

Corte Suprema de Justicia

APLICACIÓN EXTENSIVA DEL CÓDIGO PENAL A LOS ESTATUTOS PENALES ESPECIALES*

Magistrado ponente: Dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO
Abril 26 de 1986

El Código Penal de 1980 no derogó en forma expresa el Código Penal Militar, ni ninguna de sus disposiciones. Tanto el C. P. ordinario como el militar están orientados a consagrar conductas punibles, pero las normas de este último son de carácter especial y se aplican solo a las personas expresamente señaladas en el art. 170 de la Constitución Nacional; por ello, en caso de conflicto entre las dos normatividades, este se resolverá con aplicación del principio de la especialidad.

VISTOS:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor Fiscal Tercero Superior Militar contra la sentencia proferida por esa corporación, en virtud de la cual se condenó a los procesados R.R.R. y A.P.R. por el delito de hurto.

El señor procurador delegado para las Fuerzas Militares se abstuvo de ampliar o coadyuvar la demanda.

HECHOS:

En la instancia fueron relacionados en la siguiente forma:

“De acuerdo a lo investigado se estableció que el 25 de abril de 1982, a las 02:00 horas, después de haber ingerido licor en uno de los bares de la ciudad de Barranquilla, regresa-

ron a la Unidad los soldados R.R. y A.A.P.R., convenciendo el primero de los nombrados al segundo para sustraerse varios cartones de cigarrillos del almacén del Fondo Rotatorio del Ejército, el cual funciona dentro de las instalaciones del Batallón de Ingenieros núm. 2. «Vergara y Velasco». En desarrollo de lo anterior el soldado R. sustrajo por una de las ventanas situadas en la parte alta de la edificación, la cual carecía de rotación, 24 cartones de cigarrillos Marlboro, mientras que P. los recibía y simultáneamente vigilaba el sector”.

(Hechos sucedidos en Malambo, Atlántico).

LA DEMANDA DE CASACIÓN:

El señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar acusa la sentencia dictada dentro del presente proceso, con apoyo en la causal

* Intitulación y estudio a cargo de JORGE ENRIQUE VALLEJO.

cuarta de casación, pues a su juicio fue dictada dentro de una causa viciada de nulidad de carácter constitucional, en razón de que el juzgamiento y la condena se hicieron con base en normas no preexistentes a la fecha en que se realizó el hecho punible que se les atribuyó, lo que comporta desconocimiento del art. 26 de la Constitución Nacional.

Punto de partida del razonamiento del impugnante es la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte, del 7 de febrero de 1984, reiterada el 18 de septiembre del mismo año, y en la cual se afirmó que las disposiciones contenidas en el Libro Primero del nuevo ordenamiento penal eran también aplicables a materias penales de que tratan otros estatutos, los cuales, por mandato del art. 376 del C. P., continúan en vigencia. Entre esos estatutos especiales que no perdieron vigencia con la expedición del nuevo Código Penal se encuentran el Código de Justicia Penal Militar, el Estatuto Penal Aduanero, el Estatuto Nacional de Estupefacientes, respecto de los cuales se aplicarán los principios que emergen de la nueva codificación penal.

Estima el impugnante que del texto del art. 376 del C. P. se deduce que las leyes especiales, dentro de las cuales se encuentra el Código de Justicia Penal Militar, solo pueden continuar rigiendo en cuanto no se opongan al Código Penal. Razona de la siguiente manera:

“En esta forma, entiendo que en aquellos delitos que no son esencialmente militares o que por su propia naturaleza no tienen este carácter y que, por lo tanto, aparecen contemplados en uno y otro códigos (los que la doctrina denomina delitos militares impropios con descripción típica binaria), como ocurre precisamente en los delitos contra el patrimonio económico de toda clase de personas, el nuevo estatuto modificó en lo pertinente el penal castrense, en razón de la derogatoria de las leyes penales especiales que aparecieron contrarias en aspectos sustanciales con aquel ordenamiento punitivo.

”Además, también pienso que si las normas penales generales del estatuto penal castrense,

que fueron contrarias al nuevo Código Penal, aparecen derogadas por este último ordenamiento, *a fortiori*, debe concluirse que las contenidas en su parte especial dejaron de regir dentro de la hipótesis de aparecer igualmente adversas a disposiciones de similar naturaleza a las consagradas en el Libro Segundo del nuevo estatuto punitivo, porque de no ser así podría caerse en situaciones francamente absurdas”.

Afirma igualmente que si la Corte en las providencias ya indicadas estableció que los preceptos de la parte general del Código eran aplicables al Código de Justicia Penal Militar, asimismo, lógicamente, deben ser aplicables las contenidas en su parte especial, cuando se opongan claramente al estatuto castrense, pues las normas de la parte general son integradoras y complementarias de las de la parte especial. De no procederse en la forma reclamada por el recurrente, se llegaría a conclusiones absurdas, pues como el estatuto penal militar se redactó con base en la legislación penal de 1936, la nueva concepción de los tipos penales y las nuevas penas que prevé el decreto 100 de 1980, resultarían en oposición con las previsiones que sobre esos puntos trae el estatuto penal militar. Para sustentar su aserto señala que el delito de peculado por apropiación se sanciona en el Código de Justicia Penal Militar con pena de dos a seis años de prisión cuando el valor de lo apropiado no pasare de \$ 3.000,00, y con presidio de cuatro a cinco años cuando ese monto fuere superior, lo que llevaría, si no se aceptan sus planteamientos, a que el peculado más grave se sancione con pena menor, porque el presidio se pagará como prisión.

Encuentra que hay disconformidad sustancial entre el delito de hurto del nuevo Código Penal y el tipificado en el estatuto castrense, no solamente en relación con las penas imponibles, sino en cuanto a la estructura de los tipos penales correspondientes, de modo que las disposiciones del estatuto especial quedaron sin vigencia a partir del 29 de enero de 1981, fecha en la cual comenzó la vigencia del nuevo ordenamiento penal. Ahora bien, como los procesados cometieron el hecho que

dio lugar a su condena el 25 de abril de 1982 y se les juzgó y condenó con base en la ley especial militar que para entonces había perdido su vigencia, se desconoció el imperioso mandato del art. 26 de la Carta en cuanto a la obligatoria aplicación de la ley preexistente al hecho imputado.

Agrega que “A todo lo dicho y referido podría agregarse, para evitar cualquier objeción al respecto, que la anterior interpretación no afecta el fuero penal militar de manera alguna, porque este consiste esencialmente, de acuerdo con lo consignado en el art. 170 de la Constitución Nacional, en la atribución que se otorga a las cortes marciales o tribunales militares para juzgar al personal que ostenta tal carácter por delitos cometidos en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

”Pero este fuero especial no exige, a mi modo de ver, una tipificación especial de los delitos pertinentes sino en los eventos punibles esencial y propiamente militares (deserción, desobediencia, abandono del servicio, abandono del puesto, etc.), como tampoco unas sanciones especiales, porque los demás (los denominados delitos impropiedades militares), como sus penas, pueden ser iguales a las consignadas en el Código Penal común, sin que se afecte en forma alguna el fuero penal castrense consagrado en dicha disposición constitucional.

”Es decir que bien pudiera haberse dictado el Código Penal Militar contemplando, eso sí, los delitos propia o esencialmente militares (deserción, abandono del servicio, abandono del puesto y muchos otros que adelante se puntualizarán), pero en lo demás haciendo remisión expresa a los mismos delitos consagrados en el Código Penal común, sin necesidad de reproducirlos en el estatuto penal castrense, esto es sin efectuar una nueva descripción típica o sin efectuar una descripción típica binaria, pero reservando desde luego el juzgamiento de estos últimos hechos punibles, al igual que los primeros, a las cortes marciales o tribunales militares cuando tanto

unos como otros fueron cometidos por militares en servicio activo y cuya comisión tuviera vínculo de relación con el mismo servicio (lo cual se da por supuesto en los delitos propiamente militares), ya por haber sido consumados por causa o con ocasión de esa misma actividad militar, o en desarrollo del ejercicio de funciones inherentes a dicha calidad”.

De otra parte señala que los fueros han sido establecidos justamente para garantizar el principio de la igualdad y reclama que se dé aplicación al precepto contenido en el art. 5° de la ley 57 de 1887, que impone dar prevalencia al Código Penal sobre el Militar.

Crítica algunos de los planteamientos hechos en el fallo que impugna y pide que se case la sentencia a fin de que sea declarada la nulidad que invoca, la cual se presentó a partir del auto de llamamiento a juicio dictado contra los procesados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1º) El señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar hace muy sugestivos planteamientos para llegar a la conclusión de que el Código Penal (decreto 100 de 1980) derogó las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar que aparecen en aquella legislación y en el estatuto castrense (delitos militares impropios con descripción típica binaria), de manera que, como los hechos que se juzgan en este proceso ocurrieron el 25 de abril de 1982, los procesados fueron juzgados con base en normas para entonces derogadas, con desconocimiento del mandato del art. 26 de la Constitución Nacional, lo que lo lleva a la conclusión de que se incurrió en nulidad suprapenal.

2º) Punto importante de apoyo para sus reflexiones es la sentencia de la Corte del 7 de febrero de 1984, cuyos planteamientos fueron reiterados en casación del 18 de septiembre del mismo año. Se observa, sin embargo, que el alcance de las citadas providencias es bien limitado, ya que en ellas simplemente se llega a la conclusión de que las penas de

presidio y pérdida de la patria potestad, previstas en el estatuto penal militar desaparecieron de esa concreta codificación, habida cuenta de que el art. 375 del C. P. dispuso que los principios contenidos en el Libro Primero del nuevo ordenamiento penal eran aplicables también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que en ellas no se disponga otra cosa.

3º) Los arts. 375, 376, 377 y 378 de la vigente codificación penal representan previsiones legislativas para garantizar el adecuado tránsito de legislación en materia de tanta trascendencia como la vigencia de un nuevo código penal, que no representó la simple expedición de un nuevo estatuto, sino que comportó una nueva concepción sobre el derecho penal, con enfoques diversos sobre la noción del hecho punible y la entronización de valores juridicopenales no contemplados expresamente en precedentes ordenamientos.

El art. 375 citado, que de modo prevalente constituye el fundamento legal de las sentencias aducidas en precedencia y sirve de base a las pretensiones del actor, es norma que hace extensivos los principios contenidos en el Libro Primero del Código Penal "a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que estas no dispongan otra cosa". Destácase que a pesar del significativo alcance de esta disposición, en cuanto ordena que las normas de la parte general de la nueva codificación tengan un alcance que comprenda toda la legislación penal, en la medida en que no haya previsión en contrario, tal mandato tiene un claro límite porque no se refiere a la parte especial y solo permite la aplicación extensiva de las disposiciones contenidas en el Libro Primero.

El recurrente, con base en la argumentación de que las disposiciones generales de un código son normas integradoras que hacen posible la aplicación de los tipos penales en concreto, asevera que si los mandatos del estatuto ordinario aparecen también en el de carácter especial, no hay razón alguna para mantener la vigencia de estos, puesto que la

regulación genérica los comprende, no solamente en sus disposiciones rectoras, sino en relación con las conductas punibles que suponen desarrollo de aquellas.

El argumento, sin embargo carece de sustento legal, pues aunque nadie niega la íntima relación que existe entre las disposiciones de un código, el alcance del art. 375 del C. P. es más limitado, en razón de que solo hace aplicación extensiva de las regulaciones contenidas en el Libro Primero y siempre que en las leyes penales a las cuales hayan de ser aplicados esos principios no dispongan otra cosa. Justamente ese es el sentido de la casación del 7 de febrero de 1984. Precisó la Sala en aquella ocasión:

"Así, los aspectos sustanciales de tipo general de que tratan los códigos penales ordinarios, informan sobre la ideología que inspiró el respectivo código vigente. Es allí donde se reconocen las concepciones en boga en los últimos avances de la ciencia del derecho penal en asuntos tan delicados como los principios que los nutren, la noción de la ley penal en el tiempo y en el espacio, la definición y conformación del delito, sus grados, la participación y el concurso delictual, su justificación, la inimputabilidad, la responsabilidad penal y civil, la punibilidad y sus diferentes formas, etc., ... Temas estos que por su naturaleza no pueden permanecer sin irrigar todos los campos de la legislación penal preexistente y la que pueda sobrevenir con el decurso del tiempo".

De manera que no es válido extender fuera de sus límites un texto legal de significativos pero reducidos alcances, como tampoco lo es pretender que una interpretación que la Corte hizo de ese texto, pueda ampliarse de tal modo que desborde sus pretensiones iniciales. Porque, además, está fuera de toda lógica postular que la forma como las normas de la parte general del Código Penal se aplican a las disposiciones de otras leyes penales, sea justamente derogándolas, con lo cual se haría nugatoria la expresa voluntad del legislador contenida en el analizado art. 375.

El art. 376 del Código Penal contribuye a ratificar la precedente apreciación, porque de manera expresa dispone que las leyes penales especiales actualmente en vigencia (diversas de las dictadas en ejercicio de las facultades del art. 121 de la Constitución Nacional) seguirán rigiendo en cuanto no se opongan a lo dispuesto en este Código. Una de las leyes penales que se encontraban en vigencia al entrar a regir el decreto 100 de 1980, es precisamente el Código de Justicia Penal Militar, tal como lo destacaron sucesivamente los proyectos de 1976 y 1978 en sus arts. 488 y 536, respectivamente, textos que son el antecedente del que se comenta.

Es verdad que muchas de las disposiciones del decreto 250 de 1958 (convertido en legislación permanente por la ley 141 de 1961), que el censor denomina delitos militares improprios con descripción típica binaria, fueron tomados en forma textual del Código Penal de 1936, aun cuando también es cierto que en algunos casos se hicieron modificaciones en relación con el sujeto activo de la infracción, o atinentes a la pena, como en el delito de peculado citado en la demanda. No obstante, es cierto que el legislador especial no se limitó a hacer una referencia a la codificación de la cual se hacía la adaptación, sino que creó un estatuto diferente y, por lo tanto, con vigencia jurídica independiente. Por esta razón, y por cuanto el estatuto penal militar no era un simple apéndice del Código Penal de 1936, al entrar a regir el nuevo Código Penal aquel continúa teniendo plena operancia, aun en relación con disposiciones que tenían consagración en los dos estatutos. Muy posiblemente se presenten casos tratados en diversa forma, pero, dada la independencia de los dos códigos, ello resulta inevitable. Solo el legislador tiene facultad para dictar las leyes que impidan el indicado tratamiento disímil.

También es conveniente anotar que la ley 5ª de 1979 solo facultó al ejecutivo para modificar la legislación penal y en manera alguna para derogar parte del articulado del Código de Justicia Penal Militar, de suerte que no

puede llegarse indirectamente a esta conclusión por el simple hecho de que el nuevo ordenamiento penal haya dispuesto que los principios generales de la nueva codificación sean aplicables a otras leyes penales. De aceptarse el planteamiento del actor, la Sala terminaría convirtiéndose en legislador y creando una especie de tercera legislación penal castrense.

Por su parte, el art. 377 del Código penal representa norma de naturaleza transitoria, aplicable en los casos en que un condenado estuviere cumpliendo las eliminadas penas de presidio o de relegación a colonia agrícola penal. El art. 378 dispuso la derogatoria del estatuto penal anterior y de las disposiciones contrarias al nuevo (como el decreto 1135 de 1970 cuyas previsiones fueron incorporadas en alguna medida al nuevo Código), y entre las cuales no pueden tenerse en cuenta las leyes penales especiales, por cuanto, justamente, el art. 376 destaca que continúan en vigencia.

4º) Plantea asimismo el impugnante el tema relacionado con la derogatoria de leyes anteriores a partir de la expedición y vigencia de nuevos ordenamientos, así como el tema relacionado con la relación de leyes contenidas en diversos códigos. Sobre este aspecto es necesario hacer algunas precisiones a fin de resolver la cuestión propuesta.

El Código Civil, así como las leyes 57 y 153 de 1887, consagran principios lógicos de hermenéutica aplicables en casos como el que ahora se examina. De acuerdo con las previsiones del art. 3º de la citada ley 153, se entenderá insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad con leyes especiales posteriores o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a la que la anterior disposición se refería. Asimismo el art. 45 de la ley 57 de 1887, en su numeral primero, da prevalencia a la norma especial sobre la de carácter general, y el numeral segundo de esa disposición enseña que cuando las normas tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo Código, preferirá

la consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos, preferirá por razón de estos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.

Con apoyo en los citados postulados legales, tiénese que el Código Penal de 1980 no derogó en forma expresa el Código de Justicia Penal Militar, ni ninguna de sus disposiciones. De otra parte, es indiscutible que tanto el Código Penal ordinario como el Código de Justicia Penal Militar, son ordenamientos orientados a la consagración de conductas punibles, pero las normas de este son de carácter especial en atención a que se aplican a las personas expresamente mencionadas en el art. 170 de la Constitución y en casos taxativamente señalados en la Carta. De suerte que si se estima que las dos codificaciones rigen actualmente, el conflicto de normas se resolverá con aplicación del indicado criterio de la especialidad.

Tampoco en este caso es de recibo el orden de prelación previsto en el numeral segundo del art. 45 de la ley 57 de 1887, por cuanto dicho orden, conforme mandato expreso de ese texto legal, solo es aplicable cuando las normas en conflicto "tengan la misma especialidad o generalidades", y como el Código de Justicia Penal Militar es precisamente norma especial frente al Código ordinario, tal como se indicó, no es del caso aceptar el razonamiento aducido en la demanda.

Restaría por resolver si se presentó derogación tácita de los delitos militares impropios con descripción típica binaria, tema al cual alude el recurrente. De acuerdo con las consideraciones que se hicieron en precedencia, conclúyese que la alegada derogatoria no se produjo, pues si bien es cierto que en alguna medida estos hechos punibles eran adaptación del Código Penal de 1936, la independencia entre los dos estatutos es notoria, aun en los casos de delitos no típicamente militares, pues como se indicó los tipos del Código

de Justicia Penal Militar son especiales, en consideración a que están previstos para una concreta clase de sujetos, en atención a la forma como están redactadas las conductas y en obediencia al mandato del art. 170 de la Constitución.

En ese orden de ideas y siguiendo los lineamientos del art. 3° de la ley 153 de 1887, forzoso es ratificar la conclusión de que las indicadas normas penales no han sido derogadas, pues el referido texto legal expresa que una disposición se estima insubsistente "por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores", evento que no se da en el caso que se examina porque la norma posterior no fue la especial, sino precisamente una de carácter general que, además, de modo expreso dispuso que las de aquella índole continuarían en vigor. Tampoco ha habido la expedición de una "ley nueva que regule integralmente la materia", pues, para que tal caso ocurriera con efectos en el tema que ahora se estudia, habría sido necesaria la expedición de un nuevo Código de Justicia Penal Militar.

5°) Finalmente adviértese que el delito de hurto por el cual fueron condenados los soldados procesados, está tipificado en el art. 235 del estatuto castrense, con redacción bien diversa de la empleada en la ley penal común. En efecto, el artículo citado dice: "El que sustraiga semovientes, armas, municiones, u otros elementos destinados al servicio de las Fuerzas Armadas, con el propósito de aprovecharse de ellos, será sancionado con prisión de dos a ocho años". Además, el art. 244 del mismo ordenamiento, disposición que se halla dentro del mismo título que el hurto (Delitos contra los bienes de Estado), señala: "Los elementos pertenecientes a los Comisariatos, Fondos Rotatorios, Tienda del Soldado, entidades o establecimientos en que tenga parte el Estado, al servicio de las Fuerzas Armadas, se considerarán, para efectos de este Código, como pertenecientes al Estado".

De la lectura de los dos artículos transcritos, dedúcese la notoria diferencia que existe entre el hurto militar y el hurto común (art. 349

del C. P.), lo que contribuye a ratificar las precedentes apreciaciones de la Sala.

Además y con relación al caso concreto, recuérdese que los procesados eran dos soldados del Ejército Nacional, quienes el día de los hechos se hallaban en servicio activo y que sustrajeron bienes del Fondo Rotatorio del Ejército, lo cual denota que les fue correctamente aplicada la disposición que dio lugar a su condena.

6°) De lo dicho en precedencia conclúyese que el delito de hurto militar no fue derogado por el nuevo Código Penal, de modo que a

los procesados se les aplicó la ley preexistente. En esas condiciones no existe la nulidad alegada, razón por la cual se desestimarán las pretensiones del actor.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida.

* * *

COMENTARIO

1. Presentación del problema

Nuevamente se ocupa la Corte de la aplicación extensiva del Código Penal y de la vigencia de las leyes penales especiales que regían al momento de la incorporación del estatuto punitivo al ordenamiento jurídico; concretamente, en este caso, se trata de determinar qué efectos generó la expedición del C. P. con respecto al Código Penal Militar (C.P.M.). La corporación sienta como jurisprudencia que el C. P. de 1980 no derogó en forma expresa el C.P.M. ni ninguna de sus disposiciones, y que el art. 375 del C.P. se refiere a la aplicación extensiva de las disposiciones contenidas en el Libro Primero y no a la parte especial; igualmente, se afirma, el conflicto de normas entre ambas codificaciones debe resolverse aplicando el principio de especialidad.

Con lo anterior, nuestro más alto tribunal de justicia reitera una decisión anterior, en la cual se pronunció sobre el sentido del C. P., correspondiente al 7 de febrero de 1984¹. Obviamente, en este estatuto encontramos las "normas rectoras de la ley penal colombiana" que, por su mismo carácter rector, cobijan todas y cada una de las disposiciones que conforman el *Derecho penal objetivo* o *ius poenale*, sea fundamental o complementario; como se ha dicho "la rectoría de esas normas significa que se enuncian con una cierta prevalencia sobre las demás, pues de lo contrario no regirían sobre ellas. De nada serían 'rectoras' esas normas si pudieran ser excepcionadas por cualquier otra disposición"².

Por ello no es concible que alguna norma pugne con la "norma rectora", pues los principios vertidos en el título I sirven de guía y norte para la interpretación y aplicación del derecho penal, son pautas que el legislador ha señalado con miras a lograr una sistematización adecuada del ordenamiento punitivo; se trata, en otros términos, de principios límite que no pueden ser rebasados por el intérprete o administrador de justicia, so pena de que

¹ Véase *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, Bogotá, Edit. Legis, 1984, pág. 311.

² JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 341.

su decisión o interpretación se oponga a disposiciones de rango constitucional o legal, pues dicho título no es más que un desarrollo de aquellas. Incluso, el legislador debe ser consecuente con los mismos y no puede consignar una norma que contradiga tales postulados, pues devendría inconstitucional, siendo posible entablar una acción de inexecuibilidad, o bien proponer una excepción de inaplicabilidad en el caso concreto (Const. Nal., arts. 214 y 215).

Ahora bien, de lo que se trata en el caso examinado es de determinar hasta dónde se aplica extensivamente el C. P. al C.P.M., aspecto en el cual la corporación se quedó corta, tal como trataremos de mostrarlo luego.

2. Tesis del casacionista.

El Fiscal Tercero Superior Militar, asumiendo una elaborada posición, invoca la causal cuarta de casación, pues supone que como a los dos ciudadanos militares se los condenó por el tipo de *hurto militar* (C.P.M., art. 235) y este fue derogado por el art. 349 del C. P., se habría dictado la sentencia dentro de una causa viciada de nulidad constitucional o suprallegal, pues el juzgamiento y la condena se hicieron con base en normas no preexistentes. Ello supone distinguir los *delitos propiamente militares* (a los cuales se aplicaría el principio de especialidad) y *delitos impropriamente militares o con descripción típica binaria*, que no quedarían cobijados por el principio señalado, debiendo entenderse que han sido modificados por el C. P.

La afirmación más discutible que formula el recurrente es aquella según la cual el art. 235 del C.P.M. no consagra un delito propiamente militar, pues de la confrontación de este texto con el 349 del C. P. se deduce que se trata de dos tipicidades totalmente distintas; por ello, la argumentación que se construye a partir de dicha premisa se derrumba. Sin embargo, cabe preguntar: ¿qué sucede con los delitos verdaderamente binarios como los consagrados en el título I relativo a los "delitos contra la existencia y seguridad del Estado" que coinciden con la descripción típica del C. P., variando solo la sanción, que para el caso es presidio? Parece claro que el C. P. modificó el C.P.M., por lo menos en la hipótesis señalada, pues el presidio fue abolido y la pena imponible sería la de prisión consagrada en el C. P.

Lo anterior supone admitir que también la parte especial del C. P. se aplica a la ley penal especial, no solo porque las dos partes del estatuto forman un todo, sino porque este no se puede deshilar, máxime si se tiene en cuenta que la parte especial es un desarrollo de la general; solo la exégesis del art. 375 del C. P. podría llevar a afirmar que únicamente se aplica la parte general, como lo pretende la Corte, rechazando el planteamiento del impugnante. De no ser así, debería concluirse, en el caso del presidio, que como en la parte general del C.P. se abolió tal pena, los tipos penales del C.P.M., que la consagran se habrían quedado sin consecuencia jurídica, pues no sería otro el efecto de tal interpretación.

Más interesante se torna la situación en el caso del peculado (C.P.M., art. 233), que a nuestro modo de ver es también un delito propiamente militar, castigado con pena de presidio en uno de sus eventos. Como no es binario, cabe preguntar, ¿el tipo penal se quedó sin consecuencia jurídica? Pareciera que esta fuese la solución correcta, pues el presidio no se puede tornar automáticamente en prisión como se sostiene; sería desconocer los principios de legalidad y de determinación (C.P., arts. 1º y 3º, C.P.M., art. 3º); la única solución coherente en tratándose de delitos no binarios, cobijados por la hipótesis señalada, es afirmar que en dicho caso el tipo penal se quedó sin consecuencia jurídica, por imponerlo así el principio de especialidad.

Que la pena de presidio quedó abolida para todos los efectos, lo admitió la H. Corte en la casación mencionada arriba, aunque absurdamente parece señalar que tal pena debe

descontarse como prisión a partir de la vigencia del C. P., así dicho evento no quede contemplado en el art. 377 del C. P. en materia del tránsito de legislaciones. En efecto:

"Al ser excluida de la enumeración taxativa de penas principales, la pena de presidio quedó abolida, no solo en el Código Penal sino en toda la legislación colombiana... La pena principal de presidio fue expresamente derogada por el nuevo Código Penal al ser sustituida de plano por la prisión para los que habían sido condenados a ella y se encontraban en ese momento purgándola. Esto significa, además, *que ha quedado reemplazada por la prisión para todos los efectos a que haya lugar*" (hago resaltos)³.

De conformidad con lo anterior, tampoco es cierto que exista oposición entre los dos estatutos respecto del hurto militar y el hurto común como señala el recurrente, por lo cual no hay necesidad de resolver ningún conflicto acudiendo a los arts. 3º de la ley 153 de 1887 y 5º de la ley 57 de ese mismo año, en armonía con el art. 170 de la Constitución. En realidad, la legislación militar solo se aplica a los ciudadanos militares que realicen conductas consagradas en el C.P.M., en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas; el hecho de que, por una tendenciosa y reiterada jurisprudencia de la Corte, se haya desnaturalizado el sentido del art. 170 de la Carta al aplicar dicha normatividad a los civiles, no significa que tal legislación haya perdido el carácter de especial.

3. Tesis de la Corte

Las consideraciones de la corporación son en gran parte atinadas, aunque surgen dudas en cuanto a la no aplicabilidad de la parte especial del C. P. al C.P.M., por las razones arriba anotadas; tan tajante aseveración puede llevar al desvertebramiento del estatuto punitivo en la práctica.

Asimismo, afirmar que "el Código Penal de 1980 no derogó en forma expresa el Código de Justicia Penal Militar (debería decirse *Código Penal Militar*, como lo hace el art. 170 de la Const. Nal.), *ni ninguna de sus disposiciones*", es muy problemático, empezando porque la corporación, en la providencia de febrero 7 de 1984, arriba transcrita dijo que la pena de presidio "fue expresamente derogada", con lo cual, debe concluirse, si se presentaron derogatorias expresas, amén de otras tácitas o por incompatibilidades manifiestas (cfr. art. 3º ley 153/87). Tan evidente es la existencia de estas derogatorias (expresas o tácitas) que la misma Corte las admite cuando expresa que el Código "comportó una nueva concepción sobre el derecho penal, con enfoques diversos sobre la noción de hecho punible y la entronización de valores jurídicopenales no contemplados expresamente en precedentes ordenamientos".

Por lo demás, la distinción entre delitos propia e impropriamente militares debe tener el alcance que le señala el casacionista, siempre y cuando sea viable hacerla. Quedan, sin embargo, algunos puntos que no han sido objeto de estudio en la providencia y que deben tenerse en cuenta.

En efecto, el C.P.M. ha sido modificado en diversos aspectos por el C. P., si se tiene en cuenta la diversa filosofía que uno y otro han plasmado, y que el primero debe ajustarse en todo a las normas rectoras de la ley penal colombiana; entre las modificaciones presentadas, tenemos: el art. 18 del C.P.M., que da un idéntico tratamiento punitivo al autor y al cómplice, acogiendo un peligroso concepto extensivo de autor, debe entenderse modificado por los arts. 23 y 24 del C. P.; la punición de la tentativa del art. 17 del C.P.M. debe realizarse hoy de conformidad con los arts. 22 y 61-2 del C. P.; los incs. 2 y 3 del art. 22 del C.P.M.

³ *Jurisprudencia y Doctrina*, cit., pág. 312.

al consagrar la presunción de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, atentan contra el principio de culpabilidad (arts. 5, 35, 61-1 del C. P.); el art. 28 del C. P. M. en materia de inimputabilidad ha sido modificado por el art. 31 del C. P., que acoge una fórmula mixta en este campo; la punibilidad de los concursos (C.P.M., art. 31) debe ajustarse en todo a los arts. 26 y ss. y 61-2 del C. P. Figuras como la reincidencia (C.P.M., art. 34) y las circunstancias de mayor y menor peligrosidad (arts. 37 y 38), deben entenderse derogadas por atentar contra los principios del acto (C. P., arts. 2° y 19) y de culpabilidad; las penas de presidio y pérdida de la patria potestad deben entenderse como no escritas y no pueden ser reemplazadas por ninguna otra; los subrogados penales (arts. 68 y 71) deben regirse por la ley penal ordinaria (arts. 68 y ss.). Esto en cuanto a la parte general; si nos ocupamos de la parte especial, hallamos disposiciones violatorias del título I del C. P., así:

Los arts. 129, 131, 135 y ss. y 163, atentan contra el principio del acto y consagran un derecho penal de autor; los arts. 91, 92, 93, 96, 101, 107, 109 y ss., 139, 219 atentan contra el principio de determinación; los arts. 140, 142 y ss., 159 y 161, entre otros, desconocen el principio de culpabilidad, etc.

Como se puede ver, son numerosas las derogatorias que ha hecho la nueva ley y que han tornado de difícil interpretación el estatuto militar, por lo cual se hace urgente una reforma a fondo del mismo, con miras a adaptarlo a las nuevas orientaciones. Sirvan estas cortas reflexiones para motivar, una vez más, tal aserto.

FERNANDO VELÁSQUEZ

Tribunal Superior de Montería (Sala Penal)

ERROR Y ATIPICIDAD RELATIVA

Magistrado ponente: Dr. LESMES CORREDOR P.
Mayo 27 de 1986

No debe confundirse el "error de tipo" con la "atipicidad relativa". En el primero, la creencia errónea versa sobre alguno de los elementos de la descripción legal de la conducta, o sobre una característica del sujeto pasivo o sobre el objeto material; tal hipótesis es solucionada por la ley penal colombiana en el campo de la culpabilidad, decidiéndose por su ausencia si el error es invencible. La atipicidad, en cambio, se presenta cuando la conducta examinada no se subsume en ningún tipo penal, y en tal caso se dice que es absoluta; o cuando la conducta no coincide al menos con uno de los elementos integrantes del tipo, evento en el cual se habla de atipicidad relativa. En ambas hipótesis no existe delito por falta de tipo legal; en cambio, en el "error de tipo" según nuestra ley falta el elemento culpabilidad.

El hecho que dio origen al proceso puede resumirse así:

El señor R.A.S., dedicado al comercio de ñame, construyó en propiedad del señor N. N. una bodega de bahareque y techo de palma para depositar allí el producto y, además, para tener un lugar más expedito para el embarque. En enero de 1982 R.A.S. depositó allí 4.500 cajas de cartón, que fueron dejadas en la bodega largo tiempo sin ser reclamadas por el dueño. Al cabo de los años N.N. las vendió, lo que motivó vinculación mediante indagatoria, por la supuesta comisión del delito de hurto.

Las consideraciones jurídicas son las siguientes:

Según entiende la Sala, tanto el *iudex a quo* al sobreseer definitivamente como el señor fiscal al solicitar la confirmación de esa

resolución judicial, se identifican en el sentido de que el comportamiento del investigado no es punible por atipicidad relativa, al estimarse que uno de los ingredientes normativos del hurto no se da, cual es el aprovechamiento ilícito.

También entiende la Sala que lo tenido en cuenta para sostener la tesis de la no punibilidad por falta de tipicidad, es el contenido de la indagatoria del sindicado.

Ciertamente que de las pruebas anteriores se perfila *prima facie* la atipicidad relativa, puesta de presente en la providencia consultada, y cuya aprobación reclama el señor fiscal; pero dadas las circunstancias de que el procesado creyó que al vender las cajas por la explicación que dio en la injurada actuaba correctamente, esto es, nada se lo impedía, su comportamiento se atempera es en la causal de