

**EL DERECHO PENAL Y DERECHOS HUMANOS. LOS CIRCULOS  
HERMENEUTICOS DE LA PENA.**

**ENYI KATHERINE ORTIZ ORTIZ**

**CÓD: 6000810768**

**DIPLOMADO DE TECNICAS DE JUICIO ORAL.**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA  
Facultad de Derecho  
Noviembre de 2014**

## Humanizar el derecho penal: una visión desde la hermenéutica de la pena

### Resumen:

*Toda decisión penal ha estado reglada por el acatamiento ilegal de la norma jurídica. Sin embargo, al limitarse al texto el juez penal incurre, en muchos casos, en violaciones de derechos humanos contra los ciudadanos que está juzgando. Esto se presenta por un seguimiento al positivismo jurídico que se ha convertido en la doctrina más común dentro del circuito penal. Lo que se pretende demostrar en esta investigación es que existe otro método más humano en donde se valoran los contextos, interpretan las situaciones, y se garantizan los derechos inherentes a cualquier persona. Esto se ha denominado hermenéutica de la pena, en donde a través de tres círculos (pasos del método) se logra que cualquier decisión judicial respete las situaciones particulares, sin abandonar la legalidad de las sentencias y con un trato más ético y moral en materialidad social.*

**Abstract:** *Any criminal decision has been regulated by the unrestricted observance of the rule of law. However, when limited to text the criminal judge incurs, in many cases, in violations against the human rights for citizens who are been judging. This situation occurs because of the strict consideration to the legal positivism that has become the most common doctrine in the criminal circuit. The aim in this research is to demonstrate that there is a method more careful for the human condition where contexts are valued, particular situations are interpreted, and the compliance of inherent rights are guaranteed to anyone. This method has been called hermeneutics of punishment, where through three circles of analysis (method steps) there is a respect for particular situations without abandoning the legality of sentences and, indeed, a more ethical and moral treatment is in place for any judicial decision.*

**Palabras claves:** respeto, derechos humanos, hermenéutica, positivismo jurídico, ciudadano, norma, delito.

Las conductas humanas están determinadas por actos que atentan contra los seres humanos mismos. Esto ha sido tema de estudio de distintas ciencias con diferentes fundamentos; la sociología, la psicología, la antropología, la ciencia política han tratado de explicar de dónde nace y cómo se configuran estos comportamientos. Sin embargo, ninguna de estas áreas del conocimiento han logrado dar una respuesta definitiva y ante la complejidad de un mundo fluctuante han surgido diversas instituciones que deben regular estas conductas para garantizar el orden social. Una de las ramas del derecho como lo es el penal que desde tiempos inmemoriales ha proveído de sanciones a los crímenes y delitos cometidos por

personas que infringen el comportamiento normal y adecuado de los seres humanos.

Sin embargo estas reprimendas han estado marcadas por diversas prácticas que atentan contra el goce de determinados derechos con los que cuenta un ser humano que dentro del desarrollo de la investigación y el proceso penal están como indiciadas, imputadas o condenadas en un proceso penal. Pero, ¿cómo determinar en qué punto de la aplicación del derecho positivo dentro del penal se afectan derechos de los individuos que están a la espera de una sentencia emitida por un juez la cual puede ser condenatoria o absolutoria? Pues bien, parece ser que la respuesta se encuentra en el seguimiento absoluto e irrevocable de las leyes que han sido diseñadas para impartir justicia y que se enraízan en el positivismo jurídico, pero que por encontrarse solamente en la Constitución, Jurisprudencia o Códigos no parecen tener en cuenta el constante cambio social y las diversas situaciones particulares que se pueden dar en el universo de casos posibles, así la principal fuente del derecho positivo sea la costumbre determinada de una sociedad.

Es por situaciones como la anterior que surge la hermenéutica jurídica, no tanto como una mera interpretación de las leyes, sino como un método para juzgar y crear realidades a partir de la configuración entre actos humanos y la creación de normas que los corrigen o previenen. Así pues, lo que se quiere demostrar en el presente trabajo es que los círculos hermenéuticos de la pena son las únicas herramientas que pueden seguir guiando al derecho penal en los diversos avances de la humanización de la pena articulada con otras herramientas del sistema jurídico como lo es la protección de los derechos humanos. Es por esto que, en primer lugar, debemos exponer cómo se entiende la hermenéutica de la pena y cuáles son los pasos que subyacen a este método. En segundo lugar, analizar cómo algunas situaciones particulares que se juzgan en el derecho penal están desprovistas de un cuidado por los derechos humanos y, en tercer lugar, articular cómo es que este método podría llegar a aunar esta rama del derecho y esta ideología que ha advenido en el trasfondo del derecho penal y su aplicación como una rama primordial en el derecho y el actuar en la sociedad.

Para empezar a explicar la hermenéutica jurídica debemos contraponerla a uno de los métodos por excelencia de las bases modernas del derecho, a saber, el positivismo jurídico. En esta doctrina del pensamiento jurídico se tiene como premisa universal que el valor de la norma es superior a todo acto e interpretación posible. Lo que se ha formado legítimamente (entiéndase, por medio del aparato estatal) como la Constitución Política y el sistema normativo se debe respetar y acatar de una manera irrestricta; los miramientos y consideraciones morales no deberían interferir en los dictados de la norma. La aplicación, entonces, deberá corresponder a este acatamiento y no hay ninguna lectura más allá de lo que la ley indica. Sin embargo, y como bien lo demostró Michel Foucault en textos como *Vigilar y castigar* y *La verdad y las formas jurídicas*, los procedimientos judiciales siempre atentaron contra la integridad misma de los sujetos, fueran victimarios o no. Lo que resultó haciendo el sistema jurídico fue que al encontrar que un individuo violaba algún acto *consagrado*<sup>1</sup> a la ley se le quitaba toda su humanidad y los castigos eran tales que no se sabía si era una persona o sólo una masa corporal la que estaba siendo condenada.

Pero es en medio de todos los cambios sociales del siglo XVIII en Europa donde la consagración de unos principios inviolables para todo ser humano se consagran y comienzan a permear todas las esferas del ordenamiento social: la doctrina de los derechos humanos nace. La historia de la Revolución Francesa, las luchas por los derechos en los nacientes Estados Unidos y las diferentes manifestaciones que paulatinamente tomaron el mundo “civilizado” sirvieron para que estos derechos humanos ayudaran a considerar a todas las personas como iguales y que se comenzara a hablar de ciudadanos en el sentido moderno del término. Sin embargo, no todas las instituciones que querían garantizar el orden social se vieron igual de afectadas por esta ideología política.

---

<sup>1</sup> La escogencia de esta palabra contiene toda la carga semántica en donde para el positivismo jurídico lo más importante era la ley, y de cierta manera ésta se convertía en un objeto sagrado. Se reconoce que la objetividad y anti metafísica propia de esta doctrina contravendría a algún concepto divino pero lo que se propone aquí es que esa sacralización de la ley también puede ser considerada objetiva, una verdad última a nivel de ordenamiento social.

El derecho penal, particularmente en lo que respecta al tema aquí tratado, tuvo vastísimos avances en cuanto a doctrina se refiere pero no en cuanto a las prácticas y procedimientos que seguían a las decisiones tomadas en esta rama. Esto pudo deberse a que no se tenían en consideración los contextos, condiciones sociales y particularidades individuales que existían a la hora de juzgar algún asunto, es decir no se practicaba lo que ahora se entiende como justicia, darle a cada cual lo que le corresponde; lo que primaba era el seguimiento de la norma escrita, aun cuando aquella ya contenía las modificaciones y reestructuraciones que siguieron al advenimiento de la protección a los derechos humanos.

Se puede inferir con lo anterior que en el sistema jurídico colombiano los Magistrados y Jueces encargados de impartir justicia mediante sentencias, las cuales se encuentran precedidas por un debido proceso, lo que garantiza la protección a un derecho Constitucional, proceso llevado a cabo en la práctica del sistema Penal Acusatorio, esto quiere decir que los jueces ya no cometen dichas vulneraciones a los derechos humanos, sin determinar el sistema como algo perfecto o que no necesite grandes ajustes y capacitaciones. En este momento la frecuencia con la que los individuos dentro de una sociedad cometen actos delictivos, genera la vulneración de derechos que convierte a las personas integrantes de una sociedad como los verdaderos infractores de derechos, es necesario aclarar que no siempre el actuar de los seres humanos nos convierte en personas delictivas, el Estado como generador y protector de derechos en ocasiones es el ente que mas vulnera la sostenibilidad de derechos.

Por lo anterior, considero que sería distinto, se le daría un giro positivo al derecho penal acusatorio si se reforzara la aplicación de la hermenéutica jurídica como método de ayuda junto con la normatividad en la aplicación de una sentencia

¿Dónde se ha encontrado la correspondencia entre la legalidad de la decisión y el seguimiento de los derechos humanos a nivel social, ya no sólo jurídico? Tal como lo dice el columnista del periódico *La Patria*, José Fernando Ortega Cortés, “[u]n sistema de justicia penal que no se funde en el respeto de la dignidad humana y en la tutela de sus derechos fundamentales puede ser el instrumento del autoritarismo

judicial, pero no merece el nombre de Derecho penal: 'si algo es penal pero no es Derecho entonces tampoco es Derecho penal'" (Ortega Cortés, 2013). Es decir, si las decisiones judiciales no toman en cuenta todo lo que implica el respeto por los derechos humanos, tanto a nivel jurídico como social, la justicia que trata de impartir el derecho penal no sería tal y quedaría como un recipiente medianamente lleno de una sustancia nada consistente.

Pero, cómo se explican las condiciones sociales que garanticen la correcta consecución de los derechos humanos por parte del derecho penal, dependería de la aplicación de la hermenéutica jurídica. Esto parece ser así porque un problema que se ha identificado es que el positivismo y el seguimiento irrestricto a la ley se han consolidado en la rama penal del derecho. Y es que la hermenéutica es útil porque no solo sirve como una interpretación de la ley en sí misma sino que al aproximarse a la ley para juzgar un hecho se deben tener en cuenta diversos pasos que redundan en el respeto por las situaciones particulares, las condiciones sociales, y en últimas, en el cumplimiento de los objetivos de los derechos humanos, a saber, proteger la dignidad humana y garantizar un orden social equitativo y democrático. Ana Messuti, abogada argentina e importante filósofa del derecho, ha descrito este método hermenéutico y ha llamado a dicha estructura "los círculos hermenéuticos de la pena" (Messuti, 1999). Tal como explica ella en su texto, existen tres círculos: la precomprensión, la relación entre partes y el todo, y la relación entre la norma y los hechos. La importancia de esta estructura es que cualquier decisión judicial debería estar acompañada de estas consideraciones por cuanto se reconoce a la norma como una parte del problema jurídico pero no como lo único que tendría que tenerse en mente.

Es cierto que existen ciertas preconcepciones sociales que determinan el entendimiento de la ley y que debe reconocerse en la interpretación jurídica. Los conceptos, normas y leyes no son verdades absolutas eternas ni transhistóricas; es más, hasta los principios del derecho varían con el tiempo y esto debe reconocerse a la hora de juzgar un hecho. Pero este paso no es el único paso porque también debe reconocerse que existe una profunda relación entre las partes y el todo; ninguna ley ni sanción están aisladas a un sistema jurídico más complejo. Si

nuestros jueces sólo tuvieran en cuenta el ordenamiento penal olvidarían que éste se enmarca en unos principios tanto nacionales como internacionales. Estos principios llaman a considerar que las decisiones judiciales tienen implicaciones sociales tanto a nivel individual como en lo colectivo. Si nuestro sistema solamente condenara a los criminales y los privara de su libertad sin considerar que debe haber una garantía de bienestar y dignidad en los centros reclusorios pues caería en una omisión a todos los preceptos internacionales sobre el cuidado de los ciudadanos, sean estos culpables o no<sup>2</sup>. Por último, cabe considerar que sólo por medio de los hechos se completa la norma puesto que dos casos distintos con un mismo desenlace pueden ser considerados por la misma pena pero con sentencias diferentes. Esta capacidad de “compleción” es lo que hace que ya la norma no sea un bien jurídico objetivo sino que éste se adapte y complete en la multiplicidad de casos posibles ( (Messuti, 1999, pág. 7). Esto es lo que debería considerar un juez al tomar cualquier decisión judicial puesto que allí, en ese respeto por los contextos, causas y particularidades, es donde se valora a cada individuo garantizándole un debido proceso teniendo en cuenta los derechos humanos. Es más, nuestro sistema jurídico abre la posibilidad de la interpretación jurídica mediante Sentencia C-820 de 2006. Dice ésta:

*“A pesar de que el propio significado de interpretación jurídica ha sido discutido en la doctrina especializada porque, entre otras cosas, inmediatamente remite al debate de si interpretar una norma jurídica implica determinar el alcance de todos los textos legales o sólo los oscuros, lo cierto es que, en su sentido más obvio y elemental, **interpretar es explicar, declarar, orientar algo, comprender las circunstancias, aprehender, entender los momentos de la vida social y atribuir un significado a un signo lingüístico.** En fin, como lo advierten Gadamer y Husserl, la interpretación está directamente ligada con la comprensión y el lenguaje, de tal forma que, al referirnos a la hermenéutica jurídica, la entendemos como la actividad dirigida a*

---

<sup>2</sup> Este problema ya ha sido ampliamente estudiado en Colombia y no vale la pena ahondar en sí se violan o no los derechos humanos en las cárceles nacionales o si a las personas que allí se envían se les consideran verdaderos ciudadanos o solamente ciudadanos de segunda clase. Esto desborda la capacidad reflexiva de este texto pero cabe mencionar que al hablar de derechos humanos y derecho penal en Colombia la línea que se marca en cuanto a estas consideraciones también son interesantes y debatibles en cuanto a las situaciones sociales que allí se evidencian.

*encontrar la solución al conflicto o al problema jurídico que **se somete a estudio del intérprete***” (Sentencia C-820: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25 del Código Civil, 2006)

De esta forma, la Corte Constitucional no sólo otorga la posibilidad al juez penal para interpretar la norma sino que esta capacidad se otorga a todo el ordenamiento y las ramas que la componen. Es el juez quien tiene la misión de juzgar basado en la consideración de múltiples factores para no obviar ese “espacio abierto entre las normas y la realidad” (Messuti, 1999, pág. 9).

Así pues, la hermenéutica jurídica puede abrir luces a la diferencia que existe entre la norma y la aplicación de esta. En diversos casos, la sentencia judicial en materia penal no toma en consideración todo lo que conlleva privar a sus ciudadanos de la libertad, y con esto cae en reiteradas oportunidades en una violación a los derechos humanos; no en su doctrina sino en su realidad material. Lo que aquí se pretendió demostrar fue que el positivismo jurídico era lo que estaba haciendo incurrir al derecho penal en la violación de los derechos ya adquiridos por los ciudadanos por cuanto las decisiones se limitaban al texto normativo y no a los contextos sociales. Para resolver esta aporía, el método más complejo pero eficiente sería el estructurado por los círculos hermenéuticos de la pena, en donde la integralidad de sus componentes desmitifican la ley penal y la vuelven tan humana como esta debería ser.

## **Bibliografía**

Messuti, A. (1999). Derecho penal y derechos humanos. Los círculos hermenéuticos de la pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 7(28), 1-11.

Ortega Cortés, J. F. (24 de Diciembre de 2013). Del injusto penal a las penas injustas. *La Patria*, pág. Opinión.

Sentencia C-820: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25 del Código Civil, D-6224 (Corte Constitucional 4 de octubre de 2006).