

uno frente a otro, "sino a la *singularidad* de la norma dentro del sistema, o frente a otra norma de un diverso sistema" (*Op. cit.* p. 49). De ello deriva que no es concluyente la terminología del Artículo 14 de las disposiciones preliminares cuando preceptúa: "Las leyes penales y las que constituyen excepciones a reglas generales o a otras leyes, no se aplican a otros casos y a tiempos que no estén por ellas comprendidos".

Y tan es de tal suerte, que apareciendo como primera mención la de *las leyes penales*, no ha impedido que la doctrina unánime sostenga:

Las leyes penales admiten la aplicación analógica si se trata de la subsidiaridad in *bonam partem*;

Las leyes penales se aplican extensivamente:

Las leyes excepcionales se aplican extensivamente. (Ranieri, *Diritto*, 1945, p. 44; Grispigni, *Diritto*, I, 1950, p. 344. "La base de la proposición jurídica excepcional, la analogía es permitida". —Leyes penales son únicamente "las que prevén los tipos particulares y establecen las penas" p. 345. Maggiore, *Principi*, 1943, I, "la analogía no es utilizable para extender la portada de las leyes que incriminan o agravan". Y así Rocco *L'oggetto del reato*, p. 548; De Marsico, *Diritto Penale*, par. 50; Battaglini, *Diritto*; Chironi e Abello, *Trattato di Dir. Civ. it.* 1904, I, p. 61 N. 1 y toda la bibliografía ahí señalada).

(Para la interpretación restrictiva, que no podía faltar: Faustin Helie, *Introduction aux leçons de Boitard*, p. XIII, Garraud, *Traité* . . . 32, T. I, p. 303 n. 2. Sin embargo, la jurisprudencia francesa, más sabia y comprensiva, había *punido* por robo la apropiación de energía eléctrica-cosa? con un texto insuficiente como el nuestro de 1871. Crim. 3 agto. 1912. s. 1913, 1,337. En sentido opuesto Mezger —quien lo juzga como analogía en la tipicidad—

Tratado I, p. 151).

¿Qué pues de extraordinario, asombroso, incomprensible y original tiene que nuestro Artículo 11 del C. C. diga: "Las leyes que establecen excepciones a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes"?

¿Prohíbe acaso la interpretación extensiva o la analogía?

Cierto que el Artículo 12 de las disposiciones preliminares habían decretado, en mejora de la fórmula del diverso Artículo 3o. del C. C. de 1865 invocado por Vallarta, que los tribunales fallarían —salvo la equidad del Pretor— conforme a los textos legales y en su ausencia, a la *analogía* y como última fuente subsidiaria, a los principios generales del Ordenamiento jurídico del Estado, y que este Artículo italiano es el que nos hace falta en nuestra Constitución o en el C. C. o en el C. de Comercio o en la Ley de Títulos, etc., porque a ninguno de nuestros sagacísimos legisladores, proyectistas y adjuntos le vino a la mente la idea de la analogía en el Derecho Privado, y ya se ve que en lo penal se la enclaustró en la aplicación de las penas exactamente decretadas en la ley (Artículo 14 tercer apartado) y en lo civil (tercer apartado), fue olímpicamente olvidada cual si no existiese.

No hay discordia entre nuestros comentadores del Código Penal de 31, sobre la inhibición del suplemento analógico en los tipos —con las salvedades que nosotros recogemos de Mezger—, pues el tipo de la violación del Artículo 265 del C. P. no se consuma con la violenta inseminación de la mujer contra su voluntad, y la *laguna* se colma con el no hay tipo sin ley; en tanto que el *lucro equivalente* al igual que el acertado sustraer la correspondencia confiada al correo (Artículo 576 de la Ley General de V. de C.), en que clásicamente está incluido el apoderarse del cheque y cobrarlo falsificando la firma,

(delito autónomo acumulable; Artículos 18 y 242 del C. P. Mezger, *Tratado*, cit. I, p. 150).

No ha sido abordado por nuestros penalistas consagrados el problema de la interpretación extensiva de las leyes penales excepcionales.

¿Se condenaría sin privilegio —penalidad— a la madre que hiere o mata *infraganti* al corruptor de la hija? ¿o al corruptor del hijo? ¿o al padre que hiere o mata en el acto carnal al corruptor del hijo? Pues que el Artículo 311 C. P. es tan desgraciadamente explícito, que no sólo se refiere al *padre* como sujeto activo, sino que especifica que sea su hija la sorprendida y “varón” con quien la sorprenda”; ¿qué duda gramatical hay? Ninguna si nos refugiamos en la tesis de la Honorable Suprema Corte T. CXI, p. 2214, en que cobijándose en la actualísima autoridad de Baudry Lancantinerie, se preceptúa que el primer deber del intérprete es fundarse en la gramática y sólo cuando es obscuro o dudoso el mandato atenderá a la lógica y a los principios generales de Derecho.

¿Y los elementos histórico, sistemático y teológico?; pero ¿y los principios de Derecho en lo penal?

Si la Corte ha sostenido que por “ser la ley de naturaleza excepcional —no es lícito ampliar la aplicación del Decreto inquilinario NI INTERPRETAR EXTENSIVAMENTE SUS DISPOSICIONES”. T. CXIV, p. 797, unanimidad de 5 Votos; ¿qué podría decir en lo penal?, podemos:

¿Interpretar extensivamente esta ley penal excepcional?
¿Integrar por analogía una excepción?

Hay tres posiciones adoptadas por la doctrina:

A).—Son leyes penales todas las comprendidas en los Ordenamientos —generales o especiales— respectivos.

Es la tesis de Pannain (*Manuale*, Roma, 1942, pp. 95 y ss. y de Bettolini, “Diritto”, I, pp. 64 y 65).

B).—Leyes penales son únicamente las que contemplan los tipos y acuerdan las sanciones. Aquí esta Vassali (*Op. loc. cit.*) Grispigni, (*Op. cit.* p. 345).

Así encontraría antecedentes y nexos con el Artículo 1o. del C. P. italiano. “Nadie puede ser castigado por un hecho que no se encuentre expresamente previsto como delito por la ley, ni con una pena que no sea la decretada por ella”; porque la analogía en lo penal se quedaría vedada para extenderse en tipos y penas agravando la situación del culpado y a la inversa, no estaría rebatida en cuanto fuese a favor del encartado: es herejía la analogía *in malam partem*; es garantía la analogía *in bonam partem* (ver nuestras Notas, Criminalía, Oct. 1951).

C).—Los exculpantes, diminuentes, atenuantes, etc. serían normas excepcionales y por consiguiente negado el procedimiento analógico (Sabatini, *Instituzioni di Diritto penale*, Roma, 1935, p. 95, Grispigni, *Op. Loc. cit.* Manzini, que menciona tipos, penas, restrictivas de derechos, de intereses individuales o del Derecho de castigar del Estado, en que se prohíbe la analogía, al igual que en las excluyentes, *Tratado de Der. Pen.*, I, p. 406, B. Aires, 1948— igual Corsonello, *Teoría* 1941, p. 207).

d). Las normas que niegan preceptos penales, dice Arturo Rocco, *L'oggetto* cit. pp. 539 y ss.— son excepciones; por lo que la excepción de la excepción es la regla y entonces porque las normas incriminadoras y sancionadoras son excepcionales, lícito objeto de la analogía son los mandatos permisivos que justifican, excusan o de cualquier modo eximen de la pena.

Vassali, (*Límite del devieto d'l analogía in materia penale*, 1942 pp. 36 y ss.). Recuerda el criterio unánime de la vieja doctrinaria italiana que abanderaba “extender de ca-

so a caso la excusa", y Grispigni añade que en virtud de que el Artículo 51 del C. P. it. conceptúa que exculpa el cumplimiento del deber y el ejercicio del Derecho, resulta que al final del camino está el derecho de libertad por el que se justifican las acciones lícitas conforme al Derecho extra-penal, y éste es el total orden jurídico en el que es plenamente legítima la analogía.

e). También se comprende por el carácter *sancionatorio* del Derecho Penal.

f). Delitala parte del aserto de que las causas que excluyen el delito no son excepcionales —disciplina diversa, antinómica, opuesta, contrastante con el sistema o regla general, sino comunes, porque hacen venir a menos la aplicación de la norma incriminadora punitiva por faltar uno de los elementos de ésta y por ende sí se aplican por analogía (*Analogía in bonam partem*, in *Riv. di Dir. pen.* 1936 fasc. 6).

Florián, Maestro del *positivismo penal*, después de rebatir la interpretación peligrosista de Ferri (Ver nuestro humilde Ensayo en *Criminalia* notas 8, 9, 10) explica que la analogía permitida es la que actúa en calidad de auxilio en la tarea de intérprete, y contra la opinión dominante rechaza la analogía en atenuantes o excluyentes (*Parte General del Derecho Penal*, T. I., Habana, 1929, p. 204), pues los llamados casos dudosos no pueden recibir sino fallo absolutorio (Ver Manzini, *Trattado di Diritto Penale*, 1933, I., p. 370; Carrara, *Teoría*. Madrid, 1890, pp. 155, 156; Mezger, *Op. cit.* II, 205 y ss.).

Entonces, por distinto sendero llegan Grispigni y Florián y también una pléyade de escritores germanos, italianos y argentinos a idéntica meta: las exculpantes por analogía, aunque se les designe exculpantes supralegales (En contra Soler y Asúa), o más certeramente exculpantes arrancadas a la interpretación sistemática del total or-

denamiento jurídico sin asideros geopolíticos, (El alma del Fhiirer; los intereses de clase o de Partido), sociológicos (las normas de cultura) eticistas (Magnaud y los fariseos) positivistas (Ferri) y en fin, todo lo que no encuentra el debido sostén en los preceptos jurídicos votados por el legislador. El juez encaramado en una curul que le da el extraño y demoníaco poder derogatorio de las normas vigentes cuantas veces le venga en gana. Este es el perfil del buen juez ¿cuál será el del *mal juez*, acicateado por la codicia, espoleado por hacer *méritos políticos*, esperanzado en una avasalladora popularidad, o siendo presa del pánico, víctima de la perenne duda nacida de su ignorancia, paralizado por la desilusión, indiferente al mal y al bien por pereza mental, caído en tal rutina. ¿De qué servirá a estos juzgadores la analogía?

Ellos dirán: ¡La investigación y el estudio son infecundos! Vamos de prisa hacia el analfabetismo jurídico. No ha de faltarles ocasión de hacer escarnio de la erudición de Vallarta.

Las excluyentes no previstas expresamente por el legislador podrán invocarse:

- a).—Por la licitud extra-penal;
- b).—Por la duda;
- c).—Las causas supralegales.
(No exigibilidad de otra conducta).
- d).—Por la analogía.

En nuestros derechos Constitucional y penal prohibida la analogía en la creación de penas (absolutamente inhihida sin distingos), lo está parcialmente en la tipicidad (llamado suplemento analógico no interpretación por analo-

gía), ya que se acepta en los propios textos legales nuestros y admitida en las exculpantes, con razón más alta podrá reclamarse su vigencia en las figuras privilegiadas y en las no elencadas atenuantes. (Artículos 51 y 52 C. P.).

Bastaría el argumento de que las proposiciones particulares afirmativas (penas exactamente decretadas para el delito de que se trata; delitos que merezcan sanción corporal; se le hará saber en audiencia pública el hecho que se le atribuye; datos que hagan probable su responsabilidad; de que no hay delito sin ley y no hay pena sin ley) no impiden que por aplicación analógica pudiese recurrirse al subsidio legal o jurídico en todas las restantes normas penales: *positio unius non est exclusio alterius*. Y nosotros no contamos con ley alguna que idéntica o equivalente al transcrito Artículo 14 de la pre-ley italiana, vede la analogía de las *leyes penales*, para que con este precario apoyo la exclu-yésemos de todo el conjunto de normas represivas; opuestamente, si el constituyente y el poco avisado y mudo legislador de 31 Artículo 7, la confinaron para que no se manumitiese en penas y tipos, nada autoriza a extender la proscripción a todo el Ordenamiento penal, pues sería tanto como ampliar, ora a favor ora en contra del culpado, la taxativa constitucional, y que en las normas de toda la Parte general, incinerásemos la aplicación analógica en la misma pira donde se consume la analogía de tipos y penas.

Ya vimos que Battaglini ha dicho que las exculpantes están inhibidas también por el Artículo 14 de la Pre-ley, y que Florián descarta la analogía en todo el sistema represivo por la expresión leyes penales de su Artículo 14, pero avalan "la interpretación extensiva de todas las leyes penales y a veces en perjuicio del imputado" porque es plenamente legítima.

¿Pero nuestro Derecho penal es derecho excepcional y así caerá en la prevención del Artículo 11 del C. Civil?

Con esta anteojera del Derecho excepcional, ¿qué son

las normas atinentes a las exculpantes? ¿Excepciones de excepciones, como quiere Rocco? ¿o simples preceptos negativos según enseña Delitala?

¿Pero y las normas excepcionales solamente permiten la interpretación restrictiva? (estricta), aquélla que devuelve al legislador lo que abundó en el texto. ¿También el principio que yace en el precepto excepcional puede ser corregido porque dice menos de lo que en su *ratio y fin?* (lex dixit plus (potius) quam voluit-lex dixit minus quam voluit).

Lo prohibido por el Artículo 14 de la Pre-ley es que de las excepciones se obtengan nuevas excepciones (Ferrara, *Trattato cit.* p. 89).

CAPITULO III

El ilustre don Luis Jiménez de Asúa formuló en tiempos distantes (*Defensas Penales*, Buenos Aires, 2a. 1943, I, p. 352) las exculpantes engarzadas en los siguientes motivos: ausencia de antijuridicidad, a pesar de la tipicidad; porque era generosa la intención de la mujer que consumó el delito de suposición de parto; y ausencia de dolo porque no había el propósito de causar un mal o daño sino que la encausada se guió por el móvil altruista de "asegurar su felicidad y restablecer la tranquilidad conyugal perturbada por no tener sucesión"; empero, sus seguidores López-Rey y Arrojo y P. Alvarez Valdés (*El Nuevo Código Penal*, Madrid, 1933, p. 6-10) mientras el maestro rectificaba la tesis y desechara por metajurídicas las exculpantes supra-legales, éstos trataron de legalizar las exculpantes y les encontraron el parentesco inconfesable de la analogía... ¡con las atenuantes!

El inciso 8o. del Artículo 90 del Código Penal español se refiere a cualquiera otra circunstancia —atenuantes— análoga a las anteriores, dando origen a la interpretación analógica por texto expreso de la ley, pero referidas, claro