

La relación necesaria entre el retribucionismo penal y la certeza jurídica en el derecho penal militar colombiano: consideraciones desde la filosofía del derecho en general y la filosofía del derecho penal¹

<https://doi.org/10.18566/rfdcp.v55n143.a4>

Camilo Humberto Prieto Fetiva 

Magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en

Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho

Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova

Correo electrónico: camilo.prieto@esmic.educ.co

Cómo citar: Prieto Fetiva, C. (2026). La relación necesaria entre el retribucionismo penal y la certeza jurídica en el derecho penal militar colombiano: consideraciones desde la filosofía del derecho en general y la filosofía del derecho penal. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 55(143), 1-20.

Recibido: 6 de octubre de 2024

Aprobado: 22 de mayo de 2026

Resumen

El presente artículo, resultado de investigación, tiene por propósito establecer un punto de intersección entre dos temáticas de interés y de actualidad dentro de la disciplina jurídica, a saber: por un lado, las teorías de la pena, específicamente el retribucionismo penal, y, por el otro, la certeza jurídica, para lo cual se aterriza este análisis en lo que respecta al derecho penal militar colombiano. La pregunta de investigación que se pretende resolver se formula de la siguiente manera: ¿por qué se predica una relación necesaria entre el retribucionismo penal, propio del derecho penal militar colombiano, y el concepto de certeza jurídica? Para responder a esta pregunta, este texto acude a una metodología de tipo dialéctica, la cual reside en la fuerza de los argumentos y tiene por finalidad partir de una tesis y una antítesis para construir una síntesis. Así las cosas, el principal hallazgo del texto reside en demostrar la conexión necesaria que hay entre el retribucionismo penal propio del derecho penal militar colombiano y la certeza jurídica. El argumento central es simple: la finalidad de la pena no es otra diferente al castigo, lo que genera que los destinatarios de la norma no tengan otras alternativas que obedecer el derecho o, en su defecto, ser objeto de la sanción jurídica propia de la imposición de una pena. Esto, por cuanto dentro de esta especialidad del derecho se excluyen otras medidas, como el principio de oportunidad.

Palabras clave

Filosofía del derecho penal, Retribucionismo, Certeza jurídica, Predictibilidad, Derecho penal, Castigo.

Abstract

This article, the result of research, aims to establish a point of intersection between two current and relevant topics within the legal discipline: theories of punishment, specifically retributive criminal law, and legal certainty. This analysis focuses on Colombian military criminal law. The research question this article seeks to answer is formulated as follows: why is there a necessary relationship between the retributive criminal law characteristic of Colombian military criminal law and the concept of legal certainty? To answer this question, this text employs a dialectical methodology, which relies on the strength of arguments and aims to proceed from a thesis and antithesis to construct a synthesis. Thus, the main finding of this text is to demonstrate the necessary connection between the retributive criminal law characteristic of Colombian military

1 El presente escrito hace parte del trabajo de investigación realizado por el autor en el marco del proyecto "Estudio de la retribución justa como función de la pena en el derecho penal militar", del Grupo de Investigación en Ciencias Militares de la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova (ESMIC). Los puntos de vista y los resultados de este artículo pertenecen al autor, no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

criminal law and legal certainty. The central argument is simple: the sole purpose of punishment is retribution, leaving those subject to the law with no alternative but to obey it or face the legal sanction inherent in imposing a penalty. This is because other measures, such as the principle of opportunity, are excluded from this branch of law.

Keywords

Philosophy of criminal law, Retributivism, Legal certainty, Predictability, Criminal law, Punishment.

Introducción

En la actualidad, la filosofía del derecho, en cuanto a su operatividad, se mueve entre dos aristas: por un lado, la denominada corriente clásica, según la cual deben responderse cuestiones generales transversales a todas las áreas de aplicación del derecho, como el concepto de derecho, el de norma jurídica, la relación entre derecho y moral, y el papel e importancia de las teorías de la justicia en la práctica jurídica, entre otras (Alexy, 2003); por otro lado, la perspectiva contemporánea sostiene que deben atenderse cuestiones específicas de la disciplina jurídica, como por ejemplo la filosofía de la prueba o del derecho procesal (Haack, 2020).

En este último enfoque se sitúa el presente artículo, ya que pretende analizar un problema clásico en un área específica de la disciplina jurídica, a saber, la justificación y función de la pena y el castigo propias de la denominada filosofía del derecho penal.

Desde una primera aproximación, es posible identificar varias posturas en torno a esta temática que difieren entre sí, destacándose el retribucionismo, el consecuencialismo propio del utilitarismo y la concepción de la justicia restaurativa (Ferrante, 2015). Cada una de estas posiciones presenta un elemento característico y diferenciador. Por ejemplo, puede sostenerse que la finalidad de la pena consiste en el castigo del infractor –retribucionismo– o que este debe ser proporcional al daño causado –consecuencialismo–. O que lo relevante no es el castigo, sino el resarcimiento que reciben las víctimas por haberse visto afectadas por la comisión de la conducta delictiva (Vera, 2015).

En este sentido, al centrar la atención en la primera teoría, encontramos que la pena se fundamenta en la existencia de un castigo proporcional al daño causado, de tal suerte que el infractor debe poder prever que, si eventualmente realiza una conducta ilícita, será objeto de una sanción penal. Esta situación evidenciaría una relación directa entre esta concepción de la pena y la idea de certeza o seguridad jurídica. Lo anterior, en atención a que el derecho goza de estas propiedades si y solo si los destinatarios de las normas jurídicas están en la capacidad real de predecir cuáles van a ser las consecuencias jurídicas de su actuar (Gometz, 2005).

Bajo este panorama, al adentrarse en el derecho penal militar colombiano, aplicable en el ámbito castrense y policial, se advierte que la justificación de la pena reside en un enfoque retribucionista, en el cual su función es el castigo, dejando por fuera cualquier otro tipo de teorías –como la restaurativa, presente en el denominado principio de oportunidad (Paternina, 2023), el cual está proscrito en esta área–. En consecuencia, la pena garantizaría, en principio, la certeza del derecho, en tanto el militar o policía sabe con anticipación que, si incurre en una conducta penal relacionada con el servicio, será objeto de una sanción.

No obstante, en atención a que el derecho, por el hecho de ser un lenguaje, goza de indeterminación semántica –debido a que los conceptos previamente enunciados presentan el problema de la textura abierta, tal como fue advertido por H. L. A. Hart (2009)–, se hace necesaria su delimitación mediante un análisis conceptual propio de una filosofía del derecho de corte analítico. Así pues, el presente trabajo tiene por propósito dar respuesta al siguiente interrogante: ¿por qué se predica una relación necesaria entre el retribucionismo penal, propio del derecho penal militar colombiano, y el concepto de certeza jurídica?

Para desarrollar lo anterior, el presente texto se dividirá de la siguiente manera: en primer lugar, y en atención al problema de la textura abierta previamente enunciado, se realizará una conceptualización y delimitación de la noción de retribucionismo penal como fin y función de la pena; en segundo lugar, se hará lo propio con el concepto de certeza jurídica, haciendo especial énfasis en su importancia dentro de las sociedades democráticas contemporáneas; en tercer lugar, se identificarán los puntos de intersección que fundamentan su relación, en general, y en particular en lo que respecta al derecho penal militar colombiano; y, finalmente, se enunciarán las conclusiones.

Asimismo, vale la pena aclarar que la metodología empleada corresponde a un enfoque de tipo dialéctico (Rojas Soriano, 2012), el cual es heredero de una tradición estructuralista y parte de una cuestión simple: formular una tesis y una antítesis con el propósito de construir una síntesis. En consecuencia, esta metodología descansa en la fortaleza de los argumentos que se presenten. Así pues, los puntos que se pretenden analizar se presentan de la siguiente manera: i) tesis: retribucionismo penal; ii) antítesis: certeza jurídica y, iii) síntesis: relación necesaria entre ambos elementos.

De igual forma, no sobra advertir que, si bien se reflexiona sobre el derecho penal militar colombiano, la aproximación no se realiza desde un punto de vista normativo o dogmático, sino desde un enfoque filosófico y conceptual, encaminado a abordar los objetos de estudio y responder a las preguntas planteadas.

Del mismo modo, resulta pertinente aclarar que la selección de la información se realizó mediante un análisis documental, en el cual se consultaron fuentes primarias y secundarias. Dicha clasificación se efectuó en atención a la relevancia de los autores que abordan las temáticas objeto de revisión del presente artículo, así como a su nivel de citación en los distintos buscadores académicos.

Elementos característicos del retribucionismo penal como una teoría de la pena

Desde una perspectiva conceptual, existe una relación inescindible entre el derecho penal y la pena, lo que implica que, para estudiar esta área de aplicación del derecho, resulta necesario abordar los siguientes interrogantes: ¿qué es la pena?, ¿cuál es su alcance? y ¿cómo se materializa? De este modo, una definición del derecho penal no sería otra cosa que una definición en torno al concepto de pena, su fin y su función (Mañalich, 2007).

En este sentido, pueden considerarse algunos referentes en torno a estas cuestiones, que van desde teorías clásicas –como por ejemplo las italianas– hasta planteamientos más contemporáneos –como los desarrollados en la dogmática alemana–. Sin embargo, es posible encontrar un concepto neutro dentro de los planteamientos actuales, según el cual la pena se entiende como la imposición de una sanción por la realización de un comportamiento previo que tiene reproche y que, a su vez, constituye la *última ratio*, lo que implica que los demás medios de control del comportamiento humano con los que cuentan los Estados han fracasado (Kindhäuser, 2017). Ahora bien, a partir de lo anterior, ¿qué justifica y fundamenta un castigo propio del derecho penal?

Para responder a esta cuestión, es preciso destacar que el debate en torno a cuál debe ser la justificación de un castigo por haber cometido una conducta delictiva no es una cuestión nueva. De hecho, desde la filosofía griega clásica

se pueden encontrar antecedentes de esta discusión. Un ejemplo es el diálogo platónico *Gorgias o de la retórica* (Platón, 1871). En esta obra, Sócrates y Pólux, además de reflexionar sobre el papel y alcance de la retórica, hacen lo propio con el problema del castigo, llegando el propio Sócrates a afirmar que este obliga a las personas que han cometido injusticias a volver hacia el camino de la justicia, de tal suerte que se sitúa como una medicina para el alma. Y es así como, desde la filosofía griega clásica, es común encontrar esa idea general según la cual la función de la pena para quien comete una conducta ilícita necesariamente debe ser el castigo, el cual reconduce a la persona hacia la realización de una conducta deseable que no se circunscriba dentro de un hecho ilícito.

Ahora bien, vale la pena hacerse las siguientes preguntas: ¿por qué se sostiene esta idea en la actualidad? y ¿qué otro tipo de aproximaciones teóricas existen? Sobre este punto, más allá de las teorías abolicionistas penales, las cuales propenden por la eliminación de los centros penitenciarios (Gómez y Gómez, 2018), aún se mantiene la idea de la imposición de la pena, solo que ya no se concibe como la única alternativa para controlar el comportamiento humano, sino que pueden existir otras medidas ante la comisión de una conducta delictiva.

Así pues, como se advirtió en la introducción, dentro de la teoría de la pena concurren tres enfoques que tratan de dar respuesta a esta cuestión: el retribucionismo, el consecuencialismo y la justicia restaurativa.² En lo que concierne a estos dos últimos, vale la pena brindar algunos elementos generales antes de situarse de lleno en el primero. En este sentido, la segunda teoría tiene sus orígenes en la concepción filosófica y jurídica del utilitarismo, más específicamente en los trabajos de Jeremy Bentham y William Paley. Este último consideraba que la justificación de la pena residía en la disuasión de la persona castigada, de tal modo que se entiende más como una forma de intimidación que como una sanción. De ahí que el valor supremo a satisfacer no sea una noción de justicia propia del castigo penal, sino una prevención del delito (Farrell, 2015).

Siguiendo esta línea argumentativa, Bentham indica cuáles son las principales finalidades del castigo, partiendo de la máxima según la cual este debe ser coherente con el principio de utilidad –el cual no es nada diferente

2 Vale la pena aclarar que, en la actualidad, a juicio de algunos expertos, ningún sistema jurídico penal se puede considerar puro, sino que van a tender a una mixtura en la que prevalezca alguna de las teorías citadas. Al respecto, véase Botero (2002).

que procurar una mayor felicidad para el mayor número de personas-. En primer lugar, sostiene que el castigo, por excelencia, debe servir para evitar la comisión de conductas delictivas; en segundo lugar, si por alguna razón un hombre decide cometer un delito, la pena debe inducirlo a que este se decante por aquel que sea menos lesivo; en tercer lugar, un propósito determinante es que el sujeto que incurre en conductas delictivas no cause mayor daño que el que necesariamente se propuso y, en cuarto lugar, la finalidad es impedir el delito al menor costo posible (Bentham, 2008).

Continuando con esta idea, en términos utilitaristas, el castigo no se hace necesario en los siguientes supuestos: i) cuando carece de fundamento, en tanto que aquello que lo origina no puede estimarse como una mala acción; ii) cuando resulta ineficaz, en razón de que no logra evitar las conductas que tenía por propósito impedir; iii) cuando resulta ineficiente, en atención a que es demasiado costoso en relación con el beneficio que pretende generar y, iv) resulta innecesario, esto es, su aplicabilidad no es indispensable para evitar la comisión de conductas delictivas (Farrell, 2015).

Por otro lado, en lo que respecta a la justicia restaurativa como concepción de la pena, se tiene que su finalidad última no es el castigo en sentido estricto, sino la posibilidad real de que el infractor pueda reparar el daño causado a la víctima y a la sociedad, de ahí que se hable de una restauración (Vera, 2015). En tal sentido, las sanciones que se hallan en este tipo de justicia no consisten en la imposición de una pena privativa de la libertad, sino en penas alternativas, que pueden ser las siguientes: a) restitución económica a la víctima; b) servicio a la comunidad y, c) reparación, que puede ser individual, colectiva, simbólica, material o integral –dependiendo de la situación específica– (Márquez, 2007).

Nótese cómo en esta concepción se les da prevalencia a las penas alternativas, de ahí que sea coherente que los mecanismos de reparación sean otros distintos a los tradicionales. En este orden de ideas, siguiendo lo prescrito por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla –la cual se fundamenta en el manual de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)–, existen los siguientes mecanismos: i) mediación entre la víctima y el infractor; ii) conferencias comunitarias y de grupos familiares –mecanismo preventivo–; iii) sentencias en círculo; iv) círculos promotores de paz y, v) libertad condicional reparativa, así como juntas y paneles comunitarios (Pinzón y Torres, 2019).

Ahora bien, volviendo a la justicia retributiva, es importante hacer hincapié que esta se separa de las dos concepciones analizadas previamente y plantea como tesis básica que el castigo del infractor es el fin de la pena (Ferrante, 2015). De ahí que tal situación represente una concepción de justicia que parte del supuesto de que aquel que comete un hecho ilícito merece necesariamente una sanción, de tal suerte que el castigo se convierte en algo valioso en sí mismo, por cuanto determina necesariamente la consecuencia de quien comete la conducta delictiva (Szczaranski, 2015).

Conforme a lo precedente, la fundamentación de esta concepción de la justicia y de la pena se encuentra en argumentos que tienen por finalidad mostrar la justificación del castigo como fin de la pena. Sobre el particular, téngase en cuenta el caso del monstruo moral (Hanna, 2014): piénsese que el sujeto X realiza una serie de conductas ilícitas por medio de las cuales afecta gravemente a los sujetos Y, Z y A, entre otros, y X se entusiasma con tal situación, de modo que existe placer por haber realizado el hecho ilícito. Igualmente, ante este escenario existen dos mundos posibles: uno en el cual no obtiene ninguna sanción o castigo, y otro en el que sí y, a su vez, este castigo implica un sufrimiento para X. En este sentido, el retribucionismo plantea el siguiente interrogante: ¿qué escenario es el mejor: aquel en el que X recibe un castigo por haber realizado conductas delictivas y afectar a Y, Z y A, o aquel en el que queda impune?

La respuesta para esta concepción de justicia es sencilla: es mejor un mundo en el cual el sujeto X recibe un castigo, ya que de esta manera retribuye el daño que padecieron Y, Z y A por medio de su sanción. Esta situación muestra que el castigo, en principio, se conectaría con la idea socrática enunciada al inicio de este acápite: su finalidad consiste en la reconducción del sujeto que ha cometido un hecho ilícito. En este sentido, la pena, entendida como castigo, la cual busca que el sujeto infractor, una vez cumpla con la sanción, no vuelva a incurrir en las conductas que la generaron, sino que las evite, de tal modo que a su vez evite el castigo (Szczaranski, 2015).

Con fundamento en lo anterior, se resalta que esta concepción de la pena descansa en un presupuesto básico de la libertad para actuar, en tanto que el sujeto, de manera libre, evita el castigo realizando conductas que no tengan una sanción y, en el caso en que las realice, conocerá con anterioridad la sanción previa a la que estaría sujeto. De ahí que la legitimidad de la pena descansa

en la culpabilidad, lo que implica que el sujeto a quien se le va a imponer la sanción penal conocía previamente que la realización de la conducta implicaría consecuencias penales. Por ello, solo se puede sancionar aquello que se puede prever (Szczaranski, 2015).

Teniendo en cuenta esto, ¿cómo se materializa el retribucionismo penal dentro del derecho penal militar colombiano? Para responder a esta pregunta, debe tenerse en cuenta que el Código Penal Militar consagra, en su artículo 12, que la pena tiene como función principal la prevención general, especial y protectora, así como la reinserción social (Congreso de la República, Ley 1407, 2010). Nótese cómo dentro de la función de la pena se descarta la reparación del daño, por lo que se excluye cualquier consideración de justicia restaurativa y se decanta por un modelo netamente retributivo en el que lo relevante es la prevención del hecho delictivo a partir del castigo, el cual se entiende como una retribución del infractor militar a la sociedad.

Sumado a esto, se tiene de presente que dentro del derecho penal militar colombiano existe una prohibición del principio de oportunidad. Sobre esto, es importante indicar que la fundamentación de este principio descansa en la imposición de la pena solamente cuando esta sea necesaria. Por consiguiente, en los supuestos en los cuales dicha necesidad no se acredita, el Estado puede renunciar a la persecución penal (Paternina, 2023). Así las cosas, tal proscripción tiene un origen constitucional en virtud del artículo 250, en el que se exceptúa la aplicación de esta figura para los delitos que cometan los miembros de la Fuerza Pública con ocasión del servicio. Esta situación, a juicio de la Corte Constitucional colombiana, se trata de una excepción constitucional, de suerte que habría una prohibición de la figura en tanto no haya una modificación constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-326, 2016), situación que hasta el momento no ha acaecido.

Así pues, teniendo presentes los elementos generales del retribucionismo penal y cómo este se convierte en la tesis que fundamenta la función de la pena en el derecho penal militar colombiano, a continuación, se abordará el problema del concepto de certeza en el derecho desde un ámbito general, para, en el acápite subsiguiente, enunciar los puntos de intersección entre estos dos capítulos.

Precisiones frente al concepto y relevancia de la certeza jurídica

Uno de los conceptos más relevantes dentro del derecho contemporáneo es el de certeza jurídica, el cual a su vez está atado al concepto de seguridad jurídica. Ambos responden a uno de los ideales de la ideología del *Rule of Law* –también conocido como Estado de derecho o imperio de la ley–, que consiste en la pretensión de que no sean los hombres quienes gobiernen, sino las reglas jurídicas, ya que estas garantizan imparcialidad y objetividad (Prieto, 2022).

Así pues, volviendo a los conceptos de certeza y seguridad, es importante reseñar que ambos presentan el mismo problema de la textura abierta debido a la falta de conceptualización, en la medida en que es común encontrar muchas referencias a estos sin que exista una definición previa que permita establecer qué elementos los integran, así como sus principales características. Por ello, en un primer momento convendría dar aproximaciones conceptuales con el ánimo de distinguirlos –si es que se puede predicar alguna distinción–.

En este sentido, la certeza jurídica reside en la capacidad que tienen los destinatarios de las reglas jurídicas para predecir con anticipación las consecuencias jurídicas de sus acciones, ya sea que decidan obedecer o desobedecer el derecho, de modo que la certeza jurídica se asienta en la predicción (Prieto, 2022). Si se observa la definición anterior, se tiene que va unida de manera directa a la predictibilidad de las consecuencias que conlleva el actuar. Ahora bien, la seguridad jurídica reside en la posibilidad de que las personas puedan identificar las consecuencias de los actos o hechos que realizan (Pino, 2023), por lo que certeza y seguridad apuntan a un mismo foco, y es que el derecho sea predecible.³ En efecto, se estima que una de las propiedades de la seguridad jurídica es su certeza, que se fundamenta en la predictibilidad (Lifante, 2013). Con base en lo enunciado anteriormente, ¿cómo se logra tal propósito?

3 Algunas corrientes teóricas no estiman que necesariamente haya una relación conceptual entre certeza y seguridad; no obstante, en este artículo se acoge que sí la hay, porque, tal como se mostró con las referencias enunciadas, para que haya seguridad debe haber certeza, por lo que ambas pueden entenderse como un proceso en el que una (certeza) constituye un paso previo para alcanzar la otra (seguridad). Sobre esto, véase Arcos (2002).

La respuesta a este interrogante se encuentra, a juicio de algunos expertos, en la identificación de los actos y hechos que la norma jurídica general quiere regular, así como de sus consecuencias jurídicas (Pino, 2023), de modo que dicha respuesta se relaciona estrechamente con la distinción que existe entre casos jurídicos genéricos y casos jurídicos en concreto. Los primeros se refieren a situaciones generales que regulan casos individuales. Por ejemplo, el artículo 93 del Código Penal Militar regula todos los casos que pueden presentarse dentro del tipo penal de insubordinación. En cambio, los segundos describen situaciones específicas de una situación particular, como puede ser la insubordinación del soldado A frente a las órdenes impartidas por el Teniente E (Alchourrón y Bulygin, 2012).

Con base en esto, la predictibilidad propia de la certeza jurídica debe construirse a partir de los casos jurídicos en concreto, los cuales están determinados por los casos jurídicos generales contenidos en normas jurídicas de carácter general. En adición a esto, conviene aclarar lo siguiente: ¿por qué resulta importante la predictibilidad propia de la certeza jurídica?

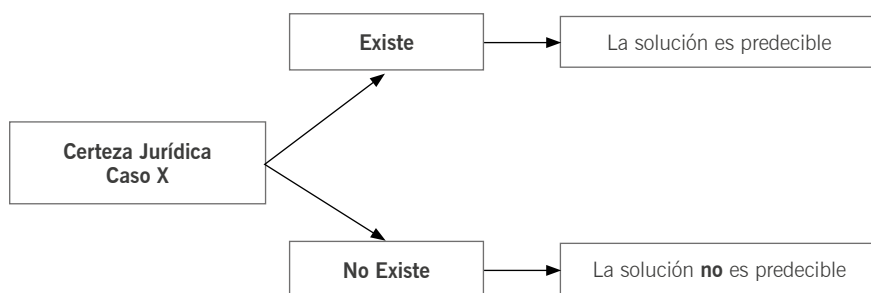
La respuesta a esta cuestión reside en el siguiente argumento y es que la predictibilidad adquiere relevancia con base en dos razones: i) el carácter predictivo del derecho permite que las personas puedan construir su plan de vida, ya que, si conocen con anterioridad cuáles van a ser las consecuencias de su actuar, tienen expectativas comportamentales (Laporta, 2007). En tal sentido, la persona A, que toda su vida ha seguido las normas jurídicas generales que han regulado su actuar, tiene la confianza de no tener una sanción a menos que infrinja tal norma; en cambio, la persona que no sigue la norma tiene la expectativa de ser sancionada por ello. ii) Existe un ahorro tanto de tiempo como de esfuerzo, debido a que existen expectativas comportamentales que aplican tanto a los destinatarios de la norma como a los entes aplicadores de esta. Por ejemplo, A tiene la confianza de que, si B desobedece el derecho, va a ser sancionado por el operador judicial C (Prieto, 2022).

Teniendo en cuenta la relevancia de la predictibilidad propia de la certeza, conviene ahora abordar los factores que pueden generar o aumentar la certeza jurídica. Siguiendo lo establecido por Giorgio Pino (2023), existen al menos ocho condiciones, las cuales pueden entenderse en los siguientes términos:

- i. Un derecho no difuso: las normas jurídicas generales que regulan la materia no se encuentran en diversos documentos, sino que reposan en uno solo, situación que ayuda a su unidad. Esto se puede encontrar en los códigos, que tienen por propósito agrupar todas las soluciones de los casos jurídicos que se presenten (Suárez, 2006).
- ii. Un derecho relativamente actualizado: esto en razón de que, si las normas jurídicas generales no se encuentran actualizadas, los órganos de aplicación del derecho podrían tener diversos criterios de interpretación, lo cual puede conducir a soluciones jurídicas distintas.
- iii. Restricción o limitación a la existencia de normas jurídicas retroactivas: esta idea se conecta con uno de los principios formulados por Lon Fuller (1967) y es que las normas jurídicas deben regir hacia futuro. El legislador debe generar disposiciones que las personas puedan realmente obedecer o desobedecer.
- iv. Precisión en el lenguaje jurídico con el que se formulan y elaboran las normas jurídicas generales: en este sentido, este punto se relaciona con la cuestión de que el legislador debería tener en cuenta una racionalidad lingüística, la cual refiere directamente la utilización de un lenguaje jurídico que evite la denominada indeterminación en el derecho, ya sea por problemas de ambigüedad o de vaguedad (Atienza, 1989).
- v. Limitación al momento de interpretar el derecho por parte de los operadores judiciales: esta tesis en ningún momento debe confundirse con que los jueces no interpreten, ya que tal situación conduciría a lo que algunos denominan un paraíso formalista, en el cual la norma jurídica solo tiene un significado posible, situación que ya ha sido fuertemente revaluada por la teoría jurídica contemporánea (Hart, 1994). Debe entenderse, más bien, en los siguientes términos: la norma jurídica general establece un marco de posibilidades en el que transita el operador judicial, quien en última instancia la aplica, de tal suerte que, cuanto mayor sea el grado de indeterminación del que goce la norma, mayores serán los posibles significados (Kelsen, 1982). De ahí que sea fundamental una correcta técnica legislativa que evite tal situación.
- vi. Existencia de orientaciones interpretativas estables, las cuales, por ejemplo, se pueden obtener a través de la consolidación de un órgano judicial de cierre.
- vii. Estabilidad tanto en las normas jurídicas generales como en las instituciones jurídicas existentes: nótese que, a mayor estabilidad, mayor predictibilidad.
- viii. Coherencia entre la regulación y los valores predominantes en la sociedad de referencia.

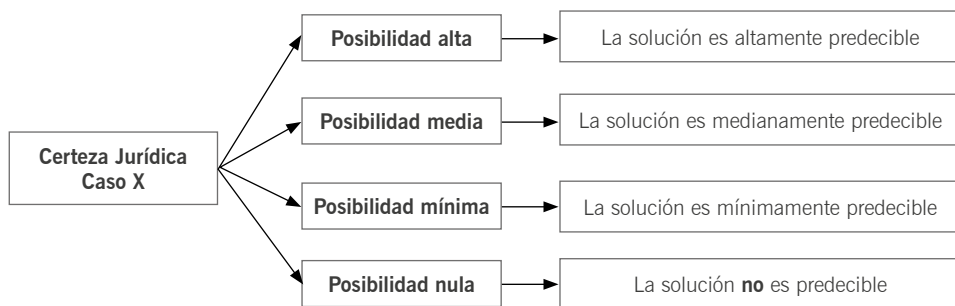
Finalmente, vale la pena destacar que estas condiciones solo muestran que la certeza jurídica no puede entenderse como una cuestión binaria en la que existe o no existe certeza, tal y como se representa en la Figura 1. Más bien, la certeza debe referir un concepto no binario y probabilístico, propio de una lógica difusa, en la cual dicha certeza solo es alcanzable en mayor o menor grado (ver Figura 2).

Figura 1. Concepción binaria de la certeza jurídica



Fuente: Construcción propia a partir de Gometz (2005).

Figura 2. Concepción no binaria y probabilística de la certeza jurídica.



Fuente: Construcción propia a partir de Gometz (2005).

Esta idea se sustenta en lo indicado previamente y es que la solución de un caso jurídico en específico depende de la calificación que se realice de los hechos contenidos en la norma jurídica general, que establece un caso jurídico genérico, de ahí que puedan existir múltiples soluciones, las cuales dependen de diversas variables, como pueden ser la forma de calificación de los hechos, los medios de prueba, los métodos de interpretación de las normas jurídicas, entre otras (Leiter, 2012).

Sin embargo, el hecho de que suceda eso en ningún caso debe implicar que no exista certeza en el caso, sino que esta pueda ser alta, media, mínima o nula, generando con ello que la certeza, a diferencia de lo que consideraban algunos autores, no sea una ilusión (Frank, 1949), sino algo alcanzable desde una perspectiva probabilística y, sobre todo, realista (Gometz, 2005).

Puntos de relación entre el retribucionismo penal en el derecho penal militar colombiano y la certeza jurídica

Ahora bien, con base en las reflexiones realizadas en los acápites anteriores y teniendo en cuenta la metodología dialéctica acogida en el presente texto – mediante la cual se busca construir una síntesis a partir de una tesis y una antítesis –, a continuación, se enunciarán y analizarán los puntos de interrelación entre el retribucionismo, propio del derecho penal militar colombiano, y la certeza jurídica.

Así pues, el primer elemento en el que sobresale tal relación es lo relativo a que el retribucionismo penal, como teoría de la pena que aplica en el derecho penal militar colombiano, garantiza certeza jurídica, en atención a que necesariamente el infractor de la norma va a obtener una sanción si resulta condenado. Ello debido a que, como se advirtió previamente, hay una proscripción de la aplicación del principio de oportunidad, en virtud de una prohibición contemplada en una norma constitucional.

En tal sentido, se muestra cómo, a partir de lo anterior, el militar o policía que cometa un delito que se relacione con el servicio tendrá que ser objeto de la imposición de una pena, por lo que en ningún caso podrá alegar la aplicación del principio de oportunidad, situación que generaría que el derecho

fuera predecible, en la medida en que este tiene dos opciones: i) obedecer el derecho, actuando con legalidad y no incurriendo en las conductas delictivas contempladas en el Código Penal Militar colombiano o ii) ser sancionado a través de una pena por la comisión de la conducta, una vez que esta haya sido impuesta por un juez competente.

Sumado a esto, la función de la pena reside necesariamente en la prevención general, especial, protectora y la reinserción social, tal como lo dispone el artículo 12 del Código (Congreso de la República, Ley 1407, 2010). Sobre este punto, debe traerse a colación que dentro de la teoría del delito por prevención general se asumen dos ideas, la negativa y la positiva. La primera refiere una coacción de tipo psicológica, la cual sirve como vehículo para que las personas que observan la sanción impuesta al infractor del delito se abstengan de cometer delitos por miedo a ser sancionadas; en cambio, la segunda estima que la prevención del delito se da mediante la afirmación del derecho, esto es, la confianza en la sociedad de que el derecho sirve y que aquellos que sean infractores obtendrán una sanción (Meini, 2013).

Ahora bien, la prevención especial también se entiende como una coacción que no recae en la sociedad, sino en el delincuente o en el infractor mismo, lo que genera que existan motivos para disuadirlo y evitar que vuelva a cometer delitos a través de la imposición de una pena. Y, finalmente, la función protectora se da tanto en la sociedad como en los bienes jurídicos que se pretenden resguardar a través de la existencia de tipos penales (Meini, 2013).

Con base en lo anterior, es necesario resaltar que, si bien es cierto que la pena disuade al infractor y protege a la sociedad y a sus bienes jurídicos, se tiene por fin de la pena la resocialización, que se obtiene solo a través de la imposición de una pena. De este modo, tal como se ha advertido a lo largo del artículo, el derecho sería predecible y, por lo tanto, certero, debido a que, si se comete la conducta delictiva, no le queda más al infractor que purgar una pena, de modo que habría certeza jurídica.

Del mismo modo, continuando con esta línea argumentativa, otro punto de interrelación se encuentra en las ocho condiciones enunciadas por Giorgio Pino (2023), las cuales se analizarán limitándonos exclusivamente al retribucionismo propio del derecho penal militar colombiano:

- i. Un derecho no difuso: en este caso, se observa que las normas jurídicas generales que regulan el derecho penal militar se encuentran principalmente en un único texto, específicamente en la Ley 1407; por lo que, en esta, junto con sus modificaciones, deben hallarse todas las respuestas a los casos jurídicos individuales que se puedan presentar.
- ii. Un derecho relativamente actualizado: sobre esta cuestión, se debe tener en cuenta que este cuerpo normativo data de hace 14 años, por lo que no está actualizado; no obstante, hasta el momento el sistema sigue teniendo vigencia, por lo que también se cumpliría con esta propiedad.
- iii. Restricción o limitación a la existencia de normas jurídicas retroactivas: por excelencia, dentro del derecho penal existe una prohibición de normas retroactivas, de ahí que se consagre el principio de la irretroactividad de la ley penal, fundado en la idea de certeza y seguridad jurídica (Oliver, 2000).
- iv. Precisión en el lenguaje jurídico con el que se formulan y elaboran las normas jurídicas generales: una exigencia que también se hace dentro del derecho penal, ya que, en esta área en específico, al representar el ius puniendi del Estado, se busca limitar al máximo la discrecionalidad judicial, por lo que se procura que, en virtud del principio de tipicidad, las normas jurídico-penales de carácter general queden redactadas de tal suerte que no haya duda sobre su aplicación.
- v. Limitación al momento de interpretar el derecho por parte de los operadores judiciales: este punto también se conecta con el anterior, tanto es así que, por ejemplo, en los sistemas jurídicos se incluye la prohibición de la analogía en materia de derecho penal e incluso la regla de clausura, según la cual todo lo no deónticamente prohibido se encuentra permitido (Guarinoni, 2000).
- vi. Existencia de orientaciones interpretativas estables: debido a lo anterior, se puede predicar que esta propiedad también se cumple.
- vii. Estabilidad tanto en las normas jurídicas generales como en las instituciones jurídicas existentes: nótese que, a mayor estabilidad, mayor predictibilidad. Debido a lo anterior, se puede predicar que esta propiedad también se cumple.
- viii. Coherencia entre la regulación y los valores predominantes en la sociedad de referencia: se cumple siempre y cuando su aplicación sea consecuente con los valores propios de una ética castrense.

Finalmente, vale la pena hacer énfasis en que, así como sucede con el derecho en general dentro del derecho penal militar, también ocurre que la certeza jurídica no debe entenderse como una cuestión binaria, sino que se debe asumir como una cuestión probabilista que, si bien es menor debido a que hay una mayor restricción por parte del operador judicial, no hay que olvidar que, como se advirtió previamente, las normas jurídicas generales incluyen un marco de posibilidades del que goza el juez, de modo que también puede ocurrir una certeza alta, probable, mínima y nula. Asimismo, es importante hacer hincapié en el aspecto predictivo del derecho y en cómo, en la medida en que este se fortalezca, se garantiza la certeza jurídica, la cual resulta un aspecto fundamental en las sociedades contemporáneas, dado que permite un ahorro de tiempo y esfuerzo.

Conclusiones

En el presente artículo se muestra, de manera concisa, la relación necesaria que existe entre el retribucionismo penal, propio del derecho penal militar colombiano, y la certeza jurídica. Dicha relación se fundamenta en el hecho de que esta concepción de la pena tiene por eje rector la imposición de un castigo, sin tomar en cuenta aspectos restaurativos o consecuencialistas, de tal suerte que el infractor de la norma, al incurrir en una conducta delictiva, solo tendría una alternativa: la imposición de una pena.

Bajo esta óptica se encuentra que, al menos en ese aspecto, el derecho resulta certero por cuanto existe una predictibilidad, la cual establece con anterioridad cuáles van a ser las consecuencias del actuar del militar o policía que realice el hecho ilícito. En tal sentido, el militar o policía tiene dos opciones: cometer la conducta descrita en los tipos penales y asumir la expectativa de ser sancionado, o no cometerla y asumir la expectativa de no recibir sanción, con lo cual se cumple con el tema del ahorro del tiempo y del esfuerzo propios de la certeza jurídica.

Con base en esto, respecto a los subtemas tratados, es de destacar cómo el derecho penal militar colombiano se decanta por una concepción retributiva de la pena, la cual reside exclusivamente en la imposición de una pena, dejando por fuera otras concepciones propias del restaurativismo o del consecuencialismo utilitarista.

Asimismo, se destaca cómo la certeza jurídica, tanto para el derecho penal militar como para el derecho en general, se torna un pilar fundamental de las sociedades democráticas contemporáneas basadas en una ideología del *Rule of Law*, en la medida en que permite que los destinatarios de las normas jurídicas conozcan de antemano las consecuencias jurídicas de su actuar. Igualmente, dicha concepción no debe entenderse como una concepción binaria del todo o nada, sino más bien como una cuestión probabilística y difusa, en la cual la certeza pueda medirse como una cuestión de grado, de modo que la certeza jurídica es alcanzable, no una mera ilusión.

Referencias

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Astrea.
- Alexy, R. (2003). La naturaleza de la filosofía del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 147-159.
- Arcos, F. (2002). La seguridad jurídica en la aplicación judicial del Derecho: de la previsibilidad a la argumentación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (19), 191-217.
- Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (6), 385-403.
- Bentham, J. (2008). *Los principios de la moral y la legislación*. Editorial Claridad.
- Botero, A. (2002). La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (5), 201-212.
- Corte Constitucional. Sentencia C-326. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 22 de junio de 2016.
- Farrell, M. (2015). El utilitarismo en la filosofía del derecho. En J. Fabra Zamora y E. Spector (Eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Vol. 3, pp. 1720-1734). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrante, M. (2015). Filosofía del derecho penal. En J. Fabra Zamora y E. Spector (Eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Vol. 3, pp. 2087-2108). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Frank, J. (1949). *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. Princeton University Press.
- Fuller, L. (1967). *La moral interna del derecho*. Trillas.
- Gometz, G. (2005). *La certezza giuridica come prevedibilità*. G. Giappichelli Editore Srl.
- Gómez, M. y Gómez, D. (2018). De la cultura del castigo a una cultura restaurativa. En M. Gutiérrez y A. Olarte (Eds.). *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa* (pp. 25-74). Universidad Externado de Colombia.
- Guarinoni, R. (2000). Algunas reglas de clausura. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (23), 729-735.
- Haack, S. (2020). *Filosofía del Derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas*. Marcial Pons.
- Hanna, N. (2014). Retributivism Revisited. *Philosophical Studies*, 167(2), 473-484.

- Hart, H. (1994). Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño. En P. Casanovas y J. Moreso (Coords.). *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 327-352). Crítica.
- Hart, H. (2009). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kindhäuser, U. (2017). *Bien jurídico, seguridad y hecho punible desde una perspectiva comunicativa del derecho penal*. Universidad Nacional de La Matanza.
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta.
- Leiter, B. (2012). *Naturalismo y teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Ley 1407 de 2010. Por la cual se expide el Código Penal Militar Colombia. 17 de agosto de 2010. D. O. N.º 47804.
- Lifante, I. (2013). Seguridad jurídica y previsibilidad. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (36), 85-106.
- Mañalich, J. (2007). La pena como retribución primera parte: la retribución como teoría de la pena. *Derecho Penal y Criminología*, 28(83), 37-74. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/968>
- Márquez, A. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos*, 10(20), 201-212. <https://doi.org/10.18359/prole.2543>
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, (71), 141-167.
- Oliver, G. (2000). El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, (XXI), 95-108.
- Paternina, M. (2023). *Principio de oportunidad en la justicia penal militar* [Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia]. Repositorio Institucional Externadista. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/00f9a3f5-b6c2-4e8d-9ea1-bf70ddde90eb>
- Pino, G. (2023). Seguridad jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (25), 262-284. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8000>
- Pinzón, R. y Torres, C. (2019). *Justicia restaurativa*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Platón. (1871). Gorgias o de la retórica. En *Obras completas de Platón, Diálogos* (Tomo 5, pp. 113-282). Medina y Navarro Editores.
- Prieto, C. (2022). *Predictibilidad de las decisiones judiciales y rule of law: una propuesta desde el realismo jurídico moderado* [Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia]. Repositorio Institucional Externadista. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/9bee7d13-17bf-4fe2-86e2-b2febc20e014/content>
- Rojas Soriano, R. (2012). *Métodos para la investigación social. Una proposición dialéctica*. Plaza y Valdés Editores.
- Suárez, M. (2006). El sueño de la codificación y el despertar del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (29), 219-248.
- Szczaranski, F. (2015). El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa. *Revista Ius et Praxis*, 21(1), 171-216.
- Vera, J. (2015). Cuatro mitos sobre la justicia retributiva como mecanismo de justicia transicional. *American University International Law Review*, 32(2), 469-499.