

**“EL ROL DEL JUEZ PENAL MILITAR FRENTE A LA PENA”**

**ORLANDO ANTONIO QUINTERO REYES**

**SIERVO OSWALDO BRICEÑO SANCHEZ**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA MILITAR**

**BOGOTÁ. D.C**

**FEBRERO 2011**

# EL ROL DEL JUEZ PENAL MILITAR FRENTE A LA PENA\*

Siervo Oswaldo Briceño Sánchez\*\*

Orlando Antonio Quintero Reyes\*\*\*

Universidad Militar Nueva Granada

## RESUMEN

El presente ensayo partirá con la definición de la pena, tomando como referencia la Dignidad Humana para la aplicación de la misma, observando el Rol del Juez en la Justicia Penal Militar, desde nuestra Constitución Política, y la ley 1407 de 2010, donde el Juez cuenta con Independencia, Imparcialidad y Autonomía, para aplicar los principios y fines de la misma, como la Prevención General y Especial, Protectora y Reinserción Social, respondiendo a principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, existiendo pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a ellos, concluyendo con la importancia del rol del Juez frente a la pena.

**PALABRAS CLAVES:** JUEZ, PENA, DIGNIDAD, PRINCIPIOS, FINES.

## ABSTRAC

The present essay will start defining what penalty means, referring the human dignity for the application itself. To analyze military justice from the role of judge based on political constitution and act 1407 of 2010, where judges acts with independence, impartiality and autonomy in the appliance of principles and objectives of military justice such General and Special Prevention, Protection and

---

\* Este trabajo se realizo como resultado del análisis sobre el Rol del Juez Penal Militar frente a la Pena, especialmente con la Ley 1407 de 2010.

\*\* Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Estudiante Especialización Universidad Militar Nueva Granada. Jefe Oficina Control Disciplinario Interno Departamento Policía Caquetá.

\*\*\* Abogado de la universidad militar nueva Granada de Colombia Estudiante Especialización Universidad Militar Nueva Granada. Analista jurídico en la Interventoría administrativa y Financiera a las regalías del Departamento Nacional de Planeación en el departamento del Casanare

Social Reintegration giving answer to the principles of necessity, reasonableness and proportionality. There exist statements from constitutional court about these topics that strength judge role in military duty.

KEY WORDS: JUDGE, PENALTY, DIGNITY, PRINCIPLES, OBJECTIVES.

## **INTRODUCCIÓN**

Dentro de un proceso y en la misma sociedad, es indiscutible la importancia del rol que cumple el Juez penal militar no solo en la toma de decisiones, sino, a la vez en como estas pueden transformar una realidad, una situación, un hecho. De ahí que la labor sea cambiante de acuerdo no solo a las normas que rijan una comunidad, sino a la realidad de la misma, la cual se encuentra en un constante cambio, que implica que el juez no puede ser ajeno a esta, más cuando se trata de la libertad de las personas, derecho que ha sido considerado por muchos como el segundo más importante después del derecho a la vida. Por lo cual se pretende con el presente ensayo recordar cómo es considerada la labor del Juez frente a su rol, frente a la pena, especialmente en la Justicia Penal Militar, partiendo desde nuestra Constitución Política, y el cambio presentado con la expedición de la ley 1407 de 2010, la cual debe observarse sin apartarse de la Dignidad Humana para la aplicación de la misma, donde el Juez de acuerdo a su Independencia, Imparcialidad y Autonomía, debe observar los principios de la pena y fines de la misma, como la Prevención General y Especial, Protectora y Reinserción Social, la cual debe responder a los principios incorporados en esta nueva ley, tales como la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, y algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a ellos, derivando la importancia del rol del Juez Penal Militar frente a la pena, en el nuevo Código Penal Militar.

## EL ROL DEL JUEZ PENAL MILITAR FRENTE A LA PENA

La pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la "restricción de derechos del responsable". La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito. El término pena deriva del término en latín poena y posee una connotación de dolor causado por un castigo.<sup>1</sup>

Normalmente la pena ha sido considerada como un castigo, por lo que se ha desarrollado el llamado principio de humanidad de las penas, según el cual la pena aplicada al delincuente no puede rebajarlo en su dignidad. La pena cumple la función de restablecer la vigencia de la norma. Sin embargo, el restablecimiento de la norma no puede hacerse de cualquiera forma, con la sola condición de que sea socialmente funcional. Este restablecimiento a través de la pena solamente será legítimo si es que se respeta la dignidad de la persona, lo cual implica no solamente prohibir la instrumentalización de las personas, sino también tratarlas como sujetos libres y responsables.<sup>2</sup>

La Constitución Nacional en su art. 230 indica que los jueces están sometidos al imperio de la ley, además los funcionarios del Estado deben hacer real el efectivo goce de los derechos y garantías de los asociados, desde lo cual el Juez en un Estado Social de Derecho como el nuestro debe buscar que el Derecho sirva a la sociedad, sin apartarse de la normatividad, situación que para algunos puede verse complicada para no incurrir en un posible prevaricato, de ahí la importancia de los principios y fines de la pena que le permiten al Juez interpretar los mismos para hacerlos realidad al momento de emitir sus fallos, por lo cual nos

---

<sup>1</sup> Publicado en [es.wikipedia.org/wiki/Pena](http://es.wikipedia.org/wiki/Pena)

<sup>2</sup> PERCY GARCÍA, Cavero. *Acerca de la Función de la Pena*. Publicado en [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_80.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_80.pdf).

encontraríamos frente a un Juez más activo y dinámico, cuyo rol no solo es el de aplicar las normas sino como ha dicho la Corte Constitucional, la aplicación de una justicia material, es decir aplicada a la realidad social, más cuando La ley 1407 de 2010, incluyó como uno de sus principios el respeto por la Dignidad Humana, la cual desde la misma Constitución en su artículo primero indica que Colombia es un Estado Social de Derecho fundada en el respeto de la dignidad humana, sobre la cual se edifica nuestro sistema normativo.<sup>3</sup>

Además de recordar que el respeto a la dignidad de la persona se encuentra en diferentes pactos y convenios internacionales, que hacen parte de la norma de normas, con carácter suprallegal, de conformidad a lo descrito en el artículo 93 de la Constitución Nacional, como lo son la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de los Derechos Humanos, artículos 7, 10, 14 y 16, en la Convención Americana de Derechos Humanos Pacto de San José, Ley 16 de 1972 en sus artículos 3, 5, 6, 8.2, 8.3 y 11 y el Protocolo que adiciona a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley 319 de 1996, entre otros, formando parte del llamado bloque de constitucionalidad,<sup>4</sup> por lo cual este principio será considerado como un precepto que van a enmarcar el alcance, orientación, esencia y la interpretación de un sistema penal, a la cual el Juez Penal Militar deberá tener presente en todo momento del proceso penal, especialmente en la aplicación de la pena, donde precisamente puede verse afectado de alguna forma el principio a la Dignidad Humana, más en la Fuerza Pública la cual es jerarquizada y muchas veces se impone el Grado y la jerarquía sobre la dignidad de la persona.

Es así como en un Estado Social de Derecho, en donde el Rol del Juez se desarrolla desde la independencia, es decir que no tiene interferencias, procedentes de otros poderes y autoridades del Estado, independencia que no puede ser concebida como separación de la sociedad civil, o contemplada como

---

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ PINZÓN, Julián Hernando. Trabajo de Posesión como miembro correspondiente. Bucaramanga, Julio 27 de 2007. Publicado en [www.acj.org.co/.../posesion\\_rodriguez\\_pinzon.htm](http://www.acj.org.co/.../posesion_rodriguez_pinzon.htm).

<sup>4</sup> Ibídem.

cuerpo separado de toda forma de control democrático y popular, sin dejar de lado la imparcialidad como garantía implícita en el derecho a un juicio justo o equitativo, la cual se fundamenta en la confianza que los órganos conformadores del sistema institucional de Justicia deben inspirar en una sociedad democrática.<sup>5</sup> Así mismo la autonomía, sin que la misma vaya separada de la realidad social, sino por el contrario acorde a la misma, más cuando en el ámbito penal existe un interés público en que las penas se adecúen a parámetros culturales que permitan observar el contenido al concepto de una pena justa, entre otros principios. Por lo cual el Juez de acuerdo a su Independencia, Imparcialidad y Autonomía goza de herramientas jurídicas para hacer una interpretación de la norma al momento de aplicar la pena, de acuerdo a las circunstancias de cada caso y persona. Aspectos importantes que debe tener en cuenta el Juez Penal Militar para que su independencia, imparcialidad y autonomía no se vean afectados mediante la imposición de rangos y ordenes por parte de los respectivos superiores- Jerárquicamente hablando-, más cuando todavía se observa determinada presión en la toma de decisiones de los Jueces Penales Militares respecto a las investigaciones adelantadas por esos Despachos Judiciales.

La imparcialidad es uno de los elementos más característicos de la existencia de un Estado Democrático, donde el principio de imparcialidad debe ser practicado en los diversos órganos que desarrollan la Función Pública a los que se impone el imperativo de dar a todos el mismo trato, sin odio, ni pasión, y por tanto sin afecto ni entusiasmo.

La mayoría de los estados han encontrado o han querido encontrar en la ley el referente en el que se expresa la igualdad general a la que a su vez se ajusta el comportamiento de la administración pública, de modo que a todos debe prodigárseles el mismo trato frente a la ley. La Constitución colombiana así lo reconoce en su artículo 13 al señalar que todos nacen libres e iguales ante la ley

---

<sup>5</sup> IGNACIO JOSÉ, Subijana Zunzunegui. *Curso para Jueces de Ejecución de la Pena*. Tegucigalpa, MDC., del 15 al 19 de enero, 2007. Publicado en [www.escuelajudicial.gob.hn](http://www.escuelajudicial.gob.hn).

y lo desarrolla en los Artículos 122, 123 y 209, al disponer que la función pública debe estar detallada en la ley o el reglamento, que los servidores públicos tienen la obligación de servir al Estado y a la comunidad en los términos de la Constitución, la ley y el reglamento y que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La Administración de Justicia como Función Pública, no es ajena a esos principios y se expresan en ella de manera general en la misma forma que para los demás órganos de la administración. La variación viene después y se presenta en relación con aquellos que de forma específica desempeñan la función: los Jueces, a quienes se les impone la regla de sometimiento exclusivo al imperio de la ley en sus providencias como lo indica el artículo 230 C.N., dotándolos de esa manera de autonomía, pues la independencia ya le viene reconocida al órgano desde el artículo 228 de la Carta Política, sin dejar de lado su imparcialidad como lo indica la Corte Constitucional en Sentencia C-037 DE 1996:

“Por su parte, la imparcialidad se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial. El logro de estos cometidos requiere que tanto los jueces como los demás profesionales del derecho se comprometan en los ideales y en el valor de la justicia, para lo cual no basta el simple conocimiento de la ley y el procedimiento, sino que es indispensable el demostrar en todas las actuaciones judiciales los valores de la rectitud, la honestidad y la moralidad”.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Sentencia C-037 de 1996, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

En el ámbito penal, se pide al juez garantizar armónicamente los derechos del investigado, de las víctimas, de la sociedad a vivir en tranquilidad, al orden del Estado y sus Instituciones como el caso de la Fuerza Pública, es decir el juez arbitra en un marco de actuación entre derechos invocados por personas que ocupan en el proceso posiciones contrarias, por lo cual debe elaborar una decisión lo más adecuada a los diversos intereses. Juzgar precisa examinar, considerar, apreciar y decidir. Exige, por lo tanto, comprender, en el más amplio sentido de la palabra, un acontecimiento vital y sus diferentes perfiles. De ahí que se afirme que juzgar es un arte creativo, en el que las virtudes públicas del juez comprendan valores como el sentido de la justicia, humanidad, compasión y valentía. Su manifestación es la justicia deliberativa, integrada también de componentes emocionales, que precisa una educación cívica que trate de fomentar ciudadanos permeables a la persuasión, susceptibles, por tanto, de sentir y apreciar la fuerza de las razones, sensibles a la necesidad de restablecer la injusticia padecida por las víctimas y dúctiles a la importancia de conferir un trato justo a los victimarios.<sup>7</sup> La labor judicial al momento de aplicar la pena, debe estar presidida por la prudencia y la medida en la búsqueda de la armonía estructural entre la protección del orden, la norma, y la sanción penal, así como al normal funcionamiento de la Fuerza Pública, por ello sus decisiones se hacen de manera argumentada y justificada, mediante un razonamiento judicial de acuerdo a todo lo observado dentro del proceso adecuado a la ley, conforme a la realidad social y de acuerdo a las posibles consecuencias jurídicas en la aplicación de la pena para el investigado, como para la Fuerza Pública.

La determinación de la sanción penal (pena o medida de seguridad), dentro de los límites dispuestos por el legislador, constituye la zona más opaca y críptica de las sentencias. En las penas, la culpabilidad del sujeto por el hecho cometido

---

<sup>7</sup> Ibídem.



constituye el límite máximo de la pena imponible. Para ello deberá atenderse a la gravedad del injusto cometido y al grado de motivación normativa. El deslinde de la gravedad del injusto se realiza atendiendo al desvalor de la acción y el desvalor del resultado. El Juez Penal Militar determinará en la sentencia la pena aplicable al acusado dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito. Para ello tendrá en cuenta el Juez entre algunos aspectos los siguientes:

- El grado de Educación del integrante que integra la Fuerza Pública, ya que no es lo mismo un profesional que ha escogido esta carrera y proyecto de vida, frente a alguien que está prestando el servicio militar obligatorio y escasamente cuenta con educación primaria.
- Las circunstancias en que el hecho se haya cometido.
- Los antecedentes personales del investigado, y en la medida de lo posible su entorno familiar y social.
- La trascendencia del posible delito.
- Las circunstancias atenuantes y agravantes que hayan concurrido en el hecho, apreciando su número y, sobre todo, su magnitud e importancia;
- Las consecuencias del presunto delito.

Uno de los pocos aspectos en los que existe prácticamente unanimidad es la afirmación de que la pena adecuada a la culpabilidad no puede verse rebasada en su límite superior por motivos preventivos, ya sean de prevención general o de prevención especial.<sup>8</sup> En la doctrina se sostiene de modo preponderante la idea de que la prevención general no debe perseguirse fuera de la pena adecuada a la culpabilidad, y que, en cualquier caso, una agravación de la pena más allá de dicha pena viola el derecho constitucional a la dignidad humana, por convertir al individuo en un mero medio político criminal.<sup>9</sup> Pero más allá de esto, la función de

---

<sup>8</sup> OSORIO ISAZA, Luis Camilo. Intervención del Fiscal General de la Nación en la instalación de las XXV jornadas internacionales de derecho penal. Universidad Externado de Colombia, 27 de agosto de 2003. Publicado en [www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Decla02/teoriapena.doc](http://www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Decla02/teoriapena.doc),

<sup>9</sup> *Ibíd*em

la culpabilidad reside además, en cuanto a la concreta pena a imponer, en fijar el *límite superior que en ningún caso puede ser rebasado* por motivos preventivos, sean de prevención general o de prevención especial.

## **FUNCIONES Y PRINCIPIOS DE LA PENA**

En la ley 522 de 1999 se hablaba de funciones de la pena entre los cuales encontrábamos, la Ejemplarizante, Retributiva, Preventiva, Protectora y Resocializadora, mientras que en la Ley 1407/2010 se mencionan como Principios de las sanciones penales como función la Prevención General y Especial, Protectora y Reinserción Social, respondiendo a los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, es decir, ahora se habla de principios como guías de las sanciones penales y no como función o instrumento, añadiendo la prevención general y especial, así como la reinserción social diferente a la resocialización en la cual se busca principalmente que la persona deje de cometer delitos, mientras que en la reinserción se pretende que la persona pueda volver a convivir en comunidad, volver a la sociedad, la cual también ha sido vista como una garantía del infractor de la norma penal, es decir, en una posibilidad que se le ofrece para poder reinsertarse en la sociedad, término más adecuado precisamente y en relación con el Principio de la Dignidad Humana. Es decir que el Juez Penal Militar tendrá estos principios como guías orientadoras al momento de imponer la pena y no observarlas como una simple función a cumplir, lo cual requiere de mayor actividad del juez al momento de interpretar la aplicación de la pena.

Por lo anterior se superaría las teorías absolutas, que consideran la pena como un fin que se agota en su contenido retributivo –la pena es un mal que compensa el mal causado por el delito-, justificando la progresiva consolidación de las teorías relativas de la pena cuya idea común es que la pena constituye un medio para la

obtención de fines útiles, siendo el vertebral evitar la comisión de delitos o faltas, protegiendo, de esta forma, a la sociedad. El cumplimiento de este objetivo permite asignar a las penas una función básicamente preventiva que se despliega en un contexto comunitario –prevención general- e individual –prevención especial-. La idea preventivo general no se agota en la amenaza que el anuncio de la imposición de una pena inspira al potencial infractor para disuadirle de cometer un hecho penalmente relevante (prevención general negativa); junto a ella, convive un mensaje de consolidación de la validez de la norma jurídico penal como un mecanismo idóneo para garantizar la convivencia comunitaria (prevención general positiva). Esta última prevención pretende la afirmación positiva del Derecho penal, que asiente la “conciencia social de la norma”, la “confirmación de la vigencia de la norma” o la “ratificación de una actitud de respeto por el Derecho”. El sentido preventivo especial se circunscribe a la evitación de la recidiva delictiva. En el modelo jurídico garantista la prevención especial se identificaba con la resocialización o reinserción social. En los emergentes modelos político-criminales de la seguridad los conceptos de intimidación individual e inocuización empiezan a adquirir predicamento.<sup>10</sup>

La pena se ha erigido como instrumento de control social, como reacción social o estatal frente al delito, y en la Justicia Penal Militar, como forma de atemorizar a los Integrantes de la misma con el fin de que el funcionamiento de la Institución no se vea afectada, de modo que son fines principales la prevención y la disuasión, porque, de otra manera, si las conductas delictivas no afectasen o pusiesen en peligro la existencia del orden social pacífico, organización y Funcionamiento de las Instituciones Armadas, las penas no serian necesarias. Desde luego que, al lado de la prevención y la disuasión, siempre será necesario considerar dialécticamente como fines la retribución justa y la resocialización, pues la primera permite expandir en la Fuerza Pública, una idea de proporcionalidad en la reacción

---

<sup>10</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes, Sobre el desarrollo histórico de la responsabilidad en el modelo de Roxin, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1986, pp. 191-204. Publicado en [www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Decla02/teoriapena.doc](http://www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Decla02/teoriapena.doc).

estatal y límite a la intervención penal del Estado, mientras que la segunda, no sólo le cumple a la reinserción social del individuo sino que en esa medida también protege a la comunidad y Fuerza Pública del delito.

La Corte Constitucional en Sentencia C-261 de 1996 hizo un planteamiento de la pena con fundamento en la *concepción mixta de las teorías de la pena*, que intenta interpretar las normas sobre los fines de la pena a partir del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho. El fallo empieza por diferenciar los fines de la pena de acuerdo con el momento en que se ejercita el *ius puniendi*; así, en la etapa de la *conminación penal o criminalización primaria*, el legislador orienta la definición y punición de los delitos fundamentalmente por *consideraciones de prevención general o de protección a la comunidad* y sólo secundariamente mira principios retributivos. Conforme con ello, la tipificación legal de los delitos pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser protegidos por el Derecho Penal por ser necesarios para mantener el mínimo de convivencia pacífica (prevención general); pero siempre con el cuidado de mantener cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que se le adjudica en la ley (componente retributivo). Ya en el momento de la imposición judicial de la pena, considera la Corte que el sistema debe operar con un *criterio esencialmente retributivo*, con el fin de que, por razones de justicia, exista proporcionalidad entre la dañosidad de la conducta, el grado de culpabilidad del sujeto y la intensidad de la pena impuesta. Y, finalmente, estima la Corte que la fase de ejecución penal debe dirigirse por la finalidad de *prevención especial positiva*, lo cual significa que la pena debe buscar la resocialización del condenado, pero dentro del respeto de su autonomía y dignidad, de tal manera que el penado no sea expuesto a un esquema prefijado de valores, sino que el Estado propicie los medios y condiciones que por lo menos impidan la desocialización o empeoramiento del condenado como consecuencia de la intervención penal.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Sentencia C-261 de 1996, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Lo anterior también fue relacionado por la Corte Constitucional en la sentencia C-026 de 1995, a cuyo tenor:

*“La pena en un sistema como el nuestro, tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas. Por ello, se ha consagrado no sólo para castigar al sujeto activo del delito, para procurar su readaptación, sino también para prevenir conductas socialmente reprochables y proteger a la sociedad de su posible ocurrencia”.*<sup>12</sup>

En resumen, la pena justa -supuesta su humanidad y su necesidad política y social- que es la proporcionada al injusto material y a la culpabilidad, adquiere verdadera dimensión cuando en sentido práctico y utilitario se ajusta, primero a prevenir (prevención general y especial, negativa y positiva); segundo, a proteger bienes jurídicos (individuales y sociales, básicos y funcionales) tanto del individuo como de la comunidad; y tercero, a resocializar al condenado, es decir, ofrecerle condiciones que le permitan en el futuro llevar una vida sin penas.<sup>13</sup>

En las exposiciones doctrinales sobre el fin de la pena se suele distinguir las llamadas teorías absolutas de la pena y las llamadas teorías relativas de la pena. El criterio de esta distinción radica en que mientras las primeras ven la pena como un fin en sí misma, las segundas la vinculan a necesidades de carácter social.<sup>14</sup>

Particularmente, en cuanto a la punibilidad, evidentemente dentro de la Constitución Política y del Código Penal Militar, es necesario tener en cuenta los principios rectores de las sanciones penales que son los de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, junto con las funciones de la pena que son las de previsión general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección, de acuerdo a lo descrito en los artículos 3 y 4 del Código Penal (lo cual

---

<sup>12</sup> Sentencia C-026 de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>13</sup> Ibídem.

<sup>14</sup> Ibídem.

también es señalado en el artículo 12 de la ley 1407 de 2010), como lo determinó la Corte Constitucional en sentencia C 239 de 1997, en el sentido que *“La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas.”*<sup>15</sup>

La nueva función de la pena es la de conservación de la vigencia de la norma y del sistema y el respeto de las expectativas -Jakobs y la prevención general positiva-, resocializar al individuo, reinsertar al reo, proteger a la comunidad, prevenir el delito, atemorizar al sujeto. En conclusión, una pena no es legítima si no se enmarca dentro del principio de legalidad y está plenamente justificada, tiene que ser respetuosa de las libertades personales y, por supuesto, debe conseguir el resultado esperado y para el cual fue creada -según la función que se le asigne-, es decir, debe ser eficaz.<sup>16</sup> Por lo cual el Juez Penal Militar deberá realizar una interpretación de lo que realmente se busca con la pena frente al caso en particular.

## **PRINCIPIOS DE LA PENA**

La Ley 1407 de 2010 en su artículo 12 indica que la imposición de la pena responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, por lo cual relacionaremos brevemente cada uno de ellos.

---

<sup>15</sup> Sentencia C 239 de 1997. MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

En el Principio de necesidad, la pena deberá ser necesaria para enervar o controlar la peligrosidad criminal del sujeto activo y permitir su reintegración. Así mismo el Juez Penal Militar analizará si es necesaria la intervención penal o esta debe ser la última ratio, acudiendo a otros mecanismos que puedan afectar menos al investigado como las instancias disciplinarias entre otros.

La importancia del Derecho Penal estriba en que éste funge como último mecanismo -última ratio- al cual puede acudir el Estado con el fin de corregir una circunstancia que considera anómala o lesiva para los bienes jurídicos que protege y para sus intereses, razón por la que el ordenamiento tiene la obligación de explorar otras vías a través de las cuales pueda subsanar la irregularidad que se ha presentado. Para salvaguardar a sus ciudadanos, es imprescindible agotar todas las herramientas de que dispone, trátase de controles formales e informales, herramientas que deben ser lo menos restrictivas de derechos y garantías fundamentales y que imponen el empleo de otros caminos que en lo posible no constituyan sanción de algún tipo, de modo tal que cuando ninguno de estos cumpla con su cometido -ineficaz-, si cabrá la necesidad de utilizar el Derecho Penal. *"El Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio de 'máxima utilidad posible' para las posibles víctimas debe combinarse con el de 'mínimo sufrimiento necesario' para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho Penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible".*<sup>17</sup>

Por otra parte, el principio de necesidad (Menor injerencia posible o intervención mínima, economía de las prohibiciones penales) es consecuencia directa del

---

<sup>17</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Séptima edición, Editorial B. de F.; Miralles, Teresa y otros. Buenos Aires, 2004, Pág. 126-127.

principio de proporcionalidad, limitándose la necesidad a comparar los distintos medios para elegir entre ellos los idóneos, el menos lesivo posible, significando además que la injerencia penal solo se justifica cuando ella es imprescindible para el mantenimiento de la organización política dentro de los marcos propios de la concepción democrática; todo lo que vaya más allá de dicho confín, sea por que el bien jurídico pueda ser tutelado con otro mecanismo menos gravoso, o porque no requiere tutela alguna, encausa esa injerencia por vías autoritarias, por lo cual esa inclusión debe ser mínima por lo cual el legislador deberá observar la máxima economía en el momento de tipificar delitos y el juez está compelido a utilizar las consecuencias jurídicas imponibles (penas o medidas de seguridad), solo cuando ello sea estrictamente indispensable, debiendo contar con los mecanismos sustitutivos que atemperen el rigor de la sanción penal.<sup>18</sup>

En el Principio de proporcionalidad, la pena se impondrá en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado. Es decir, la pena tendría como fundamento la culpabilidad del victimario por el delito cometido; la medida se justificaría en la peligrosidad del delincuente por el delito protagonizado; la reparación se vertebraría en torno a la reparación del daño causado a las víctimas e Institución. De esta forma, se introduce una nueva cosmovisión en la reacción jurídico penal al delito. Las penas reafirman la autoridad de la ley y buscan la defensa de la sociedad y la educación del victimario.<sup>19</sup>

Los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena -los que operan tanto a nivel del proceso legislativo como del judicial-, fueron reconocidos por la Corte Constitucional, al expresar en la sentencia C-070 de 1996:

“... en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo... En materia penal, la potestad

---

<sup>18</sup> Sentencia C-647 de 2001, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>19</sup> *Ibíd.*



legislativa de tipificación está sometida al control de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad...”<sup>20</sup>

Es de indicar que la dignidad debe ser tomada en cuenta dentro de la función resocializadora para lograr una adecuada reinserción en el medio social, no solamente en cuanto a la aplicación de las penas, sino en cuanto a las medidas de seguridad, involucrando no sólo la limitación y efectividad de la pena, sino su proporcionalidad, estableciéndose unos parámetros claros para su imposición y ejecución, de tal manera que nunca se podrán olvidar las funciones y fines del derecho penal y de su extrema sanción punitiva, por cuanto estas hacen referencias a los mismos fines del estado.

Por ello es indispensable aclarar que el principio de proporcionalidad, es un principio de carácter relativo relacional, donde el Juez Penal Militar aplicará en cada caso. La pena debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido y debe conformarse con ese fin, ya que la pena habrá de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada para prevenir la ejecución de delitos y se medirá en relación a la necesidad ya que las penas son LA ULTIMA RATIO de la política criminal conllevándose el concepto de necesidad de intervención y en estricto sentido se requiere proporcionalidad ya que la intensidad de la sanción está limitado de acuerdo con la gravedad del hecho cometido.

En cuanto al principio de razonabilidad, emana del principio de la proporcionalidad en sentido amplio (principio de idoneidad o adecuación al fin)<sup>21</sup> dentro del cual deberá valorarse la casualidad de las medidas adoptadas en relación con los fines perseguidos y es así como las intromisiones que se hagan en los derechos ciudadanos faciliten el logro perseguido.

---

<sup>20</sup> Sentencia C-070 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>21</sup> Sentencia T 422 de 1992, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

## CONCLUSION

El Rol del Juez penal militar frente a la pena con la ley 1407 de 2010, sugiere una serie de cambios en su forma de pensar, actuar y decidir, ya que le posibilita la interpretación y aplicación conforme a la ley de los principios que buscan la efectividad y respeto por la dignidad humana de los integrantes de la Fuerza pública, institución marcadamente Jerarquizada y muchas veces cuestionada por la opinión pública por la irregularidad en algunos de sus procedimientos o actuaciones, a tal grado que muchos de sus integrantes, equivocadamente se ven investigados por errores de otros, inclusive, al límite de recibir sanciones con penas ejemplarizantes, a manera de ejemplo y prevención para los demás.

El Juez podrá determinar si se hace necesaria o no la aplicación de la sanción, en atención a la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la misma, aspecto que es posible con la inclusión de los principios de la referencia en el Nuevo Código Penal Militar, por lo que el Juez contará con mayores herramientas al momento de decidir la aplicación de la Pena. Buscando como fin social y constitucional los fines de la misma en la Prevención General y especial, de protección y reinserción social, para los integrantes de la Fuerza Pública.

## BIBLIOGRAFIA

ALCOCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

ARBOLEDA RIPOLL, Fernando. *Funciones de la Pena en la Nueva Constitución. Publicado en Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional. N° 2, enero a marzo de 2003.*

BERNAL CUELLAR, Jaime. MONTEALEGRE, Eduardo. *El Proceso Penal*, Universidad Externado de Colombia, 2004.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Tercera Edición, Bogotá: Editorial Temis, 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA. (2006). *Los derechos de las personas privadas de su libertad*. Publicado en <http://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-14.htm> (1 de junio de 2006).

Constitución Política de Colombia. Editorial Atenea Ltda., 2008.

Corte Constitucional, Sentencia C-647 de 2001. Magistrado Ponente Doctor ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-261 de 1996. Magistrado Ponente Doctor ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1996. Magistrado Ponente Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 1996. Magistrado Ponente Doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente Doctor VLADIMIRO NARANAJO MESA.

Corte Constitucional. Sentencia C-026 de 1995. Magistrado Ponente Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1992. Magistrado Ponente Doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Culpabilidad y fines de la pena: Con especial preferencia al pensamiento de Claus Roxin*. Publicado en [www.usergioarboleda.edu.co](http://www.usergioarboleda.edu.co)

García Cavero, Percy. *Acerca de la función de la pena*. Publicado en <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/enero06>. 2006.

Ley 1407 de 2010. Publicado en [www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2010/Ley\\_1407.pdf](http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2010/Ley_1407.pdf).

Ley 599 de 2000. Editorial El Trébol Ltda. Bogotá, D.C., 2006.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. 2a ed. Barcelona: Bosch, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Serie de Monografías Jurídicas, Bogotá: Editorial Temis, Bogotá, 2004.

OSORIO ISAZA, Luis Camilo, Intervención del Fiscal General de la Nación, en la instalación de las XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 27 de agosto de 2003. Publicado en [www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Decla02/teoriapena.doc](http://www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Decla02/teoriapena.doc).

PERCY GARCIA, Cavero. *Acerca de la Función de la Pena*. Publicado en [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_80.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_80.pdf)

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Sobre el desarrollo histórico de la responsabilidad en el modelo de Roxin, Vid.: Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Universidad Autónoma de Madrid, 1986.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana. España: Editorial Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. «Prevención y determinación de la pena», en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Traducción, introducción y notas de F. Muñoz Conde Madrid: Reus, 1981.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. *Curso para Jueces de Ejecución de la Pena*. (Guipúzcoa) España. Tegucigalpa, MDC., del 15 al 19 de enero, 2007. Publicado en [www.escuelajudicial.gob.hn](http://www.escuelajudicial.gob.hn).

TIRADO ÁLVAREZ, María Margarita. *Funciones de la pena y Control Social*. Derecho Penal Universidad Externado Bogotá – Colombia, Artículo Publicado el 06 de julio de 2007. Publicado en [www.psicologiacientifica.com/.../psicologiapdf-283-funciones-de-la-pena-y-control-social.pdf](http://www.psicologiacientifica.com/.../psicologiapdf-283-funciones-de-la-pena-y-control-social.pdf).