. pp. 20 y ss. Su origen en v. Kirchmann, "El carácter científico de la llamada ciencia del "Derecho". B. Aires, 1949, pp. 286 y ss. Kantorowicz, "La lucha por la ciencia del Derecho", loc. cit. pp. 338, 339 y 342 principalmente

rrancá y Trujillo.

### III

En lo que atañe a los efectos de la interpretación, puede ser declarativa, restrictiva o extensiva.

Lo primero acontece cuando existe entre las expresiones legales y su sentido una perfecta armonía. El juez nada nuevo descubre, ni amplía ni acorta. Las dudas que ocasionalmente pueden surgir quedan allanadas en mérito de la adopción de los significados que se muestran adecuados a la *mens legis*. Es lícito ahí acudir a evaluaciones extrajurídicas, pero cuando ellas son reclamadas por la norma, pudiendo ser de esencia normativa social, como en la "honestidad" que figura en el delito de estupro; de índole económica como al hablarse de "ganado" en el robo agravado; de naturaleza científica por ejemplo, en la exculpante del mal llamado estado de inconciencia, ocasionado por un trastorno mental de carácter transitorio.

Es de efectos restrictivos si la letra de la ley ha traicionado la *mens* que la informa, donde la prueba de fuego la constituye la interpretación estrictamente lógica, pues un otro sentido trasunta el texto legal, "que al ser entendido literalmente contradice otro texto legal, o contiene en sí una íntima contradicción o si el principio aplicado sin restricciones va más allá del fin para el que ha sido ordenado", según la enseñanza de Ferrara (23). Es restrictiva la interpretación que da nuestra Corte Suprema a la calificante de ventaja, y se palpa más en la modificativa de riña, pues si en ésta se atendiera al significado literal abarcaría acciones de legítima defensa.

Opera en ocasiones la llamada por Maggiore *interpre-*

(23) Ferrara, Op. cit. I, p. 219.

*tatio abrogans*, de la que también se ha ocupado Kelsen, en que la norma colocada en grada inferior en el orden constitucional perece, o a virtud de su *minus valia* ante el sistema (24).

Sin embargo, la restricción no viene acordada como regla general, sino por la necesidad concreta (25).

En la interpretación extensiva el legislador ha quedado corto en manifestación de voluntad y aparece claro que el elemento especializante, la disciplina contraria, opuesta, debe en realidad valer para toda una categoría; por esto el intérprete reintegra el pensamiento legislativo, le asigna su verdadero significado y alcance. La muciana en el Derecho comercial, las lesiones u homicidio cometidos por la madre sobre el corruptor del hijo o de la hija, o del padre sobre el corruptor del hijo, son ejemplos de interpretación extensiva.

La interpretación evolutiva o progresiva obedece según Ranieri (26), a la necesidad de "adecuarse la *ratio legis* a la mudable realidad social"; Asúa (27), explica: "Sólo así las leyes penales pueden perdurar y hacer la justicia que reclaman las normas de cultura en cada país y en la hora en que se aplican", y en el mismo sentido se pronuncia Mezger (28). Y sin embargo, la interpretación con efectos progresivos aparecería a veces como usurpación de las funciones legiferantes por el sendero de la Escuela del Derecho Libre. En puridad, no tiene ese carác-

(24) Maggiore, Op. loc. cit. Kelsen, "Teoría", cit. p. 217 y ss.

(25) Chauveau y Helie, "Teorie" cit. pp. 41 y 42, Crivellari, Op. loc. cit. formulan la tesis de la generalidad restrictiva. En contra: Manzini, "Trattato di diritto penale", I, par. 137. Jiménez de Asúa "Tratado", II, pp. 408 y 409. Bajo el imperio del texto del art. 133 Constitucional, la Corte ha declarado multitud de ocasiones la inconstitucionalidad de una Ley que no se ajusta a los cánones de la Carta Suprema, ocasionando violaciones de garantías individuales: así en lo referente a Alcabalas, a la creación por alguna legislatura de una Entidad de impuesto que sólo puede establecer el Congreso de la Unión o la Cámara Baja Federal.

(26) Ranieri, "Diritto", cit. pp. 41, 42.

(27) Asúa, "Tratado" cit., p. 413.

(28) Mezger, "Tratado", cit., pp. 153, 154.

ter y su misión es estrictamente judicial y de más modestos contornos, pues como anota Soler (29), el intérprete descubre "el contenido actual del orden jurídico con respecto al caso que se quiere juzgar". Porque, como hemos dicho, la ley no se da para el instante que pasa, sino para un futuro siempre incaptable para el legislador en su totalidad, ya que él no puede prever las mutaciones que van a operarse en las relaciones humanas, el avance de las ciencias, en los usos comerciales, en una palabra: las crecientes necesidades de la vida.

Si atendiésemos a la *mens legislatoris* estaría vedada la interpretación progresiva, pero si debemos acudir a la *mens legis*, palpando las variaciones fenoménicas, el elemento corpóreo de la norma, la palabra se vitaliza, se humaniza y vuelve actual, porque con la expresión de Ferrara "en la ley yace siempre un fondo de desconocida, aparente y solamente sospechada vida espiritual, en el cual reposa el trabajo mental de los siglos" (30).

Lo que el Artículo 14 constitucional prohíbe es la creación del tipo y de la pena por analogía, sea *legis o iuris*, no la interpretación extensiva o progresiva de las leyes generales o excepcionales. Mientras el Derecho privado ofrece un cuadro a *numerus apertus*, el Derecho penal es a *numerus clausus*; el caso no legislado sobre delito o pena jamás debe integrarse por la vía analógica, sino exclusivamente por el legislador y tiene eficacia el argumento a contrario. Es cierto que la analogía no es creación de derecho nuevo, sino descubrimiento del existente, mas a pesar de tal vinculación del juez a la Ley, resulta evidente que su actuar concreto representa no la extensión del principio ínsito en el texto jurídico, sino la autorización para deducir, de los principios existentes en el precepto legal o en el sistema, una norma específica que falta (31).

(29, 30) Ferrara, Op. cit., p. 219 y 231.

(31) Ferrara, op. cit. p. 231. Cossío, "La Plenitud", pp. 137, 138, 139, principalmente, en que se refiere el art. 4 Fracción IV, y art. 386 Fracciones II y IV Soler, "Interpretación de la Ley", Barcelona, 1962.

La interpretación extensiva declara la voluntad yacente en la norma que se oculta bajo engañosas expresiones; la analogía, por el contrario, cubre los vacíos en mérito de la regla general.

Ya Jiménez de Asúa distinguió certeramente la interpretación analógica de la analogía, y Manzini aludió a ello. El mismo profesor español señala el hecho de que la Ley penal federal mexicana consagra en varios preceptos la interpretación analógica

Mas no debemos olvidar o despreciar la advertencia de Maggiore, para quien es "hipocresía la penosa simulación del legalismo en fuerza de la cual el intérprete no vacila en hacer hablar al legislador, con el pretexto de que están insistas en las leyes las más arriesgadas fantasías que florecen en su cerebro" — (32), porque a decir verdad el juez metido a legislador, en nuestro sistema, no solamente está fuera de lugar, sino que representa un "estado peligroso"; y sin embargo, la interpretación con efectos extensivos y la interpretación progresiva se imponen día a día en el campo jurisprudencial. Por esto puede decirse, parafraseando a Recaséns, que en la Magistratura francesa que borda de *lege lata* sobre un Código más que centenario, se festeja y solemniza la apoteosis del método interpretativo, y que al contrario de lo que el Emperador dijera, su Código está salvado.

Este modestísimo esquema, que ofrezco al recibir el alto honor de ingresar en el seno de la prestigiada Academia Mexicana de Ciencias Penales y que, sujeto a la docta consideración del ilustre iuspenalista don José Angel Ceniceros, se ha trazado una directiva de aspecto negativo y otra de índole positivista. En la primera hemos querido rehuir del sedimento eticista y sociológico en que se es-cuda una inconfesada ignorancia o una perezosa aversión

(32) Maggiore, cit. por Ascoli. La interpretación de las leyes, 1947, p. 66, in Geny, Método. 2a. Madrid, 1925, pp. 260 y ss. en que conservadoramente apunta la interpretación progresiva, sólo cuando el texto legal indica un concepto mudable y fugaz por su naturaleza".

por la dogmática jurídica, y en la segunda, hemos abrigado la intención de abandonar la estérilmente cómoda llanura de la exégesis en búsqueda del método más riguroso que nos conduzca al estricto apego a la ley en su voluntad, pero afirmando de consuno el valor que representa la intuición del sentimiento de justicia que ensalzara Kohler y glorificara Stammler.

Hoy por hoy priva con mayor énfasis la necesidad de imponer como íntima disciplina la idealidad del pensamiento filosófico de Stammler y reconforta a quienes somos, cual la clerecía segundona olecense de Miró, "de vida obscura y hábito pobre", el que México avance, aunque penosa, lentamente y apuntando a veces regresiones, por un sendero de mejores leyes y mayor justicia y equidad.