



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

ISSN 2240-7618

2/2018

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

Italy: Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli
Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caverro, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Dogmatica jurídico-penal y sociología del derecho: acordes y desacuerdos

*Dogmatica giuridico-penale e sociologia del diritto:
accordi e disaccordi*

*Criminal law “Dogmatik” and legal sociology:
consonances and dissonances*

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN

*Profesor Titular (Catedrático acr.) de Derecho penal
Universidad de Barcelona*

FILOSOFIA DEL DIRITTO

FILOSOFÍA DEL DERECHO

LEGAL PHILOSOPHY

ABSTRACTS

Due dei fattori principali che hanno storicamente determinato alcune tra le più significative fasi critiche della dogmatica giuridico penale sono, da un lato, il successo del positivismo, e in particolare il predominio del positivismo sociologico durante la seconda metà del secolo XIX; e, dall'altro, l'irruzione della sociologia funzionalista durante la seconda metà del secolo XX, in conseguenza dell'estensione del pensiero topico e il diffuso convincimento circa la necessità di tener presenti nell'applicazione del diritto sia le valutazioni politico-criminali, sia gli apporti della criminologia e delle altre scienze sociali. Questo lavoro tenta di tracciare un quadro critico di entrambi questi fattori.

Dos de los factores principales coadyuvantes históricos de algunas de las principales etapas críticas de la Dogmática jurídico-penal son, por un lado, el auge del positivismo, en particular el predominio del positivismo sociológico durante la segunda mitad del siglo XIX; y, otro, la irrupción de la Sociología funcionalista durante la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de la extensión del pensamiento tópico y la convicción de la necesidad de tener presentes en la aplicación del Derecho tanto las valoraciones político-criminales como las aportaciones de la Criminología y las demás ciencias sociales. El presente trabajo tiene por objeto el esbozo crítico de ambos factores.

Two of the main factors that have historically determined moments of crisis for the criminal law “Dogmatik” are, on the one hand, the success of sociological positivism in the second half of the XIX century; and, on the other hand, the rise of the functionalist sociology in the second half of the XX century, as a consequence of the diffusion of the topical logic in the legal thinking and the widespread awareness of the necessity of considering, while applying the law, criminal policy goals and criminological knowledge. This paper aims at critically analysing both the recalled factors.

SOMMARIO

1. Planteamiento. - 2. La influencia del método positivista en la sociología jurídico-penal. - 2.1. El auge del método positivista. - 2.2. Aparición y desarrollo de la sociología positivista: los ejemplos de Durkheim y Ehrlich. - 3. Sociología jurídica y método neokantiano. - 4. La irrupción de la sociología funcionalista. - 5. A modo de epílogo: acordes y desacuerdos.

1. Planteamiento.

En el ámbito del concepto de las ciencias penales se conviene en conferir a la Dogmática jurídico-penal un papel preponderante, hasta el punto de llegar a asumir el estatuto de ciencia del Derecho penal por excelencia, relegando a disciplinas como la Criminología, la Política Criminal o la Victimología a la consideración de disciplinas autónomas pero esencialmente auxiliares. La Dogmática jurídico-penal, sin embargo, no sólo no ha ocupado siempre tan privilegiado lugar, sino que incluso es posible referirse a determinados momentos históricos en los que, desde distintas perspectivas, se estimó preferible su desaparición. Dichos momentos críticos pueden ser reconducidos esencialmente a dos: el auge del positivismo, en particular el predominio del *positivismo sociológico* durante la segunda mitad del s. XIX, por un lado; y la irrupción de la *Sociología funcionalista* durante la segunda mitad del s. XX, como consecuencia de la extensión del pensamiento tópico, por un lado, y de la convicción de la necesidad de tener presentes en la aplicación del Derecho tanto las valoraciones político-criminales como las aportaciones de la Criminología y las demás ciencias sociales, por otro¹. El presente trabajo tiene por objeto el esbozo crítico de estos dos factores históricamente coadyuvantes de algunas de las principales etapas críticas de la Dogmática jurídico-penal.

2. La influencia del método positivista en la sociología jurídico-penal.

2.1. *El auge del método positivista.*

El primero de los dos momentos históricos referidos vino determinado por el dominio de la corriente filosófica del *positivismo* en la Europa de la segunda mitad del s. XIX. El apogeo de dicho movimiento cultural tuvo su reflejo en el Derecho penal mediante el rechazo del carácter científico de la consideración jurídica del delito. Entendida la ciencia como la explicación causal de fenómenos empíricos (así, por ejemplo, las ciencias *naturales*), no podía decirse que el estudio *lógico-jurídico* del Derecho penal que constituía la Dogmática jurídico-penal compartiera el referido rango científico. Partiendo de la consideración de la *antropología* y la *sociología* como ciencias en sentido estricto, se operó para la consecución del objetivo indicado la sustitución de la consideración *jurídica* (dogmática) del delito por otra de tipo *antropológico* o *sociológico* (*positivismo naturalista-sociológico*), dando lugar al nacimiento de la Criminología como ciencia de contenido autónomo. Claro reflejo de esta tendencia fueron, respectivamente, un sector *radical-antropológico* de la *Scuola positiva italiana*, integrado, entre otros, por GAROFALO y LOMBROSO, por una parte; y un segundo sector *moderado-sociológico* de la *Scuola positiva italiana*, representado por FERRI, y la *jungdeutsche Kriminalistenschule alemana* de VON LISZT, por otra².

La nueva corriente metodológica que caracterizó a la *Scuola positiva*, que vino a irrumpir con el ocaso del *individualismo* y el *idealismo racionalista* filosóficos y el *liberalismo abstencionista* político que sirvieron de base a la Escuela Clásica italiana precedente, se vio favorecida por el auge del positivismo del COMTE, del evolucionismo de MOLESCHOTT, BÜCHNER y HAECKEL, y el espectacular progreso de las ciencias naturales a lo largo del siglo XIX³. La principal característica de la *Scuola Positiva* fue el *método* utilizado, consistente en la sustitución del

¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 45; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., p. 39.

² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., p. 46.

³ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 1976, p. 179.

racionalista, abstracto y deductivo hasta entonces imperante por la observación de la realidad empírica al modo de las ciencias de la naturaleza, así como en la sustitución de un análisis del delito entendido como entelequia meramente ideal por otro que lo considera un fenómeno empírico y lo sitúa en la esfera de lo real-material. La referida variante epistemológica condujo, a su vez, a una modificación del objeto de análisis, que dejó de pertenecer a la esfera del *deber ser* para referirse a la búsqueda del *ser*⁴. La consideración del delito como fenómeno situado en el mundo empírico tuvo como consecuencia más relevante el *rechazo de la libertad de voluntad* como punto de partida de la Escuela Clásica y la aceptación de la idea de que el delito no puede sustraerse a la *ley de la causalidad* como una de las que rigen en el ámbito de lo real-material. El delito sería, así, un hecho empírico *causalmente* determinado⁵.

Es precisamente en el ámbito de la determinación de las causas del delito como causas de la peligrosidad de su autor resultante de la observación de la realidad donde se produce la disociación doctrinal en el seno de la *Scuola positiva* antes referida: por una parte, un sector, representado por Cesare LOMBROSO, que, influenciado por el evolucionismo de DARWIN imperante en la época, apostó por una concepción *antropológica* de las causas del delito⁶; por otra, un segundo sector, encabezado por Antonio FERRI, que añadió a las anomalías biológicas como causa de la peligrosidad del delincuente el estudio de los factores *sociales* desencadenantes del delito, dando paso a la introducción en el ámbito de la metodología general de llamado *Sociologismo jurídico*⁷.

La concepción *sociológica* de FERRI enlaza directamente con la segunda manifestación del positivismo sociológico de la segunda mitad del s. XIX: la *jungdeutsche Kriminalistenschule alemana* de VON LISZT. Esta escuela, reflejo de la concepción política del Estado *social*, constituyó el más claro exponente de la plasmación *naturalística* de la influencia del positivismo en la ciencia penal alemana de la época, que tuvo su contrapartida en el positivismo *jurídico* de BINDING, MERKEL y BELING como manifestación última y más extrema del liberalismo clásico⁸. La contraposición ideológica que puso de manifiesto la sucesión en el tiempo de ambas variantes epistemológicas se refiere al paso de una ideología, el *individualismo liberal*, heredado de la revolución francesa, caracterizada por la voluntad de la recién ascendida burguesía en la conservación del *status quo* de los intereses cuya titularidad corresponde a los *individuos* como los bienes de mayor relevancia, a otra de corte esencialmente *social* fundamentada en la reclamación por parte del proletariado de la necesidad de *intervenir* modificando el *status quo* en beneficio de los intereses de la *colectividad* como los de mayor entidad⁹.

El programa metodológico del positivismo naturalista iniciado en Alemania por VON LISZT se caracterizó por la traslación a la ciencia penal de los métodos propios de las ciencias empíricas¹⁰. VON LISZT, igualmente influenciado por el apogeo de las ciencias naturales en general y el evolucionismo de DARWIN en particular, consideró que el único concepto válido de ciencia era el *positivista*, en cuya virtud sólo el método experimental propio de las ciencias de la naturaleza permite caracterizar a una actividad como científica¹¹. En idéntico sentido participaron del llamado *concepto positivista de la ciencia* autores como COMTE, BENTHAM o STUART MILL, que sostuvieron la tendencia *negativa* consistente en el rechazo *“de todo aquello que pudiera sonar a metafísica; y metafísica era para el positivismo todo lo que sobrepasaba el campo de la “observación”, imponiéndose una limitación de la investigación humana a la observación a “lo que puede ser pesado, medido o calculado”*¹².

⁴ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 180.

⁵ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 181.

⁶ El delincuente como ser caracterizado esencialmente por su atavismo: MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 183 y n. 25.

⁷ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 184 y n. 26; críticamente GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., p. 39.

⁸ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., pp. 208 s.

⁹ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 217.

¹⁰ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 216.

¹¹ VON LISZT, *La idea de fin en Derecho Penal* [trad. de original “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, ZStW 3 (1883) E. Aimone Gibson, revisada y prologada por M. de Rivacoba, 1994], pp. 106 ss.; EL MISMO, “Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts” (informe para la Asamblea General de la Asociación Internacional de Criminología, 1893), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), p. 78 y 83; EL MISMO, “Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft” (clase inaugural pronunciada en la Universidad de Berlín el 27 de octubre de 1899), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), p. 297. Sobre todo ello vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 218.

¹² GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., pp. 38 s.

A la luz de la exposición de los respectivos orígenes *políticos* y *científicos* de las propuestas epistemológicas de la *Scuola positiva italiana* y del *positivismo naturalista* de VON LISZT realizada, es de ver cómo es predicable respecto de aquellos un notable grado de *coincidencia*. La diferencia esencial entre ambas corrientes de pensamiento reside en el *objeto* de análisis: así, mientras que en Italia la *Scuola positiva* se centró en el estudio de la *realidad empírica* del delito, VON LISZT mantuvo como objeto de la Dogmática jurídico-penal el que hasta la fecha había venido siendo tradicionalmente reconocido como tal: el *Derecho positivo*. En el contexto de la evolución histórica de la ciencia penal en Alemania, la consideración del Derecho positivo como objeto de la Dogmática no constituye, sin embargo, una especialidad del positivismo naturalista de VON LISZT, sino que, en realidad, y a diferencia de lo sucedido en Italia con el cambio de *objeto* de la ciencia penal operado por la sucesión en el tiempo de la *Escuela Clásica*, la *Escuela Positiva*, la “*Terza Scuola*” y la *dirección técnico-jurídica*, se erige en rasgo *común* de toda aquella evolución en su conjunto. La especialidad del programa de VON LISZT reside en que el estudio experimental del fenómeno criminal *se añadió* (y a diferencia de la *Scuola positiva italiana* no *sustituyó*) a la Dogmática jurídico-penal como parte diferenciada de la ciencia global del Derecho penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) al servicio del análisis del *único* objeto de la Dogmática jurídico-penal: el *Derecho positivo*¹³.

El referido mantenimiento del objeto del análisis dogmático, unido a la voluntad de no eliminar los beneficios dimanantes de las conquistas del *Derecho penal liberal* hasta entonces vigente, convirtió el modelo naturalista de VON LISZT en una suerte de variación del *positivismo jurídico* de BINDING que, en su condición modificadora, presenta analogías y diferencias con respecto a este último modelo. La principal *analogía* –la que en sentido estricto permite reunir ambos modelos bajo la denominación común de *positivismo formalista*– reside en que tanto el *positivismo naturalista* de VON LISZT (mediante el planteamiento de la crítica kantiana) como el *jurídico* de BINDING acometen un estudio *formal* de Derecho positivo caracterizado por la *exclusión de juicios de valor* (*escepticismo subjetivo-epistemológico/relativo-axiológico*).¹⁴ La diferencia esencial entre ambos modelos positivistas –que determina su distinto carácter *jurídico* o *naturalista*– debe encontrarse en lo que sigue: mientras que el positivismo *jurídico* de BINDING se agota en el *normativismo* de un análisis *lógico-conceptual* del Derecho positivo (Dogmática jurídico-penal como ciencia *sistemática*) y su voluntad (*teleologicismo objetivo*) sin incidencia alguna de la realidad empírica en el mismo, el *naturalista* de VON LISZT, aceptando la influencia de la realidad metajurídica en la construcción dogmática, partió, en cambio, de la necesidad de estudiar el Derecho positivo a la luz de la realidad empírica para operar en el seno de la *gesamte Strafrechtswissenschaft* la distinción entre *política criminal* (destinada a una función *social* de lucha contra el delito y desarrollada sobre la base de disciplinas consistentes en la explicación causal-empírica del delito –*Criminología*– y de la pena–Penalística) y *Derecho penal en sentido jurídico* (que asume la función *liberal* del Estado de Derecho consistente en asegurar o garantizar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al Estado)¹⁵.

El alcance de la referida disparidad entre ambos modelos positivistas fue acrecentándose con la evolución del programa de VON LISZT hacia un paulatino aumento de la importancia del método *empírico* (explicación empírico-causal del delito y la pena) en detrimento del *dogmático*, al que acabó concediendo a la Dogmática jurídico-penal como estudio lógico-jurídico

¹³ VON LISZT, *La idea de fin*, cit., pp. 1 ss.; EL MISMO, “Rechtsgut und Handlungsbegriff...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, cit., pp. 212 ss.; EL MISMO, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, cit., pp. 290 ss.; EL MISMO, “Die Zukunft des Strafrechts”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, cit., pp. 1 ss.; EL MISMO, “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, cit., pp. 75 ss.; EL MISMO, “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, cit., pp. 284 ss.; EL MISMO, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16^a-17^a ed., 1908, *passim*; EL MISMO, *Tratado de Derecho penal*, III, (trad. de la 20^a ed. alemana por L. Jiménez de Asúa y adiciones de Q. Saldaña), 1917, *passim*. De modo amplio MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., pp. 218, 223, 225 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., pp. 51 y 53.

¹⁴ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 1922 (reimpr. 1991), *passim*.

¹⁵ VON LISZT, *La idea de fin*, cit., pp. 1 ss.; EL MISMO, “Rechtsgut und Handlungsbegriff...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, cit., pp. 212 ss.; EL MISMO, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, cit., pp. 290 ss.; EL MISMO, “Die Zukunft des Strafrechts”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, cit., pp. 1 ss.; EL MISMO, “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, cit., pp. 75 ss.; Acerca de lo anterior, ampliamente, MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., pp. 223 y 225 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., pp. 51 y 53.

del Derecho penal y procesal una función meramente *pedagógica*¹⁶. No obstante aceptar la aplicación para la Criminología del método propio de las ciencias de la naturaleza, basado en la observación de las conexiones causales del mundo fenoménico, VON LISZT se apartó expresamente de la explicación antropológica de LOMBROSO¹⁷ suscribiendo una posición *ecléctica* predominantemente *sociológica* con la pretensión de completar la Biología criminal con la Sociología criminal. Esta postura ha sido conocida con el nombre de “Escuela sociológica alemana”¹⁸.

2.2. *Aparición y desarrollo de la Sociología positivista: los ejemplos de Durkheim y Ehrlich.*

A juicio de DURKHEIM, en 1895, año de publicación de su obra *Las reglas del método sociológico*, los sociólogos no habían sentado todavía las bases del método de dicha disciplina. El objetivo que el autor declara perseguir mediante el análisis presente en la referida monografía no es otro que el de *fixar el método, las reglas y los principios adaptados a la particular naturaleza del objeto del estudio sociológico: los fenómenos sociales*. Así entendida, la Sociología devendría una disciplina de orden *científico* que se distinguiría del resto de las ciencias *por su método, adaptado a las especificidades de su objeto*¹⁹.

Posteriormente, EHRLICH propuso en su obra *Die juristische Logik* una concepción sociológica similar a la defendida previamente por DURKHEIM. Partiendo del concepto positivista de ciencia sostenido por HECK, confirió EHRLICH a la Sociología el estatuto de *la única auténtica ciencia del Derecho*, en su condición de disciplina que investiga los hechos sociales que sirven de base al Derecho sin tener en cuenta de inmediato una aplicación *práctica* de sus resultados por la jurisprudencia. La contraposición de los conceptos *autenticidad científica* y *carácter práctico* de la investigación operada por EHRLICH conduce a la consideración de la *Dogmática jurídica*, en su calidad de disciplina con finalidad *exclusivamente práctica*, como *tecnología*²⁰.

La consideración de la Sociología jurídica como la única ciencia posible acerca del Derecho propuesta por EHRLICH trae causa esencialmente de dos factores: la Sociología no se detiene en el análisis de la *palabras*, sino que analiza también los *hechos* que sirven de base al Derecho; y, como toda auténtica ciencia, la Sociología trata de profundizar, por medio del “*método inductivo*” (que él mismo define como observación de hechos y reunión de experiencias) el conocimiento de la esencia de las cosas. EHRLICH no se plantea, en cambio, el problema de si cabe un método *comprensivo* en Sociología, posibilidad que, sin embargo, sí cabe, como ya se expuso *supra*, para WEBER²¹. Para EHRLICH, el contenido del Derecho entendido como orden real de una sociedad, no viene determinado por meras *normas de decisión*, sino por *reglas de efectivo comportamiento de las personas en la vida común*. El origen de estas reglas no cabe buscarlo, en su opinión, ni en la jurisprudencia (resolución de decisiones particulares) ni en las normas jurídicas, sino en las *relaciones jurídicas inmediatamente creadas por la sociedad*²².

La propuesta epistemológica que sirve de base al positivismo sociológico de EHRLICH desconoce, en su consideración del Derecho como *conducta practicada habitualmente*, la *pre-*

¹⁶ VON LISZT, “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, cit., pp. 284 ss.; EL MISMO, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16^a-17^a ed., 1908, *passim*; EL MISMO, *Tratado de Derecho penal*, III, (trad. de la 20^a ed. alemana por L. Jiménez de Asúa y adiciones de Q. Saldaña), 1917, *passim*. Sobre todo ello vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., pp. 223 y 225 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., pp. 51 y 53.

¹⁷ VON LISZT, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, cit., p. 308. Sobre todo ello vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 224, n. 131.

¹⁸ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 224, n. 132.

¹⁹ Sobre este particular vid., además, MERTON, REIS (99), 2002, pp. 201-209; SNELL, *Journal of Classical Sociology*, 10 (1), 2010, pp. 51 ss.; SANCHO, *Revista Patagónica de Estudios Sociales*, (19/20), 2014, pp. 255 ss.; TAPIA ALBERDI, *Política y Sociedad*, 49 (2), 2015, p. 331.

²⁰ EHRLICH, *Die juristische Logik*, 1925, *passim*. Sobre ello vid. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. y revisión a cargo de M. Rodríguez Molinero, 1994), p. 85.

²¹ EHRLICH, *Die juristische Logik*, cit., *passim*. Vid., al respecto, LARENZ, *Metodología*, cit., p. 86; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., p. 39.

²² Así, por ejemplo, la *familia*, las *corporaciones*, la *propiedad* o los *Derechos reales*, como relaciones jurídicas preexistentes incluso al propio Derecho romano: EHRLICH, *Die juristische Logik*, cit., *passim*. En relación con este particular, vid. LARENZ, *Metodología*, cit., p. 87.

tensión de vinculatoriedad implícita en su propia vigencia, esto es, el sentido *normativo* de todo ordenamiento jurídico. El concepto de Derecho permite aunar en su seno, como términos no incompatibles entre sí, el *orden de vida* (*vigencia fáctica*) y la *norma de conducta* (*vigencia normativa*), reconociendo, incluso, en el sentido ya apuntado por SAVIGNY, la preexistencia histórica del orden de vida a la norma particular de conducta²³. La consideración sociológica debe ser entendida como un *complemento necesario* de la consideración normativa²⁴, *una de las posibles ciencias del Derecho*, pero es obvio que en modo alguno puede ser acreedora de la condición de *única ciencia verdadera del Derecho*²⁵. El equívoco en que incurrió la Sociología positivista probablemente traiga causa de un incorrecto entendimiento del objeto de Dogmática jurídica, basada en la antes mencionada distinción entre *palabras* y *hechos* como supuestos objetos de la *Dogmática jurídica* y de la *Sociología*, respectivamente. Esta disociación resulta completamente desafortunada, ya que a la Ciencia del Derecho, también, por tanto, a la Dogmática jurídico-penal, no le preocupan *tan solo* las palabras, sino *también el sentido que está expresado en ellas*²⁶. No le importan las representaciones sobre la *rectitud* humana de una determinada época como *fenómeno psíquico-real*, sino su *contenido normativo de sentido*. Este último componente normativo resulta inaccesible a una Sociología que, como, por ejemplo, la propuesta por EHRlich, procede científico-causalmente²⁷.

3. Sociología jurídica y método neokantiano.

El *neokantismo* partió de un *dualismo gnoseológico* consistente en la distinción entre el *noumeno* (la “cosa en sí”) y el *fenómeno* (manifestación espacio-temporal del *noumeno* que convierte a aquél en *aprehensible por los sentidos*), de suerte que la “cosa en sí” tan solo devendría dato empírico espacio-temporal sensorialmente cognoscible (*materia* de conocimiento o realidad sensible) en tanto que *fenómeno* (*materia fenoménica*). Para conocer la realidad empírica, el sujeto de conocimiento debe, sin embargo, aplicar a la referida materia empírica las “*formas a priori*” de conocimiento o “*categorías del entendimiento*” (*valores*).²⁸

De este modo, la aplicación de valores a la realidad sensible se traduciría en la obtención de *significaciones o sentidos* consistentes en los bienes u objetos en que se plasman los valores, de suerte que no puede decirse que la dimensión de sentido de la realidad sea algo apriorístico, sino que es aportada por el propio sujeto de conocimiento (es un producto del proceso de conocimiento, que, de acuerdo con el rechazo de la idea kantiana de una “*conciencia en general*”, puede ser, a su vez, variable histórico-culturalmente). Esta imposibilidad de separar, por tanto, *objeto* y *sujeto* de conocimiento conduce a la atribución al *método* de una función *configuradora del objeto* (“*stoffgestaltende Funktion der Methode*”). En el referido sentido debe ser entendida, por ejemplo, la posición metodológica de STAMMLER, de acuerdo con la cual las distintas clases de ciencias se ocupan de *objetos distintos* o de *distintos aspectos* de un mismo objeto, determinándose, por esta vía, dos distintos modos del conocer científico: el “*percibir*”, propio de las ciencias de la naturaleza como esclarecedoras de las relaciones *causales* (causa-efecto); y el “*querer*” o “*comprender*”, propio de ciencias del espíritu como la propia ciencia del Derecho, cuya función no es otra que la aprehensión de conexiones *finales* (medio-fin) 29.

La diferencia entre las ciencias *naturales* y las ciencias *culturales* (entre las que se contarían tanto la Dogmática jurídico-penal como la Sociología), así como entre éstas últimas entre sí, no vendría inicialmente determinada, por tanto, por el *objeto* (materia fenoménica en ambos casos), sino por el *método*: de este modo, ciencias *naturales* y ciencias *culturales* se distinguirían en el referido sentido epistemológico en que mientras las primeras tendrían la consideración de ciencias *causales*, las segundas engrosarían las filas de las ciencias *finales*, no siendo la *causa-*

²³ LARENZ, *Metodología*, cit., p. 87.

²⁴ Que se encuentra, como por ejemplo sucede con la dogmática jurídica, *únicamente orientada a reglas*: LARENZ, *Metodología*, cit., p. 88.

²⁵ LARENZ, *Metodología*, cit., p. 89.

²⁶ LARENZ, *Metodología*, cit., p. 89.

²⁷ LARENZ, *Metodología*, cit., p. 89.

²⁸ Vid., por todos, SAUER, *Derecho penal, PG* (trad. de la 3ª ed. alemana a cargo de J. del Rosal y J. Cerezo Mir), 1956, *passim.*, con referencias a las Escuelas de Marburgo y la Sudoccidental de RICKERT, LASK y RADBRUCH.

²⁹ SAUER, *Derecho penal, PG*, cit., *passim.* Sobre ello vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., p. 43.

lidad y la *finalidad*, respectivamente, características de la *materia* objeto de estudio sino *categorías de entendimiento* aportadas “*a priori*” por la propia mente humana. El *neokantismo* supuso, en suma, una pretensión de superación del método puramente *jurídico-formal* del positivismo mediante la introducción de consideraciones *axiológicas* y *materiales*³⁰. Por lo demás, la posibilidad de reconducir tanto las ciencias naturales como las sociales a un supraconcepto de *ciencia* pasa para el *neokantismo* por la afirmación de la existencia de la analogía entre ambas clases de disciplinas consistente en un acercamiento a sus respectivos objetos de investigación mediante el sistema y la formación de conceptos, variando sólo en que en las primeras predomina el pensar *ontológico* mientras que en las segundas lo hace el *axiológico*³¹.

A este respecto, es preciso dejar igualmente apuntada la decisiva influencia ejercida en el método *comprensivo* de la Sociología jurídico-funcionalista de Max WEBER por las tesis epistemológicas del *neokantismo*. Este autor, siguiendo la concepción defendida por RICKERT, en virtud de la cual las ciencias culturales, entre las que se contaría la Sociología, tendrían por objeto la realidad en su concreta individualidad y seleccionarían el objeto a analizar sobre la base de relaciones valorativas. De acuerdo con la propuesta metodológica sociológico-*comprensiva* sostenida por WEBER, consistente, en suma, en una concepción del *entender sociológico* como comprensión de la relación de sentido a la que pertenece un actuar actualmente comprensible de acuerdo con su mencionado sentido subjetivo, el *actuar* sólo puede ser definido como comportamiento humano si y en tanto el o los actuantes vinculan a dicho comportamiento un *sentido* subjetivo³². El concepto del actuar comprendería, así, el hacer, el tolerar y el omitir. Partiendo de esta definición, WEBER emplea el concepto *sentido*, por tanto, con el significado que refiere cada determinado comportamiento al objetivo o al destino del hipotético actuante³³.

WEBER parte del concepto de *Sociología comprensiva*, así, como aquella que quiere *comprender* la conducta humana como “*capaz de sentido*”, explicándola *causalmente* en su curso y efectos, considerando como conducta humana capaz de sentido aquella que se encuentre *orientada a fines o a expectativas* (por ejemplo, la actuación de un tercero). Para WEBER el objeto de la *comprensión* de la Sociología residiría en la propia *causalidad* de la acción, constituyendo precisamente el referido *sentido subjetivo* de la acción, entendido como aquél que tiene para el sujeto que la realiza (a diferencia de lo que sucede con su *sentido objetivo*, objeto de la investigación de las *ciencias dogmáticas* -entre las que se encontrarían, a su entender, la *jurisprudencia*, la *lógica*, la *ética* o la *estética*-) *uno de sus factores causales*. A la vista de lo anterior, no resulta difícil comprender por qué en opinión de WEBER resulta imposible atribuir a la *Dogmática jurídica* la condición de *ciencia*, ya que su objeto se limita a la comprensión del *significado* de normas

³⁰ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 227 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., pp. 55 ss.

³¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., p. 43. Frente al neokantismo, el *finalismo* representó, en cambio, el rechazo del *subjetivismo epistemológico* conducente en el terreno gnoseológico al *relativismo axiológico* neokantiano y su sustitución por el *objetivismo* de determinadas estructuras *lógico-objetivas* o estructuras *permanentes del ser*. WELZEL discrepa de la afirmación *neokantiana* de que el método determina el conocimiento y considera, por el contrario, que *es en realidad el objeto el que determina el método*, atribuyendo el carácter erróneo de aquella premisa *neokantiana* a un supuesto mal entendimiento de los postulados de KANT. Así, según WELZEL, el entendimiento al que KANT alude cuando afirma que éste prescribe a las cosas sus leyes no se refiere al de *cada sujeto*, sino al llamado *entendimiento puro* (“*reiner Verstand*”). De este modo, las categorías mentales “*a priori*” dejarían de constituir meros puntos de vista subjetivos para devenir auténticas *condiciones objetivas de posibilidad* de los objetos de la experiencia, no variando, por tanto, de persona en persona, sino siendo *para todo sujeto lo mismo*. La dimensión de sentido de las cosas se encontraría ya incorporada, por tanto, en ellas mismas (naturaleza *ontológica* -del *ser-*, no *epistemológica* -de su conocimiento- del *sentido* de la materia objeto de análisis). El sujeto de conocimiento deberá acceder entonces al contenido de la referida dimensión de sentido por medio de la aplicación del método *fenomenológico* (deductivo-abstracto). De acuerdo con esta metodología *objetiva*, la configuración del objeto no se produce por la contemplación de cada individuo (ya que ello supondría una deformación de *lo objetivamente dado*). Las distintas ciencias no informarían, por tanto, de distinto modo de la materia objeto de análisis, sino que cada una de ellas se ocuparía de *aspectos específicos* del objeto definitivamente formado. Vid. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht: Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1935 (= en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 29 ss.; EL MISMO, “*Studien zum System des Strafrechts*”, ZStW 58 (1939), pp. 491 ss., EL MISMO, *Das deutsche Strafrecht*, 1947; 4ª ed., 1954; 6ª ed., 1958; 7ª ed., 1960; 11ª ed., 1969 (trad. al castellano de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 1970). Según el planteamiento de WELZEL, la autonomía de la ciencia del Derecho con respecto a las ciencias naturales no vendría determinada, en consecuencia, por el *método*, sino por el *objeto*, de suerte que mientras éste consistiría para las ciencias del Derecho en la *acción humana final*, el objeto de las ciencias naturales no sería otro que la *acción humana final* (concepto *prejurídico* de acción como *estructura lógico-objetiva*). En el seno de la realidad consistente en la acción humana sería posible distinguir, de este modo, entre un aspecto *causal*, objeto de estudio por las ciencias naturales, y un aspecto *final*, a analizar por la ciencia del Derecho, de suerte que el factor diferencial entre ambas clases de ciencia vendría determinado no por una diversidad *metodológica*, sino por una diferencia de *objeto*. Vid. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, cit., passim; EL MISMO, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pp. 491 ss.; 1947; 4ª ed., 1954; 6ª ed., 1958; 7ª ed., 1960; 11ª ed., 1969; passim. Sobre ello vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., pp. 245 ss.; críticamente SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., pp. 57 ss.

³² BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., pp. 114 ss.

³³ Sobre ello, extensamente, vid. BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., pp. 114 ss.

jurídicas, negocios jurídicos, acciones, etc.³⁴.

4. La irrupción de la sociología funcionalista.

El segundo de los momentos históricos configuradores del escenario crítico del papel central de la Dogmática jurídico-penal en el marco de las ciencias penales vino determinado por la extensión del pensamiento tópico y la convicción de la necesidad de tener presentes en la aplicación del Derecho tanto las valoraciones político-criminales como las aportaciones de la Criminología y las demás ciencias sociales que tuvieron lugar a partir de la segunda postguerra mundial. De entre los diversos sistemas dogmáticos postfinalistas alimentados por elementos integrantes de alguna de las recién mencionadas ciencias sociales cabría destacar como especialmente influyente el *sistema sociológico funcionalista* sostenido en Alemania por la escuela de Günther JAKOBS³⁵.

Esta versión funcionalista, que parte de la absolutización del criterio funcional y el rechazo de toda limitación de éste por la esfera ontológica y el sentido ordinario del lenguaje³⁶, recibe la condición de *sociológica* a partir de la asunción de las premisas metodológicas de la teoría funcionalista de los sistemas sociales de Niklas LUHMANN. En virtud de ésta, “no se concibe la sociedad, a diferencia de lo que creyó la filosofía –entroncada con Descartes– desde Hobbes a Kant, adoptando el punto de vista de la conciencia individual, como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar”³⁷, sino partiendo precisamente de la distinción entre *sistemas sociales* y *sistemas psíquicos*³⁸. LUHMANN toma como premisa de su teoría funcional de los sistemas sociales la acentuación del concepto de *expectativas de comportamiento*. El autor acuña dicho concepto partiendo de la contraposición por él operada de los términos *estructuras sociales* y *moralidad*, entendida ésta última como la *contingencia* de las posibilidades esperables de acción. Sobre la base de la tesis de que el hombre y la sociedad son medio el uno para el otro, llega a la conclusión de que la estructura y los límites de la sociedad reducen la complejidad y la contingencia del poder orgánico y físico, asegurándose, de este modo, las posibilidades de los hombres devengan respectivamente esperables. Partiendo, así, de aquel concepto, LUHMANN destaca el elemento individual, al que se refiere expresamente cuando describe el hombre no como parte integrante de la sociedad, sino como un *sistema* autónomo que contiene estructuralmente posibilidades permitidas de acción

³⁴ EHRlich, *Die juristische Logik*, cit., *passim*. A la vista del planteamiento de WEBER, detecta SCHELTING en él, sin embargo, una cierta negación de la importancia que para el conocimiento cultural empírico tienen las formaciones normativas de sentido, especialmente del Derecho, y su aprehensión científica. En opinión de SCHELTING, el actuar social real humanos y la índole de las relaciones sociales reales están también determinados por momentos ideales (ideas normativas) cuyo origen se encuentra en conexiones irreales de sentido, más amplias, sin las que resultaría imposible su *comprensión*. Sobre todo ello vid. SCHELTING, *Max Webers Wissenschaftslehre*, 1934, *passim*; LARENZ, *Metodología*, cit., p. 86, n. 73.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., pp. 68 y 70, emplea el término “radical” para caracterizar la corriente funcionalista de JAKOBS en relación con otras corrientes de idéntico signo de carácter *moderado*, como la sostenida también en Alemania por Claus ROXIN, distinguiéndolas en atención tanto al *punto de partida de la normativización del sistema* y sus categorías como en cuanto al *grado de absolutización del factor metodológico funcionalista*, recayendo en su opinión el factor distintivo más relevante entre ambas versiones funcionalistas en lo siguiente: mientras que ROXIN orienta el sistema de Derecho penal al ámbito valorativo propio de los principios garantísticos de las *finalidades de Política Criminal* (que incluso pueden limitarse recíprocamente), JAKOBS lo hace a la *idea de prevención-integración* al servicio de *necesidades esencialmente sistémicas*.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., p. 69.

³⁷ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 15. La concepción de JAKOBS encuentra algunos de sus principales exponentes en “Culpabilidad y prevención” (1976) (trad. de C. SUÁREZ GONZÁLEZ), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 73 ss.; EL MISMO, “Kriminalisierung im Vordfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW* 97 (1985), pp. 751 ss. (= “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” [trad. de E. Peñaranda Ramos], en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 293 ss.; EL MISMO, “El concepto jurídico-penal de acción” (1992) (trad. de M. Cancio Meliá), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 101 ss.; EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983; 2ª ed., 1991 (= *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, 1995), *passim*; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (trad. de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, 1996), *passim*; EL MISMO, *Sobre la génesis de la obligación jurídica* (trad. de M. Cancio Meliá, 1999), *passim*; EL MISMO, *Acción y omisión en Derecho penal* (trad. J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. / L. C. Rey Sanfíz, 2000); EL MISMO, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. de M. Cancio Meliá / B. Feijoo Sánchez, 2003), *passim*; EL MISMO, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, (trad. M. Cancio Meliá), en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 19 ss.; EL MISMO, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” (trad. de T. Manso Porto), en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. de la versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, pp. 53 ss.

³⁸ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 16. Sobre todo ello, detalladamente sobre la función estabilizadora del Derecho (en especial del Derecho *restitutivo*) a la luz del concepto de expectativas de comportamiento, vid. BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., pp. 131 y 135.

y con ello representa un sistema comparable a la sociedad³⁹.

Importantes analogías con la teoría de los sistemas sociales de LUHMANN presenta, en el marco de la doctrina sociológica de la acción social, la teoría sistémica continuista de la Sociología de la ciencia defendida por Talcott PARSONS⁴⁰. Este autor trató de definir las funciones generales de sistemas de ideas en el interior de sistemas sociales, distinguiendo en concreto cuatro: *la ciencia, la ideología, la religión y la filosofía*. Quiso mostrar, además, las relaciones funcionales recíprocas existentes entre los distintos tipos de sistemas de ideas, por una parte, y entre éstos y los sistemas estructurales sociales, por otra⁴¹. PARSONS define los sistemas sociales como agregados ordenados en los que los hombres se perciben bajo aspectos específicos y tienen determinadas sensaciones entre sí. De acuerdo con esta comprensión, los sistemas sociales se basarían en la existencia de roles interactivos en el interior de colectivos ordenados en su específica interacción mediante normas fundamentadas en y orientadas a valores⁴². La estructura del sistema social consistiría en el encaje de relaciones simbólicas entre cuatro categorías de elementos: roles, colectivos, normas y valores⁴³.

La relevancia de tal distinción en el planteamiento de JAKOBS resulta evidente desde el momento en que para este último autor la propia *esencia*⁴⁴ (preventivo-general positiva o integradora) de la pena viene determinada por la restitución de la confianza en la vigencia de la norma estabilizadora de los sistemas sociales complejos vigentes (*“la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad”*)⁴⁵. La concepción de JAKOBS hunde sus raíces en el ámbito de la dirección de pensamiento que parte de la idea de *racionalidad del sistema*, en sustitución de la tradicionalmente dominante *racionalidad de la acción*. Su forma más amplia viene representada por la *teoría de los sistemas autopoyéticos*, que se apoya en la Biología y en la teoría del reconocimiento de la cognición de MATURANA y VARELA, que es caracterizado, sobre todo, como teoría de los sistemas auto-referenciales. Esta concepción, que presta consideración, por tanto, a las interdependencias internas y externas en las relaciones sistémicas, se aplica a sistemas sociales, en especial al sistema político, esto es, al sistema jurídico estatalmente organizado y a sus diferentes partes, como el sistema de gobierno, el de administración y el de Justicia⁴⁶.

De especial importancia en el ámbito de la teoría de la *imputación objetiva* de JAKOBS es el concepto de *rol social* desempeñado por el sujeto activo de la conducta. En opinión de JAKOBS, el primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad que constituye en su construcción la categoría de la imputación objetiva requiere la creación de un patrón que permita mostrar el significado vinculante de cualquier comportamiento. *“Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los autores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que debe ser desde el punto de vista del Derecho: como personas. Es entre éstas donde*

³⁹ LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, *passim*.

⁴⁰ PARSONS, *El sistema social* (trad. de J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez), 1999, *passim*; BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 121.

⁴¹ PARSONS, *El sistema social*, cit., *passim*; BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 122.

⁴² PARSONS, *El sistema social*, cit., *passim*. Sobre el particular vid. BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 124.

⁴³ PARSONS, *El sistema social*, cit., *passim*. Ampliamente sobre ello BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 124.

⁴⁴ Y no meramente su *función*: “En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo”: JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 18.

⁴⁵ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 18; PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal* (trad. y estudio preliminar de E. Peñaranda Ramos / C.J. Suárez González / M. Cancio Meliá), 1997, p. 23.

⁴⁶ BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 154. No es de extrañar, por ello, que una de las críticas que con más frecuencia – y probablemente de modo más compartible – se ha formulado contra la concepción de JAKOBS es aquella que la acusa, en tanto que autorreferencial, de conservadora, tecnocrática e incluso autoritaria. En palabras de BARATTA, se trataría de un sistema “*funcional respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en expansión como en intensidad, de la respuesta penal*”, así como promotor de “*la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes*” y, en especial, de la forma tradicional de abordar desde el Derecho penal los conflictos de desviación. BARATTA, “Integración-prevenición: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica” (trad. de E. García-Méndez y E. Sandoval Huertas), CPC (24), 1984, pp. 533 ss., 544 s. y 550; PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, “Consideraciones...”, en JAKOBS, *Estudios*, cit., pp. 23 s.; en idéntico sentido MIR PUIG, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, ADPCP 1986, pp. 49 ss. (= ZStW, 1990, pp. 914 ss.; = *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, 1994, pp. 129 ss.).

*se determina a quien le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero, o a la víctima...*⁴⁷.

De idéntica relevancia a la asumida por el *rol social* en la concepción jurídica de JAKOBS, participa dicho concepto en el análisis sociológico-funcionalista, por ejemplo, de Talcott PARSONS. En opinión de este autor, el sistema social no representaría grupo de personas o agregado de personalidades alguno, sino, antes bien, una *coordinación de roles*. En el sistema social sólo habría, así, *aspectos* de personas y de sus personalidades, que se evidenciarían mediante el comportamiento de los roles. En el rol se separarían sistema social y personalidad⁴⁸. Con ese tratamiento funcional-estructural del sistema social, PARSONS habría dado continuidad, por un lado, al método empleado por DURKHEIM para el análisis de problemas empíricos en su *De la división del trabajo social*; y, por otro, al análisis empírico de este último autor sobre el suicidio y la interpretación del ritual religioso en las formas básicas de la vida religiosa⁴⁹.

5.

A modo de epílogo: acordes y desacuerdos.

Con independencia de cuál sea la opción epistemológica elegida, resulta posible constatar ya la presencia *ab initio* de una disparidad de *objetos* de análisis entre Dogmática y Sociología penal. Así, mientras que “*el objeto de la ciencia del Derecho penal es la ley positiva jurídico-penal, esto es: determinar cuál es el contenido del Derecho penal, qué es lo que dice el Derecho penal*”⁵⁰, el objeto de la Sociología vendría determinado por el concepto de *hecho social*⁵¹. Con todo, entendidos el *delito* y de la *pena* como auténticos *hechos sociales* y, en consecuencia, también como integrantes del *objeto* del análisis sociológico, ambas disciplinas mantendrían, con ello, un evidente punto de conexión⁵².

No obstante este aparente factor de coincidencia, no es menos cierto, sin embargo, que el análisis de las respectivas realidades empíricas consistentes en el *delito* y la *pena* interesa a ambas disciplinas por razones *distintas*. Así, mientras que para la Dogmática jurídico-penal tanto la *teoría del delito* como la *teoría de la pena* constituyen construcciones esencialmente destinadas a la *interpretación* de la *regulación legal* del delito y de la pena como *abstracción jurídica* de la realidad empírica que se encuentra en su base, el análisis sociológico de aquéllos se centra en su consideración como meras *realidades sociales*. La referida diversidad *objetual* se corresponde, como ha sido sugerido *supra*, con una idéntica disparidad en el *método* de las disciplinas aquí objeto de análisis. La aproximación retrospectiva esbozada en las líneas precedentes a propósito de la incidencia del positivismo, el neokantismo y el finalismo en la Dogmática penal así lo pone de relieve. Futuras investigaciones sobre la materia, en particular acerca del interesante concepto de delito y pena en la Sociología positivista de Emile DURKHEIM, acabarán de dar carta de naturaleza a esta conclusión.

Bibliografía

ALPERT, Harry, “Emile Durkheim and Sociologismic Psychology”, *American Journal of Sociology*, vol. 45, N° 1 (julio 1939), pp. 64-70.

BARATTA, Alessandro, *Integración-prevenición: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. Traducción de Emilio García-Méndez y Emilio Sandoval Huertas. Cua-

⁴⁷ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 53; PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, “Consideraciones...”, en JAKOBS, *Estudios*, cit., p. 56.

⁴⁸ BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 124-5.

⁴⁹ BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 125. Vid., además, MERTON, “La división del trabajo social de Durkheim”, *REIS* (99), 2002, pp. 201 ss.; SNELL, “From Durkheim to the Chicago school: Against the ‘variables sociology’ paradigm”, *Journal of Classical Sociology*, 10 (1), 2010, pp. 51-67; SANCHO, “Derecho, delito y pena en Emile Durkheim: un análisis del libro *La división del trabajo social* (1893)”, en *Revista Patagónica de Estudios Sociales*, (19/20), 2014, pp. 255-288; TAPIA ALBERDI, “Fundamentos de la construcción del pensamiento sociológico de Emile Durkheim”, *Política y Sociedad*, 49 (2), 2015, p. 331.

⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., p. 36.

⁵¹ DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, 1895 (trad. de Antonio Ferrer y Robert, 4ª ed., 1995), p. 33.

⁵² DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, cit., pp. 33 ss.

dernos de Política Criminal (24), 1984, pp. 533-551.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Felix Meiner, Hamburgo, 1922 (reimpr. Scientia, Aalen, 1991).

CAVALLI, Luciano, *Il mutamento sociale. Sette ricerche sulla civiltà occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1978.

BULLASCH, Ute, *Rechtsnorm und Rechtssystem in der Normentheorie Emile Durkheims*, Frankfurt am Main, 1988.

DURKHEIM, Emile, *La división del trabajo social*, 1893. Traducción de Carlos G. Posada. Planeta-Agostini (vols. I y II), Barcelona, 1993.

DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, 1895, traducción de Antonio Ferrer y Robert. Akal Universitaria, 4ª ed., Madrid, 1995.

DURKHEIM, Emile, “Deux lois de l’ evolution pénale”, en *L’Anné Sociologique*, IV, 1901.

DURKHEIM, Emile, *Leçons de sociologie, physique des moeurs et du droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1950 (= *Lecciones de Sociología. Física de las costumbres y el derecho*, 1950. Traducción de David Maldavsky. Schapire Editor S.R.L., Buenos Aires, 1974).

EHRlich, Eugen, *Die juristische Logik*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1925.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999.

JAKOBS, Günther, “Culpabilidad y prevención” (1976) (trad. de C. SUÁREZ GONZÁLEZ), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 73 ss.

JAKOBS, Günther, “Kriminalisierung im Vordfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW* 97 (1985), pp. 751 ss. (= “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” [trad. de E. PEÑARANDA RAMOS], en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 ss.).

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, De Gruyter, 1983; 2ª ed., De Gruyter, 1991 (= *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de J. CUELLO CONTRERAS y J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1995).

JAKOBS, Günther, “El concepto jurídico-penal de acción” (1992) (trad. de M. CANCIO MELIÁ), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 101 ss.

JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (trad. de M. CANCIO MELIÁ y B. FEIJOO SÁNCHEZ), Civitas, Madrid, 1996.

JAKOBS, Günther, *Sobre la génesis de la obligación jurídica* (trad. de M. CANCIO MELIÁ), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

JAKOBS, Günther, *Acción y omisión en Derecho penal* (trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. / REY SANFIZ, L.C.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. de CANCIO MELIÁ, M. / FEIJOO SÁNCHEZ, B.), Marcial Pons, Madrid, 2003.

JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, (trad. M. CANCIO MELIÁ), en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 19 ss.

JAKOBS, Günther, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos

del presente” (trad. de Teresa MANSO PORTO), en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. de la versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 53 ss.

LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción y revisión a cargo de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

VON LISZT, Franz, “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, ZStW 3 (1883), pp. 1 ss. (= *La idea de fin en Derecho Penal*, trad. de E. AIMONE GIBSON, revisada y prologada por M. DE RIVACOBA, Edeval, 1994).

VON LISZT, Franz, “Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindische Handbuche”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), pp. 212 ss.

VON LISZT, Franz, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), pp. 290 ss.

VON LISZT, Franz, “Die Zukunft des Strafrechts” (conferencia pronunciada ante la Sociedad Jurídica de Budapest en 1892), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), pp. 1 ss.

VON LISZT, Franz, “Über den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts” (informe para la Asamblea General de la Asociación Internacional de Criminología, 1893), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), pp. 75 ss.

VON LISZT, Franz, “Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft” (clase inaugural pronunciada en la Universidad de Berlín el 27 de octubre de 1899), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), pp. 284 ss.

VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16^a-17^a ed., Guttentag, Berlín, 1908.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, III, (trad. de la 20^a ed. alemana por L. JIMÉNEZ DE ASÚA y adiciones de Q. SALDAÑA), Reus, 1917.

LUHMANN, Niklas, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart/Berlín/Colonia/Mainz, 1974.

MARRA, Realino, *Il diritto in Durkheim: sensibilità e riflessione nella produzione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1986.

MELOSSI, D. / PAVARINI, C., *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Il Mulino, Bologna, 1977.

MERTON, ROBERT K., “La división del trabajo social de Durkheim” (trad. de C. Torres Albero), *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (99), 2002, 201-209

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976.

MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2^a ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 44 s. (=en *el mismo*, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 47 s.).

MIR PUIG, Santiago, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 49 ss. (=en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1990, pp. 914 ss.; = *El Derecho penal en el Estado Social y*

Democrático de Derecho, Ariel, 1994, pp. 129 ss.).

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte General*, 10ª edición, 2015.

NEUMANN, Ulfried / SCHROTH, Ulrich, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1980.

PARSONS, Talcott, *El sistema social* (trad. de José JIMÉNEZ BLANCO y José CAZORLA PÉREZ, Alianza Editorial, Madrid, 1999).

PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, (en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*. Traducción al castellano y Estudio Preliminar de Enrique Peñaranda Ramos/Carlos J. Suárez González/Manuel Cancio Meliá, Cívitas, Madrid, 1997).

RUSCHE, Georg / KIRCHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984.

SAUER, Wilhelm, *Derecho penal. Parte General* (trad. de la 3ª edición alemana a cargo de J. DEL ROSAL y J. CEREZO MIR), 1956.

SANCHO, María Dolores, "Derecho, delito y pena en Emile Durkheim: un análisis del libro *La división del trabajo social* (1893)", en *Revista Patagónica de Estudios Sociales*, (19/20), 2014, 255-288.

SNELL, Patricia, "From Durkheim to the Chicago school: Against the 'variables sociology' paradigm", *Journal of Classical Sociology*, 10 (1), 2010, 51-67.

SCHELTING, Alexander, *Max Webers Wissenschaftslehre*, I.C.B. Mohr, Tübingen, 1934.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1992.

TAPIA ALBERDI, Fernando, "Fundamentos de la construcción del pensamiento sociológico de Émile Durkheim", en *Política y Sociedad*, 49 (2), 2015, p. 331.

WELZEL, Hans, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*: *Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Deutsches Druck- und Verlags-Haus, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1935 (=en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, De Gruyter, Berlin, 1975, pp. 29 ss).

WELZEL, Hans, "Studien zum System des Strafrechts", *ZStW* 58 (1939), pp. 491 ss.

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, De Gruyter, Berlín, 1947; 4ª ed., De Gruyter, Berlín, 1954; 6ª ed., De Gruyter, Berlín, 1958; 7ª ed., De Gruyter, Berlín, 1960; 11ª ed., De Gruyter, Berlín, 1969; (trad. al castellano de J. BUSTOS RAMÍREZ y S. YÁÑEZ PÉREZ, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970).

WISWEDE, Günther, *Soziologie abweichenden Verhaltens*, Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1973.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>