

## LA DESCONSTRUCCIÓN<sup>1</sup> DEL SISTEMA JURÍDICO-PENAL Y SUS IMPLICACIONES. EL DERECHO COMO FENÓMENO DE TEMPORALIDAD

Abelardo RIVERA LLANO

SUMARIO: I. *A manera de introducción.* II. *El ritmo acelerado de la época que se ofrece como una reflexión sobre el sentido del presente. El problema abierto a una explicación dualista del conocimiento. El círculo hermenéutico y su poder constructivo y destructivo.* III. *La nueva racionalidad como capacidad para emitir buenas razones, pero no razones concluyentes, por fuera de una racionalidad a priori, universal y necesaria.* IV. *La penetración creciente de la dirección teleológica normativista en la desconstrucción y reconstrucción del derecho penal como una ciencia social.* V. *Implicaciones y conclusiones.* VI. *Bibliografía básica.*

### I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Es un hecho incuestionable que la nueva conciencia del tiempo que se perfila en la modernidad ilustrada, es hoy cuestionada y se encuentra en un momento de crisis que incluye el Estado moderno, el sistema jurídico y sus códigos, a partir, precisamente, del desplazamiento de la *razón práctica*,<sup>2</sup> sumado a las consecuencias de la globalización (la aldea global), que

<sup>1</sup> Al explicar el vocablo, el profesor italiano, Alberto Andronico, en su obra: *La de-costruzione come metodo*, señala que la desconstrucción ofrece a los juristas simplemente un “método” capaz de criticar los tradicionales discursos sobre el derecho y las consolidadas teorías sobre la interpretación. Se trata, en suma, de una nueva forma de crítica de la ideología, cuyo objetivo no es deslegitimar las instituciones, sino, por el contrario, abrir la posibilidad de otro punto de vista del derecho.

<sup>2</sup> Rivero Sánchez, Juan Marcos, *Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal*, Granada, Comares, 2004, pp. 63 y ss.; Rivera Llano, Abelardo, *derecho penal pos-*

ya no es un mito, sino una realidad viva, con la consecuente internalización del derecho, que tiende hacia un *ius comune* dotado de innumerables fuentes normativas. De ahí la importancia que ha ido adquiriendo el método de la comparación.<sup>3</sup>

Ese movimiento cíclico que exige respuesta y ofrece la expectativa de un futuro diferente renovado, nos recuerda Habermas, y que adopta como rasgo distintivo una peculiar fusión entre el tiempo de la historia, o el pasado como anticipación —no como nostalgia— y un futuro cargado de promesas o tiempo utópico, podría estarse agotando ahora, siguiendo a Vattimo, con el tránsito del *pensamiento fuerte* (metafísico-filosófico de la verdad) al *pensamiento débil*, opuesto a la verdad absoluta. Es el fin de la modernidad, cuyo reducto terminal remata epistemológicamente Einstein, al desconstruir, desestabilizando la comprensión del tiempo, el espacio y el movimiento,<sup>4</sup> que ya no son conceptos disociados y absolutos, dejando sin efecto no sólo la concepción mecanicista de la física elaborada por Newton en el siglo XVII, sino también las construcciones de Aristóteles y Euclides, tanto de la lógica como de las matemáticas, que ya no se desarrollan “hacia adentro”, sino, al contrario, “hacia afuera”, describiendo alternativas precisamente allí donde Kant veía límites a los que no es dado pensar: lógicas multivalentes (Fuzzi),<sup>5</sup> geometrías  $n$  —dimensionales, leyes físicas no—

*moderno*, Bogotá, Temis, 2005, pp. 270 y ss. El tema plantea la distinción entre razón teórica o epistémica que se encarga del conocimiento acerca del mundo, y, por ello, de la aceptación o rechazo de las creencias, y la razón práctica que presta atención al mundo de las acciones e interrelaciones entre los seres humanos. De aquí proviene el problema de la racionalidad. *Cfr.* *Infra* núm. 3.

<sup>3</sup> Markesinis, Basil, *Il metodo della comparazione*, Milán, Giuffrè, 2004; Rivera Llano, Abelardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 606 y ss.; Donini, Máximo, *El cambio de función del método comparado, en la política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 47 y ss.

<sup>4</sup> En efecto, David Bhom, considerado como el mejor colaborador de Einstein, describió el universo desde la teoría cuántica en estos términos: “es la totalidad no divisible en movimiento fluyente”. Véase, Bhom, David, *La totalidad y el orden implicado*, Barcelona, Kairos, 1982.

<sup>5</sup> Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, trad. de Ana María Montoya Villar Borda, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 167 y ss., Cabe señalar que frente a la lógica clásica formal, lineal, se pregona hoy la lógica intuicionista, de  $n$  valores, de la relevancia, supervaloracionista, difusa o cuántica, conocida como *Fuzzi* o difuminada que conlleva la sustitución de la tradicional visión bivalente, basada en el binomio irreductible “verdadero/falso” de cuño aristotélico. Aquella impone una visión polivalente, como cuando se dice que un sujeto es en cierta medida alto o relativamente alto o, inversamente, al mismo tiempo en cierta medida bajo o relativamente bajo.

determinísticas. En consecuencia, no se puede hablar de una sola línea de progreso lineal, sino circular-holista, pues la lógica formal se abandona como paradigma de la racionalidad, para plantear la de la diferencia, la de lo opuesto y lo antagónico, propia de las sociedades pluralistas.

No cabe duda, entonces, que en la sociedad actual —de cambio—, continuamente y de forma más acelerada, están sucediendo procesos científicos y tecnológicos que modifican la comprensión de la realidad, la visión del mundo natural, el mundo social y la propia identidad personal, revelando, además, aspectos inéditos de la realidad física y biológica dotados de alta complejidad, que requieren ulteriores instrumentos lógicos y conceptuales de comprensión. Se da, por tanto, un enfrentamiento entre el pensamiento *nomotético* o positivista (empírico-analista) e *ideográfico*, que postula el método de la significación y valoración de las ciencias hermenéuticas.

Dentro de este contexto se entiende claramente la postura del profesor Hassemmer cuando, por un lado, sostiene que “nunca como hasta ahora ha sido tan precaria la esencia de la ciencia penal frente a las exigencias de su tiempo”. Del otro, cuando pregunta “en qué medida la filosofía del derecho penal y la dogmática penal de este siglo están a la altura de la filosofía contemporánea?”<sup>6</sup> que, —agregamos— plantea una vez más, con Piaget a la cabeza, el debate entre *empirismo* y *racionalismo* que ya había preocupado a Kant. No gratuitamente, la teoría piagetana distingue entre aspectos *funcionales*, *estructurales* y *de contenido*, y concluye afirmando, que el conocimiento no es innato (propio de las posiciones teológicas u ontológicas) ni ambiental, sino que es el resultado de un proceso de construcción,<sup>7</sup> pues son las cosas las que determinan el conocimiento, lo que explica porqué hablar hoy de epistemología, de filosofía, de la ciencia o teoría del conocimiento, se ha convertido en una necesidad, no únicamente de las disciplinas llamadas científicas, sino, sobre todo, de las humanidades y de las ciencias sociales, donde se ubica el derecho penal. Sólo de esta manera se puede entender el tránsito deconstructivista entre modernidad y posmodernidad, asumiéndola como sociedad de cambio.

<sup>6</sup> Burthardt, Björn *et al.*, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 21 y ss.

<sup>7</sup> Maturana, Humberto, *¿La realidad es objetiva o construida?*, Barcelona, Antròpos, 1995.

II. EL RITMO ACELERADO DE LA ÉPOCA QUE SE OFRECE  
COMO UNA REFLEXIÓN SOBRE EL SENTIDO DEL PRESENTE.  
EL PROBLEMA ABIERTO A UNA EXPLICACIÓN DUALISTA  
DEL CONOCIMIENTO. EL CÍRCULO HERMENÉUTICO  
Y SU PODER CONSTRUCTIVO Y DESCONSTRUCTIVO

Una primera deducción lógica de lo expuesto es que uno de los motivos más profundos de crisis aplicadas, tanto a la sociedad como al derecho, es la rapidez, profundidad e intensidad de las transformaciones sociales, culturales, psicológicas, a las que es difícil hacer frente con el mismo ritmo de adecuación de las instituciones, de los ordenamientos jurídicos, en forma tal de organizar las relaciones sociales en sociedades dotadas de alta complejidad, a través de sus cambios estructurales, superando la visión sincrónica de las mismas.

La segunda conclusión apunta a mostrar el reto que tiene ante sí el sistema jurídico penal, en orden a hacer corresponder a la dinámica social, una apropiada dinámica institucional, para la cual la doctrina de avanzada propone no sólo una dogmática entendida como un “sistema abierto de enunciados científicos” (se le atribuyen funciones “pluridimensionales” y “multifuncionales”),<sup>8</sup> sino también la construcción jurídica de la ciencia por parte de los jueces, utilizando las reglas jurídicas,<sup>9</sup> dada precisamente la falta de certeza de la ciencia, posición expuesta en Italia por el profesor Federico Stella.<sup>10</sup>

Para responder a dicho reto, el sistema necesariamente debe desestabilizar, utilizando la llamada Teoría de los desplazamientos,<sup>11</sup> los valores estructurales y conceptuales edificados a partir del recorrido histórico que la evolución epistemológica de la teoría jurídica del delito ha tenido en el tiempo, a partir de la concepción dualista de Carrara que, como se recuerda, asume el problema del conocimiento y la actitud naturalista en filosofía

<sup>8</sup> Burthardt, Björn *et al.*, *op. cit.*, nota 6, pp. 127 y ss.

<sup>9</sup> Si somos nosotros, como pretenden los relativistas ontológicos, quienes de alguna manera, construimos la realidad, resulta que somos nosotros, y no el mundo, quienes pasamos a detentar el poder de establecer los criterios por los que se aceptan o se rechazan las afirmaciones sobre la realidad. Por eso, la delicada labor de un juez es comprender el mundo y la sociedad, para reducirlo a lo humano.

<sup>10</sup> Stella, Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3a. ed., Milán, Giuffrè, 2003, pp. 431 y ss.

<sup>11</sup> Rivero Sánchez, Juan Marcos, *op. cit.*, nota 2, pp. 63 y ss.

dentro del dualismo cartesiano, desglosado en dos ámbitos imposibles de mezclar, cuyo enfoque filosófico resulta hoy insuficiente, pues no es posible progresar en el conocimiento por medio de una reducción de las cosas, a las causas, ya que los efectos no son proporcionales a éstas.

El primer ámbito de esa concepción cartesiana está integrado, por una parte, de la llamada *res extensa*, equivalente a la materia inerte; donde se ubica el cuerpo, dotada de propiedades geométricas y mecánicas, a estudiarse con las leyes propias de la física mecánica expuesta por Newton, quien no busca, ciertamente, interpretar el mundo, sino, por el contrario, penetrar en él para debelar las leyes naturales, por ende, causales, en que se apoya. El maestro de Pisa construye a partir de esta visión el elemento objetivo, material, externo del delito, regido por la fuerza física.

De la otra, la *res cogitans*, sede del pensamiento y del lenguaje, equivalente a la esfera autónoma de la subjetividad, a la cual pertenecen las representaciones de las que tenemos una constancia inmediata; es decir, de conciencia, infalible, en donde se impone la razón y la lógica con sus inherentes juicios de certeza. De aquí deduce Carrara el segundo elemento subjetivo, anímico o espiritual del delito, que preside su concepción dicotómica de aquel.

Este paradigma<sup>12</sup> ha acompañado desde sus orígenes a la ciencia penal, que de la mano de Kelsen y Kant tuvo la pretensión de alcanzar su operacionalidad perfecta a través de un sistema formal —cerrado y *a priori*— (es decir, realidades preexistentes). Uno de esos sistemas es la dogmática asumida como ciencia formal, con alcance de matriz cognoscitiva y factor de certidumbre en la aplicación del derecho.

Dicho modelo ha venido siendo cuestionado por insuficiente como un saber sistemático, para enfrentar un saber problemático,<sup>13</sup> dada, justamente, la nueva dinámica social con su señalada complejidad en aumento. Además, ha mostrado las contradicciones intrasistemáticas y acientíficas que

<sup>12</sup> El término paradigma puede entenderse como lo que los miembros de una comunidad científica comparten en el campo de lo psicológico y lo social, lo cual influye en el ámbito del pensamiento colectivo.

<sup>13</sup> Rivera Llano, Abelardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 258 y ss. Hay que tener en cuenta que el pensamiento problemático parte del racionalismo crítico, para quien el conocimiento no comienza con percepciones u observaciones o con la recopilación acrítica de datos o hechos, sino con problemas, pero tampoco hay problemas sin conocimientos. Es la postura de Popper, quien, además sostiene que si una solución no resulta accesible a la crítica objetiva, es preciso excluirla por no científica.

se esconden tras dicho paradigma, al evidenciar la crisis de sus estructuras (la acción y sus paradojas,<sup>14</sup> la omisión, la causalidad, el dolo, la culpa, que ya no son meros “hechos psicológicos”, sino conceptos normativos-valorativos), entendidas como el orden jerárquico en que se dan las relaciones dentro del sistema, que en la concepción tripartita concibe el delito como hecho típico, antijurídico y culpable, inaugurando el denominado peregrinaje por los estratos analíticos que vinieron a constituir la materia propia de una teoría general del reato.

Fue Welzel, en palabras de Jiménez de Asúa, quien produjo la “catástrofe sistemática” de aquel modelo estratificado; por ende, inició la desestructuración o desconstrucción de esa visión rígida que, a través de su método técnico-jurídico, marginó al derecho penal de la realidad social que trataba de regular. El autor de la concepción finalista introdujo los *a posteriori*, por oposición a los *a priori* kantianos, como procesos regulativos abiertos por vía de la culpabilidad, a la cual, como sabemos, despoja de sus contenidos tradicionales (dolo-culpa). La asume como un concepto normativo, cercano no sólo al modelo de la ciencia como pura construcción social, sino a la célebre definición de Dante del derecho, centrada en la *proportio hominis ad hominem (realis et personalis)*.

La culpabilidad deja de ser, por tanto, una categoría jurídica estrictamente naturalista-psicológica para convertirse en un juicio de reprochabilidad y exigibilidad. Por otra parte, la acción dotada de su desvalor de intención, se ubica en la dimensión social como sinónimo de dañosidad o, al contrario, adecuación a fines sociales. Introduce, igualmente, un reductor de complejidad, traído de la cibernética, para fundamentar los llamados delitos bagatelares, acuñados por los romanos con la máxima latina *de minimis non curat pretor*.

El desarrollo de la doctrina de la acción social viene a coincidir con la superación del concepto causal de acción y de la visión estática del bien jurídico, que viene a interpretarse, a partir del finalismo, en función de la vida colectiva, vale decir, en cuanto tienen eficacia en lo social. Estar en función significa ejercitar y sufrir influencia en el contexto de la sociedad, más exactamente, en su estructura material, fundamento de la antijuridicidad.

<sup>14</sup> González Lagier, Daniel, *Las paradojas de la acción*, Universidad de Alicante, 2000.

Cabe señalar que la teoría social de la acción inicia con el finalismo, un proceso desestabilizador de la acción naturalísticamente entendida, con la pretensión epistemológica de perfilar (construir) un concepto-categoría, más armónico con el derecho penal, asumido como ordenamiento normativo, evitándose con ello que el legislador deba vincularse previamente a un determinado sistema, tal como se refleja en las actuales tendencias, tanto doctrinarias como legislativas.

Se habla hoy en círculos académicos y filosóficos, de la desconstrucción. La cual ha sido utilizada especialmente por la teoría del derecho con alcance de un método,<sup>15</sup> capaz de debelar las contradicciones que inevitablemente acompañan toda forma de discurso, constituyéndolo, a la vez, como sistema orgánico y coherente.

Con toda razón, Derrida escribió que todo sistema que se aproxima a su operabilidad perfecta está cerca de su ruina.

Dentro de este contexto se explican los llamados posmodernismos; los cuales surgen, precisamente, cuestionando el llamado “continuismo” y los mapas cognitivos de la modernidad, y construyen sus “discursos” acentuando los elementos de crisis y desencanto de aquélla.

En efecto, sabido es que, desde el siglo XIX, con la consolidación del positivismo como fenómeno cultural y filosófico, el derecho profundizó una crisis que tenía antecedentes en los albores de la llamada época del Renacimiento, génesis de la modernidad. Esta crisis se debe a la pérdida de fundamentos del derecho,<sup>16</sup> visto como un fenómeno temporal, sujeto, no sólo al cambio social, a la legitimidad del poder político, sino también al

<sup>15</sup> Andrónico, Alberto, *La Decostruzione come metodo, Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Milán, Giuffrè, 2002; Romano, Bruno, *Diritto, postumanesimo-Nichilismo. Una introduzione*, Turín, Giappichelli, 2004. Es preciso agregar, como retroalimentación al tema enunciado que, tanto Derrida, como Sussurre, en la lingüística hablan de la estructura de la diferencia y la diferencia de estructura. A su vez, que la desconstrucción no es ni presencia, ni ausencia, es la diferencia entre la presencia y la ausencia. En otros términos, la diferencia es investigación; la identidad, repetición, tautología; la investigación trae la novedad y el cambio, que implica reflexionar que, en cierto modo, es subsumir el objeto bajo el tema del conocimiento, la identidad, en cambio, es fotocopia. Véase, Rivera Llano, Abelardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 25 y ss.

<sup>16</sup> Cabe recordar, al respecto, que el Iluminismo obra sobre lo humano fundando un nuevo mito: el del dominio absoluto de la ciencia y el progreso de la naturaleza como condición última del sujeto. Es éste, en última instancia, el origen del derecho natural, tal como fue concebido en el siglo de las luces. Alguien ha dicho que este derecho es bueno para la ciudad de la utopía, pero la ciudad de la utopía no es de esta tierra.

avance de la ciencia y de la técnica, asumidas como fuerza productiva que legitima la sociedad moderna, replanteando la polaridad entre derecho y filosofía, y derecho y ciencia. En este complejo horizonte se ubica la reflexión que filósofos del derecho, como Giuseppe Lumia, nos ofrecen sobre el derecho entre dos culturas<sup>17</sup>, que, para el efecto, sería entre modernidad y posmodernidad, entendida como sociedad de cambio.

Esta última encuentra su matriz filosófica en Federico Nietzsche y en Martin Heidegger.<sup>18</sup> El primero plantea la soberanía del espíritu libre con la transformación del pensamiento en el que triunfa la objetividad. Por ello, elogia el conocimiento frío y el espíritu libre, enemigo de la metafísica. El segundo, fundador, con Jaspers, de la filosofía existencial alemana, toma como punto de partida al ser que acontece y se da de vez en vez de maneras diferentes (el ser y el tiempo; el ser en el mundo). Para el filósofo de Friburgo, la existencia es trascendencia, es decir, el ir más allá de uno mismo. A partir de él, la hermenéutica parece estar atrapada en lo que se conoce como el círculo hermenéutico. Consistente en una necesidad que va del todo a la parte y viceversa, es decir, que podemos conocer las partes porque conocemos el todo, y conocemos a éste porque conocemos las partes. También podría expresarse diciendo que el significado del todo está en función del significado de las partes, pero éstas sólo adquieren significado como constituyentes de un todo, pues la relación entre el todo y las partes es de simetría, en la que una no tiene sentido sin la otra. De aquí parte la nueva racionalidad a que aludiremos más adelante.

Con fundamento en estas premisas filosóficas, el pensamiento de la contracultura pregona no sólo la necesidad de multiplicar las interpretaciones del mundo, para favorecer la libertad (es la postura de Vattimo), sino también plantea la relación entre ciencia y derecho en la complejidad social,<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Lumia, Giuseppe, *Il diritto tra le due culture*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1971.

<sup>18</sup> La comprensión como actividad vital: Bauman, Zygmunt, *Martin Heidegger, en la hermenéutica y las ciencias sociales*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2004, pp. 143 y ss.

<sup>19</sup> Conviene tener en cuenta que la complejidad de la vida moderna es casi infinita, pues las condiciones y los problemas de la vida están sometidas a un cambio constante. De otra parte, hay que tener en cuenta, en el marco de la ciencia, que los sistemas complejos vienen a ser instrumentos de conocimiento y transformación del mundo a través de las llamadas propiedades emergentes, que han comenzado a ser estudiadas con una familia nueva de herramientas y de conceptos originados en la interacción interdisciplinaria de varios campos de la ciencia, desde la física, la biología, la química, la economía, la sociología, el derecho, etcétera. Por consiguiente, los sistemas complejos no se reproducen, simplemente cambian.



es decir, la ciencia en la sociedad compleja; entre relativismo y certeza,<sup>20</sup> planteándose igualmente, con agudeza, los factores externos a la ciencia, dadas las tensiones ideológicas, las expectativas sociales y la utilidad social.<sup>21</sup>

Se habla, por tanto, de la reducción del derecho a la política, lo que conduce, a la postre, a la superación de la tradicional distinción entre *sujeto* y *objeto* que viene a menos en el funcionalismo estructural,<sup>22</sup> en el cual, no obstante, queda un reducto cartesiano dualista, en la medida por la cual el proceso del mundo parece que no se cumple con ningún otro medio diferente, sólo mediante la diferencia *sistema-ambiente*, como en la concepción de Niklas Luhmann,<sup>23</sup> para quien la sociedad es pura comunicación, por lo tanto, a partir de sus polémicos planteamientos, las teorías contractuales del Iluminismo han caído en desuso. Con razón, para la sociología contemporánea, Luhmann constituye un caso de revolución kantiana,<sup>24</sup> al plantear un nuevo concepto de racionalidad del sistema basado sobre la llamada teoría de la diferencia.

<sup>20</sup> Stella, Federico, *op. cit.*, nota 10, pp. 431 y ss.

<sup>21</sup> Eser, Albin *et al.*, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, a cura de Luigi Stortini e Luigi Foffani, Milán, Giuffrè, 2004.

<sup>22</sup> Corresponde a la llamada “primera modernidad” o también, sociedad de la estructura, donde ésta está concebida como un sistema lineal. El sistema social de Talcote Parsons es uno de estos sistemas lineales que tienen puntos de equilibrio separados, y sólo unas fuerzas externas pueden perturbar este equilibrio y conducir a un cambio de sistema. En cambio, la individualización reflexiva de la “segunda modernidad” o contracultura (posmoderna) presupone la existencia de sistemas de no linealidad, para cuya comprensión se requiere una descripción holística. En ellos, dada su complejidad (de ahí la ciencia de la caología de Edgar Morin), el desequilibrio del sistema y el cambio son inducidos internamente mediante bucles de retroalimentación, pues son sistemas abiertos. Los sistemas complejos no se reproducen, simplemente cambian. Véase, Quiroga Lavie, Humberto, *Cibernética y política*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1986. Véase también, Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 2004.

<sup>23</sup> Raffaele de Giorgi, Luhmann J., *Teoría de la sociedad*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 1993; Luhmann, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de una teoría. Introducción de Ignacio Izuzquiza*, Barcelona, Paidós, 1984.

<sup>24</sup> Por lo general, se piensa que el conocimiento de lo social debe dirigirse, en última instancia, a la voluntad de los seres humanos; pero en esta hipótesis todos los esfuerzos por lograr un juicio adecuado de que sea aquello a lo que se denomina sociedad no han conducido a la delimitación clara de una ciencia que dé cuenta de lo social. Si mediante un proceso de reducción retrotraemos la acción social a la conciencia o a la libertad del hombre, nos encontraríamos con la imposibilidad de la sociología. Entonces todo lo social quedaría reducido o a la antigua antropología filosófica o a la psicología.

El pasado histórico (*la notitia rerum gestarum, la res gestoe*), a partir, justamente, de la concepción iluminística de la historia, pasando por el historicismo romántico, crítico y jurídico,<sup>25</sup> que ya no interesa como reconstrucción, sino, por el contrario, con alcance de construcción, vale decir, en función de un cambio del presente y de una nueva visión; por esto es político, lo que se refleja con claridad, por un lado, en el actual proceso de construcción de un derecho común europeo, cuyo eje central es un nuevo discurso, muy cercano a las categorías provenientes de los sistemas sociales, comprometidas con las expectativas de comportamiento, dadas, entre otras causas, la creciente anomia<sup>26</sup> con su potente carga disolvente de la sociedad y del individuo como consecuencia del cambio social acelerado, sumado a la multiculturalidad y al fenómeno migratorio. Por otro lado, en el tipo de sociedades actuales se destaca, como prioridad básica de los Estados sociales de derecho, una nueva ética como ciencia del bien común, principio constitutivo de la política. El poder ya no es el elemento fundante de ésta, ya que no es un bien común; no es una manifestación de la conciencia integrativa. Culmina en la solidaridad que expresa, a su turno, el deber ser de ese ser político que está constituido por la participación en la identidad; en el bien participativo, vale decir, en el momento de integración,<sup>27</sup> al cual alude Hegel cuando habla del reconocimiento de la convicción, que consiste en comportarse hacia los otros como universalidad.

En suma, en los tiempos que corren predomina y se impone una orientación ética, que conlleva el principio de responsabilidad,<sup>28</sup> que es una de las cosas que mas le pide hoy la opinión pública a la filosofía, por lo mismo, al derecho. No sin razón válida, Ronald Dworkin, opositor del positivismo, sostiene que es necesario introducir ética y valores en la interpretación de la ley, es decir, una ética cercana a la vida.

<sup>25</sup> Lumia, Giuseppe, *op. cit.*, nota 17, pp. 17 y ss.

<sup>26</sup> Desde Durkheim se dice que una situación social es anómica cuando faltan normas o reglas claras, consistentes y sancionables, aceptables hasta cierto punto por la sociedad para dirigir el comportamiento social y proporcionarle una orientación.

<sup>27</sup> Rivera Llano, Abelardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 155 y ss.

<sup>28</sup> Hans, Jonas, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 2004.

### III. LA NUEVA RACIONALIDAD COMO CAPACIDAD PARA EMITIR BUENAS RAZONES, PERO NO RAZONES CONCLUYENTES, POR FUERA DE UNA RACIONALIDAD *A PRIORI*, UNIVERSAL Y NECESARIA

Hegel afirmó que: “mucho y con frecuencia se habla de la razón y, se apela a ella, pero sin determinarla, sin dar dato alguno que nos permita saber qué es”,<sup>29</sup> pues lo que se niega dialécticamente, máxime en el derecho, es el valor de una voluntad que sea separada de ella. Por ello, se ha dicho no sólo que el derecho es razón y lógica, sino, también, que el medio para asegurar la paz entre los hombres es el derecho, y éste consta de leyes que existen para que el todo viva en armonía. Se llega así al discurso jurídico donde se encuentran ciertos escollos, comenzando, justamente, por la noción de ciencia, racionalidad y objetividad, que inciden sobre la teoría pura kelseniana, considerada como la más completa explicación del derecho (por ende, construcción) producida en el siglo XX.

Décadas más tarde, la ciencia confirmó el aserto de Hegel, al sostener que ésta no puede ser un proceso racional, o, si lo es, lo es de una forma muy limitada, puesto que la mayor parte de su sustancia psicosocial es irracional, conclusión de Paul Popper y de otros científicos en sus trabajos sobre la filosofía de la ciencia, apoyados en una epistemología evolutiva, respecto a que la ciencia no se ha de entender sobre la base de la razón y aun de un método, base de la racionalidad científica de la modernidad. Desde la vertiente filosófica, con Gadamer a la cabeza, se ha dicho que la verdad no depende del método;<sup>30</sup> por el contrario, con apoyo en las fuerzas sociales que la configuran causalmente a través de sus instituciones.

A partir de esta postura deconstructivista y destabilizadora de la ciencia tradicional, por ende, de la filosofía clásica, se han desarrollado distintas variantes del problema, dependiendo de si la sociología que uno hace proviene del estructuralismo, del marxismo, del empirismo lógico (círculo de Viena), etcétera. Pero las implicaciones del tema que apenas se enuncia se han visto reflejadas en la nueva visión epistemológica de nuestra disciplina penal, que abandona la concepción de la ciencia como libre de riesgos, centrada en la lógica estática, sincrónica, formal, como única

<sup>29</sup> Guillén Niño, Enrique, *Razones para abandonar la razón*, Caracas, Melvin, 2004.

<sup>30</sup> Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1993, ts. I-II; Hassemmer recuerda la frase de Radbruch, cuando dijo que “sólo los científicos enfermos se preocupan por la metodología”.

estructura determinada. Exige ahora un concepto de ciencia en el sentido dinámico de manipulación estratégica del riesgo. Es ésta la postura del influyente sociólogo de Munich, Ulrich Beck, expuesta en su obra *La sociedad del riesgo*.

Cabe preguntar, frente a lo expuesto, de qué tipo de racionalidad se trata. Desde luego, de un modelo edificado sobre el pluralismo que descansa sobre una idea de razón entendida como capacidad de los seres humanos de tener representaciones conceptuales del mundo, de fundamentar sus creencias y sus normas morales en razones, y de conectar unas ideas con otras. Esta capacidad se supone universal, en el sentido de que es atribuible a todo miembro de la especie en condiciones normales, aunque esa capacidad, como la especie misma, esté sujeta a evolución.

Sobre esta idea de racionalidad, el pluralismo difiere, por una parte, del absolutismo, en tanto que no requiere del supuesto de una racionalidad absoluta, entendida como un conjunto de reglas, principios o criterios fijos y rígidos para la aceptación y rechazo de creencias o de normas morales. Pero, también, difiere del relativismo que considera posibles e iguales todas las ofertas de valor, en tanto que permite suponer que si se cumplen determinadas condiciones, entonces, es posible que agentes de diferentes culturas<sup>31</sup> lleguen a acuerdos racionales, pues la razón, siguiendo a Gadamer, “es siempre la razón de personas concretas en las situaciones en las que se encuentran y que les marcan profundamente”.<sup>32</sup>

Es precisamente en el terreno de la nueva ética, propia del Estado social de derecho, donde se suele decir que el relativismo constituye la peor de las opciones posibles. Sería, sin más, una opción que abriría las puertas, de par en par, a la barbarie, a la ley de la selva y a la pura razón de la fuerza.<sup>33</sup>

Por otro lado, siempre en el contexto gamariano, la razón humana no puede reducirse a la pura racionalidad técnica, pues la verdad no debe atri-

<sup>31</sup> Clifford, Geertz, *La interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa, 2003.

<sup>32</sup> Gadamer, Hans-Georg, *La herencia de Europa. Ensayos*, Barcelona, Península, 1990.

<sup>33</sup> Bauman, Zygmunt, *Ética posmoderna*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2004. En esta importante obra, Bauman desarrolla gran parte de su argumentación sobre el filósofo Emmanuel Lévinas, quien supo escribir: “el rostro del vecino me significa una responsabilidad irrecusable”. Bauman parte de que el sueño de la modernidad estaba fundado en el triunfo del proyecto humanista y la posibilidad de un código ético no ambivalente; la posmodernidad —agrega— ha venido a demostrar la futilidad de semejantes esfuerzos. Del mismo autor, como complemento, véase, *Modernidad y ambivalencia*, Barcelona, Anthropos, 2005.

buirse a las llamadas ciencias “objetivas”, es decir, las ciencias que miden, pues ya lo advertía Edmond Husserl: “la ciencia de los hechos puros y simples dan lugar a hombres que sólo ven puros y simples hechos”, y puntualiza: “¿qué tiene que decir la ciencia sobre la razón y la sin razón, sobre nosotros los hombres, en cuanto sujetos de libertad? Las ciencias de la naturaleza nada pueden decir, ya que, por método, versan únicamente sobre los cuerpos y excluyen la subjetividad”.<sup>34</sup>

Es bien sabido que el método deductivo, propio de la dogmática, es decir, su límite estructural parte, como es obvio, de principios racionales, y concluye en una construcción rígida e inmutable hasta en las aplicaciones más detalladas, es decir, en una inflexibilidad contraria a toda evolución, como en la concepción weberiana, para la cual el conocimiento científico es una actividad constructiva que pretende la objetividad y, en última instancia, no es un conocimiento de “hechos” (en el sentido positivista de datos de experiencia o fenómenos), sino de relaciones entre problemas.

Con Kelsen, huelga recordar, se edificó un formalismo cuya pretensión fue construir un derecho racional que no debiera nada a la experiencia de los hombres y de la vida, para recluirse en un mundo de abstracciones in-temporales, dentro de un perfeccionismo teórico, modelo éste propicio para los intelectuales que, como señala Eduardo Novoa Monreal, ejercen en el vacío, deleitándose en las formas, olvidando (recordando la admonición de *Binding*) que el error más funesto es el de considerar que lo positivo se agota en el derecho escrito.

No puede desconocerse que en el estado actual de la dinámica científica existe una estrecha interacción (comunicación) entre teoría, tecnología y método, el cual evoluciona solidariamente con el contenido, permitiéndole al método desconstruccionista su cometido desestabilizador de estructuras consideradas inamovibles y petrificadas, con las consiguientes secuelas frente a la validez y legitimidad de una estructura cultural como la jurídico-penal.

En clara sincronía con este orden ideativo, el profesor Carlo Enrico Paliero,<sup>35</sup> partiendo del sistema funcionalista, se interroga sobre el proceso de

<sup>34</sup> Husserl, Edmond, *Il diritto nell'esistenza-Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 43 y ss., citado en Cota, Sergio, *Il Diritto nell'esistenza, - Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milán, Giuffrè, 1984.

<sup>35</sup> La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a los desafíos de su tiempo (comentario), en Burthardt, Björn *et al.*, *op. cit.*, nota 6, pp. 86 y ss.

autocomprensión del derecho penal frente a los desafíos de los tiempos que corren, y establece la necesaria correlación (conexión temporal) que debe darse y se da entre los subsistemas como el cultural, de donde proviene nuestra disciplina de control directo, y el social, sede del pensamiento problemático de las expectativas sociales y de la necesidad, más sentida hoy que nunca, de la seguridad colectiva frente a las nuevas formas de criminalidad organizada y las provenientes de la sociedad de riesgo. Agrega que la disciplina penal sólo se puede confrontar con modelos de acción social, identificando las fuentes de daño, y puntualiza: “...(la ciencia penal) ha comenzado un abandono parcial y progresivo en su metodología del <dogma tipológico>, de cuño binario, para proceder a la reelaboración, en parte, de sus propias estructuras a partir de la lógica Fuzzi,<sup>36</sup> que viene a ofrecer una mayor capacidad para solucionar los problemas sociales”.

Por su parte, Hassemer enfatiza cómo la autocomprensión de la ciencia penal es por definición una “conciencia limitada, en particular por su incapacidad natural para abarcar en su objeto todos los modelos comportamentales (y todos los conflictos) distintos a aquéllos que ella misma ha tipificado y ha formalizado”.<sup>37</sup>

Para hacerle frente a los intraspasables y necesarios límites estructurales y funcionales del sistema penal dogmático, el aludido autor introduce una innovadora concepción desestabilizadora del concepto beliniano del tipo penal, para ser entendido hermenéuticamente como una realidad social, por lo tanto, como unidad compleja, mas no como un mandato lingüístico incondicional, rescatando las dos funciones superiores del lenguaje, vale decir, la representativa y la argumentativa, que cobra un rol significativo especialmente frente a la interpretación, creando significados a través del establecimiento de relaciones entre las palabras. Luego, el lenguaje y la interpretación construyen mundos. Se avala así la tesis de que las cosas (los hechos) son lo que son de verdad y efectivamente, sólo en la interpretación, pues ésta sugiere la construcción social<sup>38</sup> de una realidad interpersonal a través del lenguaje. Ya decía Gadamer, que “el ser que puede ser comprendido, es lenguaje”.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p.108.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 21 y ss.

<sup>38</sup> Bauman, Zygmunt, *La hermenéutica y las ciencias sociales*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2002, pp. 7 y ss.

El autor se mueve en la órbita dinámica —revolucionaria— de Wittgenstein,<sup>39</sup> al asumir el lenguaje como comprensión (decía Goethe que cada uno oye únicamente lo que comprende, o sea que el significado es el uso), dando tránsito de la filosofía del sujeto a la filosofía del lenguaje,<sup>40</sup> pues donde termina éste, agrega Hassemer, comienza la fuerza (es decir, la arbitrariedad), y ésta puede ser demorada en tanto el lenguaje tenga efectos dentro de un mundo externo, que implica comunicación, pero entendido no ya en la dimensión de una ciencia o técnica formal, como en la modernidad, sino como un arte, connotando su carácter constructivo, explícito en Platón,<sup>41</sup> pues el derecho, lo hemos reiterado, no es más, y en últimas, que un fenómeno de temporalidad. Es “ritmo de vida” como en D’Annunzio.

La evolución misma que se observa al interior de la ciencia penal, apoyada en una nueva racionalidad, propia de los sistemas complejos,<sup>42</sup> permite afirmar que todos los epistemos instalados en ella, a partir del posfinalismo, se centran, en términos de Jakobs, en la evitabilidad del delito y en la construcción del injusto típico, lo que explica el replanteamiento sistemático de la tipicidad a través de la añeja teoría de la imputación objetiva, que es una construcción altamente compleja, nutrida de datos teleológicos, objetivos-finales y normativos (valorativos-jurídicos), similar, por muchos rasgos, al llamado, por Carlos Santiago Nino,<sup>43</sup> principio de enantioteli-

<sup>39</sup> Señala, en efecto, que el lenguaje está constreñido por su valor pragmático. Es decir, debe ser tal que nos permita desenvolvemos en el mundo. Luego, el lenguaje está en relación con el significado, que consiste en el uso que las palabras expresan simbólicamente.

<sup>40</sup> Se habla hoy de cometer delitos con palabras. Véase al respecto, Polaino Navarrete, Miguel y Polaina, Orts, *Cometer delitos con palabras: teoría de los actos del habla y funcionalismo jurídico-penal*, Madrid, Dykinson, 2005. Téngase en cuenta, además, el concepto o verbo como signo. Santo Tomás retoma de Aristóteles la tesis de que los conceptos son signos, un lenguaje mental; ya que “cada cosa es nombrada por nosotros según que la conocemos”. Es decir, nuestro primer contacto con las cosas es por el conocimiento, y luego es por el lenguaje. Por eso, la primera representación de la cosa es la hecha por el pensamiento, y la segunda es por el lenguaje que precisamente representa al pensamiento. El pensamiento representa la cosa en cuanto tal, y el lenguaje representa a la cosa en cuanto conocida. En otros términos, el concepto representa la cosa y la palabra representa el concepto.

<sup>41</sup> Rivera Llano, Abelardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 33 y ss., y 78 y ss.

<sup>42</sup> Troncarelli, Barbara, *Complexxità e diritto (Oltre la ragione Sistemica)*, Milán, Giuffrè, 2002.

<sup>43</sup> Nino, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 324 y ss.

dad, para el cual el viejo y tradicional concepto de causa es insuficiente, ya que con él (al igual la imputación de Jakobs) se puede explicar un fenómeno cualquiera, pero no el de atribución de responsabilidad penal, pues ésta conlleva y presupone estimaciones axiológicas y pragmáticas de justicia, equidad y conveniencia, que no encuentran cabida en el superado concepto naturalista.

#### IV. LA PENETRACIÓN CRECIENTE DE LA DIRECCIÓN TELEOLÓGICA NORMATIVISTA EN LA DESCONSTRUCCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PENAL COMO UNA CIENCIA SOCIAL

El cambio de estructuras en la reconstrucción del sistema penal parte, como se ha dicho, de la crisis de la acción, la causalidad, el dolo y la culpa, que resultaron insuficientes para enfrentar la solución de los problemas sociales, habida cuenta, además, de las necesarias relaciones entre el derecho penal, la política criminal de naturaleza valorativa, la ciencia penal y las ciencias sociales. Dicha postura inicia, hemos dicho, con el finalismo que da entrada a una dogmática no ciertamente neutral, colocándola dentro de los sistemas abiertos e integrados, permitiendo una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales a través de la adecuación y relevancia social, observándose en esta orientación un poder constructivo y destructivo de la hermenéutica.

Es así como la teoría jurídica del delito se ha visto obligada a asumir la compleja tarea de construir un sistema, por el cual se le asegure al intérprete la posibilidad de organizar la comprobación de un conjunto de cualidades que debe reunir y caracterizar la acción (comportamiento) para ser punible. Es decir, en términos de Jakobs, la evitabilidad<sup>44</sup> y la fórmula del juicio de imputación al tipo objetivo, que se expresa mediante la cópula del deber ser, por oposición al ser, que rige el mundo de la naturaleza como derivación del principio de causalidad, propio de la *res extensa*.

De esta manera se cumple la adaptabilidad del derecho a la vida, al ser éste, hemos reiterado, un fenómeno de temporalidad que debe estar al servicio de la justicia, pues la ley es una relación de la misma. Este fenómeno va dejando a la zaga la dogmática tradicional, o lo que Silva Sánchez deno-

<sup>44</sup> Jakobs, Günther, "Comportamiento evitable y sistema del derecho penal", *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997.



mina, con propiedad, el “déficit de la dogmática jurídico-penal”, frente a la nueva autocomprensión de la ciencia penal.

Es ésta la razón por la cual se va imponiendo, dentro de esta tendencia teleológico-normativista, la denominada jurisprudencia de la realidad de la vida, cercana a la jurisprudencia de intereses. La consecuencia distintiva de esta orientación es confiarle al juez, mediante criterios teleológicos, completar no sólo las lagunas, sino las vaguedades del lenguaje, teniendo en cuenta el carácter abstracto de las normas y su inserción en un sistema normativo complejo.<sup>45</sup>

La fundamentación normativa de los principios de política criminal apoyan su validez en una interrelación coherente con la estructura ideológico-política general, en cuyo seno ha sido elaborada, y en función de la cual debe operar, pero que tienen por necesario el límite la Constitución, donde se contiene el respectivo plexo axiológico-sustancial (así como la llamada “fórmula política” o “techo ideológico”), traducido en garantías socioindividuales, dado el desarrollo que hoy se observa de un derecho penal orientado a la Constitución y a su destacado poder normativo.

Al enfrentar la configuración del juicio de antijuridicidad en el marco de una sistemática de orientación teleológica normativista, se torna indispensable considerar también el fin del derecho penal (es decir, de la racionalidad creencial —de los supuestos y de los fines, sumada a la racionalidad axiológica— de la importancia de los fines), vinculado con la protección de los polémicos bienes jurídicos, categorías éstas imprescindibles, pues la prohibición de hechos, en los que faltara una orientación a la lesión de aquéllos, implicaría un abuso del derecho penal que iría más allá de lo necesario para su fin de protección.

La tendencia teleológico-normativista en mención, entiende el derecho no sólo como juicio de valor sobre lo justo de una situación o de una norma, dada la creciente normativización de la vida social, lo que robustece aún más la concepción material de la antijuridicidad, al permitir el ingreso de la totalidad del ordenamiento jurídico como fuente de justificación de acciones típicas, sino que lo ubica en una dimensión realista donde el Estado debe promover la sociedad, educándola; postura conocida en el derecho penal desde la época de Antolisei, cuando al explicar la función de este ordenamiento, le atribuía “una misión organizadora y propulsora”.

Decía, en efecto, el emérito profesor de Turín:

<sup>45</sup> Rivera Llano, Abelardo, *op. cit.*, nota 2, p. 91.

...el Estado moderno, lejos de limitarse a la función puramente negativa de armonizar los intereses de los individuos y dirimir sus conflictos, despliega una acción eminentemente activa, que se orienta a transformar las condiciones de vida y aun la conciencia del pueblo, para asegurar su progreso y dirigirlo, frecuentemente, hacia determinadas finalidades. El Estado moderno, además de tutor del orden público, es y quiere ser maestro y educador del pueblo.<sup>46</sup>

Dentro de este horizonte aparece, en primer lugar, la motivación, vale decir, el establecimiento de directrices de conducta que subyace a la protección de los aludidos bienes jurídicos, ya sean individuales, colectivos, institucionales o de control.

En segundo término, es preciso recalcar que la importante teoría del bien jurídico marca un decisivo encuentro —y de tensión— entre la política criminal, la dogmática penal y las ciencias sociales, y entre el sistema penal, en tanto instrumento de control social en la actual sociedad, así como a las funciones que a él se le asignan, de todo lo cual se desprende la progresiva crisis del binomio tradicional bien jurídico-hecho típico, habida cuenta del replanteamiento de la tipicidad, que viene a ser otra más de las evidentes demostraciones de la teoría desconstruccionista que hoy se constata en la dogmática penal.<sup>47</sup>

Un tercer aspecto del tema, en sus distintas imbricaciones, apunta a mostrar que si el derecho penal sólo puede prevenir lesiones de bienes jurídicos dirigiendo reglas de comportamiento a sus destinatarios (puesto que éstas son las normas), parece entonces claro que el elemento central de la antijuridicidad, en la acepción de antinormatividad, será la conducta del sujeto y no otros procesos de efectos lesivos.

El juicio de antijuridicidad es, por tanto, un juicio que se realiza ex-ante, como lo entendió el finalismo, pues es la perspectiva desde la que contempla el hecho la norma primaria, y tiene por objeto una conducta humana voluntaria, base y fundamento de la imputación objetiva. De ninguna otra forma podría explicarse jurídicamente la tentativa.

Una cuarta conclusión que se desprende de lo expuesto es que el resultado, a diferencia de la concepción tradicional-clásica, no puede constituir,

<sup>46</sup> Antolisei, Francisco, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Uthea, 1960, p. 9.

<sup>47</sup> Rivera Llano, Abelardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 576 y ss.

en sí mismo, objeto de prohibición de una norma preventiva, por lo que tampoco puede integrar el contenido del hecho antijurídico. En consecuencia, el fundamento de lo injusto, mirado desde perspectivas teleológicas, no es, pues, un elemento subjetivo, es decir, una mera intención —desobediencia—, sino una conducta, en la medida en que se configure el principio de lesividad o trascendencia a terceros. En otras palabras, un comportamiento que conlleva un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídico-penales, mirándolo desde el punto de vista de su gravedad, dada su ilicitud en términos tanto cuantitativos como cualitativos. Así los conceptualiza la doctrina y la misma jurisprudencia.

Una quinta reflexión que se desprende de lo expuesto lleva a preguntar por la relación entre tipicidad y antijuridicidad dentro del proceso destructivo del enfoque tripartito a que aludimos atrás. Éste culmina en una visión sintética-reductiva del delito, como injusto típico, en donde se divisa el llamado carácter continuador del derecho penal, que parte del apotegma romano del *neminen laedere*; es decir, del no dañar injustamente a otro.

La doctrina se ha cuestionado si la tipicidad es autónoma frente a la antijuridicidad, y qué implicaciones cabe atribuir a la afirmación de su concurrencia. La polémica doctrinaria, trabada al respecto, muestra una disparidad de criterios en la fijación de postura, donde necesariamente se enfrenta la concepción finalista de Welzel y la denominada teoría de los elementos negativos del tipo.

Es bien conocido el paradigma finalista que divide y separa ambos elementos analíticos del delito, pero asignándole una relevancia especial a la realización del tipo, mirándolo como la expresión de la contradicción del hecho con la norma.

Y, por el contrario, la teoría de los elementos negativos del tipo superpone la constatación de la tipicidad y la antijuridicidad al visualizar el tipo como totalidad del injusto (visión holista), y los presupuestos de las causas de justificación (sistemáticamente ubicadas en la órbita de la antijuridicidad) como elementos negativos del tipo.

En esta última postura resulta evidente que la realización del tipo (la parte positiva del tipo total) no reviste el mismo significado que el finalismo le atribuye, deduciéndose, por tanto, la imposibilidad de establecer diferencia alguna entre lo jurídico penalmente irrelevante y lo jurídico penalmente permitido.

En una sexta variable del problema podríamos intentar mostrar las implicaciones de este proceso destructivista a que hemos venido haciendo específica alusión dentro del objetivo central de la ponencia, que no es otro que mostrar un derecho penal en transformación, que tiene como ejes centrales —hemos visto— la política criminal; la tutela penal de la sociedad con las implicaciones que ello tiene frente a los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, por ende, frente al bien jurídico como criterio teórico y político-criminal,<sup>48</sup> y donde no pueden estar ausentes las posturas sociológicas y constitucionales del problema, sumado, todo ello, a la mera concepción de la omisión, desarrollo de un postulado ético-moral traducido políticamente como solidaridad, en orden a responder a las señaladas expectativas sociales, a la función promocional del derecho penal; a la protección y control de fuentes de peligro, y al pensamiento de la injerencia.<sup>49</sup>

El Código Penal Colombiano, a manera de ejemplo, en clara coherencia con planteamientos político-criminales, asume el injusto, en la acepción de injusto personal, en estricta sujeción al mandato constitucional que, en su artículo 1o., parte del respeto a la dignidad de la persona humana y, por esta vía, asume la estrategia de los derechos humanos como teoría jurídica de la justicia, y que llevó al legislador a mantener en el Código, el principio de culpabilidad, traducido en norma instrumental al igual que la tipicidad y la antijuridicidad, que bien pueden equipararse con las pretensiones de validez de la norma penal, equivalentes a las pretensiones de relevancia, de ilicitud, de reproche y de necesidad de pena.<sup>50</sup>

Y, no podía ser de otra manera, dado que el injusto se refiere más a funciones humanas que a funciones objetivas del derecho y, en consecuencia, sólo puede ser analizado como obra de una persona, lo que es ya fundamental para su conformación, pues no se puede fijar lo prohibido como abstracción de la pretensión del individuo que realiza el comportamiento.

Por lo tanto, la pertenencia del dolo, como en el finalismo, al tipo penal del injusto se vincula con la filosofía del derecho penal con claras repercusiones político-criminales.

<sup>48</sup> Hassemer destaca que lleva a la utilización de delitos de peligro sobre la base de bienes jurídicos universales vagos y al adelantamiento de las barreras de lo punible.

<sup>49</sup> Rivera Llano, Abelardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 637 y ss.

<sup>50</sup> Vives Antón, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, pp. 483 y ss.

## V. IMPLICACIONES Y CONCLUSIONES

El objeto terminal de la ponencia no es otro diferente al de mostrar, en forma por demás sintética, la importancia del llamado método de la desconstrucción, aplicado al sistema jurídico-penal, que permite, en primer lugar, ubicar el estado del arte frente a la evolución de la disciplina penal y de sus actuales tendencias instaladas al interior de la doctrina más acreditada. A partir de este punto se abre el camino a la reflexión, no sólo del tránsito o, si se quiere, del llamado carácter continuador del derecho penal en su recorrido histórico, a partir de la modernidad, sino de su rol-función en la cultura que caracteriza este ciclo, confrontada con la sociedad actual, sus bien conocidas características de cambios veloces, de globalización, multiculturalidad, complejidad, insolidaridad y crecientes riegos, sumado, todo ello, a la crisis del Estado liberal y al surgimiento del Estado social de derecho, edificado sobre una nueva ética social.

El segundo punto de referencia analítico se centra en lo implícito de la ponencia, en tratar de responder al interrogante central de la ciencia del *para qué* y el *cómo* de la obtención del conocimiento, por lo mismo, *mutatis mutandi*, el *por qué* y el *cómo* del método de la desconstrucción desestabilizadora, al enfrentar el funcionamiento constitutivo de estructuras por oposición a las estructuras ya constituidas, apoyadas en *a-prioris*, como la dogmática, en donde hay que analizar y fijar postura en ámbitos provenientes de la filosofía de la ciencia; de la teoría del conocimiento, así como una epistemología de consenso social, dado que las aludidas características de la vida societaria de hoy enfrentadas a las del pasado consisten —lo hemos destacado antes— en el aumento continuo y progresivo de su velocidad y complicación. Si el derecho, el penal en particular, no está acompañado con ese ritmo, se da lo que el jurista francés, Ripert, llamó la decadencia del derecho, que ha venido perdiendo su doble función de certeza y de justicia.<sup>51</sup>

Pero, ¿qué es la justicia? O, mejor aún, cómo deben concretarse hoy los principios de justicia, habida cuenta que su aplicación está condicionada, obviamente, por la situación histórica que vivimos. Radica, en este punto, una importante clarificación acerca de la forma de entender el derecho, vale decir, si como voluntad o como ordenamiento, según se acojan las doc-

<sup>51</sup> Rivera Llano, Abelardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 743 y ss.; Gerin, Guido, *Riflessioni sulla crisi delle istituzioni. L'incertezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1979.

trinas normativas o las institucionales. Sea de todo ello lo que fuera, siempre la función esencial del derecho nos recuerda su base filosófica, que ha consistido en la garantía de un ordenado desarrollo de la vida social.

Como un tercer segmento de análisis, complementario del anterior, la pretensión de la ponencia, en su sentido último, es traer a colación la función histórica que siempre ha cumplido la llamada *Teoría de los ídolos*, expuesta por Francis Bacon, resumida por el filósofo Giovanni Reale<sup>52</sup> en los siguientes elocuentes términos:

Los ídolos y las nociones falsas que han invadido el intelecto humano, echando profundas raíces, no sólo bloquean la mente humana de un modo que dificulta el acceso a la verdad, sino que, aunque tal acceso pudiese producirse, continuarían perjudicándonos incluso durante el proceso de instauración de las ciencias, si los hombres, teniéndolas en cuenta, no se decidiesen a combatir las con todo el denuedo posible.

...la primera función de la teoría de los ídolos consiste en hacer que los hombres tomen conciencia de aquellas nociones falsas que entorpecen su mente y que les impiden el camino hacia la verdad.

Por ello, escribe Bacon, Heráclito no se equivocaba al afirmar: “los hombres van a buscar las ciencias en sus pequeños mundos, no en el mundo más grande, idéntico para todos”.

Y, uno de estos ídolos que ha contribuido a la pérdida de fundamentos del derecho penal, surgido en el periodo iluminista, ha sido, justamente, el de pretensión del dominio absoluto de la ciencia y el progreso de la naturaleza como condición última del sujeto.

Enfrentar los ídolos (de la tribu propios de la sociedad; del *forum*, nacidos de las ilusiones del lenguaje y del teatro, nacidos de las tradiciones) conlleva un método genealogista, en el sentido y alcance que Foucault otorga al vocablo genealogía, es decir, al proceso lento y meticuloso de ir desmontando pieza por pieza los elementos (estructuras conceptuales, dogmáticas y jurídicas), que han servido de referentes fundantes de las distintas construcciones o paradigmas que identifican cada sistema (que en una etapa fueron llamadas escuelas, como sinónimo de movimientos ideológicos) y sus fundamentos epistemológicos.

<sup>52</sup> Reale, Giovanni, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, Barcelona, Herder, 1983, t. II, pp. 294 y ss.; Rivera Llano, Abelardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 826 y ss.

Una última y cuarta implicación y conclusión del universo temático permite llegar con claridad al análisis de las funciones atribuidas a la dogmática jurídico-penal. El tema ha sido objeto de serios y profundos estudios, como el expuesto por el profesor alemán Björn Burkhardt, en una ponencia intitulada: “Dogmática penal afortunada y sin consecuencias”.<sup>53</sup> En la cual sostiene, en clara coherencia con la concepción multidimensional del derecho,<sup>54</sup> así como de los efectos de éste sobre la sociedad y, viceversa, que dicha ciencia dogmática, a más de las funciones democráticas de control, de descarga técnica o didáctica, de asesoramiento y mejora, cumple otras dos de singular importancia y en clara sindéresis con el contenido de esta ponencia (que por comprensibles razones de espacio, apenas aflora los aspectos más omnicomprendivos de la temática en cuestión), las cuales son: *la función constructiva* y *la función de adaptación* (que destaca la temporalidad del derecho), con lo cual la dogmática viene a ser, en términos del reputado autor, “pluridimensional” y “multifuncional”, compatible con los señalados sistemas abiertos, integrados e, incluso, autopoieticos, y dentro de las mencionadas relaciones que hoy se dan entre el derecho penal, la política criminal, la ciencia del derecho penal y las ciencias sociales, de las cuales emergen las, a su vez llamadas, relaciones transversales.

Desde su época, el profesor Giuseppe Bettiol<sup>55</sup> planteó la discusión teórica sobre el carácter constitutivo del derecho penal como ciencia autónoma, en cuya virtud puede construir sus propias estructuras conceptuales dentro del sistema unitario implícito en el derecho, como sistema total. Un ejemplo de dicho carácter constitutivo sería el concepto de posesión en materia penal, vinculada con el *animus rem sibi habendi*.<sup>56</sup>

Al explicar, el catedrático alemán, la indicada función constitutiva, de la cual emerge el poder constructivo y destructivo, a la vez, afirma:

...consiste en la elaboración de reglas para la decisión de cuestiones jurídicas y aquí se encuentran además sus resultados. Sin embargo, por lo que se refiere a la doctrina científica (no a la jurisprudencia), hay que hacer precisiones importantes: algunos ámbitos debido a la libertad de la ciencia no han sido desarrollados, de modo que lo único que resulta al final es que

<sup>53</sup> Burkhardt, Björn *et al.*, *op. cit.*, nota 6, pp. 119 y ss.

<sup>54</sup> Rivera Llano, Abelardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 59 y ss. y 277 y ss.

<sup>55</sup> Bettiol, Giuseppe, *Diritto penale*, 6a. ed., Padova, Cedam, 1966, pp. 73 y ss.

<sup>56</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, 5a. ed., Milán, Giuffrè, 1996, pp. 196 y ss.

siempre se puede decidir y fundamentar de otra forma, que la “teoría de la única decisión correcta” (en cualquiera de sus formas) es incorrecta y que no existe ningún método determinante.<sup>57</sup>

Quizá, una de las implicaciones de fondo que suscita el tema de la desconstrucción del sistema penal sea el relativo a la incertidumbre, que reina hoy acerca del método científico, por lo mismo a la falta de certeza de la ciencia, pues existen muchos métodos entre ellos encontrados. Popper, por ejemplo, considera errado el método inductivo, rechazado desde los romanos, cuando afirmaban su célebre máxima: *sensus non est inferendus sed effeferendus*, evidenciándose en este contexto la íntima relación entre las ciencias humanas, que adoptan el punto de vista de la inmanencia y las ciencias sociales con su valor trascendental.

En la misma línea de pensamiento se ubican epistemólogos de la talla de Lakatos, Landau, Kuhn y el mismo Paul Feyerabend, que defiende el anarquismo metodológico<sup>58</sup> como ruptura de la simetría.

Bobbio fue consciente del problema cuando planteó la necesidad de la transformación de las funciones atribuidas al derecho en el tránsito de la sociedad liberal a las sociedades tecnocráticas avanzadas contemporáneas.

Se explica así la postura actual constructivista de la dogmática penal concebida —se dijo— como sistema abierto de enunciados, así como la construcción de la ciencia jurídica a través de reglas jurídicas, que admita la composición ideológica de la racionalidad, que es el campo de la justicia, fruto de la mediación entre tradición (dogmática) y presente, es decir, de conciencia social, mediación que no puede ser sino valorativa, como presupuesto de validez del derecho en los campos sociológico, ético y jurídico, que compendia y recoge el ideal del derecho como prudencia y tolerancia, definición dada de él por el mismo Kelsen.

<sup>57</sup> *Ibidem*, 169.

<sup>58</sup> En su obra, *La complejidad. Exploraciones de nuevos campos de la ciencia*, sostiene que el universo físico no tiene ya como símbolo el movimiento regular y periódico de los planetas, movimiento que está a la base de la mecánica cuántica. En cambio, en un universo de inestabilidad y fluctuaciones, que están al origen de la increíble variedad y riqueza de formas y estructuras que vemos en el mundo en torno a nosotros. Por tanto, tenemos necesidad de nuevos conceptos y nuevos instrumentos para describir una naturaleza en la cual la evolución y el pluralismo han llegado a ser las palabras fundamentales. *Cfr.* Rivera Llano, Abelardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 296 y ss.



## VI. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ANDRÓNICO, Alberto, *La decostruzione come metodo, Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Milán, Giuffrè, 2002.
- ANTOLISEI, *Manuale de diritto penale. Parte speciale*, 5a. ed., Milán, Giuffrè, 1996.
- ANTOLISEI, Francisco, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Uthea, 1960.
- BAUMAN, Zygmunt, *Ética posmoderna*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2004.
- , *La hermenéutica y las ciencias sociales*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2002.
- , *Modernidad y ambivalencia*, Barcelona, Anthropos, 2005.
- BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale*, 6a. ed., Padova, Cedam, 1966.
- BHOM, David, *La totalidad y el orden implicado*, Barcelona, Kairos, 1982.
- BURTHARDT, Björn, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.
- COTTA, Sergio, *Il Diritto nell'esistenza, - Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milán, Giuffrè, 1984.
- , *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte, a cura de Luigi Stortini e Luigi Foffani*, Milán, Giuffrè, 2004.
- ESER, Albin *et al.*, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg, *La herencia de Europa. Ensayos*, Barcelona, Península, 1990.
- , *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1993, ts. I y II.
- GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- GERIN, Guido, *Riflessioni sulla crisi delle istituzioni. L'incertezza del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1979.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Las paradojas de la acción*, Universidad de Alicante, 2000.
- GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 2004.

- GUILLÉN NIÑO, Enrique, *Razones para abandonar la razón*, Caracas, Melvin, 2004.
- JAKOBS, Günther, “Comportamiento evitable y sistema del derecho penal”, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997.
- JONAS, Hans, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 2004.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, trad. de Ana María Montoya Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- LUHMANN J., Raffaele de Giorgi, *Teoría de la sociedad*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 1993.
- LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de una teoría*. Introducción de Ignacio Izuzquiza, Barcelona, Paidós, 1984.
- LUMIA, Giuseppe, *Il diritto tra le due culture*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1971.
- MARKESINIS, Basil, *Il metodo della comparazione*, Milán, Giuffrè, 2004.
- MATURANA, Humberto, *La realidad es objetiva o construida*, Barcelona, Anthropos, 1995.
- NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO, Orts, *Cometer delitos con palabras: teoría de los actos del hablar y funcionalismo jurídico-penal*, Madrid, Dykinson, 2005.
- QUIROGA LAVIE, Humberto, *Cibernética y política*, Mendoza, Editorial Ciudad Argentina, 1986.
- REALE, Giovanni, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, Barcelona, Herder, 1983.
- RIVERA LLANO, Abelardo, *Derecho penal posmoderno*, Bogotá, Temis, 2005.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal*, Granada, Comares, 2004.
- ROMANO, Bruno, *Diritto, postumanesimo-Nichilismo. Una introduzione*, Turín, Giappichelli, 2004.
- STELLA, Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3a. ed., Milán, Giuffrè, 2003.
- TRONCARELLI, Barbara, *Complessità e diritto. (Oltre la ragione Sistemica)*, Milán, Giuffrè, 2002.
- VIVES, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996.