

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 excluyésemos 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 desechaba 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

está a las propias atenuantes, mientras que los profesores fundamentan con las normas analógicas de las atenuantes la analogía de las exculpantes, (J. de Asúa, *Tratado*, II, p. 474)— IURIS.

El Artículo 62 bis del Código Penal italiano, bajo el rubro circunstancias atenuantes genéricas, crea la interpretación analógica de ellas, y nuestro Tratado Internacional publicado el 13 de febrero de 1947, en su Artículo 1o. fracciones I, II y III, había ya conceptualizado tácitamente como legítima la interpretación analógica de sus tipos, al sancionar la fabricación de estampas . . . “u otros objetos obscenos”; y si hacemos esta mención es para destacar la diferencia sustancial entre aplicación de la analogía amparada por el precepto legal incriminador o de cualquiera otra índole, y la analogía como suplemento que recurre a una norma que contiene un principio semejante para solucionar el caso no previsto; de donde la autorización de la analogía en las atenuantes es, con toda la tautología que supone, analogía de los atenuantes, pero no analogía de las excluyentes y mientras las añejas posturas jurídicas hacen ofrenda a las normas de cultura etc., esta última posición se apoyaría en la ley misma para deducir la analogía de las excluyentes de un texto expreso.

Nada de esto guarda ligamen con nuestras instituciones vigentes, porque carecemos de las atenuantes que se contemplan en los Artículos 38 a 43 del Código Penal de 71, incluyendo las análogas y también nos es extraño en el Código Penal 931 un mandato que diese ingreso a la analogía en las exculpantes.

La Corte no ha permanecido inmune a la obsesión de la analogía, y en seis ejecutorias por unanimidad de votos ha resuelto:

“MAGISTRADO DE UN TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO, EXCUSA DEL.— Si un Magistrado de un Tribunal Colegiado de Circuito, formuló su impedimento

para conocer de un recurso de revisión, por haber dictado en primera instancia la resolución contra la que se interpuso el citado recurso que se ventila ante dicho Tribunal, aun cuando no se encuentra comprendida dicha causa de impedimento en lo dispuesto por las diversas fracciones del Artículo 66 de la Ley de Amparo y la fracción XVI del Artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación no es aplicable, por disponerlo así la última parte de dicho Artículo, de acuerdo con los párrafos primero y último del propio Artículo 74, implicando dicho recurso la revisión de la resolución que la motivó, no resulta admisible, racionalmente, que un Magistrado intervenga en la discusión y resolución de un asunto anteriormente resuelto por él mismo, como autoridad inferior y, por ello, debe tenerse por legalmente impedido para conocer del recurso de que se trata, calificándose como legal el impedimento y admitiéndose la causa propuesta. (Orellana Alberto y coag. Unanimidad de 5 votos. Sala Penal. Tomo CXI, p. 817. “Semanario Judicial de la Federación”).

“MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL COLEGIADO EXCUSA DE LOS.— De acuerdo con el Artículo 27, fracción V de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, corresponde a la Cuarta Sala de la Suprema Corte conocer los impedimentos y excusas de los Magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito, en juicio de amparo en materia de trabajo, y de conformidad con el Artículo 68 de la Ley de Amparo, el impedimento se calificará de plano, admitiéndolo o desechándolo. Ahora bien, aunque la circunstancia denunciada por el Magistrado del Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, no está expresamente prevista en alguna de las fracciones del Artículo 66 de la Ley de Amparo, es indiscutible que dicho funcionario está impedido para conocer en revisión en el incidente de suspensión en que conoció y resolvió en su carácter que tuvo de Juez de Distrito, en tal virtud, debe aceptarse como fundada su excusa, para el efecto de que no siga conociendo en revisión, del incidente de suspensión relativo al juicio de amparo en que conoció como Juez de

Distrito. (Aguñaga Espinosa J. Jesús. Unanimidad de 5 votos. Sala del Trabajo. Tomo CXI, p. 817 Semanario Judicial de la Federación)".

Sostienen la misma tesis:

Marzo 26. Castillo Cristóbal, contra actos del Juez de Distrito en el Estado de Guanajuato.— 5 votos.— Marzo 26. Aguilar Espinosa J. Jesús, contra actos del Juez de Distrito en el Estado de Guanajuato, 5 votos.— Marzo 26. Alvarado Delfino, contra actos del Juzgado de Distrito en el Estado de Guanajuato.— 5 votos.— Marzo 26. Sindicato de Obreros Textiles "Mártires de Salvatierra", de la Fábrica "La Reforma", Salvatierra, Gto., contra actos del Juez de Distrito en el Estado de Guanajuato. Unanimidad 5 votos.

Bien visto, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en la Fracción XVII *in fine*, del Artículo 74, remite para los impedimentos en materia del juicio de garantías a la Ley de Amparo; esta Ley en su Artículo 66 no enumera como causa de excusa haber sido antes Juez y ser después Magistrado —o Ministro— en el mismo negocio; de allí que, dice la Corte, procede aplicar por analogía un precepto, el de la fracción XVI del Artículo 74 de la Ley Orgánica citada; pero es que ha sido eliminado expresamente por esta Ley, pues la parte final del Artículo 66 de la Ley de Amparo, amenaza con sanción al funcionario que hace valer una causa de excusa distinta de las enunciadas, por lo que debe entenderse que la reglamentación de los impedimentos en el amparo es limitativa y no simplemente ejemplificativa, con posible subsidio analógico; lo cual no impide que la Corte diga que como no es racional que un Magistrado revise sus actos cuando fue Juez de Distrito, debe declararse procedente el impedimento. Evidencia lógica (*eadem ratio*) la argumentada por la Corte, lástima que sea totalmente antijurídica, pues: a) el legislador negó expresamente, al prohibir las causas análogas, el subsidio analógico; b) el Artículo 66 de la Ley de Amparo es el

único aplicable conforme al 74 de la Ley Orgánica citada y ya que aquél prohíbe al funcionario que haga valer impedimentos distintos de los enunciados por la ley (análogos o no análogos), se desprende que ni puede haber analogía dentro del sistema de impedimentos de la Ley de Amparo, y menos aún la analogía auspiciada por la Corte con preceptos relativos a procedimientos diversos, porque la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación se referirá al proceso civil federal, al proceso penal federal, pero nunca al proceso de garantías, que tiene su propia disciplina —ley especial— que constituye una prolongación del derecho común, en este punto procesal; y de allí que si la Corte aplica por analogía la fracción XVI del Artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, rompe con la prohibición de la analogía expresamente consignada en la Ley de Amparo, y se refugia no en la analogía de la Ley de Amparo (impedimentos) sino en la analogía de una ley distinta.

No es menester que se invoque o se silencie en las ejecutorias el hecho es que la Corte hable de la razón —igual— que asiste al Magistrado Colegiado para excusarse en el negocio del que conoció como Juez, pues queda evidenciado que se fundamenta la tesis en una causa no prevista por la ley y excluida expresamente por ella.

Como el suplemento analógico requiere que falte el elenco exhaustivo o la prohibición de la analogía como sucede en el tercer apartado del Artículo 14 constitucional, y además que la hipótesis recibiría un trato injusto y antisistemático si nos atuviésemos al *silencio* de la ley, entonces se viene a caso similar por ser más justo o al instituto semejante para integrar la ley (o al total orden jurídico en los principios generales de derecho); pero cuando la ley reprueba la analogía, ya expresa, ya tácitamente, la solución que ha dado el legislador, por injusta que parezca, no puede ser resuelta a base de analogía porque significa derogación de la prohibición analógica votada por el legislador.

La fracción XVI de la Ley Orgánica del P. J. de la Fed. previene que será causa de impedimento "Haber sido Juez o Magistrado, en el mismo negocio, en otra instancia".

¿Hay analogía en las resoluciones de la Corte, dígallo o no?

¿O con fundamento en qué artículo de cuál ley falla la Corte? No cita ninguno por cierto, pero debemos pensar que quiso sustentar las tesis en la analogía; de lo contrario la posición sería más precaria: los fallos sin disposición legal ninguna mencionada y sin subsidio analógico: creación del derecho. Así pensamos con el respeto que nos merece el Supremo Colegio.

Pero al lado de estas ejecutorias existen dos recentísimas, cuyos fundamentos teóricos y cuyas conclusiones, opuestas a la jurisprudencia invocada, es difícil que se puedan compartir. En efecto, la resolución de la página 115, Volumen II, Cuarta parte, dice:

"MAGISTRADOS UNITARIOS DE CIRCUITO, COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS RECUSACIONES DE LOS.— No hay disposición alguna que dé competencia a las Salas de la Suprema Corte de Justicia para conocer de las recusaciones en contra de los Magistrados Unitarios de Circuito. En virtud de ello y como la competencia sólo se otorga por la ley y siempre en forma expresa, pues jurídicamente no procede aplicar la interpretación analógica, el caso de una de estas recusaciones cae dentro de lo previsto en la fracción XII del Artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, según el cual corresponde a la Suprema Corte conocer en Pleno "de cualquier otro asunto de la competencia de la Suprema Corte cuyo conocimiento no corresponda a las Salas de la misma, por disposición expresa de la Ley. Recusación 57/57. Isaac Landau Eidels. 27 de agosto de 1957.— 5 votos.—"

Es decir: como según la Corte en Pleno (Recusaciones

con causa 44/43 y 45/43 con resoluciones de la Tercera Sala de 6 de junio de 1944 y falladas por el Pleno de la Corte el 6 de febrero de 1945 y 8 de octubre de 1946, unanimidad de votos) la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en su Artículo 26 sólo concede en la fracción VI facultad a la Tercera Sala para conocer de los impedimentos y excusas de los Magistrados Colegiados de Circuito, pero no de los impedimentos y excusas de los Magistrados Unitarios de Circuito, *jurídicamente no procede aplicar la interpretación analógica.* (sic)

Se rompe el sistema porque cada Sala conoce de estos asuntos en materia de amparo y sin embargo no aplica por analogía este precepto legal (Artículo 26 F. VII, L. O. P. J. F.), y en cambio transfiere al Pleno una competencia por exclusión (Artículo 11 F. XII, L. O. P. J. F.).

Basta formular dos observaciones: no sería interpretación analógica sino analogía de Derecho procesal, porque la ley no hace mérito a "casos semejantes"; y, antes que la aplicación por exclusión de un Artículo tan vago como el 11 fracción XII citado, debería acudir a la analogía, que está investida de uniformidad, armonía, suficiencia y actitud congruente de todo el sistema legal y no se versan normas *restrictivas* de derechos o excepcionales.

La Corte antiguamente lo reconocía en la ejecutoria transcrita. (Tomo CV, p. 561). Es suficiente considerar que si la analogía, así se refunda en la interpretación extensiva o simplemente se conceptúe interpretación, tiene que venir antes de la aplicación de otras normas procesales de dudoso y antinómico contenido a todo el sistema y que van en oposición a la analogía. El trabajo de Rotondi borraría toda discusión. Con criterio absolutamente adverso al de la Honorable Corte, pronunciándose por la analogía en el Derecho procesal penal (impedimentos no previstos). Igual la casación italiana y Manzini, *Trattado di dir. proc. pen.* 1924, I, p. 72 N. 1. Battaglini, *Op. cit.*, 64 65.

La otra tesis votada el mismo día que la anterior es de la Primera Sala de la H. Suprema Corte y dice:

“LESIONES QUE DEJAN COMO CONSECUENCIA EL ENTORPECIMIENTO DE UN ORGANO (LEGISLACION DE PUEBLA).—El Artículo 282 del Código de Defensa Social no habla de que las lesiones dejen como consecuencia la atrofia de uno de los dedos de la mano; sin embargo, esas lesiones se comprenden en el precepto aludido, que de manera explicativa menciona el entorpecimiento o debilitamiento permanente de un pie, una mano, etcétera. Debe entenderse que el precepto hace una enumeración de tipo meramente enunciativo y no limitativo o restrictivo, sobre todo si se tiene presente que habla “de cualquier otro órgano”, expresión en la que sin duda se abarca la atrofia de cada uno de los dedos de la mano, que, por otra parte constituye sin lugar a dudas el entorpecimiento de ésta. La propia Ley permite una interpretación extensiva del precepto, puesto que al utilizar la frase “cualquier otro órgano”, está facultando al intérprete para una aplicación analógica, que no está prohibida por la constitución, por tratarse de una interpretación auténtica o legislativa, esto es, fijada por el propio legislador, pues lo que la Carta Fundamental prohíbe es la aplicación analógica de la ley penal, pero en ninguna forma la interpretación de ese tipo, máxime cuando el propio legislador la establece. Amparo directo 6015/55. Gabriel Varona y coags.— 27 de agosto de 1957. 5 votos.— Sexta Epoca, Volumen II, Segunda Parte, Sem. Jud. de la Fed.”.

Y volvemos a encontrarnos con la mención de que cuando la ley se refiere a “cualquier otro órgano” que es idéntico a prevenir “u otros objetos obscenos”, se entiende que la propia ley permite interpretación extensiva del precepto”, cuando nadie podrá dudar que se está llamando por su nombre tradicional y reconocido en doctrina y jurisprudencia dominantes, a la interpretación analógica, al reclamo que el legislador hace a la analogía para la integración de tipos o en cualquiera otra norma, ¡pero para la Corte

es interpretación extensiva! Adelante, contradiciéndose, la misma ejecutoria asevera que se está frente a una aplicación analógica, no prohibida por la Constitución por tratarse de una interpretación auténtica o legislativa, esto es, fijada por el propio legislador. Huelgan los comentarios, pues precisamente no es interpretación auténtica sino a secas previsión legislativa y el acierto intuitivo consiste *en la interpretación de ese tipo*, porque meridianamente como lo establece la Sala, la Constitución no ha vedado la interpretación analógica por reenvío. ¡Lástima que en el caso no se cuestionaba la analogía de un tipo: lesiones, (Artículos 279 y 289 C. Defensa Social de Puebla) sino la interpretación analógica de una agravante, lesiones calificadas!

En la más prestigiosa doctrina italiana, las exculpantes por analogía han sido enraizadas en cada uno de los elementos esenciales del delito, y supuesta siempre la actitud de silencio que guarda la ley. Silencio aparente diríamos desde ahora, porque la interpretación sistemática y la licitud extra-penal cubren estos supuestos vacíos de la norma; pero en fin, haciendo mérito al elemento material, la acción quedaría impune cuando fuese absolutamente inidónea —tentativa— por no tener objeto sobre el que se volcase la conducta *subjetivamente* criminosa (ver nuestro humilde ensayo *La Tentativa*, México, 1951, pp. 179, 200 y 201, donde sostenemos un criterio absolutamente opuesto al de los señores Doctores Ceniceros, Garrido, Carrancá Trujillo, González de la Vega); o bien, cuando falta la relación causal como en la acción absolutamente inidónea de la misma tentativa, o cuando el curso causal es distinto del rigorismo exigido por la ley, como el engañar o aprovecharse del error del Artículo 386 del Código Penal Federal; y así por esta vía.

Como en nuestro Código Penal, y aun admitiendo que la tentativa contempla el comienzo de ejecución, no se ha reglado la falta absoluta de objeto y la idoneidad absoluta como lo hace verbigracia el Proyecto del Código Penal italiano al que nos referimos en aquel texto, nuestros nom-

brados juristas creyeron que se había refundido en el Artículo 12 del instituto múltiple consignado en los diversos 18 a 26 del Código Penal de 71, y en particular el delito imposible del Artículo 25 y que, como sostuvo don Francisco González de la Vega, "dentro del Artículo 12, además del antiguo grado de frustración caben... también ciertos delitos imposibles en que la peligrosidad del agente se revela por la ejecución de medios adecuados para el crimen"; A (Código Penal Anotado, 2a. p. 83), y en seguida conceptuó como tentativa "una persona dispara su arma de fuego (medio idóneo) contra persona muerta a quien creía viva; como en esta hipótesis el homicidio imposible lo es por causas totalmente ajenas al agente, el hecho debe ser clasificado y penado dentro del grado de tentativa"; y "los delitos imposibles por medios absolutamente inidóneos (*sustancias inocuas* lo cual hemos repetido ampliamente en aquel libro) no deben pensarse como tentativa, pues de modo racional no es dable clasificarlos como hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito porque su ejecución a nada conduce". Y la doctrina italiana quisiera, a pesar del párrafo 1o. del Artículo 49 del Código Penal vigente, que la falta de objeto o que la imposibilidad surgida del medio inidóneo viniesen por el camino de la analogía. Sin embargo, si el delito es una conducta humana que produce un resultado material o jurídico contrario al derecho y bajo la amenaza de una pena; y la tentativa no es sino comenzar a ejecutar un delito, se concluye que como no se puede matar a un muerto, tampoco se puede comenzar a matar a un muerto y al venir a menos uno de los elementos del delito no se integra la tipicidad. Este concepto basta, sin refugiarse en la analogía, para fundamentar la exculpación de estas y otras modalidades, que tantos problemas han causado a nuestra doctrina unánime.

Lo mismo puede decirse en cuanto al nexos causal, que hemos estudiado en otra ocasión y toda ruptura de éste destruye la culpabilidad, pues el resultado debe ser atribuible a la conducta y en faltando el ligamen, el evento es extraño al sujeto. Los casos límite (homicidio preterintencional, y

causalidad del Artículo 304 C. P. Federal), cabalmente reafirman este criterio y nada tiene que hacer la analogía en este capítulo.

Las desviaciones del curso causal a que se refirieron Carrara y Mezger, no producen en nuestro derecho vigente la exculpación, porque el dolo concuerda con el resultado y la aberración (Bettiol, *Acerca del delito aberrante*, Escritti, Napoli, 1938, pp. 199 a 209.) es un factor accidental. Así la conceptúa la F. II del Artículo 9 del C. P. e igual trato acordó para el error en la persona y el error en el golpe. (F. V. del mismo Artículo 9 C. P.).

Pocas sentencias tan desafortunadas como ésta de la Primera Sala de la Honorable Suprema Corte:

"ERROR EN EL GOLPE DURANTE LA RIÑA. (DELITO DE IMPRUDENCIA).—Aun cuando las lesiones que se infirieron al acusado y su contrario, entre sí, lo fueron en riña no puede decirse que el homicidio habido, que resultó cometido por alguno de ellos, esté matizado con la estimativa de riña, dado que requiere diverso tratamiento jurídico, si fue producido *in aberratio ictus*, esto es, *por error en el golpe o, en otros términos, por error en la persona*; pues no puede haber duda alguna respecto a que el conocimiento que el dolo exige ha de referirse también a la causalidad entre el acto de voluntad y el resultado último, supuesto que no está plenamente comprobado que el acusado o su rival hubieran estado determinados en su conducta por el propósito criminoso de privar de la vida a la víctima, no obstante que estuvieron en posibilidad de preverlo. Y si subsiste el estado de duda sobre cual de los dos coacusados fue el que hizo el disparo que lesionó y produjo la muerte, se debe imputar la causación material a ambos, y concluir en que el homicidio quedó comprendido dentro del tipo de la culpabilidad culposa o por imprudencia. (Toca Número 138 de 1953, p. 1086, T. CXXI S. J. de la F.)".