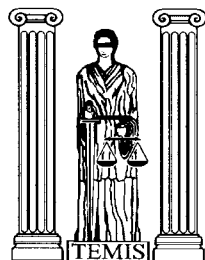


ABELARDO RIVERA LLANO

DERECHO PENAL POSMODERNO



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2005

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

PRESENTACIÓN, EXPLICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL LIBRO

	PÁG.
1. Introducción	1
2. Importancia de la casuística para la docencia	4
3. Cambio de paradigma. La autopoiesis expansiva	15
4. Crisis del positivismo jurídico. Crisis en la formación jurídica de los abogados dentro de una escuela que ha muerto	25
5. El derecho como temporalidad y factor protagónico de cambio. La crisis del derecho penal clásico frente al principio de relevancia y a las expectativas sociales	34
6. La modernidad y su dinámica. Evolución del concepto de acción a partir de Hegel. La crisis del modelo individualista. La exigencia de un nuevo pensamiento	42
7. El concepto de justicia hoy	53
8. El sistema y su apertura. El carácter multidimensional del derecho y sus implicaciones frente a los sistemas abiertos y al cambio de racionalidad	59
9. El constructivismo penal. Poder constructivo y poder destructivo en la hermenéutica judicial	69
10. La creación del derecho. El poder “visible e invisible” de los jueces y la “techné areté”. El método y la ciencia	78
11. El nuevo carácter de la costumbre, usos y la integración social a través del llamado espacio de la solidaridad, o sea, del “neminem laedere”	84
12. Los deberes comunitarios. El entrelazamiento de las estructuras de la personalidad con la cultura y la sociedad en Habermas, como rendimiento y recurso. Los momentos cognoscitivo, estimativo y valorativo de la norma. Su visión holista en el panorama penal	94
13. Las reglas de reconocimiento. La función de los principios de interpretación integral a partir de la Constitución. La circularidad cognitiva. El poder normativo de lo fáctico. El derecho social	104
14. Las nuevas fuentes del derecho. La nueva racionalidad vinculada con la “sustancia jurídica” inmanente (Roxin). Filosofía del lenguaje como construcción social y la hermenéutica de perfiles fenomenológicos implicaciones frente a la acción como significado. La jurisprudencia sociológica	110

15. Fuentes materiales del derecho como reflexión totalizadora.....	117
16. La sociedad de masas y los deberes objetivos de cuidado. El principio de confianza como reductor de complejidad. Las normas de cultura, origen de las “reglas de comportamiento”. El derecho por principios y valores. La función del principio de vaguedad	124
17. El sistema como propulsor del desarrollo social y jurídico. La superación de la epistemología individualista. La jurisprudencia normativa. La ética de la responsabilidad y el bien común erigidos en valores predominantes. El rescate del principio de confianza. La reconstrucción del concepto de acción ...	134
18. Las fuentes originarias de la filosofía del derecho, como respuesta al hombre contemporáneo, inmerso en las contradicciones de la sociedad más compleja, nunca conocida en la historia. La importancia creciente del principio de confianza, como fundamento de las relaciones sociales. La civilización: finalidad del derecho. Tridimensionalidad entre individuos-Estado-sociedad: hacia la integración	142
19. La dialéctica de la realidad y su concreción. La crisis de la ley no es la crisis del derecho: importancia de la hermenéutica constitucional. La integración social. Formas de alcanzarla	155
20. Implicaciones del Estado social en el derecho penal reflejadas en el nuevo Código Penal	163
21. Una dogmática “in fieri”, el nuevo “ordo”	171

CAPÍTULO II

LA NUEVA DOGMÁTICA. EL NUEVO DERECHO. LOS AVANCES DE LA CIENCIA, LA TÉCNICA, LA FILOSOFÍA LA POLÍTICA CRIMINAL Y SU INCIDENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

1. Diacronía de la dogmática	181
2. Legitimidad del derecho penal	184
3. Consecuencias de la nueva racionalidad. Relación entre Estado, sociedad y derecho	192
4. La superación de la lógica formal y la función de la ética como retórica. Un nuevo método. Nuevos derechos. Nuevos problemas. Nuevas perspectivas	198
5. Dimensión social del derecho. La sociedad de sujetos pasivos. Los nuevos deberes jurídicos provenientes del principio de solidaridad y responsabilidad para con el otro	206
6. El derecho penal de la información. La transformación del derecho en justicia. La superación de la neutralidad valorativa	211
7. Las perspectivas de riesgo de la nueva dogmática. La justicia como prudencia capaz de conciliar el justo equilibrio entre libertad y seguridad. El análisis estructural del derecho como resolución de conflictos. El derecho como hecho y sus tres ramificaciones sociológicas	216

8. El proceso de adecuación social y el derecho orientado conforme al sentido, no a las ciencias causales. La mutación del concepto de acción en la sociedad de la incertidumbre y del terror. Consecuencias frente a la nueva forma de imputación	223
9. Las posturas polisistémicas y la sociedad de cambio. El Código Penal visto bajo esta perspectiva. La relación entre responsabilidad y el deber	230
10. La superación del estatalismo y el posconvencionalismo. El derecho como modo para la obtención de fines. La sociedad estatal como sistema. Sus implicaciones y consecuencias	236
11. La teoría egológica del derecho prelude de la nueva visión dogmática del derecho penal como lesividad social. La postura de Bobbio con relación a la teorías funcionales. Consecuencias del finalismo frente a la relevancia social del derecho. La interpretación previsor de la ley. La visión histórica de Maggiorè	243

CAPÍTULO III

REFLEXIONES SOBRE LA POSTURA ACTUAL
DEL SISTEMA PENAL Y LA TEORÍA
DEL CONOCIMIENTO

(APROXIMACIÓN AL ESTADO DEL ARTE)

1. El saber sistemático y el saber problemático. Sus implicaciones frente al binomio hombre-sociedad	258
2. El hombre como realidad concreta visto desde la Constitución enfrentado a la ética colectiva. La teoría de los desplazamientos ligada a la razón práctica. La dañosidad social	262
3. Teoría del conocimiento en Kant. Su edificio filosófico. Razón pura. Razón práctica	270
4. Recurrencia de lo objetivo y lo subjetivo en el delito. El tránsito del subjetivismo al objetivismo. Los reductores de complejidad. Relación derecho-valor, relación de conexión y relación de identidad. La lógica de lo múltiple ..	279
5. Primacía de lo material, como lesividad. La acción como significado de utopía de la sociedad mundial. La desmaterialización del bien jurídico	286
6. Las etapas de la evolución teórica del delito a la luz de la teoría del conocimiento: lo objetivo y lo subjetivo. “Catástrofe sistemática” del finalismo y sus implicaciones. El predominio de lo objetivo	289
7. El rechazo del método “axiomático-deductivo” y el interrogante de la ciencia del derecho penal ante los retos del futuro. ¿Qué resta del racionalismo kantiano? El “anarquismo epistemológico” de Paul Feyerabend, como ruptura de la simetría. Su perspectiva “monista”	296
8. ¿Es ciencia el derecho? ¿Normativa cultural-funcional? Las normas de determinación y las de valoración. Voluntariedad y evitabilidad como sinónimos. Consecuencias de la dialéctica entre objetividad vs. subjetividad	306

9. La investigación de lo empírico. La vocación práctica del derecho. La supradogmática como síntesis diacrónica y sincrónica de principios. El concepto de injusto	312
10. El concepto material de delito como síntesis normativa y síntesis social. Adecuación del sistema penal a la conciencia social. Superación del concepto de delito como violación de un derecho subjetivo. Los deberes recíprocos en el reparto de la acción	320
11. El derecho como organización social. Un nuevo “episteme”. El derecho como instrumento de regulación de la sociedad. La culpabilidad funcional como “falta de fidelidad al derecho”. Posturas de Jakobs y de Roxin. El derecho como chiperciclo visto a la luz de la teoría de Hart	330
12. Las relaciones circulares en el derecho. Interdisciplinariedad constructiva del derecho penal	342
13. Luhmann y su visión de la sociedad. La estructura y la función. El tránsito de un derecho penal de vulneración de derechos a infracción de deberes. Dogmática y justicia	348
14. La superación de la naturaleza de las cosas como fuente del derecho. La irracionalidad instalada en la realidad social, como contribución al análisis funcionalista del derecho. Los hechos y los valores	353
15. Sistemas autopoieticos o autorreferenciales aplicados al derecho y a los sistemas sociales. El mérito de Luhmann con relación al pensamiento problemático. Sus implicaciones frente al derecho como sistema y a la nueva ética como compasión	362

CAPÍTULO IV

LA REFORMULACIÓN DE LA TIPICIDAD MEDIANTE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

LA DESCONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO Y LA ACTUAL ACTITUD CONSTRUCTIVA A PARTIR DE LA TEORÍA DEL RIESGO. LA NUEVA MODALIDAD DEL DOLO Y SU UNIFICACIÓN CON LAS TRADICIONALES FORMAS DE CULPABILIDAD. EL NUEVO ORDO

1. La crisis de la tipicidad versus crisis de la acción como modelo individualista. La construcción de un ilícito de riesgo y su incremento, como criterio imputativo objetivo	379
2. Del finalismo al posfinalismo. Consecuencias jurídicas frente, ya no a los “a priori” kantianos, sino a los “a posteriori”	386
3. Alcance de la imputación objetiva con relación a las actividades de riesgo y su evaluación frente a la necesidad de prevenirlo y limitarlo en lo posible. Las conexiones “medio a fin” y sus consecuencias. La norma como directivo de conducta	398
4. Inversión de la polaridad subjetividad-objetividad. La prevelencia de criterios normativos. La teoría del peligro típicamente desaprobado y el alcance del tipo. La relación de riesgo, como condición de imputación	407

5. Relación riesgo versus resultado; deber de cuidado interno-externo versus finalidad del derecho penal. Valor normativo de la jurisprudencia. El ámbito de interpretación del alcance de las normas penales. La prohibición de regreso “ad infinitum”	417
6. La imputación objetiva como criterio metodológico y límite del método tradicional sistématico, apoyado en la razón. Aplicaciones del constructivismo jurídico. El problema del bien jurídico en Roxin y Jakobs. Concepto sintético-holista del delito. La nueva forma expresiva del dolo. El riesgo-peligro versus comportamiento-resultado	428

CAPÍTULO V

CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR. LA TEORÍA DEL DOMINIO (FUNCIONAL) DEL HECHO Y APARATOS DE ORGANIZACIÓN DE PODER. LA COAUTORÍA ADITIVA, ALTERNATIVA Y ADHESIVA. CAMBIO DE PARADIGMA

1. Las nuevas categorías dogmáticas. Las diferencias con el modelo clásico individualista y monosubjetivo. La autoría como pertenencia. Un nuevo “tertium genus” o “tertium datur”. La referencia de “sentido delictiva” y sus efectos frente a la complicidad	441
2. La autoría como “pertenencia”. La vida como totalidad dialéctica de comportamientos finalistas. La función de utilidad de la parte con relación al todo. La concepción de la causalidad facilitadora o de refuerzo	447
3. Consecuencias del expansionismo penal en la autoría frente al desvalor de acción. Consideración global y no aislada de las conductas concurrentes. La noción de delito plurisubjetivo	452
4. Implicaciones del injusto personal. Los nexos de imputación y la autoría como concepto abierto	456
5. El comportamiento como significado. Coautoría alternativa, aditiva y adhesiva. El fin de protección de la norma. Finalidades de la reforma del Código Penal en la materia. La dimensión colectiva del delito. Enfrentamiento entre la perspectiva ontológica y la normativa, ligada a la política criminal	459
6. Teoría del dominio funcional y aparatos de organización de poder. Las llamadas “islas de poder consciente”	471
7. Criterios prácticos para deslindar la complicidad, la causalidad. El ingreso de causalidades modificadoras por distribución de roles. La función motivadora de la norma y preventiva general de la pena. La imputación objetiva en la autoría y codelinuencia. La prohibición de regreso como criterio restrictivo en hipótesis de participación y autoría	475
8. Cambio de paradigma. La norma como comunicación en Jakobs, entendida como “ordenadora de la convivencia”	478
9. Algunas reflexiones en torno a las críticas formuladas al concepto extensivo de autor. La funcionalización del Estado por el individuo y el colectivo social. El rechazo a las concepciones “in re ipsa”	482

10. La ley de la complejidad y su reducción como el telos de la ciencia y su incidencia en el derecho penal posmoderno	486
11. La imputación recíproca y la complicidad. La objetividad como certeza del derecho	491

CAPÍTULO VI

EL PROBLEMA FRONTERIZO ENTRE CULPA CONSCIENTE Y DOLO EVENTUAL, CONDICIONADO O ALTERNATIVO

LAS PARADOJAS DE LA ACCIÓN. EL RIESGO COMO OBJETO DE CONOCIMIENTO.

UN NUEVO CONCEPTO DE DOLO VINCULADO CON LA TEORÍA DEL RIESGO.

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.

LA “RECKLESSNESS” DEL DERECHO INGLÉS COMO CENSURA.

IMPORTANCIA DEL MÉTODO DE LA COMPARACIÓN

1. Nociones previas introductorias al tema	496
2. Criterios delimitadores. Crisis de las teorías tradicionales: del consentimiento y de la probabilidad. Insuficiencias del naturalismo psicológico. El problema frente al dolo. La teoría de la indiferencia, la temeridad o el consciente desprecio por los bienes jurídicos	500
3. El caso de los mendigos mutilados. Las insuficiencias de la teoría psicológica de la culpabilidad. La prohibición del “dolus in re ipsa”. La postura de Frisch frente a la creación de un riesgo y su valoración. El dolo como conocimiento de las circunstancias	505
4. El dolo de consecuencias necesarias y sus efectos jurídicos frente a las antinomias del derecho. Culpabilidad vs. responsabilidad. Las limitaciones a la carga del derecho penal individual	513
5. La teoría de la imputación objetiva como respuesta a la problemática intrasistémica del dolo eventual a partir de la valoración del riesgo. Límite estructural y crisis de incapacidad del sistema tradicional. “Status quaestiones”. Similitud con el instituto anglosajón de la “recklessness” y con la “mise en danger de la personne”, del derecho francés, como categorías intermedias entre dolo y culpa y como tutela anticipada frente a la puesta en peligro de los bienes jurídicos	515
6. Consideraciones finales —ad latere— en torno a las llamadas “formas peligrosas de comportamiento” vinculadas con la peligrosidad no permitida de la conducta, como en el dolo eventual. El énfasis en la orientación hacia un derecho penal en sentido material. Relaciones transversales, derivadas de la discusión tradicional entre culpa consciente y dolo eventual. Daño del producto y responsabilidad penal. Casuística	531

CAPÍTULO VII

EL AYER Y EL HOY DE LA PRETERINTENCIONALIDAD

LA SUPERACIÓN DE LA “GRAMÁTICA DE INTENCIÓN”.

LA ACCIÓN COMO SENTIDO: “DESVALOR” DE ACTO
Y “DESVALOR” DE RESULTADO.

EL DERECHO PENAL DEL COMPORTAMIENTO

Y LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE LA SOCIEDAD

PÁG.

1. La visión jurídica del problema en sus distintas posturas doctrinarias	541
2. La teoría de los delitos de doble evento o cualificados por el resultado. El delito autónomo, circunstanciado o complejo. El sistema integral del derecho penal, como “ <i>verantwortung</i> ” o sea, capacidad para responder, en simbólica expresión alemana	547
3. La postura del Código Penal colombiano	553
4. El estado actual del problema. Enfrentamiento entre lo objetivo y lo subjetivo frente a la responsabilidad penal. La imputación objetiva como respuesta apoyada en la teoría del riesgo —peligro concreto— como cláusula general indispensable para la atribución jurídica de las consecuencias lesivas	555
5. El predominio de los criterios “objetivos y valorativos”, sobre los epistemes apoyados en la incertidumbre de la subjetividad. La imputación objetiva y la percepción del riesgo-peligro. Predominio de la antijuridicidad material (C. P., art. 11)	566

CAPÍTULO VIII

LA DISCUSIÓN ACTUAL EN TORNO
AL BIEN JURÍDICOLA EXPERIENCIA COMUNICATIVA. LA HERMENÉUTICA
DE LA COMPRESIÓN E INTERPRETACIÓN DISCURSIVA DEL DERECHO.
EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD. CORRELACIÓN ENTRE LO INDIVIDUAL
Y LO SOCIAL. LIBERALISMO “VERSUS” COMUNITARISMO

1. Preámbulo introductorio	576
2. La controversia doctrinaria: dialéctica entre lo estático y lo dinámico. Las modificaciones del bien jurídico en la sociedad de riesgo visto como reductor de complejidad. El abandono del concepto reduccionista de dicho bien, objeto del derecho. Las posturas sociológicas y constitucionales	577
3. Funciones: crítica, hermenéutica, material y de alarma. Su conexión con el principio de proporcionalidad y necesidad de pena (C. P., art. 3º)	581
4. Complejidad social “versus” política criminal. La Constitución y su carácter normativo. La dañosidad social y su vinculación con el principio de precaución y la profilaxis, como prevención de daños frente a la seguridad de los consumidores	590

	PÁG.
5. La postura funcionalista. El desplazamiento del bien jurídico, por la vigencia de la norma. Críticas	595
6. La postura dualista de Roxin. La crisis del bien jurídico. La concepción liberal-social de Mir Puig (concepto ecléctico liberal-social) y la “conexión” temporal” de Hassemer	600
7. El Estado social y la Constitución abierta: el incremento de los deberes positivos y su redistribución social. El derecho como fenómeno de temporalidad. Cambios epistemológicos en la sociedad de riesgo. Teoría política del conocimiento. El método de la comparación	606
8. Conclusiones: racionalización del derecho vs. desarrollo científico-técnico de la sociedad y su incidencia en la deconstrucción del derecho y el cambio. La postura de Derrida. Las expectativas comunitarias. La teoría democrática del delito	628

CAPÍTULO IX

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA OMISIÓN Y LA CREACIÓN DE EXPECTATIVAS. LAS RELACIONES DE CONFIANZA Y SU PROTECCIÓN. EL CONTROL DE FUENTES DE PELIGRO. EL ACTUAR PRECEDENTE (ANTI JURÍDICO) Y LA “INJERENCIA”

1. Introducción. La omisión como concepto de valor, por ende, normativo, marginado de la causalidad	638
2. La postura del finalismo y el posfinalismo. La vida social como relación, comunicación y expectativas	644
3. La omisión como concepto normativo, valorativo y tipo abierto. La vida social y el sistema de relaciones y obligaciones recíprocas. La solidaridad como libre desarrollo de la autonomía social	650
4. Las posturas de garantía. Fuentes de los deberes de garantía. La protección de bienes jurídicos y el deber de vigilancia de una fuente de peligro	657
5. El sistema cultural y el sistema jurídico en su interrelación autopoietica, como fundamentos de la omisión. Los elementos valorativos y la imputación objetiva en la omisión. Las perspectivas de comportamiento social	667
6. Las posiciones de garantía en el Código Penal. El principio de legalidad “versus” las fuentes de riesgo próximo y el desarrollo científico	679
7. Dificultades dogmáticas conceptuales en torno al riesgo. El principio de relevancia. El concepto de riesgo ontológico y axiológico. El principio de legalidad entendido en sentido normativo. Los juicios de adecuación y los criterios “ex post” frente a la antijuridicidad	687

CAPÍTULO X

LA PREGUNTA POR EL HOMBRE, NO SOLO COMO
PROTAGONISTA DEL DRAMA PENAL, SINO
COMO OBJETO DE TUTELA Y GARANTÍAS

NUEVAS FRONTERAS: DIFÍCILES EQUILIBRIOS.
LA ESTRATEGIA DE LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

	PÁG.
1. Correlación dialéctica entre la idea del derecho y la idea del hombre. El hombre y sus circunstancias. El principio de proporcionalidad como concreción de la culpabilidad	706
2. Racionalismo “versus” funcionalismo. Libertad “versus” seguridad. Normas de comportamiento racional e institucional, en relación con expectativas sociales y el desarrollo del derecho de daños	712
3. La visión antropológica del sujeto, vista la persona como “relación básica del derecho” y prevalencia sobre el objeto. Los límites del poder centrado en la persona humana. El carácter social del derecho a la luz del sistema de soluciones y expectativas basadas en comportamientos e interacciones humanas	718
4. La nueva dogmática abierta a la dimensión antropológica, fenomenológica, existencialista y su articulación con la política criminal, como fundamento de la justicia material	731

CAPÍTULO XI

EL ANTIFORMALISMO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

LA NUEVA RACIONALIDAD DEL DERECHO.
LA DESTRUCCIÓN COMO MÉTODO.
LA MUERTE DE UN PARADIGMA

1. El enfrentamiento entre la ciencia normativista y la ciencia problemática del derecho. Su evolución. El decisionismo y la hermenéutica controlada. La crisis del concepto (valor) de bien jurídico	744
2. La dialéctica entre los valores jurídicos y los sociales. La legitimación del orden social. La crisis del Estado de derecho y de la naturaleza de las cosas ...	752
3. Las nuevas fuentes del derecho como apoyo para decidir y juzgar ante la carencia de un canon absoluto. La asimetría entre poder y derecho. Los plurales epistemes hermenéuticos. El “ethos” social. La legitimidad eficaz. La desintegración del derecho de la modernidad	761
4. El derecho como formación “discursiva”. El poder liberador del lenguaje. La comunicación entre norma jurídica y realidad social	774
5. Las pretensiones de validez de la norma. La crisis de las lógicas formales. La distinción entre orden jurídico y el reino de las formas ideales. El rol de la equidad y la igualdad	784

	PÁG.
6. El drama de Antígona y Sócrates y la legitimidad sustancial. La polémica con el derecho natural y la justificación utilitarista. La nueva ética del Estado social. Relaciones entre dogmática y política criminal	790
7. La construcción y destrucción del sujeto. El conjunto subjetivo de motivaciones y la capacidad de evitar resultados en una sociedad donde existe una moral privada y riesgos públicos. Las tensiones axiológicas y las exigencias de la práctica. Los dos grandes interrogantes que surgen de la filosofía y la sociología para el derecho penal actual. El lecho de Procuste	797
8. La dialéctica de la certeza y de la seguridad jurídica en la contraposición de los sistemas cerrados, abiertos, integrados y autopoieticos vistos a la luz de los principios de incertidumbre y complejidad: el modelo de la ciencia como pura construcción social	803
9. La lucha por el derecho en Ihering. La clasificación entre lo racional y lo lógico. El nuevo etnocentrismo. El enfrentamiento entre el positivismo jurídico y el sociológico	813
10. El derecho comparado como fuente del derecho y la función de la cultura. La Constitución como organización y valores inmanentes. El principio de la doble contingencia y la hermenéutica. El ídolo de los pies de barro	821
Apéndice	831
Bibliografía	845
Índice de autores	893
Índice de disposiciones	909
Índice de materias	913