

DELITOS CONTRA LA SALUD Y LA INTEGRIDAD COLECTIVAS

Por ANGEL MARTIN VASQUEZ

(Título VIII del Tratado de Derecho Penal Colombiano, con el cual se inicia el tercer tomo de esta obra, próximo a aparecer en los talleres tipográficos de la U. P. B.)

Los delitos de que trata este título son:

Incendio de cosa mueble o inmueble; incendio, sumersión o naufragio de una nave o de otra construcción flotante; caída o deterioro de una aeronave de propiedad ajena; daño o inutilización de barreras, diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las aguas o su normal conducción; daño o deterioro de vía férrea o automoviliaria, o daño o destrucción de máquinas, vehículos, instrumentos, aparatos u otros objetos necesarios para el servicio de ellas; disparo de armas de fuego contra vehículos en movimiento destinados al transporte público, o cambio o alteración de las señales que regulan el tránsito; romper, deteriorar, destruir las obras, instalaciones u otros elementos destinados a comunicaciones telegráficas o telefónicas, causar cualquier daño en ellas, en la producción, transmisión o distribución de energía eléctrica o fuerza motriz; derrumbar o destruir en todo o en parte un edificio, o causar un daño semejante; fabricar, adquirir o conservar dinamita u otra materia u objetos explosivos o inflamables, o gases o bombas mortíferas o sustancias que sirvan para la fabricación o composición de ellas; omitir colocar los aparatos, señales o avisos destinados a prevenir accidentes en el trabajo o en las vías de comunicación, o alterarlos o dañarlos.

La ley 4ª de 1943 agregó estos otros hechos:

Pescar con dinamita, trampas, basbasco u otra sustancia explosiva o venenosa; destruir, cortar o arrancar los elementos de las vías férreas, estructuras metálicas de caminos y carreteras, líneas telefónicas, telegráficas o eléctricas, tuberías metálicas de acueductos, elementos metálicos de cables aéreos y la ejecución de los mismos ac-

tos con los alambres de púas o postes de madera que sirvan de cercas a los predios rurales o los delimiten (artículos 16 y 22 de la ley citada).

Naturaleza jurídica de estas infracciones

La mayor parte de las infracciones que reglamenta el Código en estos capítulos del Título VIII, corresponden a la clase de los que la doctrina distingue con el nombre de delitos de **peligro**, que tienen como característica común a los **formales**, la de no admitir las figuras de la tentativa y la frustración, por lo menos en su fase precedente, esto es cuando todavía no se ha cumplido la acción objetiva de “prender fuego” a la cosa, toda vez que por lo que respecta al daño potencial que presupone, tienen en realidad fisonomía de imperfectos. Ello porque el mismo hecho, en un delito de **daño** o **lesión**, sería considerado como una simple tentativa o frustración, según los casos; y en cambio, en los de **peligro**, no podrían calificarse sino como infracción consumada o perfecta (1).

La distinción anterior exige explicar o definir las dos clases de delitos que se han individualizado como de **daño** y **peligro**.

Para la existencia legal del primero es menester que efectivamente resulte comprobada la realidad del daño y no la mera posibilidad de que ello ocurra. De manera que su característica es que produzca un daño concreto, determinado, o mejor “que la exteriorización de voluntad que constituyen —acción u omisión— causen una modificación del mundo exterior que destruya o disminuya un bien, sacrifique o restrinja un interés, inmediata y directamente tutelado por el derecho penal” (Rocco).

En los delitos de **peligro** es la posibilidad de perjuicio lo que constituye su elemento diferencial; por tanto, son aquellos que llevan en sí la capacidad, idoneidad o simple potencia de un daño, pero no efectivo o concreto, sino probable o meramente posible, bien sea pasado, presente o futuro.

El incendio y los otros hechos a que se refiere el capítulo I de este Título, como queda ya dicho, son generalmente clasificados dentro de la categoría de los delitos **formales**, aunque no en la acepción rigurosa de este concepto, porque no requieren la efectividad del daño o siniestro para su perfeccionamiento, en orden al **iter criminis** o proceso ejecutivo de los mismos, puesto que no siempre en ellos se da la figura del agotamiento con el daño producido; basta que pueda producirse, sin que aquello represente una modificación en la estructura del hecho, pues siempre será reprimible aunque el resultado querido por el agente no se logre. Es notorio que el hecho en sí debe implicar la existencia de algo material, pero no es de la esencia de es-

(1) “El peligro en estos hechos no recae sobre la persona o sobre la cosa, considerados como bienes jurídicos individuales, sino como bienes jurídicos colectivos”. “El peligro común los vincula; el bien jurídico amparado es una pluralidad indeterminada de personas o bienes” (José Peco. Exposición de motivos. Págs. 377 y 378).

tas infracciones que ello suceda. Así se explica que sea delito el abrir las compuertas de un dique, aunque esto no cause daño alguno (artículo 254, inciso 1º). Por ello el Código aumenta la sanción cuando a consecuencia de ese hecho se produce la inundación o el desastre (inciso 2º, *ibidem*).

En el incendio el mismo criterio puede aplicarse pero con esta diferencia: que en este delito es necesario para su punibilidad la existencia de un resultado "Pero este resultado no es la consumación total de la cosa, sino que consiste en prender fuego a ella, o sea, la **excitatio ignis**, lo que no siempre se puede lograr, a pesar de los esfuerzos del criminal" (Carrara).

En estos capítulos se trata de hechos que traen consigo un peligro común, y a este criterio precisa atender para explicar por qué su incriminación emana del dolo eventual que caracteriza algunos de los delitos contemplados en este Título. Cuando el dolo determinado se presenta, entonces cambia la denominación jurídica de la infracción, porque se está en presencia de un suceso que apenas sirve de medio eficaz para consumir otro delito. El Código prevé esta ocurrencia, y en el numeral 8º del artículo 363, eleva a la categoría de asesinato cualquiera de los hechos a que se refiere este Título, cuando su ejecución revele el designio o intención, por parte del agente, de usar de tales medios para consumir un atentado contra las personas.

"El dolo se apoya, por lo tanto, en el conocimiento de la naturaleza del medio empleado (combustible, explosivo) y sobre la voluntad de emplearlo, a pesar de ese conocimiento.

"La conciencia debe haber tenido referencia al riesgo, solamente como riesgo común. Incluso la actitud de indiferencia ante esos riesgos, que será prácticamente la más frecuente, es suficiente. El dolo eventual puede referirse tanto a un daño como a un peligro; basta que se refiera **al resultado** típicamente constitutivo de la infracción de que se trata. Esos principios no se alternan por el hecho de que ese resultado consista en la creación de una situación de peligro.

"Pero hay más. En realidad, esa indeterminación subjetiva de los resultados es sumamente importante, especialmente con relación a ciertos resultados de daño efectivamente producidos, cuando éstos revisten una gravedad mayor que la del propio delito de desastre. En este sentido, es importante destacar que la adopción del desastre **como medio** para la comisión de un homicidio, hace encuadrable el hecho directamente en el artículo 80, 2º.

"Además de eso, para que la figura del estrago no quede alterada, es preciso que la subjetividad del autor permanezca dentro de lo que razonablemente puede ser considerado como voluntad de creación de un riesgo directamente referido a un bien especialmente individualizado, no puede excluirse la aplicabilidad del delito de estrago en su forma simple y, además, el resultado expresamente previsto con dolo eventual, en concurso real, si tal resultado se ha producido, siempre que la acumulación de esas penas sea superior a la forma preterintencional correspondiente" ("Derecho Penal Argentino". Tomo IV, Págs. 530 y 531. Sebastián Soler).

Momento de consumación

No existe en nuestra legislación dificultad alguna, como sí la hay en otras legislaciones, para conocer cuando se consuma el delito. Así al emplear el texto de los artículos 251 y 252 las locuciones: "prenda fuego", indican que esta sola circunstancia traduce el delito como consumado, sin que sea menester inquirir la magnitud del daño y los estragos del fuego. No hay, pues, diferencia entre el peligro de prender fuego y la magnitud que éste alcance. De aquí que las figuras de la tentativa y el delito frustrado no aparezcan en algunas de estas infracciones, tal como las reglamenta el Código. El delito consiste, simplemente, en poner fuego. Este solo hecho material indica la intención del agente y lo constituye en infractor de la ley. Si el fuego se extingue fácilmente, si no hay daño, siempre habrá delito. Por ello es tan útil tener siempre presente la categoría de infracción formal que presentan los hechos castigados en estos capítulos. Al comentar los artículos 251 y 252 se ampliará este concepto.

Debe anotarse, empero, que el artículo 256 y otras normas similares de este Título pueden ofrecer el caso de que el propósito perseguido por el delincuente al ejecutar cualquiera de los hechos que esas normas sancionan, por causa ajena a su voluntad, el daño o deterioro de la vía férrea o automoviliaria, máquinas, instrumentos, etc., no se produzca. Entonces podrían presentarse circunstancias que dieran a esos hechos características del delito imperfecto reglamentado de manera especial en este artículo, esto es, como un caso *sui generis* de tentativa.

En esta clase de delitos, que se consuman desencadenando las fuerzas naturales, es preciso tener siempre presente que la incertidumbre de los resultados constituye un elemento característico. Ello determina también que la intención del agente no sea un criterio muy certero para apreciar la mayor o menor gravedad de la infracción, desde luego que a la postre el daño o el estrago producido no guarda relación con el propósito original del delincuente. De aquí que la ley atienda solamente al **peligro común** que tales hechos eventualmente pueden producir y sobre esta base fije la sanción.

Es, pues, en consideración al eventual peligro común que puede producir al consumarse, como la ley reprime las infracciones de que trata este Título. Y vale la observación de que no siempre resulta fácil de encontrar una concurrencia delictuosa con un ilícito de mayor gravedad, como sería un delito imperfecto contra la vida. Ello porque para la existencia de un fenómeno de tal índole sería menester que surgiera de los hechos un dolo determinado por parte del agente, al producir la explosión, o al abrir los diques, envenenar las aguas, o prender el fuego, etc. Entonces sí, todos estos procedimientos tendrían el carácter de medios idóneos empleados para realizar un delito fin de naturaleza más grave. Precisamente por esta razón el mismo Código prevé contingencias como ésta cuando, como ya se afirmó, en el numeral 8º del artículo 363 llama asesinato a cualquiera de los hechos a que se refiere el Título VIII, que se comenta, cuando el

atentado contra la vida o contra la integridad física se consuma por alguno de esos procedimientos.

Los delitos de que trata el Código en estos capítulos tienen la particularidad de que se consuman desencadenando las fuerzas de la naturaleza, o los elementos químicos que el hombre ha creado para su desarrollo y progreso, pero que aplicados a empresas de destrucción, muy difícil es saber hasta donde resultan capaces para producir grandes estragos y desgracias.

Esta incertidumbre de los resultados, no sobra repetirlo de nuevo, constituye el elemento característico de tales infracciones. Por ello no puede decirse que en éstas, como sucede en otras de las contempladas en la ley penal, la intención del agente sea un criterio que juegue papel de capital importancia para apreciar su mayor o menor gravedad. Es que, a la postre, el daño o el estrago producido no guarda relación con el propósito inicial del delincuente.

Bueno es insistir, también, que es nota característica de esta clase de delitos que dentro de la clasificación general, en **materiales y formales**, o como también se las llama, **delitos de lesión y delitos de peligro**, pertenezcan a esta última categoría, lo cual tiene importantes consecuencias jurídicas. Una de ellas es que como la propia noción de infracciones formales lo indica, para su existencia no es menester que el evento dañoso se produzca, pues los actos que los constituyen en sí mismos, abstractamente considerados, son peligrosos y el daño apenas es potencial. Esto no significa, claro está, que el hecho mismo no implique la existencia de algo material; mas, con todo, no es de la esencia de estos ilícitos que ello suceda. No significa, tampoco, que ese daño completo se desprece y no se tenga en cuenta en forma alguna. Lo que acontece es que cuando quiera que el dolo eventual que surge de esta clase de delitos, se excede con la concurrencia de otro de mayor gravedad, como, por ejemplo, la muerte de una o varias personas, a consecuencia de la consumación de alguno de los hechos de que trata este Título, la delincuencia del agente toma otra fisonomía, acorde con los intereses jurídicos violados.

El dolo determinado, que lleva a producir la muerte con el empleo de estos medios, descubre otra categoría de infracción, que podría dar lugar a una concurrencia, cuando fuere dado establecer o comprobar que el agente al usarlos tuvo un propósito distinto al de causar un daño material o patrimonial o realizar actos que no fueran sólo de peligro, en su acepción jurídica, antes indicada, sino de verdadera perturbación a los derechos ajenos, por daño efectivo y actual. Únicamente las circunstancias de cada caso podrán determinar cuál de estas contingencias prevalece para estructurar la fisonomía jurídica que pueda darse a situaciones tan diversas en el plano de los hechos abstractos, como las contempladas en este Título.

Con todo, como hechos de tal naturaleza bien pueden producirse dentro de especialísimas circunstancias, que les den carácter de culposos, ora porque el agente no previera los efectos nocivos del acto, habiéndolos podido prever, o cuando habiéndolos previsto confió imprudentemente en poder evitarlos (artículo 12, inciso 2º), dada la indudable gravedad de tales ocurrencias, menester es que la ley

las sancione. A ello se refiere el artículo 275, disposición que por la forma en que está redactada, con explícita referencia al Título VIII, que versa sobre "Delitos contra la salud e integridad colectivas", es obvio que comprende todos los casos en que el fenómeno de culpa se presenta en este género de infracciones.

Tal vez en este punto el derecho positivo no resulta muy conforme con la concepción de algunos doctrinantes, que no aceptan la culpa en infracciones como las sancionadas en los capítulos I y II del Título VIII. Mas ello, que constituye una crítica al Código, desde el punto de vista doctrinal, carece de significado jurídico frente al texto del artículo 275.

Ya se ha recordado varias veces que el estatuto estructura la culpa en la Parte General, conforme a las nociones que de ese fenómeno se anotaron al estudiarlo en aquella oportunidad; pero también en la Parte Especial del Código se acepta esa figura en todas aquellas infracciones que son susceptibles de ella. De conformidad con este criterio, resulta innegable que el artículo 275 comprende todos los eventos que sancionan los dos capítulos del Título VIII. Por consiguiente, culposos pueden ser "algunos de los hechos de que trata este Título", aunque en el campo especulativo no aparezca que delitos como esos pueden considerarse como culposos.

Sin embargo, para justificar la estructura del Código, vale la pena recordar una frase de Peco: "Sólo excepcionalmente se concibe un delito de esta naturaleza sin culpa".

CAPITULO I

Del incendio, la inundación y otros delitos que envuelven un peligro común

en cosa mueble ajena, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión.

"Si el incendio lo produjere en archivos, bibliotecas, museos, laboratorios u otros elementos destinados a la ciencia o a la cultura social, la sanción se aumentará hasta el doble".

"Artículo 252. — Al que prenda fuego en cosa inmueble ajena, se le impondrá de uno a siete años de presidio.

"La sanción anterior se aumentará hasta en la mitad y se impondrá además multa de cuarenta a cinco mil pesos, si el hecho se comete en edificios destinados a habitación, o en edificios públicos o destinados a uso público; en establecimientos industriales o agrícolas, en estaciones ferroviarias, marítimas o aéreas, en almacenes u otros depósitos de
"Artículo 251. — Al que prenda fuego

mercancías o de objetos alimenticios, o en almacenes o depósitos de materias explosivas, inflamables o combustibles”.

Los elementos del incendio, de conformidad con la estructuración que le dan los artículos 251 y 252, son los siguientes:

- a) — Prender fuego;
- b) — Que ello se realice en cosa mueble o inmueble;
- c) — Que tal cosa, mueble o inmueble, sea ajena; y
- d) — Que el fuego constituya un peligro.

La intención dolosa se presume, siempre que el hecho no tenga carácter culposo.

Sobre el primer elemento ya se hizo notar, al tratar de la naturaleza jurídica de este delito, que el Código emplea la expresión “prenda fuego”, en lugar de esta que figura en otros estatutos: “causar incendio”, o alguna similar que signifique la realización efectiva del hecho de destruir una cosa mediante la acción del fuego, en lugar de la idea de peligro inherente a la primera expresión. Incendio es “fuego peligroso”. Soler justifica esta definición afirmando que “esta noción correspnde plenamente a la doble concurrencia de una determinada fuerza (la del fuego) y de la real existencia de peligro. El incendio sin peligro común para los bienes no es incendio, sino daño, cuando recae sobre bienes ajenos. Esta última circunstancia, a su vez, resulta totalmente indiferente en caso de verdadero incendio: el que quema una cosa propia con peligro común, incurre en el delito de incendio. También puede provocarse incendio quemando cosas sin valor o abandonadas (basuras). Por otra parte, concurriendo el peligro, es indiferente que alguna cosa se haya quemado total o parcialmente” (Soler “Derecho Penal”, Tomo IV. Pág. 524).

La idea del peligro, inherente al incendio, no es ajena a la estructura del Código, porque el mismo capítulo la incluye como distintiva del delito. De allí por qué dicho capítulo se refiera concretamente al incendio y a la inundación y amplía las demás modalidades bajo la designación “de otros delitos que envuelven un peligro común”. De manera que la idea de peligro va implícita en esta clase de infracciones tal como las estructura el Código Penal vigente, peligro que por lo demás es incierto e indeterminado.

Esta noción de peligro está siempre presente en la idea del delito de incendio. De otra manera la expresión “causar fuego” habría sido preferida a la que contiene el estatuto, y que constituye el primer elemento estructural del incendio.

Los expositores no concuerdan en este punto de la doctrina, que tiene su relación directa con el momento consumativo del delito. Si la expresión anotada por el Código incluye únicamente el concepto de delito de riesgo dado al incendio, basta ese hecho material, de prender fuego, para que la punibilidad del acto se manifieste desplazando los fenómenos de la imperfección en esta clase de infracciones.

En este punto conviene reproducir la doctrina de Carrara, que permite una mejor comprensión del fenómeno.

“El incendio se define, precisamente, como la **excitación** de

un fuego peligroso, porque, dada la condición de peligroso del fuego suscitado, la sola excitación agota la consumación del delito. Una vez que se ha prendido fuego a la cosa que se quiere quemar, no se debe esperar un resultado ulterior para declarar consumado el delito. Carmignani enseñó esto medianet la fórmula **cum arserint aedes**, y ello está admitido por todos los mejores criminalistas contemporáneos.

“Representa ésta una nueva prueba de la congruente colocación del incendio entre los delitos sociales. Quien no vea en el incendio nada más que un **daño**, para decir que el delito está completo y perfecto deberá esperar que la casa entregada a las llamas haya sido totalmente consumida; y no podrá admitir esto mientras permanezca en pie una parte de la casa que el incendiario quería destruir, porque hasta este momento el culpable no ha producido todo el efecto que quería producir. Pero ya que la objetividad prevaleciente en el incendio no es el derecho de propiedad, sino la tranquilidad pública, y la lesión de este derecho universal ya está agotada con el solo hecho de prender el fuego, por ello en esta acción se encuentra lo necesario para infringir toda la pena ordinaria, no porque la tentativa se castigue a la par del delito consumado, sino porque en ese hecho no se encuentra una simple tentativa, sino un delito perfecto” (“Programa”, parte especial, Vol. VI, Nos. 3081 y 3082, págs. 181 y 182).

La razón de por qué el incendio es delito de peligro, podría encontrarse en la distinción que debe hacerse sobre la tutela jurídica encomendada a esta clase de infracciones. En la mayoría de los casos, el derecho penal protege un bien jurídico radicado en una persona, cuando la amenaza que constituye el hecho mismo del ilícito va dirigida a tutelar el bien radicado en esa persona individual. En los casos de los delitos de que trata este capítulo la protección legal se extiende a los bienes “considerados en común, pertenecientes a un número indeterminado de personas y dotados de distinta naturaleza (vida, salud, hacienda)”, idea que expresa el mismo Soler en esta admirable síntesis: “En esta clase de delitos, la **seguridad** común de los bienes es el bien jurídico vulnerado; el **peligro común** es la situación objetiva creada por la acción”.

La idea de peligro común, inherente, como se ha dicho, a estos delitos, puede valorarse desde un plano subjetivo, es decir, como “sentimiento” o bien dentro de un concepto objetivo que implique una “situación”.

El peligro puede manifestarse en dos formas: el peligro abstracto, que surge de una presunción legal absoluta y es fundamento en la excepción en cuanto esta experiencia demuestra que empleados ciertos medios se tienen que derivar determinados efectos. El peligro será concreto cuando se exige que se establezca verdaderamente el hecho como resultado de la acción.

Lo abstracto y lo concreto son nociones que están estrechamente vinculadas con la forma en que estas figuras delictuosas resultan estructuradas en la legislación positiva en orden a los resultados potenciales o efectivos que puedan derivarse de la ejecución de los hechos castigados por la ley.

Al concepto abstracto de riesgo o peligro va unida la idea de la alarma social que surge como consecuencia de la ejecución de los delitos contemplados en este capítulo. Ninguna de las modalidades aquí previstas puede escapar al criterio de la eventualidad de un daño en el caso de la producción de un hecho. "Casi todos ellos —dice Binding— contienen lesiones, principalmente daños, como acciones básicas, y su peligrosidad eventual está en concurrencia con aquellos" (1).

De la alarma social que estos hechos causan deriva el delito su misma peligrosidad, concepto al cual el Código Penal colombiano vincula estas infracciones hasta sancionarlas rigurosamente en atención a aquel principio, más que a cualquier otra noción objetiva del daño propiamente dicho, pues aunque éste no exista en su plena significación material, el hecho siempre es punible.

Esa idea del peligro está vinculada a la propia experiencia y a las normas constantes que rigen los actos humanos cuando son producidos con determinados medios. Por eso el peligro abstracto inherente a estos delitos surge necesariamente cuando se producen ciertas acciones, se crean precisas situaciones y se emplean ciertos medios para la ejecución de aquellos. Estudiadas todas las modalidades que contempla el Código en este capítulo, se comprende que es a este criterio al que debe atenderse para estructurar jurídicamente las infracciones de que se trata, dentro de la legislación colombiana.

La razón de esto la anota la doctrina cuando otorga al medio empleado para el delito todo el contenido de la infracción, con prescindencia del propio daño concreto u objetivo, ya que puede decirse que es ese medio calificado el que, al emplearse, constituye el peligro y es ese peligro potencial el que la ley tutela.

Tan cierto es esto que hay casos en el capítulo primero del Título VIII en los cuales el Código consagra una circunstancia agravante por el hecho de producirse el evento dañino, que castiga en consideración al peligro común que envuelve esa actividad ilícita con pena inferior a la que fija cuando el desastre o inundación se produce, como en el caso del artículo 254, o cuando resulta un siniestro de la ejecución de actos como los que señala el artículo 258.

En otros casos no es este mismo el procedimiento del Código para determinar la sanción. Sin apartarse del concepto de peligro eventual que envuelven esos actos, los castiga por ese mismo criterio de peligrosidad común inherente a ellos, como lo manifiesta la cláusula que emplea el artículo 261: "aunque no se produzca daño alguno", reveladora de que el solo riesgo que implican esos hechos ya es constitutivo de delito. Mas en lugar de señalar agravante cuando el resultado sea la inundación o desastre o siniestro, como en los casos primeramente observados, emplea otra modalidad, otra fórmula de sancionarlos, pues ordena aplicar las reglas generales sobre el concurso de delitos cuando hechos como los previstos en el artículo 261 se ejecutan por medio de objetos explosivos o inflamables, o gases o bombas mortíferos.

En esta ocurrencia el daño apenas potencial se castiga por el

(1) Cita de Sebastián Soler.

peligro común que implican tales actos. Pero producido el daño como resultado de éstos, el Código regresa a las normas generales sobre el concurso y a ellas se remite para determinar la sanción. Supóngase, v. gr., la producción de una o varias muertes o lesiones a consecuencia de las actividades descritas en el artículo 261. Al decir el Código que en estos casos regirán las reglas generales sobre el concurso de delitos, es porque contempla la ocurrencia de que se apliquen de conformidad con el criterio de la acumulación jurídica (artículos 31 y 33) las sanciones del caso. Pero como también las mismas circunstancias del hecho pueden revelar la contingencia prevista en el numeral 8º del artículo 363 del Código Penal, para darle al hecho las características de asesinato, la regla del concurso de infracciones tiene que partir de esta base para estructurar la calificación de los delitos cometidos conforme los hechos revelan la intención del agente y las circunstancias de su ejecución. De donde se infiere lo importante que resulta discriminar las distintas modalidades de hechos que el Código contempla en este capítulo y cómo atiende a su sancionamiento, en las unas, considerándolas como elementos para agravar la sanción (artículos 264 y 258), en las otras, con un criterio diferente, aumentando sí la pena, pero de conformidad con las reglas del concurso (artículo 261).

En algunas legislaciones, como la argentina, la idea del peligro constitutiva del incendio está explícita en el mismo texto legal, ya que allí se advierte que el incendio es punible "si hubiere peligro común para los bienes".

Mas, no porque en la legislación penal colombiana, no se emplee exactamente la misma expresión legal, puede decirse que la idea del peligro no está inherente al delito de incendio, desde luego que el mismo Título VIII del Código, "delitos contra la salud y seguridad colectivas", consagra en el capítulo primero los hechos delictuosos consumados por medio del incendio, la inundación y otras infracciones que "envuelven un peligro común". Ello significa que en todas las modalidades que presentan los distintos hechos de que tratan este capítulo y el siguiente, integrantes del Título VIII, la ley tiene en cuenta el peligro común que ellos implican para sancionarlos.

Tan cierto es lo anterior que en las mismas Actas de la Comisión Redactora del Código, se lee: "Doctor Lozano. El incendio sin intención de causar daño no puede concebirse como no sea en los casos de impericia, imprudencia o negligencia, en los cuales, entonces, aparece el fenómeno jurídico del incendio culposo. Incendiar, aunque sea por una tendencia estética, o por un fin meramente lírico, como el que se dice tuvo en mente Nerón al incendiar a Roma, revela en el agente una gran peligrosidad desde el punto de vista social, y los delitos cometidos por motivos fútiles ya vimos que pueden ser agravados en su penalidad. De todos modos la sanción para el incendio debe ser muy severa porque éste es uno de los hechos que deben presentarse a la consideración del legislador. Sería partidario de un artículo general y de varios artículos que contemplen algunas agravantes. Estima innecesario que se diga en cada disposición que haya peligro común,

toda vez que así se denomina el capítulo” (Actas del Código Penal. Pág. 290. Tomo II).

Es indudable que el espíritu de esta opinión tuvo eco en el seno de la Comisión Redactora, y ello explica por qué a diferencia de otras legislaciones, el Código colombiano en los preceptos referentes al delito de incendio y a los demás de este título, no incluye expresamente la fórmula de que la sancionabilidad del hecho depende de que exista un peligro común para las cosas o los bienes.

Definición del Incendio

Criticando Carrara la definición que del incendio da Puccioni, quien sigue las huellas de Poggi y éste las de Lubler, en estos términos: “daño causado mediante el fuego”, dice: “definición inexacta como la que más, porque comprende menos y más de lo definido. Comprende menos de lo definido, porque, siendo hoy doctrina concordante que el incendio agota su esencia por el hecho de pegar fuego, incluso antes de que exista un daño, dejó fuera de la definición todos los incendios consumados que no hubiesen causado todavía daño. Luego, esa definición comprende más de lo definido, porque incluye en el título de incendio la simple **ustión**, la cual no es un incendio, y está muy lejos de ser tal desde cualquier punto de vista. La índole especial del delito de incendio reside en el peligro que causa el fuego elevado en llamas. Cuando al fuego le falta la potencia para elevarse en llamas, ese peligro no concurre, y no existe incendio, sino una simple **ustión**, la cual no es otra cosa que un **daño ordinario**. Si el vecino envidioso arruina con un cigarrillo encendido la puerta de mi casa recién arreglada, o mata mi camelia quemándole la corteza, o echa a perder la falda de mi traje, será considerado culpable de un **daño causado mediante fuego**, pero nadie se atreverá a castigarlo como incendiario. Luego, lo que hace absolutamente inaceptable esta definición y el concepto del daño en que ella se funda, es que no permite considerar incendio la quema de la propia casa” (Prog. N^o 3049, Parte Especial, Vol. VI).

Buscando una definición el Maestro acepta la de Koch: “Incendium est delictum, quo ignis periculosus ixcitatur”, a la cual agrega la fórmula “causado por mano del hombre” para no incluir dentro del concepto de incendio el producido por la acción del rayo “respecto del cual todos están de acuerdo que no le corresponde la denominación de incendio”.

Sobre la misma definición adoptada, el propio Carrara encuentra los criterios diferenciales del delito, que se reducen a dos: primero, la excitación del fuego; segundo, el peligro. “La primera fórmula —añade— determina el momento consumativo del delito, el cual, según el pensamiento general de todas las escuelas, no se debe buscar en la destrucción total de lo que se quería quemar, sino que se agota tan pronto como el fuego es aplicado a la cosa”.

El Código Penal colombiano no emplea la expresión “prender fuego en un edificio”, en el artículo 251, sino “prender fuego en cosa inmueble”. Esta expresión comprende una idea más lata que la pri-

mera porque aquélla da a entender que para que exista el delito de incendio en grado de perfecto, es indispensable que toda la edificación sea presa de las llamas, dejando como figuras de delitos imperfectos, los casos en que apenas una parte de la edificación haya sido incendiada, porque la acción de los bomberos o de los particulares haya impedido la consumación por el fuego de toda la edificación.

En estas materias debe tenerse muy en cuenta el siguiente concepto de Carmignani, citado por Carrara, de gran utilidad práctica para resolver casos dudosos sobre la perfección o imperfección en el delito de incendio: "Para que exista delito **consumado** es necesario que ya hayan comenzado a arder las cosas que se quería incendiar, sin que sea necesario esperar a que estén totalmente consumidas o destruídas".

Cuando el delito de incendio se estructura sobre la idea de que efectivamente se produzca el incendio y se destruya la cosa, parece que el Código no debía emplear mejor locución que "causar incendio", en lugar de "prender fuego", que emplea el estatuto vigente, u otra análoga, como "suscitar una llama".

Es innegable que con la fórmula "causar incendio" no es menester otra cosa que verificar el hecho para dejar estructurado el delito. Así lo prohijan los comentaristas de los códigos que tal locución emplean. En cambio, el uso de la otra expresión "prender fuego", como lo hace el Código colombiano, constituye una actividad que bien puede considerarse en cierto sentido como indefinida y talvez de mayor amplitud que la primera. En todo caso, no se advierte en ella que sea menester para que el delito se consume que el fuego, como elemento destructor, como fuerza de la naturaleza, cumpla su función de medio para lograr el fin perseguido: la destrucción de la cosa.

Rastreando en el sentido de estas expresiones y para señalar cómo su empleo no es arbitrario, sino que obedece a una consideración que afecta la estructura misma de este delito, resulta de utilidad transcribir el criterio del tratadista doctor José Peco, quien para justificar el empleo del término "causar incendio" se expresa así en su "Exposición de motivos al proyecto de Código Penal", por dicho autor elaborado para la República Argentina:

"Puesto que el incendio entraña sólo la verificación de un estado de hecho, es certera la primera locución del artículo 186 del Código referente al que **causare incendio**. A **pegar fuego** se refiere el Código Penal de Panamá en el artículo 255, bajo la influencia del artículo 300 del Código Penal italiano de 1889; a **prender fuego**, el de Colombia en el artículo 251 y el de Dinamarca en el 180, y a **suscitar una llama** el Código Penal uruguayo en el artículo 206. A la cordura judicial se deja la facultad de apreciar todas las circunstancias en el caso concreto, sin trabas en respecto a la forma del incendio, a la manera de iniciarlo y al bien aplicable, según el canon más prohijado por la doctrina y las legislaciones. Ocasionar el incendio, sin pesquisar la causa, ni la forma, ni el bien, importa acreditar una situación objetiva de peligro menos indefinida que prender fuego o suscitar llama, aparte de que puede ser oriundo tanto de una llama pronta a propagarse como de un rescoldo casi extinguido, pero alimentado por el

soplo del viento. En suma, el artículo 216 instaura una presunción absoluta de que todo incendio lleva ínsito un peligro indeterminado para las personas o para los bienes, salvo el caso de incendio de la cosa propia, en la cual es extremo ineludible el de comprobar el peligro efectivo" (op. cit. pág. 383).

Momento consumativo del delito de incendio

No están acordes los doctrinantes en este punto. Algunos sostienen que el delito de incendio es por su naturaleza un delito de peligro. A esta circunstancia otorgan todas sus consecuencias, y por ello, sólo cuando aparece el peligro, puede decirse que el hecho encuentra su total perfeccionamiento, no necesitándose de otro complemento para su plena punibilidad.

Hay también quienes piensan que la sola actividad del agente, manifestada en forma objetiva en el hecho de prender fuego a una cosa, constituye el delito.

No faltan otros que exigen para la consumación del delito que el fuego empleado tenga la potencialidad necesaria para propagarse, pues si carece de ella, no podría constituirse jurídicamente la figura, por lo menos en su forma de perfecto.

Por último, no faltan quienes afirmen que sólo está consumado el incendio cuando la cosa o inmueble sobre la cual recae la acción del fuego, puesto como elemento destructor por el agente, ha comenzado a destruirse, es decir, cuando el fuego como medio ha principiado en su violencia a producir su efecto, de conformidad con el propósito perseguido por el que emplea ese medio con un fin determinado.

Entre estas teorías cuál acoge nuestro Código?

Atendiendo al sentido gramatical de la palabra que emplea el Código, o sea "prender", es manifiesto que una de sus acepciones, señalada por el Diccionario de la Lengua, es precisamente "empezar a ejercitar su cualidad o comunicar su virtud una cosa a otra, ya sea material o inmaterial, lo que se dice regularmente del fuego cuando se empieza a cebar en una cosa material".

Luégo el sentido etimológico de la expresión usada por la ley implica que la acción de prender fuego apenas cabe cuando existe una relación de causalidad entre el hecho de servirse de ese elemento material que es el fuego —"materia encendida en brasa o llama"— y el contacto con la cosa que se quiera destruir por ese medio, contacto que sirve para comenzar a cebarse en la materia de que está compuesta aquella cosa.

De manera que si la ley otorga a esta infracción una fisonomía de hecho peligroso (fuego peligroso es el incendio, según lo define Koch —definición que acepta Carrara—), dicho peligro debe estar representado por algo objetivo o material que implique la adherencia de la cosa ígnea o carburante a la materia inflamable o susceptible de destruir por ese medio. El contacto entre las dos materias, entre lo carburante y lo combustible, tomando el primer vocablo, según la física lo enseña, como la materia que hace entrar en combustión o la

activa, y el último como lo que puede arder o arde con facilidad, para que de esa acción surja físicamente la combustión de un cuerpo combustible con otro carburante, es lo que otorga pleno significado a la actividad que el Código designa como "prender fuego" y sobre la cual fija el momento consumativo de la infracción.

Por eso, una vez realizada esa actividad, es decir, cuando producido un peligro actual y concreto por medio del fuego —grave por el mismo medio empleado— el peligro inherente al delito de incendio aparece evidente, porque la acción del fuego vino a crear una consecuencia resultante de su comunicación con la cosa a que le fue aplicado y aun cuando la materia ígnea que se emplea haya sido separada de la materia que se pretende inflamar por aquel medio.

De allí que, aunque el agente, puesto en actividad el incendio, se arrepienta o causas extrañas impidan el propósito perseguido por él, el delito siempre será punible; es claro que desentrañando en cada caso si hay delito imposible, si existe desistimiento voluntario o, en último término, si el hecho quedó en su fase de imperfección, porque en el proceso antecedente al delito para agotarlo, consumarlo o perfeccionarlo, algo implica su no cumplimiento.

Consecuencia de lo anterior es que no habrá delito de incendio consumado o perfecto sino cuando la cosa sobre que se dirige la acción delictuosa comienza a arder, que es como decir gramaticalmente "estar incendiada", porque en este mismo orden de ideas incendio tiene como acepción algo que sugiere el concepto de fuego de algunas proporciones, que abrasa lo que no está destinado a arder; lo que explica por qué la definición más exacta es la anteriormente dicha, aceptada por Carrara, en los siguientes términos simples: "fuego peligroso".

No es posible desprenderse, para comprender el momento consumativo del incendio dentro del Código, de la idea que aclara toda esta doctrina elaborada con el más estricto ceñimiento a los principios que la informan, en cuanto son los únicos aplicables al estatuto en la materia que se estudia, idea consistente en partir de la base de que el delito de incendio, tal como lo estructuran los artículos 250 y 251 en cosas muebles o inmuebles, parte del concepto de que se emplea un medio, que es el fuego, y con este medio se trata de producir la combustión de una cosa no destinada a arder por sí misma. Logrado por el agente, al emplear aquel medio, que la cosa arda y sea víctima de las llamas, los demás hechos posteriores a ese acto no cambian la faz jurídica del delito como infracción consumada, esto es, será indiferente que el fuego produzca muchos o pocos estragos o daños, o que su duración sea por tiempo corto o largo.

Otra cosa sería que se pretendiera incendiar una cosa aproximando la materia inflamable y sin que todavía se logre el contacto de ésta con aquélla, aparezca una causa extraña que impida la ejecución del delito. Entonces sí sería factible buscar en ese proceso ejecutivo del hecho, todavía incompleto, cuál grado de imperfección le corresponde, para ubicarlo entre la tentativa o la frustración. Aquí será de gran utilidad tener en cuenta esta doctrina de Carrara:

"Pero para decir que ha quedado (el delito de incendio) en

tentativa es preciso que no se haya prendido todavía fuego a los objetos que se querían quemar. El incendio prendido no es tentativa, pero admite tentativa en su fase precedente. Ahora bien, cuando la tentativa fue de tal carácter que merezca ser imputada, deberá sin embargo imputarse siempre menos. No es verdad que el incendio sea un delito puramente formal en el sentido riguroso de la palabra. No se completa con la sola acción del culpable, sino que tiene necesidad de un **resultado**, pero este resultado no es la consumación total de la cosa, sino que consiste en prenderle fuego a ella, en la **excitatio ignis**, lo cual no siempre se puede lograr, a pesar de los esfuerzos del criminal”.

Mas adelante agrega, el mismo Maestro: “Una vez que se ha dicho que el incendio admite una fase de tentativa precedente al encendido del fuego, lo cual puede ser punible como conato según las reglas generales de éste, no es preciso agregar nada mas para quien ya conoce las reglas generales de la imputabilidad política de la tentativa”.

Y para agotar esta materia de suyo difícil y como contribución a su dilucidación más completa en la medida en que lo permitan estos comentarios, resulta imposible sustraerse a la tentación de transcribir la magistral forma como el Maestro Carrara epiloga su tratado del incendio con ejemplos, según los cuales se puede sostener solución diferente en los seis casos siguientes:

“1º — Se arrojó un tizón ardiente en mi casa y se prendió fuego a los muebles, pero aún no se había comunicado a los aposentos y a las puertas cuando los vecinos se hicieron presentes y apagaron el fuego. En este caso existe un **incendio consumado**, porque se prendió un **fuego peligroso**. 2º — El tizón ardiente tenía **potencia** para prender fuego a los muebles de la casa donde fue arrojado, y por esto la tenía para prenderle fuego a la casa misma, pero los vecinos acudieron de inmediato y lo apagaron antes de que se comunicase a mis cosas. En esta hipótesis existe un **incendio frustrado**. 3º — El tizón ardiente se consumió solo y resultó insuficiente para prenderle fuego a mis cosas. Existirá un **incendio tentado**, no un incendio frustrado, porque la falta de éxito fue el resultado de la manera de actuar del culpable, sin la intervención de un hecho fortuito y de un impedimento exterior. 4º — El tizón ardiente no le pudo prender fuego a nada, porque en la pieza vacía no había ningún combustible. No existe ni siquiera tentativa porque debido a la inidoneidad absoluta de los medios, y por la falta de un sujeto pasivo sobre el cual fuese posible la consumación (1). 5º — El incendiario fue sorprendido e impedido mientras se encontraba en mi casa y estaba por prenderle fuego. Existirá una tentativa **próxima**. 6º — Fue sorprendido y detenido por el camino mientras se aproximaba con los combustibles a mi casa para prenderle fuego. Existirá una tentativa **remota**, ya que los actos ejecutivos no se han ejercido aún sobre el sujeto pasivo de la consumación. Todas estas soluciones presuponen (como se entiende)

(1) En la legislación penal colombiana este caso sería delito imposible (artículo 18 del Código Penal).

la intención dirigida a realizar el incendio" (Programa. Parte Especial, Vol. VI, N^o 3085).

Peligro común

Podría decirse, siguiendo las huellas de Peco, que en todos los delitos contemplados en este Título la tutela jurídica del Estado tiene menos en cuenta la lesión que el peligro; el daño efectivo que el probable.

Peco afirma que la sistemática del Código Penal colombiano en cuanto a estos delitos, atempera el sistema casuístico, pero no lo elimina, sistema éste último que censura por desventajoso, debido a la dificultad y muchas veces la imposibilidad de prever los eventos de singular importancia, lo que hace a la ley apreciar todos los casos, tarea que sólo debe incumbir al Juez apreciando cada caso en concreto.

El Código estructura como elemento del delito de incendio, tratándose de bienes inmuebles, el que recaiga sobre cosa ajena. Ello significa que excluye el hecho cuando recae sobre la cosa propia y lo que es más todavía ni siquiera otorga dicho estatuto carácter de punibilidad a ese evento en el caso de que se deriven consecuencias peligrosas para los bienes de las personas extrañas por la vecindad del inmueble incendiado por su mismo dueño.

Con todo, esto no quiere decir que deje de sancionar tales hechos. Sólo que lo hace en título diferente, dándole la denominación de "otras defraudaciones", que contempla junto con el abuso de confianza en el capítulo V del Título XVI, entre los delitos contra la propiedad.

Así, cuando el incendio de bienes inmuebles lleva como finalidad un propósito de lucro, v. gr. cobrar el seguro contra incendio del inmueble, lo castiga en el capítulo ya citado, artículo 417. Si el fin va dirigido sólo a utilizar o destruir o dañar una cosa de utilidad social (recuérdese que la propiedad tiene una función social según mandato constitucional!) la tutela penal se ejerce de conformidad con la regla del artículo 428.

No se explica esta actitud del Código Penal colombiano, si se tiene en cuenta que configura el delito de incendio dentro de la idea implícita de que acarrea un peligro común, desde luego que con tal principio es forzoso recordar que el incendio en cosa propia puede determinar riesgo para las personas o las cosas y, por tanto, debería ser castigado bajo la calificación jurídica de incendio y como infracción así denominada.

Por cierto que es común a la doctrina invocar la razón de la penabilidad del incendio en cosa propia cuando esté presente la circunstancia del peligro común que implica tal acción, si bien en uno y otro caso pueden ser distintas, en cuanto para el primero la idea del peligro común es inherente al hecho, porque existe en la ley esa presunción; mas no así en el segundo, en el cual debe ser establecida esa circunstancia para que el hecho caiga efectivamente bajo las sanciones penales.

Incendio en lugares habitados o no

Algunos códigos, como el español, distinguen los casos de incendio producido en lugares habitados, cuando el sujeto activo ignora la presencia de personas en ellos, de aquellos otros en los cuales se conoce ese hecho y es esto lo que precisamente determina una mayor gravedad en la infracción.

Participa el incendio del doble carácter de delito contra la propiedad y contra las personas. De ello se derivan varias consecuencias: que por este último carácter puede ser estimado como circunstancia de mayor peligrosidad el vínculo de parentesco, ya que manifiesta grave menosprecio a ese vínculo quien se sirve del fuego para causar daños en la propiedad o en las personas ligadas al agente con tales vínculos.

Por el carácter de delito contra la propiedad, los daños producidos pueden ser objeto de diferentes grados de responsabilidad y aún de pena. Algunos códigos así lo consagran. El colombiano no hace distinciones al respecto, señalando penas mayores o menores si el perjuicio pasa o excede de determinadas cantidades, fijadas en la ley taxativamente. Ello significa que el estatuto conserva en este particular su orientación de considerar la peligrosidad, antes que todo otro concepto, sobre el ente jurídico del delito, manteniendo aquella como el criterio más adecuado para una científica represión de esta clase de delincuencia.

Al respecto conviene anotar lo que consta en las Actas de la Comisión Redactora del Código.

“El Doctor Rey observa que no deben cobijarse bajo la misma disposición los incendios que se causen en bienes muebles con los incendios que se produzcan sobre inmuebles, porque indudablemente hay gran diferencia en el daño que se puede causar, como también en el grado de peligrosidad del agente.

“El Doctor Cárdenas dice que encuentra aceptables las objeciones que se han formulado a los artículos que se discuten, y que no halla inconveniente en que se cambie la sanción aumentándola y contemplando separadamente la hipótesis de los muebles de la de los inmuebles, y poniendo agravantes en el primer caso, cuando se tratare de museos, bibliotecas o bienes semejantes; y agravando al mismo tiempo en la segunda hipótesis la sanción cuando se trate de establecimientos de uso público y de otros similares, en concordancia con el pensamiento que tuvo al redactar el artículo siguiente”.

Tampoco distingue el Código, como sí lo hacen algunos, entre casa destinada a habitación, pero no habitada, y la casa actualmente habitada. Carrara observa que no le parece justo equiparar los dos casos. Mas, cuando la ley no distingue no es permitido al intérprete hacerlo.

Dolo de ímpetu en el incendio

Se discute si el incendio puede ser cometido con dolo de ímpetu o siempre tiene la categoría de premeditado. Algunos opinan que esto último es lo cierto, hasta el punto de elevar esa circunstancia al

grado de presunción. La cuestión está relacionada con problemas que surgen de uno u otro criterio. Si sólo se admite el concepto de la premeditación, es porque se excluye la posibilidad de que el delito haya surgido repentinamente e impulsivamente en el ánimo del agente, o determinado por alguna fuerza psicológica, como la ira o el dolor intenso causados por grave e injusta provocación, en cuyo caso la atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal, tendría aplicación. Debe recordarse al respecto que la causal de atenuación mencionada está implícitamente aceptada para todos los delitos, desde que el artículo que la consagra comienza extendiéndola sin excepción, a todo género de infracciones, al decir "cuando se cometa el hecho..."

Es indudable que en esta fórmula se comprenden todos aquellos hechos susceptibles de producirse por causas determinantes surgidas de un ímpetu, causado por alteración del ánimo o la fuerza pasional de todo impulso, debido a perturbación psicológica producida por un estado impetuoso o por una pasión exaltada.

"No hay razón —dice Carrara— para que se equipare en la pena al que de tiempo atrás preparó y meditó el incendio de mi casa y al que por un ultraje que yo le inferí o por violencias injustamente ejercidas sobre él, súbitamente indignado, en vez de hundirme un puñal en el pecho (caso en el cual lo consideraría provocado y excusado frente al homicidio), haya raspado un fósforo en sus ropas y sin demora y bajo el ímpetu de la indignación lo haya arrojado en mi cabaña para incendiar el edificio" (op. cit. N° 3078, pág. 177, Vol. VI, Parte Especial).

Estos principios son también aplicables a la legítima defensa. "Quién osaría negármela —interroga el Maestro— si habiendo sido secuestrado por un grupo de bandidos le prendiese fuego a la casa para escapar de sus manos?"

La figura de la instigación en el delito de incendio

Dice la Procuraduría:

"La figura de la instigación está tomada por la doctrina y por nuestro Código Penal en dos sentidos sustancialmente distintos: primero, como hecho autónomo o delito *per se*. Es la instigación específica. Y segundo, como forma de participación psicológica o moral en un ilícito. Es la instigación genérica que corresponde al autor intelectual del delito.

"Como infracción autónoma la consagra el artículo 209, en estos términos:

"El que de manera pública y directa incite a otro u otros a cometer un delito determinado, incurrirá en arresto de dos meses a un año, y en la multa de cincuenta a mil pesos, siempre que tal acción no esté prevista como delito de mayor gravedad en otra disposición.

"Y como forma de concurso en el delito, el Código la prevé en el artículo 19, inciso segundo. Dice así la norma:

"El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, quedará sometido a la sanción establecida para el delito.

Delitos Contra la Salud y la Integridad Colectivas

“En la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo”.

“Por tanto, son bien marcadas las características de estas dos clases de instigación.

“En la específica (artículo 209), se requieren estas notas esenciales:

“a) — Que el sujeto activo del delito haga una incitación directa, esto es, que ejecute una acción física tendiente a excitar, estimular, mover o impresionar la psicosis ajena;

“b) — Que esa incitación sea pública, en el sentido de que trascienda a un número plural o indeterminado de personas; y

“c) — Que la incitación se dirija a cometer un delito determinado, entendiéndose por éste, no una figura genérica, sino un hecho concreto y preciso.

“No basta —dice Soler, a este respecto— hablar, en general a favor del robo, sino que es preciso instigar a la comisión de cierto robo o de cierta pluralidad de robos determinados.

“En cambio, para que haya instigación genérica (artículo 19), deben concurrir estos tres elementos:

“1º — Que el instigador *determine* a otro a cometer un delito individualizado, es decir, que subyugue y venza la voluntad del instigado hasta crearle la resolución criminal;

“2º — Que, en consecuencia, haya nexo directo de causalidad psicológica entre la acción del inductor y la decisión del inducido; y

“3º — Que el delito ideado por el instigador se realice, aunque no sea completamente, sino en forma imperfecta.

“La diferencia específica entre estas dos figuras consiste, pues, en que en la instigación, como delito *per se*, no se comete el ilícito a que se dirige la actividad del incitador; en tanto que en la instigación, como forma de concurso en un hecho punible, es necesario que éste tenga siquiera un principio de ejecución.

“Pueden anotarse estas otras diferencias:

“La instigación específica ha de ser pública, y ella obedece generalmente a situaciones particulares de agitación colectiva. Es la infracción de los oradores y escritores exaltados e imprudentes: se hace a plena orquesta y con el dolo repentino o de ímpetu. Al contrario de la instigación genérica, que es sobrepticia, tenaz y fruto, en la mayoría de los casos, del dolo premeditado. En la una, el incitador presenta la cara; en la otra, escurre el bulto. En la primera, basta excitar o impresionar la voluntad ajena; en la última, hay que vencerla y determinarla hasta obtener la resolución de otro y convertirlo en sujeto activo del delito. Detrás de la primera está la posibilidad de un peligro; detrás de la segunda está el solo hecho de incitar; la por cometerse el delito a causa de la obra del inductor” (Concepto de 17 de julio de 1950).

“Artículo 253. — Al que ocasione el incendio, la sumersión o el naufragio de una nave o de otra construcción flotante, o bien la caída o deterioro de una aeronave de propiedad ajena, se le impondrá prisión de uno a siete años, y multa de cincuenta a cinco mil pesos”.

El Código en los dos artículos anteriores (251 y 252) ha he-

cho especial referencia a los casos de incendio producido en bienes muebles e inmuebles, elevando en el inciso segundo del primero de los nombrados la penalidad cuando el fuego se produce en archivos, bibliotecas, museos, laboratorios u otros elementos destinados a la ciencia, sin duda por el interés público en defender y tutelar estos lugares, dedicados a la cultura popular y a claras finalidades educativas, lo mismo que a la defensa de la sociedad contra las epidemias y las enfermedades y a la preservación de las mismas.

Mas, idénticas prevenciones en orden a la seguridad social debían motivar que el incendio, sumersión o naufragio, la producción de la caída de una aeronave ajena, determinara una especial represión por la gravedad intrínseca y la indiscutible peligrosidad que representan los hechos que enumera el artículo 253, como constitutivos de infracción.

Las modalidades del delito que el texto consagra se reducen a las formas de ejecución del mismo por medio del incendio, la sumersión y el naufragio, cuando se trata de naves o de otra construcción flotante y la caída o deterioro de aeronaves ajenas. Por consiguiente, los principios consignados alrededor del incendio en sus otras manifestaciones dolosas, comprenden este elemento de destrucción por medio del fuego, cuando se emplea contra una nave o construcción flotante, términos éstos que la ley quiere diferenciar, pues aunque la nave constituye siempre una construcción flotante, no toda construcción de igual categoría, significa técnicamente una nave, ya que ésta indica todo barco o embarcación, restringiéndose su concepto a cosas de esta categoría, mientras que por "construcción flotante" debe entenderse todo aquello que no es medio de transporte o comunicación o pueda servir para este objeto, porque se mueva con fuerza propia o del viento, sobre el agua, sino que tiene como característica permanecer flotante.

Siendo la sumersión acción y efecto de sumergir, y constituyendo este acto el hecho de meter o hundir una cosa bajo la superficie de las aguas, cuando se emplea ese medio se incurre también en la actividad delictuosa que contempla el artículo 253.

El empleo en este artículo de la locución "naufragio", significa que la ley distingue entre la sumersión o hundimiento de una nave o construcción flotante y el naufragio, propiamente dicho. Esto porque no toda sumersión implica naufragio, ni a la inversa. Y ello se explica porque etimológicamente quiere decir pérdida o ruina de la embarcación en el mar, río o lago navegable, idea que concuerda con la distinción hecha por la misma ley entre nave y construcción flotante, pues es entendido que el concepto de naufragio aparece más claro cuando se trata de naves y el de sumersión, cuando se trata de construcción flotante, acción esta última que podría realizarse inutilizando, por ejemplo, un canal, un dique, etc.

Tradicionalmente se ha hecho la distinción entre lo que se denomina naufragio directo, del indirecto. Por este último se quiere significar lo que ha sido designado de "falso faro", medio usado para atraer a los navegantes hacia los escollos y hacerlos naufragar para despojarlos de sus bienes.

Refiriéndose a la distinción entre "nave y construcción flotante" para distinguirlas jurídicamente, Soler dice lo siguiente:

"El concepto de nave válido para este artículo (se refiere al artículo 194 del Código Penal argentino, que también consagra la distinción) es, por tanto, más restringido que el del artículo 187, porque allí el hundimiento era considerado como medio para crear desastres de otra naturaleza, mientras que en el naufragio se toman en cuenta los peligros de la nave misma y los que de su hundimiento derivan. En un caso, nave quiere decir objeto grande y flotante, mientras que en el presente el objeto es considerado en su verdadera calidad de nave, es decir, de medio de transporte y de comunicación. Está comprendida toda clase de embarcaciones, marítimas, fluviales o lacustres, destinadas al transporte de personas o de mercaderías, sean de carácter deportivo o comercial. No parece fundado hacer ninguna diferencia con respecto a embarcaciones pequeñas, entre otras razones, porque la ley, además de referirse a naves, menciona, sin distingos, a las construcciones flotantes, dentro de las cuales quedan comprendidos ciertos aparatos que no son propiamente naves (grúas flotantes, etc.) ("Derecho Penal Argentino", Tomo IV, pág. 569).

En cuanto a la caída o deterioro de una aeronave conviene anotar que la ley contempla la infracción cuando es de "propiedad ajena" lo que parece indicar que esos mismos hechos en una aeronave propia no la constituyen, cosa que por cierto no alcanza a comprenderse, pues el peligro común es el mismo, bien se trate de una aeronave propia o ajena.

Tampoco guarda proporción la caída de una aeronave, que envuelve un gravísimo peligro colectivo, con el deterioro de la misma. Se puede causar un deterioro de una aeronave para producir su caída cuando se encuentre en vuelo o al iniciarse éste. Pero la ley contempla dos ocurrencias "caída o deterioro", confundiéndolas para una idéntica penalidad. Sin duda ello se explica si se tiene en cuenta que en caso de producirse la muerte de una o varias personas por el empleo de ese medio de destrucción, el delito que se comete es el contemplado en el artículo 363, numeral octavo, y por consiguiente, el simple daño o peligro que comporta la caída o deterioro de la nave estructura la infracción contemplada en el artículo 253, quedando las demás ocurrencias previstas en aquella disposición, que eleva a la categoría de asesinato los atentados contra la vida o integridad personal que se producen de esta manera.

En algunas legislaciones se incluye dentro del concepto de estragos, como los contemplados en el artículo 253, aparte de la sumersión o varamiento de nave, el derrumbe de edificios y la inundación de una mina. El Código colombiano nada dice en lo que respecta a este último evento, lo que parece indicar la idea de que un acto de esa naturaleza no quedó incluido como infracción en la ley, a menos que se entienda por tal la prevista en el inciso 2º del artículo 254.

No sucede exactamente lo mismo con la otra ocurrencia, es decir, con el derrumbe de edificios, que está prevista en disposición especial, artículo 259, con la circunstancia que hace mejor el texto de esta disposición que sus similares de las legislaciones extranjeras, ya

que el estatuto extiende el mandato hasta el hecho de que el derrumbe se produzca en todo o en parte del edificio.

Sin embargo, no podría considerarse enteramente exacta la teoría que dijese que el acto de inundar una mina carece de previsión expresa por parte de la ley, si se tiene en cuenta que el artículo 254 prevé una ocurrencia que muy bien cabría suponer como incluida en ese texto, cuando el daño o inutilización de la mina proveniente de inundación se produzca quitando o dañando barreras, diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las aguas o a su normal conducción. El beneficio de una mina implica obras de este carácter y el empleo de las aguas. Si, pues, la inundación se produce por este medio, podría tenerse en cuenta aquel artículo para no dejar sin sanción una ocurrencia como ésta, cuya gravedad es notoria, máxime si se considera que el mismo artículo 254, en su inciso 2º contempla la realización material del desastre, castigando con pena superior este hecho que el contemplado en el inciso primero del mismo artículo, en el cual la sanción la impone la ley en atención al peligro potencial que un hecho de esa naturaleza puede producir.

Mas si la solución del caso no es la aquí estudiada, podría encontrarse también un medio legal de reprimir el daño causado por la inundación de una mina, aplicando el artículo 426 del Código. Esta disposición comprende los daños en propiedad ajena, ampliando su extensión aparte de la destrucción, inutilización o desaparecimiento, a todo aquello que de "cualquier otro modo dañe una cosa mueble o inmueble". Con este criterio, si la inundación de una mina produce un daño, no puede decirse que el acto carece de sanción, porque ningún texto expreso la consagra. Las señaladas podrían ser tenidas en consideración, dentro de las distintas circunstancias y modalidades que presentara en cada caso aquella ilícita actividad.

El texto del artículo 254, reza:

" Artículo 254. — Al que dañe o inutilice, en todo o en parte, barreras, diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las aguas o a su normal conducción, se le impondrá prisión, de seis meses a cinco años.

"Si se produce la inundación o desastre, la sanción será de dos a diez años de prisión".

Conviene advertir al rededor de este artículo lo que ya fue insinuado, esto es, que su inciso primero crea una figura autónoma, constitutiva de un delito de peligro, por cuya circunstancia el hecho se castiga en atención a la eventualidad del riesgo que actos de esa naturaleza pueden generar.

Los principios generales que gobiernan los delitos imperfectos, en sus modalidades de tentativa y frustración, quedan comprendidos dentro del concepto que el texto indica, porque la naturaleza de formales que esos hechos comportan lleva implícita la idea de que el

solo riesgo creado por acciones como las que señala el artículo 254, implican la necesidad de sancionarlos, aunque de su ejecución no se derive un estrago, como sería el caso de que a consecuencia del daño o inutilización de una barrera o dique no se produjera la inundación, que subjetivamente fue el propósito perseguido por el agente al ejecutar ese acto.

Por eso, el inciso segundo ya contempla la figura bajo otro aspecto, pues aquí el resultado sí juega papel en la determinación del fenómeno jurídico que se presenta. Cuando a consecuencia de las acciones ejecutadas que señala el inciso primero del artículo 254 se desencadena el desastre o el estrago representado en la inundación, el daño objetivo o material queda estructurado y es a este concepto al que tiende el Código para elevar la sanción, con pena que, por cierto, sobrepasa el límite que señala el artículo 45 para la prisión, pues ésta, de conformidad con esa regla, no puede exceder de ocho años, y el texto del inciso que se estudia indica el de diez años de prisión como máximo.

En otras legislaciones se prevé en el texto que contempla casos como éstos, la circunstancia de que a consecuencia de esas acciones —denominadas tradicionalmente “rotura de diques”— “se hiciere surgir el peligro de que ésto se produzca”.

Se explica que esta condición no sea necesaria en el Código colombiano, porque en éste la idea del peligro común gravita en todas las distintas hipótesis que se contemplan y sancionan en el capítulo I del Título VIII, que se refiere al incendio, inundación y otros delitos que envuelven un peligro común.

Por consiguiente, el Código estructura ciertos casos *sui generis* de tentativa, que eleva a figuras autónomas, como las consagradas en los artículos 254, 256, 258 y 261, en las cuales el sólo riesgo implica la sanción, aunque no exista resultado dañoso. Si éste se produce, en virtud de los hechos que esas disposiciones determinan, la ley consagra una agravación de la pena, en consideración, entonces, al estrago producido, es decir, a la materialización misma del desastre causado por tales actividades, cosa que indica en los incisos segundos que corresponden a aquellos artículos.

Cuando la ley emplea la expresión “diques” y la ruptura de éstos es lo único que contempla como infracción, puede darse el caso de que eso mismo circunscriba excesivamente la aplicabilidad del artículo, al extremo de que si se trata de otras obras, ya no quepa la regla general.

En el Código colombiano no se presenta esta dificultad, porque el texto mismo comprende tanto los “diques”, como las barreras y, en general, todas las “obras destinadas a la defensa común contra las aguas o a su normal conducción”. De manera que acequias, acueductos, canales de regadío, etc., pueden considerarse comprendidos en la ley en cuanto a su tutela penal, lo mismo que todas las obras que las protejan o sirvan para hacer normal y efectiva su conducción al fin a que se destinan.

La ley penal colombiana tampoco indica que esas obras estén “manifiestamente” destinadas a esos objetivos, lo que significa que

aunque de manera eventual desempeñen esa finalidad, su destrucción, daño o inutilización, también comporta la punibilidad prevista en el artículo 254.

Seguridad en los medios de transporte y comunicación

“Artículo 255. — Al que ocasione un siniestro ferroviario o automovilario, se le impondrá de dos a diez años de presidio”.

“Artículo 256. — Al que dañe o deteriore una línea férrea o automovilaria, o dañe o destruya máquinas, vehículos, instrumentos u otros objetos necesarios para el servicio de ellas, siempre que de tal hecho se derive la posibilidad de un siniestro, se impondrá prisión, de seis meses a tres años”.

“Artículo 257. — Al que arroje cualquier objeto capaz de producir daño, o dispare armas de fuego contra vehículos en movimiento destinados a transporte público, o cambie o altere las señales que regulen el tránsito, se le impondrá prisión, de seis meses a tres años”.

El Código aglutina en los tres artículos transcritos las actividades que podrían atentar contra la seguridad en los medios y sistemas de transporte y comunicación.

Como lo anota Sebastián Soler, existen dos tipos de legislaciones sobre la forma de tutelar en la ley penal estas figuras delictuosas. Mientras unas —la argentina entre ellas— mantienen la idea general de tutelar la seguridad pública (1) estructurando sus principales figuras sobre la base de un peligro concreto, en otras —por ejemplo la colombiana— siendo la idea central tutelar aquella seguridad pública, “la manera de realizarlo es muy diferente pues en las legislaciones de este tipo se define el acto tenido como peligroso en general y en sí mismo, llegándose, en algunos casos extremos a **presumir el peligro efectivo**, sobre la base del **peligro potencial**”.

Se dice lo anterior porque el artículo 255 estructura la infracción sobre la base de que se produzca el siniestro ferroviario o auto-

(1) Alfredo de J. Molinario define así en su tratado de “Derecho Penal” la seguridad pública: “Desde el punto de vista objetivo, la seguridad pública es el conjunto de condiciones garantizadas por el derecho y que protege la vida, la integridad personal, la salud, el bienestar y la propiedad de los ciudadanos; considerados estos derechos “in-abstracto” e independientemente de la persona que sea su titular” (pág. 203).

moviliario, desde luego que el elemento "ocasionarlo" es constitutivo de la misma, lo que significa que es necesaria la producción del siniestro para que se incurra en la responsabilidad que sanciona ese artículo.

No es, pues, el mero peligro potencial, sino el efectivo el que la ley penal prevé, partiendo del supuesto de que toda acción de esta índole se dirige contra el bien jurídico que se quiere tutelar, esto es, la seguridad pública.

No sucede lo mismo en los artículos 256 y 257. En estos está presente la idea del peligro potencial, pues el solo hecho de atentar contra la seguridad de los transportes y las comunicaciones, ya implica una idea de peligro y es a este criterio al que se acoge la ley para sancionar actividades encaminadas a destruir aquella seguridad.

Llama la atención que el Código haga referencia únicamente al daño o deterioro de una vía férrea o automoviliaria, sin mencionar un hecho de posible ocurrencia, destinado a obstaculizar o impedir el tránsito de un tren o el movimiento de vehículos automotores en una carretera. Tal sería, v. gr., el hecho de inutilizar la vía férrea o automoviliaria, sin causarle daño o deterioro a la misma, pero impidiendo el tránsito por medio de obstáculos puestos en la propia vía.

Es evidente que tanto la seguridad de los medios y sistemas de transporte o locomoción, como la protección que debe corresponder a ese factor tan necesario a la economía, serían entorpecidos por acciones de esa índole, que sin producir daño o deterioro a la vía, sin destruirla, pueden en cambio causar perjuicios de otro orden, que deben ser impedidos por la acción penal.

Sin duda el Código se inspiró en el criterio de daño para dejar ese vacío, cuando debió tenerse en cuenta el de la seguridad de los transportes o comunicaciones, porque éste es más amplio y comprende hechos que no son inocuos cuando se trata de tutelar aquellos medios y sistemas.

En las vías férreas o automoviliarias existen cosas principales, como son las vías consideradas en sí mismas, y cosas accesorias, constituídas por todos aquellos elementos que las protegen y a la vez tratan de proteger la vida y dar seguridad a quienes por ellas transitan.

Desde este punto de vista se comprende por qué el Código contempla como una modalidad especial de esta clase de infracciones, en el artículo 257, cambiar o alterar las señales que regulan el tránsito. Es claro que hechos de esa naturaleza no pueden escapar a la previsión del legislador, porque constituyen acciones de indiscutible peligrosidad, susceptibles de producir, fuera del entorpecimiento del tránsito regular de los vehículos, consecuencias funestas para la seguridad de los viajeros.

De manera que si se produce apenas la primera consecuencia, la situación jurídica queda regulada por el artículo 257. Si la segunda, como fue un medio escogido para producir resultados precisos contra la vida o la integridad física de los viajeros, la producción misma de este resultado daría al delito categoría más grave y lo coloca-

ría entre las figuras del asesinato, como lo prescribe el numeral 8º del artículo 363 del Código Penal.

El Código no crea en estos particulares figuras preterintencionales basadas en el concepto del dolo eventual o indeterminado proveniente de la acción del agente destinada a causar un resultado, sin que la intención con que obre vaya dirigida a producir un daño en alguna persona escogida de antemano.

En esto se diferencia la legislación colombiana de otras en las cuales con criterio distinto se enumeran las diversas ocurrencias que pueden surgir de estos atentados, y se agravan aquellas que produzcan un resultado contra la vida o la integridad personal.

Ello quiere decir que el peligro inherente a estas especies delictuosas es el único criterio para sancionarlas, al margen de los otros resultados que puedan sobrevenir del empleo de esos medios de destrucción. Cuando esos resultados tocan contra la vida o la integridad física, el delito toma otra denominación, esto es, ingresa a otra de las familias delictivas y se castiga entonces con sujeción a las normas que gobiernan este nuevo tipo.

Los medios empleados para la ejecución de esos hechos generalmente traducen una actividad encaminada a producirlos. La ley penal colombiana no enumera particularmente ninguno, a excepción del cambio o alteración de las señales que regulan el tránsito.

Comunmente, en forma genérica, el Código consagra la prohibición, como cuando habla de “arrojar cualquier objeto capaz de producir daño” o “disparar armas de fuego contra vehículos en movimiento”.

A primera vista podría comprenderse en el primer caso, el hecho de colocar cualquier obstáculo en la vía para impedir el paso de los vehículos. Mas el empleo de la locución “arroje” da la idea de una acción encaminada no al fin de impedir u obstaculizar el tránsito, que sería una acción material, sino a crear un peligro para los propios pasajeros, al margen del daño mismo que pudiera causarse a los vehículos. De aquí surge el concepto de que, atendiendo a la potencialidad del peligro, la circunstancia de que el objeto arrojado o el disparo dirigido contra vehículos en movimiento, no alcance a éstos, sin embargo se incurre en la sanción, porque la naturaleza misma del hecho no lo deja en el concepto de imperfecto, sino que se agota con la acción del agente, aunque no logre el objeto que se proponía al ejecutarlo.

“Artículo 258. — Al que rompa, deteriore, destruya las obras, instalaciones u otros elementos destinados a comunicaciones telegráficas o telefónicas, o cause cualquier otro daño en ellas, en la producción, transmisión o distribución de energía eléctrica o de fuerza motriz, siempre que de tales hechos se derive un peligro común, se le impondrá prisión, de seis meses a tres años.

Delitos Contra la Salud y la Integridad Colectivas

“Si de tales hechos resultare un siniestro, se impondrá prisión de dos a diez años”.

En algunas legislaciones, los atentados contra las comunicaciones telegráficas o telefónicas hacen relación expresa a que ellos sean producidos contra las instalaciones destinadas al servicio de un ferrocarril.

El Código colombiano da más amplitud al concepto, pues él comprende todo aquello que pueda perturbar o interrumpir el eficaz funcionamiento de esos medios de comunicación.

La forma misma como el estatuto consagra la infracción demuestra que no atiende propiamente al mal causado, sino a la potencialidad del peligro que tales hechos pueden acarrear. Por consiguiente, no es menester que se produzca el siniestro que esas actividades puedan desencadenar, con el perjuicio consecuencial que comportan, sino que es suficiente la producción de esos hechos, que tienen ante la ley categoría de formales, para que surja la infracción contenida en el inciso primero del artículo 258. Basta, pues, que se rompa, deteriore, destruya las obras, instalaciones u otros elementos destinados a comunicaciones telegráficas o telefónicas, o se cause cualquier otro daño en ellas, en lo concerniente a la producción, transmisión y distribución de la energía eléctrica o fuerza motriz, para que opere la sanción.

No asigna la ley mayor o menor gravedad al hecho cuando el daño producido es más o menos considerable, sin duda porque la materialidad misma de estos actos no es lo que constituye la razón de ser de su punibilidad, fundada mejor sobre la idea del riesgo que sobre otro concepto que al materializar esos hechos antisociales por antonomasia, sólo harían que su castigo se redujese al **quantum** del daño y no al peligro potencial que comporta su misma producción.

Tan evidente es lo anterior que el Código contempla la operancia del siniestro como un factor agravante de la pena, al prever en el inciso segundo del artículo 258 que si de las actividades que se señalan en el inciso primero resultare un siniestro, la pena se elevará en una mayor proporción.

Por cierto que cabe aquí también la observación, ya hecha para otro artículo de este capítulo, referente a que el máximo señalado en el inciso segundo sobrepasa al que para la pena de prisión determina el artículo 45 del estatuto, cuando éste en la Parte General indica la duración de cada una de las distintas penas que consagra. Si se acepta que es allí en donde el Código traza una norma general que debe gravitar para toda su estructura, sin excepción alguna, es menester aceptar también que no es posible sobrepasar aquel máximo para imponer la cantidad de pena que corresponde a un caso dado, porque se desvertebraría el sistema del Código, que no señala sino el máximo de ocho años para la pena de prisión.

Al comentar el artículo 304 del Código, en el capítulo destinado a sancionar los actos de violación de secretos y correspondencia,

se harán las necesarias distinciones entre el artículo que se comenta y la represión que consagra aquella disposición.

Los comentaristas de otras legislaciones se formulan la pregunta de por qué los mismos hechos generan situaciones legales distintas, toda vez que no encuentran diferencia alguna entre interrumpir una llamada telefónica y ejecutar un acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un teléfono.

En la legislación colombiana, los hechos son distintos, porque obedece a diversas direcciones cada una de las dos actividades. La del artículo 258 implica un peligro común y la posibilidad de un siniestro cualquiera de los ejecutados contra la seguridad de las instalaciones y obras destinadas a las comunicaciones telegráficas o telefónicas, mientras que la simple interrupción de una conversación o comunicación telefónica, es un hecho que encaja mejor en la tutela que la ley otorga para garantizar el ejercicio de la libertad individual.

Artículo 22 de la Ley 4ª de 1943:

“Artículo 22. — El que destruya, corte o arranque los elementos de las vías férreas, estructuras metálicas de caminos y carreteras, líneas telefónicas, telegráficas o eléctricas, tuberías metálicas de acueductos, elementos metálicos de cables aéreos, o el que ejecute los mismos actos con los alambres de púas o postes de madera que sirvan de cercas a los predios rurales o los delimiten, incurrirá en prisión de tres (3) meses a dos (2) años, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 256 y 258 del Código Penal.

“Parágrafo. — Los reos de los delitos de que trata este artículo, no podrán gozar del beneficio de excarcelación durante el proceso, ni serán acreedores a la condena condicional”.

Sin duda alguna esta disposición vino a llenar un vacío, que se hizo más patente cuando la segunda guerra mundial puso de manifiesto que la delincuencia prosperaba en abundancia jamás vista en relación con todo lo concerniente a los elementos de hierro y acero destinados a las instalaciones a que se refiere el texto, sin duda por la carencia en el mercado interno de ellos, debido a la imposibilidad creada por el conflicto armado para importarlos.

Es notorio que los artículos 256 y 258 prescinden de muchas de las modalidades que pueden presentar estas infracciones. A comprenderlas todas o por lo menos las que con mayor frecuencia fueron observadas, tendió el artículo 22 transcrito. De esta suerte muchos hechos que por extensión habían podido comprenderse en aque-

llas disposiciones legales, y que fueron cometidos con extraordinaria frecuencia, fueron dejados impunes por no encontrar los lineamientos precisos de su realización señalados en el Código. Al hacer referencia a ellos el texto de la ley 4ª de 1943, ya se llenaba una deficiencia de la ley en orden a satisfacer la necesidad pública de castigar el grave delito que las circunstancias universales de la guerra había propiciado por la escasez de aquellos elementos.

De esta manera puede encontrarse alguna explicación a la última parte de ese texto legal, porque las disposiciones de los artículos 256 y 258 señalan unas ocurrencias que hacen relación en forma más clara a delitos de riesgo o peligro, formales por su naturaleza, y no a los hechos materiales de daño propiamente dicho, que contempla el artículo 22, daño, en puridad de verdad, de simple naturaleza material, que podría ser tratado como delito contra la propiedad, pero que sin embargo, dado el peligro común que tales hechos comportan, resulta adecuado que se vincule a este capítulo para su sancionamiento penal.

De esto resulta que si el delincuente consuma los hechos materiales que constituyen la forma de destruir, cortar o arrancar los elementos de vías férreas, estructuras metálicas de carreteras, líneas telefónicas, telegráficas o eléctricas, tuberías metálicas de acueductos, elementos metálicos de cables aéreos, o quien ejecute los mismos actos con alambres de púas o postes de madera que sirvan de cerca a los predios rurales o los delimiten, incurrirá en las sanciones previstas en el artículo 22 de la ley 4ª de 1943, porque tales hechos materiales comportan un atentado contra la riqueza particular o común que merece ser sancionado penalmente. En cambio, las modalidades que presentan los artículos 256 y 258 en hechos de similar naturaleza, implican la sanción por el simple concepto del peligro o riesgo que pueda comportar la ejecución de esos actos, sin que sea menester que el daño material se produzca, pues basta la simple potencialidad del mismo, para que la sanción pueda caer sobre los que de tal manera delinquen.

Talvez así se explique lo que quiere decir el legislador en la última parte del artículo 22, con la cláusula "sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 256 y 258 del Código Penal".

Alguna vez se presentó en estrados un caso en que la justicia dudó si había o no infracción con base en el artículo 22 de la ley 4ª de 1943. Se trataba de la acción consumada por detentadores de la propiedad ajena en un puente, encaminada a arrancar, para luego vender a "reducidores" sin conciencia, las tejas metálicas que sirven para cubrir la estructura de madera de dichos puentes, a fin de preservarla de la lluvia y evitar así su rápido deterioro, con el consiguiente perjuicio para las personas y las propiedades que se beneficiaban con esa obra.

Si se tiene en cuenta que los puentes forman parte de los caminos y carreteras, no se ve razón alguna para considerar sustraído de la sanción que el artículo en estudio determina, un hecho antisocial de tal naturaleza. Aunque la ley no lo diga expresamente, es decir, no emplee la locución "puente", aquel concepto que hace a éstos formar parte de esos medios de comunicación, no puede desconocerse

y por lo mismo en un acto de tal índole bien podría tenerse como infringida la disposición, en casos como el que motiva este comentario.

El parágrafo del artículo 22 modifica el artículo 80 del Código Penal, en cuanto esta última disposición consagra el beneficio de la condena condicional para los delitos en que se imponga la pena de arresto no mayor de tres años o la de prisión que no exceda de dos, siempre que se llenen los demás requisitos que en ella se determinan.

La necesidad de una represión eficaz para tales hechos, señaladamente antisociales, explica la excepción que en dicho parágrafo se contempla.

“Artículo 259. — Al que ejecute un hecho encaminado a derrumbar en todo o en parte un edificio, o a causar un daño semejante, si de tal acto se derivare un peligro común, se le impondrá prisión, de seis meses a cinco años”.

Lo primero que cabe observar a esta disposición es que los hechos a que se refiere comportan también la posibilidad de un peligro potencial, como surge de la frase empleada “si de tal hecho se derivare un peligro común”.

Una segunda observación es también valedera: que el artículo no distingue sobre si el acto encaminado “a derrumbar en todo o en parte un edificio, o a causar un daño semejante”, hace referencia a que un edificio sea propio o ajeno. Cuando la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir. En consecuencia, todo acto encaminado a ese objeto, bien se trate de un edificio propio o ajeno, está considerado delictuoso y quien lo ejecute puede incurrir en la sanción prevista en la ley penal.

La propiedad privada ha dejado de constituir un simple derecho subjetivo, para convertirse en fuente de obligaciones. La noción constitucional de la función social adscrita a la propiedad, implica que todo acto destinado a violar ese principio, por el daño social que puede causar y causa, debe ser previsto y castigado como infracción penal.

El medio para ejecutar este delito puede ser el empleo de la dinamita o el fuego. Si se usa este último, el hecho encaja en las disposiciones sobre incendio. Si aquél, debe distinguirse entonces, porque podrían presentarse dos contingencias, ambas previstas en artículos distintos de este capítulo.

Si la acción de la dinamita se emplea para derrumbar en todo o en parte un edificio, el acto cae bajo la sanción del artículo 259. Y aparece entonces la incongruencia del Código, porque se presenta el hecho extraño de que la acción material encaminada a derrumbar en todo o en parte un edificio, por aquel medio, eficaz como ninguno, tiene menos pena que el acto de emplear contra las personas o edificios explosivos o gases o bombas mortíferas, “aunque no se produzca daño alguno”.

Y sube de punto la incongruencia si se analiza con este criterio el inciso segundo del artículo que se comenta. Según éste, en

caso de producirse algún daño “se aplicarán las reglas generales sobre concurso de delitos”.

De manera que si con la acción de la dinamita o de otra sustancia explosiva, el agente consigue derrumbar en todo o en parte un edificio, puede darse el caso de que consumara dos infracciones, regidas por las normas de los artículos 259 y 261. La una de naturaleza formal, en la que la sola peligrosidad del medio empleado, por el riesgo que crea para la seguridad pública, es castigada al margen de todo daño material, porque la cláusula del último de los artículos citados, “aunque no se produzca daño alguno”, así lo indica.

Al decir el inciso segundo del artículo 261 que si se produce el daño se aplicarán las normas generales sobre concurso de delitos, fuera de que se aparta el Código en esta vez del sistema de crear en sus mismos textos el fenómeno de la concurrencia de infracciones, tiene la particularidad de que aparentemente da a entender que podrían ser más de dos los delitos imputables a un mismo reo, lo que no es así si se considera que el artículo 259 contiene un elemento específico, que hace parte de los constitutivos de la infracción, contenido en la cláusula del texto, que dice: “si de tal acto se derivare un peligro común”. Por consiguiente, si se llena este requisito, la disposición aplicable en un caso dado es el artículo en cita.

Mas, cuando un explosivo o una sustancia inflamable se emplea contra un edificio, el artículo pertinente es el 261, con la salvedad de que si el daño se produce en un bien inmueble, por ejemplo, el empleo mismo de esas sustancias hace aplicable esta disposición y no el Art. 426. La razón está en que todas las infracciones de este Título tienen como base de la tutela penal la seguridad pública y se castigan por el peligro común que entrañan actos de tal naturaleza. Mientras que en las referentes al artículo 426, es la propiedad el bien jurídicamente protegido. De manera que cuando la idea del peligro o riesgo aparece en un determinado acto, es el concepto de seguridad pública el que otorga a ese hecho la fisonomía propia para ser incluido en las formas de delincuencia que este capítulo consagra. Si la propiedad es la que resulta menoscabada, las normas aplicables pueden ser las del capítulo V del Título XVI.

“Artículo 260. — Al que, fuera de los casos permitidos por la ley, fabrique, adquiera o conserve dinamita u otra materia u objetos explosivos o inflamables, o gases o bombas mortíferas, o sustancias que sirvan para la composición o fabricación de ellos, se le impondrá prisión, de uno a cinco años”.

Este artículo contempla varias ocurrencias que conviene destacar para su mejor comprensión.

En primer término, excluye de delincuencia hechos como los contemplados en el texto, cuando la ley los haya permitido. En las Actas de la Comisión, se encuentra la razón de lo anterior en la ob-

servación de alguno de los comisionados en el sentido de excluir claramente de la disposición "los proyectiles de revólver o de armas que sirvan para la defensa personal, cuyo uso esté permitido con licencia de autoridad competente".

Además, habrá otros muchos hechos de los que contempla el artículo en que tratándose de explosivos, no comprendan actos delictuosos, por lo menos en su adquisición y venta, porque no están destinados a fines u objetos delictuosos, sino a acciones útiles que no podían ser consideradas como de tal carácter porque de otra manera se perjudicarían las industrias, las vías públicas, las explotaciones mineras, etc., que emplean materias inflamables y explosivas.

De allí la importancia que tiene la exclusión contemplada en el artículo con la cláusula "fuera de los casos permitidos por la ley", comprensiva de todas aquellas ocurrencias que no implican responsabilidad penal (1).

La adopción de este artículo dio oportunidad para que en el seno de la Comisión Redactora se fijara el alcance del texto legal.

En efecto, fue propuesto un artículo en los siguientes términos:

"Al que con el fin de matar o causar otro daño a las personas, realice actos que puedan poner en peligro la seguridad pública, se le impondrá por ese solo hecho, presidio de dos a diez años.

"Si de tal hecho se deriva la muerte de una o varias personas, se aplicará presidio de veinte a treinta años. Si las consecuencias de él fueren distintas se aplicará de cinco a quince años de presidio".

El ponente, Doctor Cárdenas, explicó la razón del artículo transcrito afirmando que "con esta disposición ha querido presentar un precepto de carácter general para que no se escapen de sanción algunos actos que no estén contemplados en disposición especial de este mismo título, como, por ejemplo, el hecho de colocar en un lugar despoblado una bomba de dinamita". Y agrega: el evento contemplado "se relaciona principalmente al caso del terrorismo, y con tal disposición puede reprimirse, por tanto, el lanzamiento de bombas".

El Doctor Lozano y Lozano combate la adopción del artículo propuesto por el Dr. Cárdenas, por considerar que "adolece de vaguedad y por tanto, su aplicación la estima peligrosa". "Como lo ha expresado en distintas ocasiones —añade— no es partidario de que se adopten fórmulas vagas o demasiado genéricas. Por el contrario, en el Código es necesario decir con claridad los elementos de cada delito, y sin pecar de casuismo tratar de contemplar, en cuanto sea posible, las diversas hipótesis que puedan presentarse en relación con cada configuración jurídica de un delito. La frase "realice actos que puedan poner en peligro" es muy amplia y no se ve claramente a qué caso especial se refiere".

El vocal Doctor Lozano insiste en la necesidad de suprimir el artículo, porque los casos que contempla, y que sirven al Doctor Cárdenas para insistir en su adopción, deben estar previstos como de

(1) Al final de este estudio se hará mención de los decretos-leyes que rigen en la materia para su consulta en los casos en que ella sea necesaria.

litos en otra parte. Concreta su pensamiento afirmando que los hechos que la disposición primitiva contempla, no se reducen al simple lanzamiento de bombas sino que se extiende a "todos los actos que puedan poner en peligro la seguridad pública", texto que, insiste, envuelve "una vaguedad extraordinaria".

"El lanzamiento de bombas —agrega— puede ser previsto de manera expresa y clara como delito con su sanción correspondiente. El artículo 1º (del anteproyecto) que se suprimió provisionalmente (se refiere al transcrito al principio, cuya supresión resultó definitiva, porque no fue acogido en texto legal alguno), trata de reprimir los delitos que envuelven un peligro común que no puede confundirse con el terrorismo, que tiene más bien una índole de infracción política tendiente en general a cambiar o entorpecer el funcionamiento de los Poderes Públicos. Si tal artículo tendiera a la represión del terrorismo no debiera estar colocado en este lugar al lado del incendio, la destrucción de vías férreas y los naufragios. El terrorismo tiene —repite— carácter de delito político y se refiere sobre todo a los actos que van contra las personas que ocupan puestos dirigentes de las naciones, como los Jefes de Estado, los Embajadores, etc."

Con la mira de prever el caso especial de lanzamiento de bombas, presenta una disposición casi idéntica a la contenida en el artículo 261, disposición que puede considerarse —y así lo expresó el Doctor Cárdenas— como sustitutiva del artículo 1º del anteproyecto.

De manera que, según las Actas, la Comisión no reguló el empleo de bombas como una entidad delictuosa que pudiese considerarse comprendida en el capítulo 1º del Título VIII del Código Penal. Mas ello no quiere decir, como una visión superficial de los hechos pudiera hacerlo creer, que el estatuto no contempla el caso de muerte producida por la acción del empleo de explosivos, bien se trate de delitos de índole política o conexos con éstos. Precisamente, la Comisión, en el artículo 261 tuvo el propósito de prever contingencias como esa y su inciso segundo despejó toda duda al respecto.

Dice esa disposición:

"Artículo 261. — Incurrirá en presidio de dos a diez años, el que emplee contra las personas o edificios, o lance en lugares públicos, los objetos y sustancias a que se refiere el artículo anterior, aunque no se produzca daño alguno.

"Si se produjere, se aplicarán las reglas generales sobre concurso de delitos".

Al discutirse en la Comisión un texto similar, el voca' Dr. Rey le observó: "que tiene el peligro de comprender el simple disparo que se haga una persona a otra, porque en tal acto emplea sustancias explosivas, usa de proyectiles, y no sería justo que el mero acto de disparar sea reprimido con una sanción tan alta, y se le englobe en el capítulo de los delitos que envuelven un peligro común".

Para obviar este inconveniente propone el Dr. Escallón que a la disposición que en definitiva vino a ser el texto del artículo 260, se agregue la palabra "explosivos" como calificativo del vocablo "proyectiles". De esta suerte el empleo contra las personas o edificios de armas de fuego, como por ejemplo, los disparos dirigidos contra un edificio en donde funcionan determinadas dependencias —caso por cierto frecuente— no pueden quedar comprendidos en la norma del artículo 261, que contempla ocurrencias de esas con el uso de los medios de que trata el artículo 260.

Sustentó el Doctor Escallón su parecer en que calificando con la palabra "explosivos" el vocablo "proyectiles", en esta forma quedarían excluidos los de revólver que por sí solos no pueden considerarse como explosivos. La potencialidad del daño que puede causar el proyectil no explosivo, no puede compararse con la del proyectil explosivo. Proyectil propiamente hablando, es todo elemento de cualquier sustancia que puede ser arrojado y causar un daño; pero el proyectil en los revólveres y pistolas es solamente la parte de plomo o acero que está incrustado en la cápsula, y que por sí solo no es explosivo. También puede evitarse la dificultad suprimiendo la palabra "proyectiles".

Los anteriores conceptos del Doctor Escallón dieron motivo a que se admitiera la sustitución o cambio de la palabra "proyectiles" por el vocablo "objetos" en el texto del artículo 260, al que también hace referencia el siguiente, que se está comentando.

Y la cuestión no carece de entidad, porque la ocurrencia prevista por el Doctor Lozano de disparos con arma de fuego, sin emplear explosivos, contra edificios, sucede con más frecuencia de lo que parece a primera vista. Sobre todo en épocas de perturbación o exaltación política ese medio bárbaro es empleado para amenazar o amedrantar a quienes no participan de los mismos odios, porque ni siquiera son las ideas las que hacen explosión en estos procedimientos, puesto que no pocas veces son los adláteres de un mismo partido los que emplean contra sus copartidarios, distanciados momentáneamente en cuestiones personales, esos reprobables sistemas.

Mas no se crea que esos hechos carecen de sanción, porque la tienen en su carácter de contravenciones que sanciona la policía, con aplicación de las disposiciones de los códigos de esa materia o con base en Decretos Ejecutivos que señalan penas de multa y decomiso de las armas a quienes cometen actos como los mencionados.

Sobre el particular conviene tener presente los decretos N^o 308 de 1940, artículo 6^o ("Diario Oficial" N^o 24413 de julio 15 de 1940) y el decreto N^o 958 bis de 1949 (abril 6) "por el cual se dictan algunas disposiciones sobre comercio, importación y posesión de armas, municiones y explosivos" ("Diario Oficial" N^o 27010 de 7 de mayo de 1949). Este decreto, el último de los expedidos sobre esta materia, en su artículo 9^o, dice que "en los términos del presente se modifican y reforman los decretos Nos. 1449 de 1939, 1765 de 1939, 1308 de 1940, 704 de 1942, 388 de 1946 y se deroga el decreto 2742 de 1948 y los artículos 1^o, 2^o, 4^o y 5^o del decreto 164 del mismo año".

La consulta de estos decretos, especialmente del N^o 958 bis

de 1949, permite comprender el alcance que tiene la cláusula del artículo 260, cuando dice "fuera de los casos permitidos por la ley".

Como tales decretos tienen fuerza coercitiva y obligatoria de ley, resulta que las prohibiciones en ellos contenidas, sobre fabricación, conservación o adquisición de dinamita u objetos explosivos o inflamables, debe regirse por sus mandatos. El que infrinja éstos, incurre en las sanciones señaladas en el Código Penal y específicamente en los artículos 260 y 261.

"Artículo 262. — Al que, con ocasión de un incendio, inundación, sumersión, naufragio u otro desastre público, sustraiga, oculte o inutilice materiales, aparatos u otros medios destinados a la extinción de incendios, o a la obra de defensa, de salvamento o de socorro, o de cualquier otro modo impida o ponga obstáculos para que se empleen los medios de defensa o de asistencia, se le impondrá presidio, de dos a seis años".

Comenta la Procuraduría:

"Como se vé, la norma es amplísima en cuanto al contenido material u objetivo del delito, pues abarca desde la total paralización de los materiales, aparatos u otros medios destinados a dominar el peligro, hasta el simple impedimento u obstáculo que ponga el delincuente en orden a evitar el uso de esos objetos. Y no podría ser de otra manera, porque en situaciones tan apremiantes y angustiosas, en que se juega la seguridad pública de los bienes por la presencia del incendio, la inundación, la sumersión, el naufragio u otro desastre colectivo, cualquier estorbo que se ponga a la obra de defensa, es tan influyente y eficaz, que puede hacerla nugatoria o al menos tardía, contribuyendo, así, a aumentar los efectos de la calamidad.

"El delito queda, pues, consumado en uno u otro evento (Daño total o parcial de los aparatos, materiales, etc.). Si bien es verdad que no hay paridad de casos entre quien destruye o inutiliza completamente el medio de defensa, y quien sólo pone obstáculos o impedimentos para que ese medio deje de funcionar normalmente, ello sólo mira a la mayor o menor gravedad del ilícito, pero no al acto de su consumación. Y entonces, para mantener la equidad, esa distinta actuación del delincuente se aprecia, sí, pero en el momento de adaptarle la pena dentro de los criterios fijados por el artículo 36 del estatuto represivo, uno de los cuales consiste, precisamente, en la "gravedad y modalidades del hecho delictuoso" (Concepto de 17 de julio de 1950).

"Artículo 263. — Al que omita colocar los aparatos, señales o avisos destinados a prevenir accidentes en el trabajo o en las vías de comunicación, o los altere o dañe, se le impondrá arresto de diez días a un año. Si de tal hecho se produjere un siniestro, se impon-

drá prisión, de seis meses a cuatro años”.

Las reglas generales que gobiernan todas las modalidades estudiadas sobre los actos que pueden producir un peligro común, y que en consideración a ese concepto son sancionados por el legislador como infracciones penales, resultan también aplicables a este artículo, que hace referencia a todos los medios destinados a prevenir accidentes y cuya omisión de colocarlos en los lugares adecuados a ese fin o su daño o deterioro, constituye violación de deberes íntimamente vinculados a la seguridad común, cuya inobservancia debe acarrear responsabilidad. Esto explica por qué el inciso segundó del artículo 11 del Código incluye la omisión entre los actos que pueden dar origen a responder de ellos ante la justicia penal.

CAPITULO II

Delitos contra la salubridad pública

Los delitos contra la salubridad pública contemplados en este capítulo y en las disposiciones de la ley 45 de 1946, que subrogan algunos de sus textos, son los siguientes:

Ocasionar una epidemia mediante la difusión de gérmenes patógenos; envenenar o contaminar aguas o sustancias destinadas a la alimentación; adulterar cosas destinadas al comercio; mantener en depósito, dar al comercio o suministrar medicinas dañadas o alteradas; suministrar en el comercio sustancias medicinales en especie, calidad o cantidad que no corresponda con las prescripciones médicas, o sea diversa de la declarada o patentada; elaboración, distribución o venta, de modo clandestino o fraudulento, o suministro, aunque sea gratuito, o conservación de drogas estupefacientes; cultivo o conservación de plantas de las cuales pueda extraerse dichas sustancias, de modo clandestino o fraudulento, o sin permiso de las autoridades; y destinación de casa, local o establecimiento para hacer uso de drogas estupefacientes o permitir que allí se haga uso de las mismas.

La gravedad de los delitos contra la salud pública no es menester ponderarla. Ella se ofrece con la sola consideración de las nocivas consecuencias que para la sociedad representan hechos como los que contempla el capítulo II de este Título.

Se trata, aquí, también, de infracciones formales, lo que quiere decir que para castigarlas, la ley consulta, antes que el daño concreto o particular y el resultado de las mismas, el peligro común que hechos de esta naturaleza pueden acarrear. Se trata de delitos de simple actividad que “sólo exigen que se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido por el derecho”. Es claro que ello no significa que ese daño concreto se desprecie, pues cuando quiera que el daño eventual que surge de estos delitos se excede con la concurrencia de otro de mayor gravedad, como por ejemplo, la muerte de una o varias

personas como consecuencia de la contaminación o envenenamiento de aguas (artículo 265), la responsabilidad del agente asume otro carácter, en consonancia con la gravedad de los intereses jurídicos violados. Entonces, no es de suponer que un hecho de tamaña entidad pueda sancionarse con pena tan leve como la señalada para estas infracciones. El dolo determinado que causa la muerte o produce daños graves en la salud, por un medio así, destaca otra categoría delictuosa, que podría concurrir con la del artículo citado y sus similares de este capítulo, cuando se demostrase que el agente no sólo quiso contaminar o envenenar las aguas o sustancias destinadas a la alimentación para producir un peligro común con el daño contra la salubridad pública que tales hechos podrían acarrear, sino la muerte o daños graves en la salud de una o varias personas, usando de esos criminales procedimientos. Ello explica por qué el Código, en el numeral 8º del artículo 363, eleva a la categoría de asesinato los delitos contra la vida e integridad personal que se ejecutan por cualquiera de los medios previstos en el Título VIII.

El Código no adopta aquí el mismo sistema que emplea en otras categorías delictuosas, como por ejemplo en el artículo 387, relativo al aborto del que sobreviene la muerte, y en el artículo 386, referente al abandono y exposición de niños, en cuyos casos determina la pena que debe imponerse cuando a consecuencia de esas actividades se produce la muerte de la mujer víctima de procedimientos abortivos, o de los niños abandonados o expósitos.

En otras legislaciones, v. gr. en la española, el capítulo consagrado a los delitos contra la salubridad pública, contiene un precepto que hace relación a contingencias como aquéllas, sancionando con pena de reclusión menor "siempre que por consecuencia de los hechos comprendidos en este capítulo resultare muerto" (artículo 348).

Por consiguiente, es preciso hacer referencia a estos casos para ver la manera de solucionar los conflictos que pueden surgir de ellos.

En estas infracciones se ha planteado el problema de resolver su posible concurrencia con otros delitos, especialmente contra la vida o la integridad personal, cuando como resultado de los actos comprendidos en este Título, se producen consecuencias que superan la voluntad del agente, o bien ocurren por culpa del mismo, o apenas demuestran que el propósito perseguido fué el de eliminar una o más vidas merced a estos procedimientos.

Precisamente, la ausencia de un precepto como el contenido en el Código español, hace necesario recurrir al planteamiento de diversas hipótesis para resolver los conflictos que cada una de ellas pueda presentar.

En el sistema del Código español se produce una automática absorción en cuanto a la cantidad de pena que recae sobre el agente, en el caso de muerte ocurrida por actividades contra la salud pública.

Tiene, además, como característica ese sistema que siendo estas categorías delictuosas infracciones de riesgo, dejan automáticamente de tener ese carácter cuando producido el daño concreto o material por virtud de su ejecución, se convierten en delitos de resultado

o de lesión. De esta manera, el concurso de delitos se resuelve aplicando la pena que corresponde a la mayor gravedad del hecho.

En cambio, en el sistema colombiano es preciso recurrir a los principios que gobiernan la concurrencia delictuosa, según las normas generales. Guiándose por la intención del agente, la cual se determinará como en todos los casos en que esta investigación se requiere, entre ellos por la relación de causa a efecto que existe entre el resultado producido y el acto inicial con que se quería producir, es posible saber en cada caso si concurre un delito de peligro común o contra la salubridad pública, con el homicidio, y de qué categoría es éste para su calificación jurídica.

Si la intención del agente es producir una o varias muertes, sirviéndose de los procedimientos que señala el Título VIII, la categoría de asesinato inmediatamente surge para esos hechos, porque ellos están previstos en el ordinal octavo del artículo 363 y habría entonces un concurso de delitos constituido por las diferentes acciones, separadas o conjuntas, violatorias de distintas disposiciones legales, de diversa gravedad, a la cual es preciso atender para graduar la sanción.

Más si el propósito del agente al ocasionar un acto que viola alguna de las normas contenidas en este Título no mira sino a la realización de éstos, sin ninguna intención ulterior, la concurrencia se puede manifestar entre el efecto producido, una o varias muertes, como homicidios preterintencionales, por haber sobrepasado el resultado la intención del agente, y los delitos contra la salud o de peligro común en cualquiera de las modalidades que el Código consagra para tutelar estos bienes jurídicos.

También podría plantearse una tercera posibilidad, consistente en que el resultado de esas acciones no sea la muerte de nadie, sino un daño o perjuicio material en bienes de propiedad ajena. Entonces, también, cabría el concurso con esta clase de infracciones y las de peligro común o contra la salubridad pública, cuando estas modalidades correspondan a las consagradas en el Código Penal.

En todo caso, como todas las infracciones previstas en este Título son susceptibles de producir resultados más graves, atentatorios contra la vida, pues llevan inherentes en su contenido jurídico la idea del riesgo que actividades de esa índole implican, no es posible prescindir de esas contingencias, para resolver los casos en que ellas ocurran.

La segunda hipótesis que se ha resuelto con el criterio de la preterintención, en lugar de la culpa, como opinan algunos autores, se fundamenta en que en los hechos culposos el daño inicial es siempre un hecho lícito y lo que conlleva su responsabilidad son las consecuencias de aquél, por no mediar la previsión de lo previsible. Por ello, no es posible dar esa calificación a actos que desde el comienzo son dolosos, como los contemplados en este Título, y que por ser delitos de peligro o riesgo, pueden convertirse en infracciones de daño o lesión, resultando éstas del dolo eventual o indeterminado que pueden manifestar.

Sin embargo, esta conclusión no encuentra siempre defensores, opinándose que la mejor manera de resolverla es creando una

norma que comprenda la ocurrencia y señale una pena que absorba automáticamente las que del concurso podrían derivarse, para evitar así la inestabilidad de la doctrina en puntos de posible controversia. De esta suerte se logra lo que los expositores alemanes consideran como más técnico, esto es que esta categoría de infracciones "pierda su virtualidad en el momento mismo en que el daño surja, transformándose automáticamente en "delitos de resultado" o "lesión".

Si el Código Penal colombiano así lo dispone para otros delitos, como el aborto y el abandono o exposición de niños, tal vez exista razón idéntica para que una norma similar se hubiera adoptado en el Título VIII de aquel estatuto.

Por lo demás, lo que otorga verdaderamente categoría propia a estos delitos es el daño social que de ellos puede derivarse para un número indeterminado de individuos.

Carrara concreta así el daño social que surge de estas infracciones:

"Es fácil demostrar —dice— que existe una clase de delitos cuya prominente objetividad jurídica reside en la **salud pública**, y que esa clase pertenece a los delitos sociales. Al interés que tiene el individuo de que no se perjudique la salud de su cuerpo, no sólo por la acción directa de una mano enemiga, sino tampoco por la infección de aquellas sustancias (aire, agua, vituallas) que son alimento constante e indispensable para sus fuerzas vitales, corresponde un derecho particular. Pero cuando estas cosas se contemplan en la relación que tienen con una multitud de hombres congregados mediante una estable coasociación, el derecho individual viene a convertirse en un derecho social común a todos ellos, porque todos efectivamente necesitan o se aprovechan de ellas, o porque un número indeterminado de los mismos puede necesitarlas o aprovecharlas".

Agrega más adelante el Maestro que los "delitos contra la salud pública deberán ser, por lo tanto, todos los actos por los cuales ciertas sustancias que sirven para la nutrición, para el mantenimiento de la vida de un agregado de hombres y, en general, para sus necesidades diarias, lleguen a corromperse, a infectarse y a convertirse en causa de enfermedades, de daños para la salud y aun de mortalidad para un número indefinido de ciudadanos, y, posiblemente también, para todos" (Programa - Parte Especial. Vol. VI, págs. 263, 264 y 274, Nos. 3170, 3172 y 3178).

"Artículo 264. — Al que ocasionare una epidemia mediante la difusión de gérmenes patógenos, se le impondrá presidio de cuatro a doce años".

Para la existencia del delito sancionado en esta disposición es preciso que concurren las dos circunstancias en él previstas y que de conformidad con el texto constituyen sus elementos esenciales, a saber: que mediante la difusión de gérmenes patógenos se ocasione una epidemia.

De manera, que es necesario que la difusión, o mejor, la propagación de gérmenes patógenos, es decir, de elementos o medios que

originan o desarrollan las enfermedades, tengan virtualidad bastante para producir una epidemia, esto es, alguna enfermedad de las que por cierto lapso afligen a un determinado núcleo humano y de la cual simultáneamente resultan acometidas un número grande e indeterminado de personas.

Cuando estos elementos se reúnan, se tienen constituidos los hechos que dan margen a la aplicabilidad de esta norma penal.

Ello se explica si se tiene en cuenta que el bien jurídico protegido por el precepto penal en estudio y los demás que forman este capítulo, lo constituye la **salud pública**. Por consiguiente, para la existencia de estas infracciones es indispensable que aparezca en cada caso un peligro común, pero indeterminado, de tal forma que constituya un presunto atentado contra la misma salud pública que se trata de tutelar. Precisamente, lo que diferencia estas figuras de otros ataques contra la vida o la integridad física de las personas es que el número de sujetos lesionados no sea tenido en cuenta para darle fisonomía a esos hechos como correspondiente al grupo de estos delitos. Lo que traza la diferencia con aquellas es la idea vinculada a los últimos de que la tutela penal se ejerce en virtud de la potencialidad del peligro común que pueden producir. Por ello, si apenas se trata de lesiones al derecho individual, circunscrito a una persona o a la propiedad de ésta, no puede pensarse en que se ha transgredido una de estas normas, que buscan proteger la seguridad pública o la salubridad colectiva, normas que únicamente resultan infringidas cuando el bien jurídico atacado recae sobre fenómenos que constituyen un peligro común, porque tienen potencialidad para desatar males mayores o ulteriores peligros o manifiestan peligros mediatos susceptibles de producir daños próximos, que por estar latentes en los hechos apenas logran ser revelados cuando se causa el daño que el agente activo intentó producir.

Es, pues, la "indefinida posibilidad de daños mayores", lo que forma el contenido legal de estas figuras, las que sin necesidad del daño concreto, atienden con más energía al daño potencial que de la acción del agente pueda derivarse y que es lo que el Código Penal, por el valor sintomático que tienen, trata de tutelar en guarda de la seguridad pública o colectiva.

Estas ideas corresponden también al hecho sancionado en el artículo 265, que es de este tenor:

"Artículo 265. — Al que envenene o contamine aguas o sustancias destinadas a la alimentación, se le impondrá presidio de dos a diez años".

El texto mismo de esta disposición indica que contiene dos formas distintas, o lo que es lo mismo, se trata de una norma complejo-alternativa, porque sanciona varias ocurrencias diferentes con idéntica penalidad. Una cosa es envenenar o contaminar las aguas y otra cosa es usar los mismos procedimientos en sustancias destinadas a la alimentación, así como también esta última modalidad resulta diferente de la adulteración de esas mismas sustancias alimenticias, cosa

que la ley colombiana, a diferencia de otros estatutos, contempla en norma distinta de la que se comenta (artículo 266).

De manera que la acción de envenenar o contaminar aguas o sustancias destinadas a la alimentación constituye una entidad jurídica distinta de la que se manifiesta con la adulteración, con la salvedad de que esta adulteración ya no hace referencia en los textos legales a las sustancias destinadas a la alimentación, las cuales apenas son susceptibles de envenenamiento o contaminación, mientras que la adulteración recae sobre cosas destinadas al comercio, distintas de las contempladas en el artículo 265 (aguas o sustancias destinadas a la alimentación).

Esta distinción resulta importante, porque el artículo 265 restringe la ocurrencia a éstas dos únicas materias o elementos, mientras que la regla siguiente amplía la contingencia a la adulteración, y sólo a esta modalidad para todas aquellas cosas destinadas al comercio, lo mismo que el comercio o distribución de sustancias o cosas alteradas, que contempla el artículo 267.

Por consiguiente, dentro de la última norma tiene que considerarse comprendida la acción encaminada a procurar alteraciones en la fabricación, v. gr. de alimentos, en cuanto al proceso de elaboración de los mismos, porque siendo los alimentos cosas destinadas al comercio o a la distribución para el consumo, ya que por medio del comercio se expenden o distribuyen para usos alimenticios, de no interpretar aquellos artículos con ese alcance se tendría que el hecho de la alteración de tales sustancias no estaría considerado como delito, lo que sería de todo punto inaceptable.

En efecto, la norma del artículo 267, por su extensión y dilatado ámbito, comprende el hecho de dar al comercio o distribuir para el consumo, sustancias o cosas alteradas y es apenas natural que entre las sustancias a que la disposición hace referencia tengan que encontrarse las destinadas a la alimentación, sólo que en este último caso la ley exige que el elemento "a sabiendas", o sea el dolo específico, se manifieste, lo que implica que a diferencia de los otros casos contemplados en los artículos 264, 265 y 266, dicha circunstancia constitutiva del cuerpo del delito no se requiera para la existencia de las infracciones contenidas en tales preceptos.

La idea del peligro es inherente a la forma de delincuencia contemplada en el artículo 265, de suerte que es el riesgo, aun potencialmente creado contra la salud colectiva, lo que le da contenido jurídico a esta modalidad delictuosa. Así surge de las propias Actas de la Reforma Penal. La fórmula primitiva de la disposición contenía la cláusula de que los hechos constitutivos del delito, esto es, envenenar y contaminar las aguas o sustancias destinadas a la alimentación "ponga en peligro la salud de las personas".

La Comisión suprimió esa cláusula, con el razonamiento de que tales hecho en sí mismos considerados, entrañan un grave peligro, y, por tanto, no es necesario hacer distinción entre lo que significa un daño en abstracto y un daño en concreto. De suerte que será siempre aquél el que se tenga en cuenta, pues el peligro o riesgo que comportan estas acciones lleva consigo la delincuencia de quienes las

realizan. Cuando del peligro abstracto se pasa al concreto, es entonces a este aspecto al que se atiende para dar fisonomía legal al hecho, que toma una denominación jurídica diferente cuando lo ejecutado por el agente con tales procedimientos constituye apenas el medio de que se sirve para realizar delitos de mayor gravedad. Surge así la figura que contempla el numeral 8º del artículo 363 del Código Penal.

“Envenenar es mezclar veneno o volver tóxica una cosa mediante la adición de algo que por defecto de la mezcla convierte en tóxica la mezcla”.

Lo primero que conviene resolver cuando ocurre ese evento es si para que pueda aplicarse la disposición penal es indispensable que el procedimiento empleado por medio del veneno cree situaciones tales que todas las personas que hayan ingerido esas aguas o alimentos así envenenados o contaminados tengan que sufrir sus efectos.

A esta conclusión no puede llegarse. La disposición mira a tutelar la salud, y es el riesgo posible o potencial lo que se tiene en cuenta. De manera que si la toxicidad apenas alcanza algunas personas o sólo a los niños, se tienen cumplidos los presupuestos de la ley en orden al delito. La cantidad de veneno o tóxico para contaminar las aguas o sustancias alimenticias debe ser tenido en cuenta desde el punto de vista del peligro que constituye su empleo contra la salud de las personas afectadas. El envenenamiento de aguas podría consistir, para poner el ejemplo más común, en la clorinación excesiva de las mismas, con propósitos dañinos o por el descuido o negligencia por parte de los empleados encargados del control de las sustancias químicas usadas en los acueductos públicos (artículo 275).

Limita la ley los objetos o cosas sobre que recae la acción de envenenar o contaminar, pues el texto del Código sólo hace referencia al uso de aguas y sustancias alimenticias. En cambio, para la adulteración, como entidad diferente a aquellas otras modalidades, sí extiende el precepto a todas las “cosas destinadas al comercio”.

Es obvio que entre aquellas acciones y la de adulterar, exista diferencia. Ya se dijo en qué consiste envenenar, que es igual a inficionar o a emponzoñar con alguna sustancia tóxica. Contamina alguna cosa quien la corrompe, contagia o inficiona de algo inmundo o impuro. Se explica así que la locución “de cualquier modo corrompa...”, que contenía la fórmula inicial del texto en estudio, se haya cambiado por el vocablo “contaminar”, que comprende en su acepción gramatical todas aquellas formas.

“Agua potable —enseña Soler— es la destinada al consumo por ingestión, sea que se la emplee para beber o solamente para preparar comidas. La expresión “potable” no tiene nada que ver con el sentido del agua pura o perfecta. Una agua deficiente, pero de la cual la gente bebe, puede ser envenenada. No están comprendidas, en cambio, las aguas exclusivamente destinadas a abrevar animales o a lavar”.

Se ha transcrito el anterior concepto del eminente profesor argentino para destacar la diferencia de estatutos en lo concerniente al régimen legal sobre estas materias. El Código colombiano no hace

referencia alguna a si el agua susceptible de envenenamiento o contaminación sea **potable** o no. Por consiguiente, como esta expresión indica que el agua puede servir para la ingestión de la persona humana, su significación no tiene contenido jurídico en la ley colombiana. De manera que todo parece indicar que la norma del Código Penal colombiano es más extensiva en su aplicación que la similar del estatuto argentino, comentada por aquel ilustrado autor, lo cual significa que cuando se trata de aguas destinadas a uso público, potables o no, pero cuyo empleo, contaminadas o envenenadas, puede traer consecuencias nocivas para la salud, es a este criterio al que precisa atender para conocer si hay o no delito.

En efecto, si las aguas sirven para lavar ropa y son contaminadas o envenenadas, podría estructurarse la violación de la norma en estudio, cuando por la acción del agente se cumplan las actividades que conviertan aquellas aguas en peligro para las personas que las emplean en el lavado de sus ropas.

“Sustancias alimenticias comprende —según el mismo Soler— toda clase de materias destinadas a ser ingeridas como comidas o bebidas, incluso el hielo”.

El artículo 266, a que ya se ha hecho alguna referencia, dice:

“Artículo 266. — Al que adultere cosas destinadas al comercio, distintas de las contempladas en el artículo anterior, se le impondrá multa de cinco a quinientos pesos”.

Como antes se indicó, la adulteración, vale decir la falsificación de las cosas destinadas al comercio, hace referencia a elementos distintos del agua y de las sustancias alimenticias, que son precisamente las contempladas en el artículo 265.

El texto es, pues, más amplio que el anterior, en cuanto a la calidad de las cosas que pueden ser adulteradas, como que es extensivo a todo lo que se relacione con cosas destinadas al comercio. Esta sola calidad y la circunstancia de no estar comprendidas en la disposición anterior (artículo 265), hace aplicable la norma.

Podría pensarse que esta actividad es una forma de estafa, porque lleva inherente el engaño producido por la adulteración de cosas destinadas a ser expedidas o vendidas comercialmente y es manifiesto que cuando tal circunstancia se presenta en la configuración de un delito, la figura de la estafa es la que parece tener mayor entidad, siempre, eso sí, que el daño se dirija contra el patrimonio, pues si es otro el bien jurídico tutelado, como es en este caso la salubridad pública, es este concepto el que determina la calificación legal del hecho.

Artículo 267. — Las mismas sanciones, respectivamente, de que tratan los dos artículos anteriores, se impondrán al que, a sabiendas, dé al comercio o distribuya

Delitos Contra la Salud y la Integridad Colectivas

para el consumo, sustancias o cosas alteradas”.

A primera vista llama la atención este artículo, porque no se entiende cómo el Código preceptúa algo que ya tuvo en cuenta en los artículos anteriores para sancionar. Más, si se analiza detenidamente esta disposición se comprende perfectamente su objeto, que es distinto de los casos anteriores, por cuanto en éstos lo que determina el elemento constitutivo es la **destinación** de las cosas o sustancias a que se refiere, mientras que esta norma exige que las sustancias o cosas alteradas se den al comercio o distribuyan para el consumo.

Conviene discriminar la expresión adverbial “respectivamente”, contenida en el artículo, con referencia a las sanciones de que tratan las dos disposiciones anteriores, pues esa expresión es de importancia suma, desde luego que la pena del artículo 265 es de presidio y la del artículo 266 es una pena de multa, lo que quiere decir que la diferente calidad de estas dos sanciones hace indispensable que se conozca plenamente cuándo se aplica una u otra, en las distintas modalidades a que se refiere el artículo 267.

Del análisis de la disposición se desprende que cuando “se dé al comercio o distribuya para el consumo”, obrando a **sabiendas**, sustancias o cosas alteradas, que en este caso no pueden ser sino aquellos elementos a que se refiere el artículo 265, como son el agua y las sustancias destinadas a la alimentación, la adulteración de éstas, implica la pena de presidio. En cambio, cuando se trate de cosas distintas de las ya dichas y cuya adulteración se realice para darlas al comercio o distribuirlas al consumo, la pena aplicable es la de multa en la proporción que señala el artículo 266.

Del contexto mismo del artículo 267 se deduce que no hace referencia a sustancias peligrosas. Por consiguiente quien altere la leche, echándole agua u otras sustancias que alteren su composición química, aunque lo que se emplee para ese efecto no sea peligroso en sí, siempre viola la disposición.

Es verdad que debe entenderse que toda alteración de artículos para el comercio que deben darse al consumo, constituye un peligro para la salud. En estas infracciones el peligro es inherente a ellas y es un elemento esencial a las mismas. Sin embargo, el Código Penal colombiano, a diferencia de otros estatutos, no incluye ese elemento dentro de los constitutivos del delito, limitándose a estructurar el hecho por las solas actividades que se relacionan con dar al comercio o distribuir para el consumo, sustancias o cosas alteradas. Ya se observó en el comentario al artículo 265, cómo la Comisión no fué de opinión que debía hablarse de peligro para la salud de las personas. Este mismo criterio parece que prevaleció en la redacción de estas disposiciones.

Mas, en lo concerniente a la leche, no hay duda de que un hecho de esas características constituye un riesgo, porque si por ejemplo, se emplea el agua para alterarla, aunque este elemento pueda no traer un daño para personas adultas, en los niños ese daño puede ser inminente, porque es la leche la base casi única de su alimen-

to y si está alterada con alguna sustancia, así sea ella inocua, como el agua, pero que modifica su composición normal, se estructura una acción ilícita que comprende el artículo 237, porque la tutela que consagra esa disposición, está dirigida a impedir que para el consumo se den el comercio o se distribuyan, así sea gratuitamente, sustancias alteradas.

La leche adulterada, aunque la materia adulterante no sea tóxica ni dañina para el organismo del que la ingiere, pierde su valor alimenticio y por lo tanto, deja de ser útil para las necesidades vitales, especialmente de los niños, que la consumen como alimento primordial, porque la adulteración le resta a tal alimento sus componentes esenciales, como son las proteínas, las grasas e hidratos de carbono. Por lo mismo, dar al comercio o distribuir para el consumo leche alterada, constituye un delito contra la salud pública, que si bien se gobierna por el artículo 267, la pena imponible, en caso de establecerse el elemento a sabiendas, es la de dos a diez años de presidio. Pena ésta que también habría de aplicarse en el caso de que la leche alterada fuera distribuida gratuitamente, v. gr. en casas de beneficencia, hospicios, asilos para niños, hospitales etc., pues la ley contempla no sólo el hecho de comerciar con sustancias o cosas alteradas, sino también su distribución para el consumo, y no hay duda de que aquella actividad encaja en la modalidad prevista en el estatuto.

En el Título IX del Código se castigan todos aquellos hechos que van contra la economía nacional, la industria y el comercio. En ninguna de esas disposiciones se hace referencia a actos como los que surgen de alterar las cosas o sustancias para el consumo, como infracción que corresponda al ejercicio fraudulento del comercio. Tampoco en el capítulo de la estafa se encuentra consagrado ningún texto que signifique la posibilidad de dar esa denominación al abuso, cada vez más constante, de alterar licores finos o de procedencia extranjera, sustancias que les hacen perder, al menos en parte, su composición normal, con el propósito de conseguir un lucro ilícito de este engaño al cliente, a sabiendas del mismo, que no pocas veces aquél tolera, porque su abuso se ha extendido extraordinariamente, sin que se advierta medio de eliminarlo, si no es sancionado con las penas que consagra el Código para tan ilícita actividad comercial.

En efecto, ese hecho podría encajar en la norma que se comenta, desde luego que los términos de ésta permiten comprender que su alcance la lleva a prohibir toda alteración en cosas o sustancias para el consumo o distribución en el comercio, sin que pueda alegarse que no constituye daño alguno para la salud, pues este concepto no está comprendido en lo tocante con esos artículos, en el texto de la ley. Y aunque así fuese, la realidad es que aparece imposible afirmar a priori que no pueden resultar perjudiciales a la salud de quienes los ingieren. El daño puede no ser material; basta el potencial, y es manifiesto que este riesgo abstracto es el que domina el criterio jurídico que diferencia estas figuras de otras semejantes, en donde la naturaleza del daño, por ser concreto, exige esa materialidad, para que la infracción tenga que considerarse legalmente estructurada.

Delitos Contra la Salud y la Integridad Colectivas

“Artículo 268. — Al que mantenga en depósito, dé al comercio o suministre medicinas dañadas o alteradas, se le impondrá prisión de seis meses a cinco años y multa de diez a mil pesos”.

“Artículo 269. — Al que ejerciendo de cualquier modo el comercio de sustancias medicinales, las suministre en especie, calidad o cantidad que no corresponda con la prescripción médica, o diversa de la declarada o patentada, de modo que ponga en peligro la salud de los demás, se le impondrá prisión de seis meses a cinco años y multa de diez a mil pesos”.

Estos dos artículos tienen caracteres comunes que hacen viable su comentario conjunto.

Las contingencias de que trata la primera de estas disposiciones hacen referencia no sólo al comercio o suministro de medicinas dañadas o alteradas, sino que extiende la prohibición penal hasta al hecho de mantenerlas en depósito.

Es digno de anotar en el texto del artículo 268 que el alcance de la norma tampoco se limita al simple comercio de medicinas dañadas o alteradas, sino que se extiende también al “suministro” de las mismas. De suerte que está comprendido en la prohibición legal no sólo el uso individual que se haga de esas medicinas, vendidas o suministradas, sino también el que pueda derivarse del empleo que se haga de ellas por un número indeterminado o desconocido de personas, aunque las haya adquirido por cualquiera de esos medios. Así, quien “suministre” esos elementos, dañados o alterados, a una casa de salud, clínica, hospital, cuartel, establecimiento de educación etc., incurre en el delito, pues ese alcance tiene la circunstancia de incluir la ley tanto el hecho de expender o vender esas medicinas en tal estado, como el de suministrarlas, aunque sea en forma gratuita. Lo que se quiere impedir con la creación legal de este delito es la mengua de la salud individual o colectiva por el empleo de medicinas nocivas.

En cuanto al artículo 269, conviene advertir, en primer término, que esta norma se aparta en su redacción de las disposiciones anteriores, precisamente en un punto de doctrina que es de importancia fundamental, como se ha dicho en esta categoría de delitos. Exige, en efecto, que los hechos a que se refiere el precepto como estructurales del delito, actúen “de modo que ponga en peligro la salud de los demás”.

De manera que si esta circunstancia no se demuestra, esto es, si el riesgo creado por tales actividades no se concreta en un peligro material, no resulta existente el hecho delictuoso que esta disposición sanciona.

En algunos códigos esta figura, que se denomina genéricamente suministro infiel de medicinas, basta el simple peligro abstrac-

to, como ocurre en el colombiano con las demás contempladas en el Título, que ya se tienen analizadas, para que se estructure la infracción. La observación anterior establece que en nuestra legislación resulta indispensable el peligro concreto para la existencia del delito.

En cuanto al sujeto activo del mismo, cabe hacer una observación semejante. En legislaciones extranjeras los hechos a que se contrae la disposición no pueden ser cometidos sino por una persona que tenga autorización para vender productos medicinales. Es decir, sólo los farmacéuticos licenciados serían entre nosotros, de haberse adoptado este criterio, los únicos capaces de infringir la ley por este concepto.

Mas el texto legal es extensivo en este particular, pues no limita el sujeto activo de la infracción a persona alguna determinada, sino que amplía la posible comisión del ilícito a todo el que "ejerciendo de cualquier modo el comercio", lleve a cabo las actividades señaladas en la disposición.

Qué debe entenderse por suministrar sustancias medicinales "en especie, calidad o cantidad que no corresponda con la prescripción médica"?

"El hecho consiste —dice Soler comentando un regla semejante del Código argentino— en suministrar sustancias medicinales no correspondientes en **especie, calidad o cantidad, a la receta médica**. No parece que proceda hacer aquí distinciones con respecto a la **calidad**. Basta, según Florián, la no **conformidad**. Para nada entra en juego la consideración del beneficio o del perjuicio patrimonial, que es cuestión aparte y eventualmente concurrente. Esta disposición tutela de modo exclusivo la salud pública, puesta en peligro por la infidelidad que representa sustituir la autoridad del médico. Los reglamentos sanitarios marcan los procedimientos a seguir en casos de disconformidad entre el médico y el farmacéutico. Por supuesto que el estado de necesidad es justificante como en cualquier otro caso: la falta accidental de un medicamento substituído en conciencia del peligro de un retardo".

La otra modalidad contemplada en la misma disposición consiste en el suministro comercial de sustancias medicinales, diversas de la declarada o patentada, con lo cual se quiere significar que la ley penal no sólo castiga la sustitución de los ingredientes de un receta —y hasta la supresión, podría agregarse— sino también la de específicos, sean o no expedidos con receta, fabricados de acuerdo a fórmulas registradas.

"La expresión —continúa el mismo Soler— sustancias medicinales, comprende lo que se suministra o emplea con directos fines curativos, antisépticos, anestésicos y quirúrgicos, aplicable sobre la persona, con exclusión de lo que constituye un aparato o instrumental" ("Derecho Penal Argentino", tomo VI, pág. 608).

El artículo 1º de la ley 45 de 1946, dice:

"Artículo 1º — Subrógase el artículo 270 del Código Penal por el siguiente:

Delitos Contra la Salud y la Integridad Colectivas

“Artículo 270 — Al que de modo clandestino o fraudulento, elabore, distribuya, venda o suministre, aunque sea gratuitamente, drogas estupefacientes, o las mantenga en su poder con los mismos fines, se le impondrá prisión de seis meses a cinco años y multa de cincuenta a mil pesos.

“En la misma sanción incurrirá quien, de modo clandestino o fraudulento, o sin permiso de las autoridades nacionales de higiene, cultive o conserve plantas de las cuales puedan extraerse dichas sustancias.

“La sanción se aumentará en una tercera parte, si tales drogas se suministran o enajenan, a cualquier título, a menores de edad o a personas que habitualmente usaren de ellas” (1).

(1) El gobierno nacional, en vista del auge que ha tomado el uso de la marihuana, dictó el Decreto N° 923 de 1949 (abril 4) “Por el cual se prohíbe el cultivo y comercio de una planta”, decreto que dice así:

DECRETO NUMERO 923 DE 1949

(abril 4)

por el cual se prohíbe el cultivo y comercio de una planta.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales y en desarrollo del artículo 1° de la ley 45 de 1946, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 1° de la ley 45 de 1946 establece sanciones para los que de modo clandestino o fraudulento o sin permiso de las autoridades nacionales de higiene cultiven o conserven plantas de las cuales puedan extraerse sustancias estupefacientes;

Que la marihuana (*cannabis sativa* y sus variedades) está comprendida entre las plantas mencionadas en la ley 45, ya que tiene propiedades venenosas y produce hábito;

Que las indicaciones terapéuticas de dicho arbusto son nulas, y en cambio su cultivo y comercio tienden sólo a determinar graves males para la salubridad de los asociados, motivo por el cual su cultivo fué prohibido por la Resolución 645 de 1939, del Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social,

DECRETA:

Artículo 1° — Prohíbese en el territorio de la República el cultivo y comercio de la marihuana (*cannabis sativa* y sus variedades).

Artículo 2° — Las autoridades de Higiene y de Policía procederán a la

El artículo 2º de la misma ley es de este tenor:

“Artículo 2º — Subrógase el artículo 271 del Código Penal por el siguiente:

“Artículo 271. — Al que destine casa, local o establecimiento, para que allí se haga uso de drogas estupefacientes, o permita en ellas tal uso, se le impondrá prisión de seis meses a cinco años, multa de cincuenta a mil pesos, y clausura del establecimiento, casa o local”.

La subrogación de la ley 45 de 1946 consistió en introducir un segundo cuerpo en el artículo, esto es el inciso segundo del mismo que no figuraba en el artículo 270, para proveer a una ocurrencia que estaba presentándose, sin que tuviera la consiguiente sanción en el Código de las penas: el cultivo o conservación de plantas de las cuales pueda extraerse sustancias estupefacientes. La otra modificación consiste en cambiar la expresión “sustancias narcóticas” por otra que no diera lugar a equívocos: “drogas estupefacientes”, sustitución

inmediata destrucción de las plantaciones existentes y están obligadas a denunciar ante los Jueces Penales a los transgresores, los que serán castigados conforme al artículo 1º de la ley 45 de 1946 con prisión de seis meses a cinco años y multa de cincuenta a mil pesos.

Esta sanción se aumentará en una tercera parte si tal planta se suministra o enajena a cualquier título a menores de edad o a personas que habitualmente usaren de ella.

Artículo 3º — El Ministerio de Justicia comisionará a los Jueces de Instrucción que sean necesarios para que procedan a investigar sin dilación los delitos previstos en el artículo 1º de la ley 45 de 1946.

Artículo 4º — Las autoridades mencionadas en este Decreto quedan en la obligación de dar aviso inmediato a la Sección de Estupefacientes del Ministerio de Higiene de toda destrucción de plantaciones o tráfico de marihuana, suministrando el nombre del responsable y las sanciones que se hubieren impuesto.

Artículo 5º — Los funcionarios que fueren renuentes o contemporalizados en el cumplimiento de las disposiciones que consagra este Decreto serán sancionados por el respectivo superior con la remoción del cargo.

(“Diario Oficial”, Nº 26997 de 22 de abril de 1949).

Y para hacer más eficaz la campaña contra los traficantes de esta droga, dictó el decreto Nº 1258 de septiembre de 1951, que extiende la aplicación de la Ley Lleras a los que cultiven, elaboren, comercien o hagan uso de la marihuana. Dice así la parte pertinente del decreto en mención:

“Artículo 1º — Para los efectos de la ley 48 de 1946 y las disposiciones que la adicionan y reforman, son también maleantes los que cultiven, elaboren, comercien o de cualquier manera hagan uso o induzcan a otro a hacer uso de la marihuana (cannabis sativa o cannabis indica)”.

que se hizo tanto en el texto del artículo 270 como en el 271.

La mención que hacía el artículo 270 —y este es el origen de la reforma— de la expresión “sustancias narcóticas”, produjo en la práctica encontradas opiniones sobre su significado científico, dando entonces oportunidad a que con referencia a dictámenes periciales de facultativos médicos, se creyera que con la palabra “narcóticos” no quedaba en la ley incluido el tráfico de la marihuana, para hacerlo delictuoso de conformidad con dicha norma.

La discusión, revaluada con múltiples razones de indiscutible valor, este sí científico, fue cortada de plano con la subrogación que hicieron los artículos primero y segundo de la ley 45 de 1946, para cambiar los términos a que ya se ha hecho referencia. Y por si alguna duda quedaba, en el inciso segundo del mismo artículo primero de esa ley, bien claro se dice que no sólo elaborar, distribuir, vender o suministrar esas drogas estupefacientes constituye acto punible, sino que también incurre en igual responsabilidad quien “cultive o conserve plantas de las cuales puedan extraerse dichas sustancias”.

Esta última parte de la subrogación no cabe duda de que se refiere a la yerba marihuana, de tan peligrosos efectos tóxicos para las personas que la usan. Y ello es claro si se atiende al Decreto 923 de 1949, que suprimió cualquier duda.

Absolviendo la Oficina Central de Medicina Legal una consulta formulada sobre estos particulares por algún funcionario judicial, se produce así:

“Principiaremos por afirmar que la palabra narcótico es sinónimo de estupefaciente; y se llaman estupefaciente, somnífero, sedativo, a las sustancias que producen adormecimiento, resolución muscular y cierto entorpecimiento de la sensibilidad susceptible de llegar hasta la anestesia.

“La embriaguez producida por la marihuana tiene tres períodos:

“1º — Una excitación general de los nervios sensitivos y motores.

“2º — Una especie de delirio, con alucinaciones placenteras, llamadas por los árabes fantasía.

“3º — Un estado de sueño, interrumpido a menudo por breves delirios, después de los cuales el narcotizado vuelve a caer en el sueño profundo. Al despertar experimenta sensación de hambre y depresión psíquica.

“Los signos físicos son: ligera opresión de las sienes, retardo de la respiración, calor, enfriamiento y hormigueo de las piernas; y si la dosis es considerable tienen zumbidos de oídos, vértigos, contracciones convulsivas y se presenta el sueño. Como síntomas psíquicos, se presenta bienestar general, hiperexitación con sensibilidad general exaltada; errores en las dimensiones del tiempo y del espacio; mayor agudeza del oído; presentación de ideas fijas que pueden llegar a la manía persecutoria; impulsos irresistibles; ilusiones y alucinaciones; fantasías.

“En resumen, la marihuana puede llegar a producir fenómenos narcóticos o estupefacientes”.

Es indudable que la reforma introducida por la ley 45 de 1946 a los artículos 270 y 271 del Código Penal, extendió el alcance

de esas disposiciones hasta procurar que el vicio de la toxicomanía fuera perseguido penalmente, de manera que corresponda su sancionamiento a la gravedad misma de este peligro social, cuya extensión es de consecuencias inusitadas en lo tocante con la salud pública, y, sobre todo, en la defensa de la raza, la cual se degeneraría hasta límites imprevisibles de prosperar vicio tan nefando.

Pero es también evidente que quizá falten en la ley elementos de lucha contra el mal inicial, que lo constituye en estas materias el contrabando de drogas estupefacientes. Indudablemente existe algún control penal en lo tocante con la venta y distribución de los alcaloides para usos médicos y farmacéuticos; mas, por desventura, las personas habituadas a tal vicio, y las que están en vía de adquirirlo, obtienen el producto en forma clandestina, derivada de aquel tráfico que burla la vigilancia en las fronteras y en los puertos, para introducirse por medio del contrabando, haciéndose muy difícil, de esta suerte, la lucha contra el vicio degenerativo de las drogas heróicas.

Por e. lo, el peligro inicial de la entrada al país de toda clase de estupefacientes debe ser perseguido de manera sistemática, de tal suerte que recaigan sobre los responsables de tan ilícito comercio las más rígidas sanciones, a fin de que la protección penal se ejerza tutelando a la sociedad contra el tráfico fraudulento de alcaloides, porque de nada serviría procurar el castigo de los que en forma fraudulenta o clandestina expenden, distribuyen, elaboran o suministran estupefacientes, si el contrabando hace en cierta forma nugatoria la lucha contra la toxicomanía. Persiguiendo el contrabando y castigándolo con gran severidad en las leyes penales, se daría el paso más adecuado para impedir la propagación de aquel funesto vicio social.

Conviene hacer una anotación marginal al tratar de estos problemas. En comentarios anteriores se ha hecho referencia a que la alteración de productos alimenticios para darlos al consumo puede acarrear delincuencia, aunque ello se realice gratuitamente, circunstancia ésta que expresamente exigen otros artículos del capítulo que se estudia, por lo cual pudiera pensarse que cuando no ocurre así no puede hacerse aquella afirmación.

La cuestión no carece de interés y merece ser explicada. El artículo 267, por ejemplo, dice que se "dé al comercio o distribuya para el consumo, sustancias o cosas alteradas". Es claro que el hecho de darlas al comercio implica de por sí no suministrarlas gratuitamente. En cambio, darlas al consumo sí puede implicar esa circunstancia, ya que sólo se exige tal actividad para que la regla legal opere.

Cuando, como ocurre en el artículo 270, y del que lo subrogó, la norma se refiere a que los hechos que la disposición incluye se realicen aunque sea gratuitamente, es porque no hace referencia a comercio alguno con esas sustancias estupefacientes, las que por ser tales, cualquier actividad, aun tenerlas en su poder, puede implicar para el agente un hecho delictuoso.

Dada la redacción del artículo 267, tal vez sería una expresión redundante o pleonástica emplear la circunstancia de gratuidad

que sí usa el texto del artículo 270, lo mismo que el de la ley 45 de 1946 que lo sustituyó, toda vez que contemplando el artículo el hecho de dar al comercio, por ello mismo excluye la gratuidad, mientras que la distribución bien puede ser a título distinto, es decir, sin lucro para quien tal cosa realice.

En todo caso, la explicación es conveniente para conocer la razón por la cual se hizo aquella afirmación.

“Artículo 272. — Si alguno de los hechos de que tratan los artículos anteriores fuere ejecutado por comerciantes, farmaceutas o boticarios, directamente o por interpuesta persona, en establecimientos de su propiedad, se le impondrá además la clausura del respectivo establecimiento hasta por dos años”.

Como ya se ha dicho, los textos de los artículos 270 y 271 fueron ampliados para comprender en ellos otras modalidades no contenidas en el Código Penal. Se produjo, pues, una subrogación en las normas primitivas de aquel estatuto. Como quiera que el artículo 272 habla de que “si alguno de los hechos de que tratan los artículos anteriores fuere ejecutado...” es el caso de preguntar si alguna de las personas señaladas en aquella disposición pueden incurrir en el delito comprendido en el inciso segundo del artículo primero de aquella ley subrogatoria, y si el aumento de pena consagrado en el inciso segundo de la misma, cobija también a dichas personas, esto es, a los comerciantes, farmaceutas o boticarios.

Habiendo sido los textos mencionados del Código Penal subrogados, que en el lenguaje forense es como decir sustituida o puesta una cosa en lugar de otra, parece indicado afirmar que el artículo 272 comprende también aquellas subrogaciones y por tanto ellas quedan comprendidas en la cláusula contenida en ese artículo: “si alguno de los hechos de que tratan los artículos anteriores fuere ejecutado”; o lo que es lo mismo puede decirse que para los comerciantes, farmaceutas o boticarios tanto el aumento de pena del artículo segundo de la ley 45, que modificó el mínimo del artículo 272, de tres meses, a seis, dejando intacto el máximo, y a la vez impuso la clausura del establecimiento, casa o local, destinado al uso de drogas estupefacientes, lo mismo que el inciso segundo del artículo primero de la tantas veces citada ley 45, se extienden a las personas señaladas en la norma del artículo 272.

La misma observación podría hacerse al texto del artículo 273, que es de este tenor:

“Artículo 273. — Al médico, farmaceuta o persona que ejerza una profesión médica, que cometa alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores, se le suspenderá además en el ejercicio de su profesión hasta por dos años”.

Es apenas natural que tratándose de profesiones de tanto contenido social como las que menciona el artículo, quienes al ejercerlas atenten contra la salubridad pública, en lugar de contribuir, como sus funciones mismas lo indican, a procurar tanto la salud pública como la individual, aparte de las sanciones que les correspondan por los hechos ya mencionados en los artículos anteriores a los cuales se extienden los de la ley 45 de 1946, como queda ya explicado, sean suspendidos en el ejercicio de su profesión hasta por dos años.

Como el interés de la ley es procurar de todas maneras la extirpación del vicio de la toxicomanía, la confiscación de esas sustancias, así como los aparatos y demás objetos destinados a la comisión de tales hechos, constituye una medida de prevención general muy adecuada para luchar con éxito contra este grave flagelo social. A este objeto tiende el artículo 274, que dice:

“Artículo 274. — Las sustancias, aparatos y demás objetos destinados a la comisión de los hechos de que tratan los artículos anteriores, serán decomisados”.

La culpa no la excluye el legislador de estas infracciones, porque bien pueden consumarse por negligencia, descuido, impericia, inobservancia de los reglamentos de higiene o falta de previsión de lo que es previsible. El texto del artículo 275 al decir que “los hechos que trata este Título” pueden ocasionarse por culpa, extiende a esta figura todas las modalidades susceptibles de producirla, sancionadas en el Título VIII bajo el epígrafe de “Delitos contra la Salud y la Integridad Colectivas”.

Tal vez el derecho positivo no esté muy conforme con la doctrina en este particular, pues ésta no está acorde en aceptar la figura de la culpa en infracciones como las sancionadas en estos capítulos. Más ello, que apenas podría constituir una crítica al Código desde el punto de vista doctrinal, carece de significado jurídico frente al texto del artículo 275. Sin embargo, Carrara admite la culpa en estas infracciones, así:

“En una palabra no hay en toda esta categoría una sola transgresión que, en ciertas condiciones de hecho, no pueda transformarse en un verdadero delito culposo si, aun sin existir dolo, hubo la concomitancia de un daño efectivo; en un delito doloso si hubo esta concomitancia e intención nociva”.

El texto mencionado es del tenor siguiente:

“Artículo 275. — Al que ocasione por culpa alguno de los hechos de que trata este título, se le impondrá la sanción correspondiente, disminuida de una sexta parte a la mitad”.

Un delito contra la salubridad pública podría ser la fabrica-

Delitos Contra la Salud y la Integridad Colectivas

ción y venta de bebidas fermentadas que no se haga dentro de las prescripciones legales. A sancionar tales hechos tiende la ley 34 de 1948, que fue declarada exequible por la Corte, y cuyos artículos en lo pertinente dicen:

“Artículo 6º — Los fabricantes de bebidas fermentadas y los expendedores de las mismas que fabriquen o den al consumo estas bebidas, sin los requisitos que exige la presente Ley, serán sancionados así: con multa de \$ 100 a \$ 2.000, con cierre definitivo de la fábrica o establecimiento y con el decomiso de los elementos del contrabando”.

“Artículo 7º — En caso de reincidencia, además de las sanciones establecidas, el contraventor será castigado con pena de arresto inmutable de seis meses a un año”.

“Artículo 8º — Las sanciones de que tratan los artículos anteriores serán aplicadas a prevención por las autoridades de higiene, de policía o las que hagan sus veces. Las autoridades o funcionarios que fueren renuentes o contemporizadores en el cumplimiento de las disposiciones que consagra la presente Ley, serán sancionados por el respectivo superior con la remoción definitiva del cargo”.

Su claridad excusa de todo comentario al respecto.