

# Estudios de Derecho

Publicación del Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia.

Director, FRANCISCO CARBONA S.

Administrador, AGUSTIN JARAMILLO A.

---

Serie III } Medellín—1914—Abril. } Ns. 11 a 13.

---

## PROYECTO DE CODIGO PENAL

### V

Si al presentarse al Congreso de 1912 por el H. S. Dr. José Vicente Concha, el Proyecto de Código Penal, dio muestras de sensatez, la H. Cámara de Representantes al acordar la suspensión temporal de la discusión del Proyecto para dar tiempo y ocasión de que fuera conocido en toda la República y se emitieran sobre él autorizados juicios por la Comisión Legislativa, la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores, los Jueces y las Academias de Jurisprudencia, con el fin de tener en consideración, al volver a segundo debate el Proyecto en las sesiones de 1913, las observaciones que se le hicieran por aquellas respetables entidades, conceptuamos muy digno de lamentar el que esa H. Cámara haya abandonado la senda de la prudencia al disponer, en sus últimas sesiones, que la Comisión Legislativa elabore un nuevo Proyecto, sin que haya tenido cumplida realización lo que ordenara en 1912, pues es sabido que algunos Tribunales y Jueces y aun Academias de Jurisprudencia nada han informado respecto al Proyecto del Sr. Dr. Concha, y ni se conoce actualmente la opinión que sobre él hayan dado la Corte Suprema, la Comisión Legislativa y otras respetables entidades.

En verdad, si las reformas consecutivas que año por año se han introducido desde 1910 al Código vigente, y aun la misma proposición que ordena a la Comisión Legislativa elaborar un nuevo Proyecto de Código, evidencian

de modo fehaciente y autorizado la imperiosa necesidad de expedir un Código Penal que reemplace al que hoy rige, juzgamos que no es camino de acierto el sustituir intempestivamente un Proyecto que está en discusión, por otro que apenas se va a elaborar, ni es esa la vía práctica para lograr obtener una ley penal que corresponda a las necesidades de un pueblo.

La cordura del Legislador prudente y sabio indica, en nuestro sentir, que lo acertado habría sido dejar abierto el campo de la discusión por más tiempo: los inconvenientes que ya en conjunto, ya sólo a varias de sus disposiciones, se anotaran al Proyecto del Dr. Concha; los vacíos y defectos que se observaran, y las reformas que a él se propusieran—atendidas la índole, las necesidades y la situación económica de la Nación, factores que necesariamente habrán de tenerse siempre muy en cuenta, si se quiere acertar en asunto de tan magna trascendencia—habrían dado base sólida, si no para sancionar el Proyecto, con las modificaciones que se creyeran necesarias, como ley penal de la República, sí para que por la Comisión Legislativa se elaborara un nuevo Proyecto que en bloque se acomodara mejor a las conveniencias del País y se prestara, en los detalles, a las acertadas rectificaciones que se indicaran antes de darle fuerza de ley, alejando así el grave peligro de las frecuentes reformas que raras veces, por excepción pudiera decirse, dan resultados satisfactorios.

La preparación de una legislación penal no es obra de un día, como bien lo advierte el distinguido jurista Dr. Concha, y la discusión del Proyecto durante más tiempo habría servido para elevar y difundir la cultura jurídica en nuestro país, que con sobra de razón echa de menos la Comisión de la H. Cámara de Representantes, en su informe de 1912.

Dada nuestra manera de pensar, y habida consideración de las mudanzas de los juicios humanos, que bien puede dar de nuevo cabida a la discusión oficial del Proyecto del Dr. Concha en las sesiones de las Cámaras Legislativas, proseguimos la tarea que nos impusimos al emprender este estudio.

## TITULO CUARTO

### DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, DE EXCUSA Y DE ATENUACIÓN

*Art. 43. No es punible el que ejecuta un acto obligado a ello por una violencia grave e injusta que no ha podido eludir, ni resistir de otra manera.*

Parece un tanto anfibológica la redacción del artículo, pues origina cierta confusión entre la violencia irresistible y la legítima defensa, cosas muy distintas, porque en los casos de violencia irresistible, sea ésta física o moral, ocurre que el hecho delictuoso se comete, no precisamente para rechazar la violencia, sino al contrario, por falta de resistencia. Así, el individuo que impelido por fuerza avasalladora de un tumulto oprime el tórax de un niño contra un muro y le asfixia, y el Notario, que bajo la presión del terror insuperable que le infunde el peligro inminente de perder la vida, asienta una cláusula falsa en un testamento, *ceden, no resisten*, el primero a la fuerza física, y el segundo a la coacción moral. Por eso el hecho se les *excusa*, pues lo han cometido impulsados por lo que con tanta propiedad se ha denominado violencia o fuerza *irresistible*; no se les *justifica*, porque no tenían *derecho* para ejecutarlo, lo que resalta más en el caso del Notario.

En ello estriba cabalmente la diferencia cardinal entre los casos de violencia *irresistible* y los de legítima defensa, pues en los últimos *si se rechazan o resisten* las agresiones o violencias, y quien en tales casos ejecuta un hecho que por su naturaleza puede ser punible, obra en ejercicio del derecho de legítima defensa, y por eso el hecho se le *justifica*.

Juzgamos, en consecuencia, que debía suprimirse la parte final del artículo 43, o sea la locución *ni resistir de otra manera*, pues a quien obra violentado por una fuerza *irresistible* no se le puede exigir responsabilidad por exceso, porque obra como un autómatas, puede decirse, o sea, sin voluntad de delinquir, puesto que su libertad está cohibida, violentada, si no aún más, en muchos casos, sin capacidad para establecer proporción entre la violencia y el acto que ejecuta. En cuanto a la apreciación de lo *irresistible* de la violencia, es al Juez a quien corresponde hacerla, en vista de las circunstancias que hayan concurrido en cada caso.

particular, y hallamos correcto el que se exija en el Proyecto como norma genérica para considerar *irresistible* la violencia el que ésta sea grave, injusta y que no se haya podido eludir, porque *vani temoris justa excusatio non est*, en primer lugar, y porque si el hecho de la violencia ha sido previsto y por lo mismo se ha podido eludir o evitar, quien sea víctima de la violencia debe responder de las consecuencias de una situación que le es imputable por su imprudencia.

Nos parece, por esto, más técnica la fórmula empleada por el Código argentino: "El que obra violentado por una fuerza IRRESISTIBLE, *física o moral*" (Art. 81), que algunos amplían así: el chileno, en su artículo 10: "El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por miedo *insuperable*," y el venezolano, sancionado en 1904, en su artículo 22: "El que obra violentado por una fuerza irresistible o por miedo insuperable de un *mal grave y próximo*", pues de la misma anfibología que notamos en el artículo 43 del Proyecto adolece la correspondiente disposición del Código italiano (Art. 49, num. 2º) que dice así: "No es punible el que ha cometido el hecho: 1.º.....; 2.º Forzado por la necesidad de rechazar de sí, o de otro, una violencia actual e injusta (el texto italiano reza textualmente: "N n é punibile cohir che ha commesso il fatto: 1.º.....; 2.º Per esservi stato costretto dalla necessità di respingere da sè o da altri una violenza attuale e ingiusta"), y por lo mismo disentimos de la opinión de la Comisión de la Cámara de Representantes, que juzga debe reemplazarse el artículo 43 del Proyecto por el correspondiente del Código italiano.

*Art. 44. No es punible quien ejecuta un hecho para precaverse a sí mismo o a otro de un peligro grave o inminente que amenace la vida o el honor, cuando no fue causa voluntaria del peligro quien se ve amenazado por él y no puede evitarlo de otra suerte.*

Opina la Comisión de la Cámara de Representantes que informó sobre el Proyecto en 1912, necesaria la sustitución de este artículo por la correspondiente disposición del Código italiano, y a fe que con justa razón, pues el artículo transcrito limita de una manera taxativa la legítima defensa a los casos en que se vean amenazados la vida o el honor, mientras que el texto del Código italiano consagra la justa amplitud que debe haber y abarca, por lo mismo,

casos distintos en que puede ejercitarse legítimamente el derecho de defensa, como el de salvar la integridad corporal. El Código italiano reza: "No es punible quien ejecuta un acto para precaverse a sí mismo, o a otro, de un peligro grave e inminente, cuando no fue causa voluntaria del peligro quien se ve amenazado por él y no pueda evitar de otro modo."

Respecto a la condición requerida para hacer inculpa- ble el hecho, en los casos que se alegue la legítima defensa, de no haber sido quien ejecuta el hecho causa voluntaria del peligro por que se ve amenazado, la hallamos correctamente jurídica; pues como lo observa el expositor Ochoa, comentador del Código Penal venezolano, "el que ha provocado un lance, justo es que soporte sus consecuencias. A la causa siguen los efectos, y el autor de aquélla en vano pretenderá declinar éstos. Si el provocado lo ataca, y él se ve obligado a defenderse, podrá a lo sumo invocar ese ataque como circunstancia atenuante, pero de ninguna manera aspirar a que se le declare irresponsable de un hecho, cuyo origen fue una imprudencia suya."

*Art. 45. Si en los casos de los referidos artículos 43 y 44 el responsable del acto se excedió en los límites señalados por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con una pena que no sea menor de la cuarta parte, ni exceda de la mitad señalada por la ley, y a la vez la reclusión se convertirá en prisión.*

Por lo que hace a la responsabilidad que exige el Proyecto por *exceso en la defensa*, no juzgamos inoportuno insistir sobre cuál deba ser la interpretación jurídica que ha de darse al artículo 45: la proporción que se exige, para que la legítima defensa exima de toda imputabilidad, entre el ataque del agresor y la defensa del agredido, es el punto más delicado y difícil de resolver en la práctica.

Teóricamente, como muy bien lo sienta el notable juriscónsulto Dr. Antonio José Cadavid, la proporción exigida entre el ataque del agresor y la defensa del agredido "no es de seguro que haya igualdad *matemática* entre el daño material que cause el agredido y el que se le causó a él o se le quiso causar—lo que sólo podría exigirse si los hombres que son iguales por naturaleza tuvieran igualdad aritmética en sus condiciones individuales—sino que haya proporción metafísica o moral, proporción en el sentido ju-

rídico, la que sintetiza con exacta precisión el Código vigente en las locuciones *cuando no haya otro medio de repelerla y siempre que no haya otro medio de impedirlo* (Art. 591); al declarar absolutamente inculpable el homicidio cuando se ejecuta en defensa de la propia vida, o de la integridad corporal, el honor, &c.

Art. 46. *No es punible quien ejecuta un acto en cumplimiento de una disposición expresa de la ley.*

Sancionado como canon constitucional en materia de garantías individuales el principio jurídico de que tanto los particulares como los funcionarios públicos únicamente "son responsables por *infracción* de la Constitución o de las leyes" (Art. 20), juzgamos innecesario el artículo 46 del Proyecto, pues si el acto se ejecuta en *obedecimiento* a una disposición expresa de la ley, mal puede haber *infracción* de ésta, y de consiguiente no existe ni puede existir responsabilidad, conforme al principio constitucional. Sin duda por esto, el Código Penal vigente no trae disposición alguna que corresponda al artículo 46, como no la consagran el chileno ni el argentino.

Art. 47. *No es punible quien ejecuta un acto en cumplimiento de una orden oficial, dictada por autoridad competente, siempre que pueda presumirse rectamente que el ejecutor del acto obró convencido de que la orden era dada por quien tenía facultad legal para darla y que el acto estaba comprendido entre sus deberes de subordinado.*

*En el caso de este artículo, la pena se impondrá a quien dio la orden, si lo hizo sin facultad legal.*

La disposición correspondiente del Código Penal italiano está concebida así: "No es punible el que ha cometido el hecho: 1.º . . . . por orden que era obligado a seguir de la autoridad competente" (Art. 49-num 1º)

Hay, como se ve, marcada diferencia entre la disposición del Proyecto y la correspondiente del Código Penal italiano, pues para la no imputabilidad del acto que se ejecuta en virtud de una orden de la autoridad, requiere únicamente el Proyecto que "pueda *presumirse* rectamente que el ejecutor del acto obró *convencido* de que la orden era dada por quien tenía facultad legal para darla y que el acto estaba comprendido en sus deberes de subordinado", al paso que el Código italiano exige que la orden sea *efectivamente* dada por autoridad competente y que el ejecutor esté

*legalmente* obligado a cumplirla, y en vista de tan notable diferencia, la Comisión de la Cámara de Representantes que informó sobre el Proyecto en 1912, indica la conveniencia de sustituir el artículo 47 del Proyecto por la correspondiente disposición del Código italiano, por considerar la redacción del último "más rigurosamente técnica".

Sentado el principio de que la ignorancia de la ley no excusa de responsabilidad (Arts. del Proyecto y del Código italiano), hallamos más lógica la disposición del Código Penal italiano que armoniza con aquel precepto, y cierra por lo mismo el campo a la impunidad que fácilmente pueda medrar al amparo de una pretendida ignorancia muy difícil de desvirtuar en la práctica.

No obstante lo apuntado, en sociedades incipientes como la nuestra, donde a veces los funcionarios públicos abusan de la autoridad que ejercen, abusos que encubren con las apariencias de legalidad, mediante la usurpación de atribuciones legales, y donde la ignorancia en materia de legislación está muy generalizada, daría lugar a graves injusticias la preconización del principio que contiene la disposición del Código italiano que exige para librar de responsabilidad a quien ejecuta un hecho en cumplimiento de una orden de la autoridad, el que el ejecutor esté *legalmente* obligado a obedecer y cumplir la orden.

Es, pues, muy discutible la manera como resuelven tan delicado punto el Proyecto y el Código italiano, y la cuestión merece pensarse detenidamente.

Art. 48. *Se reducirá la pena en una tercera parte de la señalada por la ley, cuando el autor de su violación se hace responsable de ello en el momento de un arrebato de ira o de resentimiento causados por un ultraje o provocación injustos.*

Respecto al principio general sobre atenuación de la pena que reconoce la anterior disposición, nada objetamos y son obvias las razones que justifican esa disposición para que merezcan ser enunciadas; mas, respecto de un caso particular en que tiene aplicación el principio general del artículo 48, aunque la proporción en la atenuación de la pena es mayor, sí juzgamos conveniente hacer desde ahora algunas observaciones. El caso a que nos referimos es el previsto en el

Art. 318. *Si el hecho contra las personas de que tratan los capítulos precedentes (el homicidio y las heridas o lesiones)*

lo cometen el cónyuge, un ascendiente o hermano, en la persona de su cónyuge, de su descendiente, de su hermano o de su cómplice, o de ambos, en el momento en que los sorprende en flagrante delito de adulterio, o de comercio carnal ilegítimo; la pena se reduce a la sexta parte, se sustituye la prisión a la reclusión temporal, y la prisión por ocho meses a tres años a la de reclusión fija de treinta años.

Introduce con esta disposición el Proyecto una innovación en el Derecho Penal colombiano, pues declara punible el homicidio cometido por el cónyuge en la persona de su consorte o del cómplice a quienes sorprenda en flagrante delito de adulterio, hecho que conforme a las leyes penales que han regido desde 1837 hasta hoy, ha sido declarado como no punible. No es nuestro ánimo entrar en disputas teóricas sobre este tópico, ya que razones en pro y en contra pueden alegarse en el campo de las abstracciones de la teoría. Queremos tan sólo llamar la atención sobre circunstancias especiales que hacen altamente inconveniente tal disposición para pueblos de la índole del antioqueño.

Esta afirmación que hace el Dr. Luis Zea Uribe en su exposición pericial rendida en la causa contra el Sr. Ricardo Echeverri, podrá parecer exagerada, y no lo es, al decir de Antioquia lo siguiente: "... todo atentado contra la moral de los hogares es satisfecho generalmente con la sangre. Y es evidente que en casi todos los casos de tan lamentables sucesos, los individuos que hieren o matan salen absueltos. . . . Todo marido procedente de esa región monta la guardia a las puertas."

RAFAEL H. DUQUE.

## MINAS

*Término para pedir la posesión de las abandonadas.*—Conforme al artículo 56 del C. de M., hay que pedir la posesión de las minas de nuevo descubrimiento, dentro de los sesenta días siguientes al de la expiración del término de la fijación del cartel, bajo la sanción de la pérdida del derecho a que se dé la posesión.

El artículo 57 prescribe que si ha habido oposición, los sesenta días se cuentan desde el día en que el funcionario, co-

misionado para dar la posesión, reciba el expediente enviado por el Juez de la causa.

Tratándose de minas abandonadas, hay que dejar transcurrir un término después del día en que expira el término de la fijación del cartel, para que el último poseedor de la mina pueda ser citado, y ejercite su derecho de oponerse, según los artículos 356 a 359 inclusive.

El artículo 360 prevé: "Si no se hiciera oposición alguna dentro de los términos señalados en los artículos precedentes, se procederá a dar la posesión de ella en el punto donde hubiere sido restaurada.

"Para esta posesión se observará lo dispuesto en los artículos 51 a 58."

Como entre éstos, el 56 ordena pedir la posesión dentro del término de 60 días, contados desde la destijación que ha debido hacerse del cartel, algunos han creído que este es el término para pedir la posesión de una mina de antiguo descubrimiento, bajo la sanción antes mentada, pero meditando serenamente en lo expuesto, se llega a la conclusión de que dicho término se cuenta desde que expire el que tiene el último poseedor para oponerse, o desde el día en que el funcionario comisionado para dar la posesión, reciba el expediente que le envíe el Juez de la causa, cuando ha habido oposición.

Varias son las razones:

1ª Si hay que dejar transcurrir un término para que el último poseedor se oponga, no hay objeto en que el denunciante de una mina de antiguo descubrimiento pida la posesión antes de expirar dicho término.

2ª Primero es en el orden lógico y en el tiempo, que el último poseedor sea citado y pueda oponerse, por consiguiente, a la posesión, que el denunciante de la mina pida la posesión.

3ª Si tratándose de minas de nuevo descubrimiento, el término para pedir la posesión empieza cuando expira el término para oponerse, o sea el día en que debe desfijarse el cartel, tratándose de minas de antiguo descubrimiento, el término para pedir la posesión debe empezar cuando expira el término en que el último poseedor puede oponerse.

4ª Cuando ha habido oposición, el término para pedir la posesión no puede contarse, lógicamente y justamente, sino desde el día en que el funcionario comisionado reciba el expediente que le envíe el Juez de la causa, para que dé la posesión, tanto en el caso de nuevo, como de antiguo descubrimiento.

JUAN LONDOÑO DEL CORRAL.