

**EL TIPO PENAL EN BELING Y LOS
NEOKANTIANOS**

SERGI CARDENAL MOTRAVETA

Profesor de Derecho penal

Universitat de Barcelona

Barcelona, 2002

INDICE

PRÓLOGO	p. 5
NOTA PRELIMINAR	p. 9
INTRODUCCION	p. 10
PRIMERA PARTE. LA INTRODUCCION DE LA TIPICIDAD EN LA DEFINICIÓN GENERAL DEL DELITO. LA TEORIA DEL TIPO DE E. BELING		
CAPITULO I. EL CONCEPTO DE TIPO PROPUESTO POR E. BELING EN SU OBRA <i>DIE LEHRE VOM VERBRECHEN</i>		
I. Antecedentes de la teoría del tipo de Beling	p. 13
II. Bases metodológicas de la teoría del tipo de Beling	p. 17
III. Rasgos generales del concepto de delito propuesto por Beling en <i>Die Lehre vom Verbrechen</i>		
A) <i>El delito como acción</i>	p. 29
B) <i>El delito como acción típica</i>	p. 35
C) <i>El delito como acción antijurídica</i>	p. 40
D) <i>El delito como acción culpable</i>	p. 45

E) *El delito como acción subsumible en una conminación penal adecuada*
..... p. 46

F) *El delito como acción que satisface las condiciones de la conminación penal*
..... p. 49

IV. Caracterización del concepto de tipo propuesto por Beling en *Die Lehre vom Verbrechen*

A) *El tipo como elemento de la ley penal* p. 53

B) *Tipo y norma. Tipicidad y antijuricidad. El carácter valorativamente neutro del tipo* p. 58

C) *Tipo y culpabilidad. El carácter objetivo del tipo* p. 78

V. Primera recapitulación y valoración del concepto de tipo propuesto por Beling
..... p. 83

CAPITULO II. EL CONTENIDO DEL TIPO Y SU TRASCENDENCIA PARA LA TEORIA GENERAL DEL DELITO

I. El contenido del tipo p. 112

II. Las referencias personales de los tipos y las normas p. 128

III. La utilidad metodológica del tipo para la teoría general del delito; consecuencias de la consideración del tipo como punto de partida para delimitar las conductas penalmente relevantes y determinar su significado penal
..... p. 132

IV. Valoración final del concepto de tipo propuesto por Beling en *Die Lehre vom Verbrechen*, y de la trascendencia que este autor le otorga en la teoría general del delito
.....
p. 171

CAPITULO III. LA EVOLUCION DEL CONCEPTO DE TIPO DE BELING HASTA EL AÑO 1930 p. 202
---	--------------

CAPITULO IV. EL CONCEPTO DE TIPO PROPUESTO POR BELING EN SU OBRA <i>DIE LEHRE VOM TATBESTAND</i> p. 232
--	--------------

SEGUNDA PARTE. LA EVOLUCION DE LA TEORIA PENAL DEL TIPO A TRAVES DE LOS AUTORES NEOKANTIANOS

CAPITULO V. LA INFLUENCIA DE LA METODOLOGIA NEOKANTIANA EN LA EVOLUCION DE LA TEORIA PENAL DEL TIPO

I. Introducción p. 275
-----------------	--------------

II. Breve referencia a la metodología positivista p. 279
---	--------------

III. La superación del positivismo p. 284
------------------------------------	--------------

III.1. La posición de W. Dilthey p. 288
----------------------------------	--------------

III.2. Los autores neokantianos p. 296
---------------------------------	--------------

IV. La reintroducción de la discusión valorativa en el seno de la ciencia jurídica p. 315
--	--------------

CAPITULO VI. LA APORTACION DE M. E. MAYER A LA TEORIA PENAL DEL TIPO

I. Introducción p. 350
-----------------	--------------

II. El análisis de la estructura y las funciones de las proposiciones jurídico-penales como punto de partida para definir el delito
p. 351

III. La caracterización del contenido del tipo y de la comprobación de la tipicidad en la teoría del delito de M.E. Mayer p. 371

IV. La concepción de M.E. Mayer sobre la antijuricidad y su relación con la comprobación de la tipicidad p. 422

V. Recapitulación y balance p. 453

CAPITULO VII. LA APORTACION DE E. MEZGER A LA TEORIA PENAL DEL TIPO

I. Introducción p. 464

II. La comprensión del tipo como delimitación y expresión de un injusto específico de carácter especial (*Unrechtstypus*) p. 466

III. El contenido y la naturaleza de los elementos del tipo entendido como injusto específico. Remisión a la delimitación entre el injusto y la culpabilidad p. 480

IV. Consecuencias de la comprensión del tipo como injusto específico para la teoría general del delito. La delimitación de los tipos penales ... p. 504

V. *Excurso*: La concepción de Sauer sobre el tipo penal, como ejemplo de otras propuestas muy próximas a la de Mezger p. 521

CONCLUSIONES p. 541

BIBLIOGRAFÍA CITADA p. 550

PRÓLOGO

La publicación de esta monografía de mi estimado discípulo, el Dr. Sergi Cardenal Montraveta, me llena de satisfacción. La importancia del tema y la calidad del tratamiento que le ha dado su autor son evidentes desde el primer momento. Pero antes de abundar en ambos aspectos, los fundamentales en una obra científica, quiero aplaudir la elección de esta nueva vía de publicación, que sin duda irá ganando las preferencias de la comunidad científica en general y de los distintos segmentos del público jurídico (jueces, fiscales, abogados, profesores, estudiantes, etc.) interesados en tener acceso a las obras de Derecho. Son muchas las ventajas de una publicación *on line*, desde su alcance universal e inmediato —llega a todo el mundo que pueda conectarse a internet, lo que es particularmente importante para los países de habla hispana del otro lado del Atlántico—, hasta las facilidades que implica de búsqueda de conceptos dentro del texto, pasando por el carácter gratuito del acceso que se da en casos como el presente. En cualquier caso, la difusión de la ciencia se ve liberada de los condicionamientos comerciales y económicos que restringen el derecho universal al conocimiento.

El tema de esta obra es uno de los merecen ser difundidos con la generosidad que permite esta forma de publicación. El concepto de tipo penal se ha consolidado como uno de los más característicos de la teoría jurídico-penal. Sin embargo, es un concepto que, en su sentido actual, era desconocido hasta el siglo XX. Beling lo introdujo en 1906. Penalistas neokantianos como Max Ernst Mayer y Mezger lo reinterpretaron en forma algo distinta, pero al hacerlo abrieron las puertas a la concepción del tipo que ha llegado a nuestros días: un tipo dotado de sentido valorativo y comprensivo tanto de una parte objetiva como de una parte subjetiva —

contra la originaria propuesta de Beling de un tipo neutro al valor y puramente descriptivo del hecho externo—. Hoy prevalece entre nuestros autores la inclusión del dolo en el tipo que propugnó el finalismo de Welzel y se reconoce a la tipicidad penal un significado valorativo específico, distinto al de la definitiva antijuridicidad penal del hecho. Pero ninguno de ambos aspectos puede entenderse adecuadamente si se desconoce la evolución que el concepto de tipo penal experimentó desde su nacimiento en Beling hasta su mayoría de edad en Mezger. La monografía que tengo el gusto de presentar aquí aborda por primera vez en español y en forma exhaustiva los dos primeros momentos del origen y el desarrollo del concepto de tipo penal.

La primera mitad, más de 250 páginas, se dedica al estudio minucioso de la obra de Beling en que aparece por primera vez el concepto de tipo penal en su sentido moderno: *Die Lehre vom Verbrechen* (La teoría del delito), así como del libro en que, un cuarto de siglo después, Beling propuso su *segundo* concepto de tipo: *Die Lehre vom Tatbestand* (La teoría del tipo), relacionando todo ello con el resto de obras importantes del autor alemán. La aportación de Sergi Cardenal a la doctrina de habla española ha de valorarse especialmente por el hecho, ciertamente difícil de explicar, de que la obra fundamental de Beling, la primera aquí citada, no fue nunca traducida al español (curiosamente sólo se tradujo el segundo librito de Beling, precisamente el que propuso un segundo concepto de tipo que nunca fue acogido por la doctrina, lo que puede desorientar al lector hispano poco avisado, que puede creer que este segundo concepto fallido de tipo fue el característico del Beling que ha hecho historia). Esta es la primera ocasión que tenemos de leer en español todo el contexto y los detalles de la construcción de Beling. El título de su primera y fundamental obra, “La teoría *del delito*”, ya pone de manifiesto que Beling extendió las consecuencias de su concepto de tipo a toda la teoría del delito. La presente

investigación subraya todas estas consecuencias del concepto de tipo de Beling para su teoría del delito. Ahora entiende el lector el papel *clave* que Beling otorgó a su nuevo concepto en la articulación global de su teoría estratificada del delito (ver, por ejemplo, las páginas 171 y siguientes de esta investigación).

La segunda mitad de la presente monografía se ocupa de la recepción del concepto belingiano de tipo por dos penalistas representativos de la fase neokantiana que triunfó en Alemania entre las dos guerras mundiales. Para comprender las modificaciones que M.E. Mayer y Mezger introdujeron era necesario ahondar en el contexto filosófico del neokantismo y en el cambio de perspectiva que supuso respecto al positivismo que había dominado la última parte del siglo XIX y los comienzos del siglo XX. Sergi Cardenal entra a fondo en los presupuestos filosóficos del neokantismo, ofreciendo al lector el análisis de pasajes clave de Dilthey, Rickert, Radbruch y otros, autores a menudo conocidos sólo de referencia y no de primera mano. Es curioso cómo un cambio tan profundo como el que supuso el tránsito del positivismo al neokantismo no impidiera la incorporación del concepto de tipo de Beling por parte de los penalistas neokantianos, aunque ello fue a cambio de modificar el significado y el alcance de dicho concepto. El profesor Cardenal da cuenta de este proceso de consagración/transformación del concepto de tipo penal siguiendo fiel a una de las características del método que sigue en su investigación: huyendo de generalizaciones y analizando en cambio punto por punto las formulaciones de cada uno de los autores que estudia. Si en la primera parte ofrece un análisis verdaderamente monográfico de la aportación de Beling, en la segunda parte se centra también de forma exhaustiva en M.E. Mayer y en Mezger. Este método permite al lector situar el problema en el contexto del pensamiento de cada uno de estos autores —cada uno con sus diferentes

e importantes matices—, al tiempo que garantiza la máxima fidelidad a las concepciones analizadas.

Lo que ocurrió después de los neokantianos pertenece ya de algún modo al presente. El finalismo y su discusión con la teoría de los elementos negativos del tipo enlazaron con la etapa neoclásica anterior, pero siguen siendo punto de referencia en la discusión actual que ha abierto la teoría de la imputación objetiva. Ojalá que Sergi Cardenal decidiera regalarnos otra monografía sobre el desarrollo de esta discusión, porque en ésta demuestra que reúne las mejores capacidades y los mejores conocimientos para afrontar con rigor una evolución tan compleja de un concepto tan nuclear y cambiante como es el del tipo penal.

Esta publicación responde exactamente al contenido de la tesis doctoral de su autor. Tuve la ventura de haberla dirigido, porque es una suerte que pocos pueden llegar a tener ser obsequiado por un discípulo con una aportación tan trascendente como ésta. Muchas tesis doctorales, aun publicadas, dejan poca huella en la doctrina. Ésta, por el contrario, será probablemente la obra española fundamental sobre las bases históricas del concepto de tipo en Derecho penal.

Seguramente no hace falta que añada nada más para expresar mi opinión sobre esta obra. Pero sí tengo que aprovechar esta oportunidad para decir que mi suerte por haber dirigido una investigación de esta importancia no es mayor que la fortuna de haber disfrutado de cerca la categoría humana de Sergi Cardenal. Su honradez personal, su compromiso con la verdad, su ser de una pieza, explican la solidez y credibilidad que imbuyen su vida y su obra.

Barcelona, mayo de 2002

SANTIAGO MIR PUIG

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Barcelona*

NOTA PRELIMINAR

El contenido de este trabajo coincide en lo sustancial con el de mi tesis doctoral, que llevaba el mismo título. Fue defendida el día 10 de diciembre de 2001 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, ante un Tribunal presidido por el profesor Dr. Silva Sánchez y compuesto por los profesores Dres. Díaz y García Conlledo, Queralt Jiménez, Castiñeira Palou y Corcoy Bidasolo, recibiendo la máxima calificación de sobresaliente “cum laude” por unanimidad. A todos ellos quiero reiterar mi agradecimiento por sus consejos y observaciones.

Sin el apoyo de diversas personas a lo largo de los años que ha durado la realización de este trabajo no hubiera sido posible aguantar el tipo. Quiero expresar aquí mi más profundo agradecimiento a mi maestro, el Prof. Dr. Santiago Mir Puig, por sus enseñanzas, su apoyo, su afecto y el estímulo que representa compartir con él la vida universitaria. Igualmente, deseo expresar aquí mi agradecimiento a mi familia y otros amigos por el apoyo y la paciencia que me han dispensado. La compañía de todos ellos me ha confirmado que, en lo que a méritos se refiere, no cabe otra solución que la de defender un concepto extensivo de autor. Si este trabajo tiene alguno lo compartiré con ellos.

INTRODUCCION

La teoría general del delito pretende reunir y articular en un sistema los presupuestos necesarios para la imposición de una pena. Esta pretensión y su justificación es generalmente compartida. No obstante, como puede fácilmente advertirse de las definiciones del concepto de delito propuestas por los diversos autores, históricamente la articulación de los presupuestos de la pena ha tenido lugar de manera muy diversa. El debate sobre esta cuestión se mantiene en la actualidad. El objeto de este trabajo es la exposición y el estudio crítico de la introducción de la tipicidad como elemento de la definición y la teoría general del delito, así como del significado y la trascendencia que Beling y los autores neokantianos otorgaron al tipo penal.

Este estudio se inicia con la exposición del pensamiento de Ernst Beling porque –como se reconoce por la doctrina– es este autor el que introdujo la tipicidad como categoría autónoma en la definición de delito e inició, de este modo, la moderna teoría del tipo penal. La primera parte de este trabajo está dedicada al análisis de la concepción del tipo penal que Beling propuso a partir de sus *Die Lehre vom Verbrechen* y la tercera edición del *Grundzüge des Strafrechts*, que se publicaron en 1906 y 1905 respectivamente. Asimismo, hacemos referencia a los objetivos que este autor se propuso, a su concepción sobre el método de la ciencia del Derecho, y al significado que anteriormente la doctrina había dado al concepto de tipo.

En gran medida, la diversidad en el modo de articular los presupuestos de la pena, así como las diferencias en el contenido, el significado y la función

de las categorías en las que aquéllos se han agrupado históricamente, responde a la diversidad de las perspectivas metodológicas desde las cuales se ha abordado aquella pretensión. Por esta razón, después de analizar la obra de Beling, hemos dedicado la segunda parte de este trabajo al análisis del concepto y la trascendencia que otorgaron a la teoría del tipo los autores neokantianos, centrando aquí la atención en su concepción acerca del método de la ciencia del Derecho y la plasmación que hicieron de él en la teoría del tipo los penalistas más destacados: M.E. Mayer, Mezger y Sauer.

En relación con la bibliografía que se cita en este trabajo y los autores a los que se presta especial atención, quisiera señalar desde un primer momento que no están todos los que son. Hacer referencia a todos ellos hubiera alargado excesivamente este estudio y las notas al pie de página. Por esta razón, he optado por realizar una selección de los autores y las obras que he considerado más relevantes.

Asimismo, el lector puede pensar que son excesivas las citas literales que contiene este trabajo. Mi decisión al respecto responde al intento de reflejar del modo más fiel posible el pensamiento del correspondiente autor, y evitar al lector tener que ir a consultar el escrito que se cita. En mi opinión, del mismo modo que se reconoce que una imagen vale más que mil palabras, la cita literal puede ser más útil y esclarecedora que mil referencias o explicaciones al respecto.

PRIMERA PARTE

**LA INTRODUCCIÓN DE LA TIPICIDAD EN LA
DEFINICIÓN GENERAL DEL DELITO. LA
TEORÍA DEL TIPO DE E. BELING**

CAPITULO I

EL CONCEPTO DE TIPO PROPUESTO POR E. BELING EN SU OBRA *DIE LEHRE VOM VERBRECHEN*

I. Antecedentes de la teoría del tipo de Beling

1. Ernst Beling es el autor que introdujo la tipicidad como categoría autónoma en la definición general de delito e inició, de este modo, la moderna teoría del tipo¹. Fue en sus obras *Die Lehre vom Verbrechen*

¹ Vid., por ejemplo, E. MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (trad. de la segunda edición alemana y notas de J. A. Rodríguez Muñoz), 2. ed., 1946, t. I., p. 362; del mismo autor, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger, 1926, pp. 3-6; H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957, p. 1; S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 5. ed., 1998, 6/20; J. CERESO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, 5. ed., 1997, t. II, p. 77. Cfr. F. von LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 6.-7. ed., 1908, p. 116, nota 4; D. LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, 1996, p. 226.

Sobre los antecedentes de la teoría del tipo, que se encuentran en el Derecho procesal, vid. K. A. HALL, *De Lehre vom corpus delicti. Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses*, 1933, *passim*; A. GARGANI, *Dal Corpus Delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, 1997, *passim*, especialmente, pp. 157-388; H. LUDEN, *Über den Thatbestand des Verbrechens nach dem gemeinen teutschen Srafrechte*, 1840, pp. 1-62; C. C. STÜBEL, *Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewissheit der ersteren, besonders in Rücksicht der Tötung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursärischen Rechten*, 1805, §§ 1-8; H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen...*, cit., pp. 7 y ss; H. SPRIESTERSBACH, *Neue Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1960, pp. 14-16; L. JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal*, 4. ed., 1964, t. III, pp. 751-752. K.A. HALL señala (*op. cit.*, p. V) que históricamente la teoría del tipo se ha presentado bajo cuatro formas distintas. La

(1906) y en la tercera edición de su *Grundzüge des Strafrechts* (1905)². Esta es la razón por la que iniciamos este estudio con una exposición y análisis de las mismas, centrándonos básicamente en la primera. Pero antes conviene hacer referencia, por una parte, al significado que la literatura y la legislación alemanas atribuían entonces al término "Tatbestand" y, por otra parte, a los objetivos que Beling se propuso y a su concepción sobre el método que debe seguir la ciencia jurídica.

Beling explica que una de las razones que le motivó a escribir *Die Lehre vom Verbrechen* fue el hecho de comprobar que en los ejercicios de Derecho penal muchos alumnos, pese a conocer las doctrinas concretas que resultaban aplicables, al solucionar los casos no eran capaces de ordenar y exponer correctamente sus ideas. Esto se debía en gran medida a una circunstancia: el término "*Tatbestand*" les sonaba a los alumnos

primera corresponde a la teoría del *constare de delicto* del proceso inquisitorial canónico-italiano. La segunda corresponde a la teoría del *corpus delicti* en el proceso inquisitorial alemán ordinario y se mantuvo hasta finales del siglo dieciocho. La tercera corresponde a la teoría del tipo general, como conjunto de todos los elementos del delito, y puede situarse temporalmente a lo largo del siglo diecinueve. La teoría de Beling sería, según Hall, la cuarta configuración de la teoría del tipo.

² Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado ...*, cit., t. III, pp. 754-755. En un principio, Beling pensó en exponer la teoría del tipo en un trabajo sobre el encubrimiento y la receptación que había aceptado elaborar para una obra colectiva de Derecho comparado, pero pronto advirtió que, a pesar de que también en esta materia resultaba de utilidad el concepto de tipo, aquél no era el lugar adecuado, por lo que decidió escribir primero *Die Lehre vom Verbrechen*. Vid. E. BELING, *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen* (libro colectivo editado por H. PLANITZ), 1924, t. II., p. 13.

Sobre el interés científico que despertó la publicación de *Die Lehre vom Verbrechen*, vid. las impresiones que recoge F. BALLVE, *Función de la tipicidad en la dogmática del delito*, 1951, pp. 7-8. En una reseña a aquella obra de Beling, Radbruch (Mon. Krim. Psych., 1907, p. 570) afirmaba que se trataba de un "libro extraordinariamente rico, sólido y sutil".

como algo erudito y disfrutaba de especiales simpatías entre ellos pero, no obstante, respecto del sentido que le correspondía la confusión y la despreocupación eran la nota dominante. Ni en la literatura científica ni en la jurisprudencia se había intentado acabar con la *quaternio terminorum*. Existía un *Tatbestand* del delito, un *Tatbestand* del asesinato y del hurto, un *Tatbestand* del dolo y de la imprudencia, un *Tatbestand* de la legítima defensa, un *Tatbestand* de las enfermedades mentales, un *Tatbestand* de la prescripción, un *Tatbestand* de la compensación, un *Tatbestand* de la tentativa, de la inducción, del concurso ideal y del concurso real, etc... En definitiva, detrás de cada uno de los conceptos jurídico-penales surgía un “*Tatbestand*” como algo metafísico en si mismo. Además, el tipo también hacía referencia a una parte de la propia ley penal. Y esto no era todo: el “*Tatbestand*” también era el respectivo supuesto de hecho, en tanto que realidad fáctica. En ocasiones se hacía referencia al *Tatbestand* "general", otras al "especial", otras al "abstracto", otras al "concreto", otras al "objetivo", otras al "subjetivo"; en ocasiones se pensaba en un *Tatbestand* en el que estaban incluidas las condiciones objetivas de punibilidad, otras veces en un *Tatbestand* en el que éstas eran algo contrapuesto. Y ocurría lo que ocurre siempre que un término se extiende a la representación de figuras diversas: que no se destaca con claridad lo específico de cada una de ellas y sus relaciones lógicas. Sin embargo, según la opinión de Beling, respecto todas estas cuestiones existía un término técnico adecuado y que evitaba la confusión, respecto de todas excepto para hacer referencia al "tipo legal" ("especial", "abstracto" y "objetivo"). Si éste se depuraba, la disposición de los elementos del delito aparecería con toda claridad³.

³ E. BELING, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., pp. 12-13; *Vid.* también, del mismo autor, *L.v.V.*, cit., p. V; del mismo autor, *Grundzüge des Strafrechts*, 6./7. ed., 1920, pp. 116-118; del mismo autor, *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgeseztgebung*, 1922, pp. 62 y 66; del mismo autor, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930, pp. 14-15; del mismo autor, *Grundzüge des Strafrechts*, 11. ed., 1930, § 16.VI. Puesto que existe traducción española de esta última obra (*Esquema de Derecho penal*, trad. de S. Soler, 1944), en lugar de citar las páginas de la edición alemana citaré el

2. En la doctrina alemana se empleaban, fundamentalmente, los conceptos "tipo del delito" ("*Tatbestand des Verbrechens*") o "tipo general" ("*allgemeinen Tatbestande*"), y el concepto "tipo especial" ("*besondere Tatbestand*")⁴. Los primeros se utilizaban más o menos como mero sinónimo del propio delito, haciendo alusión a la totalidad de sus elementos (aunque, en ocasiones, se excluían la imputabilidad y punibilidad). Entendido en este sentido, formaban parte del tipo, por ejemplo, el dolo, la no concurrencia de legítima defensa, la mayoría de edad penal, etc... En definitiva, todo aquello que cae dentro de la parte general del Derecho penal. Beling critica esta utilización del término "tipo" por considerar que es superflua y crea confusión⁵. En su opinión, pese a que se continuaba utilizando en la literatura contemporánea (Berner, Merkel, v. Liszt, Frank o Binding), su supresión no provocaría ninguna laguna⁶.

correspondiente §; así, el lector español que lo desee podrá consultar la versión traducida.

⁴ El sentido procesal de la palabra tipo, que equivale a lo que antes se designaba con la expresión *corpus delicti*, Beling lo deja fuera de consideración. Acerca del mismo, *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 4; K. A. HALL, *De Lehre vom corpus delicti*, cit., *passim*; A. GARGANI, *Dal Corpus Delicti al Tatbestand*, cit., pp. 157-388.

⁵ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 2.

⁶ *Vid.*, E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 1-3 (con referencias bibliográficas); del mismo autor, *L.v.T.*, cit., p. 14, nota 3. En contra de la distinción entre el tipo general y el tipo especial, *vid.* también, M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 8, nota 17. Distinguiendo todavía, *vid.*, por ejemplo, R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. ed., 1931, pp. 4-5. Sobre esta cuestión, *vid.* también B. FREUDENTHAL, "Vom Werte des allgemeinen Verbrechenstatbestandes", en X, pp. 290-300; H. BRUNS, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932, pp. 10-14.

Junto al "tipo general", en la literatura se hacía referencia a los "tipos especiales" de las concretas clases de delito. En este sentido, el concepto de tipo se empleaba por muchos autores para designar con carácter general y de forma sintética los elementos típicos concretos de cada clase de delito: el tipo como conjunto de elementos de los que se deduce la caracterización específica del delito concreto de que se trate. Beling consideraba que este concepto más estrecho de tipo sí era necesario y, además, poseía un papel significativo en la regulación legal del error⁷, aunque su trascendencia iba más allá del contenido del § 59 StGB⁸.

Como veremos, la originalidad del planteamiento que Beling desarrolla en *Die Lehre vom Verbrechen* consiste, precisamente, en trazar con precisión una "teoría general" del "tipo especial" y poner de manifiesto la necesidad de introducir en la definición general de delito la exigencia de que la acción delictiva se corresponda con *alguno* de los "tipos especiales" descritos en la ley penal, lo que comporta integrar el concepto de tipo en la teoría general del delito.

II. Bases metodológicas de la teoría del tipo de Beling

3. Beling inicia el prólogo de *Die Lehre vom Verbrechen* declarando su pretensión de mostrar al tipo de delito (*Verbrechenstatbestand [Typus]*)

⁷ En el RStGB de 1871 la regulación del error se encontraba en el § 59. El contenido de su primer apartado era el siguiente: "Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen" (Si alguien al realizar una conducta punible no conocía la presencia de circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal o que aumentan la punibilidad, estas circunstancias no deben serle imputadas).

⁸ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 3-4, 185 y ss, especialmente p. 186.

como concepto penal básico, aplicable especialmente en el ámbito de las teorías de la denominada unidad de acción y de la participación. En este sentido, destaca que la tipicidad de la acción no es algo que interese exclusivamente a la parte especial del Derecho penal –aquí sólo interesan los tipos concretos, en plural–, sino que se trata de un elemento general del delito que posee una gran importancia metodológica para plantear y abordar el análisis de múltiples aspectos de la teoría general del delito⁹. En su opinión, el proceso de positivización que suponía articular la teoría general del delito sobre la base del tipo permitía reflejar la importancia del § 2 RStGB¹⁰, proporcionar a múltiples aspectos de aquélla un asidero más firme que el que tenían hasta entonces, y replantear el significado de la teoría de las normas, para distinguir correctamente entre el significado material del delito –vinculado a los elementos que lo caracterizan y le dan cuerpo– y su aspecto formal –vinculado a su condición de conducta antinormativa–¹¹.

⁹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. V-VI, 1, 8 y 114-115; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 26. Vid. también, de momento, H. PLATE, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker. Seine Lehren zur Begriffs- und Systembildung*, 1966, p. 70.

Beling quería poner de manifiesto la capacidad de rendimiento del tipo para la construcción de la teoría del delito desde una perspectiva de *lege lata*, pero no renunció a realizar propuestas de *lege ferenda* en algunos aspectos puntuales (v. gr. el encubrimiento y la receptación), para conseguir que la regulación legal tuviera una mayor coherencia sistemática.

¹⁰ El § 2 (1) del RStGB de 1871 establecía: “Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde” (Un hecho sólo puede castigarse cuando la punibilidad estaba legalmente determinada antes de que el hecho se realizara).

¹¹ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. VI. El peculiar significado que Beling atribuía a la distinción entre el aspecto material y el aspecto formal del delito se refleja con claridad en las siguientes afirmaciones: “Se ha reprochado a Binding que descuidaba el

4. Para ilustrar mejor los objetivos que Beling se propuso y la forma en la que pretendía llevarlos a cabo, resulta conveniente completar lo dicho hasta aquí con algunos apuntes sobre su trayectoria académica y su concepción del Derecho y del método de la ciencia jurídica. Esto último no resulta fácil. Por una parte, porque los pronunciamientos expuestos de Beling sobre estos extremos son posteriores a la publicación de *Die Lehre vom Verbrechen* y las primeras ediciones de su *Grundzüge des Strafrechts*, donde traza las líneas básicas de su concepción de la teoría del delito¹². Por

significado material del delito. Injustamente si ese significado material se busca en la dañosidad o la peligrosidad social de la conducta. Pero hoy, de modo generalizado, y no únicamente por parte de los partidarios de la teoría de las normas, en la medida en que el significado especial de la tipicidad no ha encontrado plena consideración junto a la antinormatividad, se otorga demasiado poca importancia al aspecto material del delito, a su dimensión corporal, por llamarlo de algún modo. Yo me he propuesto delimitar aquel elemento material frente al elemento formal de la antinormatividad”. Sobre la distinción que Beling realiza entre los aspectos material y formal del delito, *vid. también op. cit.*, pp. 74-75 y 160; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 9. III. *in fine*.

A las críticas que recibió el formalismo de la concepción de Beling, respondió este autor en la cuarta edición de su *Grundzüge* afirmando: “Es innegable que los tipos formalizan de modo relevante el Derecho penal. Pero, en el fondo, hasta ahora todavía no se ha puesto en duda este formalismo del Derecho penal, y se encuentra ya en la existencia de *tipos* (plural) en la ley, sin verse incrementado por la comprensión del *concepto* de tipo que yo destaco. Además, los propios tipos responden a una valoración (definitiva) de intereses realizada a través del proceso legislativo, y su estricta limitación a los tipos legales ya es en sí misma una manifestación del interés en la seguridad jurídica” (E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. IV; subrayados en el original).

¹² En noviembre de 1890 Beling (19/6/1866 - 18/5/1932) obtuvo la promoción como doctor. Los años siguientes hasta 1893 los dedicó, simultáneamente, a terminar el *Referendariat*, a preparar el *große Staatsprüfung* y a redactar su escrito de habilitación, que versó sobre la evolución histórica de la compensación en las injurias y las lesiones. El 15 de mayo de 1893 fue admitido como *Privatdozent* para Derecho penal, procesal penal, procesal civil e internacional público, aunque no fue hasta 1897 cuando se

otra parte, porque, pese a pronunciarse en favor de los puntos de vista epistemológicos del neokantismo, resulta difícil negar la fuerte influencia que el positivismo formalista ejerce en aquellas obras¹³.

introdujo en el *Extraordinariat* que Alfred Schultzes dejó libre en Breslau. Su primera plaza como Profesor ordinario la obtuvo también en Breslau el año 1898 para suceder a Bennecke. De Breslau Beling pasó a Gießen, donde fue llamado para suceder a Frank. Posteriormente, en el semestre de invierno de 1902/03, se trasladó a Tübingen. De Tübingen Beling pasaría a la Universidad de Munich en abril de 1913 para ocupar una cátedra de Derecho penal, procesal penal y filosofía del Derecho. Es a partir de entonces cuando empieza a dar clases de filosofía del Derecho y se ocupa expresamente de las cuestiones relacionadas con ésta. Vid. E. BELING, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., pp. 7 y ss, especialmente pp. 8 y 16.

¹³ Vid. E. BELING, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1923, *passim*; del mismo autor, "Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück", en *Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin und Arthur Benno Schmidt*, 1931, pp. 1-18. Cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., *passim*, especialmente pp. 15 y ss., 76 y ss., 104 y ss.; W. SAUER, *Filosofía jurídica y social* (trad. de L. Legaz Lacambra), 1933, pp. 14 y 265; F. BALLVE, *Función ...*, cit., pp. 29 y 37; A. TORIO LOPEZ, "Tipicidad. –Referencia a la teoría de los tipos abiertos", en V.V.A.A., *Vinculación del Juez a la Ley penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp. 9 y ss.

Para una panorámica general sobre el método jurídico del positivismo en Alemania, *vid.*, por ejemplo, H. WELZEL, "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 29 y ss.; del mismo autor, *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material* (trad. de cuarta edición alemana, de F. González Vicén), 2. ed., 1979, pp. 191 y ss.; E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 70 y ss.; S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976 (reimp. 1982), pp. 208 y ss, e *infra* Capítulo V. En relación con la polémica entre las teorías positivistas y las no positivistas sobre el concepto de Derecho, *vid.*, por ejemplo, R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho* (trad. de J. M. Seña), 2. ed. española, 1997, pp. 13 y ss.; este autor destaca que todas las teorías positivistas sostienen la tesis de la separación entre Derecho y moral, de modo que "para el concepto positivista de derecho, quedan sólo dos elementos definitorios: el de la legalidad conforme al ordenamiento o dotada de autoridad y el de la eficacia social. Las numerosas variantes del positivismo jurídico resultan de las diversas interpretaciones y del peso que se dé a estos dos elementos definitorios. A todas ellas es común el hecho de que lo que es derecho depende de lo que es impuesto y/o eficaz. La

En la línea del positivismo, Beling considera que el concepto de Derecho debe obtenerse mediante un proceso inductivo de abstracción a partir del conjunto de Ordenamientos jurídicos¹⁴, y que la ciencia del Derecho es una ciencia dedicada al conocimiento del Derecho como realidad empírica. En su opinión, debería ceñirse al conocimiento de la realidad jurídica, entendiendo como tal el contenido del Derecho positivo, con total independencia de la valoración que pueda merecer a la luz de un "deber ser" obtenido de otras fuentes, y prescindiendo de introducir referencias extrajurídicas en la construcción dogmática¹⁵. La introducción de la

corrección del contenido, cualquiera que éste sea, no juega aquí ningún papel" (*op. cit.*, pp. 13-14).

¹⁴ Vid. E. BELING, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, cit., pp. 13 y ss.

¹⁵ Vid. E. BELING, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, cit., *passim*, especialmente, pp. 18 y ss., 35 y ss.; del mismo autor, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., pp. 19-20, 23-25.

No nos resultará difícil entender que –por lo menos inicialmente– Beling era un positivista si, como afirma R. Alexy (*El concepto ...*, cit., p. 13), entendemos que el problema central de la polémica acerca del concepto de Derecho es la relación entre Derecho y moral, que en relación con esta cuestión pueden distinguirse dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista, y que todas las teorías positivistas sostienen la tesis de la separación, según la cual el concepto de Derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral, de modo que presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral, entre aquello que ordena el Derecho y aquello que exige la moral, o entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser. En efecto, de forma casi coincidente con esta definición de Derecho, en la tercera edición de su *Grundzüge des Strafrechts* Beling afirmaba: "El Derecho penal es "Derecho", por lo tanto no tiene nada que ver con la moral. Lo que se castiga no es la reprochabilidad moral, sino la conducta antijurídica. Evidentemente, la mayoría de las veces la acción punible también es inmoral, pero conceptualmente no lo es necesariamente. Existen inmoralidades impunes, del mismo modo que existen acciones morales que son punibles" (E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 2); en el mismo sentido, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 1-2. De forma más matizada,

tipicidad en la definición general de delito y la relación que Beling establece entre el concepto de tipo y el principio de legalidad que recogía el § 2 RStGB encaja perfectamente con el significado político liberal del positivismo jurídico penal, que destacó y reforzó con sus construcciones dogmáticas la vinculación del Juez a la ley¹⁶.

Pero dentro de las premisas generales del positivismo, el planteamiento de Beling presenta rasgos que permiten hablar de un cierto eclecticismo¹⁷. Por

vid. del mismo autor, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908 (reimp. 1978), pp. 50-51.

¹⁶ *Vid.* K. A. HALL, *Die Lehre vom corpus delicti ...*, cit., pp. 155-160, donde afirma que fue Beling quien extrajo las consecuencias sistemáticas del principio *Nullum crimen sine lege*, y destaca la vinculación existente entre el concepto de tipicidad de Beling y su concepción del Estado como Estado de Derecho, así como la relación entre el orden y el contenido de los elementos del delito propuesto por Beling y el orden lógico en el que corresponde analizar su concurrencia en el marco de un proceso judicial: “Desde la gran crítica de Feurbach al proyecto de Kleinschrod, la proposición "nullum crimen sine lege" se ha impuesto definitivamente. Pero sólo tenía validez desde el punto de vista de política criminal y de técnica legislativa. En la dogmática del Derecho penal todavía no estaba suficientemente elaborada. En lugar de realizar puntualmente su misión vinculada al Estado de Derecho, la teoría del tipo del siglo XIX ha malgastado su tiempo con inacabables consideraciones ajenas al proceso [...]. Beling ha recuperado ese tiempo perdido. Un siglo después de Feuerbach y Stübel, Beling ha extraído las consecuencias sistemáticas del principio "nullum crimen sine lege" del Estado de Derecho” (*op. cit.*, pp. 155-156).

Sobre el significado político del positivismo jurídico penal, *vid.*, por ejemplo, S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 211 y ss.; H. WELZEL, "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", en *Abhandlungen ...*, cit., pp. 36-42, 48-50, 66-67; E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 74-75. El significado político liberal del positivismo jurídico también se pone claramente de manifiesto en la concepción de von Liszt sobre la relación entre el Derecho penal y la política criminal.

¹⁷ Cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 15 y ss., 80 y ss. Pese a la existencia de importantes diferencias epistemológicas, el neokantismo de la Escuela de Marburgo presenta también importantes puntos en común con las corrientes positivistas más

una parte, el propio Beling reconoce la influencia que en él han ejercido las doctrinas de Binding¹⁸, que fue su profesor de Derecho penal en la Universidad¹⁹. Por otra parte, la influencia de lo que se ha denominado

formalistas, lo que permitiría considerar que aquél representa un punto intermedio entre el positivismo y el neokantismo de la Escuela Sudoccidental. Vid. G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho* (trad. española de la tercera edición alemana de la obra *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, que apareció en 1932 con el título *Rechtsphilosophie*), 4. ed., 1959, pp. 33-34; vid. también R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1. ed., 1922, pp. 31-32; H. WELZEL, "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", en *Abhandlungen ...*, cit., pp. 244-245; del mismo autor, *Introducción ...*, cit., pp. 197-199; F. GONZALEZ VICEN, "Sobre el neokantismo lógico-jurídico", en *DOXA* núm. 2 (1985), pp. 27-52, especialmente, pp. 28, 44 y ss.; S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 244-245; J. M. SILVA SANCHEZ, *Aproximación ...*, cit., pp. 55-57.

¹⁸ Es sabido que Binding fue uno de los máximos representantes del positivismo normativista. Sobre los rasgos característicos de su obra, vid., por ejemplo, Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954; E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 71-72. Vid. también el análisis de S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 212 y ss.; y la exposición de F. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 245 y ss., 301 y ss.

¹⁹ En 1885 Beling inició los estudios universitarios de Derecho. Cursó tres semestres en Leipzig y tres en Breslau. Binding fue su profesor en las lecciones de conocimientos enciclopédicos (*Enzyklopädie-Vorlesung*) y Derecho Penal. Según el testimonio del propio Beling, el resultado no fue sólo la acogida con entusiasmo de las concepciones básicas de Binding (normas, retribución, culpabilidad), sino también el hecho de provocar que el Derecho Penal pasara a constituir el punto central de su interés en el ámbito jurídico. Aunque las relaciones personales entre ambos no llegaron hasta que Beling fue profesor, éste afirma que "es Binding quien ha hecho que yo sea penalista". Vid. E. BELING, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., p. 4. Cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 73 y ss.

"positivismo naturalista"²⁰ se manifiesta, por ejemplo, en la clasificación que Beling realiza de los elementos del delito coincidiendo con su naturaleza objetivo-externa o subjetivo-interna²¹; en el significado instrumental que atribuye a la construcción jurídica y la importancia que otorga a su utilidad práctica²², y en su concepción sobre la pena, respecto de la cual, pese a asignarle una función de retribución, toma en consideración aspectos preventivos²³.

Siguiendo su propia exposición, la concepción de Beling sobre la ciencia y la filosofía del Derecho y su objeto puede resumirse del modo siguiente²⁴: Beling

²⁰ Sobre sus rasgos generales *vid.*, por ejemplo, E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 75 y ss.; S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 216 y ss.

²¹ Cfr., de momento, H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 17, 27 y 28; H. von WEDEL, "Wandlung der Tatbestandslehre?", en *SchwZStr.* 45 (1931), p. 361.

²² Destacan la influencia de consideraciones procesales en el concepto de delito de Beling, H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 121-122; y K. A. HALL, *Die Lehre vom corpus delicti*, cit., pp. 155-160, que afirma: "Quien quiera hacer grande la teoría del tipo debe pensar procesalmente. Beling pensaba procesalmente" (*op. cit.*, p. 155).

²³ *Vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 7-8; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 6-8; del mismo autor, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., *passim*; del mismo autor, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., pp. 20-22; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 50-59. En la cuarta edición de su *Grundzüge*, Beling afirma (*op. cit.*, p. 6) que "los rasgos esenciales del Derecho penal sólo pueden aclararse si la pena es retribución. Sólo así se entiende que únicamente determinados sucesos ya transcurridos sean los que dan lugar a una pena, que la pena sólo sea admisible cuando este suceso era una acción antijurídica y culpable, y que no pueda castigarse más allá de la medida del injusto y la culpabilidad".

²⁴ *Vid.* E. BELING, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, cit., *passim*; del mismo autor, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., pp. 19-20; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., p. 62, nota 48. Cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 15 y ss., 80 y ss.

consideraba que el objeto de la ciencia del Derecho es la realidad jurídica y aquella debía limitarse a aclarar el contenido de la regulación normativa a través de un proceso cognoscitivo²⁵. El Derecho lo concebía como un “deber ser que es” (*ein “seiendes Sollen”*), un fragmento de la realidad, más exactamente, una realidad psicológica colectiva que llena de contenido regulativo la estructura formal trascendental “orden de la vida social”. Tomando en consideración su aspecto normativo, Beling entendía que la realidad jurídica, representada por los Ordenamientos jurídicos positivos de las diversas comunidades humanas, se contrapone a la realidad de la naturaleza, y también a los procesos reales que se desarrollan en la vida social y pueden explicarse de modo puramente descriptivo, así como a las reglas que pueden extraerse sobre su forma de transcurrir. Por otra parte, tomando en consideración el aspecto empírico del Derecho, Beling opone la realidad jurídica a las normas supraempíricas (*überempirischen Normen*).

La labor de la filosofía del Derecho consistiría –según Beling– en proporcionar a la ciencia del Derecho la base para el conocimiento teórico de éste, o sea, en aclarar el concepto científico de Derecho y todo lo que esté vinculado con él y posea validez general. Por otra parte, a la filosofía del Derecho le correspondería la consideración valorativa de la realidad jurídica preguntando si, a la luz de un deber ser moral, el Derecho es “algo justo”, y el modo en que debe determinarse el modelo ideal de un Ordenamiento jurídico. Sin embargo, Beling entendía que la consideración valorativa del Derecho no debe ocuparse de las particularidades que corresponden a la política jurídica, ni, pese a su proximidad con la Etica, debe preguntarse simplemente por las normas absolutas de conciencia; por el contrario, debe partir de que quien establece las normas es una comunidad de hombres, y debe preguntarse por la regulación normativa

²⁵ Vid. E. BELING, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, pp. 18-21; vid. también, del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 1-50.

heterónoma que, idealmente, aquélla debe establecer para que se cumpla de forma coercitiva.

Partiendo de esta división entre la labor de la ciencia y la de la filosofía del Derecho, Beling consideraba que el método que deben seguir los juristas para obtener el conocimiento del Derecho, de la realidad jurídica, consistía en descubrir aquellos valores de la vida social que, según las ideas del estrato cultural directivo de la correspondiente comunidad, se presentan como el contenido de voluntad de ésta. Se trata, por lo tanto, de un proceso cognoscitivo destinado a determinar cuáles son los valores de la vida social empíricamente dados (*die empirisch gegebenen Wertungen sozialen Lebens*) y no de un acto de voluntad del jurista. No obstante, más allá de la solución de los casos individuales, Beling entendía que resulta necesario aclarar el contenido de las normas generales, para lo que consideraba que era indispensable la "construcción jurídica", o sea, su ordenación lógica en el sistema jurídico. Sin embargo, a diferencia de lo que pretendía la "jurisprudencia de conceptos", en su opinión la utilidad de la construcción sistemática no radica tanto en la posibilidad de proporcionar el resultado material de la cuestión planteada, como en permitir plantearla correctamente. Aquí es donde, en su opinión, radica la importancia del "tipo legal", respecto del cual reconocía que la cuestión de su contenido debe plantearse con independencia de la cuestión relativa a su importancia técnica.

Apoyándose en la distinción entre el contenido valorativo del Derecho y el contenido de las ideas o valores absolutos, y en la consideración de la labor científica como una de carácter meramente cognoscitivo y no valorativo, Beling criticó la opinión de aquellos autores que, como Radbruch, entendían que existía una dependencia lógica entre el concepto de Derecho y la justicia (idea de Derecho), y que ésta es un elemento constitutivo de aquél, de modo que resultaría imposible realizar una definición del Derecho sin tomar en consideración el concepto de justicia²⁶. Con carácter general,

²⁶ Vid. E. BELING, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, cit., p. 34 y la nota al pie, pp. 37 y ss.

Beling consideraba que la ciencia del Derecho debería ser más consciente de que no es más que una ciencia empírica (*Erfahrungswissenschaft*) y no debería idealizar al Derecho ni idealizarse a sí misma²⁷. “El argumento: el contenido de la regulación "debería" ser no aporta nada –dice Beling– para demostrar que tal regulación "es", ni tampoco mostrando el contenido normativo que es se dice nada acerca de si el mismo debería ser [...] también la realidad valorativamente imperfecta sigue siendo realidad”²⁸

Donde mejor se advierte la adhesión de Beling a los postulados del neokantismo es en la importancia metodológica que este autor concedía a la articulación técnica del sistema jurídico y a las formas *a priori* que, en su opinión, habían de permitir conocer la realidad jurídica y plantear correctamente los problemas. En este sentido, aquel autor consideraba las categorías de la teoría del delito como formas *a priori*, ordenadas sistemáticamente para alcanzar el conocimiento científico del Derecho positivo²⁹. Sin embargo, como acabamos de ver, Beling no admitía la referencia a valores de las formas *a priori* de las ciencias del espíritu³⁰, ni que sea la ciencia del Derecho la que configura su objeto de conocimiento.

²⁷ Vid. E. BELING, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, cit., pp. 18 y ss., 33 y ss.; del mismo autor, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., pp. 23-25.

²⁸ E. BELING, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., pp. 23-24. Vid. también, en el mismo sentido, del mismo autor, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, cit., p. 21.

²⁹ Vid., por ejemplo, E. BELING, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, cit., pp. 19-20; del mismo autor, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., pp. 15, 18-19 y 20.

³⁰ Vid. E. BELING, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, cit., pp. 20-21, 33 y ss., donde afirma: “En mi opinión, la separación de la consideración de la realidad y la consideración valorativa (*der Wirklichkeits- und Wertbetrachtung*) no sólo significa una división del método de conocimiento. En mi opinión, el conocimiento se encuentra en el interior de la consideración de la realidad; la valoración de la realidad ya no es conocimiento y, además, la colocación de las medidas valorativas de los valores

En relación con el tipo, lo que Beling quería poner de manifiesto es su pertenencia a las formas teóricas del conocimiento penal, quería mostrar su utilidad sistemático-metodológica para ordenar los presupuestos del delito y plantear los problemas de la teoría general del mismo. Frente a las opiniones que le consideraban formalista, Beling señaló la importancia del pensamiento ordenado sistemáticamente en categorías y reconoció sus límites. En relación con *Die Lehre vom Verbrechen*, admitió que posiblemente no había destacado suficientemente su propósito de plantear únicamente los cauces formales, pudiendo parecer que pretendía derivar de las formas el contenido material de la regulación, lo que sí sería formalismo³¹. Pero –según diría más tarde– sólo se trataba de exponer los fundamentos técnico-jurídicos, las líneas directrices para determinar el contenido material del Derecho penal³².

absolutos es un acto supracognitivo y no lógico” (*op. cit.*, p. 21, nota 3); “Aquí se advierte también donde radica el error metodológico de Radbruch (*Grundzüge der Rechtsphilosophie*, p. 35 y ss.) [...]. El error radica en que no se separan el aspecto categorial del concepto de valor y el objetivo, el del contenido determinado” (*op. cit.*, p. 34, nota 1). *Vid.* también H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 13, 15 y ss., 104 y ss.

³¹ *Vid.* E. BELING, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., pp. 15, 18-19, 20.

³² *Vid.* E. BELING, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., p. 18. *Vid.* también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 16-17; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., p. 48, y especialmente p. 62, nota 48. Cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 104 y ss.

III. Rasgos generales del concepto de delito propuesto por Beling en *Die Lehre vom Verbrechen*

“[...] el tipo establece el contenido jurídico-penalmente relevante de la acción”. E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 224.

“Debe tenerse presente que [...] el tipo, aunque sea el elemento fundamental del delito, sólo es *uno* de ellos y que, a pesar de la identidad de los "tipos", pueden existir diversas conminaciones penales básicas, o puede suceder que una conminación penal básica sólo quiera tener eficacia cuando psíquicamente la realización del tipo ha tenido lugar de una determinada manera”. E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 411 (subrayado en el original)

5. Partiendo de la consideración de que es lógicamente incorrecta la definición usual de delito como acción antijurídica y culpable conminada con pena, y de que la definición correcta desde el punto de vista lógico – delito es la acción antijurídica, culpable y que, además, satisface las condiciones bajo las cuales resulta aplicable la conminación penal– es una definición nominal que no permite saber cuándo puede hablarse de una acción conminada con pena, Beling propone una definición general de delito que enumera los presupuestos cuya concurrencia determina la eficacia de la conminación penal: el delito es la acción típica (ya lo sea directamente o por la vía de una modificación, como forma de aparición), antijurídica, culpable, subsumible en una conminación penal adecuada y que satisface las condiciones de la misma³³.

³³ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 7 y nota 1; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 10; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 10. Sobre la relación entre la tipicidad y la consideración usual del delito como acción "conminada con pena", *vid.* también, del mismo autor, *L.v.V.*, cit., pp. 21-22 y 27-28. Cfr. J. GOLDSCHMIDT, "Die

En esta definición la acción es el concepto general, y se caracteriza mediante cinco elementos: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, adecuación a una determinada conminación penal, y concurrencia de las condiciones de la conminación penal³⁴. Esta clasificación permite –según Beling– una mejor separación de los presupuestos del delito y libera de impurezas a las categorías de la acción, la antijuricidad y la culpabilidad. En la tipicidad se ubican algunos de los elementos que antes se estudiaban en el seno de aquéllas. Como veremos más adelante, esto debía comportar consecuencias significativas, especialmente para las teorías del concurso y de la participación. De momento es importante señalar los elementos de esta definición del delito que se refieren a la parte externa (objetiva) del hecho y los que se refieren a su parte interna (subjctiva). Al primer grupo pertenecen el movimiento corporal o la inmovilidad (como parte externa de la acción), la tipicidad, la antijuricidad, la adecuación a una conminación

“Typentheorie”. Eine kritische Besprechung von Belings, “Lehre vom Verbrechen” und der 3. Auflage seiner “Grundzüge”, en GA núm. 54 (1907), pp. 20 y ss. Este autor niega que la definición de delito como acción antijurídica y culpable conminada con pena sea lógicamente incorrecta y que se trate de una definición nominal o, mejor, tautológica (*op. cit.*, pp. 20-25). Por esta razón, considera que la valoración de la definición de delito que Beling propone y de su teoría del tipo radica en determinar si la descomposición del elemento "conminado con pena" en los elementos "tipicidad, subsumible bajo una conminación penal adecuada y concurrencia de las condiciones de la conminación penal", la separación de las "condiciones personales de la punibilidad" respecto de aquéllos y la decisión de basar en la "tipicidad" el sistema del Derecho penal permiten profundizar en el conocimiento de la esencia del delito y resultan fructíferos para el desarrollo de la ciencia jurídico-penal. Goldschmidt responde negativamente, porque considera que la teoría del tipo de Beling se basa en un grave error lógico y erige en elemento esencial del concepto de delito un elemento accidental propio del Derecho penal alemán moderno, desarrollado sobre la base del Derecho público (*op. cit.*, pp. 25 y ss).

³⁴ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 5 y ss., 72 y ss.

penal y las condiciones objetivas de la conminación penal. Al segundo grupo pertenecen la voluntad (como parte interna de la acción) y la culpabilidad, como forma específica de la voluntad³⁵. No obstante, Beling reconoce que, excepcionalmente, la antijuricidad de la conducta puede depender de los fines perseguidos por el sujeto o de otros aspectos de naturaleza psíquica³⁶.

³⁵ Sobre la división de los elementos del delito entre externos u objetivos e internos o subjetivos y la correspondencia entre ambos grupos, *vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 11; del mismo autor, *L.v.V.*, cit., pp. 76-77, 81-82, 139 y ss.; sobre el orden en el que las distintas categorías deben sucederse en la definición de delito, *vid. op. cit.*, pp. 77 y ss., donde Beling expone las razones por las que entiende que carece de sentido considerar la culpabilidad criminal de una acción que no es antijurídica, o construir el dolo y la imprudencia como conceptos desvinculados de la culpabilidad; en su opinión, como elemento del delito, la culpabilidad es aquel elemento anímico sobre la base del cual se hace responsable a alguien por su acción antijurídica, y tanto el dolo como la imprudencia son especies de la culpabilidad. Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., p. 17; E. MEZGER, *Vom Sinn ...*, cit., pp. 9-10.

³⁶ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 139 y ss., especialmente pp. 141-142. Beling distingue claramente entre el fin perseguido por quien actúa y el "fin objetivo", o sea, la capacidad de la acción para causar un determinado resultado, cuestión que sitúa en el ámbito objetivo. En su opinión, la actuación antijurídica no deja de ser tal por el hecho de que con ella sólo se persiga un fin permitido, ya que el fin no salva los medios. Por otro lado, la actuación conforme a Derecho no pasa a ser antijurídica porque con ella se persigan fines antijurídicos; así, según Beling, la acción de legítima defensa, la que se presenta objetivamente como la defensa necesaria para repeler un ataque actual, es también conforme a Derecho cuando no se persigue ninguna fin defensivo. Sin embargo, Beling reconoce que las autorizaciones jurídicas y las normas pueden estar configuradas de tal modo que la conformidad o contrariedad a Derecho de la actuación se haga depender de los fines que persiga quien actúa; como ejemplos cita el abuso de derecho (*Schikaneverbot*) del § 226 BGB, o las diferencias en la autorización que la policía tiene para detener, según se persigan fines represivos o preventivos. Y también admite Beling que otros elementos psíquicos puedan estar previstos como condición de la conformidad o contrariedad a Derecho, y cita como ejemplo la regulación del § 47 MStGB, que hace depender la antijuricidad de la obediencia a una orden militar de si el

Veamos brevemente la caracterización y delimitación que aquel autor hace de los elementos de la definición del delito que proponía. Esto nos permitirá realizar una primera aproximación a su concepción sobre el ámbito y el significado de la teoría del tipo.

A) *El delito como acción*

6. Según Beling, el concepto de delito sólo puede vincularse a una conducta humana externa y voluntaria. Así caracteriza el "Oberbegriff" de

subordinado conoce sin ninguna duda que lo que se le pide es la comisión de un delito o falta. Según Beling, se trata sólo de “supuestos especiales que se presentan claramente como tales y que podrían no existir. En principio la antijuricidad es independiente de la voluntad de quien actúa y de lo que quiere, de lo que piensa y de sus intenciones; y, en principio, la relación psíquica sólo se toma en consideración en relación con la culpabilidad, la "responsabilidad" y las consecuencias jurídicas que se apoyan en la culpabilidad. ¿Cómo se explicarían sino los §§ 829 y 832 BGB? Tales párrafos presuponen claramente una actuación antijurídica no culpable” (*op. cit.*, p. 142 y nota 1). Por otra parte, Beling rechaza la posibilidad de “basar únicamente en el concepto de "contrariedad a deber" ("*Pflichtwidrigkeit*") el concepto de delito, dejando de lado la "antijuricidad" o, lo que es lo mismo, querer aceptar una "antijuricidad objetiva" sólo a partir de la comprobación de la falta del cuidado exigido = la contrariedad a deber = la culpabilidad. De este modo no se tiene en cuenta que la palabra "contrariedad a deber" tiene un doble sentido. Por un lado significa la disconformidad de la acción con el Ordenamiento jurídico = la antijuricidad respecto de la persona que actúa, la antijuricidad referida personalmente, pero no concebida psíquicamente; y, por otro lado, significa el carácter psíquicamente defectuoso de la actuación. Que no está justificado mezclar ambos sentidos lo pone claramente de manifiesto el concepto positivo de "deber". El deber ya está allí antes de su cumplimiento o lesión [...] El deber es precisamente la mera vinculación objetiva. Si resulta que la acción se aparta objetivamente, entonces se da la contrariedad a deber en el primer sentido, el objetivo. Si, además, la "contrariedad" también se da psíquicamente es una segunda cuestión” (*op. cit.*, p. 143).

la definición del delito³⁷. Pero su opinión se separa de la del resto de la doctrina en cuanto al contenido del concepto de acción y el tratamiento y la ubicación sistemática de los elementos que condicionan el carácter delictivo de una conducta humana voluntaria, pues consideraba que tales elementos no pertenecen al concepto general de acción³⁸. En su opinión, éste es un fantasma sin sangre, un concepto incoloro³⁹. No debe contener ninguna referencia a la culpabilidad ni, por lo tanto, al contenido de la voluntad o de la representación del autor, pues una acción (voluntaria) puede ser culpable o puede no serlo⁴⁰. También la parte externa de la acción debía entenderse como absolutamente incolora, pues si hay acciones que integran un tipo penalmente relevante (acciones caracterizadas penalmente) y otras que no lo integran, esto significa que la sola constatación de la existencia de una acción no afecta a la caracterización de la misma. La pregunta sobre la concurrencia de una acción es previa e independiente a la pregunta relativa a su significado, a su eventual subsunción en un tipo penal. En este sentido, Beling consideraba que la definición de acción debe hacer abstracción de todo el contenido, interno o externo, que caracteriza y da significado penal a la conducta, esto es, de

³⁷ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 8 y ss.

³⁸ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 10, donde considera que es erróneo el tratamiento del concepto de acción que realiza la doctrina actual porque “ésta lo sobrecarga y en el capítulo dedicado a “El delito como acción” trata numerosos aspectos que no tienen nada en común con la acción, sino que pertenecen a los elementos mediante los cuales la acción *delictiva* se distingue del concepto general de acción” (subrayado en el original). Vid. también *op. cit.*, p. 14. Cfr. J. GOLDSCHMIDT, GA 54 (1907), pp. 31 y ss.

³⁹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 17, 28, 144-145.

⁴⁰ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 10-12.

todo aquello que la hace ser una acción penalmente relevante⁴¹. Desde el punto de vista externo, la afirmación de que alguien ha realizado una acción se limitaría a la constatación de que, voluntariamente, un hombre ha realizado un movimiento corporal o ha permanecido inmóvil⁴². Será al analizar el resto de los elementos que deben concurrir para que tal conducta pueda considerarse un delito donde se analizarán las cualidades que debe reunir. Estos elementos tienen el carácter de adjetivos que deben añadirse al sustantivo "acción", son atributos que se refieren a ésta para caracterizarla. Sin perjuicio de que cumpla también las funciones de clasificación, definición y enlace, para Beling el principal significado del concepto de acción radica en su aspecto negativo, en la que hoy se llama su función negativa o de delimitación: en la exclusión de cualquier consideración penal ulterior respecto de todos los sucesos que no son acción⁴³.

⁴¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 12 y ss, 20.

⁴² Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 8 y ss, 14 y ss. El concepto de acción en sentido amplio, como conducta humana voluntaria, abarca, según Beling, tanto a la acción en sentido estricto (= movimiento corporal voluntario), como a la omisión (= inmovilidad voluntaria). En la literatura española, sobre el concepto de omisión de Beling, vid. J. M. SILVA SANCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 21-23.

⁴³ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 17 y ss. Sobre las funciones del concepto de acción vid., por todos, W. MAIHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953; H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. de la tercera edición alemana, de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), 1981, t. I, p. 291; H. H. JESCHECK/T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. ed., 1996, p. 219; J. M. SILVA SANCHEZ, "La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas). Comentario a la STS de 23 de septiembre de 1983", en ADPCP 1986, pp. 905 y ss.; del mismo autor, "Sobre los "movimientos impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción", en ADPCP 1991, pp. 1 y ss.

B) *El delito como acción típica*

7. La tipicidad sería el primero de los elementos que sirven para caracterizar a la acción como delito. Los argumentos que Beling ofrece para introducir este elemento en la definición general de delito y considerarlo como el primero de los que sirven para caracterizar la acción delictiva están relacionados con el concepto de acción que él proponía –un concepto que, como acabamos de ver, no dice nada sobre el significado de la acción, ni sobre su contenido externo ni sobre el contenido de la voluntad–, con la importancia que otorgaba a la ley penal como punto de partida para la caracterización de la acción delictiva, y con la importancia metodológica que atribuía a la tipicidad de la acción en la teoría general del delito⁴⁴.

8. En efecto, con la consideración de la tipicidad como el primero de los elementos que caracterizan la acción delictiva, Beling quería poner de manifiesto que el principio de legalidad reconocido en el § 2 RStGB impedía identificar la "acción punible" y la "acción merecedora de pena", y que el principal significado de aquel párrafo consistía, precisamente, en la exclusión de todos los tipos de delito –entendidos como tipos de acción,

⁴⁴ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 20 y ss. De la importancia metodológica del tipo, esto es, de la importancia que Beling otorga a este concepto para ordenar sistemáticamente los elementos del concepto general de delito y abordar múltiples cuestiones de la teoría general del mismo nos ocuparemos más adelante. Basta aquí con señalar la importancia que Beling concedía a esta cuestión para justificar la definición general del delito que propuso.

no como tipos de autor– no reconocidos en el Derecho positivo⁴⁵. Frente a este aspecto del principio de legalidad, la exclusión del Derecho consuetudinario y de la analogía en la configuración de los tipos sería una cuestión secundaria, que respondería a la pretensión de alcanzar un grado especialmente alto de tipicidad para prevenir toda inseguridad jurídica. Además, Beling consideraba que aquella exclusión sólo se refería a los tipos y a las conminaciones penales; las proposiciones penales que no afecten a los tipos y todas las proposiciones que se refieran a la antijuricidad (normas e infracción de las normas) sí podrían configurarse por vía consuetudinaria o analógica⁴⁶.

9. Partiendo de estas consideraciones sobre el significado y las consecuencias del principio de legalidad, Beling destaca que ya no es posible afirmar que toda acción antijurídica y culpable da lugar a una conminación penal. Sólo pueden caer bajo una conminación penal

⁴⁵ Beling consideraba (*L.v.V.*, cit. pp. 21-22) que el § 2 RStGB exigía que el delito fuera una acción caracterizada de una determinada forma, de modo que una ley como la que muchos deseaban y que sólo estableciera una pena para los bribones (*der Schurkenparagraph*), esto es, una ley que estableciera: “Todo bribón será castigado [...]”, pese a que sería intachable desde el punto de vista de la exclusión del derecho consuetudinario y la analogía, infringiría el § 2 RStGB por no respetar la limitación de la punibilidad a determinados tipos de delito que aquel parágrafo impone.

⁴⁶ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 21 y ss., p. 159 nota 1, p. 169. *Vid.* también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 19-20; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 15. En relación con el principio “nulla poena sine praevia lege poenali”, que la doctrina también vinculaba al § 2 RStGB, Beling considera (*L.v.V.*, cit., p. 27) que no está justificado; en su opinión, mediante la ulterior introducción del correspondiente tipo de delito debería ser posible castigar los hechos antijurídicos y culpables que en el momento de su comisión eran atípicos, pues su condición de hechos antijurídicos y culpables comporta su condición de hechos merecedores de pena.

determinados tipos de delito, cuyos contornos están perfectamente delimitados (*fest umrissene Verbrechenstypen*). Y el contorno de estos tipos de delito (*der Umriß des Verbrechenstypus*) lo proporcionan los tipos (*Tatbestände*) que, de forma numéricamente exhaustiva, establece el Derecho positivo. Ninguna acción que no sea típica en el sentido apuntado podrá calificarse como delito ya que, por más que sea una acción, antijurídica y culpable, no resulta apropiada para servir como punto de referencia para la aplicación de una conminación penal. De acuerdo con el Derecho vigente, sólo podrá calificarse como delito aquella acción que se corresponda con uno de los tipos que, de forma exhaustiva, se encuentran dispuestos en la parte especial del Derecho penal, esto es, cuando se trate de una acción típica (*die typische, tatbestandsmäßige Handlung*). Esta circunstancia debía llevar a reconocer que la tipicidad, en tanto que característica de la acción, es un elemento conceptual del delito⁴⁷.

Lo anterior no comportaba una confusión entre el concepto general de delito y el concreto concepto de cada una de las distintas clases de delitos en particular, pues –como Beling se encargó de poner de relieve– el concepto general de delito no requiere que se realice un tipo determinado, sino que la acción pueda subsumirse en algún tipo, con independencia de cual sea éste⁴⁸. En este sentido, enlazando con la función metodológica y el

⁴⁷ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 23-24. Cfr. del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 30; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 24-25; cfr. K. BINDING, *Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8. ed., 1913 (reimp. 1975), p. 86, nota 1; M. E. MAYER, "Literaturbericht. Recensión a Die Lehre vom Verbrechen", en *ZStrW*, núm. 10 (1906), p. 799.

⁴⁸ E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 24 y ss, 114, 269. Cfr. J. GOLDSCHMIDT, *GA* 54 (1907), pp. 25 y ss.; este autor reconoce que la tipicidad, entendida como exigencia de que la acción delictiva se encuentre formulada con precisión en la ley penal, es un elemento del concepto general de delito, pero considera que si la tipicidad de la acción se entiende como "realización de un tipo especial", entonces ya no puede considerarse

significado valorativo que Beling atribuía al tipo, este autor afirma que “el tipo es un concepto puro sin un significado autónomo. En relación con él la acción antijurídica y culpable deviene delito”⁴⁹.

10. En la teoría del delito que Beling propuso, la tipicidad cumplía la función de delimitar el contenido de la acción, de modo que quedaran excluidas del concepto de delito las acciones sin contenido típico y aquél se pudiera desarrollar partiendo de la consideración de la acción como "hecho". “Mediante los tipos –dice Beling– las acciones se visten por primera vez con colores y, a partir de entonces, se dividen en acciones de homicidio, acciones de daños, etc...”. Al tratarse de elementos que determinan el significado de la acción, resulta perfectamente coherente la ubicación sistemática en la teoría de la tipicidad que aquel autor propuso para las teorías del resultado, de la causalidad, del objeto del hecho, y del contenido de los delitos de omisión⁵⁰. En efecto, la introducción de la tipicidad en la definición de delito permite reunir en ella a todos los elementos que caracterizan y otorgan relevancia *penal* a la acción. Pero aquí se agota su significado, pues –como veremos– Beling distinguía muy

como un elemento común a todos los delitos y, por lo tanto, no puede incluirse en la definición general de delito. Goldschmidt no se opone a que en la definición de delito se encuentre comprendida la exigencia de que la acción delictiva esté formulada con precisión en una ley penal. A lo que él se opone, por entender que es lógicamente incorrecto, es a incluir en el concepto general de delito la exigencia de que la configuración externa de la acción antijurídica y culpable se corresponda con alguno de los tipos (especiales) descritos con precisión en la ley penal.

⁴⁹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 13, nota 1, pp. 24 y ss., 111, 113.

⁵⁰ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 17, 28, 30, 144-145, 207-209, 224. Vid. también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4 ed., 1912, pp. III-IV. Cfr. K. BINDING, *Grundriß ...*, cit., p. 86, nota 1.

claramente entre *la caracterización penal* de la acción que realiza la ley penal, y *la valoración* de aquélla *en el sentido de su conformidad o disconformidad con las exigencias del Ordenamiento jurídico*. Esto último ya no afecta (directamente) a la tipicidad, sino a la antijuricidad de la conducta⁵¹. El tipo fija el contenido penalmente relevante de la acción, pero sólo con posterioridad corresponde analizar si la acción típica es contraria al Ordenamiento jurídico⁵², y si se da la necesaria correspondencia entre los elementos objetivos y los elementos subjetivos del delito⁵³. En relación con esta cuestión, de acuerdo con el significado garantístico que Beling atribuye a la exigencia de que, formalmente, la

⁵¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 31 y ss., 144 y ss. Este autor señala expresamente (*op. cit.*, p. 144) que “[m]ediante los tipos las acciones se visten por primera vez con colores y, a partir de entonces, se dividen en acciones de homicidio, acciones de daños, etc... Este proceso de singularización que se persigue mediante los tipos no es en modo alguno idéntico a la división de las acciones en acciones relevantes e irrelevantes para el Derecho. Una acción puede ser típica sin por ello ser antijurídica [...]; inversamente, puede ser antijurídica sin corresponderse con uno de los tipos específicos [...]. Precisamente en esto se pone de relieve el significado autónomo del tipo”.

⁵² Vid., de momento, E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 77: “Hasta que no se ha comprobado la tipicidad, toda discusión ulterior está suspendida en el aire. [...] ¡Primero el contenido de la acción (tipicidad), y entonces su contradicción con el Ordenamiento jurídico! Aunque respecto de algunos tipos la tipicidad es incluso un indicación de la antijuricidad que se da normalmente”. Sobre el carácter previo de la tipicidad respecto de la culpabilidad, *vid. op. cit.*, pp. 78 y ss., concretamente, p. 80.

⁵³ Sobre la delimitación de los elementos del tipo y su relación con la problemática del ámbito del dolo y el contenido del § 59 RStGB volveremos más adelante. Vid., de momento, E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 81-82. Sobre la distinción entre elementos personales típicos (*tatbestandlichen Persönlichkeitserfordernissen*) y las condiciones personales de punibilidad (*persönlichen Strafbarkeitsbedingungen*), según deban o no ser abarcadas por el dolo y su ausencia provoque o no falta de tipicidad (*Mangel am Tatbestande*), *vid. op. cit.*, pp. 85-86, y la nota 1 de la p. 86.

conducta delictiva sea una acción típica, este autor señala que la consideración de la tipicidad como un elemento conceptual del delito permite explicar la razón por la que la mera revelación o exteriorización del propósito o dolo delictivo no constituye delito por sí sola: esto es así porque normalmente la sola exteriorización del dolo no es una acción típica⁵⁴. Y también permite explicar la esencia del denominado injusto punible frente al "injusto civil": el injusto no penal es todo aquel que no está tipificado, mientras que el injusto punible es el que se ha vertido en los tipos⁵⁵.

C) *El delito como acción antijurídica*

11. Para ser delito, la acción típica debe ser antijurídica. Según Beling, esto no ocurre siempre y, por lo tanto, es necesario distinguir entre la

⁵⁴ Según Beling (*L.v.V.*, cit., pp. 28-29), el principio "Cogitationis poenam nemo patitur" no es suficiente para explicar por qué la revelación del propósito o dolo delictivo no constituye ya una acción punible. Aquel principio sólo dice que la propia "cogitatio" no puede ser un delito y que un delito no puede consistir en ella, porque no es una "acción". Sin embargo, la revelación del dolo sí constituye una "acción"; por lo tanto, lo que explica que no constituya delito es el hecho de que normalmente sea atípica, porque en la legislación no se encuentra la "revelación" recogida como tipo de delito. Así se explica también el motivo por el que *podría suceder* que, sin infringir el principio "Cogitationis poenam nemo patitur", la revelación del propósito o dolo delictivo llegue a constituir un delito real. ¡Adviértase la escasa importancia que Beling concedía al principio de lesividad!

⁵⁵ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 28-30, 147. Según Beling, la comprensión de la tipicidad como elemento que caracteriza la acción delictiva también pondría de manifiesto que –como indicó Binding– entre el delito y el contenido de la ley penal no existe una relación de oposición, sino una relación de concordancia.

tipicidad y la antijuricidad⁵⁶. Esta la concibe de modo meramente formal, como relación de contrariedad con el Ordenamiento jurídico; la acción antijurídica es la acción incorrecta en sentido jurídico. Partiendo de la concepción del Derecho como poder heterónimo (*als heteronome Lebensmacht*), aquel autor consideraba que el requisito de la antijuricidad de la acción no debe sustituirse por otros elementos extra-jurídicos, ni por consideraciones subjetivas como la dañosidad o la peligrosidad social, la contradicción con la cultura, o la inmoralidad. Y tampoco puede ser entendido en estos sentidos.

Pese a reconocer que normalmente el delito es una acción socialmente dañosa o peligrosa, Beling consideraba que esto no es algo conceptualmente necesario y que la toma en consideración de aquellos parámetros, además de suponer una confusión entre el ideal de la legislación y la esencia del producto legislativo, hace desaparecer la necesaria seguridad en la determinación de las acciones delictivas. Igual que ocurría con la tipicidad, el concepto de antijuricidad que propone es un concepto esencialmente formal. Beling no admite que pueda sustituirse por un concepto material, ni que dependa de consideraciones materiales que se añadan al aspecto formal. La perspectiva que adopta es meramente inductiva: se limita a afirmar que la acción punible debe ser una acción antijurídica, y que cuando el Estado declara punible una acción expresa del modo más decidido posible que no la aprueba y que contradice el Ordenamiento jurídico⁵⁷. Se pone así de manifiesto la influencia del

⁵⁶ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 31 y ss.

⁵⁷ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. VI, 31 y ss, 145 y ss., 184 y nota 1. “La consideración del organismo social *debe* alumbrar previamente al legislador, pero de hecho no siempre le alumbrar previamente. Si un ley penal llega del taller del legislador, *nosotros* no tenemos ninguna legitimación para examinar la peligrosidad social o su ausencia. Quien incorpora la peligrosidad social entre los elementos constitutivos del

método positivista en su construcción dogmática y la importancia que este autor concedía a la seguridad jurídica.

12. Aunque Beling admitía que en la punibilidad reconocemos inductivamente la antijuricidad, consideraba que, *desde el punto de vista lógico*, la antijuricidad es el *prius* y la punibilidad el *posterius* y, por lo tanto, la punibilidad no puede afirmarse hasta que no hayamos determinado la antijuricidad de la acción. Desde esta perspectiva, Beling aborda la cuestión que Frank y otros autores habían suscitado sobre si la antijuricidad debía entenderse como un elemento positivo del concepto de delito, o su ausencia debía entenderse como un elemento negativo. Beling considera que, desde un punto de vista lógico, es lo mismo afirmar que no concurre

delito confunde de modo evidente el *ideal* de la legislación con la esencia de los productos legislativos. El producto está ahí y nadie debe preguntar al respecto (*de lege lata*, naturalmente) si se corresponde con el ideal, si en su confección se ha tenido presente el ideal” (*op. cit.*, p. 32; subrayados en el original). “[...] aquellos conceptos de la peligrosidad social, de la contrariedad a la cultura y, en particular, de la inmoralidad están sometidos a un enjuiciamiento totalmente distinto. Cuando el concepto de delito se hace depender de ellos, entonces desaparece toda *seguridad del enjuiciamiento acerca de si algo es un delito. En tanto que poder heterónimo de la vida, el Derecho* se sustrae de las concepciones subjetivas y, con ello, es terreno seguro –y debe ser así” (*op. cit.*, pp. 33-34; subrayados añadidos). “Debe permanecer ahí: si es o no contrario a la cultura, si es o no contrario a la moral, esto es indiferente en el ámbito del Derecho. Lo que no se corresponde con el Derecho es antijurídico, por más que pueda perfectamente estar fuera de la contrariedad a la cultura, etc...; y lo que es contrario a la cultura, etc..., todavía no es, por ello, antijurídico o punible. El significado de la actuación sólo puede medirse con el Derecho, no con los baremos de la cultura, etc..., que están por encima de él, a merced de concepciones subjetivas” (*op. cit.*, pp. 35-36). En el mismo sentido, E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 46; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 38. Sobre la vinculación entre los conceptos de antijuricidad y norma, y la relación de ésta con la ley penal, *vid. infra* en el texto, y *L.v.V.*, cit., pp. 115 y ss.

una acción punible cuando el hecho no es antijurídico, que afirmar que sólo se da una acción punible cuando el hecho es antijurídico. Entre ambas afirmaciones no hay una diferencia objetiva. Desde la perspectiva del Derecho material no se deriva ninguna consecuencia de concebir la ausencia de antijuricidad como un elemento negativo. Sólo en el ámbito del Derecho procesal puede tener alguna relevancia esta cuestión, lo cual es incluso discutible en el Derecho procesal penal. Ya se trate de elementos constitutivos del delito de carácter "positivo" o "negativo", el supuesto de hecho que se imputa al procesado siempre debe ser probado de forma positiva. Por esta razón, Beling afirma que la concepción de la antijuricidad como condición negativa no se distingue en nada de su concepción como condición positiva⁵⁸. En su opinión, cuando Frank considera que la antijuricidad no pertenece al concepto de delito y su ausencia es un elemento negativo del supuesto de hecho, mezcla la cuestión relativa a la consideración de la antijuricidad como presupuesto necesario para la existencia de un delito, y la cuestión relativa a la necesidad de que concurren otros presupuestos especiales, además de los previstos en el tipo, para afirmar la antijuricidad de la conducta. En relación con esta última cuestión, Beling admite que cuando la ley penal no destaca *expressis verbis* el elemento de la antijuricidad (v. gr. en los delitos de homicidio), la punibilidad de la conducta se da, en principio, por sobrentendida, de modo que la acción sólo dejará de ser punible cuando concurren circunstancias

⁵⁸ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 36 y ss. En relación con el estado de la discusión sobre la teoría de los elementos negativos del tipo a finales del siglo diecinueve y principios del veinte, vid. E. KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1903 (reimp. 1978), pp. 59 y ss.; H. J. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtsfertigungsgrund*, 1960, pp. 21 y ss.

especiales que excluyen la antijuricidad⁵⁹. Sin embargo, esto no es obstáculo para que resulte necesario concebir el delito como acción antijurídica y sea correcto afirmar, de forma abreviada, que “el delito es injusto”. Lo que Beling rechaza es la opinión de aquellos autores que consideran que, desde el punto de vista sustantivo, la esencia del delito es el "injusto". Esto ha llevado a considerar que el Derecho penal es, por decirlo de algún modo, un fragmento de un gran "Derecho del injusto" ("*Unrechtsrecht*") y la teoría del Derecho penal debe partir de la cuestión previa acerca de lo que puede ser "injusto", esto es, de si sólo puede ser "injusto" la acción del hombre, o también pueden serlo estados y sucesos que no constituyan acciones. Frente a este tipo de planteamientos que parten de la consideración del injusto como algo sustantivo, Beling afirma que para la construcción del concepto de delito es indiferente si un estado, o sucesos que no constituyen acciones, pueden designarse *per se* como antijurídicos. Lo único que importa es determinar cuándo puede designarse una acción como antijurídica; sólo dentro de este contexto cabe preguntarse si la consideración de una acción como antijurídica debe fijarse únicamente en la propia acción o también puede fijarse en el "estado antijurídico" al que aquélla se dirige. En relación con esta cuestión, Beling reconoce que para determinar si alguien ha cometido un delito sólo interesa un aspecto de la teoría de la antijuricidad: aquel que hace referencia a la antijuricidad de la actuación del hombre, la antinormatividad, la antijuricidad "subjetiva". Pero también con relación a un estado o un suceso que no constituye una

⁵⁹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 39-40, 77, 148-149, 161 y ss, 164, 193. Vid. también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 11. Sobre si la ley penal representa en algunos casos un indicio de la existencia de una norma conforme a la cual podría determinarse la antijuricidad, vid. *L.v.V.*, cit., pp. 115 y ss, 124 y ss. y 129 y ss., 161-162; sobre la base de la unidad del Ordenamiento jurídico, Beling niega la naturaleza exclusivamente penal de la antijuricidad y de aquellas normas.

acción puede decirse –y el propio Derecho positivo lo hace– que es antijurídico y, en ocasiones, es a partir de esta antijuricidad "objetiva" como se obtiene, por vía interpretativa, la norma relativa a la acción que produce o se dirige a la producción de aquel estado. En este sentido, Beling distinguía entre, por un lado, las “normas directas”, que declaran inadmisibles la acción que caracterizan, y, por otro lado, las “normas o proposiciones mediatas”, que se refieren a meros estados o sucesos inadmisibles sin definir más exactamente la propia acción, de modo que es inadmisibles toda acción que se presenta en una relación causal con aquél. En cualquier caso, lo que Beling subraya es que no debe perderse de vista el carácter adjetivo del injusto y que no es la causalidad, sino un juicio jurídico de valor (*ein juristisches Werturteil*) lo que determina el carácter de un hecho como "injusto"⁶⁰.

D) *El delito como acción culpable*

13. También en relación con la culpabilidad Beling niega que se trate de un concepto sustantivo; se trata, más bien, de la sustantivización de una cualidad que la acción debe reunir para poder ser delito. Si la acción es una manifestación de la voluntad, y la tipicidad y la antijuricidad son especializaciones de la manifestación de voluntad en el ámbito objetivo, la culpabilidad es una especialización de la manifestación de voluntad en el

⁶⁰ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 40-42, 170 y ss. En relación con la teoría de la unidad y pluralidad de delitos, Beling atribuye a la sustantivación del injusto el hecho de que aquélla se haya intentado fundamentar sobre la base de una supuesta unidad y pluralidad de injusto; en su opinión, en el caso de que esto fuera posible, sería algo de naturaleza adjetiva y, por lo tanto, no podría constituir el punto de partida para contar delitos. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

ámbito subjetivo. Sobre la base de este planteamiento que vincula la culpabilidad al aspecto interno de la acción, Beling afirma que el dolo y la imprudencia sólo pueden vincularse al núcleo de la voluntad de la acción (*sind nur an den Willenskern der Handlung anknüpfbar*). El carácter doloso y la imprudencia no son más que una determinada forma de la voluntad, y deben configurarse partiendo del vínculo entre la voluntad y la culpabilidad. Esta la concibe Beling precisamente como el contenido reprochable de la voluntad o, en su caso, la ausencia reprochable de un determinado contenido de la voluntad. En definitiva, Beling considera que así como el tipo y la antijuricidad otorgan un determinado contenido externo a la conducta, la culpabilidad le otorga un determinado contenido a la voluntad⁶¹.

E) *El delito como acción subsumible en una conminación penal adecuada*

14. Aunque con la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad se ha delimitado ya la esencia del delito y una acción que reúna estas características es –según Beling– una acción merecedora de pena, en el Derecho penal vigente tales acciones no son siempre delito, pues las conminaciones penales concretas del Derecho positivo no se extienden a todas las acciones así configuradas. Hay acciones típicas, antijurídicas y culpables respecto de las cuales no se encuentra en la ley ninguna conminación penal que se ajuste a ellas, ninguna conminación penal

⁶¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 42 y ss, 178 y ss. Sobre la necesidad de comprobar la antijuricidad con carácter previo a la comprobación de la culpabilidad, *vid. supra* nota 35 y *op. cit.*, pp. 78 y ss.; sobre la relación entre la culpabilidad y la infracción del deber, *vid. supra* nota 36 y *op. cit.* p. 143.

adecuada. Esto sería lo que, por ejemplo, ocurre con los daños imprudentes: se trata de una acción típica respecto de la cual, sin embargo, no es aplicable el § 303 RStG ni ninguna otra ley penal. Y lo mismo sucede – según Beling– con la inducción y la complicidad imprudentes, con la complicidad en las contravenciones, y con la tentativa de las contravenciones y de multitud de delitos menos graves⁶².

Partiendo de estas consideraciones –que ponen de manifiesto hasta qué punto el concepto de tipo que Beling propuso es un concepto abstracto, ajeno al carácter culpable y a la eventual punibilidad de la conducta típica y diverso, por tanto, al que en la doctrina suele denominarse como tipo de garantía–, aquel autor entendía que en un concepto de delito que se ajuste al Derecho positivo resultaba necesario incluir el requisito de la concurrencia de una conminación penal adecuada a la acción típica, antijurídica y culpable⁶³. Pero es imprescindible aclarar aquí que, de acuerdo con la concepción de Beling, la existencia de una conminación penal adecuada no comporta que el hecho fuera realmente punible; sólo supone afirmar una relación lógica de correspondencia entre el mismo y la ley, la existencia de un punto de conexión que abre la posibilidad de subsumir el hecho en una conminación penal y afirmar que constituye delito; si realmente constituye delito, si la conminación penal realmente lo alcanza y se trata de un hecho punible es una cuestión distinta, que depende de los límites de su eficacia⁶⁴. En este sentido, Beling señala que el principal significado y la importancia práctica de la definición de delito trazada hasta este momento radica en su aspecto negativo: la afirmación de estos cuatro requisitos no

⁶² Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 47-48 y 262.

⁶³ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 47-51.

⁶⁴ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 49-50.

permite todavía afirmar la concurrencia de un delito, pero la negación de cualquiera de ellos sí que permite negarla, y hace innecesario plantearse la posible aplicación de una conminación penal⁶⁵.

La distinción que Beling proponía entre el conjunto de las acciones típicas y el de las acciones típicas, antijurídicas y culpables subsumibles en una conminación penal se rechazó por parte de la doctrina que aceptaba la incorporación de la exigencia de la tipicidad de la conducta en la definición y la teoría generales del delito, para expresar la vigencia del principio de legalidad. Con aquella distinción se dispersan los elementos que condicionan y determinan el significado penal de una acción y se pierde la oportunidad para considerarlos unitariamente. Se hubiera podido especificar que no toda acción típica que se realice de forma antijurídica y culpable es penalmente relevante, porque su relevancia penal –y no sólo la gravedad de la pena– puede depender de la decisión del legislador acerca de la configuración interna de la conducta. O, sino, considerar que existe un aspecto de la culpabilidad –el dolo y la imprudencia referidos a los elementos del tipo objetivo– que también forma parte del tipo, sin que su concurrencia o ausencia prejuzgue la conformidad o disconformidad de la acción típica con el conjunto del Ordenamiento jurídico, ni la culpabilidad. De alguna manera, al reconocer que las consecuencias de la vigencia del principio de legalidad no se limitan a los elementos del tipo, sino que se extienden también a las conminaciones penales, Beling ya advertía la posibilidad de esta segunda opción. El hecho de que no se decantara por ella puede responder a las siguientes razones⁶⁶: 1) a la voluntad de separar

⁶⁵ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 50-51.

⁶⁶ Para explicar que la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad son características de la acción que preceden al requisito de su adecuación a una conminación penal, Beling argumenta (*L.v.V.*, cit., pp. 50-51) que sólo una acción así caracterizada constituye un delito potencial respecto del cual puede ajustarse una conminación penal. La búsqueda

lo más claramente posible el análisis de los elementos objetivos del tipo y el análisis de los elementos subjetivos de la acción delictiva; 2) al deseo de separar lo más claramente posible la cuestión relativa a la antijuricidad de la acción y la cuestión relativa al análisis de los elementos subjetivos que caracterizan las acciones con relevancia penal; 3) al deseo de considerar unitariamente los elementos que caracterizan subjetivamente las acciones con relevancia penal, y condicionan la culpabilidad de la acción que reúne los elementos objetivos del tipo y es antijurídica; 4) el deseo de distinguir entre el objeto que debe ser abarcado por el dolo del autor (las circunstancias del tipo objetivo) y aquellos elementos del concepto de delito que no deben ser abarcados por el dolo (la existencia de una conminación penal adecuada y las condiciones meramente objetivas de ésta) y respecto de los cuales es irrelevante si el autor los conoce o no⁶⁷. De momento basta con destacar aquí el significado garantístico que cabe atribuir a los tres primeros argumentos, y la importancia que podían tener en la fase inicial de la formación de la teoría del delito sobre la base del Derecho positivo, como la que estamos analizando. De hecho, estos tres puntos son los que, junto con la discusión sobre la relación entre el contenido del tipo y el contenido de la antijuricidad, marcarán la evolución posterior de la teoría del tipo y del delito.

F) El delito como acción que satisface las condiciones de la conminación penal

de una conminación penal adecuada presupone que el suceso no sea uno de los que se sustrae a todas las conminaciones penales. Cfr. M. E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 13-14, nota 29; E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., p. 162, nota 5.

⁶⁷ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 186 y ss.

15. Con la referencia a la necesidad de que la acción satisfaga las condiciones de la conminación penal Beling quería expresar que la efectiva aplicación de ésta requiere todavía la concurrencia de ulteriores condiciones (v. gr. la no concurrencia de la situación de necesidad prevista en el § 54 RStGB, la producción del resultado en los delitos cualificados por el resultado, o la comisión de la infracción dentro del territorio nacional, prevista en el § 6 RStGB)⁶⁸. Según Beling, se trata de condiciones que se distinguen radicalmente de las enumeradas hasta este momento y cuyo significado presupone la concurrencia de éstas⁶⁹. En este sentido, para subrayar su separación respecto de la tipicidad, Beling afirma que las condiciones de la conminación penal no tienen nada que ver con el tipo de delito (*Verbrechenstypus*) y son, más bien, condiciones ajenas al tipo (*tatbestandsfremde*); su ausencia no modifica la imagen típica (*das typische Bild*) y su concurrencia no aporta absolutamente nada al tipo de delito⁷⁰. Tampoco condicionan la antijuricidad, pues las normas son independientes de ella. Todo esto tiene relevancia para la cuestión relativa al ámbito del dolo, pues mientras que –según Beling– el dolo requiere que

⁶⁸ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 51 y ss.

⁶⁹ Vid. las clasificaciones que Beling realiza (*L.v.V.*, cit., pp. 53-55) entre condiciones de la conminación penal absolutas (v. gr. el estado de necesidad del § 54 RStGB) y relativas (v. gr. § 6 RStGB, la apertura del concurso en los delitos de quiebra, o el resultado en los casos en los que basta respecto del mismo la existencia de una relación de causalidad sin ninguna conexión con la culpabilidad), entre las que se refieren a la persona del autor o su acción (v. gr. la reincidencia) y las que no y, finalmente, atendiendo a la manera en la que están redactadas, entre las positivas y las negativas.

⁷⁰ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 52, 58 y ss, 201; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 24-25, 42.

se reflejen psíquicamente el tipo y la antijuricidad, respecto de las meras condiciones de la conminación penal no es necesaria ninguna relación psíquica y basta su concurrencia fáctica⁷¹.

Es importante señalar la consecuencia que, desde el punto de vista objetivo, Beling extrae de la separación entre los elementos del tipo y las condiciones objetivas de la conminación penal. La relación que ha de existir entre la acción y los resultados que la ley penal exige para que la conducta descrita sea punible es diversa según se trate de un resultado típico, o de una consecuencia que constituye una condición (relativa) de la conminación penal; en el primer caso, para afirmar la concurrencia del tipo de resultado es suficiente con que la acción sea una condición del resultado (teoría de la equivalencia de las condiciones), mientras que en el segundo caso Beling requiere una relación de causalidad *adecuada*⁷².

Pese a que el catálogo de las condiciones de la conminación penal reúne a elementos muy heterogéneos, Beling considera que la esencia de las mismas puede caracterizarse afirmando que su ausencia provoca que una acción típica, antijurídica y culpable no pueda subsumirse en la conminación penal que, caso de concurrir aquella condición, sería aplicable: sitúa a la acción fuera de las fronteras de la conminación penal,

⁷¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 51-53, 62-64, 65, 69, 82, 187 y 201, de donde se deduce claramente que el hecho de que las condiciones de la conminación penal no deban ser abarcadas por el dolo constituye uno de los criterios que fundamentan su ubicación sistemática autónoma dentro de la definición de delito. Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 25-26.

⁷² Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 38 y 70. No obstante, al hacer referencia a los delitos cualificados por el resultado, en *L.v.V.*, cit., p. 54 Beling consideró que bastaba la mera relación de causalidad.

condicionando así su carácter delictivo y, por lo tanto, su punibilidad⁷³. Esto respondería a consideraciones relacionadas con la ausencia de un interés del Estado en la punibilidad de la acción, o con la concurrencia de un interés estatal en su no-punibilidad⁷⁴.

IV. Caracterización del concepto de tipo propuesto por Beling en *Die Lehre vom Verbrechen*

“Atendiendo a las normas y sólo a ellas puede determinarse el valor que el Derecho otorga una acción”. E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. VI.

“En realidad no hay ningún tipo cuya realización es antijurídica bajo cualquier circunstancia [...]. Y aunque fuera correcto –que no lo es– que existen tipos cuya realización siempre fuera antijurídica, los elementos de la tipicidad y la antijuricidad sólo se situarían lógicamente uno junto al otro, sin entremezclarse internamente”. E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 150-151.

⁷³ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 56 y ss, 58, 74. Vid. también *op. cit.*, pp. 57 y 62, donde Beling niega la conveniencia de designar a las condiciones de la conminación penal como "condiciones objetivas de punibilidad" y expone la diferencia entre aquéllas y las "condiciones personales de punibilidad" (*persönlichen Strafbarkeitsbedingungen*). Estas últimas tampoco necesitan ser abarcadas por el dolo del autor pero, a diferencia de las primeras, no condicionan el carácter delictivo del hecho, sino el carácter de delincuente respecto del autor del mismo, lo cual tiene especial relevancia respecto de la teoría de la participación.

⁷⁴ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 58. Beling admite la posibilidad de que en algunos casos el legislador haya confundido el interés en la perseguibilidad del hecho con el interés relativo a su punibilidad jurídico-material, de modo que quizás sería preferible, *de lege ferenda*, configurar algunas de las condiciones de la conminación penal como meras condiciones de procedibilidad. Sobre estas últimas, *vid. op. cit.*, p. 68.

16. Después de conocer los rasgos esenciales del concepto de delito que Beling propuso en *Die Lehre vom Verbrechen*, corresponde ahora profundizar en el análisis del concepto de tipo que introdujo en aquella obra, prestando especial atención a su relación con otros conceptos como el de norma, proposición jurídica y ley penal. Esto nos permitirá analizar su concepción sobre el contenido y las funciones de la categoría sistemática que es objeto de este estudio, y valorar el desarrollo de la teoría del tipo que Beling realizó en aquella obra.

A) *El tipo como elemento de la ley penal*

17. Beling define el tipo (*Tatbestand*) como el contorno del tipo de delito (*der Umriß des Verbrechenstypus*) mediante el cual se fija la fisonomía de la acción punible, delimitando los procesos de la vida con posible relevancia penal⁷⁵. Constituye el elemento central del concepto de delito,

⁷⁵ E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 21 y 110, donde Beling afirma: “El tipo [*Tatbestand*] (*reatus*, *Reat*) debe definirse como el *contorno de un tipo de delito*. Es en primer lugar el tipo el que otorga a la acción punible su firme fisonomía (*erst der Tatbestand gibt der strafbare Handlung das feste Gepräge*). Sin él no hay delito. Lo atípico carece sencillamente de carácter delictivo [...]. A través de él destacan de la multitud diversa de los procesos de la vida figuras características, procesos de la vida de determinada clase, fuera de los cuales son impensables consecuencias jurídico-penales, pero que no por tal tipicidad son ya delitos” (subrayados en el original).

Se trata del concepto de tipo que otros autores designan como "tipo especial"; en este sentido, *vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 30; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 24-25; del mismo autor, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., p. 13. Sin embargo, en trabajos posteriores Beling afirmó que, cuando el "tipo especial" se contrapone al "tipo general", en ocasiones se incluyen en él también los elementos "internos" y las condiciones objetivas de punibilidad propias de una determinada clase

alrededor del cual se agrupan el resto de elementos. Se trata de un concepto puro sin significado autónomo, en relación con el cual la acción antijurídica y culpable deviene delito. Este concepto puro de tipo, común a todas las clases de delito, debía distinguirse claramente de los tipos individuales y se obtiene, precisamente, de la abstracción del conjunto de elementos de los diversos tipos de delito individuales: constituye la unidad conceptual en la que se agrupa la multitud de tipos individuales⁷⁶.

En segundo lugar, Beling distinguía entre, por una parte, el denominado tipo "concreto" (la concurrencia de una acción típica, la realización del tipo) y, por otra parte, el tipo "conceptual". La realización del tipo constituiría el substrato real que está en la base de la abstracción que el tipo representa, pero requiere de la existencia y determinación de éste para su propia constatación. Paralelamente a la distinción entre el concepto de tipo y la expresión "realización del tipo", Beling distinguía entre los elementos del tipo (*Tatbestandsmerkmale*), pertenecientes al mundo de los conceptos,

de delito como, por ejemplo, el ánimo de apropiación antijurídica respecto del hurto, o la muerte en la las lesiones con resultado de muerte del § 226 RStGB; en este sentido, *vid.* E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 14-15; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 16.VI. No obstante, al iniciar *Die Lehre vom Tatbestand* el propio Beling (*op. cit.*, p. 1) afirma: "Desde mi *Lehre vom Verbrechen* (1906), el "tipo abstracto *especial objetivo*", abreviado, el "tipo legal (penal)" ha sido objeto de múltiples y minuciosos estudios" (subrayado añadido).

⁷⁶ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 110-111. *Vid.* también *op. cit.*, p. 112 (donde Beling considera las expresiones "Typus" o "Figur" des Verbrechen, como sinónimos del término "Tatbestand" en el sentido conceptual del texto), p. 242 y p. 281. El hecho de que cuando Beling afirma que los *tipos de delito* son conceptos puros (*vid. op. cit.*, p. 281: "Nun sind die Verbrechenstypen reine Begriffe") se remita a lo dicho en la p. 111 (donde afirma: "Der *Tatbestand* ist ein reiner Begriff"), demuestra que ambos términos deben considerarse sinónimos.

y las “circunstancias del hecho” (“*Tatumstände*”), de carácter real, subsumibles en aquéllos y a las que se refiere el § 59 RStGB⁷⁷.

18. De acuerdo con esta comprensión del tipo, Beling considera que su esencia la constituye un mero contorno incorpóreo de un tipo de delito. Se trata de un concepto puramente descriptivo⁷⁸, al que las decisiones normativas toman, simplemente, como punto de referencia y que, por sí mismo, no da lugar a ninguna consecuencia jurídica; la simple constatación de que alguien ha realizado un tipo todavía no permite ninguna conclusión. Es en este sentido que Beling afirma: *Im Tatbestande selber ist eine rechtliche Bedeutung nicht erkennbar*⁷⁹. El carácter descriptivo del tipo y

⁷⁷ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 111-113. El tipo, a diferencia de la acción típica, pertenece sólo a la ley (a la proposición jurídica), y no al mundo de los hechos reales. En este sentido, Beling afirma que el tipo, como tal, no puede situarse espacial ni temporalmente; sólo la acción típica concreta, el hecho y no el tipo, pueden localizarse en el tiempo y el espacio (*vid. op. cit.*, pp. 111 y 242). Sobre el carácter abstracto del tipo, *vid. también op. cit.*, pp. 321 y 322. Cfr. del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 101; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 91.

⁷⁸ Es importante señalar que el propio Beling reconocía que el carácter descriptivo de los tipos no obsta a que, en ocasiones, fuera necesario interpretar la descripción que la ley realiza de determinados tipos de delito. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 155-156, 202, 215-216; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 45.

⁷⁹ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 112, 147, 206. Un ejemplo del carácter meramente descriptivo que Beling atribuye al tipo, distinguiéndolo muy claramente del aspecto valorativo que corresponde a la antijuricidad, puede leerse en *op. cit.*, p. 153 cuando Beling critica la concepción del tipo de lesiones que Kohler defendía. Según Kohler, “maltrato es sólo el tratamiento “opuesto a la sociedad””. Beling afirma que “el orden social no tiene nada que ver con los tipos de delito. Puede darse el tipo aunque la acción se corresponda perfectamente con el orden social; pues él sólo pretende tener eficacia descriptiva, no normativa. ¿O acaso la muerte que produce el verdugo no es en absoluto un homicidio?”. *Vid. también* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 206, donde este autor niega el carácter valorativo del resultado típico como tal y vincula expresamente el juicio

la afirmación de que al mismo no se vincula ninguna consecuencia jurídica deben, por lo tanto, entenderse en el sentido de que el tipo es un concepto abstracto, cuya función se limita a reunir los elementos que, desde un punto de vista objetivo-externo, definen y caracterizan determinados supuestos de hecho recogidos en algunos preceptos legales, sin que tal caracterización legal exprese ni su efectiva punibilidad, ni la contradicción entre estos supuestos de hecho y el conjunto de las normas que componen el Ordenamiento jurídico⁸⁰. Por esta razón, y dado que el Ordenamiento jurídico sólo vincula consecuencias de naturaleza sancionatoria a los supuestos de hecho que contradicen sus normas, Beling afirma que el tipo no implica ninguna clase de consecuencias jurídicas.

19. Puesto que –según Beling– el tipo es un concepto que se limita a trazar el contorno de un determinado contenido, su aplicación práctica deberá proceder de una proposición que contenga alguna referencia al contenido así delimitado. El tipo es un elemento de aquella proposición. Más concretamente, puesto que se trata de un concepto que debe ser jurídicamente relevante, el tipo habrá de considerarse como un elemento de una proposición jurídica. La proposición jurídica que proporciona el significado jurídico (*juristische Bedeutung*) al tipo es la ley penal entendida en sentido estricto. El tipo es, por lo tanto, un elemento de la ley penal, que

valorativo con la antijuricidad: “Por el contrario, el resultado típico como tal, igual que el tipo en su conjunto, debe mantenerse puro de toda valoración en el sentido de la *antijuricidad*” (subrayado en el original).

Sobre la imposibilidad de identificar el objeto típico de ataque (en los supuestos en los que el tipo lo prevea) y el objeto de protección normativa, debido, precisamente, al carácter descriptivo del tipo, *vid. op. cit.*, pp. 209 y ss. De esta cuestión nos ocuparemos más adelante.

⁸⁰ Cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 49-53, 124 y ss.

tendría la siguiente estructura: el que, mediante una acción, realice este o aquel tipo de manera antijurídica y culpable, será castigado de un determinado modo cuando concurren estas o aquellas condiciones de la conminación penal⁸¹. Aquí nos interesa subrayar que es precisamente la consideración de que el tipo pertenece a la ley penal, y la distinción entre ésta y la vida real, lo que permite a Beling distinguir radicalmente entre el tipo, la acción típica (que es el producto de la subsunción de una acción en el tipo) y la acción típica concreta. Y, asimismo, nos interesa subrayar que, en el marco de la ley penal, Beling considera que el tipo cumple una función de individualización, al establecer el tipo de delito para el que rige la conminación penal⁸². Sin embargo, es la conminación penal, y concretamente su naturaleza absoluta o relativa, la que –según Beling– debía servir para identificar y delimitar los tipos penales⁸³.

⁸¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 113 y ss.

⁸² Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 114: “El tipo [(*Tatbestand*)] establece el tipo de delito (*Verbrechenstypus*) respecto del cual es válida la conminación penal concreta”, y p. 181: “El tipo es un elemento de la proposición jurídica que sirve a la finalidad de individualización”. Vid. también *op. cit.*, p. 120.

⁸³ Sobre el concepto de conminación penal, su distinción frente a las disposiciones que pertenecen al ámbito de la determinación de la pena, la distinción entre conminaciones penales principales o absolutas y conminaciones penales relativas, y su utilidad para identificar y delimitar los diversos tipos previstos en la legislación penal, vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 263 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 16-18 y 31; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 13-14, 26-27, 62-63, 83-84 y 92-93. Beling consideraba que sólo aquellas figuras o contornos típicos para los que existe una conminación penal principal son tipos de delito singulares. Los presupuestos de la aplicación de una conminación penal relativa (v. gr. la que describe y castiga la tentativa, la inducción o la complicidad) carecen de tipicidad propia. En algunos casos se trata de “formas de aparición” de los tipos, esto es, de tipos modificados. Pero en otros casos los presupuestos de la conminación penal principal y los de la relativa son completamente congruentes desde la perspectiva del tipo y la especialidad que contiene

B) *Tipo y norma. Tipicidad y antijuricidad. El carácter valorativamente neutro del tipo*

la conminación penal relativa es una especialidad externa al ámbito de la tipicidad. Según Beling, la diversidad de leyes penales es compatible con la identidad del tipo (v. gr. cuando respecto de la realización dolosa y la imprudente de *un mismo tipo* son aplicables conminaciones penales diversas), pues la tipicidad es sólo uno de los elementos del delito. En estos casos, podemos estar ante una diversidad de formas delictivas, pero no ante una diversidad *típica* de formas delictivas. Beling destacaba que con estos criterios de identificación y delimitación de los tipos penales se obtiene un resultado rigurosamente jurídico-positivo: los tipos de delito se deducen de las propias leyes penales, no se obtienen *a priori*. Si los tipos *sui generis* y las formas de aparición se distinguen sobre la base de una construcción *a priori* de los primeros podrá llegarse a resultados diversos, pero entonces las consecuencias serán –según Beling– incompatibles con el Derecho vigente. Puesto que la propia configuración de los tipos constituye un acto más o menos arbitrario del legislador, éste puede tipificar de forma independiente aquello que en el universo conceptual jurídico es una mera forma de aparición de un tipo, y viceversa. Aquel autor consideraba que la cuestión sobre si esto es o no correcto es una cuestión de política legislativa, y el aplicador de la ley penal tiene que ceñirse a lo que ésta establezca, considerando que constituye un tipo aquello que la ley considera como tal.

Una de las consecuencias más importantes de la consideración legal de una forma de aparición como delito autónomo consiste en que respecto de éste pueden presentarse nuevas formas de aparición y, además, no es posible considerarlo como forma de aparición, lo cual, por ejemplo, excluye la posibilidad de admitir la impunidad mediante el desistimiento. En relación con esta cuestión, Beling consideraba (*op. cit.*, p. 280 y nota 3) que cuando Binding niega a las formas de aparición elevadas a *delictum sui generis* esta condición, ello responde a la concepción de la que éste parte y que pretende construir el Derecho penal sólo sobre la base de normas típicas, sin respetar los tipos de carácter jurídico-positivo. Sin embargo, si como Beling consideraba que debía hacerse de *lege lata*, se parte de los tipos de carácter jurídico-positivo, entonces su afinidad en cuanto a la antinormatividad carece de relevancia para la construcción del delito y bastará con la comprobación de que la acción típica es antijurídica.

20. Una vez que hemos conocido la relación que Binding establece entre el tipo y la ley penal, resulta conveniente conocer cómo concibe la relación entre la ley penal, el tipo de ésta y las normas. Partiendo de los fundamentos sobre los que Binding construyó su “genial teoría de las normas”⁸⁴, Binding reconoce la existencia y necesidad de éstas, entendidas como aquellas pautas que regulan la conducta humana con relevancia jurídica y permiten determinar si es contraria o conforme a Derecho, al conjunto del Ordenamiento jurídico. Asimismo, considera que la ley penal no es ninguna norma, pues no puede identificarse con una proposición que establezca: “tú no debes actuar de este o aquel modo”, sino que, frente a ésta, contiene por lo menos un *plus*. Según Binding, las normas son previas y están por encima de las leyes penales⁸⁵. La ley penal establece el castigo

⁸⁴ E. BELING, *L.v.V.*, cit. p. 115.

⁸⁵ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 115 y ss., 161 y ss., 212 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 14-16, 46-47. Cfr. F. BALLVE, *Función ...*, cit., pp. 20 y ss.; del mismo autor, *La teoría jurídica del delito según Binding*, separata del t. IX de los Anales de la Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas, 1913, pp. 9 y ss.

Binding matiza algunos aspectos de la teoría de las normas de Binding de la que comparte, fundamentalmente, la existencia de las mismas, la idea de unidad del Ordenamiento jurídico, la distinción entre norma y ley penal, y el concepto de antijuricidad vinculado a las normas y desvinculado de la lesividad o dañosidad social. Esto le conduce a negar la posibilidad de una antijuricidad penal específica; *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 129 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 10 y 13. La principal diferencia entre la concepción de las normas de Binding y la de Binding radica en que este último limita su relevancia penal al hecho de servir de referencia para valorar la conformidad de la conducta típica con las exigencias del conjunto del Ordenamiento jurídico. *Vid.* E. BELING, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., p. 14; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 47-48; H. PLATE, *Ernst Binding ...*, cit., pp. 73 y ss.; M.E. MAYER, *ZStrW*, núm. 10 (1906), p. 800; J. GOLDSCHMIDT, *GA* 54 (1907), pp. 41 y ss, donde este autor valora positivamente las matizaciones de Binding respecto de la teoría de las normas de Binding. Para un resumen sobre la concepción que Binding tenía de la antijuricidad y la evolución que experimentó su pensamiento,

que deba aplicarse a la conducta que realice un tipo de modo antijurídico, pero no da respuesta a la pregunta sobre cuándo la conducta típica es antijurídica; presupone la antijuricidad de la conducta pero no decide sobre la misma, por lo que resulta necesario que el Derecho esté dotado de proposiciones con el siguiente contenido: “Matar a alguien –por ejemplo– es antijurídico cuando...; no es antijurídico cuando ...”. Tales proposiciones son, precisamente, las normas, y lo antijurídico es lo antinormativo. Por lo tanto, para determinar si una conducta es antijurídica y poder aplicar la ley penal es necesario acudir a las normas, que son las que establecen cuándo no se debe realizar la conducta típica.

En el Derecho positivo existen numerosas normas expresamente formuladas, pero la mayoría de ellas no lo están. Esto ha provocado que algunos autores opinen que no es posible su aplicación práctica, por faltar la seguridad necesaria sobre su contenido. Pero Beling entiende que la dificultad que pueda presentar la identificación del contenido concreto de una norma no es obstáculo a lo afirmado anteriormente sobre la vinculación entre los conceptos de antijuricidad y contrariedad a las normas. Lo que aquí importa es la normalidad o anormalidad de la conducta respecto de las normas que deben extraerse del Ordenamiento jurídico en su conjunto. Los tipos previstos en la ley penal ya establecen cuál es el contenido del delito, de modo que en relación con el contenido de las conductas delictivas sí que

vid. F. MOLINA FERNANDEZ, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, tesis inédita, pp. 252 y ss, 315 y ss.

Sobre la distinción que Beling propone entre la comprobación de la antijuricidad objetiva de la conducta y el aspecto subjetivo de ésta, que se analiza en la culpabilidad, *vid. L.v.V.*, cit., pp. 139 y ss, especialmente, pp. 140-141.

existiría una mínima seguridad, derivada del hecho de que los tipos de delito se encuentren fijados en la ley penal⁸⁶.

En definitiva, Beling consideraba que, en la estructura del delito, a la norma sólo le corresponde la función de determinar si, y en qué casos, una acción típica se ajusta (o es contraria) a las exigencias del conjunto del Ordenamiento jurídico⁸⁷. En cuanto a la fijación del contenido del concepto (típico) de delito, el § 2 RStGB y la tipificación del Derecho penal que este párrafo impone sitúan al tipo como el elemento más importante. El recurso a las normas y el recurso a los tipos tienen –según Beling– una finalidad diversa. El recurso a las primeras tiene la finalidad de determinar la antijuricidad de la conducta típica y, por lo tanto, las normas sirven de medida en el momento de contrastar la conducta con las exigencias del Ordenamiento jurídico. En este sentido, tienen una función valorativa, pero no caracterizan al hecho como un tipo determinado de hecho. En cambio, el tipo legal o tipo de la ley penal (*Strafgesetztatbestand*) tendría la función de señalar el contenido penalmente relevante de la acción y servir, así, de *punto de partida* para determinar la concurrencia de un delito; posteriormente, al comprobar la antijuricidad de la conducta típica es cuando deberá comprobarse si ésta ha infringido alguna norma o una pluralidad de ellas⁸⁸, esto es, si la conducta

⁸⁶ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 116 y ss., 161 y ss., 170 y ss. Sobre las consecuencias de este planteamiento respecto de la conciencia de la antijuricidad como elemento del dolo, *vid. op. cit.*, cit., pp. 180 y ss., especialmente p. 182.

⁸⁷ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 119.

⁸⁸ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 120: “La norma sólo valora, ella no imprime al hecho ninguna especificación (*keinen Typus*) [...]. El punto de partida de la comprobación de que concurre un delito no debe establecerlo la norma especial concreta. El punto de partida lo establece el tipo legal concreto, y sólo entonces surge la cuestión acerca de si, de algún modo, una norma cualquiera, o una pluralidad de normas, se han infringido a

típica es o no conforme con la regulación que el Ordenamiento jurídico realiza de la conducta humana⁸⁹.

Beling destaca las consecuencias de esta concepción sobre la antijuricidad y las normas para la construcción de la teoría del concurso ideal: en relación con un determinado Ordenamiento jurídico, una acción sólo puede ser antijurídica o no antijurídica, pero la antijuricidad no es algo que pueda fraccionarse o duplicarse. Lo que algunos consideran una doble antijuricidad es, más bien, una pluralidad de relaciones en la que puede constatarse la antijuricidad (única) de la conducta. Lo característico del concurso ideal no es la antijuricidad de la conducta, sino esta pluralidad de relaciones, que es consecuencia de que la acción realice varios tipos, y se pueda afirmar de la misma que su cualidad de típica es plural⁹⁰.

21. Del aspecto conceptual de la antijuricidad como contrariedad a la norma, Beling distingue el aspecto cualitativo del injusto. En este sentido,

través de la actuación. El contenido de las normas (los tipos o supuestos de hecho de las normas [*die Normtatbestände*], por llamarlos de algún modo) puede tener una extensión más amplia o ser más limitado que el contenido del tipo del delito [...]. En cierto modo, *los tipos de las leyes penales* son, por lo tanto, un punto de contacto entre la ley penal y la norma: *proporcionan el contenido jurídico-penalmente relevante que, después, se compara con las normas que le salen al encuentro hostilmente*; pero, sin embargo, atendiendo a su esencia son exclusivamente componentes de la ley penal, no de la norma; el contenido de la norma no es congruente con ellos, o por lo menos no necesita serlo” (el primer subrayado está en el original; el segundo lo he añadido yo para destacar que el tipo cumple la función de señalar el contenido penalmente relevante de la acción). Cfr. M.E. MAYER, ZStrW, núm. 10 (1906), p. 800; J. GOLDSCHMIDT, GA 54 (1907), p. 42.

⁸⁹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 115 y ss.

⁹⁰ Sobre esto volveremos más adelante, *vid.*, de momento, E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 133-134 y 303. Cfr. J. GOLDSCHMIDT, GA 54 (1907), p. 42.

considera obvio que para el Estado puede ser más importante el cumplimiento de alguno de sus imperativos que el cumplimiento de otros y que, por lo tanto, es posible ordenar las normas escalonadamente en función de su gravedad y, paralelamente, distinguir la gravedad de la antijuricidad⁹¹. Lo que –como ya hemos apuntado– Beling no admite es que se incluyan referencias extra-jurídicas en el concepto de antijuricidad. Por esta razón critica la definición de conducta antijurídica que propone Graf zu Dohna (es antijurídica la conducta que no puede considerarse como un medio justo para un fin justo) y la distinción de von Liszt entre antijuricidad formal y material⁹². En relación con esta cuestión, Beling afirma que “el contenido material que se ha querido dar a la antijuricidad son o bien meras imágenes externas al Derecho (*außerrechtliche Gebilde*), o bien el contenido del propio Ordenamiento jurídico respecto del cual la norma interviene negándolo [...] concebir la antijuricidad como "lesión de bienes jurídicos" es algo erróneo, salvo que se quiera designar al propio Ordenamiento jurídico como "bien jurídico lesionado" (mejor dicho: como objeto respecto del cual el delito se encuentra en una situación lógica de oposición)”⁹³.

22. Al exponer la caracterización que Beling realiza del tipo como un elemento de la ley penal y la relación entre éstas y las normas, nos hemos introducido en el contexto en el que se enmarca la problemática sobre la relación entre la tipicidad y la antijuricidad, cuestión que determina la consideración de la tipicidad como una categoría de carácter descriptivo o

⁹¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 128 y 218.

⁹² Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 115, 137 y ss.

⁹³ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 137.

valorativo⁹⁴. Aunque ya hemos apuntado algunos rasgos de esta problemática, resulta conveniente profundizar en ella para entender mejor la forma en la que aquel autor distingue ambos aspectos de la acción delictiva⁹⁵.

Beling consideraba que la tipicidad y la antijuricidad de la conducta son aspectos de la misma que deben tratarse, al menos en principio, con total independencia⁹⁶. Lo que caracteriza la concepción de aquel autor es, precisamente, la radical distinción entre ambas cualidades: “la diferencia fundamental entre la tipicidad y la antijuricidad o contrariedad con el Derecho”⁹⁷. Esto se pone claramente de manifiesto cuando afirma que “el tipo está libre de todos los elementos de la antijuricidad”, que “la antijuricidad no se encuentra en la tipicidad”, y que con la comprobación de que una acción realiza un tipo no se dice “absolutamente nada sobre si esto ha ocurrido de modo antijurídico [...] la afirmación de la tipicidad sólo proporciona el enlace para la cuestión ulterior sobre si también se da la antijuricidad”; inversamente “la antijuricidad no tiene nada que ver con la

⁹⁴ El modo de entender las relaciones entre la tipicidad y la antijuricidad también condicionará la naturaleza y el tratamiento de los supuestos de "error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación", pero aquí no nos ocuparemos directamente de esta problemática.

⁹⁵ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 145 y ss.

⁹⁶ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 146 nota 1, donde este autor, por una parte, critica la construcción de Binding en el sentido de que en ella los elementos del tipo se pierden entre los elementos de la contrariedad a la norma y, por otra parte, considera especialmente drástica la ignorancia de la tipicidad por parte de Kohlrausch (*Irrtum und Schuldbegriff*, cit., p. 64), que consideraba equivalentes y medía con el mismo rasero la muerte de un hombre en legítima defensa y la muerte de un mosquito.

⁹⁷ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 146, nota 1.

tipicidad del delito”, la comprobación de que alguien ha actuado antijurídicamente no comporta todavía la concurrencia de un supuesto *delictivo* típico (*ein typischer Verbrechenfall*)⁹⁸. Para Beling, el conjunto de las acciones típicas y el de las acciones antijurídicas se relacionan entre sí como dos círculos secantes: hay acciones típicas que no son antijurídicas, acciones típicas que son también antijurídicas y, finalmente, acciones antijurídicas que no son típicas. Para la constatación de un delito sólo vienen en consideración las acciones típicas y antijurídicas; para la construcción del delito las acciones antijurídicas atípicas quedan desde un principio fuera de consideración⁹⁹.

Partiendo de estas premisas, Beling considera que, en sí misma, la constatación de que alguien ha realizado una acción típica no supone la imputación de algo negativo. “En el tipo no se encuentra ningún juicio valorativo. Pese a que hay tipos cuya realización por regla general es también antijurídica, de la tipicidad nunca se deriva inmediatamente el

⁹⁸ E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 145, 147-148. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 145-146 nota 3, donde Beling critica las opiniones discrepantes de Luden y Hold v. Ferneck. Aunque no llega a precisar cuál es el sentido material de la distinción entre el tipo y la antijuricidad, Beling subraya su discrepancia frente a la afirmación de Hold v. Ferneck de que “un tipo sólo constituye una acción en la medida en que se vincula a una norma. Sin esta consecuencia la expresión “tipo” no tendría ningún sentido”; Beling afirma que lo correcto es “¡Precisamente lo contrario! Operar con el tipo tiene sentido precisamente porque en otro caso se incluiría en la antinormatividad. El que la realización no antijurídica del tipo no produzca ninguna consecuencia penal no significa que no tenga “ningún sentido””.

⁹⁹ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 146 y ss., 328. Según Beling, el injusto no punible (el “injusto civil”) y el injusto punible tienen algo esencial en común: son acciones antinormativas, desobediencias frente a la voluntad estatal expresada en las normas. No obstante, ambos se distinguen por la existencia o inexistencia de un tipo formulado positivamente y, eventualmente, en la culpabilidad y las condiciones de la conminación penal.

juicio acabado sobre el carácter antijurídico de la actuación del sujeto. La antijuricidad es un problema particular. El estudio de la tipicidad se sitúa en un terreno neutral”¹⁰⁰.

Las consecuencias que Beling extrae de este planteamiento se ponen claramente de manifiesto cuando, por no separar y delimitar correctamente el tipo y la antijuricidad, critica la opinión de aquellos autores que entienden que el tratamiento médico correcto (*die sachgemäße ärztliche Handlung*), adecuado a las reglas de esta actividad (*seiner Kunst gemäß*) no se castiga porque no supone un "maltrato" o "lesión corporal" y, por lo tanto, falta la tipicidad, de modo que el problema de la antijuricidad no llegaría a plantearse¹⁰¹. Según Beling, este razonamiento implica entender que la lesión o maltrato es aquella actuación incorrecta jurídicamente y, por lo tanto, antijurídica, de modo que el concepto de "maltrato" encierra en sí mismo el elemento de la antijuricidad¹⁰². Frente a esta conclusión, Beling señala que es necesario distinguir entre el tipo y la antijuricidad de las lesiones corporales, pues maltratar a otro es algo que se puede realizar de

¹⁰⁰ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 147. *Vid.* también, *op. cit.*, p. 153. Cfr. del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 25, 42-43, 48, 62. Como veremos, en esta obra Beling sigue distinguiendo entre la tipicidad y la antijuricidad, pero no pone ningún énfasis en destacar el carácter valorativamente neutro del tipo, sino más bien todo lo contrario.

¹⁰¹ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 151 y ss., 169.

¹⁰² Adviértase lo incorrecto del razonamiento de Beling: que ciertas actuaciones que afectan a la integridad física no se consideren lesiones por no ser antijurídicas (y, concretamente, por no infringir las reglas del arte médico), no implica que todas las actuaciones que no sean antijurídicas tampoco se consideren como lesiones. Sólo implica que para entender que una actuación supone una lesión no basta con tomar en consideración si afecta o no a la integridad del organismo, sino que también se deberán tomar en consideración determinados aspectos vinculados al juicio sobre la antijuricidad de la conducta.

modo antijurídico, pero también de modo no antijurídico, v. gr. cuando el funcionario de prisiones ejecuta sobre el recluso un castigo corporal, o cuando antiguamente el aguacil cortaba la mano al delincuente condenado. “La comprobación de que existe un "maltrato" –dice Beling– está desvinculada de toda valoración”¹⁰³, lo decisivo no es la relación entre la acción y el Ordenamiento jurídico, sino la relación entre aquélla y las condiciones para la integridad del organismo humano¹⁰⁴. En los supuestos anteriores el sujeto realiza el tipo de lesiones, y lo único que los distingue de las lesiones punibles es que no se trata de maltratos antijurídicos. Del mismo modo, el respeto a las reglas del arte médico tampoco excluiría el tipo "lesión corporal" y –según Beling– el que identifica la "lesión corporal" con la "lesión corporal que no se ajusta a las reglas del arte médico" reduce el tipo de delito mediante la admisión de elementos extraños al tipo¹⁰⁵. Cuando un médico, respetando estrictamente las reglas del arte médico, extirpa el tiroides y el paciente enloquece, no puede negarse que este resultado son unas lesiones corporales. Y lo mismo ocurriría con el concepto de homicidio (*Tötung*): existen homicidios que son médicamente correctos, v. gr. la realización de operaciones arriesgadas en las que se produce la muerte, pero cuya realización se prescribe como único medio de salvación. En estos casos, negar que se trata de un

¹⁰³ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 152.

¹⁰⁴ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 152.

¹⁰⁵ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 152 y nota 1. El formalismo de la concepción de Beling sobre el contenido del tipo se pone claramente de manifiesto cuando este autor destaca que, a diferencia de lo que ocurre en el § 330 RStGB, donde la actuación contra las reglas generalmente reconocidas en el ámbito de la construcción constituye un elemento del *tipo*, en los §§ 223 y ss. RStGB no se hace ninguna referencia a que la acción infrinja las reglas de la ciencia médica.

"homicidio" supondría negar que el paciente ha muerto. El respeto de las reglas del arte médico sólo podría tener como consecuencia la impunidad de la actuación médica si tales reglas se hubieran elevado a "reglas jurídicas", esto es, si se hubiera reconocido un derecho de la profesión médica y quedara así excluida la antijuricidad de aquellos "maltratos". Beling considera que, sin embargo, como reconoce la opinión general, esto no puede admitirse de *lege lata*. Por lo tanto, para este autor, en el ámbito de la antijuricidad, de *lege lata*, la impunidad de aquellos supuestos en los que resulta afectado el organismo, contemplado en su conjunto, sólo podría fundamentarse por la vía del consentimiento o del estado de necesidad, no sobre la base del respeto a las reglas del arte médico¹⁰⁶. En el ámbito de la culpabilidad, el fin de salvación (*Heilzweck*) podría excluir el dolo de lesiones o de homicidio típicos y antijurídicos cuando el autor cree que su actuación está permitida, o no ha previsto el resultado que termina por producirse. Además, según Beling, cuando, aunque sea de modo casual, la intervención que no se ajusta a las reglas del arte médico resulta curativa, desde el punto de vista de su tipicidad no podrá considerarse como "maltrato": la intervención curativa no cae bajo el tipo de "lesiones corporales", aunque se realice sin respetar las reglas del arte médico, o sin fines "médicos"¹⁰⁷. Sin embargo, es necesario destacar la ambigüedad de la opinión que Beling mantiene en relación con los supuestos en los que la intervención produce un resultado curativo, y que se pone de manifiesto cuando este autor afirma que si un atleta empuja a otro y éste se golpea en la cabeza con una piedra y se le abre un absceso de pus provocando su

¹⁰⁶ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 153-154. En un sentido similar, *vid.*, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 41.I.

¹⁰⁷ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 155. En un sentido similar, *vid.* del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 41.I.

curación, *este* proceso no es un "maltrato", pero esto no impide que el forcejeo pudiera considerarse como un "maltrato" desde otro punto de vista¹⁰⁸.

23. De la distinción entre acciones típicas y antijurídicas, típicas no antijurídicas, y antijurídicas no típicas, se desprende ya la importancia que Beling atribuye a la separación de ambos aspectos y la correcta determinación de aquellos elementos que pertenecen al tipo y aquellos que pertenecen a la antijuricidad¹⁰⁹. Por otra parte, interesa señalar aquí que de la consideración del tipo como un elemento descriptivo en el que "*por regla general*" no se encuentra ninguna clase de juicio valorativo, y del hecho de que la realización del tipo pueda ser antijurídica o pueda no serlo, Beling extrae la conclusión de que, por regla general, el mero conocimiento de la tipicidad no puede considerarse un elemento de la culpabilidad ni puede, por sí sólo y prescindiendo de la conciencia de la antijuricidad, fundamentar el juicio de culpabilidad¹¹⁰. Asimismo, resulta conveniente

¹⁰⁸ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 155.

¹⁰⁹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 148 y 155-156. Este autor destaca que, normalmente, la distinción no será difícil gracias a que el tipo se halla contorneado positivamente en la ley penal. No obstante, reconoce que en algunos casos la definición del tipo contenida en la ley penal no es tan satisfactoria como cabría esperar, por lo que es necesario interpretarla, ya sea para determinar qué conductas realizan el tipo (v. gr. el tipo de las injurias del § 185 RStGB), o para distinguir respecto de una conducta el elemento de su tipicidad y el de la comprobación de la antijuricidad (v. gr. el tipo de los desórdenes públicos [*"grobe Unfug"*] del § 360 RStGB). Para la interpretación de los tipos penales Beling consideraba que puede ser de utilidad el objeto legislativo de protección (*der legislatorischen Schutzobjekt*); sobre esta cuestión, vid. *L.v.V.*, cit., pp. 215-216.

¹¹⁰ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 181, donde este autor deriva del carácter valorativamente neutro del tipo el hecho de que su conocimiento no pueda fundamentar,

apuntar aquí que Beling considera que el carácter descriptivo del tipo impide identificar el objeto típico de ataque (en aquellos casos en los que el tipo lo prevea) y el objeto de protección normativa¹¹¹.

24. Para subrayar la necesidad de distinguir conceptualmente entre la tipicidad y la antijuricidad, y la conveniencia de realizar por separado la comprobación de su concurrencia, Beling critica las construcciones de otros autores que consideraban a la antijuricidad como un “elemento del tipo” del delito¹¹², y las clasificaciones que, basándose en diversos criterios, otros

por si solo y prescindiendo de la conciencia de la antijuricidad, el juicio de culpabilidad: “[...] por regla general [!], en el tipo no se encuentra ningún juicio valorativo; e incluso allí donde el tipo afecta a un fragmento de la antijuricidad (*ein Stück der Rechtswidrigkeit*) sólo se ha hecho comprensible precisamente un *fragmento*. Por regla general, la realización del tipo puede tanto ser conforme a Derecho o inocua, como antijurídica y, por eso, el conocimiento de la tipicidad carece por regla general de toda relación con la culpabilidad. Por lo tanto, quien se da por satisfecho con este conocimiento sólo juega con la culpabilidad cuando asegura que sólo castiga cuando hay culpabilidad; en realidad, la culpabilidad sólo le sirve de pretexto. Si, como se ha puesto de relieve más arriba, el tipo no es otra cosa que un elemento de la proposición jurídica que sirve a la finalidad de individualización, el conocimiento o desconocimiento de la tipicidad sólo puede servir para individualizar la culpabilidad, no para fundamentarla” (subrayado en el original).

¹¹¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 209 y ss, especialmente, p. 210: “También sería incorrecto designar al objeto típico de ataque como “objeto de protección”. Un objeto de protección, en tanto que objeto que debe protegerse, sólo puede vincularse a una proposición del Derecho que sirva a la protección. Las normas, y secundariamente las leyes penales, sirven a tal protección. *El tipo* no sirve a tal protección; no puede hacerlo; pues él *es puramente descriptivo y sólo tiene la misión de la especificación (die Aufgabe der Typisierung)*” (subrayados añadidos).

¹¹² Algunos autores consideraban la antijuricidad como un elemento del tipo, y otros entendían que su ausencia era un elemento negativo; vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 148 y ss, 155-156. Afirmar que la antijuricidad es un elemento del tipo puede estar justificado si se utiliza esta última expresión en el sentido amplio de “tipo general” en la

habían propuesto para distinguir entre tipos que encierran en sí mismos el elemento de la antijuricidad –aquí la antijuricidad sería un elemento del tipo– y tipos respecto de los cuales la antijuricidad representa un elemento externo –aquí la antijuricidad no pertenecería al tipo–¹¹³. Sin embargo, Beling admite la existencia de tipos de delito que albergan un elemento aislado, especial de la antijuricidad, y cita como ejemplos el tipo del § 113 RStGB¹¹⁴, o el tipo del delito de caza¹¹⁵, y todos los tipos que de algún

que algunos autores la usaron, esto es, como conjunto de todos los elementos del delito. Sin embargo, Beling considera que esto es incorrecto porque da pie a que se creen confusiones que pueden llevar a entender que la antijuricidad pertenece al tipo en sentido técnico.

¹¹³ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 149 y ss. Según Beling (*op. cit.*, pp. 150-151) no existe ningún tipo cuya realización sea siempre, bajo cualquier circunstancia, antijurídica. Para justificar esta afirmación, aquel autor hace referencia a los supuestos de estado de necesidad, que pondrían de manifiesto que “por encima de la proposición que prohíbe la realización del tipo siempre puede existir una proposición superior que, en beneficio de bienes jurídicos superiores, la permita o la ordene”. Beling pone el siguiente ejemplo: alguien puede encontrarse en la situación de que o bien debe realizar perjurio, o bien provoca la eliminación de vidas humanas mediante la expresión de una información que se ajusta a la realidad. Cuando, en estas circunstancias, el testigo opta por cometer perjurio y aclararlo todo después de que se resuelva la situación de necesidad, no actúa de forma antijurídica, porque la vida que corría peligro es un bien jurídico superior. En estos casos, no se lesiona ningún deber jurídico porque la norma cede. Pero es que también como consecuencia de la fuerza vinculante de ordenes militares puede resultar que no sea antijurídica la realización de tipos que, en otras circunstancias, por regla general sí serían antijurídicas.

¹¹⁴ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 156-158. El § 113 RStGB establecía: “Quien interponga violencia o resistencia a un funcionario llamado a ejecutar leyes, mandatos u ordenanzas de las autoridades administrativas, o sentencias o disposiciones del Tribunal, en el ejercicio adecuado a Derecho de su oficio, o quien ataque efectivamente a tal funcionario durante el ejercicio conforme a Derecho de su oficio, será castigado con prisión de catorce días hasta dos años [...]”. El elemento típico con contenido de antijuricidad sería la conformidad a Derecho de la actividad del funcionario agredido;

modo hacen referencia a conceptos del derecho civil, administrativo, etc., como el tipo del hurto, los daños o el allanamiento de morada¹¹⁶. También se incluirían en este grupo los tipos que se refieren a acciones punibles, como el tipo de las amenazas del § 241 RStGB¹¹⁷; en cambio, no pertenecen a este grupo los tipos de las leyes penales en blanco¹¹⁸.

En los casos en los que el tipo alberga un elemento especial de la antijuricidad, Beling reconoce que la comprobación de la tipicidad supone, simultáneamente, la comprobación de una parte de la antijuricidad. No obstante, considera que también aquí es válida la regla general: la

cuando falte este elemento faltará el tipo y también la antijuricidad de la conducta, salvo que subsistan unas lesiones dolosas.

¹¹⁵ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 159. Según Beling, el tipo de este delito requiere que el autor cace en un lugar en el que no esté permitido hacerlo o, más bien, en un sitio en el que otro tiene permitido cazar. Para justificar que también aquí es necesario comprobar de forma autónoma la antijuricidad de la conducta, Beling señala que la lesión del derecho ajeno puede no ser antijurídica debido a la existencia de un derecho opuesto más importante (estado de necesidad, etc...).

¹¹⁶ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 159. En la nota 1 Beling precisa que es erróneo incluir en el tipo el deber jurídico (del autor) como tal, citando un ejemplo de delito especial; en este sentido, afirma que el error sobre la cualidad de persona obligada por el deber jurídico no es un error que deba tratarse aplicando el § 59 RStGB (sobre la diferencia entre la comprobación de la tipicidad y la antijuricidad en los delitos especiales, *vid. L.v.V.*, cit., pp. 239 y ss., especialmente la p. 240 y la nota a pie de página). También niega Beling que, en los casos en los que la ley exige una determinada relación subjetiva con la antijuricidad, como en el delito de estafa (§ 263 RStGB), se trate de tipos con elementos de la antijuricidad.

¹¹⁷ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 160. El § 241 RStGB establecía: “El que amenace a otro con la comisión de un delito, será castigado con prisión de hasta seis meses o con multa”.

¹¹⁸ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 160.

antijuricidad puede quedar excluida pese a la concurrencia de una acción típica¹¹⁹. Lo que nos interesa destacar es que, sobre la base de la distinción entre ley penal y norma, y la consideración del tipo como un elemento de la ley penal, Beling distingue entre, por una parte, la cuestión relativa al contenido de los tipos penales (según se encuentre sólo en la ley penal que establece los rasgos característicos de la acción conminada con pena, o sea necesario tomar en consideración otras proposiciones jurídicas) y, por otra parte, la cuestión relativa a la comprobación del carácter antijurídico de las conductas típicas. Esta última cuestión está vinculada a los presupuestos de las normas que determinan el carácter antijurídico de una conducta, pero en relación con las conductas delictivas no podrá desvincularse de la propia configuración legal de la conducta típica.

25. Como ya hemos apuntado, Beling consideraba que para comprobar si una conducta típica es antijurídica deberá acudir a las normas derivadas del conjunto del Ordenamiento jurídico¹²⁰. En ocasiones puede resultar difícil determinar exactamente su contenido y será necesario acudir a las proposiciones jurídicas de otros sectores del Ordenamiento jurídico. No obstante, aquel autor señala que en relación con un número importante de normas el trabajo del penalista se ve facilitado por la ley, pues numerosas normas han sido expresadas esquemáticamente en ésta, en el sentido de que la conducta típica aparece, en principio, como prohibida, de modo que, en tanto no se derive lo contrario de la existencia de circunstancias especiales,

¹¹⁹ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 156 y ss. Sobre el aspecto subjetivo de esta clase de tipos y la distinción entre error de tipo y error de prohibición en estos casos, *vid.* *L.v.V.*, cit., pp. 189-191.

¹²⁰ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 161-162.

la concurrencia de uno de estos tipos implica la de la antijuricidad¹²¹. Este sería el caso de los supuestos en los que la ley penal no menciona expresamente el elemento de la antijuricidad. Aquí, el tipo ya indica de tal manera la antijuricidad, que su realización es, por regla general, antijurídica. Beling pone como ejemplo el § 211 RStGB, que describe el homicidio. El hecho de que este párrafo estableciera la punibilidad sin destacar expresamente el requisito de la antijuricidad supondría un *indicio* de la existencia de una norma que, en principio, prohíbe la muerte de un hombre¹²². Pero para evitar confusiones en relación con las peculiaridades de estos tipos, Beling aclara que en cuanto al requisito de la antijuricidad no se distinguen en nada del resto; lo que ocurre es que, aquí, “antijurídico” es un *subintelligendum*: la ley penal que establece su contenido debe leerse como si en ella estuviera incluida la palabra antijurídico; la antijuricidad sigue siendo un elemento positivo del delito y también en estos casos es necesario consultar las normas. La única diferencia entre los supuestos en los que la ley penal alude expresamente al carácter antijurídico de la

¹²¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 39, 77, 161 y ss., 423-426. Beling matiza este principio general respecto de los supuestos de comisión por omisión de los tipos formulados positivamente: respecto de éstos, por regla general la realización del tipo sólo es antijurídica cuando se dan los presupuestos especiales de carácter positivo que fundamentan el deber de evitar el resultado. Este matiz responde a la concepción de Beling sobre el deber de evitar el resultado y sus presupuestos. En su opinión, éstos sólo afectan a la antijuricidad de la conducta omisiva y para la realización del tipo basta con la omisión de la conducta que evite el resultado; *vid. op. cit.* pp. 164-165; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 40-43, 46-47.

¹²² Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 37, 39, 125, 126, 129 y ss., 162 y ss. Vid. también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 15 y 20; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 13 y 25. Según Beling (*L.v.V.*, p. 163, nota 1), Graf zu Dohna va demasiado lejos cuando afirma que de los tipos no puede deducirse absolutamente nada sobre la antijuricidad.

conducta y aquéllos en los que esto es un *subintelligendum* radica –según Beling– en los presupuestos de la norma. En este sentido, este autor señala que debe evitarse la comprensión de estos delitos como si el tipo de delito ya implicara conceptualmente el elemento de la antijuricidad y toda realización del mismo fuera antijurídica¹²³.

En definitiva, Beling distingue *dos clases de tipos de delito*: en primer lugar, aquellos en los que se destaca expresamente el requisito de la antijuricidad. Aquí es necesario comprobar de forma especial si las proposiciones especiales del Derecho civil¹²⁴ permiten mostrar a la realización del tipo como algo no permitido con carácter general, o si la antijuricidad sólo puede afirmarse cuando concurren presupuestos especiales. En segundo lugar, estarían los tipos de delito que no destacan expresamente el requisito de la antijuricidad; respecto de éstos podría afirmarse que, con carácter general, la realización del tipo es antijurídica, de modo que sólo falta la antijuricidad cuando concurren presupuestos especiales¹²⁵. En este sentido, Beling reconoce que el punto de partida de la teoría de la antijuricidad de Frank es correcto. En función de cómo esté redactada la ley penal, la antijuricidad dependerá de circunstancias positivas externas al tipo, o el único requisito positivo será la realización

¹²³ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 163.

¹²⁴ Beling se refiere a las proposiciones jurídicas externas al Derecho Penal. *Vid.* H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., p. 19.

¹²⁵ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 164 y nota 1. Según Beling, la concurrencia de tales presupuestos especiales puede otorgar al sujeto un derecho a actuar (causas de justificación), o puede ocurrir que simplemente excluyan la antijuricidad, de modo que la acción sea jurídicamente irrelevante. Sobre la clasificación que Beling propone de las causas de justificación, *vid. op. cit.*, pp. 167 y ss.

del tipo, de modo que si éste se da, la falta de antijuricidad procederá de presupuestos negativos de la antijuricidad¹²⁶.

26. Estos presupuestos negativos de la antijuricidad, las "circunstancias que excluyen la antijuricidad", Beling los denomina "causas de exclusión del injusto" para destacar que se trata de circunstancias que pertenecen al ámbito de la antijuricidad. Pueden darse tanto en relación con normas que requieren la tipicidad de la acción como único presupuesto positivo de la antijuricidad, como en relación con normas que requieren otros presupuestos positivos especiales, además de la tipicidad de la conducta. Todas las normas llevan implícita la excepción: ("tú no debes ...,) a menos que ...". En este sentido, las causas de exclusión del injusto son elementos de la norma que representan "excepciones", autolimitaciones de las normas. No pertenecen al tipo, son externas al mismo y, por lo tanto, no pueden caracterizarse como elementos negativos del tipo. Por el contrario, la aplicación de una causa de exclusión del injusto presupone, precisamente, que no falte ningún elemento del tipo¹²⁷.

¹²⁶ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 164. Como ya hemos señalado, para los supuestos de comisión por omisión de tipos formulados positivamente Beling matiza la regla general expuesta en el texto. En tales supuestos la comprobación de la antijuricidad de la conducta típica requiere la concurrencia de determinadas circunstancias que fundamenten el deber de actuar, *vid. L.v.V.*, cit., pp. 164- 165 y 226 .

¹²⁷ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 165 y ss. Beling critica la opinión de Frank y distingue entre los elementos negativos del tipo y las causas de exclusión del injusto. Estas últimas son externas al tipo y se encuentran en la norma. Cuando alguien mata a una persona en legítima defensa, la comprobación de esta circunstancia no implica negar el tipo de la muerte de un hombre, únicamente implica que la realización del tipo no es antijurídica. Por otra parte, frente a aquellos autores que, por entender que sólo puede excluirse algo que ya existía previamente, rechazaban la concepción de las causas de exclusión de la antijuricidad de las acciones típicas como causas de exclusión del injusto o "excepciones de la norma", Beling (*op. cit.*, pp. 166-167) admite que cuando

De esta caracterización de las causas de exclusión del injusto como autolimitaciones de las normas, Beling deriva algunas consecuencias sobre sus fuentes y sus efectos, que permiten distinguirlas de las causas que provocan la falta de tipo y de las causas de exclusión de la pena. En cuanto a sus fuentes, partiendo de la caracterización de las causas de exclusión del injusto como autolimitaciones de las normas, y de las normas como el propio Ordenamiento jurídico considerado en cuanto a su significado normativo para la actuación del hombre, Beling afirma que las causas de exclusión del injusto sólo pueden surgir del Derecho positivo. En cuanto a sus efectos, aquel autor señala que del mismo modo que no existen "normas sólo penales", ni una "antijuricidad penal", tampoco existen causas de exclusión del injusto meramente penales. Cuando una circunstancia excluye la antijuricidad de una acción "en el sentido del derecho penal", la excluye con efectos para todas las ramas del Ordenamiento jurídico, de modo que éstas no pueden tratarla como una acción antijurídica, ni dar lugar a consecuencias que presupongan su carácter antijurídico. Por el contrario, cuando una circunstancia tenga eficacia "sólo penal", de modo que sólo excluya la imposición de una pena, no podrá tratarse de una causa de exclusión del injusto, sino que entonces estaremos ante una causa que excluye la tipicidad de la acción, o ante una mera causa de exclusión de la pena¹²⁸. Lo que aquí nos interesa destacar es la nítida distinción que Beling realiza entre las causas de exclusión del injusto y el resto de las causas que excluyen la punibilidad de una conducta, en función de su procedencia y sus fuentes (el tipo de la ley penal, el supuesto de hecho de las normas del

concorre una causa de justificación falta conceptualmente la antijuricidad y la norma no llega a intervenir, de modo que la conducta típica no es antinormativa.

¹²⁸ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 169.

conjunto del Ordenamiento jurídico, u otros presupuestos que condicionan la punibilidad de una conducta), y de sus efectos y su significado (la exclusión del carácter antijurídico de una conducta, la imposibilidad de subsumirla en alguno de los tipos de delito previstos en las leyes penales, o su impunidad derivada de otras consideraciones). Como veremos, esto último es especialmente relevante en relación con la propuesta de incorporar al tipo algunos elementos subjetivos, cuya ausencia excluiría la tipicidad de la conducta, pero sin prejuzgar su carácter antijurídico.

C) Tipo y culpabilidad. El carácter objetivo del tipo

27. Ya hemos visto que, sobre la base del § 59 RStGB, Beling consideraba que la delimitación del objeto cuyo conocimiento determina el carácter doloso o imprudente de la conducta debía ser uno de los criterios fundamentales para distinguir entre los elementos del tipo y las condiciones objetivas de la conminación penal.

Aquel autor identificaba el carácter culpable de la conducta típica y antijurídica con su condición de conducta dolosa o imprudente, lo que dependía de la relación psíquica del autor con el hecho, en tanto que típico y antijurídico¹²⁹. Pese a que el § 59 RStGB utilizaba la expresión "tipo legal" –lo que debía entenderse en el sentido de que el dolo tenía que abarcar todos los componentes del "tipo especial" (y no los del "tipo general")¹³⁰–, la neutralidad del tipo, además de impedir considerar que su

¹²⁹ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 42 y ss., especialmente pp. 178 y ss.

¹³⁰ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 185 y ss., 324 y ss. En los supuestos en los que el tipo aparezca modificado y constituya una "forma de aparición" (v. gr., inducción, complicidad, etc...), la representación dolosa deberá abarcar esta modificación.

realización sea necesariamente algo en sí mismo reprochable, excluiría también la posibilidad de entender que el conocimiento de la realización del tipo supone un elemento de la culpabilidad que permite fundamentar un juicio de reproche (jurídico) sobre el autor¹³¹. Por esta razón, Beling consideraba que también la conciencia de la antijuricidad es un elemento del dolo; por lo tanto, cuando, pese a que el sujeto podía y debía haberla tenido, falte la conciencia de la antijuricidad estaremos ante un supuesto de imprudencia¹³².

Según Beling, el dolo requiere, cumulativamente, la conciencia de la antijuricidad y de los elementos del tipo, además de la voluntad referida a ambos extremos. Estaremos ante un supuesto de imprudencia siempre que al sujeto, pese a que

¹³¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 181. Beling también critica la opinión de aquellos que pretenden que el carácter doloso del hecho se decida sólo sobre la base del contenido § 59 RStGB, *vid. L.v.V.*, cit., p. 188.

¹³² Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 180 y ss. Por su contraste con el formalismo que Beling mantiene en relación con el contenido del tipo y de la antijuricidad –formalismo que, por cierto, guarda relación con las consecuencias que, según este autor, podría tener una concepción material de la tipicidad y de la antijuricidad para la teoría del error y, en particular, respecto del error de prohibición–, conviene recoger aquí alguno de los argumentos que Beling esgrime para defender que el conocimiento de la antijuricidad es un presupuesto necesario para el dolo: “[...] es imposible que en el concepto de culpabilidad falte la relación psíquica con el elemento de la *antijuricidad*. Sería monstruoso si este elemento objetivamente tan importante, en su parte subjetiva se quisiera tratar como *quantité négligeable*. Respecto de aquel que ni conocía la antijuricidad, ni podía conocerla, simplemente no podría entenderse en qué debe consistir su culpabilidad [...]. Quien explica esto aludiendo a que la administración de justicia no soporta que cualquiera pueda alegar el desconocimiento del Derecho [...] desconoce [...] que la administración de justicia sólo es un medio para fines, no un fin en sí misma, y que, por lo tanto, un Derecho finamente evolucionado no puede colocar la administración de justicia por encima de la justicia, el Derecho formal por encima del material” (*op. cit.*, pp. 180-181; subrayado en el original).

debía y podía haber tenido la conciencia de ambos extremos, le falta respecto de uno de ellos (imprudencia de Derecho, o imprudencia de tipo, sobre la realidad fáctica, según cuál sea el caso) o respecto de ambos (doble imprudencia), o cuando, pese a darse el aspecto cognoscitivo, pueda reprocharse al sujeto la falta del aspecto volitivo, esto es, cuando el sujeto no debía de haber rechazado como improbable la tipicidad y antijuricidad de la conducta que se había representado (imprudencia consciente de tipo, o de Derecho)¹³³.

28. Beling reconocía que la relación psíquica del sujeto con el tipo y la antijuricidad no siempre es suficiente para que concurra la culpabilidad que requieren algunas leyes penales. En efecto, además del dolo, los denominados delitos de intención requieren una determinada intención que va más allá de aquél. Por tratarse de un momento puramente subjetivo, esta intención también pertenecía a la culpabilidad; en absoluto debía considerarse un elemento del "tipo" del correspondiente delito; y menos aún un elemento de la antinormatividad¹³⁴.

¹³³ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 191-192 y 194.

¹³⁴ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 159, nota 1, pp. 195-197, p. 235 y nota 2. Beling distingue entre los supuestos en los que la ley requiere la intención como una forma específica de dolo, y aquellos en los que representa un elemento subjetivo distinto del dolo. En este sentido, afirma que cuando la ley requiere la concurrencia de una determinada intención, puede ser que este requisito sustituya, total o parcialmente, a la exigencia del dolo, de modo que el tipo (o una parte del mismo) o la antijuricidad deban ser el objeto de la misma. Pero también puede ocurrir que, además del dolo (referido al tipo y la antijuricidad), la ley requiera que la intención del sujeto se dirija a un elemento externo al tipo. En estos casos, puesto que el contenido de la intención no es un elemento del tipo, no es necesario que aquélla se realice; inversamente a lo que ocurre con las condiciones objetivas de la conminación penal, la intención sólo importa en tanto que dirección anímica de la pretensión del autor y únicamente es necesaria su concurrencia como elemento meramente psíquico. Sobre la base de estas consideraciones, Beling señala que la inidoneidad absoluta del objeto o de los medios es totalmente irrelevante en relación con la posibilidad de afirmar la concurrencia de la

29. Sobre la base del vínculo que el propio § 59 RStGB establecía entre la culpabilidad y la relación existente entre el aspecto subjetivo del hecho y el tipo que la acción realiza, Beling puso especial énfasis en señalar que, además de la conciencia de la antijuricidad, el dolo requiere una correspondencia entre el contenido típico objetivo de la conducta y la representación del sujeto, mientras que, a su vez, la imprudencia está vinculada a la ausencia de aquel reflejo psíquico o su carácter incompleto¹³⁵; en este sentido, pese a que el conocimiento y la voluntad referidas a las circunstancias que determinan la tipicidad de la conducta son insuficientes para fundamentar la culpabilidad, el tipo serviría para individualizarla¹³⁶. Aquel autor subrayó que, pese a tratarse de presupuestos autónomos de la definición de delito, existe una coordinación entre la culpabilidad y la tipicidad, pues aquélla consiste, precisamente, en el carácter defectuoso de la parte psíquica *del hecho*. En sí misma, la base de la tipicidad se sitúa en el ámbito objetivo, pero sus efectos se extienden al ámbito de la culpabilidad, en la medida en que el objeto de ésta depende del contenido de los tipos. Lo que interesa no es la culpabilidad como algo absoluto, sino el “dolo típico” y la “imprudencia típica”¹³⁷; “el tipo

intención; por lo tanto, también es culpable de estafa aquel que persigue una modificación que le es perjudicial pero que él creía que le era beneficiosa, así como aquel que persigue un beneficio patrimonial no antijurídico pero que él se había representado como tal, siempre, naturalmente, que su actuación represente la producción dolosa a través de engaño del perjuicio patrimonial de un tercero.

¹³⁵ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 185 y ss., 324 y ss.

¹³⁶ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 181, 186 y 191.

¹³⁷ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 186.

objetivo lleva necesariamente al tipo de culpabilidad”¹³⁸. No obstante, Beling consideraba incorrecto denominar "tipo subjetivo" a la representación del tipo que el sujeto se realice. Si acaso podría utilizarse la expresión "parte subjetiva del hecho"¹³⁹. En efecto, aquel autor consideraba que, entendida como forma defectuosa del aspecto psíquico de la conducta, la culpabilidad se distinguía claramente del tipo, que representa el contorno *externo* del tipo de delito (*als dem äußeren Umriß des Verbrechenstypus*); así concebidos, la culpabilidad y el tipo se refieren a dos aspectos del delito totalmente diferentes y que –según Beling– no deberían confundirse. El tipo tiene sólo carácter objetivo y está libre de todo elemento subjetivo. Un "tipo subjetivo", en el sentido de un tipo que reuniera aspectos psíquicos, representa –según Beling– una *contradictio in adjecto*, pues el tipo de delito no es otra cosa que un contorno objetivo que se entiende realizado cuando la acción se presenta externamente como típica, v. gr. como "matar de un hombre". La relación interna del sujeto con la acción típica constituye un elemento del delito nuevo e independiente; la ausencia de aquella relación interna no afecta en modo alguno al mantenimiento intacto de la tipicidad de la acción: matar a un hombre puede hacerse tanto de modo culpable como de modo no culpable¹⁴⁰. “La

¹³⁸ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 191.

¹³⁹ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 178-179, 185 y ss. Cfr. E. MEZGER, "Die subjektiven Unrechtselemente", en GS 89, pp. 258-259, donde este autor señala acertadamente que la negativa de Beling a utilizar la expresión "subjektiven (psychischen) Tatbestand" responde a su concepción objetiva de la antijuricidad, en función de la cual la antijuricidad se corresponde con la parte externa, objetiva del hecho delictivo y la culpabilidad se corresponde con la parte subjetiva, interna del mismo. Esta separación es la que determina la imposibilidad de un tipo subjetivo.

¹⁴⁰ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 178 y ss. Según Beling, las confusiones y errores que existen en este punto proceden de denominar a la culpabilidad (y a la voluntad de la

comprobación de la tipicidad de una acción no implica ninguna constatación sobre el dolo ni sobre la imprudencia”¹⁴¹. Es más, aquel autor consideraba una necesidad lógica la identidad del contenido del tipo de delito, con independencia de que la acción que se refiera al mismo sea una acción dolosa o una acción realizada imprudentemente; Beling entendía que, por ejemplo, era imposible dar a la expresión "maltrato" ("*Mißhandlung*") un significado distinto en los §§ 223 y 230 RStGB. En lo que al tipo se refiere, aquel autor consideraba que ambos delitos se solapan con absoluta exactitud¹⁴².

Esta afirmación enlaza con la discusión actual, que iniciaron los autores neokantianos, impulsaron los autores finalistas y divide todavía a los partidarios de la teoría de la imputación objetiva, sobre la conveniencia de distinguir entre la parte objetiva y la parte subjetiva del tipo, sobre si coinciden o no los elementos del tipo objetivo de los delitos dolosos y los

acción) como "tipo subjetivo", lo que se debe a la errónea concepción que cree que la culpabilidad debe determinarse sólo en relación con el tipo y no con la antijuricidad.

¹⁴¹ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 197.

¹⁴² E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 197. Beling admite que normalmente la diversidad de las formas de culpabilidad mediante las cuales puede realizarse el tipo representan una diversidad de formas delictivas, pero niega que se trate de una diversidad *típica* de formas delictivas. En estos casos, no es el tipo, sino la diversidad de la parte subjetiva del hecho y la diversidad de las conminaciones penales lo que permite distinguir diversas las clases de delito; *vid. op. cit.*, p. 275. Además, Beling reconoce que en ocasiones es difícil determinar si un elemento cuya concurrencia exige la ley pertenece al tipo o a la culpabilidad, pues la formulación de algunas leyes puede provocar dudas acerca de si establecen una regulación especial de la culpabilidad, de modo que el tipo permanecería intacto, o si lo que hacen es establecer un tipo nuevo. Para resolver estas situaciones Beling propone un criterio general: los elementos puramente psíquicos dejan intacto al tipo y sólo permiten construir una especie particular de culpabilidad; *vid. E. BELING, L.v.V.*, cit., pp. 198-201.

imprudentes, y sobre si todos los delitos dolosos presuponen o no la infracción del deber objetivo de cuidado.

V. Primera recapitulación y valoración del concepto de tipo propuesto por Beling

30. La anterior exposición nos ha servido para conocer la definición del delito en la que Beling basa la construcción de la teoría general del delito que proponía, y la justificación que este autor ofrece para introducir en ella la categoría de la tipicidad. A continuación hemos expuesto la caracterización del concepto de tipo. Hagamos una primera recapitulación para destacar y analizar los puntos que considero más importantes.

31. Beling deriva del *principio de legalidad*, recogido en el § 2 RStGB, la necesidad de que la acción delictiva se corresponda con un *supuesto de hecho* de los previstos en el Código penal y, más concretamente, en la parte especial. Esta exigencia del principio de legalidad se traslada al concepto general de delito, dando lugar a una categoría autónoma cuya función consistirá, básicamente, en reunir los elementos *objetivo-externos* de las figuras delictivas previstas en la parte especial del Código penal (tipos de delito) y expresar la relevancia penal de los hechos cuya configuración externa coincida con ellas.

En definitiva, la tipicidad se integra en la definición general de delito como requisito autónomo para poner de manifiesto que, conforme al principio de legalidad y al principio de responsabilidad por el hecho, sólo son delito aquellas acciones cuya configuración externa pueda subsumirse en *alguna* de las figuras previstas en la parte especial del Código penal (o en

alguna de las formas de aparición relacionadas con aquéllas y previstas en la parte general).

El concepto general de tipo se obtiene haciendo abstracción de la totalidad de los tipos de delito recogidos en la legislación penal, esto es, de los supuestos de hecho que fijan el contorno externo de las figuras delictivas. En tanto que "supuesto de hecho" previsto en la ley penal, es un concepto de naturaleza jurídica, distinto del supuesto de hecho real que se corresponde con el patrón –de naturaleza jurídica– previsto en la ley penal.

32. Este significado del término "tipo" (*Tatbestand*) enlaza con el uso que de él se hace en el marco de la teoría general del Derecho para hacer referencia al "supuesto de hecho" de una determinada consecuencia jurídica¹⁴³. Por su parte, cada una de las disciplinas que se ocupan del estudio de las diversas ramas del Ordenamiento jurídico concreta el contenido del *Tatbestand* en función de su objeto de estudio, pero conservando el significado de esta expresión como "supuesto de hecho". Así, en el ámbito del Derecho procesal la expresión "Tatbestand" se empleaba para hacer referencia al "supuesto de hecho" o "conjunto de hechos" que debían probarse en el proceso. Y, como hemos visto, en el ámbito del Derecho penal diversos autores empleaban la expresión "Tatbestand" para hacer referencia al "delito" como "supuesto de hecho" al que se vincula la pena como consecuencia jurídica¹⁴⁴.

Beling conserva el significado del término *Tatbestand* como "supuesto de hecho", pero rechaza su utilización como sinónimo de delito y, además,

¹⁴³ Vid., por todos, E. MEZGER, *Vom Sinn ...*, cit., pp. 3-4; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, p. 351.

¹⁴⁴ Vid., por ejemplo, F. v. LISZT, *Lehrbuch ...*, cit., pp. 1, 115 y ss.

rechaza que, por sí mismo, comporte otra consecuencia que no sea la identificación y caracterización externa del contenido de los hechos penalmente relevantes. Por lo tanto, atribuye al término *Tatbestand* un significado más limitado que aquel que le otorgaban los autores que lo identificaban con el concepto general de delito. El concepto de tipo que Beling propone sólo hace referencia a *uno* de los requisitos que debe reunir una conducta humana y voluntaria para ser delito, un requisito que aquel autor quiere desvincular del carácter antijurídico y culpable de la acción delictiva y que, por su vinculación al principio de legalidad, concibe de modo exclusivamente formal¹⁴⁵: la configuración externa de la acción debe corresponderse con alguno de los supuestos de hecho de los tipos de delito previstos en parte especial la legislación penal. Y son precisamente los "supuestos de hecho" delimitados en los preceptos de la parte especial del Código penal los que Beling toma como punto de referencia porque aquí es donde se concreta el principio de legalidad mediante la configuración de "supuestos de hecho" *específicos* y, en este sentido, típicos, lo cual, a su vez, explica la identificación y el paralelismo que, en este primer momento, aquel autor establecía entre las expresiones "Tatbestand" y "Typus", "tatbestandsmäßigkeit" y "typizität"¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Formal en tanto que ni el concepto de tipo, ni la teoría del tipo contienen ninguna referencia valorativa general de carácter material que sirva para identificar y caracterizar las acciones típicas. Cuando Beling hace referencia al significado material que es propio de los tipos penales frente al carácter formal de la antijuricidad, sólo quiere expresar que son aquéllos los que caracterizan la acción delictiva y determinan el contenido externo específico de cada una de ellas, mientras que la antijuricidad se limita a expresar la oposición entre la conducta típica y las normas del Ordenamiento jurídico.

¹⁴⁶ Cfr. H. von WEDEL, SchwZStr. 45 (1931), pp. 359-360; E. MEZGER, *Vom Sinn ...*, cit., pp. 3-6.

En definitiva, lo que Beling propuso fue abandonar la equiparación entre el tipo y el supuesto de hecho al que la ley penal vincula la imposición de una pena, y utilizar aquel término para hacer referencia al concepto abstracto de naturaleza jurídica que se obtiene a partir de la consideración de las diversas figuras delictivas, que el legislador penal ha descrito para satisfacer las exigencias del principio de legalidad, y para las que ha previsto la imposición de una pena cuando se realicen de forma antijurídica, culpable y adecuada al resto de las condiciones previstas en la correspondiente conminación penal.

33. Lo que conviene destacar es que Beling acude al principio de legalidad, expresado en el § 2 RStGB, para fundamentar la *función de individualización y delimitación de las acciones penalmente relevantes* que asigna al tipo y que le sirve de punto de partida para la construcción y delimitación de este concepto¹⁴⁷. Esta función de individualización y delimitación derivada del vínculo que ha de existir entre la acción delictiva y la ley penal, prescindiendo, *en principio*, de la relación entre aquélla y las normas que componen el conjunto del Ordenamiento jurídico, es lo que determina la distinción que Beling realiza entre la tipicidad y la antijuricidad de la conducta delictiva, y explica que dicha distinción se encuentre ya en el punto de partida de la articulación que este autor realiza de los presupuestos del delito¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Vid. H. SPRIESTERSBACH, *Neue Kritik ...*, cit., p. 19; H. BRUNS, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932, p. 5; M.E. MAYER, ZStW, núm. 10 (1906), p. 799.

¹⁴⁸ Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., p. 33. Este autor destaca que Beling, a diferencia de Baumgarten, no parte del objeto de referencia del dolo como criterio para configurar el tipo. Esta diferencia en el punto de partida es una de las razones que explican que Baumgarten defendiera la teoría de los elementos negativos del tipo mientras que Beling, al partir de la ley penal y de la distinción entre ésta y la

La distinción entre ley penal y norma y el vínculo que Beling establece entre la ley penal y el tipo explica también la procedencia de los elementos que forman el contenido de este último, y la consideración inicial de una cierta correspondencia entre el contenido del tipo y los elementos externos del delito previstos en la ley; la excepción son las condiciones objetivas de la conminación penal¹⁴⁹.

Como ya hemos señalado, este vínculo entre la labor de construcción de la teoría general del delito que corresponde a la ciencia del Derecho, el principio de legalidad y la decisión a favor de partir del análisis de la configuración externa de la conducta delictiva encajan perfectamente con el significado político liberal del positivismo jurídico.

34. Frente al planteamiento de Beling, en una reseña a *Die Lehre vom Verbrechen* y a la tercera edición del *Grundzüge des Strafrechts* de aquel autor, J. Goldschmidt puso de manifiesto que el principio de legalidad expresado en el § 2 RStGB resulta insuficiente para fundamentar la introducción de la tipicidad en la definición general de delito como elemento autónomo y previo a la comprobación de la antijuricidad y la culpabilidad¹⁵⁰. Goldschmidt señaló que la exigencia de la tipicidad de la conducta delictiva, entendida como expresión de la necesidad de que la descripción de la misma se encuentre formulada de forma precisa en la ley penal, posee un significado político, de Derecho público, pero no un

norma, negara siempre que la antijuricidad fuera un elemento del tipo, pese a que en los delitos dolosos el sujeto debía conocer ambos extremos.

¹⁴⁹ Cfr. H. SPRIESTERSBACH, *Neue Kritik ...*, cit., p. 26; W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, 1933, pp. 23 y ss.; H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., p. 17.

¹⁵⁰ Cfr. J. GOLDSCHMIDT, GA 54 (1907), pp. 25 y ss, especialmente, pp. 28-31.

significado específicamente penal y que, entendida en estos términos, ya se encuentra incluida en la consideración del delito como acción (antijurídica y culpable) "*conminada con pena*". Este autor no se oponía a incluir en la definición del delito la exigencia de que la acción delictiva se encuentre formulada con precisión en una ley penal; su discrepancia radicaba en la conveniencia de considerar a la tipicidad, así entendida, como un elemento autónomo de la definición general del delito sobre el que se basa la construcción dogmática del Derecho penal¹⁵¹.

Estas observaciones de Goldschmidt resultan acertadas para poner de manifiesto que no es únicamente el principio de legalidad y su dimensión política lo que explica el significado que Beling atribuye a la tipicidad en la definición y en la teoría general del delito que él proponía¹⁵². El principal significado de la tipicidad y de la definición de delito que Beling propone radica en el hecho de destacar que sólo determinadas conductas son *penalmente relevantes* y que la relevancia penal de una conducta no debe identificarse con su condición de antijurídica y culpable, sino que es algo que conviene analizar con carácter previo, partiendo de la caracterización legal de las conductas conminadas con pena. El que la descripción de las conductas con relevancia penal proceda de la ley y, por lo tanto, deba reunir determinadas exigencias –formales y materiales– vinculadas al

¹⁵¹ Es necesario recordar que, además, Goldschmidt consideraba lógicamente incorrecto incluir en el concepto general de delito la exigencia de que la configuración externa de la acción antijurídica y culpable se corresponda con alguno de los tipos (especiales) descritos con precisión en la ley penal. Cfr. J. GOLDSCHMIDT, GA 54 (1907), pp. 20 y ss.

¹⁵² Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 29-31. Este autor niega que se deba necesariamente vincular al principio de legalidad la función asignada al tipo de concretar, con carácter general, las conductas penalmente relevantes. *Vid.* también C.S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 2. ed. española, 1984, pp. 182-183.

principio de legalidad, posee, ciertamente, un significado político. Pero el significado estrictamente penal de estas conductas, que Beling quiere destacar mediante su consideración como conductas típicas, no radica sólo en el hecho de que se trate de conductas descritas con precisión en la ley, sino que radica, también, en el hecho de ser conductas cuya configuración externa coincide con la de las conductas conminadas con pena, esto es, con la configuración externa de las conductas cuya realización *puede comportar la imposición de consecuencias de naturaleza penal*. Pese a que Beling no profundiza en el significado valorativo que caracteriza las conductas típicas e incluso lo niega, la trascendencia de la definición de delito que propone radica en partir de la consideración de las acciones delictivas como acciones penalmente relevantes. Resumiendo: el significado de la tipicidad no consiste sólo en expresar la exigencia de que las acciones delictivas deban estar descritas con precisión en la ley penal, sino que radica en expresar la relevancia penal de las conductas cuya configuración externa se corresponda con las conductas descritas en la ley penal. En este sentido, lo que fundamenta la introducción de la tipicidad en la definición general de delito, como elemento autónomo y previo a la antijuricidad y la culpabilidad, no es tanto la necesidad de expresar que la acción delictiva se encuentre descrita con precisión en la ley penal, como la necesidad de destacar que sólo las conductas típicas son penalmente relevantes, que la tipicidad de una acción no puede identificarse con su carácter antijurídico y culpable y que, por esta razón, la definición de delito debe partir de la comprobación de la tipicidad.

Esta perspectiva implica un cambio radical frente a la que subyace en la definición de delito como conducta antijurídica, culpable y conminada con pena. Esta definición parte de la distinción entre "Delikt" (conducta antijurídica y culpable) y "Verbrechen" (conducta antijurídica, culpable y punible) y de la consideración del delito ("Verbrechen") como especie

dentro del género de las conductas antijurídicas y culpables¹⁵³. Desde esta perspectiva, el delito se caracteriza por presentar un "plus" respecto de las conductas antijurídicas y culpables. Por el contrario, la definición de delito que Beling propone parte de lo específico de las conductas delictivas y, en este sentido, las caracteriza como un "aliud" con elementos comunes respecto del resto de las conductas antijurídicas y culpables.

Así, la definición de delito que Beling propone contribuye de forma decisiva a destacar lo que es específico de las conductas delictivas y permite ubicar en la teoría del tipo los aspectos de una conducta que condicionan su relevancia penal. Sin embargo, Beling no profundiza en esta cuestión desde una perspectiva material o, al menos, no lo hace de forma expresa y general. Por el contrario, su planteamiento se sitúa en un plano meramente formal, con el que pretende garantizar el respeto a las decisiones del legislador y la seguridad jurídica en la aplicación del Derecho¹⁵⁴. En efecto, partiendo exclusivamente de las exigencias

¹⁵³ *Vid.*, por ejemplo, F. v. LISZT, *Lehrbuch ...*, cit., pp. 1, 115 y ss. Sin embargo, v. Liszt afirmaba (*op. cit.*, p. 116, nota 4) que la definición de delito de Beling se corresponde en lo esencial con la suya.

Sobre la diversidad metodológica de la construcción dogmática de Binding y Beling, cfr. F. BALLVE, *La teoría jurídica ...* cit., pp. 9 y ss.

¹⁵⁴ Cfr. J. GOLDSCHMIDT, GA núm. 54 (1907), p. 42; G. RADBRUCH, *Mon. Krim. Psych.*, 1907, pp. 570-571. *Vid.* también, F. BALLVE, *La teoría jurídica ...*, cit., p. 19; al exponer la concepción de Beling, Ballvé señala que “la primera valoración que se ofrece es la relativa a la ilegalidad. Ya ha quedado explicado cómo la especifica la norma. Debe advertirse también que, situados en el terreno jurídico, no importa saber aquí la razón del por qué el Estado tacha a determinados hechos de ilegales”; posteriormente, al exponer la distinción que Beling realizaba entre los delitos de resultado y los de mera actividad, Ballvé afirma (*op. cit.*, p. 28): “[...] hay delitos en los que el legislador pena la acción en sí por razones que él se sabe, y en ellos el resultado, exista o no exista, no forma parte integrante del tipo. El penalista que debe limitarse a estudiar técnicamente el delito no tiene derecho a inmiscuirse en los fines políticos que persigue el legislador”. Finalmente, *vid.* también H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp.

formales que derivan de la vigencia del principio de legalidad, Beling se limita a señalar que la relevancia penal de una conducta deriva de que su configuración externa se corresponde con la de alguno de los supuestos de hecho previstos en la ley penal. El fundamento material de la relevancia penal de estas conductas, las razones por las que el legislador penal describe determinadas conductas dotándolas de relevancia penal, y los principios que limitan la intervención legítima del Derecho penal, es una cuestión que Beling no aborda; no lo hace en el marco de la teoría del tipo, ni tampoco en el marco de la teoría sobre la antijuricidad de las acciones típicas. De lo insatisfactorio de los resultados a los que conduce esta supuesta ausencia de valoraciones –que es, más bien, falta de una reflexión general y profunda sobre el trasfondo valorativo de las decisiones adoptadas por el legislador, la función general del Derecho y la del Derecho penal en particular– nos ocuparemos más adelante.

35. Como acabamos de ver, el concepto de tipo de Beling parte del vínculo que ha de existir entre la configuración externa de la acción delictiva y la ley penal, dejando para más adelante la oposición entre aquella y las normas que componen el Ordenamiento jurídico. Esto es lo que explica la distinción que Beling realiza entre la tipicidad y la antijuricidad como presupuestos autónomos de la acción delictiva, distinción que, de forma más matizada, se mantiene actualmente en las definiciones "tripartitas" del concepto general de delito que aceptan la mayoría de autores.

Las consideraciones que Beling realiza partiendo de las exigencias formales vinculadas a la vigencia del principio de legalidad han servido

104 y ss; A. TORIO LOPEZ, "Tipicidad. –Referencia a la teoría de los tipos abiertos", en V.V.A.A., *Vinculación del Juez a la Ley penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp. 9 y ss..

para poner de manifiesto que no todas las conductas antijurídicas son penalmente relevantes y que el contenido de las acciones delictivas debe determinarse partiendo de su descripción legal. Pero la distinción que Beling realiza entre la *tipicidad* y la *antijuricidad* de una conducta responde, fundamentalmente, a la distinción que él propone entre el *concepto* y el *contenido* de las *leyes penales* y el de las *normas*¹⁵⁵.

Beling concibe la ley penal como proposición jurídica que prevé la imposición de una pena cuando se realiza una conducta que externamente se ajusta al supuesto de hecho que describe y se dan, además, otros presupuestos, entre ellos, el de ser esta conducta contraria al conjunto del Ordenamiento jurídico. Esta concepción de la ley penal presupone que no todas las conductas típicas sean antijurídicas. La imposición de la pena prevista en la ley penal se vincula a la realización antijurídica de la conducta allí descrita, pero, por sí sola, la ley penal no determina ni expresa la contrariedad de la conducta típica con el conjunto del Ordenamiento jurídico. Las proposiciones que expresan la contrariedad de una conducta con el conjunto del Ordenamiento jurídico son sólo las normas. Su contenido ni coincide con el de las leyes penales, ni procede necesariamente de una decisión del legislador plasmada en un texto legal. Las normas y las leyes penales tienen un contenido diverso y, además, su contenido no procede necesariamente de las mismas fuentes. Estas diferencias comportan que no todas las conductas típicas sean antijurídicas, ni todas las conductas antijurídicas sean típicas. Pero, además, sobre la base de aquellas diferencias Beling defiende la necesidad de distinguir y analizar por separado la tipicidad y la antijuricidad de todas las conductas, incluidas

¹⁵⁵ Vid. E. BELING, *Die Rechtswissenschaft* ..., cit., p. 14; Cfr. E. MEZGER, *Vom Sinn* ..., cit., pp. 6-7 y 11; H. PLATE, *Ernst Beling* ..., cit., pp. 49-53, 124 y ss., 149-150.

las que reúnen ambas cualidades. La primera consecuencia de aquella distinción y del vínculo que Beling establecía entre el tipo y la ley penal es la imposibilidad de considerar que las causas de exclusión del injusto fueran elementos (negativos) del tipo¹⁵⁶ –lo cual, sin embargo, no determina la decisión sobre la naturaleza dolosa o imprudente de los supuestos en los que el sujeto realiza dolosamente el tipo, pero incurre en un error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de exclusión del injusto¹⁵⁷–. En efecto, si el tipo se concibe como un concepto abstracto que agrupa los elementos externos específicos (y, en este sentido, típicos) de las diversas figuras delictivas previstas en la parte especial del Código penal, y la ley penal se distingue de las proposiciones prescriptivas y valorativas que determinan la relación de una conducta con el conjunto del Ordenamiento jurídico, las causas de exclusión del injusto no pueden considerarse elementos del tipo, y la comprobación de la tipicidad de una conducta no requiere considerar la totalidad de los

¹⁵⁶ *Vid.*, por ejemplo, E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 193. Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., p. 20.

¹⁵⁷ Beling consideraba que el error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no es una cuestión que afecte a la antijuricidad, sino que es una problema de culpabilidad, *vid.*, por ejemplo, en relación con la legítima defensa putativa, E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 157, nota 1. Este autor reconocía que el error sobre los elementos que sólo excluyen la antijuricidad de la conducta típica no son supuestos respecto de los cuales la exclusión del dolo proceda del § 59 RStGB; se trata de supuestos que caen bajo el concepto "ausencia de la conciencia de la antijuricidad" y su solución depende de la opinión que se mantenga acerca de si sólo son dolosas las acciones realizadas con conciencia de su antijuricidad; en relación con los supuestos en los que el consentimiento excluye la antijuricidad de las acciones típicas, *vid.* E. BELING, *op. cit.*, p. 222. Considerando el error sobre los presupuestos objetivos del derecho de corrección como un error de prohibición que excluye el dolo, *vid. op. cit.*, pp. 327-328.

elementos externos del supuesto de hecho de la norma que prohíbe su realización, pues la función de individualización y delimitación que corresponde a los tipos penales no se refiere al supuesto de hecho prohibido por las normas, sino al contorno externo de los hechos que el legislador ha caracterizado y conminado con pena.

36. De la distinción entre el concepto y el contenido de las *leyes penales* y las *normas* no sólo deriva la distinción entre los presupuestos de la *tipicidad* y la *antijuricidad*, sino también el distinto *significado jurídico* que Beling les atribuye. El significado jurídico de la tipicidad se limita al ámbito del Derecho penal y consiste en señalar la relevancia penal de la conducta típica. En cambio, el significado jurídico de la antijuricidad se extiende al conjunto del Ordenamiento jurídico y consiste en señalar la oposición entre éste y la conducta. Estas diferencias excluyen la posibilidad de entender que la infracción de las normas que prohíben la realización de una conducta típica supone una mera "antijuricidad penal". Además, la imposibilidad de vincular la efectiva aplicación de alguna consecuencia jurídica de naturaleza sancionatoria a las conductas que no sean antijurídicas, y el hecho de vincular sólo a las normas la función regulativa y directiva de las conductas del hombre que Beling asigna al Ordenamiento jurídico¹⁵⁸, da pie a que –de modo poco afortunado– Beling afirme que sólo la antijuricidad es un concepto de naturaleza valorativa. Es pues el distinto significado jurídico de la tipicidad y la antijuricidad lo que explica el carácter valorativo que Beling atribuye a esta última, frente al carácter meramente descriptivo y valorativamente neutro de la tipicidad, así como

¹⁵⁸ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 115 y ss., 170 y ss. Cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 31-32, 38 y ss., 49, donde este autor destaca la naturaleza meramente sancionadora y, en este sentido accesoria, que Beling atribuía al Derecho penal.

sus afirmaciones en el sentido de que de la mera comprobación de la tipicidad de una conducta no es posible derivar consecuencias jurídicas¹⁵⁹. Adviértase, además, que la caracterización del tipo como concepto descriptivo encaja perfectamente con el ideal, vinculado al Estado de Derecho, de evitar en la medida de lo posible, una valoración del contenido de las leyes por parte de los Jueces¹⁶⁰.

Es incorrecto entender que en el planteamiento de Beling el carácter meramente descriptivo y valorativamente neutro del tipo excluya *totalmente* la posibilidad de tomar en consideración las valoraciones que han motivado la decisión del legislador penal para precisar el contenido de los tipos y comprobar la tipicidad de una acción. Parece más acertado pensar que la contraposición entre el carácter "descriptivo" del tipo y el carácter valorativo de la antijuricidad sólo expresa el distinto significado jurídico de ambas categorías. En este sentido, con aquella contraposición Beling quería, por una parte, expresar la imposibilidad de identificar el resultado de la valoración que se realiza en el ámbito del tipo y la decisión sobre la conformidad o disconformidad de la conducta típica con el conjunto del Ordenamiento jurídico y, por otra parte, quizás también quería poner de manifiesto que la conformidad o disconformidad de la conducta con el conjunto del Ordenamiento jurídico no es la única referencia valorativa que importa en el ámbito de la teoría del tipo. Lo que sí es cierto

¹⁵⁹ En la dogmática de Beling, las características de una acción que tienen un significado valorativo siempre están vinculadas a alguna clase de responsabilidad derivada de su realización; *vid.*, por ej., E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 42, donde el significado valorativo de la antijuricidad y de la culpabilidad se vinculan al fundamento de la responsabilidad penal que deriva de la realización de la acción antijurídica y culpable.

¹⁶⁰ Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., p. 24.

es que Beling no llega a determinar ni con la necesaria precisión ni con carácter general los criterios valorativos mediante los cuales debe concretarse y delimitarse el contenido de los tipos previstos en las leyes penales. Beling se limita a distinguir formalmente entre el concepto de ley penal y el de norma y vincular el contenido de los tipos al contenido de la ley penal, sin señalar, al menos con carácter general, los criterios materiales para interpretar y precisar este contenido. Beling sólo destaca que el significado de las expresiones utilizadas por la ley penal está fuertemente condicionado por el significado que estas expresiones tienen en su uso ordinario, y que el objeto legislativo de protección (*das legislatorischen Schutzobjekt*), la *ratio legis*, aunque no puede identificarse con el objeto normativo de protección (*normäßiges Schutzobjekt*) ni con el objeto de ataque (*Angriffsobjekt*) que algunos tipos requieren, sí puede resultar de utilidad para interpretar y precisar el contenido de los tipos¹⁶¹.

37. Pese a que la distinción entre el concepto, el contenido y el significado de las leyes y las normas, el afán por la seguridad jurídica, y el deseo de salvaguardar la labor científica de valoraciones subjetivas llevaron a Beling subrayar la distinción entre la tipicidad y la antijuricidad, aquel autor advirtió la conexión que en ocasiones existe entre la ley penal y la norma, y entre la comprobación de la tipicidad y la antijuricidad de la acción delictiva.

¹⁶¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 155-156, 202, 215-216; del mismo autor, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, cit., pp. 37 y ss.; del mismo autor, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., pp. 19-20; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. IV; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 27-30; del mismo autor, *L.v.T.*, cit. p. 22. Vid. también H. SPRIESTERSBACH, *Neue Kritik ...*, cit., pp. 32-33. Cfr. E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 32-33.

En este sentido, pese a considerar que en ningún caso la afirmación de la tipicidad de una conducta puede dispensar de comprobar su antijuricidad, Beling admite la existencia de tipos que albergan un elemento aislado, especial de la antijuricidad y entiende que, entonces, el examen de la tipicidad supone, simultáneamente, el examen de una parte de la antijuricidad. En estos casos –cuyo reconocimiento implica admitir que la naturaleza de los elementos del tipo no es homogénea¹⁶²– la descripción externa del supuesto de hecho típico que realiza la ley penal contiene referencias a la regulación de algunos aspectos del mismo que se encuentra fuera de las leyes penales, de modo que la comprobación de estos aspectos de la tipicidad requiere acudir a su regulación extrapenal. Pero no es sólo esta circunstancia la que explica la peculiaridad de este grupo de tipos. Lo esencial es el hecho de que la comprobación de la tipicidad comporte abordar algunos aspectos de la acción relacionados con la cuestión de su carácter antijurídico. Así se pone de manifiesto en las declaraciones que Beling hace a propósito del § 113 RStGB, al que considera como ejemplo paradigmático de este grupo de tipos y que, junto con el párrafo que define el tipo de las coacciones, ha hecho correr ríos de tinta en la doctrina alemana para intentar aclarar la relación entre el tipo y la antijuricidad. Según Beling, el tipo que describe el § 113 consiste en “oponer resistencia a un funcionario ejecutor a través de violencia o amenaza de violencia, cuando aquél actúa en el ejercicio legal de su cargo”, y en “el ataque real a un funcionario ejecutor cuando actúa en el ejercicio legal de su cargo”. En relación con este tipo, aquel autor señala que la cuestión relativa a la

¹⁶² Sobre la trascendencia que pueda atribuirse al reconocimiento de la naturaleza heterogénea de los elementos del tipo para negar la naturaleza valorativa de éste, me remito a lo que se dirá *infra* en el texto. Cfr., de momento, H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 20-21; H. SPRIESTERSBACH, *Neue Kritik ...*, cit., pp. 20-21; H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 52-53, 124 y ss..

legalidad del ejercicio del cargo tiene indudablemente un contenido de antijuricidad, pues, pese a que el ejercicio legal del cargo no es un *bien jurídico* que se proteja con carácter absoluto, el ejercicio del cargo que no se ajusta a Derecho carece de protección jurídica¹⁶³. Sin embargo, Beling entendía que se trata de un elemento que la ley ha incluido en el tipo del § 113¹⁶⁴. Esto no comporta que, contra lo que es la regla general, baste aquí la comprobación de la tipicidad y pueda prescindirse de la comprobación definitiva sobre la antijuricidad de la conducta típica. Sólo comporta –dice Beling– que cuando el funcionario no actúa en el ejercicio legal de su cargo faltará la tipicidad, si bien es cierto que simultáneamente, salvo que existan unas lesiones antijurídicas, faltará también la antijuricidad. Cuando, por el contrario, resulta que el funcionario sí actuaba legalmente en el ejercicio del cargo, será típica la conducta de quien oponga resistencia, pero esto no supone que quede definitivamente resuelta la cuestión sobre su carácter antijurídico. Esta cuestión ya habrá sido parcialmente abordada, pues afirmar la conformidad a Derecho de la actuación del funcionario implica afirmar que no realiza ninguna "agresión ilegítima" y, por lo tanto,

¹⁶³ E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 157-158.

¹⁶⁴ No obstante, Beling no expone la razón por la que esto es así; *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 157-158. Conviene tener en cuenta que, previamente, Beling había afirmado (*op. cit.*, p. 149) que el hecho de que un elemento se encuentre mencionado en la ley penal no demuestra nada sobre su carácter típico. Además, al ocuparse de las peculiaridades del tipo descrito en el § 113 RStGB, aquel autor reconoce que cuando el funcionario ejecutor no actúa en el ejercicio legal de su cargo no es la tipicidad lo único que falta, sino también la antijuricidad del que se opone a su actuación. Esto hace pensar que, en realidad, la consideración de la conformidad a Derecho de la actuación del funcionario como un elemento del tipo se basa en el hecho de que tal elemento no determina por sí solo la antijuricidad de la conducta *típica*, y en la intuición de que la acción típica no puede concebirse de modo totalmente ajeno al objeto protegido por la norma.

excluye la posibilidad de apreciar legítima defensa real para excluir la antijuricidad. No obstante, según Beling es perfectamente posible que la conducta de quien opone resistencia a la autoridad que actuaba en el ejercicio legal de su cargo no sea antijurídica¹⁶⁵.

Además de las peculiaridades que presentan los tipos que albergan un elemento aislado de la antijuricidad, Beling admitía que cuando la ley penal no se refiere expresamente a la antijuricidad de la conducta, por regla general la realización de la conducta típica implica la antijuricidad de la misma. En estos casos, la ley penal supone un *indicio* sobre la existencia de una norma que expresa la contradicción de la conducta típica con el conjunto del Ordenamiento jurídico. Sin embargo, dado que el contenido de la ley penal y la norma son distintos, también en estos casos es posible que la conducta típica no sea antijurídica porque circunstancias ajenas a la tipicidad excluyen su contrariedad con el conjunto del Ordenamiento jurídico. Por lo tanto, tampoco en estos casos puede identificarse la comprobación de la tipicidad de la conducta con la comprobación de su antijuricidad, ni resulta correcto considerar la antijuricidad como un elemento del tipo¹⁶⁶.

38. Uno de los aspectos más criticados del planteamiento de Beling ha sido, precisamente, la separación que trazó entre la tipicidad y la antijuricidad, y la consideración del tipo como un elemento valorativamente neutro.

¹⁶⁵ *Vid.* los ejemplos que pone BELING en *L.v.V.*, cit., p. 158.

¹⁶⁶ Sobre la trascendencia de la función indiciaria de la antijuricidad que Beling atribuye al tipo en estos casos, *vid. infra* en el texto. Cfr H. SPRIESTERSBACH, *Neue Kritik ...*, cit., p. 20; H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., p. 19.

Además de destacar la dificultad de mantener el carácter valorativamente neutro del tipo si se admite la existencia de tipos que albergan elementos de antijuricidad y otros que suponen un indicio sobre la existencia de una norma que prohíbe la comisión activa (¡pero no la omisiva!) de la acción típica, también se ha señalado que la radical separación entre el tipo y la antijuricidad contradice la intención del legislador, pues lo que éste pretende es describir el injusto punible y no el contenido valorativamente neutro de las acciones. Así, se objeta contra el planteamiento de Beling que sustrae incorrectamente del ámbito del tipo la cuestión de la antijuricidad para trasladarla a la comprobación de la eventual concurrencia de normas permisivas (causas de justificación): el que la antijuricidad de la conducta típica dependa de la concurrencia de normas de permisión no modifica el hecho de que, desde el punto de vista positivo, la antijuricidad de la conducta resulte únicamente de su tipicidad. Es contradictorio –dice Schweikert– hablar de un tipo sin carácter valorativo y limitar el juicio sobre la antijuricidad a la comprobación sobre la concurrencia de una causa de justificación¹⁶⁷.

Pese a que es incorrecto afirmar con carácter general que Beling limita la cuestión sobre el carácter antijurídico de las acciones típicas al análisis de la concurrencia de causas de justificación, este tipo de objeciones vendrían a confirmar lo dicho más arriba en el sentido de que, al negar el carácter valorativo del tipo, lo que Beling pretendía era poner de manifiesto que la comprobación de la tipicidad es insuficiente para poder afirmar la antijuricidad de la conducta típica y, por lo tanto, es insuficiente para poder

¹⁶⁷ Vid. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 23-24. Esta autor considera que el mérito de Beling radica en el concepto de tipo que propuso y en el hecho de plantear una nueva clasificación (tripartita) de los elementos del delito que impulsó y determinó la discusión dogmática posterior.

considerar que la realización de la conducta pueda dar lugar a alguna consecuencia jurídica, tanto de naturaleza penal, como también de las previstas en otras ramas del Ordenamiento jurídico.

La caracterización que Beling realiza de la tipicidad, de la antijuricidad y de la relación existente entre ambas resulta perfectamente coherente con la perspectiva meramente formal que adopta para distinguir entre la ley penal y la norma, y con la separación que realiza entre esta cuestión y la relativa al objeto al que debe referirse el conocimiento y la voluntad del sujeto para afirmar el carácter doloso de la conducta típica y antijurídica¹⁶⁸. Esto último me parece acertado, pues la construcción de la teoría del delito no debe venir determinada por la teoría del error, sino por su capacidad para analizar correctamente la concurrencia de todos los presupuestos que debe reunir la conducta delictiva y, particularmente, la de aquellos que determinan su relevancia penal. En este sentido, me parece que la distinción entre la tipicidad y la antijuricidad de la conducta delictiva supuso un avance muy considerable. Mucho más discutible me parece la perspectiva formal que Beling adopta para distinguir entre el contenido de los tipos penales y el de las normas. Esta perspectiva oculta la relación valorativa que existe entre los elementos que determinan la tipicidad de una conducta y los que fundamentan su carácter antijurídico, impide disponer de referencias valorativas generales para precisar los límites de los tipos de delito previstos en las leyes penales y conocer los presupuestos que determinan el carácter antijurídico de una acción y, además, impide considerar que son elementos del tipo los presupuestos objetivos de la posición de garante y, en general, los presupuestos personales de carácter

¹⁶⁸ No obstante, como hemos visto, el carácter valorativamente neutro que Beling atribuía al tipo le servía para argumentar que el conocimiento de la concurrencia de sus elementos es insuficiente para poder afirmar que el autor actuó dolosamente.

objetivo que permiten considerar antijurídica la acción típica del sujeto cuando no concurren causas de justificación¹⁶⁹. En definitiva, aquella perspectiva formal sustrae incorrectamente de la función de garantía que cumplen los tipos penales la necesaria referencia valorativa al fundamento objetivo de la relevancia penal y de la antijuricidad de las conductas que el legislador ha descrito y conminado con pena. La función de garantía que Beling atribuye a los tipos penales se reduce a la consideración formal de los hechos descritos en la ley penal.

39. Ocupémonos ahora de la distinción que Beling realiza entre la tipicidad y el carácter doloso o imprudente de la conducta. Esta distinción responde a la consideración del dolo y la imprudencia como características de la conducta vinculadas al análisis de la culpabilidad. A su vez, la distinción entre el tipo y la culpabilidad responde a diversas consideraciones de carácter sistemático y a las consecuencias que, por vía interpretativa, Beling extrae del contenido del § 59 RStGB. El punto de partida de estas consideraciones sistemáticas e interpretativas es el siguiente: para determinar la concurrencia de la parte externa de un hecho delictivo no es necesario prestar atención a lo que el sujeto quiso o se representó¹⁷⁰. Este

¹⁶⁹ En efecto, no deja de ser muy discutible que, sobre la base de cuestiones vinculadas al principio de legalidad y a la distinción entre la ley penal y las normas, se considere que un mismo tipo supone un indicio sobre la existencia de una norma que prohíbe la comisión activa de la conducta típica, pero ese mismo tipo no suponga un indicio sobre la existencia de una norma que determine su carácter antijurídico cuando concurren determinados presupuestos que permiten equiparar valorativamente su comisión omisiva con la comisión activa.

¹⁷⁰ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 76. La clasificación de los presupuestos del delito que Beling propone no responde exclusivamente a la distinción naturalística entre elementos objetivos y subjetivos, como se pone de manifiesto cuando admite que pertenezcan al tipo elementos subjetivo-internos que no hacen referencia al contenido

punto de partida permite asignar un significado autónomo a la configuración externa del hecho, vincular la tipicidad de la conducta delictiva a su configuración externa, y entender la culpabilidad como elemento psíquico sobre la base del cual se hace jurídicamente responsable al sujeto por la conducta típica y antijurídica que ha realizado.

Las consideraciones sistemáticas que sirven a Beling para fundamentar la distinción entre el tipo y la culpabilidad son el concepto objetivo de antijuricidad que defendía¹⁷¹, y la tesis de que carece de sentido plantearse la culpabilidad de conductas que no son antijurídicas, de modo que la comprobación de la antijuricidad de la conducta es un presupuesto necesario para analizar la culpabilidad del sujeto¹⁷². La primera de las tesis, el concepto objetivo de antijuricidad, hace innecesario, e incluso perturbador, incluir en el tipo los elementos subjetivos de la conducta delictiva o algunos de ellos, aunque esto sería lo más coherente con el

interno de la conducta del sujeto responsable, sino que se refieren a terceras personas. En este sentido, Beling considera que el resultado típico de algunos delitos puede consistir en un proceso o un estado psíquicos, v. gr. en el delito de injurias (*Vid. op. cit.*, p. 206-207). Cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 54-56, 150-154; H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen...*, cit., p. 17; este autor señala que el planteamiento de Beling parte de la distinción entre la culpabilidad del sujeto y la antijuricidad del hecho, y no se agota en la distinción naturalística entre lo objetivo y lo subjetivo y la consideración de que todos los elementos objetivos pertenecen a la antijuricidad.

¹⁷¹ Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., p. 27. Este autor destaca que la discusión entonces existente entre las teorías objetivas y subjetivas de la antijuricidad y la reciente publicación de las obras de Graf zu Dohna y Hold von Ferneck cuestionando la teoría objetiva pudieron jugar un papel relevante en la concepción objetiva del tipo que Beling mantuvo, en el sentido de que pretendiera con ello evitar la confusión entre la culpabilidad y la antijuricidad.

¹⁷² *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 78 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 50 y ss.

concepto de tipo vinculado a la descripción legal de las figuras delictivas y a la función de individualización que Beling le atribuía¹⁷³. Pero es que, además, la consideración objetiva del tipo permite ubicar en una categoría unitaria el análisis sobre el significado jurídico del contenido interno de la conducta sobre la base de la comprobación de su carácter antijurídico, y poner de manifiesto que éste no depende del contenido interno de la acción. En efecto, si el análisis del contenido interno de la acción fuera previo a la comprobación de su antijuricidad, dicho análisis sólo podría referirse a la conciencia y voluntad del sujeto sobre los elementos externos de su conducta descritos en el tipo, pero no podría extenderse al conocimiento y voluntad de la antijuricidad, de modo que sería insuficiente para fundamentar la responsabilidad jurídica del sujeto, y también el carácter doloso o imprudente de su conducta, si estos conceptos se entienden vinculados al juicio sobre la culpabilidad del sujeto y el tipo se concibe como algo valorativamente neutro. En definitiva, la concepción objetiva de la antijuricidad, y la referencia de la culpabilidad al análisis del contenido interno de la acción antijurídica sirven a Beling para rechazar que éste forme parte del tipo. Su carácter "valorativamente neutro" no sólo se refiere al juicio de antijuricidad, mediante el cual el Ordenamiento jurídico valora el hecho en tanto que suceso externo, sino que se refiere también al juicio sobre la culpabilidad, mediante el cual se valora jurídicamente el contenido interno de la conducta típica y antijurídica¹⁷⁴.

No vamos a entrar ahora a discutir la validez de los presupuestos sobre los que se apoyan aquellos argumentos sistemáticos y, en particular, la validez

¹⁷³ Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., 15, 24-26. Vid. también H. BRUNS, *Kritik ...*, cit., pp. 21 y ss.

¹⁷⁴ Cfr. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 42.

del concepto objetivo de antijuricidad y de un concepto de tipo que sólo abarque los elementos que caracterizan externamente los hechos previstos por el legislador penal. Aquí sólo nos interesa destacar la importancia que en este planteamiento posee la consideración de la conciencia de la antijuricidad como elemento del dolo, derivado del vínculo que Beling establece entre el concepto de culpabilidad y los conceptos de dolo e imprudencia. Y también el trasfondo garantista que subyace en las construcciones dogmáticas que, como la de Beling, abordan el análisis de las conductas delictivas *partiendo de* su configuración externa y no del contenido de la voluntad del sujeto y, además, vinculan el fundamento de la culpabilidad a la relación personal del sujeto con el hecho que ha realizado y no a un juicio sobre su peligrosidad, desvinculado del hecho concreto que ha realizado.

40. Junto con los argumentos sistemáticos a los que acabamos de hacer referencia, Beling se apoyó en el tenor literal del § 59 RStGB para fundamentar la conveniencia de limitar el tipo a los elementos objetivos que caracterizan las figuras delictivas conminadas con pena. Sobre la base de la referencia que aquel párrafo hacía al término "Tatbestand" para delimitar el objeto al que ha de referirse el contenido interno de la conducta en los delitos dolosos, Beling argumenta que el contenido interno de la conducta no podrá formar parte del objeto que el sujeto se representa. Este argumento no deja de ser discutible, pues del mismo modo que cabe entender que el contenido del tipo no agota el objeto que debe ser abarcado por la conciencia y voluntad del sujeto para poder afirmar el carácter doloso de la conducta que realiza, también podía entenderse que los

elementos que caracterizan externamente la conducta delictiva descrita por el legislador penal no agotan el contenido del tipo¹⁷⁵.

En relación con la teoría del error y la trascendencia del contenido del § 59 RStGB para el concepto de tipo que Beling propuso, lo que interesa destacar aquí es la coherencia de su planteamiento al distinguir entre el error de tipo, el error de prohibición, y el error sobre la conminación penal de la conducta. La distinción entre la tipicidad y la antijuricidad de la conducta permitió a Beling distinguir con claridad entre el conocimiento de los elementos objetivos que caracterizan las figuras delictivas previstas en la legislación penal, la conciencia sobre su antijuricidad, y la conciencia sobre el significado penal de la conducta típica vinculado a su conminación penal, corrigiendo la distinción entre el error de hecho y el error de Derecho, penal o extrapenal, que seguía el *Reichsgericht* para decidir sobre su relevancia. Beling puso así de relieve que la trascendencia de la distinción entre la tipicidad, la antijuricidad y la existencia de una conminación penal adecuada a la conducta no se limita al ámbito de la determinación de los requisitos objetivos que debe reunir la conducta delictiva, sino que también posee relevancia para delimitar correctamente el objeto al que debe referirse la conciencia y voluntad del sujeto en los delitos dolosos¹⁷⁶. En este sentido, puede entenderse que el significado valorativamente neutro que Beling asigna al tipo no es ajeno al deseo de poner de manifiesto que la conciencia de la antijuricidad es un elemento esencial de los delitos dolosos y que, en cambio, ni es necesario el conocimiento sobre la existencia de la conminación penal que permite

¹⁷⁵ Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 26-27.

¹⁷⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* E. BELING, *Methodik ...*, cit., pp. 66 y ss, especialmente pp. 70 y ss.

castigar la conducta típica cuando concurren el resto de los requisitos previstos en aquella, ni resulta conveniente confundir esta cuestión con la relativa al carácter antijurídico de la conducta.

41. Mucho más discutible es la exclusión del tipo de las condiciones objetivas de la conminación penal, que Beling fundamenta apoyándose en el contenido del § 59 RStGB. También aquí se pone de manifiesto el vínculo entre el concepto de tipo que Beling propuso y el que otros autores han propuesto partiendo de la teoría del error. Pero también se pone así de manifiesto la relatividad del vínculo inicial que Beling había establecido entre el concepto de tipo y el principio de legalidad o, dicho de otro modo, las diferencias entre el concepto de tipo que Beling propuso y el denominado tipo de garantía¹⁷⁷. En efecto, tanto la limitación del tipo a los elementos externos de la conducta delictiva, como la exclusión de las condiciones objetivas de la conminación penal, reflejan los matices y la relatividad del vínculo que Beling había establecido inicialmente entre el tipo y las exigencias derivadas de la vigencia del principio de legalidad¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 15, 24-26; H. SPRIESTERSBACH, *Neue Kritik ...*, cit., pp. 24-25; C. ROXIN, AT, 3. ed., 1997, § 10/2. Vid. también H. BRUNS, *Kritik ...*, cit., pp. 21 y ss.; este autor incluye dentro del tipo de garantía vinculado al § 2 StGB, que él denomina “Der nur der Individualisierung dienende Tatbestand”, a todos los elementos de las leyes penales de la parte especial, excepto aquellos elementos subjetivos de la culpabilidad que sólo representan un reflejo de la parte objetiva del delito, pues considera que los elementos de la culpabilidad que simplemente constituyen un reflejo psíquico del hecho objetivo no pueden tener un significado individualizador. En ese sentido, el ánimo de apropiación pertenecería, según Bruns, al tipo de garantía del hurto y la premeditación al del asesinato, pues se trata de elementos que no tienen correspondencia con ningún elemento objetivo y que completan el modelo del delito correspondiente (*das Bild des Verbrechens*).

¹⁷⁸ Sobre las dificultades que esto trae consigo cuando la teoría de la participación se intenta articular sobre la base de la realización antijurídica del tipo, *vid. infra*.

42. La distinción que Beling propone entre el requisito de la tipicidad y el relativo a la posibilidad de subsumir la conducta típica, antijurídica y culpable en una conminación penal adecuada responde, precisamente, a la distinción que aquel autor realiza entre el concepto y el contenido del tipo, y el de la ley penal. El tipo forma parte del contenido de la ley penal, pero el contenido de ésta no se limita a la previsión de una pena para el caso de que se realice la conducta típica de forma antijurídica y culpable. La referencia a un determinado tipo y la afirmación de una conducta adecuada al mismo presuponen la existencia de una ley penal que lo describa, pero el tipo no agota todos los presupuestos de la conminación penal prevista en la ley. Esta distinción entre el contenido del tipo y el de los elementos que caracterizan las acciones conminadas con pena pone de manifiesto que el contenido interno de la acción, además de servir de base para determinar la culpabilidad, es un aspecto de la conducta que la caracteriza e individualiza frente al resto de las conductas típicas merecedoras de pena. Aunque Beling hace depender la relevancia penal de una conducta de su configuración externa, no puede prescindir de la referencia al contenido interno de la misma para determinar si se trata o no de una acción conminada con pena, y la gravedad de la conminación penal. De este modo, viene a reconocer que la identificación de las conductas conminadas con pena no puede prescindir de la referencia a su contenido interno. La distinción entre la tipicidad y la concurrencia de una conminación penal adecuada le sirve, sin embargo, para articular sistemáticamente la irrelevancia del error que recae sólo sobre la existencia de una conminación penal adecuada a la acción que el sujeto ha realizado¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 187-188; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 61.

CAPITULO II

EL CONTENIDO DEL TIPO Y SU TRASCENDENCIA PARA LA TEORIA GENERAL DEL DELITO

1. La mayoría de los estudios sobre el tipo centran su atención en la definición de este concepto y el análisis de su trascendencia para la *definición general* del delito, esto es, para el concepto general de delito. Por esta razón, adoptan una perspectiva general y se centran en la relación que, desde un punto de vista sistemático, deba establecerse entre la tipicidad y el resto de las características de la acción delictiva. También a nosotros nos interesa esta perspectiva. Sin embargo, no podemos olvidar el análisis de las consecuencias que –en función de la importancia metodológica que se le asigne– la evolución del concepto de tipo produce en multitud de aspectos concretos de la teoría general del delito, pues ambos aspectos de la teoría del tipo están estrechamente relacionados.

Ya hemos señalado que en *Die Lehre vom Verbrechen* Beling pretendía poner de manifiesto la necesidad de definir con precisión el concepto de tipo y la conveniencia de incluir la exigencia de la tipicidad en el concepto jurídico de delito, debido a la importancia que aquél posee como punto de partida para plantear correctamente numerosos problemas que afectan a la teoría general del delito. En efecto, la aportación de aquel autor a la teoría del tipo no se reduce a la definición general de este concepto y a la defensa de la necesidad de incluir la exigencia de tipicidad en la definición general de delito. Además, para reforzar lo dicho a este respecto, Beling también

quiso poner de manifiesto la capacidad de rendimiento que, frente a otras propuestas basadas en un punto de vista causal u orientadas en el concepto y el contenido de las normas o de la culpabilidad, el tipo posee para abordar, entre otras cuestiones, la clasificación de los delitos en función de su contenido, la problemática relativa a las referencias personales, la distinción entre delitos dolosos y delitos imprudentes, la determinación del inicio de la tentativa, la distinción entre el concurso de leyes y el concurso ideal, la naturaleza de los supuestos del denominado "concurso ideal homogéneo", la decisión sobre la existencia de un supuesto de unidad de acción o de hecho, y la distinción entre autoría y participación, así como la determinación del vínculo existente entre la conducta del autor y la del partícipe¹⁸⁰.

Resulta difícil entender el valor sistemático y metodológico de la definición de delito que Beling propuso y la trascendencia que otorgó al concepto de tipo sin conocer la capacidad de rendimiento que le asignó en el planteamiento de todas estas cuestiones. Asimismo, resulta difícil juzgar el concepto de tipo que propuso sin tener en cuenta las consecuencias concretas que extraía de su admisión. Aquí es donde mejor se ponen de manifiesto las deficiencias que, desde un punto de vista valorativo, presenta

¹⁸⁰ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4, ed, 1912, p. 26; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 21. Vid. también H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 47-48 y 70; F. BALLVE, *La teoría jurídica ...*, cit. pp. 14, 16, 27; este autor destaca (*op. cit.*, p. 14) que el concepto de tipo permite construir "una teoría unitaria del delito que resuelva sistemáticamente y sin contradecir el espíritu de la legislación, todos y cada uno de los problemas técnicos, como son la concurrencia de delitos y de leyes y el concurso de delincuentes, objeto hasta hoy de explicaciones fragmentarias y discordantes"; J. GOLDSCHIMDT, GA núm. 54 (1907), pp. 21-22; este autor señala que mientras que v. Liszt puso el acento del concepto de delito en la acción, y Binding y Merkel hicieron lo propio con la antijuricidad y la culpabilidad, respectivamente, Beling colocó el centro de atención en la tipicidad.

la teoría del tipo de Beling. Por estas razones, hemos considerado conveniente exponer de forma resumida estos aspectos de la teoría del tipo que aquel autor abordó en *Die Lehre vom Verbrechen*.

I. El contenido del tipo

“Hasta ahora, la teoría del resultado y la causalidad ha ocupado un lugar excesivamente destacado en la consideración jurídico-penal”. E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 207.

2. Beling reconocía que la introducción de la tipicidad no supone añadir nuevos requisitos concretos a la definición de delito, sino ofrecer una nueva categoría general para facilitar su ordenación sistemática. Al comprobar la tipicidad de la conducta humana y voluntaria, se centra la atención en determinados aspectos de la configuración externa del supuesto de hecho delictivo que debían separarse de aquellos que se analizarán posteriormente, al comprobar la concurrencia de las categorías que reúnen el resto de los presupuestos del delito. Ya hemos hecho referencia a la diversidad del contenido de los tipos en función de si albergan o no determinados elementos cuyo examen comporta un análisis parcial de la problemática relativa a la antijuricidad de la conducta típica. Lo que ahora nos interesa es conocer cuáles son exactamente aquellos elementos que configuran externamente la conducta delictiva que Beling ubicaba en el tipo penal, y cuál es el significado que este autor les atribuía. Para ello es necesario hacer referencia a algunos aspectos de la clasificación que Beling hacía de los tipos en función de su contenido.

3. En primer lugar, Beling distinguía entre los delitos formales (de mera actividad o inactividad) y los delitos materiales (delitos con resultado típico, o delitos de resultado)¹⁸¹. Los primeros sólo hacen referencia a la acción; la caracterizan de una determinada manera, pero sin mencionar las consecuencias causales que ocasiona su realización. Por lo tanto, en esta clase de tipos sólo tienen relevancia las circunstancias anteriores y las existentes en el momento de la acción¹⁸². Los segundos, junto a la acción, hacen referencia a un determinado resultado separado de ella (v. gr. la percepción por terceros de las palabras pronunciadas por el autor en el delito de injurias) y, por lo tanto, aquí sí es relevante lo que ocurra después y como consecuencia de la realización de la conducta¹⁸³; en esta clase de tipos lo esencial sería precisamente el resultado de la acción¹⁸⁴.

¹⁸¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 203 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 34.

¹⁸² Como ejemplos de delitos de mera actividad, Beling cita los "Aufforderungsdelikte" de los §§ 85, 110, o 49a RStGB y los delitos de los §§ 113 o 138 RStGB.

¹⁸³ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 203 y ss., donde este autor critica la postura de von Liszt, que considera a todos los delitos como delitos de resultado. Frente a esta opinión, Beling destaca que toda conducta humana puede provocar miles de cursos causales, lo que ocurre es que no siempre se tratará de resultados típicos, y en la construcción del delito sólo nos interesan los resultados que éste conceptualmente requiera. Por otra parte, Beling considera que si bien es correcto afirmar que todo delito supone una modificación del mundo exterior, en el sentido de que requiere una exteriorización de la voluntad, esto no impide distinguir entre los delitos formales y los materiales. El resultado en sentido técnico lo concibe Beling como un determinado punto final de un *curso causal* provocado por un movimiento corporal. El resultado típico siempre consistirá en un suceso (*Ereignis*) o en un estado (*Zustand*) producidos por la acción; puede tratarse de un suceso o de un estado que no pertenecen al mundo espiritual (v. gr. la muerte de un hombre), o de un proceso o un estado psíquicos (v. gr.

Con esta distinción Beling quería restar protagonismo a la teoría de la causalidad y del resultado, mostrar la conveniencia de "trasladar" estas cuestiones de la teoría de la "acción" y de la antijuricidad a la teoría del tipo (de los delitos materiales), poner de manifiesto la necesidad de abandonar la idea –entonces dominante– de que el resultado y la causalidad son algo conceptualmente característico de todos los delitos, y criticar la opinión de aquellos autores que vinculaban la antijuricidad al resultado típico o identificaban el resultado típico con el resultado antijurídico¹⁸⁵.

Esta aclaración sobre la relevancia y ubicación sistemática de las teorías del resultado y de la causalidad permitiría –según Beling– explicar que la sola realización de un movimiento corporal ya puede suponer la consumación de algunos delitos,

el conocimiento de determinada declaración). Cfr. E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 34; J. GOLDSCHMIDT, GA 54 (1907), pp. 31 y ss.

En cuanto a la relación de causalidad, Beling defendía la teoría de la equivalencia de las condiciones respecto de un determinado resultado concreto. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 232, nota 1, pp. 249-250 y 252; *vid.* también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 36-40.

¹⁸⁴ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 224 y 236.

¹⁸⁵ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 204 y ss. Beling consideraba que el resultado típico debe mantenerse apartado de toda valoración en el sentido de la antijuricidad. “Al resultado –dice Beling (*L.v.V.*, cit., p. 207)– no le es inherente una relación con el mundo del Derecho. Como tales, los resultados típicos están más allá del bien y del mal. Su concurrencia no dice que concurra una actuación antijurídica, ni su ausencia dice que no concurra una actuación antijurídica. Su comprobación sólo implica la constatación de algo fáctico. Si su producción es antijurídica, constituye una cuestión separada”. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 41-42, 170 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 36, 40, 55-56, donde Beling subraya la necesidad de distinguir entre la cuestión de la causalidad, la de la antijuricidad del curso causal y la de la culpabilidad por la realización de una acción antijurídica.

mientras que respecto de otros sólo permite afirmar una tentativa, lo cual también tiene consecuencias respecto de la forma que debe adoptar el desistimiento. Y también permitiría aclarar que para el Derecho penal la causalidad sólo tiene importancia respecto de los delitos de resultado, lo que impide que algunos conceptos que son comunes a todos los delitos (v. gr. el lugar de realización o el dolo) se relacionen exclusivamente con la idea de la causalidad y del resultado, pues entonces no serían aplicables a los delitos de mera actividad¹⁸⁶. Asimismo, Beling señala que la distinción entre los delitos de materiales y los delitos formales posee relevancia en cuanto a la posibilidad de realizarlos omisivamente¹⁸⁷.

4. Otra de las clasificaciones que Beling realiza en función del contenido de los tipos es la que distingue entre tipos de carácter agresivo (tipos de agresión o ataque [*Angriffstatbestände*]) y tipos que carecen del mismo¹⁸⁸. Los que Beling denomina tipos con objeto de ataque (*Tatbestände mit Angriffsobjekt*) son aquellos que hacen referencia a una acción que se dirige de forma hostil contra un objeto (v. gr. el tipo del hurto, el de resistencia a

¹⁸⁶ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 207-209.

¹⁸⁷ Beling consideraba que el movimiento corporal y la inmovilidad no presentan ninguna diferencia en cuanto a su condición de acciones. Y también admitía la equiparación de la causación del resultado típico y la no evitación del mismo cuando esto le era posible al sujeto como formas de realización de los tipos de resultado. Es sólo en el ámbito de la antijuricidad donde los delitos de comisión por omisión presentarían algunas peculiaridades. Sin embargo, aquel autor consideraba que en los delitos formales la descripción de la acción típica podía suponer algunas restricciones a la posibilidad de realizar el tipo activa u omisivamente. Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 223-227.

¹⁸⁸ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 209 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 34-35. A esta clasificación le otorga Beling trascendencia en el ámbito de las teorías de la tentativa, del dolo, de la legítima defensa, y para decidir la relevancia y la naturaleza del consentimiento y de los supuestos de autolesión.

un funcionario ejecutor, o el del homicidio). Detrás de los tipos que no mencionan la dirección hostil de la acción contra un objeto (v. gr. el tipo del delito de suposición de parto, o el de bigamia) también existiría un objeto de protección (*ein Schutzobjekt*), lo que ocurre es que no se encuentra comprendido en el tipo. Según Beling, hay que buscarlo en las normas, que son las que ofrecen protección a determinados objetos¹⁸⁹. Las leyes penales sólo la ofrecen de forma secundaria, y no es el tipo el que lo hace, ya que éste es meramente descriptivo y cumple *sólo* una función de tipificación¹⁹⁰. En este sentido, Beling consideraba incorrecto designar el objeto típico de ataque (que no es un elemento general de todos los tipos) como "objeto de protección" e identificarlos. Puede ocurrir –dice aquel autor– que el objeto típico de ataque sólo sea un objeto de protección en

¹⁸⁹ Sin embargo, según Beling esto no implica que sólo sean antijurídicas aquellas acciones que efectivamente lesionan o ponen en peligro el objeto legislativo de protección. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 210 y ss., especialmente pp. 213 y ss., pp. 221 y ss. Esto es así porque Beling vincula el objeto normativo de protección a la antijuricidad de la acción, pero considera que la acción antijurídica no siempre requiere la afectación del objeto legislativo de protección. El objeto normativo de protección presupone la referencia a un objeto legislativo de protección, pero no presupone la afectación o puesta en peligro del mismo; sólo presupone la antijuricidad de la acción. Por su parte, el objeto legislativo de protección presupone la antijuricidad de la conducta (la posibilidad de considerarlo un objeto normativo de protección), pero el objeto normativo de protección no presupone su identificación con el objeto legislativo de protección porque depende sólo de la configuración de la acción antijurídica y ésta no implica necesariamente la afectación del objeto (legislativo) de protección. Sin acción antijurídica no hay ni objeto normativo de protección ni objeto legislativo de protección; sólo puede haber objeto típico de ataque. La acción antijurídica sólo presupone la afectación del objeto normativo de protección y la mera referencia al objeto legislativo de protección; además, podrá –¡sólo podrá!– existir la afectación de un objeto típico de ataque (no necesariamente idéntico con el objeto normativo de protección) y la de un objeto legislativo de protección.

¹⁹⁰ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 209-210, 212. *Vid.* también, *op. cit.*, p. 157.

determinados supuestos¹⁹¹; y también puede ocurrir que el objeto típico de ataque no sea en absoluto un objeto de protección¹⁹². Beling también destaca que el objeto típico de ataque no decide sobre la antijuricidad de la acción típica, pues aquélla depende de la relación entre la acción y las normas, las cuales, al determinar qué acciones son antijurídicas, determinan cuál es el objeto normativo de protección¹⁹³.

Entre los tipos con objeto de ataque Beling distinguía los tipos de lesión, los de peligro concreto o especial, y los tipos puros de agresión o ataque (*reine Angriffstatbestände*)¹⁹⁴. Los primeros son tipos de resultado que se

¹⁹¹ La vida humana ajena, por ejemplo, es siempre el *objeto de ataque* de los delitos contra la vida y, por esta razón, toda eliminación de una vida humana ajena realiza el tipo de homicidio. Sin embargo, la vida humana ajena sólo es *objeto de protección* cuando la producción de la muerte no está permitida y, por lo tanto, es antijurídica; así, por ejemplo, el verdugo también "mata", pero lo hace respecto de un objeto que no está protegido frente a su acción. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 210, 212 y ss.

¹⁹² Así, por ejemplo, en el § 164 RStGB el objeto de ataque es el falso imputado, pero el objeto de protección es la administración de justicia por parte del Estado. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 210, 212 y ss.

¹⁹³ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 210 y ss., especialmente pp. 212 y ss. El objeto normativo de protección podrá ser distinto del objeto típico de ataque, o podrá distinguirse de éste sólo por el hecho de requerir la antijuricidad de la acción típica, cuestión esta que –salvo en los casos en los que la norma se limite a prohibir una determinada actuación y, por lo tanto, no consista en la prohibición del ataque contra un objeto de protección– puede depender del consentimiento prestado por el portador del objeto protegido cuando éste posea un derecho de disposición sobre el mismo. Sobre esta cuestión *vid. op. cit.*, p. 222.

¹⁹⁴ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, pp. 210 y ss. Este autor rechaza expresamente (*op. cit.*, pp. 216 y 217) que la distinción entre los delitos de lesión, los de peligro y los denominados delitos de policía deba situarse en el ámbito de la antijuricidad y las normas, o vincularse al fin de la norma, como proponía Binding.

perfeccionan cuando se produce el menoscabo del objeto de ataque¹⁹⁵. Los segundos son tipos de resultado que sólo requieren una puesta en peligro del objeto de ataque: el resultado típico es aquí el estado de peligro, la posibilidad efectiva de producción de ulteriores resultados que, sin embargo, ya no pertenecen al tipo¹⁹⁶. Los tipos puros de ataque serían aquellos tipos de mera actividad que sólo requieren la concurrencia del objeto de ataque contra el que se dirige la acción, pero no requieren que resulte lesionado o puesto en peligro; se consuman con la realización del movimiento corporal dirigido contra el objeto¹⁹⁷.

Entre los tipos sin objeto de ataque Beling distingue los tipos de mera actividad sin objeto de ataque¹⁹⁸, y los tipos de resultado, en los que el resultado típico no consiste en la lesión o puesta en peligro de un objeto que figura como objeto de ataque¹⁹⁹. Beling consideraba que, como los tipos puros de ataque, tampoco los tipos sin objeto de ataque son tipos de

¹⁹⁵ Ejemplos: el homicidio, las lesiones, o los daños.

¹⁹⁶ Beling (*Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 34) pone como ejemplo el delito de inundación con peligro para la propiedad del § 313 RStGB.

¹⁹⁷ Beling (*L.v.V.*, cit., p. 211) pone como ejemplo el tipo del § 113 RStGB y entiende que aquí no es necesario que el funcionario atacado resulte alcanzado, ni que el ataque origine algún peligro, sino que basta con la constatación de violencia dirigida al funcionario ejecutor.

¹⁹⁸ Por ejemplo, la alegación de hechos exculpatórios falsos mediante testigos del § 138 RStGB. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 211.

¹⁹⁹ Por ejemplo, el tipo del § 141 RStGB, que requiere el “reclutamiento de un alemán”. O el tipo del delito de introducción de moneda falsa del antiguo § 147 RStGB. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 211-212 y 224.

lesión ni de peligro, pues el tipo no requiere que la conducta haya sido ni peligrosa ni lesiva²⁰⁰.

5. Esta clasificación muestra que el concepto de tipo que Beling proponía se basa exclusivamente en el aspecto descriptivo de la ley penal, y carece tanto de una referencia *de carácter general* al objeto que protege la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, como de una referencia de carácter general al objeto cuya protección perseguía el legislador penal cuando determinó el contenido del supuesto de hecho típico²⁰¹.

Partiendo de estas premisas, respecto de la peligrosidad de la acción y su carácter agresivo, en el ámbito del tipo –que es el único en el que considera oportuno distinguir entre los delitos de lesión, los de peligro, y aquellos que

²⁰⁰ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, pp. 212, 216-217.

²⁰¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, pp. 213-214. Vid. también *op. cit.*, pp. 336-337, 367-379. Según Beling (*op. cit.*, pp. 213 y ss., p. 222), en ocasiones el objeto legislativo de protección no pasa de ser únicamente el motivo de la promulgación de la ley penal y de la antijuricidad de la conducta típica, de modo que carece totalmente de relevancia en el momento de comprobar si una acción es típica, ataca al objeto normativo de protección y es constitutiva de delito. En estos casos el tipo y la norma se configuran con independencia de la existencia de un ataque contra el objeto legislativo de protección y éste resulta totalmente irrelevante. Al objeto legislativo de protección sólo cabrá otorgarle relevancia para la interpretación del tipo y de la norma, aunque tampoco esto es algo que Beling admita con carácter general.

La relatividad del significado que Beling otorga al objeto legislativo de protección o *ratio legis* y la arbitrariedad con la que delimita este concepto se ponen de manifiesto cuando aquel autor considera que en relación con la cuestión de la autolesión, de la autopuesta en peligro y del consentimiento del lesionado sólo poseen relevancia el objeto típico de ataque y el objeto normativo de protección. Según Beling, si una norma expresa claramente que nadie debe permanecer en un monte con un cigarro encendido, también es punible la conducta del propietario del monte que se fuma un cigarro, aunque la norma hubiera pensado *exclusivamente* en la protección de su propiedad sobre el monte. Vid. *op. cit.*, pp. 218 y ss.

no son ni de lesión ni de peligro— Beling centra su atención en la relación entre aquélla y el que denomina "objeto típico de ataque", un objeto que distingue del objeto normativo de protección, cuya afectación vincula a la antijuricidad de la conducta típica²⁰². El problema está en, primer lugar, en la indeterminación de estos conceptos y en la escasa utilidad que, por esta razón, poseen para contribuir a precisar y delimitar la conducta típica y los supuestos en los que su realización es antijurídica²⁰³. El segundo problema es de naturaleza sistemática y surge cuando Beling trata de salvar estas carencias, y las que su construcción presenta en relación con el fundamento

²⁰² El objeto normativo de protección vendría a ser aquel que se ve afectado por la conducta típica que, además, es antijurídica. La referencia que Beling realiza a este elemento y su desvinculación del contenido del tipo puede verse como el resultado de una argumentación de carácter lógico-formal: la conducta antijurídica supone la afectación del objeto que la norma protege, pero este objeto no puede vincularse a la descripción del supuesto típico porque la realización de éste no es siempre antijurídica. El problema de este planteamiento radica en la propia indeterminación del contenido de las normas a partir de las cuales debe establecerse si una conducta es o no antijurídica. Un problema que se ve agravado por el hecho de que, más allá de la oscura referencia al objeto típico de ataque y a la realización antijurídica de la conducta típica, Beling prescinde de establecer alguna referencia valorativa de carácter material para determinar y delimitar *con carácter general* el objeto normativo de protección.

²⁰³ De los ejemplos que Beling propone parece desprenderse que concibe el objeto típico de ataque como algo meramente físico, o como algo espiritual, inmaterial pero que posee un soporte físico y una dimensión individual que, como tal, merezca ser tutelada frente a acciones de terceros. Sólo así puede entenderse que aquel autor considere que el hurto es un tipo con objeto típico de ataque, pero en cambio carecen de él el tipo del delito de bigamia, el de suposición de parto, o el de deserción. Lo único claro es el rechazo de Beling a la posibilidad de delimitar *con carácter general* el objeto típico de ataque y la propia conducta típica partiendo de consideraciones teleológicas sobre el objeto cuya protección se haya representado el legislador al establecer el contenido de la leyes penales. Esto se pone de manifiesto cuando Beling rechaza la posibilidad de concebir *todos* los tipos penales como tipos de lesión o peligro.

de la antijuricidad de la conducta típica, vinculando el objeto normativo de protección con el objeto legislativo de protección –esto es, aquel cuya protección motivó la promulgación de la ley penal que describe el supuesto de hecho típico—²⁰⁴. Entonces se pone de manifiesto la confusión sistemática que comporta la decisión de desplazar del ámbito del tipo las consideraciones teleológicas vinculadas a la *ratio legis*. En efecto, si es en consideraciones teleológicas vinculadas al objeto cuya protección perseguía el legislador penal al promulgar la ley penal donde, por regla general, debe buscarse el objeto normativo de protección y, por otra parte, es precisamente el tipo lo que la ley penal establece, no parece razonable prescindir aquí de aquellas consideraciones, centrar la atención en el aspecto meramente descriptivo de los tipos penales, y entender que es fuera del tipo donde deben ubicarse sistemáticamente las consideraciones vinculadas a la peligrosidad de la conducta típica en relación con el objeto normativo de protección. Dicho de otro modo: no se puede separar el aspecto descriptivo y el aspecto teleológico de la ley penal, vinculando sólo el primero de ellos con el contenido del supuesto de hecho típico, y el segundo con la antijuricidad de la conducta típica. Ni se pueden salvar con la referencia a la afectación de un objeto normativo de protección desvinculado del tipo, pero vinculado al objeto que el legislador pretendía proteger, las deficiencias que, en relación con el fundamento de la antijuricidad de la conducta típica, presenta un concepto de tipo al que sólo se quiere asignar un significado meramente descriptivo.

Estas deficiencias que se advierten en la construcción de Beling deben salvarse reconociendo el vínculo entre el fundamento de la tipicidad y el de la antijuricidad de la conducta típica, y dejando para aquel momento sistemático ulterior, destinado a la comprobación definitiva de la

²⁰⁴ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, pp. 213 y ss., 368.

antijuricidad de la conducta típica, el análisis sobre la concurrencia de circunstancias relevantes en relación con esta cuestión, pero externas a la descripción legal de la conducta típica y a la peligrosidad o lesividad de ésta en relación con el objeto cuya protección perseguía el legislador penal y que fundamentaría, en su caso, la antijuricidad de la conducta típica.

El concepto de tipo que Beling proponía partiendo exclusivamente del aspecto descriptivo de la ley penal, y prescindiendo tanto de una referencia de carácter general al objeto que pretende proteger la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, como de una referencia de carácter general al objeto cuya protección perseguía el legislador penal cuando determinó el contenido del supuesto de hecho típico, muestra las limitaciones y los riesgos de una construcción dogmática que, sin desvelar su significado valorativo y la conexión que, desde esta perspectiva, existe entre ellas, sólo pretenda proporcionar el aspecto formal de las categorías que han de permitir ordenar sistemáticamente los elementos del concepto general de delito e identificar los supuestos en los que una acción es delictiva. En particular, interesa destacar aquí que, el carácter parcial y la indeterminación de las referencias al objeto legislativo de protección que Beling realiza, reflejan las deficiencias y contradicciones de su tesis sobre el significado meramente descriptivo del tipo y del intento de suplirlas en el ámbito de la antijuricidad acudiendo, precisamente, a consideraciones teleológicas sobre el objeto cuya protección perseguía el legislador penal al establecer el contenido de los tipos. La tesis de la neutralidad valorativa del tipo, basada en la imposibilidad de identificar la acción típica y la acción antijurídica, esto es, los presupuestos que permiten afirmar la tipicidad y la antijuricidad de una conducta –en última instancia, en las diferencias entre el concepto, el contenido y el significado de la ley penal y la norma–, impiden a Beling advertir que los tipos penales son descripciones abstractas de acciones (y, en su caso, resultados vinculados causalmente a ellas)

desvaloradas porque lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, protegido penalmente a través de normas que prohíben la realización de la conducta típica y se fundamentan en valoraciones y principios que determinan su carácter antijurídico, lo cual no supone negar las diferencias existentes entre el ámbito –o mejor, entre los límites– de la conducta típica y el de la conducta típica que es también antijurídica. El desvalor de la conducta típica depende de la existencia de normas que prohíben su realización, pero no presupone ni su infracción, ni la antijuricidad de la conducta típica²⁰⁵. Precisamente por esto puede entenderse que –especialmente cuando el consentimiento excluye sólo la antijuricidad de la conducta– es correcto distinguir entre el objeto normativo de protección y el objeto que la acción típica lesiona o pone en peligro. Lo que no resulta correcto es desconocer la existencia de este último, su dimensión valorativa, y la importancia de su determinación para delimitar correctamente las acciones típicas y fundamentar su condición de acciones penalmente relevantes.

Beling acierta al advertir que los bienes jurídicos sólo están jurídicamente protegidos frente a los ataques procedentes de acciones antijurídicas. Pero esto no excluye la posibilidad y la conveniencia de considerar que *todas* las acciones típicas, sean o no antijurídicas, suponen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico determinada *ex ante*, y desvalorada como tal desde el punto de vista de algunas de las valoraciones y los principios que legitiman la intervención penal y permiten otorgar relevancia penal a una conducta²⁰⁶, así como que este desvalor deberá guardar una

²⁰⁵ En sentido similar, *vid.* S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. XXV-XXVI, 5/10-11, 14 y ss., 6/28 y ss; del mismo autor, "Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal", en ADPCP, 1994, pp. 5 y ss.

²⁰⁶ Que la intervención penal sólo sea legítima respecto de conductas antijurídicas y que la imposición de una pena presuponga que sea un sujeto personalmente imputable el

cierta proporcionalidad con la gravedad de la pena prevista en la correspondiente conminación penal. La sola referencia al desvalor que procede del conjunto del Ordenamiento jurídico, además de ser excesivamente vaga –especialmente cuando, como hace Beling, se concibe de modo meramente formal– es insuficiente para caracterizar los hechos antijurídicos que son típicos y, además, también es insuficiente para caracterizar el significado valorativo de los hechos típicos. La conveniencia de distinguir entre la tipicidad y la antijuricidad no impide reconocer la relación que, con carácter general, existe entre ambas, ni asignar con carácter general un significado valorativo propio a los tipos penales, un significado valorativo orientado en criterios materiales y no meramente formales, y que comportará la consiguiente obligación del Juez penal de comprobar la peligrosidad o lesividad *típica* de *todas* las acciones delictivas en relación con el objeto cuya protección es uno de los aspectos que legitima la imposición de consecuencias de naturaleza penal cuando la conducta típica se realice de modo antijurídico²⁰⁷. Sólo entonces podrá el tipo cumplir la función sistemática que le corresponde: la de servir de punto de partida para identificar y delimitar las acciones a las que, sobre la base de su peligrosidad o lesividad para determinados bienes

que ha realizado la conducta típica y antijurídica, no excluye que determinados aspectos que legitiman la intervención penal puedan analizarse con relativa independencia y de forma previa al análisis de otros presupuestos que determinan la antijuricidad y la imputación personal de una conducta. Sobre esta cuestión, *vid.*, de momento, H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 149-161, especialmente p. 161 nota 335.

²⁰⁷ Todos los tipos requieren la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o, si se prefiere, deben concebirse como descripciones de acciones cuya relevancia penal se fundamenta en la protección de determinados bienes jurídicos. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, cit., 6/28 y ss; del mismo autor, "La perspectiva *ex ante* en Derecho penal", en ADPCP, 1983, pp. 3 y ss.; del mismo autor, "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", en ADPCP, 1988, pp. 661 y ss.

Las diferencias entre los tipos penales responden, fundamentalmente, a la posibilidad de que la ley penal sólo caracterice como acción típica una determinada modalidad de la acción peligrosa para el correspondiente bien jurídico.

jurídicos que el legislador quiere proteger, éste ha otorgado legítimamente relevancia penal.

Del contenido de los criterios materiales que determinan el significado valorativo de los tipos penales no podemos ocuparnos ahora. Basta con apuntar la relevancia que aquí posee el concepto de bien jurídico-penal, entendido como interés que la correspondiente ley penal quiere proteger y que las conductas típicas lesionan o ponen en peligro²⁰⁸. Se trata de un concepto que debe distinguirse del objeto protegido por las normas del Ordenamiento jurídico, no sólo porque éstas también protegen otros bienes jurídicos, sino porque las acciones típicas que no son antijurídicas también lesionan o ponen en peligro un bien jurídico-penal. Además, debido a la facultad del legislador de limitar las acciones a las que decide otorgar relevancia penal entre aquellas que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico que quiere proteger, podrán existir conductas atípicas pero antijurídicas que también lesionen o pongan en peligro el correspondiente bien jurídico-penal²⁰⁹. Esto pone de manifiesto que –además de distinguir entre el significado valorativo de los hechos típicos y el de los hechos antijurídicos, y entre los tipos que sólo requieren que la acción ponga en peligro el correspondiente bien jurídico y aquellos que requieren la lesión del mismo–, también es necesario distinguir entre el desvalor *típico* de la acción y el mero desvalor del resultado de lesión o puesta en peligro típicos referidos al correspondiente bien jurídico, y

²⁰⁸ Cfr., por ejemplo, S. MIR PUIG, "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*", en *Estudios penales y criminológicos XIV*, pp.

²⁰⁹ Según Beling (*L.v.V.*, cit., pp. 222-223) esto es lo que ocurriría con el suicidio, pero no con la muerte consentida de un tercero. En ambos casos existiría una conducta antijurídica –esto lo fundamenta Beling en la existencia de una ley que castiga el homicidio y declara antijurídico y punible el ataque contra la vida de otra persona, aunque exista su consentimiento; de este modo, la ley expresaría el carácter indisponible de la vida–. Sin embargo, mientras que en el caso de la muerte consentida de un tercero se trata de una conducta típica, el suicidio sería una conducta antijurídica pero atípica.

determinar los criterios que, con carácter general, deben servir para determinar la concurrencia del primero.

6. Como ya hemos señalado, la distinción que –partiendo de la relación entre la acción típica y el objeto típico de ataque– Beling propone entre los tipos de lesión, de peligro, y aquellos que no son ni tipos de lesión ni tipos de peligro muestra las limitaciones que, en el momento de determinar el contenido de los tipos penales y el de las normas que determinan la antijuricidad de la conducta típica, presenta una construcción dogmática que no reconozca con carácter general la necesidad de introducir consideraciones de carácter teleológico. En una construcción así se reducen notablemente las posibilidades de interpretar el contenido de los tipos penales en función de la peligrosidad de la conducta.

Además de eventuales circunstancias modales expresamente previstas por el legislador al configurar externamente las acciones conminadas con pena²¹⁰, y de si son o no necesarios una pluralidad de actos o resultados típicos²¹¹, en el ámbito del tipo la causalidad y la agresividad de la acción –referidas, respectivamente, el resultado típico y el objeto típico de ataque– son los aspectos de aquélla que asumen todo el protagonismo. En relación con esta cuestión es conveniente mencionar aquí que, centrando su atención en el vínculo causal que ha de existir entre la acción y el resultado típicos,

²¹⁰ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 203 y ss., especialmente pp. 242-245

²¹¹ Sobre esta cuestión, *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 228 y ss. Beling destaca que en los delitos compuestos es necesario que, al realizarse el primer acto, el dolo se dirija al resto de los actos o resultados que el tipo requiera para su consumación. En relación con aquellos tipos que describen la producción de un determinado estado, Beling consideraba que se trata de un doble resultado: el suceso que produce aquel estado, y el mantenimiento del mismo; en estos casos el delito podrá consistir en cualquiera de ambas posibilidades.

sólo en el ámbito de los delitos de resultado Beling distingue entre aquellos en los que el tipo limita expresamente los medios, y aquellos en los que, por faltar una indicación expresa, la delimitación de los medios típicos debe hacerse por vía interpretativa²¹². Según Beling, cuando el tipo no indica el medio a través del cual deba producirse el resultado, la realización del tipo podrá consistir en la utilización de cualquier medio, siempre que no se trate de uno absolutamente inidóneo para producir el resultado²¹³. En este sentido, aquel autor afirma que sólo puede considerarse como realización parcial del concepto "producción del resultado" la realización de acciones que, a pesar de no alcanzarlo, estaban en el camino que conduce a él. En tanto que representan todo lo contrario a la producción del resultado, no pueden incluirse aquí aquellas acciones que supongan la aplicación de medios absolutamente inidóneos; por ejemplo, la aplicación de medios que ayudan a seguir con vida y fortalecen la salud *nunca* podrían considerarse como "acciones de homicidio"²¹⁴.

²¹² Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 227-228, 328 y ss. En relación con los supuestos de "ausencia de tipo" por falta de objeto y por la ausencia de los elementos personales del tipo, *vid. infra* y lo dicho *supra* en relación con los tipos con objeto típico de ataque pero que –según Beling– no son tipos de lesión ni de peligro.

²¹³ En los que Beling considera delitos de lesión o de peligro, la idoneidad de la acción irá referida a la producción del resultado típico de lesión o peligro.

²¹⁴ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 227-228. El propio Beling contradice el criterio propuesto para delimitar la tentativa punible –o al menos lo matiza– cuando más adelante, al ocuparse del elemento subjetivo de la coautoría, afirma (*op. cit.*, p. 410) que A realiza una tentativa de asesinato si suministra a X una dosis de veneno que por sí sola es insuficiente para producir la muerte y luego, sin que A lo sepa, B añade una cantidad suficiente para producir la muerte. Ni siquiera desde una perspectiva *ex post* puede afirmarse la idoneidad de la acción de A para producir el resultado; sólo puede afirmarse la relación de causalidad, aunque tampoco esto es algo indiscutible. Cfr. del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 39.

II. Las referencias personales de los tipos y las normas

7. Más arriba hemos hecho alusión al interés de Beling por destacar la importancia de la propia acción típica y superar la concepción causalista de los tipos penales. Ahora nos interesa reseñar cómo concebía aquel autor el aspecto personal de los tipos penales, esto es, su opinión acerca de aquellos tipos y/o sus elementos que es el propio autor quien debe realizar, y sobre los elementos del tipo que deben concurrir en su propia persona²¹⁵.

Beling consideraba que el hecho de que los tipos de mera actividad describan la acción situándola en un determinado contexto impedía considerarlos como delitos transmisibles que pueden cometerse en autoría mediata. En cambio, respecto de los delitos materiales Beling entendía que, en principio, no es necesario que el tipo se ajuste inmediatamente al movimiento corporal del autor y que aquí no es esencial el grado en que el autor ha contribuido con su propia persona a la realización del tipo. Entre la acción y el resultado puede perfectamente encontrarse la actuación de un tercero utilizado como instrumento, pues la producción del resultado a través de éste puede imputarse al autor como realización suya del tipo, ya que ésta no es algo necesariamente personal²¹⁶.

²¹⁵ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 234 y ss. En relación con los supuestos de coautoría y participación, *vid. op. cit.*, pp. 408-409, 416-418.

²¹⁶ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 236 y ss. No obstante, en relación con los delitos de resultado Beling enumera dos circunstancias que, por su carácter personal, pueden excluir la autoría mediata: 1) Cuando el resultado típico consiste en el establecimiento de una relación personal del propio autor con la nueva situación surgida de la realización del tipo, v. gr. la posesión personal de la cosa por parte del autor en el robo,

En segundo lugar, Beling consideraba que la relación personal del autor con el tipo también es importante cuando éste requiere que aquél pertenezca a una determinada clase de personas. Pero esta es –según Beling– una cuestión que debería distinguirse de la relativa a los *presupuestos personales* que condicionan la antijuricidad de la conducta típica, o sea, de la cuestión relativa a la delimitación objetiva de los destinatarios de la norma, de los sujetos obligados por la norma. Por esta razón, aquel autor consideraba conveniente distinguir entre los "delitos con tipos especiales" ("*tatbestandliche Sonderverbrechen*") y los "delitos con normas especiales" ("*Sondernormverbrechen*")²¹⁷.

8. La distinción entre los requisitos personales que pertenecen al tipo y aquellos que afectan a la antijuricidad resulta coherente con la distinción que Beling realiza entre la norma y la ley penal, y con la consideración del tipo como elemento de ésta valorativamente neutro. Ya hemos visto que aquella distinción impedía considerar que las causas de justificación son elementos del tipo. Y ahora acabamos de ver que también sirve de

o un dominio sobre la cosa similar a la propiedad en la apropiación indebida; en este sentido, Beling consideraba que sólo existe sustracción cuando es el propio autor el que recibe la cosa, y sólo existiría apropiación indebida respecto de quien se apropia la cosa. 2) Cuando, como ocurre en los tipos formales, el tipo contiene elementos que caracterizan el contexto o las circunstancias en las que debe realizarse la acción y que, por lo tanto, no pueden desvincularse de ésta, son personales y no transmisibles, v. gr. el escalamiento en el robo con escalamiento. Respecto de la concepción de Beling acerca de la autoría mediata, *vid. también infra y op. cit.*, p. 252.

²¹⁷ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 239-242. *Vid. también op. cit.*, p. 159, nota 1. En los delitos de comisión por omisión Beling consideraba que el deber de evitar el resultado y sus presupuestos no eran elementos del tipo, sino elementos de la norma. En su opinión, se trataba de delitos con normas especiales, *vid.* E. BELING, *op. cit.*, 164-165, 226; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 46-47, 57, 60, 62-63.

fundamento a la distinción entre el círculo de los sujetos a los que se dirige la norma imponiéndoles el deber jurídico de actuar u omitir, y el círculo de aquellos que pueden realizar la conducta típica, de modo que la conducta típica de un sujeto no obligado por la norma tampoco forma parte del supuesto de hecho de ésta. Por lo tanto, sólo cabría considerar que la conducta típica coincide con una parte del supuesto de hecho de la norma cuando la realiza un sujeto de aquellos a los que ésta se dirige.

Es en las normas del conjunto del Ordenamiento jurídico y no en los tipos penales donde Beling sitúa sistemáticamente los presupuestos objetivos del deber jurídico de realizar u omitir una determinada conducta, el contenido de la prohibición y la delimitación objetiva del círculo de sus destinatarios²¹⁸. El tipo sólo describe conductas cuya realización es antijurídica cuando el sujeto infringe la prohibición de realizarla que se le dirige y que presupone un juicio de desvalor respecto de la conducta prohibida. Pero el tipo no expresa ni el contenido de la prohibición, ni el deber jurídico de omitir la conducta vinculado a su prohibición; ni tampoco expresa –según Beling– el desvalor de la conducta que la prohibición presupone. Ni siquiera lo fundamenta, porque para poder entender que esto es así sería necesario reconocer una relación valorativa entre el contenido de los tipos penales y el contenido de las normas. Y tampoco fundamenta el deber jurídico derivado de la prohibición de realizar la conducta típica, porque éste se vincula exclusivamente a las normas penales. Por esta razón, Beling consideraba que cuando la ley penal hace referencia a los sujetos obligados por la norma se trata sólo de una indicación sobre la antijuricidad, y no de tipos que contienen un elemento de la antijuricidad. Todo es perfectamente coherente. Como también es coherente que, sobre la base de aquella distinción y de la neutralidad valorativa del tipo, Beling

²¹⁸ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 240 y nota 1, 159 y nota 1.

considerara que la relación interna del sujeto con los elementos que determinan la tipicidad de su conducta era insuficiente para determinar la culpabilidad. En relación con esta cuestión, lo que interesa destacar aquí es que también en la distinción entre el error de tipo y el error sobre la antijuricidad de la conducta repercute la distinción entre los elementos personales del tipo, las referencias personales que delimitan el círculo de los destinatarios de la norma, y el propio deber jurídico derivado de la prohibición. Pese a que Beling concedía al error sobre todos ellos la misma eficacia excluyente del dolo, desde un punto de vista conceptual consideraba que sólo el primero es un error de tipo. Tanto el error sobre el deber jurídico, como el error sobre los elementos objetivos del supuesto de hecho prohibido por la norma que no se encuentran descritos en el tipo, los consideraba supuestos de error sobre la antijuricidad de la conducta²¹⁹. Igual que ocurría con el tratamiento del error sobre las causas que excluyen la antijuricidad de una conducta típica, también en el tratamiento del error sobre los elementos personales se aparta Beling de la distinción entre error de hecho y error de Derecho que seguía el *Reichsgericht*. Aunque con una concepción diversa del tipo y del significado del dolo, la imprudencia y el conocimiento de la antijuricidad, la teoría estricta de la culpabilidad y de los tipos abiertos que más tarde defenderían Welzel y sus discípulos para oponerse a la teoría del dolo se apoyaba, precisamente, en la distinción que Beling propuso entre los elementos del tipo y los elementos que afectan exclusivamente a la antijuricidad²²⁰. Esto pone de manifiesto que la teoría

²¹⁹ De la naturaleza y el tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de exclusión del injusto ya nos hemos ocupado más arriba. Haciendo referencia a los elementos personales que condicionan la antijuricidad de la conducta típica, *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 159, nota 1, 226-227.

²²⁰ *Vid.* H. WELZEL, "Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung", en *JZ* 1952, pp. 19-20; del mismo autor, "Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde",

del error no depende exclusivamente de la forma en que se conciben el tipo y su relación con la antijuricidad. Depende también –y de forma igualmente decisiva– de cómo se conciba la culpabilidad y la relación entre la teoría del tipo y la teoría de la culpabilidad.

III. La utilidad metodológica del tipo para la teoría general del delito; consecuencias de la consideración del tipo como punto de partida para delimitar las conductas penalmente relevantes y determinar su significado penal

9. Para demostrar la capacidad de rendimiento del tipo al delimitar las conductas penalmente relevantes y abordar múltiples aspectos concretos de la teoría general del delito, Beling parte de la distinción entre el tipo en sentido estricto –el núcleo del tipo– y el tipo en sentido amplio, que abarca la zona externa o periférica de aquél²²¹. Se incluirían aquí tres clases de acciones: los actos preparatorios, algunas conductas posteriores a la consumación del hecho que carecen de una tipicidad propia pero poseen

en JZ 1952, pp. 133-136; del mismo autor, "Der Irrtum über die Amtspflicht", en JZ 1952, pp. 208-209; del mismo autor, Comentario a la sentencia del BGH de 18 de marzo de 1952, en JZ 1952, pp. 340-344; del mismo autor, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. ed., 1969, pp. 63-64, 77, 82-83, 167-168. Vid. también, C. ROXIN, *Offene Tatbestandsmerkmale*, 2. ed. (sin modificaciones), 1970, *passim*; Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, *passim*; H. J. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtsfertigungsgrund*, 1960, pp. 289 y ss.

²²¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 114, 245 y ss. Vid. también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 31-32 y 96-97; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 36-37 y 85-87.

alguna relevancia jurídica y constituyen un todo junto con el núcleo del tipo –los "actos posteriores"–, y las acciones paralelas (colaterales) al núcleo del tipo que contribuyen a su realización y Beling denomina "actos simultáneos". Todos estos actos que no pertenecen al núcleo del tipo (actos preparatorios, posteriores y simultáneos) tienen en común el hecho de que su relevancia penal depende de la concurrencia de aquél; por sí solos no realizan el tipo; ni siquiera constituyen una tentativa y, por lo tanto, son impunes²²². Sin embargo, conceptualmente representan partes de un todo junto con los actos ejecutivos, aunque éstos vendrían a ser la parte más importante, la parte principal, algo "más" que los actos de la zona externa²²³.

Con esta distinción Beling pretende arrojar claridad sobre el concepto de "ejecución" ("*Ausführung*") y determinar, así, cuándo empieza la tentativa y cuándo debe afirmarse que la actuación de un sujeto realiza el tipo de un

²²² No pertenecen a la zona externa que rodea al tipo los actos preparatorios y posteriores que el Derecho positivo ha configurado como *delictum sui generis*. En este caso, constituyen el núcleo de otro tipo distinto, alrededor del cual también existe una nueva zona de actos externos. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 257-258.

En cuanto a la tentativa, Beling la considera como una forma de aparición del tipo; la tentativa y la consumación representan grados diversos de ejecución de un mismo tipo. Sobre esta cuestión, *vid. op. cit.*, pp. 261-262.

²²³ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 253-254, 257, 285-286, 290-291. De la dependencia de los actos preparatorios y posteriores respecto del núcleo del tipo también se derivan consecuencias en el ámbito de la teoría del concurso y de la denominada unidad de acción (*vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 257, 344 y ss.). Por otra parte, Beling destaca que la naturaleza de los actos pertenecientes a la zona externa que rodea al tipo no varía por el hecho de que los realice un sujeto distinto del autor de la acción ejecutiva, y que esta distinción contribuye a aclarar la teoría de la participación en el delito (*vid. L.v.V.*, cit., pp. 257, 390 y ss.).

delito²²⁴. Al identificar la ejecución con la realización del núcleo del tipo y distinguirla frente a los actos preparatorios, simultáneos y posteriores, Beling intentaba ofrecer un criterio objetivo y apartarse de la opinión de aquellos autores que atendían a la importancia causal de la contribución –lo que resultaba especialmente problemático en los delitos de mera actividad²²⁵–, o al contenido de la voluntad del sujeto. Sin embargo, el criterio que Beling propuso para decidir cuándo estamos ante una acción ejecutiva o ante una acción perteneciente a la zona externa pone de manifiesto la relatividad de estos conceptos y la dificultad de ofrecer un criterio que atienda exclusivamente a la configuración externa de la acción. La actuación ejecutiva sería –según Beling– aquella de la que, sin añadir otras acciones culpables, puede decirse sin más que realiza el tipo (o al menos representa un inicio de su ejecución); a la zona externa pertenecerían todas aquellas actuaciones que sólo conjuntamente con una acción culpable que las complementa adquieren un colorido típico y, por lo tanto, necesitan este complemento²²⁶. Pero aquel autor consideraba que esta distinción basada en la necesidad de una acción culpable complementaria no puede realizarse de forma abstracta; sólo puede realizarse *ex post*, porque puede

²²⁴ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 249 y ss.

²²⁵ Beling subraya que la división que él propone entre los factores relevantes en la comisión del delito no se sitúa en el ámbito de la causalidad, sino que se sitúa en el terreno del tipo y, por lo tanto, no trata de distinguir entre conductas que son causa y conductas que son una mera condición de la realización del tipo. También los delitos formales tienen una zona externa, y en los delitos materiales la ejecución supone la interposición de una causa o condición del resultado pertenecientes al tipo, mientras que los actos preparatorios y los simultáneos representan la interposición de una causa o condición del resultado externas al tipo. Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 249-250, 254, 453 y ss.; vid. también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 38, 97.

²²⁶ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 250-251.

depender de que en el caso concreto una determinada acción se vea o no complementada, y de si el complemento procede de una actuación culpable, de una actuación no culpable, o de una fuerza natural. En este sentido, Beling consideraba que una actuación que en sí misma no sea típica (v. gr. la mezcla del veneno) pasará a considerarse una acción ejecutiva que realiza el tipo cuando el proceso se complementa a través de la actuación no culpable de otra persona (v. gr. cuando ésta, sin saberlo, administra el veneno a un tercero), o a través de fuerzas naturales (v. gr. cuando el perro que iba a ser envenenado se acerca él mismo al veneno y se lo come)²²⁷.

Que el criterio que Beling propone sea, como él pretendía, un criterio *objetivo* basado en el curso real del proceso, y que el concepto de tipo cumpla aquí una función de límite, es algo que sólo podemos aceptar con reservas. Lo único cierto es que el contenido de los tipos penales –la configuración externa de la conducta, y no la mera representación del sujeto que la realiza²²⁸– es lo que sirve a Beling como punto de referencia para abordar, desde una perspectiva *ex post*, la distinción entre las acciones ejecutivas y aquellas que, en principio, carecen de relevancia penal²²⁹. Pero difícilmente puede atribuirse al *tipo* una función de garantía vinculada al

²²⁷ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 251 y ss. Vid. también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 31-32, 38-39.

²²⁸ Beling señala que la actuación de un sujeto que, partiendo de su configuración externa, no pueda considerarse típica, tampoco podrá considerarse como tal por el mero hecho de que él creyera que sí lo era –por ejemplo, por creer que el tercero que debía completar la ejecución no actuaba de forma culpable cuando en realidad sí actuaba de tal modo–. Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 253.

²²⁹ Las acciones que no se consideran ejecutivas no podrán considerarse ni como tentativa ni como consumación. No obstante, podrá tratarse de acciones que representan formas punibles de participación y, como tales, sí podrán ser acciones penalmente relevantes. Sobre esta cuestión *vid. infra*.

principio de legalidad cuando se adopta una perspectiva *ex post*, no se ofrecen criterios materiales para determinar las conductas penalmente relevantes y, en cambio, se afirma que “desde un punto de vista abstracto, la actuación que "en sí misma" necesita verse complementada tanto puede ser una actuación ejecutiva, como una acción de la zona externa”²³⁰. Por otra parte, no es cierto que al realizar esta distinción Beling prescindiera del conocimiento y el contenido de la voluntad del sujeto de cuya actuación se plantea la cuestión sobre si es o no ejecutiva. Esto es más aparente que real, pues el carácter ejecutivo de una acción que, considerada en sí misma, necesita verse complementada, termina por depender del conocimiento y el contenido de la voluntad de los otros sujetos que intervienen completando el proceso y de cuya actuación se rechaza su naturaleza ejecutiva precisamente porque actúan sin culpabilidad. Aunque, respecto del sujeto que realiza una actuación que necesita verse completada, el carácter ejecutivo de la misma no se hace depender de *su* conocimiento ni del contenido de *su* voluntad, respecto de aquellos que complementan el proceso que aquél ha iniciado la naturaleza ejecutiva de su actuación sí se hace depender del conocimiento y el contenido de la voluntad de la acción que realizan²³¹. Ni la delimitación *típica* de los supuestos de autoría mediata, ni la delimitación del inicio de la realización del tipo (la tentativa *típica*) son, pues, cuestiones que Beling resuelva con criterios exclusivamente objetivos. El conocimiento y el contenido de la voluntad no

²³⁰ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 252.

²³¹ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 252. De acuerdo con el criterio propuesto por Beling para distinguir entre los actos ejecutivos y los actos externos al núcleo del tipo, la posibilidad de considerar que la madre del asesino realiza *actos ejecutivos* dependería de si el asesinato se realiza de modo culpable o sin culpabilidad (v. gr., por faltar el dolo y la imprudencia, o por ser el asesino menor de edad).

son, por lo tanto, aspectos de la conducta que afecten únicamente a la culpabilidad del sujeto que ha realizado una conducta típica²³². En realidad, también en la dogmática de Beling son aspectos de la conducta que, junto con su configuración externa, contribuyen a determinar si se trata o no de una conducta *típica*, al menos cuando la actuación del sujeto “an sich noch nicht tatbestandlich ist”, “an sich" ergänzungsbedürftige = nicht tatbestandliche Handeln ist”²³³. En efecto, también en la dogmática de este autor aquellos elementos que pertenecen a la culpabilidad cumplen en cierta medida la *doble función* de limitar la responsabilidad personal del sujeto y determinar el significado y la relevancia penal de su actuación externa. Pese a que la concepción de Beling se caracteriza por intentar subrayar el significado garantístico de los tipos penales y de la configuración externa de los hechos descritos por el legislador penal²³⁴, y

²³² Sobre esta cuestión, *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 253 y ss., donde este autor destaca que para afirmar el carácter doloso de la actuación típica del sujeto es necesario que éste actuara con el *dolo de ejecución* que exige el § 59 RStGB y, por lo tanto, exista una correspondencia entre el conocimiento y el contenido de la voluntad del sujeto y las características reales del suceso. En este sentido, Beling señala que quien realiza una actuación ejecutiva no responde por su comisión dolosa cuando incurre en un error sobre el carácter ejecutivo de su propia intervención o sobre la culpabilidad de quien realiza una acción complementaria. Desde el punto de vista "objetivo" existirá una acción ejecutiva, pero no podrá afirmarse ni una tentativa ni un delito consumado doloso. Se pone así de manifiesto el significado de la culpabilidad como límite de la responsabilidad *penal* del sujeto cuya actuación se ha considerado una acción ejecutiva.

²³³ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 251.

²³⁴ Lo que, por ejemplo, se pone de manifiesto en el rechazo a la posibilidad de determinar el inicio de la ejecución y, en general, la autoría atendiendo exclusivamente a la decisión del sujeto. El dolo de ejecución es insuficiente para considerar ejecutiva una acción perteneciente a la "zona externa" del tipo en sentido estricto; esta acción sólo podrá considerarse como una conducta de participación. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 253-254.

–como hemos visto– no pretendía resolver en la teoría del tipo sino en la teoría de la culpabilidad la cuestión relativa a la distinción entre los delitos dolosos y los imprudentes, aquel autor tuvo que reconocer que el significado y la relevancia penal de un hecho no siempre puede determinarse sin tomar en consideración elementos que afectan también a la culpabilidad de quienes intervienen en el mismo.

10. Pero no es sólo aquí donde se pone de manifiesto la tensión entre las funciones que Beling asignaba al concepto de tipo. También en cuanto a las funciones de individualización y caracterización externa de los hechos penalmente relevantes, por una parte, y a la función de regulación del error que Beling asignaba al tipo sobre la base del § 59 RStGB, por otra, tuvo que reconocer aquel autor que no siempre existía plena coincidencia. Y no ya por la problemática que suscita la ubicación sistemática de las condiciones de la conminación penal, cuestión ésta que Beling conseguía salvar a costa de considerar que no caracterizan el hecho típico. Me refiero a los actos preparatorios, simultáneos o posteriores que algunos tipos requieren y que, pese a no ser elementos del tipo en el sentido de que su realización deba considerarse una acción ejecutiva, es necesario que tengan lugar y el autor los conozca para poder afirmar que actuó dolosamente, de modo que el error sobre su concurrencia excluiría el dolo²³⁵. De nuevo se

²³⁵ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 258 y ss, donde este autor pone algunos ejemplos. “En el sentido del § 59 StGB los sucesos previos al tipo pertenecen al tipo. Pues de lo contrario faltaría la *configuración psíquica* que es evidentemente necesaria. Pero esto no justifica que los sucesos previos al tipo se consideren como verdaderos fragmentos del tipo. Sólo adquieren una posición híbrida. Prescindiendo del § 59 StGB deben situarse por completo en la zona externa del tipo de delito. Esto es especialmente importante para la tentativa” (*op. cit.*, p. 59; subrayado añadido para que se advierta que, pese a que Beling ubicaba el dolo fuera del tipo, no rechazaba que fuera uno de los

pone aquí de manifiesto que en la teoría del tipo de Beling no son decisivos ni la regulación del § 59 RStGB, ni la teoría del error. Por el contrario, aquel autor ya advirtió desde un principio que en relación con la determinación de las acciones ejecutivas –cuestión ésta vinculada a la función de identificación y caracterización descriptiva de las figuras de delito y, por lo tanto, al principio de legalidad– y en relación a la teoría del error son diversos el concepto y el contenido del tipo. Lo que Beling no advirtió con claridad es que también la primera es una cuestión valorativa, y no sólo la segunda.

11. La relación entre los diversos delitos y leyes penales, la teoría del concurso ideal de delitos y el concurso de leyes, es otro de los aspectos de la teoría general del delito que Beling pretendía articular a partir de la teoría del tipo y que justificaría la consideración autónoma de este elemento²³⁶ frente a aquellos que determinan la consideración de un suceso como acción, su antijuricidad²³⁷ y la culpabilidad²³⁸. En efecto, la relación entre

elementos que caracterizan la configuración del hecho, aunque sea sólo en cuanto al aspecto psíquico).

²³⁶ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 42, 183, 303 y ss., 367 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 18, 20, 106-108 y 109; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 99-102. Vid. también M.E. MAYER, *ZStW* núm. 10 (1906), p. 801.

²³⁷ Beling consideraba incorrecta la opinión de aquellos autores que construían el concurso ideal partiendo de su consideración como un supuesto de doble antijuricidad, mientras que el concurso de leyes supondría una antijuricidad simple. Especialmente crítico se manifestó con aquellos que, siguiendo a Binding, abordan la problemática concursal partiendo de la antijuricidad y, además, identifican el concepto de delito con el de acción antijurídica, de modo que la afirmación de una doble antijuricidad comporta la afirmación de una duplicidad de acciones, lo que conduce a una confusión entre el concurso ideal y el concurso real, y a la afirmación de una duplicidad de acciones donde en realidad sólo habría existido una. Pero Beling también critica la

diversos delitos y leyes penales debía –según Beling– abordarse partiendo de la relación lógica existente entre sus tipos, ya que ésta determina la relación entre las conminaciones penales vinculadas a ellos y, de este modo, la relación entre las leyes penales²³⁹.

Sin perjuicio de la singularidad de cada uno de los tipos de delito y su independencia formal²⁴⁰, aquel autor consideraba que, en tanto que

concepción que defendía v. Liszt del concurso ideal como delito único respecto del cual no se plantea ninguna clase de concurrencia, pues esto supondría hacer desaparecer la línea divisoria entre el concurso ideal y el concurso de leyes. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 303-304. Cfr. F. BALLVE, *La teoría jurídica ...*, cit., pp. 14-15, 17. Sobre la polémica entre la construcción de Binding y la de v. Liszt, y el trasfondo metodológico que distingue a cada una de ellas, *vid.* F. von LISZT, "Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindischen Handbuche", en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905 (reimp. de 1970), t. I, pp. 212- 251, especialmente pp. 235-238 y 246-250.

²³⁸ Pese a que Beling admitía que la concurrencia de leyes penales no sólo podía proceder de la diversidad de sus tipos, sino que también podía proceder de las diferencias entre el grado de culpabilidad con el que puede realizarse un mismo tipo (v. gr. la realización dolosa del homicidio y la realización imprudente), consideraba incorrecto abordar estas relaciones desde el punto de vista de la "subsidiariedad de las formas de culpabilidad". En tanto que conceptos puros, las formas de culpabilidad son incondicionales y sólo la consecuencia jurídica de una forma de culpabilidad podría aparecer en una relación condicional de subsidiariedad respecto de la consecuencia jurídica de la otra forma de culpabilidad. Y tampoco resultaría correcto concebir las relaciones entre formas de culpabilidad referidas a tipos diversos (v. gr. el dolo de matar y el dolo de lesionar) como relaciones de subsidiariedad. También aquí lo que debe analizarse es si las respectivas leyes penales son o no subsidiarias y para ello debe partirse de las relaciones entre los tipos; sobre esta cuestión *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 310, nota 2.

²³⁹ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit. pp. 303-304.

²⁴⁰ Sobre el procedimiento de identificación y delimitación de los tipos penales que Beling proponía, *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 263 y ss., y lo dicho *supra* en nota 83.

conceptos puros, desde el punto de vista de su contenido entre los tipos, entre éstos y sus formas de aparición sin tipicidad propia, y entre las formas de aparición podían existir las siguientes relaciones lógicas²⁴¹: una relación de exclusividad u oposición (*aliud-aliud*), una relación de especialidad (*majus-minus*), o una relación de neutralidad²⁴². En función de esta diversidad será distinta la relación entre las conminaciones penales que se vinculan a los tipos o formas de aparición y, también, la relación existente entre las leyes penales. En los supuestos de unidad de hecho, la *relación de exclusividad* entre los tipos excluye cualquier relación entre las respectivas conminaciones penales y, por lo tanto, da lugar a una relación de alternatividad entre las leyes penales. El problema concursal no llega a suscitarse. Al aplicar la ley debe optarse por alguno de los tipos o ninguno de ellos. La *relación de especialidad* entre los tipos conduce a la subsidiariedad total e ilimitada de la conminación penal del tipo general: puesto que éste ya está contenido en el tipo accesorio, la consideración del tipo más específico anula toda la influencia del tipo general y su

²⁴¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 281 y ss, donde este autor también hace referencia a la trascendencia que la relación entre los tipos posee en el tratamiento de los supuestos de error.

Es importante aclarar que Beling rechazaba que entre los tipos exista una relación condicional o de subsidiariedad; sólo las leyes penales podrían ser subsidiarias en relación con otras leyes penales, pero no los tipos.

²⁴² Beling (*L.v.V.*, cit., pp. 285-286, 290-291) destaca que entre algunos de los tipos (o formas de aparición) entre los que existe una relación de neutralidad existe, además, una relación valorativa de *plus-minus*. Así, por ejemplo, entre los meros actos preparatorios o simultáneos que han sido tipificados de forma independiente como *delicta sui generis* y los tipos que representan actos ejecutivos respecto de aquéllos. O entre la "ejecución" (como autor) y la mera "participación". Como veremos a continuación esto tiene consecuencias en el momento de determinar la relación existente entre las respectivas leyes penales.

conminación penal, con independencia de que resulte eficaz la conminación del tipo accesorio, o de que no conduzca a la imposición de una pena debido a la concurrencia de causas de exclusión de la pena (que sólo rigen respecto del tipo accesorio), por la concurrencia de causas de levantamiento de la pena, etc... *Lex specialis derogat generali*²⁴³. Finalmente, cuando los tipos se encuentren en una *relación de neutralidad* cabría pensar en la acumulación de las penas. Sin embargo, el Derecho positivo rechazaba esta posibilidad y, por lo tanto, sólo podía resultar aplicable una de las conminaciones penales, de modo que la aplicación de la otra será subsidiaria y quedará condicionada a la aplicación de la primera. Puede tratarse de un concurso ideal o de un concurso de leyes. Beling consideraba que en ambos casos una de las conminaciones penales es sólo subsidiaria y, desde este punto de vista, sería correcto considerar el concurso ideal como una simple modalidad del concurso de leyes: en ambos casos existe una relación de carácter condicional entre las conminaciones penales. Lo que Beling consideraba incorrecto era negar una diferencia conceptual entre el concurso ideal y el concurso de leyes en función del alcance con el que una de las conminaciones penales resulta excluida. Este autor destaca así que, cuando dos tipos concurren sobre *una acción*, la exclusión de una de las conminaciones penales puede tener el sentido de que se excluya también el propio tipo a ella vinculado –y entonces es subsidiaria la propia ley en su conjunto–, o puede tener el sentido de que sólo se deje de lado la conminación penal y se mantenga la doble tipicidad. Lo primero es lo que ocurriría en el concurso de leyes: el hecho se valora exclusivamente desde

²⁴³ La totalidad de los elementos fácticos del hecho deben ser abarcados tanto por el tipo general como por el tipo accesorio. Cuando una parte del hecho sea subsumible en ambos tipos, pero otra parte sólo pueda subsumirse en el tipo general estaremos ante un supuesto de concurso ideal. Sobre esta cuestión, *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 305, nota 1.

la perspectiva de la ley preferente. Lo segundo es lo que ocurriría en el concurso ideal: el hecho se subsume en los dos tipos y *se valora* en su doble tipicidad, de modo que, aunque la conminación penal preferente asuma las funciones de la conminación penal subsidiaria, desde el punto de vista de la tipicidad sigue constituyendo un doble delito; la absorción implica subsidiariedad, pero sólo de la conminación penal²⁴⁴. Esta distinción entre el concurso de leyes y el concurso ideal permitiría aclarar el alcance del primero: la ley penal subsidiaria sólo desaparece en favor de la ley preferente en tanto que ésta resulte aplicable; todas las circunstancias que excluyen la aplicación de la ley preferente provocan la vigencia de la ley subsidiaria. A diferencia de lo que ocurre cuando entre los tipos existe una relación de especialidad, aquí la subsidiariedad tiene sólo un significado limitado: la aplicabilidad del tipo subsidiario no queda excluida por la concurrencia del tipo preferente, sino por la punibilidad sobre la base de la ley preferente²⁴⁵. La razón que Beling esgrime es la siguiente: la ignorancia de uno de los tipos que implica la subsidiariedad sólo puede tener el sentido de que es suficientemente justa la punición desde el punto de vista del otro de los tipos²⁴⁶.

Aquella distinción también serviría para determinar por vía interpretativa cuándo estamos ante un concurso ideal y cuándo estamos ante un concurso

²⁴⁴ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 306-307.

²⁴⁵ Partiendo de esta concepción del concurso de leyes, Beling (*L.v.V.*, cit., p. 309) explica la posibilidad de acudir al tipo de la ley subsidiaria cuando la concurrencia de una causa de levantamiento de la pena (v. gr. el desistimiento de la tentativa) o cualquier otra circunstancia (v. gr. una causa personal de exclusión de la pena, la falta de la condición de la conminación penal, etc..) excluyan la punibilidad del hecho sobre la base de la ley preferente.

²⁴⁶ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 308-311.

de leyes: la exclusión de una ley penal en su conjunto sólo puede tener sentido en los casos en los que la ignorancia del tipo contenido en ella se establece directamente (v. gr. § 49a RStGB), o se desprende con claridad que ésta es la voluntad de la ley (supuestos de "inclusión tácita" [*"Stillschweigende Einbeziehung"*]). Esto, que no puede considerarse como algo natural, sólo resulta plausible cuando el tipo de la ley preferente abarca al de la ley subsidiaria²⁴⁷. En caso de duda debe apreciarse siempre un concurso ideal²⁴⁸.

²⁴⁷ En los supuestos en los que una de las leyes rige respecto de un acto preparatorio o simultáneo de la acción de la otra elevado a *delictum sui generis*, existe una relación de *minus-plus* entre los dos tipos. Por esta razón, el tipo principal, referido al núcleo del tipo, ya abarca y desplaza al otro, que sólo se refiere a acciones situadas en la zona externa. Con esta argumentación, Beling (*L.v.V.*, cit., pp. 307-308 y 346) se suma a la doctrina dominante que considera estos supuestos como casos de "consunción". Por su parte, entre la autoría, la inducción y la complicidad existiría una relación de neutralidad, pero la participación tiene un carácter esencialmente accesorio, mientras que la autoría es lo principal. Se da entre ambas la misma relación que entre los actos preparatorios tipificados con carácter autónomo y el tipo principal. Por esta razón, en ambos casos aquella relación conduce a la consunción de todas las leyes accesorias y, por lo tanto, a la existencia de un concurso de leyes. En cambio, entre las leyes relativas a la inducción y la complicidad (acciones perteneciente a la zona externa del núcleo del tipo) Beling negaba que existiera una relación de consunción y optaba por un casi-concurso ideal; *vid. op. cit.*, pp. 316-318.

Respecto de los tipos que se encuentran en una relación de neutralidad, Beling dedica especial atención al análisis de las relaciones entre las leyes penales que se refieren a una pluralidad de tipos autónomos específicos que tienen en común un mismo tipo general: relación entre leyes vinculadas a una pluralidad de tipos cualificados, a una pluralidad de tipos privilegiados, y a tipos privilegiados y cualificados; sobre esta cuestión, *vid. op. cit.*, pp. 311-314.

²⁴⁸ Así, E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 307.

12. Hasta este momento hemos expuesto la concepción de Beling en los supuestos en los que la realización de un tipo es subsumible, simultáneamente, en otro y se trataba de determinar cuándo resultaban aplicables las diversas leyes y de qué forma. Los supuestos en los que la realización de un tipo sucede a la realización de otro –concurso real (heterogéneo)–, aquel autor los consideraba más simples. Aquí, las diversas leyes penales no entrarían en colisión y, en principio, cada una de ellas tendría vía libre. No obstante, en algunos casos podría darse una relación de subsidiariedad que excluye el concurso real²⁴⁹.

13. Cuando mejor se advierten la trascendencia y las deficiencias que, desde el punto de vista práctico, presenta el concepto abstracto y formal de tipo que Beling propuso es cuando este autor expone las consecuencias de su introducción al analizar el significado jurídico-penal de un supuesto de hecho concreto de la vida real. Una vez que se haya comprobado que constituye una acción voluntaria, el concepto de tipo juega aquí un papel

²⁴⁹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 318 y ss; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 103-104. Se trata –dice Beling– de leyes penales dispuestas de tal modo que, cuando entre las realizaciones típicas se da una cierta conexión, una de ellas deja de ser aplicable. Es el caso de las acciones posteriores tipificadas con carácter autónomo; estos tipos no entran en consideración cuando sólo constituyen una mera actuación posterior a la realización de otro tipo (v. gr. la apropiación de la cosa hurtada). Sin embargo, sí existiría un concurso real cuando la realización del segundo tipo comporta la existencia de elementos que sobrepasan la esfera de la mera actuación posterior (v. gr. el autor de un hurto que realiza una estafa con la cosa hurtada). Pese a la existencia de una pluralidad de hechos, entre las acciones preparatorias elevadas a *delictum sui generis* y las acciones propiamente ejecutivas también se da una relación de subsidiariedad. Esta subsidiariedad debe entenderse en el sentido de que la ley subsidiaria sólo resulta inaplicable cuando sea aplicable la ley principal. Cuando la ley principal no resulte aplicable debido, por ejemplo, a la ausencia de una condición de la conminación penal o de una condición personal, entonces deberá aplicarse la ley subsidiaria.

decisivo, no sólo por su función negativa, sino también por su función sistemática de servir de base y punto de referencia para la comprobación de los ulteriores elementos de la definición general de delito, así como para identificar cuantitativa y cualitativamente las conductas delictivas.

Beling partía de la consideración del tipo como un modelo abstracto y de que bastaría con afirmar la correspondencia entre un proceso real y el modelo descrito en el tipo para poder afirmar la tipicidad del primero. Salvo en relación con los elementos típicos no fungibles, los aspectos concretos de la acción real no pasarían de ser meras especialidades de los elementos del tipo, que carecerían de importancia para el concepto de delito y sólo podrían tener relevancia para la determinación de la pena²⁵⁰. Partiendo de esta concepción sobre la trascendencia de los elementos concretos de la acción típica, Beling extrae una serie de consecuencias que –como señalábamos– ponen de manifiesto lo problemático de su concepción del tipo y la trascendencia sistemática de este elemento²⁵¹: 1) Siempre que se respeten los límites de la descripción legal del tipo, para la comprobación de un delito son equivalentes todos los elementos concretos que suponen la realización de un mismo elemento del tipo, especialmente en lo que se refiere al objeto, al curso causal de los tipos de resultado, y a la persona que actúa. 2) Cuando se trata de aplicar un tipo a una acción o a un complejo de acciones que deba considerarse unitariamente, carece de importancia si un elemento del tipo aparece representado por un solo elemento subsumible en él, o por un cúmulo de elementos concretos, que también serían subsumibles en aquel elemento; el número de elementos

²⁵⁰ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 232-233, 321 y ss. Vid. también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed. 1905, pp. 101-102, 108-110; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 91-94.

²⁵¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 322 y ss.

individuales equivalentes es irrelevante y, por lo tanto, no multiplica la realización global del tipo²⁵². 3) Lo anterior produce también consecuencias en el tratamiento del dolo y el error. Vayamos por partes.

De la irrelevancia del número de elementos concretos subsumibles en un elemento del tipo, Beling extrae la conclusión de que el denominado concurso ideal homogéneo (v. gr. los supuestos en los que alguien mata dolosamente a dos personas con un único disparo) no es, en absoluto, un supuesto "concurso"; la acción y la tipicidad son unitarias, lo único que ocurre es que la realización del tipo se ha engrosado en algunos puntos (*die Tatbestandsverwirklichung an bestimmten Punkten fetter ist*). La diferencia con los casos normales estaría –según Beling– al mismo nivel que la diferencia existente entre la sustracción de un billete de diez marcos y la de un billete de veinte marcos. El concurso ideal homogéneo no sería, por lo tanto, una figura paralela al concurso ideal heterogéneo que deba tratarse de forma análoga; lo único que caracterizaría al denominado concurso ideal homogéneo frente al resto de acciones típicas es la intensificación de elementos concretos, pero esto sólo afecta al significado cuantitativo del hecho y a la determinación de la pena, no al concepto de delito²⁵³.

En cuanto al tratamiento del dolo y del error, su relatividad y dependencia del tipo al que se refieren llevan a Beling a considerar, con carácter general, que es irrelevante el error que recae sobre un elemento concreto del tipo

²⁵² Como veremos, Beling también hacía depender de su forma concreta de producción la posibilidad de agrupar diversas acciones para considerar que forman un solo delito concreto. Pero lo que ahora nos interesa destacar es que aquel autor consideraba perfectamente compatible la admisión de la denominada unidad de acción con la concurrencia reiterada de un elemento del tipo.

²⁵³ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 323-324 y 326-327; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 101-102; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 91-92.

cuando el sujeto admitía la concurrencia de un elemento concreto equivalente. Aquel autor rechazaba que sea necesario que la representación del sujeto se corresponda con el hecho real en todos sus rasgos concretos, y consideraba que las "circunstancias del hecho" a que se refería el § 59 RStGB no son los elementos individuales y concretos, sino, simplemente, los elementos del tipo, con independencia de la configuración que presenten en el caso individual. En definitiva, sobre la base de la equivalencia objetiva de los elementos del tipo, Beling consideraba que también subjetivamente eran equivalentes. En los supuestos de *error in objecto* y *aberratio ictus* sólo debía considerarse esencial el error que recae sobre la concurrencia de un elemento del tipo, no el error sobre la situación concreta²⁵⁴. También sería irrelevante para el dolo el error sobre la mayor

²⁵⁴ Así, para el dolo de homicidio bastaría con conocer que se mata a un hombre, pero no es necesario conocer a quien se mata, ni cómo se produce la muerte. En relación con el dolo del tipo de "maltrato" de un hombre no sería necesario que el autor que alcanza al ojo de otro se hubiera representado que alcanzaría precisamente el ojo; basta con que pensara alcanzar la nariz para afirmar que actuó dolosamente. Y cuando el tipo requiere "medios legalmente limitados" sólo estaremos ante una acción dolosa cuando el autor conozca que utiliza uno de estos medios, pero no es necesario un conocimiento más específico. Sin embargo, lo que Beling sí admite es que el error irrelevante –esto es, aquel que no excluye el dolo– pueda, no obstante, afectar a la intensidad de éste, lo que deberá reflejarse en el momento de la determinación de la pena (por ejemplo, cuando el sujeto hurta un billete de veinte marcos creyendo que es de diez, o cuando el sujeto pensaba alcanzar con su golpe la nariz de otro pero alcanza al ojo). Este es, como a continuación señalamos en el texto, el tratamiento que Beling consideraba que debía darse a los supuestos de error sobre el número de elementos concretos equivalentes que producirá la acción. Por otra parte, Beling señala que un error de tipo irrelevante puede, no obstante, dar lugar a un error sobre la antijuricidad (v. gr. cuando el maestro corrige dolosamente a alguien que no es alumno suyo). Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 324 y ss., 368 y ss. Vid. también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 58-61, 101 y 110; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 50 y 93, donde Beling niega la relevancia del error del sujeto sobre las características del proceso causal.

o menor intensidad con la que se producirá la tipicidad, y sólo tendría importancia en relación con su propia intensidad; si el autor creía que se produciría un supuesto de tipicidad simple y se produce uno de tipicidad intensificada ("concurso ideal homogéneo"), estaremos –según Beling– ante una acción objetivamente típica realizada dolosamente, y la ausencia de una parte de conocimiento sólo podrá tener una eficacia atenuante en el momento de la determinación de la pena²⁵⁵. Asimismo, aquel autor consideraba constructivamente irrelevante el exceso en la intensidad del dolo respecto de la situación objetiva²⁵⁶.

14. En el marco del estudio sobre la concurrencia de los elementos del tipo en el caso concreto, Beling aborda también la cuestión relativa a los

²⁵⁵ Cuando, por ejemplo, un sujeto injuria a una pluralidad de personas queriendo que se viera afectado el honor de una sola, estaremos objetivamente ante una injuria realizada dolosamente, y la falta parcial de conocimiento sólo podrá tener una eficacia atenuante en la determinación de la pena; *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 326.

²⁵⁶ Si el autor golpea a otra persona con dolo de alcanzarle el ojo y la nariz pero sólo alcanza la nariz estaremos –según Beling– ante unas lesiones dolosas, no ante unas lesiones consumadas respecto de la nariz en concurso ideal con unas lesiones intentadas respecto del ojo. La razón que Beling esgrime es la siguiente: el tipo no especifica, sólo requiere "maltrato" y, por lo tanto, el dolo requiere "conocer y querer el maltrato"; puesto que ambas cosas concurren no queda lugar para admitir, además, una tentativa. Lo mismo ocurriría si el sujeto hubiera previsto tomar dos billetes de diez marcos en un solo ataque y, no obstante, sólo hubiera alcanzado uno: existe un hurto o nada. Y también ocurriría lo mismo en el caso de que el autor disparara sobre dos sujetos con dolo de matar pero sólo alcanzara y matara a uno de ellos; aquí sería incorrecto apreciar un concurso ideal entre un homicidio intentado y otro consumado; se trata de un homicidio consumado y es irrelevante que el dolo fuera "mayor" que la situación real. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 326-327.

supuestos de “falta de tipo” (*"Mangel am Tatbestande"*)²⁵⁷, que concibe como una causa de exclusión del tipo (*Tatbestandsausschließungsgrund*) consistente en la concurrencia incompleta de sus elementos en el caso concreto. Esta ausencia conduce siempre a la conclusión lógica de que no se da el tipo de delito. Por lo tanto, de acuerdo con el significado de la función negativa del tipo, podrá tratarse de una acción antijurídica, pero no podrá hablarse de una acción punible, porque la antijuricidad sin tipicidad carece de relevancia penal²⁵⁸.

Sólo el tratamiento que el Derecho positivo da a la tentativa representaría una excepción a lo acabado de decir. Aquí basta con que concurra el inicio del tipo, que se ha configurado como una forma de aparición del tipo completo, de modo que el “vacío del tipo” provocado por la falta de su parte final no excluye su aplicación y sólo la modifica. Pero este es, según Beling, el único supuesto de falta de tipo que no excluye su aplicación, y es a partir de él como se consigue entender la tentativa absolutamente inidónea: ésta es una actuación que no se presenta como la realización del inicio del tipo, sino como una forma diversa de realización incompleta del mismo; conceptualmente no es consumación ni tentativa, sino una

²⁵⁷ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 328-332; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 45-46, 97-98; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 85-87.

²⁵⁸ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 328 y nota 2: “[...] así como la tipicidad no significa la antijuricidad, a la inversa la ausencia de tipo no significa la falta de antijuricidad [...]. La antijuricidad sin tipicidad carece de importancia *jurídico-penal*” (el subrayado es mío). Vid. también *op. cit.*, pp. 227 nota 3, 331 y 332, donde Beling afirma: “Allí donde el tipo falta *por completo*, falta el delito y sólo permanece una actuación atípica ¡y, por lo tanto, carente de relevancia jurídico-penal! [...]. A pesar del significado de la ausencia de tipo para el Derecho penal, no debe desconocerse que la realización del tipo que presenta lagunas no carece totalmente de significado para el Derecho. Mediante la negación de la tipicidad sólo se deja sin aplicación la *ley penal*” (*op. cit.*, pp. 331-332; subrayados en el original).

actuación atípica, un delito putativo²⁵⁹. En este sentido, Beling consideraba errónea la vía seguida por el *Reichsgericht* que, partiendo del entendimiento de la tentativa como mera manifestación de la voluntad delictiva, pretendía incluir a la tentativa absolutamente inidónea en el concepto de tentativa. Frente a esta posición, Beling destaca que, como todo delito, también la tentativa ha de ser típica²⁶⁰.

El problema del planteamiento de este autor radica en los presupuestos que en su opinión condicionan la posibilidad de afirmar que se ha iniciado la realización del tipo²⁶¹. Esto se pone de manifiesto cuando, para delimitar mejor la tentativa típica frente a la tentativa absolutamente inidónea, Beling acude a la distinción entre tipos con objeto típico de ataque y tipos sin objeto de ataque. Respecto de éstos no podría llegar a plantearse la problemática de la tentativa con objeto inidóneo. Por esta razón, Beling consideraba que si, por ejemplo, la falsedad de las alegaciones de un testigo fuera tan manifiesta que su credibilidad quedara excluida, no sería posible

²⁵⁹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 329 y ss. Beling reconoce que bajo el concepto de delito putativo se incluyen dos grupos de casos: el citado en el texto de la acción atípica que el autor consideraba típica, y el supuesto de la acción que no es antijurídica pero el sujeto considera como tal, ya sea porque se imagina una norma inexistente o porque cree infringir una norma que en realidad no infringe. Cfr. del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 98.

²⁶⁰ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 331; Vid. también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 96-98, donde Beling señala que la teoría subjetiva acierta sólo al señalar que el dolo de acciones preparatorias todavía no es un dolo de ejecución, y señala también que, como se pone de manifiesto en las palabras "resolución" e "intencionadamente" que utilizaba el § 43 RStGB, la tentativa sólo es punible cuando se realiza dolosamente.

²⁶¹ Naturalmente, esta cuestión viene determinada por la concepción de Beling sobre los elementos que caracterizan conceptualmente a los tipos penales.

hablar de una tentativa inidónea; se trataría de un *hecho* consumado²⁶². En cambio, en los tipos de ataque la ausencia del objeto de ataque excluiría toda posibilidad de realizar el tipo; así, el ataque a alguien que no sea un funcionario ejecutor no podría considerarse una tentativa en relación con el tipo previsto en el § 113 RStGB, ni tampoco el disparo al tronco de un sauce que el autor había tomado por un hombre²⁶³. En cuanto a los tipos con medios determinados, Beling consideraba que falta el tipo siempre que el autor no utilice uno de aquellos medios, y que esto también es válido para todos los tipos de resultado cuando el autor emplea un medio absolutamente inidóneo para producirlo. Esta concepción de la ausencia o falta de tipo se extiende también a los requisitos personales que el tipo exige para poder ser autor y a las relaciones de tiempo y lugar que

²⁶² Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 330. Adviértase la trascendencia de la distinción entre objeto típico de ataque y bien jurídico. Al calificar este caso Beling no habla de un *delito* consumado, sino de un *hecho* consumado. Una vez más, aquí se refleja con claridad la ambigüedad y los límites de su concepción dogmática. De acuerdo con la posibilidad de distinguir entre el objeto típico de ataque, el objeto normativo de protección y el objeto legislativo de protección (*vid. supra* y *op. cit.* pp. 209 y ss.), si Beling afirmara que en el ejemplo propuesto falta la necesaria afectación del objeto normativo de protección, este autor podría negar que se trataba de un hecho *antijurídico* y, por lo tanto, de un *delito* consumado. Lo discutible es la conveniencia de delimitar el tipo prescindiendo de consideraciones teleológicas vinculadas a la *ratio legis*, y la consiguiente posibilidad de llegar a afirmar la tipicidad de conductas que nunca son antijurídicas. En efecto, aunque resulte correcto distinguir entre la tipicidad y la antijuricidad de una acción, es criticable una concepción del tipo que no reconozca que éste presupone la posibilidad de que la acción típica sea también antijurídica.

²⁶³ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 330; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 45-46, 97-98. Cfr., del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 87, donde distingue entre la tentativa "absolutamente inidónea" y la tentativa "relativamente inidónea", utilizando el criterio del hombre medio situado en el lugar del autor en el momento de realizar la conducta y considerando absolutamente inidóneas aquellas acciones respecto de las cuales juzgaría *imposible* la realización del tipo.

constituyen elementos del tipo. Cuando no concurren faltará la tipicidad del hecho y, por lo tanto, faltará también la posibilidad de castigar como partícipes a quienes han intervenido en su realización. Pero Beling aclara expresamente que la irrelevancia penal de estos supuestos sólo implica que deje de aplicarse la ley penal, pero no supone que carezcan de toda relevancia jurídica. Por el contrario, es perfectamente posible que su realización dé lugar a medidas preventivas, que no están vinculadas a la rigidez de los tipos, lo que –en su opinión– pone de manifiesto la necesidad de separar con precisión la actividad estatal *ne peccatur*, de la actividad estatal *quia peccatum*²⁶⁴

15. Ya hemos señalado que Beling consideraba que la introducción de la tipicidad y la correcta elaboración del concepto de tipo permitirían una mejor comprensión de las teorías de la unidad de acción y de la participación. Veamos brevemente a qué se refería, teniendo presente que la palabra alemana *Tatbestand* se utiliza a menudo para hacer referencia al "supuesto de hecho".

Al abordar la cuestión de la unidad de acción, Beling recuerda que como tal suele entenderse aquella acción (o conjunto de acciones) a la que (o al que) se aplica la ley penal una sola vez. Ante la fluidez de las acciones y la imposibilidad de enumerarlas con precisión, aquel autor consideraba que lo decisivo aquí es determinar el elemento *jurídico* a partir del cual puede formarse una agrupación de acciones o *unidad de hecho* para darles un tratamiento jurídico unitario²⁶⁵⁻²⁶⁶. Beling rechaza que este elemento

²⁶⁴ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 332. Vid. también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 87, donde Beling señala que la peligrosidad del autor que se manifiesta a través de su actuación podría justificar medidas preventivas, pero no una pena.

²⁶⁵ Sobre esta cuestión, vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 19, 333 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 71, 102-104; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed.,

directivo sea la antijuricidad y que la unidad o pluralidad del *objeto normativo de protección o del bien jurídico* tenga aquí alguna relevancia²⁶⁷. Y también rechaza que la unidad de acción resulte del concepto de culpabilidad y sea el dolo o la imprudencia unitarios lo que condicione aquella unidad²⁶⁸. Por el contrario, aquel autor señala que antes de aplicar a un suceso los baremos de la antijuricidad y la culpabilidad es necesario determinar cuál es el suceso al que se aplicarán aquellos baremos. Y esto es algo que Beling consideraba relativo, pues en sí mismo no existe ningún conjunto o agrupación de acciones, ni existen "unidades delictivas" si se hace abstracción de los tipos. Los tipos son las unidades contables, las unidades jurídicas en el mundo de los conceptos, y es precisamente el tipo de que se trate en cada caso el que debe servir de punto de partida para agrupar diversas acciones. "La denominada unidad de acción –dice Beling– no es la negación de la pluralidad de acciones, sino la afirmación de un todo típico. Esta figura mental (*Denkfigur*) sólo significa que varias

1912, pp. 94-96. *Vid.* también M.E., MAYER, ZStW, núm. 10 (1906), p. 801; H. PLATE, *Ernst Beling...*, cit., pp. 68-69.

²⁶⁶ Beling consideraba que a este planteamiento no se le podía oponer la objeción de que la consideración plural de una unidad real también debería dar lugar a la división de ésta, de modo que, por ejemplo, en los casos de concurso ideal debería entenderse que existe una pluralidad de acciones. Aquel autor entendía que no existía ninguna necesidad para semejante división, y señala que el espíritu humano tiende a las unificaciones, mientras que dividir y separar sería una tendencia retrógrada. Sobre esta cuestión, *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 335-336, 382-383. La réplica que puede oponerse a tales argumentos es sencilla: si entendiéramos que en algunos casos sí existe una necesidad, ¿por qué no habría de servir el tipo –correctamente entendido– para dividir, además de servir para unificar?

²⁶⁷ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 336-337, 367-369.

²⁶⁸ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 337-339, 355-356, 369-372.

acciones se conciben como realización unitaria del tipo: significa agrupación típica = unidad de hecho”²⁶⁹. Según la opinión de aquel autor, el primer presupuesto y punto de partida para la formación de una "unidad de acción" es, pues, la identidad del tipo en el que deben subsumirse las diversas acciones²⁷⁰; la diversidad de tipos dará lugar a un concurso real, incluso cuando entre los tipos exista una relación de especialidad²⁷¹.

²⁶⁹ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 340. *Vid. también op. cit.*, pp. 339-340, 374, 378-379.

²⁷⁰ Como el propio Beling indica, en este contexto cobra significado lo dicho anteriormente sobre la individualidad de los tipos: las acciones subsumibles en un tipo vinculado a una conminación penal absoluta nunca podrán agruparse formando una unidad de hecho con acciones que pertenezcan a un tipo distinto, vinculado a otra conminación penal absoluta; sobre los criterios que este autor proponía para identificar y delimitar los tipos *vid. supra* nota 83.

En los casos en los que la ley haya añadido a la conminación penal algunas indicaciones sobre la medición de la pena y, además, sus presupuestos sólo concurren en una parte de las acciones que se agrupan formando una unidad de hecho, Beling consideraba que estas indicaciones no podían aplicarse a la totalidad del hecho. No obstante, entendía que esta situación no comportaba que debiera apreciarse un concurso real, pues la problemática de la unidad o pluralidad de acción es una cuestión que debía resolverse con carácter previo a las cuestiones relativas a la medición de la pena; y tampoco estaríamos ante un concurso ideal, porque éste implica una duplicidad de tipos y en estos casos sólo se ha realizado un único tipo. La solución consistía –según Beling– en determinar la relación existente entre las indicaciones sobre la determinación de la pena y la conminación penal. Sobre esta cuestión, *vid. E. BELING, op. cit.*, pp. 375-376.

²⁷¹ Por esta razón, en contra de lo que mantenía la doctrina dominante, Beling negaba la posibilidad de "realizar de forma continuada" un hurto y un robo famélico (*Mundraub*), o un hurto agravado. Asimismo Beling rechazaba la posibilidad de apreciar unidad de acción entre tipos con una relación de especialidad cuando sólo uno de ellos había quedado intentado y el otro había quedado consumado, v. gr. cuando el autor es sorprendido mientras intentaba abrir un armario y en la fuga toma una cosa que estaba fuera del armario. Sin embargo, Beling señala acertadamente que sólo existe un robo consumado cuando el autor rompe el armario con dolo de llevarse lo que haya

Beling precisa en un doble sentido estas consideraciones sobre la relevancia del tipo para la teoría de la unidad de acción. En primer lugar aquel autor indica que, además de las acciones ejecutivas, en la unidad de hecho debían incluirse también las acciones pertenecientes a su esfera externa: en relación con la unidad de hecho son los límites del tipo en sentido amplio los que delimitarían las acciones que pertenecen al tipo²⁷².

dentro pero, a diferencia de lo que esperaba, no encuentra dinero, sino joyas y se apodera de éstas; aún cuando el autor sólo pensara en tomar un determinado objeto, si se lleva otro distinto porque es el único que ha encontrado seguiría existiendo sólo un robo consumado porque la identidad del objeto carece aquí de relevancia. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 341-342 y nota 1, 380 y nota 4, 383-384.

Respecto de los criterios que deben servir para determinar los supuestos en los que la pluralidad de tipos no excluye la unidad de hecho porque se trata de un concurso ideal heterogéneo, *vid. op. cit.*, pp. 378-383. Lo que caracteriza estos supuestos frente a los del concurso real es la coincidencia de la acción o acciones que realizan los diversos tipos que concurren idealmente. El que varias acciones se agrupen desde el punto de un determinado tipo formando una unidad de hecho no implica que sólo sean subsumibles en aquel tipo, pues es posible que todas o algunas de ellas también sean subsumibles en otros tipos.

²⁷² *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 344-348; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 71. Beling consideraba que la pena que se impone por la ejecución del núcleo del tipo constituye una pena para la totalidad del hecho. Cuando los actos preparatorios y los posteriores constituyen *delicta sui generis*, la existencia de una pluralidad de tipos autónomos comportaba la existencia de una pluralidad de acciones ejecutivas distintas y, por lo tanto, impedía construir una unidad de hecho. No obstante, aquel autor llegaba al mismo resultado por entender que la ley penal relativa a los actos preparatorios o posteriores tiene carácter subsidiario.

En cuanto a los problemas que suscitan las "formas de aparición" del tipo en relación con la unidad de hecho, *vid.*, del mismo autor, *L.v.V.*, cit., pp. 348 y ss. Beling admitía la posibilidad de formar una unidad de hecho con acciones constitutivas de una misma forma de aparición, v. gr. la tentativa, la inducción, o una forma cualificada o privilegiada de un delito prevista mediante una conminación penal relativa. También admitía la posibilidad de formar una unidad de hecho agrupando acciones que constituyen una tentativa y otras que constituyen la consumación del mismo tipo, o

En segundo lugar, Beling señala que la unidad de tipo no es el único de los presupuestos que condicionan la posibilidad de afirmar que varias acciones constituyen un único *delito*. Puede ocurrir que el delito sólo se componga de una parte de las acciones que forman aquella unidad de hecho, y el resto quede fuera de consideración a efectos penales²⁷³, o se castiguen separadamente formando un hecho distinto (concurso real). Esto último ocurrirá cuando las diferencias que presenten las diversas acciones en cuanto a los elementos externos al tipo impidan subsumirlas conjuntamente en una misma conminación penal²⁷⁴, o cuando la desconexión que en el caso concreto presenten las diversas acciones que componen la "unidad conceptual de hecho" excluya la posibilidad de afirmar que forman un

agrupar las acciones de un mismo sujeto que constituyen acciones de autoría y aquellas que constituirían acciones de participación si las hubiera realizado un sujeto distinto. En cambio, Beling negaba la posibilidad de formar una unidad de hecho con acciones directamente típicas y acciones subsumibles en una forma privilegiada o cualificada de aparición del mismo tipo.

²⁷³ Lo que ocurrirá cuando alguna de las acciones típicas no sea antijurídica, culpable, o no satisfaga las condiciones de la conminación penal. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 343-344, 351 y ss.

²⁷⁴ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 352 y ss., 411. Esto es lo que, por ejemplo, impediría formar una unidad de acción con un homicidio imprudente y otro doloso en los casos en los que un sujeto mata a otro mediante varias acciones de las cuales una o más son imprudentes y el resto son dolosas. En el supuesto académico en el que un sujeto intenta asesinar dolosamente a otro y sólo le hiere, pero luego lo mata al lanzarlo al agua creyendo que estaba muerto, Beling consideraba que existía un concurso real entre una acción dolosa y otra imprudente (*vid. op. cit.*, pp. 353-354).

A pesar de que, desde el punto de vista del tipo sería posible agruparlos, según Beling (*op. cit.*, pp. 355-356) la diferencia de conminaciones penales aplicables también impediría agrupar conjuntamente una pluralidad de hurtos realizados de forma culpable cuando una parte de ellos se realizaron antes de que el autor tuviera dieciocho años y el resto se realizaron con posterioridad.

único hecho *concreto* y, desde esta perspectiva, representan una realización unitaria del tipo²⁷⁵. Para delimitar en este sentido la unidad de hecho formada por acciones sucesivas frente a los supuestos de concurso real, Beling hace referencia a la proximidad entre aquélla, el concurso ideal homogéneo compuesto de una única acción, y los supuestos de pluralidad de acciones simultáneas realizadas por un mismo sujeto²⁷⁶. En su opinión, la unidad de hecho no sería sino un supuesto diferenciado de tipicidad intensificada (concurso ideal homogéneo), de modo que una sucesión de acciones debería considerarse como unidad de hecho siempre que no presente ninguna diferencia práctica significativa con el concurso ideal homogéneo, cuando para el caso concreto la división del hecho en varias acciones sea algo secundario y la consideración del mismo como un supuesto de concurso ideal homogéneo no supondría modificar sus rasgos esenciales. Beling consideraba que es precisamente esta similitud la que permite considerar las diversas acciones como unidad de hecho (v. gr. cuando A golpea sucesivamente a B y C)²⁷⁷. La consideración del concurso ideal homogéneo como *ratio* de los supuestos de unidad de acción, y su irrelevancia en materia de error es en lo que Beling se apoya para negar que la *unidad de resultado* o de *objeto típico de ataque* tengan alguna relevancia en el momento de decidir si existe o no unidad de hecho. Como ocurre en relación con estas cuestiones, una vez que se hayan salvado las dificultades vinculadas a la delimitación conceptual de los diversos tipos y, en abstracto, exista la posibilidad de subsumir el supuesto

²⁷⁵ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 352 y ss., 362 y ss.

²⁷⁶ Por ejemplo, los supuestos en los que A golpea al mismo tiempo y con ambos puños a B y C.

²⁷⁷ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 364 y ss.

de hecho en un único tipo, también la cuestión de la delimitación entre la unidad de acción y el concurso real sería una cuestión meramente fáctica²⁷⁸. En cuanto a la consideración de la *identidad y fungibilidad del bien jurídico*²⁷⁹, Beling la rechazaba por entender que suponía un incorrecto desplazamiento de la teoría de la unidad de hecho al ámbito de la antijuricidad²⁸⁰.

La consideración de la unidad o pluralidad del objeto típico de ataque la rechazaba Beling por una triple razón. Por una parte, porque existen tipos sin "objeto de ataque" respecto de los cuales es posible un delito continuado. Por otra parte, porque la individualidad o fungibilidad del objeto de ataque es algo irrelevante para el dolo del autor, ya que éste no necesita conocer los individuos contra los que se dirige; si se considerara que la lesión dolosa contra dos personas distintas no forma un delito continuado debido a la diversidad de dolos, entonces también se debería tomar en consideración esta duplicidad en la teoría del error, lo que –según Beling–, contradiciendo el § 59 RStGB, debería llevar a negar la identidad del dolo dirigido contra sujetos distintos. En definitiva, la irrelevancia del error sobre el objeto impediría

²⁷⁸ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 366 y ss. Después de reconocer que el criterio propuesto no proporciona una nítida distinción conceptual entre los supuestos de unidad de acción y los de concurso real, Beling afirma (*op. cit.*, p. 366 y nota 1) que esto es algo que no puede extrañar, pues “la diferencia se encuentra en el propio hecho concreto y, como éste, es *de carácter puramente fáctico*. La "conexión entre acciones" es precisamente una cuestión meramente fáctica, del mismo modo en que lo es la propia realización del hecho. Por el contrario, la inclusión de varias acciones en *tipos diversos* es algo *conceptualmente imposible*” (subrayados en el original).

²⁷⁹ Algo que algunos autores tomaban en consideración para aceptar la posibilidad de un delito continuado respecto de cosas con diversos propietarios y, en cambio, rechazar la posibilidad de un delito continuado contra diversas personas.

²⁸⁰ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 367 y ss.

–según aquel autor– otorgar relevancia a la diversidad de los objetos en el momento de decidir si su lesión real constituye o no un supuesto de unidad de hecho²⁸¹. En este sentido, aquel autor señalaba que si en los delitos patrimoniales también se decidiera otorgar relevancia a la individualidad de los propietarios, entonces existirían dos hurtos en concurso real cuando el ladrón cogiera sucesivamente un abrigo de A y un par de zapatos de B, aunque aquél creyera que ambas cosas pertenecen a la misma persona y, sin embargo, sólo existiría un único hurto cuando realmente pertenecieran a un único sujeto. Finalmente, Beling fundamentaba la irrelevancia de la identidad de resultado para el delito continuado sobre la base de que esta cuestión es irrelevante en el "concurso ideal homogéneo" y no obsta a la posibilidad de apreciar una tipicidad unitaria cuando, por ejemplo, un sujeto mata a dos personas con un único disparo.

Las siguientes palabras de Beling muestran claramente su forma de entender el contenido del tipo y la trascendencia de esta cuestión para la problemática concursal: "Puesto que lo único que importa para la unidad de hecho es si entre las acciones existe una conexión equivalente a la del "concurso ideal homogéneo", está justificado considerar que nunca puede entenderse que una acción es "autónoma" haciendo abstracción de la situación concreta. La unidad de hecho es un fenómeno conceptualmente posible respecto de todos los tipos. Pese a que una acción parezca "autónoma", puede ocurrir que pase a ser "dependiente" como consecuencia de una conexión. Si, por ejemplo, A ha matado a B de un disparo, esto no comporta decir que el hecho consiste sólo en esta acción. Puede, por ejemplo, concurrir una tipicidad intensificada en el sentido de que el disparo también ha matado a B. Y, puesto que la unidad de hecho es sólo

²⁸¹ Más adelante Beling critica la opinión de aquellos autores que para poder apreciar un delito continuado requieren un dolo conjunto dirigido a la totalidad, o un determinado vínculo de continuidad entre las diversas resoluciones.

una imagen derivada de la tipicidad intensificada, puede perfectamente existir unidad de hecho: por conexión del disparo con otro inmediatamente posterior”²⁸².

16. Corresponde ahora exponer la relevancia y funciones que Beling asigna a los tipos penales en la teoría de la participación²⁸³. Lo primero que este autor se cuestiona es el fundamento sobre la base del cual se establece un vínculo entre una pluralidad de personas y se las castiga conjuntamente, en lugar de analizar sus conductas aisladamente. Según Beling, la razón por la que esto ocurre sólo puede ser la siguiente: el propio acontecimiento resultante de las actuaciones de todos los sujetos constituye un todo penalmente unitario. Por lo tanto, lo primero que correspondería determinar es cuándo existe aquel conjunto penalmente unitario. Prescindiendo de que han intervenido una pluralidad de personas, debe determinarse si lo que han hecho podría considerarse conjuntamente –y no como un supuesto de concurso real– en el caso de que lo hubiera hecho una única persona. Beling consideraba la teoría de la participación como un aspecto de la teoría de la unidad de hecho; la participación sería la unidad

²⁸² Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 372-373. Pese a afirmar que la unidad de hecho es un fenómeno conceptualmente posible respecto de todos los tipos, en función de su redacción Beling distinguía entre los tipos propensos a la unidad de hecho (*tateinheitbegünstigende Tatbestände*) y los tipos no propensos a la unidad de hecho (*die Tateinheit nicht begünstigende Tatbestände*); sobre esta cuestión *vid. op. cit.*, pp. 231-232, 372-375.

²⁸³ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 390 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 71, 94-95, 98-101; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 96-97. Sobre la función lógica que cumple el concepto de tipo en la teoría de la autoría y participación, *vid.* también, por su claridad, H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 59-63.

de hecho fraccionada o descompuesta (*zerlegte Tateinheit*)²⁸⁴. En efecto, aquel autor consideraba insuficiente la opinión que, desde Feurbach, vinculaba la participación a la causación conjunta de un resultado y, por lo tanto, a la "identidad de resultado"²⁸⁵. Y tampoco la *antijuricidad* ni la *norma* podrían servir de base a la teoría de la participación. En su opinión, el fundamento de la teoría de la participación es la referencia de la actuación de los diversos sujetos a un mismo tipo, pues la antijuricidad sólo entra en consideración para la construcción del delito como característica formal que posee siempre el mismo contenido: expresar la disconformidad con las exigencias del Ordenamiento jurídico; se trata –según Beling– de un elemento que no sirve para distinguir los diversos delitos, ni puede servir como elemento delimitador en la participación²⁸⁶. Tampoco la existencia de un nexo en la culpabilidad de los partícipes sería la base de la participación, ya que ésta no supone fragmentación de la culpabilidad –que no es algo sustantivo– sino una característica estrictamente personal de la actuación de cada uno de los sujetos²⁸⁷.

Paralelamente a lo que ocurre con las diversas acciones de un sujeto que se agrupan formando una unidad de hecho, la participación representaría –

²⁸⁴ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 390 y ss.

²⁸⁵ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 391 y nota 2, 453-454.

²⁸⁶ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 392.

²⁸⁷ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 392 y nota 1; *vid. también op. cit.*, pp. 409 y ss., 426 y ss, y lo dicho *infra* en el texto. Beling reconoce que la participación requiere una cierta conexión psíquica, pero se trataría de un segundo requisito que debe concurrir junto con el requisito principal de la conexión típica. En este sentido, aquel autor señala que la relación que existe entre los partícipes es algo más que la mera vinculación del aspecto psíquico de sus acciones: es una conexión típica entre las propias acciones.

según Beling— la agrupación de las acciones de diversos sujetos; por lo tanto, presupone la unidad de tipo y que las acciones de todos los sujetos formen una unidad típica concreta²⁸⁸. Dentro de este marco, para distinguir entre las conductas de autoría y las de participación en sentido estricto correspondería operar con la distinción entre el tipo en sentido estricto y el tipo en sentido amplio. La "ejecución conjunta" que el § 47 RStGB requería para la coautoría, Beling la vinculaba a la intervención en el núcleo del tipo o tipo en sentido estricto: la coautoría supondría la realización entre varias personas de la unidad de hecho configurada por las acciones que pertenecen al núcleo del tipo²⁸⁹. Por su parte, la complicidad y la inducción también serían conceptos relativos, vinculados a la realización de una acción preparatoria o accesoria para la acción ejecutiva de otro: serían actos de la zona periférica al núcleo del tipo que requieren la realización culpable de éste por parte de otro sujeto²⁹⁰. El tipo en sentido amplio serviría, así, como punto de partida para dar unidad a la intervención de varios sujetos y delimitar las conductas con alguna relevancia penal. El tipo en sentido estricto cumpliría una función negativa de delimitación de las conductas

²⁸⁸ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 390 y ss. Cada una de las acciones debe reunir también el resto de los requisitos de la definición general de delito y, además, ha de poderse considerar delincuente al sujeto que la realiza; sobre esta cuestión, *vid. op. cit.*, pp. 399-401, 403, 409 y ss., 423 y ss.

²⁸⁹ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 396 y ss., 408 y ss. Sobre la delimitación entre las acciones ejecutivas del tipo y las acciones pertenecientes a la zona periférica y la relatividad de esta distinción, *vid.* también lo dicho *supra*.

²⁹⁰ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 397-399, 416 y ss. Las acciones ejecutivas también pueden constituir una mera forma de participación cuando no reúnan los requisitos externos al tipo necesarios para poder considerar autor al sujeto que la realiza, v. gr. cuando el coejecutor no actúa con el dolo específico exigido por la correspondiente conminación penal; *vid.*, por ejemplo, *op. cit.*, p. 411.

que *pueden* considerarse de autoría, y su realización delictiva –y, por lo tanto, culpable– condicionaría la relevancia penal de las conductas de participación²⁹¹.

Ya hemos hecho referencia a la relatividad de la distinción entre las acciones ejecutivas y las acciones externas al tipo que Beling proponía. Lo que nos interesa destacar aquí es la trascendencia del concepto de tipo que aquel autor propuso y la función rectora que le atribuye en la teoría de la participación: por una parte, como acabamos de indicar, este concepto y la determinación de los actos ejecutivos del tipo debía cumplir una función negativa de delimitación de las conductas que pueden considerarse como conductas de autoría²⁹²; por otra parte, la naturaleza objetiva de los

²⁹¹ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 416-420. Esta función de garantía y límite que Beling atribuye a los tipos penales se pone claramente de manifiesto cuando rechaza (*op. cit.*, p. 416) la propuesta de Binding de considerar autor de un homicidio a quien induce a otro a suicidarse. Aquí se advierte con claridad el significado garantístico del concepto restrictivo de autor que Beling proponía y su rechazo a las tesis que interpretaban los tipos penales partiendo de la conexión causal entre la conducta del sujeto y la lesión del bien jurídico.

De *lege ferenda* Beling se manifestaba partidario de mantener un concepto restrictivo de autor asentado sobre la base de la distinción entre las acciones ejecutivas del tipo y las conductas pertenecientes a su zona periférica, lo que permitía una interpretación unitaria de los tipos para la teoría de la participación y para la teoría de la tentativa. Sin embargo, proponía abandonar el principio de accesoriadad máxima de la participación y entender que, en relación con la conducta del autor, para castigar al partícipe basta con que se trate de una acción típica, antijurídica y concurren las condiciones objetivas de la conminación exigidas con carácter específico por la correspondiente conminación penal. Como señala el propio Beling, esto permitiría reducir el ámbito de la autoría mediata y distinguir entre las acciones ejecutivas y las acciones externas al tipo de modo totalmente objetivo, sin necesidad de tomar en consideración la culpabilidad de los sujetos que intervienen; *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 453 y ss.

²⁹² No obstante, es importante destacar que Beling consideraba insuficiente la realización de actos ejecutivos para poder considerar coautor al sujeto que los realizaba. En efecto, para poder ser coautor Beling exigía la concurrencia de *todos* los elementos,

elementos del tipo comporta que sea la configuración externa de la conducta lo que sirve como punto de partida para determinar su carácter ejecutivo. En este sentido, el propio Beling afirmaba que la delimitación que él proponía de la coautoría y la participación permitía superar la lucha de escuelas existente entre los partidarios de la "teoría objetiva" y los de la "teoría subjetiva"²⁹³. Sin embargo, este autor reconocía lo insuficiente de los criterios objetivos; y no sólo para delimitar las acciones ejecutivas frente a las acciones pertenecientes a la zona periférica del núcleo del tipo, sino también para determinar si una pluralidad de acciones ejecutivas deben o no considerarse conjuntamente, pues su consideración unitaria requiere un enlace psíquico entre las diversas contribuciones. En efecto, Beling consideraba que si bien para agrupar varias acciones de un mismo autor no es necesario un vínculo psíquico entre los diversos actos, es imposible considerar conjuntamente la actividad de diversas personas atendiendo

objetivos y *subjetivos*, que condicionan la aplicación de la correspondiente conminación penal: no es coautor quien no actúa de forma culpable; y cuando la diversa configuración de la culpabilidad de quienes intervienen impida la aplicación a todos ellos de una misma conminación penal no habrá coautoría en relación con el delito al que aquélla resulte aplicable; el sujeto que actúe con una culpabilidad diversa sólo podrá ser partícipe. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 399-401, 408 y ss., y lo dicho a continuación en el texto.

²⁹³ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 397-398, 453-457. Según Beling, la consideración de las acciones de los partícipes como acciones que no son esencialmente ejecutivas, sino previas o simultáneas, además de explicar la imposibilidad de un "tentativa" de inducción o de complicidad, explicaría mejor su carácter accesorio respecto de la conducta del autor que el dogma de la interrupción del nexo causal. Por otra parte, Beling señala que si bien el dolo del autor y el del partícipe poseen un contenido diverso –como ha puesto de manifiesto la teoría subjetiva–, la distinción entre autoría y participación accesoria no es una distinción meramente subjetiva, sino que responde a criterios objetivos, aunque éstos no se basan en el carácter fuerte o débil de la causalidad, sino en el concepto de tipo.

exclusivamente a su configuración externa. Así, en relación con los supuestos de *coautoría*, además de la naturaleza ejecutiva de la contribución y de la exigencia de que la diversidad de la culpabilidad de las diversas personas que intervienen no comportara la aplicación de conminaciones penales diversas²⁹⁴, Beling consideraba necesario que existiera un vínculo psíquico que abarcara todo el hecho unitario, de modo que cada uno de los sujetos que intervienen quisiera también la parte del hecho realizada por el resto; “sería injusto –dice Beling– querer incluir también en la cuenta de un sujeto partes del hecho que son de otros y que él no se ha apropiado psíquicamente”²⁹⁵. En este sentido, en los supuestos de coautoría el dolo requeriría el conocimiento de la actuación del resto de autores; quien actúa sin conocer la contribución del resto y creyendo actuar en solitario sólo podría ser castigado como autor individual²⁹⁶. Además, cuando la conminación penal principal aplicable al autor del delito requiera que éste actúe con un dolo configurado de una determinada manera, Beling consideraba que sólo podrían considerarse coautores los sujetos en los que concurra esta forma específica de dolo, de modo que la sola naturaleza ejecutiva de su intervención sería insuficiente y, por esta razón, resultaba incorrecto identificar la realización conjunta del tipo y la realización conjunta del delito, la realización de acciones ejecutivas y la intervención

²⁹⁴ Esto implica que, cuando la realización dolosa y la realización imprudente de un mismo tipo estén previstas en conminaciones penales distintas, deba analizarse por separado la responsabilidad de los sujetos que actúan dolosamente y la de aquellos que actúan imprudentemente; *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 409 y ss.

²⁹⁵ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 410. *Vid.* también, *op. cit.*, pp. 403-404, 409 y ss.

²⁹⁶ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 410. Beling no se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de apreciar coautoría en relación con la realización imprudente del tipo.

en el hecho como coautor²⁹⁷. Adviértase que, pese a tratarse de elementos externos al tipo, tanto el hecho de que alguno de los sujetos que realiza actos ejecutivos actúe dolosamente y el resto lo haga imprudentemente, como el hecho de que alguno de los sujetos que realizan acciones ejecutivas no actúe con el "dolo específico" exigido por la correspondiente conminación penal, son aspectos que impedirían afirmar la relación de coautoría o la condición de coautor, respectivamente. Se pone así de manifiesto hasta qué punto Beling reconocía –al menos implícitamente– la relevancia que los elementos subjetivos poseen en el momento de determinar el significado de un hecho y de resolver las cuestiones vinculadas a la teoría de la participación²⁹⁸. Desde luego no es la suya una concepción subjetiva, pero tampoco es exclusivamente objetiva y causal. Y

²⁹⁷ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 411. En los supuestos en los que se ha producido una *realización conjunta del tipo* y, no obstante, causas externas al tipo impidan considerar autor a alguno de los sujetos que intervienen, esta exclusión debía entenderse en el sentido de que a este sujeto no se le podía hacer responsable por coautoría. No obstante, respecto del resto de personas que intervienen y que sí satisfacen todos los requisitos necesarios para ser coautores, la intervención típica de aquel sujeto deberá seguirse considerando como una parte de la realización conjunta del tipo y, por lo tanto, como una parte del todo que se imputa al resto de sujetos, pues la realización conjunta del tipo no puede negarse ni puede dejar de imputarse a los sujetos que sí reúnen el resto de los requisitos necesarios para responder como coautores por su intervención en la misma; *vid. op. cit.*, p. 414.

²⁹⁸ En cuanto a las conductas de participación accesoria (complicidad e inducción), Beling consideraba que ésta no sólo requiere la realización objetiva de una conducta perteneciente al tipo entendido en sentido amplio. En su opinión requiere también que el partícipe actúe de forma culpable y, concretamente, de forma dolosa, según exigen los §§ 48 y 49 RStGB. En relación con el dolo del partícipe Beling incluso consideraba necesario el conocimiento de que el autor actuaba de forma culpable. Por esta razón, no sería partícipe aquel que ayuda a otro a coger una cosa mueble ajena sin saber que éste la toma con la intención de apropiársela. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 426-429.

no lo es, por una parte, porque –como ya señalábamos más arriba– la naturaleza ejecutiva de una acción no depende exclusivamente de elementos objetivos y, por otra parte, porque la realización de actos ejecutivos no basta para determinar si un sujeto es autor o partícipe, y porque incluso la tipicidad del hecho que se imputa a título de coautoría no depende exclusivamente de las características externas de la contribución de los diversos sujetos que intervienen, sino que depende también de elementos vinculados a la "culpabilidad" de cada uno de ellos. Sólo el punto de partida es fundamentalmente objetivo, lo que –frente algunas propuestas basadas en una concepción personal del injusto– otorga a los elementos de la "culpabilidad" un evidente significado garantístico, sin que ello suponga restarles importancia en cuanto a la delimitación del hecho típico y la determinación de su significado *delictivo*. Aunque Beling rechace la posibilidad de considerar autor a quien no realice actos ejecutivos y no acepte considerar partícipe a quien no realice actos pertenecientes al tipo entendido en sentido amplio, no se contenta con la realización objetiva de tales actos para afirmar, respectivamente, la autoría y la participación. En la dogmática de Beling ni la delimitación entre los actos ejecutivos y aquellos que pertenecen al tipo entendido en sentido amplio debe realizarse con arreglo a criterios exclusivamente objetivos, ni la autoría requiere únicamente la realización de actos ejecutivos, ni la participación requiere sólo la realización de actos pertenecientes a la zona periférica del núcleo del tipo y la mera realización de éste por parte de otro sujeto. Si bien es cierto que respecto de los supuestos de *autoría única* la dimensión "personal" del delito queda básicamente reducida al ámbito de la *acción* y al de la *culpabilidad*²⁹⁹, en la teoría de la participación se pone

²⁹⁹ Sin perjuicio de la relevancia que Beling concedía a los elementos personales de carácter objetivo del tipo y de la antijuricidad, cuya ausencia comportaba una "falta de tipo" o la imposibilidad de considerar antijurídica la conducta típica.

claramente de manifiesto la relevancia que posee el aspecto subjetivo del hecho, no sólo para la "imputación personal o subjetiva de un determinado objeto" –el hecho típico y antijurídico– al sujeto que interviene en su realización³⁰⁰, sino ya en la propia determinación del objeto, esto es, del hecho típico y antijurídico que se imputa personalmente al sujeto o sujetos a título de autoría –v. gr. en los supuestos de autoría mediata del hombre de atrás³⁰¹, o en la delimitación entre autoría accesoria y coautoría³⁰²– o de participación³⁰³.

³⁰⁰ La concurrencia en el sujeto de todos los elementos que Beling sitúa en la culpabilidad (dolo genérico o específico, imprudencia e imputabilidad) condicionan – como ya hemos indicado– la posibilidad de hacerle penalmente responsable y considerarlo *autor* o *partícipe* cuando realiza una *acción* que objetivamente puede considerarse típica y antijurídica: no es autor quien realiza una acción típica y antijurídica sin que concurra la culpabilidad exigida por la correspondiente conminación penal; ni es partícipe quien realiza antijurídicamente pero sin dolo una acción del núcleo o la zona periférica del tipo. El que Beling considerara (*L.v.V.*, cit., pp. 426 y ss.) que, a diferencia del error in persona y el error en el curso causal, el error del partícipe excluía el dolo cuando se refería a la culpabilidad del autor, pone de manifiesto hasta qué punto en su concepción la culpabilidad del autor condiciona el significado de su hecho y el de la intervención del partícipe.

³⁰¹ Donde, junto con otras razones, Beling fundamentaba la naturaleza ejecutiva de los actos que realiza el hombre de detrás en la ausencia de culpabilidad respecto de la actuación del hombre de delante.

³⁰² Donde la imputación recíproca de los actos ejecutivos de los otros sujetos que intervienen en el hecho se hace depender de si el sujeto los había abarcado dolosamente.

³⁰³ Aquí la accesoriedad de la participación respecto de un hecho típico antijurídico, *culpable* y *conminado con pena*, impediría considerar *partícipe* a quien interviene objetivamente sin realizar actos ejecutivos en un hecho típico y antijurídico cuya realización imprudente no está conminada con pena, o en un hecho típico y antijurídico que el autor realiza sin la intención que exige la correspondiente conminación penal.

Este hecho: la relevancia que los elementos personales del delito –y especialmente los de naturaleza subjetiva– poseen en el ámbito de la teoría de la participación es decisivo para entender la evolución histórica de su ubicación sistemática y, en particular, la discusión sobre los elementos del delito que pertenecen al tipo y condicionan la tipicidad de una conducta. En efecto, esta evolución histórica y la discusión sobre la relevancia de los elementos subjetivos respecto del tipo ha venido decisivamente determinada por las *consecuencias* de las diversas construcciones dogmáticas en relación con la posibilidad de hacer responder como autores o partícipes a aquellos sujetos que, si esto se entiende en sentido estrictamente formal, no realizan actos ejecutivos o sólo realizan una parte de los actos ejecutivos del tipo del delito consumado³⁰⁴. Lo que importa destacar aquí es que ni siquiera aquellos autores que, como Beling, pretendían determinar la relevancia penal de una conducta partiendo exclusivamente de su configuración externa podían prescindir totalmente de tomar en consideración su contenido interno.

³⁰⁴ La vinculación que, partiendo de la vigencia del principio de accesoriadad máxima de la participación, Beling y otros autores establecían entre el aspecto subjetivo y la determinación del vínculo causal de la conducta con el resultado típico en los supuestos en los que son varios los sujetos que intervienen en la realización del hecho –lo que a menudo se ha expresado mediante la referencia a la prohibición de regreso–, pone de manifiesto hasta qué punto estos autores reconocían la relevancia del aspecto subjetivo en el momento de determinar la relevancia jurídica de las diversas contribuciones; *vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 397-398, 410 nota 2, 414-415 nota 1, 453-457. Sobre esta cuestión, *vid.* también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 36-40.

IV. Valoración final del concepto de tipo propuesto por Beling en *Die Lehre vom Verbrechen*, y de la trascendencia que este autor le otorga en la teoría general del delito

17. Acabamos de ver el modo en que Beling plasma y concreta su opinión de que el tipo constituye “un concepto básico del Derecho penal”³⁰⁵: el modo en que –como señalábamos al principio– aquel autor intentó poner de relieve que “el tipo es un pilar del Derecho penal vigente sobre el que se apoyan un número muy elevado de teorías penales que en este momento se construyen sobre otros fundamentos, y encuentran [sobre la base de aquél] una solución más sencilla y definitiva”³⁰⁶. Fijándose en este aspecto metodológico del concepto de tipo, Beling consideraba que “la parte general del Derecho penal debía cristalizar en el tipo como concepto singular”³⁰⁷. Sin embargo, aquel autor también reconocía que si bien “el tipo determina la meta y la dirección del análisis jurídico-penal, no es únicamente el tipo el que las determina”³⁰⁸.

Estas últimas palabras reflejan la ambigüedad, la indeterminación y las limitaciones del concepto de tipo y de la construcción dogmática que Beling proponía. En esta construcción dogmática ya se atribuye al tipo una función metodológica de imagen rectora que, tal como Beling lo concibe, el tipo no puede cumplir, o no puede cumplir de modo satisfactorio. En algunos casos, debido a la función de identificación y delimitación del

³⁰⁵ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. V.

³⁰⁶ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. V.

³⁰⁷ E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. V-VI.

³⁰⁸ E. BELING, *L.v.V.*, p. VI. *Vid.* también *op. cit.*, p. VII.

supuesto de hecho penalmente relevante que Beling le asignaba con carácter exclusivo, el concepto de tipo y la construcción dogmática que este autor proponía dificultaban, incluso, la identificación de los criterios o conceptos que debían servir para determinar “la meta y el fin de la dirección del análisis jurídico-penal” cuando el tipo se muestra incapaz de proporcionarlos.

Como ya hemos señalado repetidamente, estos problemas del concepto de tipo y de la construcción dogmática que Beling proponía están estrechamente relacionados con la "reconstrucción" de la teoría de las normas de Binding, que aquel autor considera necesario realizar para destacar el significado que corresponde a la tipicidad de la acción frente al significado de ésta vinculado a su condición de acción antinormativa³⁰⁹. Sin abandonar el vínculo entre la valoración jurídica de una acción y su carácter antinormativo, Beling pretendía destacar el significado propio de los elementos que, desde un punto de vista externo, caracterizan a los hechos que la ley penal describe y conmina con pena, y demostrar –sobre la base de lo anterior– que “no todos los problemas jurídico-penales desembocan en la teoría de las normas”³¹⁰ y deben articularse sobre la base de ésta. Este intento de distinguir entre, por un lado, el aspecto "material" de la acción delictiva vinculado a la descripción legal de su configuración externa y, por otro lado, su aspecto "formal" vinculado a la consideración de la acción delictiva como acción que desobedece las prescripciones normativas, no sólo trae consigo una discutible división entre los elementos que determinan la tipicidad de la acción y aquéllos que únicamente determinan la antijuricidad de la conducta típica, sino que conduce también

³⁰⁹ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. VI.

³¹⁰ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. VI.

a desconocer el significado valorativo de los hechos descritos en los tipos penales, el fundamento de su relevancia penal y de su carácter antijurídico, y la importancia de ambas cuestiones para delimitar correctamente el ámbito de las conductas típicas, para determinar el aspecto de la conducta típica que debe servir como punto de referencia para decidir el carácter doloso o imprudente de la misma, y para decidir si todo el desvalor jurídico-penal de un hecho concreto queda o no abarcado apreciando un supuesto de hecho unitario que agrupe las diversas acciones que el sujeto ha realizado, y considerando que el supuesto de hecho unitario es subsumible en un único tipo³¹¹. Después nos ocuparemos de estos aspectos puntuales. Lo que interesa criticar aquí es el punto de partida: la tesis de que los elementos que caracterizan externamente la acción delictiva pueden desvincularse del análisis de su carácter antinormativo³¹² y, por lo tanto, de la teoría de las normas, pero, sin embargo, sólo en el marco de ésta cabe introducir referencias valorativas, que estarán vinculadas exclusivamente a la caracterización de la acción delictiva como acción que desobedece las prescripciones normativas –o sea, como acción *antijurídica*–; dicho de otro modo: algunos de los aspectos vinculados a la relevancia jurídico-penal de la acción deben abordarse con anterioridad al análisis de su carácter antinormativo, pero para ello es innecesaria y carece de relevancia cualquier referencia valorativa. Según Beling, las normas, y sólo éstas, monopolizan las referencias valorativas, unas referencias valorativas cuya única relevancia radicaría en ser el presupuesto necesario de la discrepancia existente entre la acción y el conjunto del Ordenamiento jurídico, y cuyo

³¹¹ Cfr. F. BALLVE, *La teoría jurídica ...*, cit., pp. 13-16.

³¹² En la construcción dogmática de Beling, esto equivale a decir: del análisis de su carácter *antijurídico*.

único significado consistiría en expresar –y no en fundamentar– esta discrepancia³¹³. Al desvincularse de la teoría de las normas, el concepto de tipo que Beling propone y aquellos elementos de la conducta delictiva que Beling ubica en el tipo quedan huérfanos de cualquier referencia valorativa que posea validez general. En relación con aquellos aspectos de la teoría general del delito que Beling pretendía "sustraer de la teoría de las normas"³¹⁴ y abordar sobre la base del concepto de tipo, su dimensión valorativa queda distorsionada. Además, toda la dimensión valorativa de la teoría de las normas vinculada al fundamento de éstas y de la antijuricidad de una acción³¹⁵ pasa a ser ignorada o queda reducida a su dimensión

³¹³ Cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 73 y ss.

³¹⁴ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. VI.

³¹⁵ Piénsese en la teoría objetiva de la interpretación defendida por Binding. Como señala Silva Sánchez (*Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 52 y nota 48), el positivismo jurídico de Binding se caracteriza por tomar como referencia el "Derecho positivo", no la "ley" positiva y, por esta razón, el centro de su construcción dogmática no son las leyes penales, sino las "normas", que pueden ser no escritas. El positivismo de Binding subraya la independencia de la ciencia del Derecho (positivo) frente a la filosofía, las ciencias sociales y –no en último término– frente a la legislación. En este sentido, Silva Sánchez señala que Binding no sostenía una vinculación estricta del dogmático a la ley, y –tomando la expresión de M. Frommel (*Präventionsmodelle in der deutschen Strafrechts-Diskussion*, 1987, p. 76)– aquel autor español afirma que, por lo tanto, Binding llega a practicar, de algún modo, una "política criminal encubierta" en sus construcciones dogmáticas, y seguir un método dogmático "teleológico". Sobre esta cuestión, *vid.* también E. SCHWINGE - L. ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937, pp. 65 y ss.; E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 51-52; M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. ed. (sin modificaciones), 1923, pp. 175-178, 181.

Esto explica las airadas crítica que Binding formuló (*vid.* K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8. ed., 1913 [reimp. de 1975], p. 86 nota 1.) contra el concepto de tipo y la construcción dogmática de Beling. Estas críticas pueden

formal³¹⁶. Este es el elevado coste que, según Beling, debe asumirse como resultado de una “teoría de las normas purificada de elementos típicos”³¹⁷.

18. El déficit valorativo del concepto de tipo que Beling proponía y de su concepción sobre la acción típica se pone ya de manifiesto en cuanto este autor intenta distinguir entre las acciones ejecutivas y aquellas que pertenecerían a la “zona externa al tipo”, particularmente en los supuestos en los que la actuación inicial se completa a través de la intervención no culpable de terceros o de fuerzas naturales y la *literalidad* del tipo no presenta dificultades para, al menos formalmente, poder subsumirla en él. Como ya hemos indicado, en estos casos la *tipicidad* de la acción no se hace depender exclusivamente de *su* configuración externa, sino que se hace depender de lo que ocurra con posterioridad³¹⁸. Pero es que, además,

resumirse en la indeterminación del concepto de tipo y los elementos que determinan la tipicidad de un hecho, y en la arbitrariedad a la que da lugar la confusión entre la cuestión fáctica y la cuestión jurídica en el momento de formular los tipos. En este sentido, Binding afirma (*op. cit., loc. cit.*) “que está claro a) que cuando el Derecho penal regula fenómenos de la vida que, como la muerte o las lesiones, pueden pensarse fuera del Derecho, valora tales fenómenos de modo específicamente jurídico y, mediante elementos puramente jurídicos se aparta del "tipo o supuesto de hecho desnudo" (“nackten Tatbestand”); b) que todos los tipos de delito, pero también la mayoría de acciones a partir de las cuales aquéllos se construyen, sólo pueden pensarse tomando como presupuesto el Ordenamiento jurídico!”.

³¹⁶ Cfr. J. GOLDSCHMIDT, GA núm. 54 (1907), pp. 41-42; G. RADBRUCH, Mon. Krim. Psych., 1907, p. 571; H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 105-106, 109-110.

³¹⁷ E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. VI.

³¹⁸ De acuerdo con la distinción entre tipos de mera actividad y tipos de resultado, en éstos debería ser perfectamente posible distinguir entre la acción y el resultado y, por lo tanto, configurar la acción con independencia de la *efectiva producción* de éste. Que esto sea realmente posible es algo en lo que Beling no parece tener mucha confianza.

presuponiendo el carácter antijurídico de la acción inicial que ha considerado típica, Beling desplaza el análisis sobre su significado jurídico-penal al ámbito de la teoría de la culpabilidad, esto es, centra su atención en la comprobación del carácter doloso o imprudente de la conducta. De este modo, intenta suplir el déficit valorativo de su concepción del tipo con los criterios que determinan la culpabilidad por la realización de un hecho típico y antijurídico. Sobre la base de la existencia de un hecho típico y antijurídico, aquellos criterios cumplirían aquí una función de delimitación del hecho *culpable* que sólo tiene repercusiones en relación con la función negativa de las *conminaciones penales*, pero no en relación con la función negativa que corresponde a los *tipos*, pues la tipicidad sí se ha afirmado ya.

Este planteamiento que suple el déficit valorativo del concepto de tipo acudiendo, fundamentalmente, a los criterios que determinan la *culpabilidad* de un hecho, resulta criticable por sus consecuencias y por razones sistemáticas. Desde el punto de vista de sus consecuencias resulta criticable por dos razones: en primer lugar, porque encierra el riesgo de ampliar excesivamente los límites del tipo en sentido estricto y considerar que son típicas algunas conductas que, con arreglo a criterios valorativos de carácter objetivo³¹⁹, deberían considerarse como meros actos preparatorios, quedando reducida su relevancia penal a aquellos supuestos en los que un tercero realiza antijurídicamente actos ejecutivos con dolo –o imprudencia, si se acepta la relevancia penal de las conductas de

Sobre las dificultades de la teoría objetivo-formal para delimitar correctamente los actos ejecutivos de los actos preparatorios *vid.*, por todos, E. FARRE TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 1986, pp. 158-159, S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 5. ed., 1998, L 13/52 y 53.

³¹⁹ Naturalmente, estos criterios valorativos deberán admitir la posibilidad de realizar actos ejecutivos utilizando como instrumento a un tercero.

participación en los delitos imprudentes—. En segundo lugar, aquel planteamiento resulta criticable porque, ante el déficit valorativo del concepto de tipo propuesto, Beling se ve obligado a otorgar un protagonismo excesivo a los criterios que determinan el carácter culpable de un hecho para limitar, así, el número de supuestos en los que la realización del tipo se considera delictiva; sin embargo, es difícil que el juicio sobre la culpabilidad del hecho pueda realizarse satisfactoriamente cuando no se ha determinado previamente cuál es el fundamento de su desvalor externo³²⁰. Desde el punto de vista sistemático, el planteamiento de Beling resulta criticable porque, al analizar si una acción es o no delictiva, otorga relevancia *en dos momentos distintos* a la relación entre el contenido interno de la acción y los elementos del tipo; en efecto, aquella relación no solo sirve para determinar si una acción típica es o no culpable, sino que sirve –o puede servir– también para determinar si se trata de una acción ejecutiva o de un mero acto preparatorio.

19. El déficit valorativo del concepto de tipo que Beling propone y sus consecuencias vuelven a ponerse claramente de manifiesto cuando este autor aborda la delimitación entre los supuestos de tentativa punible y los de "falta de tipo". En efecto, también aquí se advierten con claridad las limitaciones del concepto objetivo de tipo que Beling propone para cumplir satisfactoriamente la función que aquel autor le atribuye de servir como imagen rectora al delimitar las conductas penalmente relevantes atendiendo a su configuración externa. Beling destaca con acierto que debe partirse de

³²⁰ Recuérdese lo dicho *supra* al exponer la opinión de Beling sobre los supuestos en los que debe considerarse relevante la discrepancia entre la representación del autor y la configuración externa del hecho. Y también lo dicho sobre los casos en los que debe entenderse realizado el tipo del delito de falso testimonio.

la descripción externa que la ley penal realiza de las conductas delictivas y, por lo tanto, advierte con claridad el significado de garantía y la función rectora que corresponde al concepto de tipo. Esto es lo que permite a aquel autor criticar con razón la concepción subjetivista de la tentativa que mantenía el *Reichsgericht*, y señalar que no puede identificarse la tentativa con la mera manifestación externa de la voluntad delictiva, ni basta con poder afirmar la peligrosidad del sujeto, pues es necesario poder afirmar que la manifestación externa de la voluntad constituye el inicio de la ejecución del hecho típico descrito en la ley penal³²¹. El problema está en los criterios objetivos que, partiendo de su concepción del tipo, Beling propone para decidir cuándo debe entenderse que se ha iniciado la ejecución de la acción descrita en los tipos penales y para decidir cuándo estamos ante un hecho típico consumado. De los problemas que presenta el criterio de si es o no necesaria que la actuación del sujeto se complemente con la intervención posterior de terceros o de fuerzas naturales ya nos hemos ocupado anteriormente. Lo que aquí nos interesa destacar es la negativa de Beling a admitir que pueda iniciarse la ejecución de un tipo con objeto de ataque –y, por lo tanto, pueda apreciarse una tentativa típica– siempre que falte la concurrencia de éste, y la indeterminación del criterio que aquel autor proponía para determinar cuándo es idóneo el medio empleado para producir el resultado típico. Ambas cuestiones están

³²¹ Aunque Beling no lo diga expresamente y sólo se refiera a ello de forma a negativa, al destacar la necesidad de distinguir entre la relevancia *penal* de una *conducta* y la relevancia *jurídica* de la peligrosidad del *sujeto* que la realiza, aquel autor pone de relieve el vínculo que existe entre la concepción que se mantenga sobre el contenido (material) de los tipos penales y la función que se asigne al Derecho penal. Sólo si se atribuye al Derecho penal una función de prevención especial puede llegar a tener sentido entender los tipos penales como descripciones de hechos que reflejan la peligrosidad del sujeto que los realiza.

directamente relacionadas con la negativa de Beling a admitir que todos los tipos son descripciones de hechos desvalorados porque suponen la puesta en peligro (determinada *ex ante*) o la lesión de un bien jurídico que el legislador penal quiere proteger, y que la determinación de las conductas típicas debe partir siempre de la función preventiva del Derecho penal. La ausencia de estas referencias teleológicas en el concepto de tipo que Beling proponía, y la distinción que este autor realizaba entre la conducta típica y la conducta prohibida por las normas prescriptivas del Ordenamiento jurídico, explican su rechazo inicial a la posibilidad de entender que la peligrosidad *de la conducta* para el bien jurídico, determinada *ex ante* con arreglo a los conocimientos que tendría un hombre medio en aquella situación, más los que tuviera el autor, y valorada con arreglo a los criterios preventivos que legitiman la decisión del legislador penal y la regulación de la vida social derivada de aquélla, puede ser un criterio que permita afirmar que (ya) se ha iniciado la ejecución del tipo, especialmente cuando no es necesaria la intervención posterior de terceros, ni existe una limitación legal de los medios a través de los cuales debe producirse la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico descrita en el tipo. Este criterio permite conservar una concepción "objetiva"³²² del tipo que se ajuste a su significado garantista y a la función rectora que aquél debe cumplir en la teoría general del delito. Por el contrario, un concepto de tipo como el que Beling propone impide delimitar correctamente las acciones penalmente relevantes y cumplir satisfactoriamente la función negativa que este autor le atribuye, pues condiciona la posibilidad de afirmar que se ha

³²² Tal concepción es "objetiva" o, si se prefiere, "intersubjetiva" en el sentido de que no es una concepción que parta exclusivamente de la representación subjetiva del autor sobre la concurrencia del hecho descrito en la ley penal, ni se pronuncia definitivamente en relación con el carácter culpable de la conducta.

iniciado la ejecución del tipo a la concurrencia de elementos típicos que sólo son necesarios para poder afirmar que el hecho típico ha quedado consumado³²³, y permite afirmar que el sujeto ha realizado la conducta típica en algunos supuestos en los que se sirve de medios que ya desde un primer momento aparecen inadecuados para producir la puesta peligro del bien jurídico protegido³²⁴.

La indeterminación de los criterios objetivos que Beling propone para decidir cuándo se ha iniciado la ejecución se advierte también cuando, para tratar de precisar la definición de la tentativa absolutamente inidónea, aquel autor centra su atención en elementos subjetivos y la identifica con el delito putativo, o la define como un caso de error en el que el sujeto se representa que puede realizar el tipo con la conducta que realiza³²⁵. Asimismo, se pone de manifiesto cuando, después de rechazar el concepto de causa que proponía la teoría de la adecuación³²⁶, Beling acude a la distinción entre voluntad y deseo para negar la responsabilidad del sujeto en supuestos

³²³ Esto es lo que ocurre con la exigencia de la presencia del objeto típico de ataque para poder afirmar que la conducta del autor supone el inicio de la ejecución de un tipo de los que él denominaba “tipos con objeto de ataque”.

³²⁴ Esto es lo que ocurre en el ejemplo que Beling menciona del testigo cuyas alegaciones son tan manifiestamente falsas que su credibilidad queda totalmente excluida. En los que Beling considera “tipos sin objeto de ataque”, la referencia al bien jurídico protegido cumple una imprescindible función restrictiva en el momento de delimitar las conductas típicas.

³²⁵ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 329 y nota 1.

³²⁶ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 232, nota 1, pp. 249-250 y 252; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., pp. 36-40.

como el de quien, en una tarde de tormenta, coloca a un menor debajo de un árbol y un rayo provoca su muerte³²⁷.

En relación con el criterio de la peligrosidad objetiva de la conducta valorada *ex ante*, quisiera señalar que lo decisivo no es exclusivamente la probabilidad de que se produzca el resultado típico sin la intervención posterior de sujetos que actúan de forma típica dolosa o imprudente y antijurídica³²⁸. Si lo decisivo fuera exclusivamente la probabilidad de que esto suceda, entonces podríamos apreciar una tentativa aunque faltara el objeto de ataque, pero tendríamos que aceptar una tentativa en muchos otros supuestos en los que no puede descartarse que con posterioridad a la intervención del sujeto se produzca el resultado típico³²⁹. Por esta razón, la peligrosidad objetiva debe valorarse desde la perspectiva de la legitimación de la intervención penal y de la función del conjunto del Ordenamiento jurídico, tomando en consideración la utilidad individual y colectiva de la

³²⁷ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, cit., 3. ed., 1905, pp. 55-56; del mismo autor, *L.v.V.*, cit., p. 194.

³²⁸ Cuando hablo de la "peligrosidad objetiva de la conducta valorada *ex ante*" como criterio que permite afirmar que se inicia la ejecución de un tipo penal, me refiero a la creación de un riesgo para el bien jurídico protegido que *puede* (que es capaz de) realizarse *directamente* en el resultado, o sea, sin la intervención posterior de terceros o sin una intervención de terceros que sea típica (dolosa o imprudente) y antijurídica. Pero adviértase que lo decisivo no es si la intervención posterior de terceros, en el caso de se produzca, es o no una actuación típica y antijurídica; lo decisivo es si la acción inicial crea un riesgo típicamente relevante de que se produzca el resultado típico de lesión o peligro para el bien jurídico sin que posteriormente intervengan terceros actuando de forma típica y antijurídica.

³²⁹ Esto es lo que pretende evitar la referencia a la valoración del riesgo que defiende la teoría de la imputación objetiva: el regreso al infinito que supone la mera referencia a la peligrosidad de una conducta como criterio para determinar cuándo se ha iniciado la ejecución.

conducta y la existencia de deberes de salvaguarda (y de cuidado) por parte de terceros o de la propia víctima³³⁰. Sólo podrán considerarse típicas aquellas conductas que puedan considerarse antijurídicas. El interés de la concepción de Beling radica, precisamente, en que parte de la atipicidad de aquellas conductas cuya realización es insuficiente para producir el resultado porque requieren la intervención posterior de terceros o de fuerzas naturales que el sujeto no puede controlar³³¹. Lo problemático de la posición de este autor es: 1) la decisión de considerar que, con carácter general, la ausencia del objeto típico de ataque excluye la tipicidad de la acción; 2) la indeterminación de los criterios que deben servir para determinar si la conducta del sujeto supone el inicio de la ejecución en aquellos supuestos en los que la consumación no depende de la intervención posterior de terceros o del propio autor, ni de fuerzas naturales y, sin embargo, aquélla no se produce como consecuencia de la inidoneidad de los medios empleados por el sujeto³³²; 3) la ampliación de la tipicidad

³³⁰ Esto último es lo decisivo en todos aquellos supuestos en los que, por sí sola, la realización de la conducta peligrosa es insuficiente para producir el resultado típico y es necesaria la intervención posterior de terceros o de fuerzas naturales que el autor no puede controlar.

³³¹ También Beling consideraba que para la realización del tipo es necesario algo más que la interposición de una causa del resultado típico y requería: a) que fuera innecesaria la actividad culpable de terceros; b) o que la actuación inicial se viera completada de modo no culpable. Para Beling sólo son típicas las conductas que no requieren un complemento para producir el resultado típico (suponiendo que concurre el objeto típico de ataque), y aquellas que requieren un complemento cuando éste se produce de forma no culpable; en relación con este último grupo de conductas, la responsabilidad penal del sujeto dependerá de si actuó de forma dolosa o imprudente.

³³² Me refiero a supuestos como el de quien, con una llave que no se ajusta a la cerradura, intenta abrir la puerta de una vivienda, de un coche, o de un recipiente que contiene la cosa que quiere sustraer. O los supuestos en los que alguien dispara con una

que, con carácter general, Beling realiza en aquellos supuestos en los que la actuación inicial del sujeto se complementa a través de fuerzas naturales, o de la intervención posterior de terceros que actúan sin culpabilidad; en esos supuestos se hace necesario ofrecer criterios *objetivos* para determinar la tipicidad de la conducta, y muy *especialmente para determinar si el sujeto ha iniciado la ejecución del hecho típico*, con independencia de si –en aquellos supuestos en los que sea necesario– el complemento llega o no a producirse y de si, en el caso de tratarse de la intervención posterior de terceros, éstos han actuado de forma culpable³³³.

Es conveniente subrayar aquí el carácter previo de esta cuestión respecto de la problemática relativa a la imputación objetiva y/o subjetiva del *resultado* típico cuando éste se produce. Con independencia de que esto ocurra, el principio de legalidad y la punibilidad de la tentativa exigen delimitar con criterios objetivos los supuestos en los que la actuación de un sujeto supone el inicio de la ejecución de la conducta típica, y esto sólo puede conseguirse a través de consideraciones valorativas sobre el fundamento de la relevancia penal de las conductas descritas en los tipos penales y sobre los límites de la función preventiva que corresponde al Derecho penal respecto de las conductas peligrosas para los bienes jurídicos que se quieren proteger. La mera remisión a la configuración externa de las conductas descritas en los tipos penales es insuficiente; y

pistola descargada. En este grupo de casos lo que falta no es *el complemento* de la actuación del sujeto, sino la idoneidad de los medios que éste emplea y que, por sí solos, deberían dar lugar a la continuación de la fase ejecutiva o a la consumación.

³³³ Adviértase que, en aquellos supuestos en los que la actuación del sujeto es insuficiente para producir el resultado típico porque resulta necesaria la intervención posterior de terceros o de fuerzas naturales que escapan a su control, la efectiva producción de estos sucesos no sólo condiciona la posibilidad de afirmar la concurrencia del tipo *consumado*, sino que –según Beling– condiciona también la existencia de una *tentativa*.

también una concepción de la tentativa que se limite a caracterizarla como realización parcial del delito consumado, o como un supuesto de error. La tentativa debe caracterizarse objetivamente en función de la peligrosidad de las conductas que realizan el tipo consumado³³⁴, pero incorporando una perspectiva *ex ante* [intersubjetiva] para valorarla. Esta perspectiva *ex ante* es un elemento que se incorpora a la definición de la tentativa sobre la base de la función protectora de bienes jurídicos que corresponde al Derecho penal, y posee un significado limitador frente a las concepciones subjetivistas de la tentativa que atienden exclusivamente a la representación del autor.

20. El planteamiento que, partiendo del contenido de sus tipos penales y de la relación lógica que exista entre ellos, Beling realiza de la relación existente entre las leyes penales y sus conminaciones penales muestra la utilidad del concepto de tipo, pero muestra también sus limitaciones. El concepto de tipo que Beling propone y el análisis que este autor realiza de las relaciones lógicas que pueden existir entre los tipos penales es útil para decidir cuáles son las conminaciones penales que pueden resultar aplicables a un determinado hecho, y cuál es el modo en que puede ser subsidiaria alguna de las leyes penales concurrentes. Como Beling pone de manifiesto, el contenido de los tipos penales es el punto de partida desde el que debe abordarse el análisis de ambas cuestiones. Además, al destacar la importancia de la configuración legal del contenido de los tipos penales, Beling pone de manifiesto que las relaciones entre las leyes penales no es una cuestión que dependa exclusivamente de la regulación específica que el legislador haya establecido en relación con esta cuestión. En efecto, pese a que el legislador penal tiene un amplio margen de libertad para regular el

³³⁴ Ya hemos señalado anteriormente que el desvalor de las conductas que realizan el tipo de un delito consumado no se agota exclusivamente en la peligrosidad de que se produzca el resultado típico, y que es necesario tomar en consideración otros aspectos vinculados al fundamento y la finalidad de su prohibición.

tratamiento punitivo de las situaciones concursales y decidir cuál es la eficacia que debe otorgarse a las diversas leyes penales concurrentes, Beling pone acertadamente de manifiesto que, en los supuestos en los que exista una relación de especialidad entre el contenido de sus tipos penales, deberá entenderse que aquella cuestión ya quedó resuelta en el momento de configurar el contenido de los tipos de las leyes concurrentes. Y, asimismo, en aquellos supuestos en los que entre el contenido de los tipos penales de las leyes concurrentes exista una relación de neutralidad, la regulación legal del tratamiento que debe dispensarse a las situaciones en la que se produce un concurso de delitos no podrá –cualquiera que sea éste– hacer desaparecer la distinción entre los supuestos que siguen conservando la doble tipicidad y aquellos en los que la subsidiariedad de alguna de las leyes penales se extiende a todos sus elementos. Esta distinción es independiente de la regulación específica que el legislador haya hecho de los supuestos en los que una acción es subsumible en varios tipos penales. El concepto de tipo permite articular y poner de manifiesto esta diversidad. Permite poner de manifiesto que la subsidiariedad de una de las leyes penales concurrentes no siempre impide que subsista la doble tipicidad del hecho³³⁵. Sin embargo, el concepto de tipo que Beling propone es incapaz de ofrecer criterios generales que permitan determinar cuándo se produce esta situación. Cuando entre los tipos de las leyes concurrentes existe una relación de neutralidad, el concepto de tipo que Beling propone resulta

³³⁵ La distinción conceptual que Beling propone entre el concurso de leyes y el concurso de delitos permite reflejar correctamente que la cuestión concursal debe abordarse desde una doble perspectiva: 1) la perspectiva de la relación lógica y valorativa existente entre las leyes penales concurrentes respecto de un determinado supuesto de hecho; 2) la perspectiva de la eficacia que, tomando en consideración la regulación legal de los supuestos concursales, debe otorgarse a las leyes penales concurrentes.

insuficiente para decidir cuándo estamos ante un concurso de leyes y cuándo estamos ante un concurso ideal de delitos. En los supuestos concretos en los que Beling consideraba que debe apreciarse un concurso de leyes argumentaba esta decisión haciendo referencia a la relación *valorativa* existente entre los tipos de las leyes concurrentes³³⁶. Este es el único criterio que puede servir para decidir sobre la existencia de un concurso de leyes o un concurso de delitos en los supuestos en los que entre los tipos penales de las leyes concurrentes existe una relación lógica de neutralidad. Al trazar aquella distinción, Beling vendría a reconocer que la descripción legal de los tipos penales presupone y expresa una decisión valorativa. Sin embargo, tampoco al ocuparse de los supuestos en los que se produce una concurrencia de leyes penales Beling aborda con profundidad la cuestión del aspecto valorativo de los tipos penales. Beling evita así poner de manifiesto las limitaciones y las contradicciones del concepto de tipo que proponía.

En relación con esta cuestión también conviene mencionar aquí la escasa relevancia que Beling concede al contenido de los tipos penales en el momento de determinar el número de acciones que ha realizado un sujeto cuando su actuación supone la realización simultánea de varios tipos que poseen un contenido heterogéneo. En efecto, al ocuparse de estos supuestos Beling sólo concede relevancia al contenido de los tipos penales para señalar que la realización simultánea de una pluralidad de tipos heterogéneos no impide apreciar una acción unitaria. Pero, de acuerdo con la opinión mantenida por la mayoría de la doctrina, Beling no admitía que el contenido de los tipos penales pudiera *determinar* que la actuación de un sujeto que supone la realización simultánea de varios tipos penales se considere como un supuesto de pluralidad de acciones. Beling rechaza, así,

³³⁶ *Vid.*, por ejemplo, E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 285-286, 290-291, 307-308, 346.

la posibilidad –apuntada por Binding– de decidir con arreglo a criterios normativos vinculados a la antijuricidad la cuestión del número de acciones que ha realizado un sujeto cuando su actuación supone la realización simultánea de varios tipos penales³³⁷. Según Beling, en estos supuestos el contenido de los tipos penales sólo tendría relevancia en el momento de determinar la eficacia de las leyes penales concurrentes, pero no en el momento de decidir si la actuación del sujeto constituye una o varias acciones. En cualquier caso, es difícil que un concepto objetivo y valorativamente indeterminado de tipo como el que aquel autor proponía pudiera servir de base a una concepción normativa de la distinción entre los supuestos de unidad y pluralidad de acciones.

La escasa importancia que Beling concede al aspecto valorativo del contenido de los tipos penales se vuelve a poner de manifiesto cuando aquel autor rechaza *con carácter general* la figura del concurso ideal homogéneo y considera que en estos supuestos no sólo existe una única acción, sino que también su tipicidad es unitaria. Sin embargo, en mi opinión no es esta la consecuencia más criticable de las que Beling extrae del concepto abstracto y valorativamente indeterminado de tipo que propone³³⁸. Ni tampoco las consecuencias que, a su vez, aquel autor extrae

³³⁷ También v. Liszt proponía abordar el tratamiento de los supuestos concursales partiendo de consideraciones teleológicas. La diferencia está en que v. Liszt limitaba la influencia de las consideraciones teleológicas a la definición del concepto de acción, y consideraba que ésta era una cuestión previa al análisis de la tipicidad. *Vid.* F. von LISZT, *Lehrbuch ...*, cit., pp. 233 y ss.. Sobre esta cuestión, *vid.* también, del mismo autor, *Strafrechtliche Aufsätze ...*, cit., t. I, pp. 235-238 y 246-250.

³³⁸ Beling reconoce que en el momento de la determinación de la pena sí que deberán tomarse en consideración las peculiaridades de la acción típica concreta y, por lo tanto, deberá reflejarse si la acción supone una realización "simple" o "intensificada" del tipo. Esto supone aceptar que en el momento de la determinación de la pena deberán reflejarse unas diferencias valorativas que, desde un punto de vista sistemático, se sitúan

de la comprensión del concurso ideal homogéneo como un supuesto de realización intensificada del tipo, al abordar la delimitación de los supuestos en los que debe considerarse unitariamente la realización sucesiva de un mismo tipo³³⁹. Igual o más discutibles todavía son las consecuencias que, partiendo de la irrelevancia del aspecto cuantitativo y cualitativo de los elementos del tipo y de la concepción objetiva de éste, Beling extrae al determinar la *tipicidad* de aquellos supuestos en los que sólo en relación con alguno de los objetos atacados puede apreciarse un delito consumado, y al analizar *la relevancia del error* del sujeto sobre los elementos que determinan la tipicidad de su actuación, especialmente en los supuestos de *aberratio ictus*.³⁴⁰ También aquí Beling consideraba que se trata de supuestos en los que la actuación del sujeto sólo realiza el tipo del

en el seno de la teoría del tipo. El planteamiento de Beling implica admitir que es necesario valorar, al menos desde un punto de vista cualitativo, el modo en que se produjo la realización del tipo. En efecto, considerar que en la determinación de la pena debe reflejarse la diferencia valorativa existente entre los supuestos de realización "simple" e "intensificada" del tipo supone admitir que éste, como concepto abstracto, implica una valoración.

³³⁹ Adviértase que en el Derecho penal español no coinciden totalmente el tratamiento punitivo del concurso ideal homogéneo y el del delito continuado, lo que haría especialmente discutible la equiparación de ambos supuestos que Beling realizaba. Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre en el planteamiento de este autor, en la regulación legal que el Código penal español establece para el delito continuado sí se toman en consideración las diferencias valorativas que existen entre los delitos que lesionan o ponen en peligro bienes eminentemente personales y aquellos que afectan a otros bienes jurídicos.

³⁴⁰ No voy a ocuparme expresamente de aquellos supuestos de error sobre el curso causal que produce el resultado típico en los que la conducta sólo pone en peligro un único objeto. Pero también en relación con estos supuestos son válidas la mayoría de las afirmaciones que realizo en el texto.

correspondiente delito consumado. Por lo tanto, el carácter homogéneo de los objetos atacados impediría otorgar relevancia típica autónoma a la peligrosidad de la "acción"³⁴¹ en relación con cada uno de ellos: también los riesgos serían homogéneos y, por lo tanto, irrelevante para la tipicidad su aspecto cuantitativo, de modo que, desde el punto de vista objetivo, toda la peligrosidad de la "acción" se reconduce al curso causal que, *ex post*, ha resultado realmente lesivo. Como apuntábamos más arriba, lo discutible de esta concepción del tipo objetivo que, *con carácter general*, renuncia a distinguir y otorgar relevancia típica autónoma a la pluralidad objetiva de riesgos que (*ex ante* y *ex post*) la "acción" ha creado para los diversos objetos, se pone de manifiesto en cuanto se advierten las consecuencias que Beling extrae de ella al resolver los supuestos en los que el sujeto que ha realizado la "acción" *que pone en peligro varios objetos* incurre en un *error* sobre la identidad del objeto lesionado, pero *también* incurre en un error sobre la configuración concreta del proceso que ha producido la lesión³⁴²,

³⁴¹ La palabra acción aparece entrecomillada en el texto porque, en mi opinión, resulta por lo menos discutible si, desde el punto de vista de su tratamiento jurídico concursal, la actuación del sujeto debe considerarse como una o varias acciones.

³⁴² En aquellos supuestos en los que, *sin incurrir en error*, un sujeto crea un riesgo típicamente equivalente u homogéneo para diversos objetos que tienen una relevancia típica de carácter homogéneo (v. gr. cuando el sujeto coloca una bomba que pone en peligro la vida de varias personas, o introduce veneno en la comida que han de comer varias personas), su consideración como supuestos de concurso ideal o tipicidad única intensificada sólo posee relevancia en cuanto al proceso a través del cual se determina la pena (acudiendo a las reglas de determinación de la pena previstas para los supuestos de concurso ideal, u otorgando relevancia a la intensidad con la que la actuación del sujeto ha realizado el tipo), pero no provocará necesariamente una diferencia en cuanto a la pena que se imponga. Sólo podrían surgir diferencias de pena si se considera que en estos supuestos la actuación del sujeto constituye varias acciones (o hechos) y no una sola, de modo que se trata de supuestos de concurso *real*.

esto es, en aquellos supuestos en los que el error sobre el objeto provoca también que el autor se haga una representación errónea de la peligrosidad concreta de su conducta y de la configuración concreta del proceso que produce el resultado típico. En estos supuestos, el carácter unitario de la tipicidad, basado en la homogeneidad de los riesgos y de los objetos atacados, impide a Beling valorar satisfactoriamente la relevancia del error, y distinguir correctamente entre los supuestos de *aberratio ictus* y aquellos supuestos en los que el sujeto *sólo* incurre en un error sobre la *identidad* del objeto lesionado o puesto en peligro, pero puede afirmarse el carácter doloso de su conducta en relación con el peligro que ésta representa para el objeto u objetos que han resultado atacados. Dicho de otro modo: al partir de la homogeneidad (o equivalencia) típica de los objetos atacados y de la irrelevancia típica de la cantidad de éstos, Beling desconoce la relevancia del error sobre la identidad del objeto en aquellos supuestos en los que esta circunstancia supone, *también*, un error sobre la peligrosidad de la conducta y, concretamente, sobre aquel factor de riesgo que se ha realizado en el resultado típico de lesión –o puesta en peligro, cuando se trata de tipos de peligro–. La homogeneidad típica de los objetos atacados y la irrelevancia típica de la cantidad de éstos da lugar a que, también en el momento de analizar la culpabilidad, Beling niegue cualquier relevancia al error del sujeto sobre la peligrosidad de su conducta o la configuración del proceso lesivo, cuando conocía la existencia de alguno de los objetos que su acción pone en peligro. En definitiva, la discutible concepción del contenido del tipo que Beling mantiene termina por hacer desaparecer la diferencia valorativa que, desde el punto de vista de la culpabilidad –o imputación subjetiva–, existe entre aquellos supuestos en los que el autor se ha representado el riesgo de su conducta que se realiza en el resultado, y aquellos en los que existe una divergencia entre éste y la representación que el sujeto se había hecho de él –supuestos de error en el curso causal,

incluidos los de *aberratio ictus*—. El concepto de tipo que Beling mantiene termina por distorsionar de tal modo la determinación del desvalor objetivo del hecho, que permite llegar a resultados inadmisibles en el momento de analizar si se trata de un hecho doloso o imprudente: para afirmar su carácter doloso basta con conocer algún aspecto del riesgo creado por la conducta y que éste se realice en alguno de los objetos que aquélla ha puesto en peligro. ¡La equivalencia objetiva de los objetos y riesgos lleva a Beling admitir la equivalencia subjetiva entre *la representación* de alguno de ellos y *el error* sobre su existencia, cuando alguno de los riesgos se ha realizado en el resultado!. Se desconoce así la diferencia valorativa que, desde el punto de vista de la culpabilidad, existe entre, por una parte, aquellos supuestos en los que el error sobre la identidad del objeto no excluye que el sujeto se represente correctamente el riesgo de su conducta que se ha realizado en el resultado típico³⁴³ y, por otra parte, aquellos supuestos en los que, a pesar de existir una pluralidad de objetos que resultan objetivamente atacados por la conducta, el sujeto desconocía toda la peligrosidad de su conducta, bien porque no se representó la existencia de la pluralidad de objetos atacados³⁴⁴, o bien porque, al tratarse de riesgos alternativos, el sujeto descartó que la producción del resultado típico recaería sobre alguno o algunos de los objetos que su conducta ponía en

³⁴³ V. gr. cuando el error sobre la identidad del objeto contra el que el autor dirige su disparo no excluye que se represente la peligrosidad de su acción en relación con aquel objeto.

³⁴⁴ V. gr. el autor conoce la peligrosidad de su conducta para la vida de A, pero desconoce que el riesgo creado por su acción también pone en peligro la vida de B.

peligro³⁴⁵. Del mismo modo que, en aquellos supuestos en los que el error sobre la identidad del objeto supone un error sobre la existencia del riesgo típico, esta circunstancia excluye la posibilidad de afirmar su carácter doloso, también en aquellos supuestos en los que el error sobre la identidad de alguno de los objetos que la acción pone en peligro suponga un error sobre la existencia del riesgo típico que se realiza en el resultado, aquel error excluirá la posibilidad de afirmar el carácter doloso de la conducta en relación con el resultado que ésta ha producido³⁴⁶.

La propuesta de Beling de atender exclusivamente a la descripción legal abstracta de la conducta típica, y prescindir totalmente de su configuración concreta para determinar si su realización es dolosa o imprudente³⁴⁷, pone

³⁴⁵ V. gr. el autor conoce que si fallara el disparo dirigido contra A pondría en peligro la vida de B, pero, como está seguro de acertar, descarta la posibilidad de que el disparo impacte en el cuerpo de B.

³⁴⁶ Y lo mismo ocurrirá en aquellos supuestos de error sobre el curso causal en los que, pese a que sólo se ha puesto en peligro un único objeto, el sujeto desconocía la existencia del riesgo que se ha realizado en el resultado.

³⁴⁷ Con esta rotundidad se manifestaba Beling (*L.v.V.*, cit., pp. 324-325): “Si el error del autor se refiere a un elemento concreto, de modo que, sin embargo, admite *de algún modo* un elemento concreto equivalente, entonces no hay nada que oponer a la admisión del completo conocimiento que comprende el tipo [...] no es aplicable el § 59” (subrayados en el original). En la tercera edición de su *Grundzüge des Strafrechts* Beling afirmaba (p. 60): “[...] un error del autor es, por lo tanto, "esencial" = excluyente del dolo: [...] cuando consiste en que el autor desconoce una circunstancia de hecho perteneciente al tipo [...]. Errores de otro género no afectan al dolo. Así, especialmente, 1. el error sobre meras circunstancias concretas del hecho; así, el *error in objecto*, cuando se trata de objetos típicamente equivalentes (v. gr. hurto de una cosa que pertenece a X y que, por error, el autor había atribuido a Y; homicidio de X que el autor tomó por Y, caso "Rose-Rosal") [...]. Asimismo el error sobre el curso causal (v. gr. el autor quiere lanzar una cosa ajena al fuego; en lugar de esto, el perro atrapa el objeto y se lo come), con inclusión de la denominada *aberratio ictus* (v. gr. el autor golpea a X,

de relieve que las limitaciones y los riesgos que encierra su concepción del tipo trascienden a su función negativa de delimitación de las conductas penalmente relevantes. A pesar de la finalidad garantista que subyace en la construcción de “tipos de culpabilidad” que Beling proponía, y en las afirmaciones en las que señalaba que “el Derecho actual no se contenta con una comprensión del dolo que lo identifica con la mera hostilidad de la voluntad al Derecho, sino que, del mismo modo que objetivamente es necesaria la tipicidad además de la antijuricidad, exige también que el dolo se haya especializado típicamente”³⁴⁸, creo que aquella propuesta no escapa a la misma crítica que él dirigía contra los autores que rechazaban la relevancia del error de prohibición³⁴⁹: su propuesta “juega con el principio de culpabilidad”, porque desconoce que el dolo presupone la conducción consciente y voluntaria del proceso lesivo o peligroso *concreto* que se encuentra descrito de modo abstracto en los tipos penales. Como se pone de manifiesto en el tratamiento que Beling proponía para los supuestos de *aberratio ictus* –y, en general, para los supuestos de error sobre el curso causal–, un concepto objetivo y valorativamente indeterminado de tipo como el que él proponía crea el riesgo de caer en una mal disimulada responsabilidad por el resultado. En efecto, la negativa de Beling a apreciar un concurso de delitos cuando, por ejemplo, la actuación de un sujeto pone en peligro de forma simultánea la vida de varias personas, impide identificar correctamente el desvalor objetivo de la conducta típica en relación con el cual corresponde analizar si el sujeto actuó de forma dolosa

Y se interpone y es alcanzado por el golpe)”. En el mismo sentido, *vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 24.III.2.

³⁴⁸ E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed, 1905, pp. 58-59.

³⁴⁹ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 181.

o imprudente. Esto es lo que me interesa subrayar aquí: que la correcta identificación del desvalor objetivo de la conducta típica es una cuestión de carácter "constructivo", con trascendencia en el ámbito de la culpabilidad; a diferencia de lo que Beling pensaba, no se trata de una cuestión cuya trascendencia se reduce exclusivamente al momento de la determinación de la pena.

21. Para terminar esta valoración sobre la importancia que Beling otorgaba al concepto de tipo, y la aptitud de su propia concepción sobre este elemento para cumplir la función rectora que le atribuía y satisfacer las exigencias de determinación y garantía que derivan del vínculo inicial que este autor establecía entre el concepto de tipo y la vigencia del principio de legalidad, conviene hacer referencia a la trascendencia que Beling otorgaba al concepto de tipo en la teoría de la participación.

Aquí se advierten de nuevo las limitaciones de un concepto valorativamente indeterminado de tipo como el que este autor proponía para delimitar las conductas de autoría y las de participación atendiendo a la distinción entre acciones ejecutivas y aquéllas que pertenecen a la zona periférica del núcleo del tipo³⁵⁰. Pero lo que me interesa destacar ahora son

³⁵⁰ Cfr. M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 444 y ss. Después de señalar que Beling es el gran impulsor de la moderna teoría objetivo-formal, Díaz y García Conlledo –que considera (*op. cit.*, pp. 451 y 530) que la gran ventaja de la teoría objetivo-formal consiste en remitir la autoría al tipo legal– destaca (*op. cit.*, p. 445) que el formalismo de esta teoría radica en el hecho de que “renuncia a poner de relieve cuál es el elemento material que los propios tipos, en general (y sobre todo en el caso de los delitos resultativos), consideran característico del autor y que no se da en los partícipes, pues la mera referencia al tipo no basta [...]; quizá se podría contestar que el elemento material común es la realización de acciones ejecutivas, pero, si no se dice más, eso no deja de ser una petición de principio. [...] En definitiva, la teoría objetivo-formal sólo es formal en tanto en cuanto que, aunque

las limitaciones de un concepto objetivo de tipo (ajeno a los elementos subjetivos) para caracterizar correctamente el significado penal de aquellos supuestos en los que son varios los sujetos que realizan actos ejecutivos. Al abordar la delimitación de los supuestos de unidad de acción, Beling ya se había visto obligado a señalar que, a pesar de que debía partirse de la configuración externa de la actuación del sujeto y su correspondencia con los hechos descritos en los tipos penales y, además, resultaba irrelevante si el sujeto había establecido algún vínculo psíquico entre las acciones que realizó de forma sucesiva, sólo podían agruparse para ser consideradas unitariamente aquellas acciones que reunían los requisitos externos al tipo exigidos por el supuesto de hecho de la conminación penal que resultara aplicable³⁵¹; así, a pesar de la homogeneidad típica de las sucesivas lesiones realizadas por un sujeto, el que sólo algunas fueran dolosas impediría considerarlas todas unitariamente. También al ocuparse de la coautoría Beling consideraba insuficiente el carácter ejecutivo de la contribución de los diversos sujetos y exigía la concurrencia de todos los elementos, objetivos y subjetivos, que condicionan la aplicación de la correspondiente conminación penal; cuando ésta requiera una determinada configuración del contenido interno de la conducta típica, sólo serán coautores aquellos sujetos cuya actuación reúna este requisito³⁵². De este

remite a los únicos criterios materiales válidos, los contenidos en los tipos, sin embargo no pone de manifiesto cuáles son los mismos”.

Si la distinción entre autoría y participación que ofrece la teoría objetivo-formal es o no correcta es algo que no podemos entrar a analizar ahora. Sólo nos interesa destacar las limitaciones de la concepción del tipo que Beling proponía para servir como punto de partida en la distinción que él realizaba entre las conductas de autoría y las de participación.

³⁵¹ Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 352 y ss., 411, y lo dicho *supra* en el texto.

³⁵² Vid. E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 399-401, 408 y ss, especialmente p. 411.

modo, Beling admitía que la configuración externa de una conducta no sólo es insuficiente para decidir si se trata o no de una conducta con relevancia jurídica o penal³⁵³ y para determinar cuál es la responsabilidad penal que deriva de su realización³⁵⁴, sino que es también insuficiente para determinar cuál es su significado penal: es insuficiente para determinar cuál es el tipo que el sujeto ha realizado –cuando intervienen varios sujetos– y, para decidir si ha realizado sólo uno, o ha realizado varios y sus acciones deben considerarse de forma autónoma –en aquellos supuestos en los que el sujeto ha realizado varias acciones que realizan tipos homogéneos–. Pero es al reconocer que la consideración unitaria de las acciones ejecutivas que realizan varios sujetos requiere un enlace psíquico³⁵⁵, y al destacar que no basta con constatar que varios sujetos han realizado los actos ejecutivos del tipo para determinar si todos son coautores o alguno de ellos es partícipe³⁵⁶, cuando mejor se advierten las limitaciones del concepto

³⁵³ La relevancia penal de una conducta no sólo depende de que su configuración externa se corresponda con el tipo de alguno de los delitos conminados con pena, o sea, con alguno de los tipos que el legislador ha descrito, sino que, como mínimo, depende también de su carácter antijurídico. En relación con la posibilidad de imponer una pena a su autor, depende también de su carácter culpable, y de la concurrencia del resto de los requisitos que condicionan la aplicación de la correspondiente conminación penal. La tipicidad de la acción es sólo *uno* de los requisitos que debe reunir una acción para ser penalmente relevante.

³⁵⁴ La responsabilidad de una conducta penalmente relevante puede depender de su configuración interna, v. gr. de si el sujeto actuó de forma dolosa, o actuó imprudentemente.

³⁵⁵ *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 404.

³⁵⁶ Esto sucedería cuando, por ejemplo, a pesar de actuar de modo culpable, uno de los autores actúa sin el dolo específico exigido por la correspondiente conminación penal. *Vid.* E. BELING, *L.v.V.*, cit., p. 397, nota 1, pp. 411-412.

objetivo de tipo que Beling propone para poder determinar cuál de los hechos descritos en la ley penal ha realizado el sujeto y servir como punto de referencia para la comprobación del carácter antijurídico y la culpable de su actuación. El propio Beling vendría a reconocer que, al menos cuando son varios los sujetos que intervienen en la ejecución de un hecho, la tipicidad de sus contribuciones, esto es, la decisión sobre su correspondencia con alguno de los hechos descritos en la ley penal – primero de los requisitos necesarios para poder afirmar la responsabilidad penal por su realización–, no puede determinarse atendiendo exclusivamente a su configuración externa. Por sí sola, la configuración externa de la actuación de un sujeto es insuficiente para determinar si debe considerarse separada o conjuntamente con la actuación de otros sujetos, y para determinar cuál es el supuesto de hecho del que se puede considerar culpable y penalmente responsable a un sujeto.

Un concepto de tipo que se identifique con la configuración externa del supuesto de hecho descrito y conminado con pena en una ley penal no permite determinar si, desde el punto de vista de su relevancia penal, la actuación de diversos sujetos debe considerarse separadamente o de forma conjunta, ni permite determinar cuál es el significado de cada una de las contribuciones. Aquel concepto de tipo es insuficiente para delimitar externamente el supuesto de hecho respecto del cual sólo resta por comprobar su carácter antijurídico y culpable, y la concurrencia del resto de las condiciones exigidas por la correspondiente conminación penal, para determinar si es penalmente relevante y cuál es significado penal. Se pone así de manifiesto que ni la mera descripción legal es suficiente para poder configurar y delimitar con la precisión necesaria los hechos con relevancia penal, prescindiendo totalmente de las referencias valorativas que

determinan su carácter antijurídico, ni la trascendencia del contenido interno de la acción puede quedar reducida a la comprobación de su carácter voluntario y al análisis de su carácter culpable. La función de identificación y delimitación de los hechos penalmente relevantes que Beling atribuye al tipo, y que constituye el presupuesto necesario de la función rectora que éste debe cumplir en la teoría general del delito, sólo puede satisfacerse si se incorporan consideraciones valorativas a la descripción y configuración legal de los hechos conminados con pena, y se reconoce la importancia que el contenido interno de la acción posee ya en este momento. La conveniencia de destacar que no es sólo el contenido interno de la actuación de un sujeto, o el acuerdo de voluntades entre varios sujetos lo que determina la relevancia y el significado penal de sus acciones, no comporta que el tipo deba identificarse exclusivamente con la configuración externa de los hechos descritos en la ley penal, lo cual, además, tampoco es una consecuencia necesaria del vínculo que –acertadamente– Beling establecía entre el contenido interno de la acción y la culpabilidad del sujeto.

22. El mérito de la propuesta de Beling radica en intentar definir el concepto y articular la teoría general del delito partiendo de la configuración y delimitación de las conductas delictivas que ha realizado el legislador penal, y en advertir que esto requería –o, por lo menos, aconsejaba– la introducción de un elemento nuevo, y exigía una reordenación de todos aquellos aspectos de la teoría general del delito que debían entenderse vinculados a la caracterización legal de las conductas delictivas. Se inicia así un proceso de normativización de la teoría general del delito, que toma como punto de referencia la caracterización legal del aspecto externo de las conductas delictivas, proporciona una base sólida para su construcción dogmática, y permite superar otras concepciones

basadas en la eficacia causal de la conducta o en el contenido de la voluntad del sujeto que la realiza³⁵⁷. En definitiva, la aportación de Beling a la ciencia del Derecho penal consiste en poner de manifiesto que ni el concepto ni la teoría general del delito deben partir de una concepción meramente causal, ni de una concepción subjetiva de la conducta delictiva, ni del conjunto de los elementos que determinan su carácter antijurídico, sino que deben partir de la correspondencia de su configuración externa con alguno de los hechos descritos por el legislador penal³⁵⁸. Sin embargo,

³⁵⁷ Refiriéndose a la teoría objetivo-formal, que –como ya hemos apuntado– es la consecuencia que Beling extrae del concepto de tipo para la teoría de la participación, Roxin (*Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, [trad. de la séptima edición alemana, por J. Cuello Contreras, y L. Serrano González de Murillo], 2000, p. 55) ha señalado que “evita los defectos del planteamiento causal” y “desde el principio tiende a superar el planteamiento causal” (*op. cit.*, p. 56); más discutible es su afirmación en el sentido de que dicha teoría “tiene en cuenta del modo más amplio el elemento subjetivo-final, después tan acentuado [...] y puede tener en cuenta incluso las intenciones, actitudes y tendencias especiales del autor, en la medida en que el legislador las ha declarado relevantes al incorporarlas a la descripción del delito” (*op. cit.*, p. 55); *vid.* C. ROXIN, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

Al hacer referencia a la teoría objetivo-formal de la autoría, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO también señala (*La autoría ...*, cit., p. 444) que, como ha destacado Roxin, “es un error ver en la teoría objetivo-formal una referencia exclusiva a la acción entendida de forma puramente causal; la referencia es al tipo y este tipo se podrá quizá interpretar de un modo exclusivamente causal, pero a ello no obliga en absoluto la teoría objetivo-formal; ésta más bien apunta a algo distinto, al hacer referencia al tipo con todos sus elementos (formales y materiales); *vid.* también *op. cit.*, p. 450, nota 135. Cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., p. 63.

³⁵⁸ Cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 142 y ss., especialmente pp. 148 y ss. Este autor destaca que, a pesar de la necesidad de incorporar referencias valorativas de carácter material a la teoría del tipo, es conveniente conservar la delimitación de ésta que Beling proponía, y mantener la distinción entre la comprobación de la tipicidad y la comprobación definitiva del carácter antijurídico y culpable de la conducta típica.

Según Plate (*op. cit.*, pp. 155-156), el hecho de que la evolución posterior del concepto de tipo mantenga la función individualizadora y caracterizadora de las conductas

la mejora que experimenta la teoría del delito con la introducción de la tipicidad y su consideración como elemento autónomo que agrupa los elementos que, sin prejuzgar su carácter antijurídico, caracterizan (externamente) a los hechos delictivos y, en este sentido, condicionan y determinan la relevancia penal de una conducta, se ve oscurecida por la concepción objetiva y valorativamente indeterminada que Beling tenía de este elemento. El desarrollo ulterior de la teoría del tipo tratará de paliar este déficit. Los autores neokantianos lo intentarán conservando una concepción fundamentalmente objetiva de la antijuricidad y los autores finalistas abordarán esta tarea demostrando la importancia del aspecto interno del hecho. En este sentido, la evolución posterior del concepto de tipo representa un intento de subsanar las limitaciones y la indeterminación de las que –como hemos tratado de poner de manifiesto– adolece la caracterización inicial que Beling hizo de este concepto, con la finalidad de conservar el significado garantístico y la función rectora que Beling le otorgó³⁵⁹. Como señala Plate, esta evolución se presenta acompañada por

delictivas que Beling le atribuyó, impide afirmar que esta evolución suponga el rechazo del núcleo de su tesis, según la cual el tipo es valorativamente neutro; en su opinión, la evolución posterior del concepto de tipo no contradice el núcleo de esta tesis, sino que más bien la complementa. Entiendo que esto no es correcto, especialmente si se tiene en cuenta que en el planteamiento de Beling aquella tesis responde a la distinción entre el contenido de la ley penal y la norma, una distinción que sí ha sido abandonada, primero por los autores neokantianos y después, aunque en un sentido distinto, por los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo y por los finalistas. Sin embargo, Plate tiene razón cuando considera que aquellas propuestas que conservan la función individualizadora del tipo y entienden que éste sólo abarca los elementos del delito que fundamentan la antijuricidad, no representan una superación absoluta de las tesis dogmáticas y metodológicas que Beling defendía.

³⁵⁹ Especialmente en relación con los conceptos de autoría, de tentativa y de unidad de hecho. En relación con la teoría del error y, en particular, el objeto de referencia del dolo, no debe sobrevalorarse el significado del concepto de tipo. No obstante, es cierto

una evolución en el ámbito de la discusión sobre la metodología y la finalidad de la ciencia jurídica, que se caracteriza por el reconocimiento de que la actividad dogmática no debe limitarse al establecimiento de un sistema lógico de conceptos abstractos, sino que también debe poner de relieve las "conexiones de sentido" inmanentes al Derecho, a través del descubrimiento de las directrices que lo fundamentan y los principios ético-jurídicos, sin olvidar, a su vez, las limitaciones del propio pensamiento sistemático³⁶⁰.

que, debido al contenido del § 59 RStGB, la doctrina alemana ha establecido un vínculo muy estrecho entre la teoría del tipo y la teoría del error; cfr., de momento, H. PLANTE, *Ernst Beling*, cit., pp. 145-146.

³⁶⁰ *Vid.*, de momento, H. PLANTE, *Ernst Beling* ..., cit., pp. 80 y ss.

CAPITULO III

LA EVOLUCION DEL CONCEPTO DE TIPO EN LA OBRA DE BELING HASTA EL AÑO 1930

“Las acciones punibles son muy distintas en cuanto a su desvalor de injusto (cuya diversidad se expresa en la diversidad de los tipos), a su desvalor de culpabilidad, y en atención al mayor o menor interés de la autoridad estatal en relación con el castigo”. E. BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 4. ed., 1912, p. 62.

1. En las publicaciones posteriores a *Die Lehre vom Verbrechen* y la tercera edición de su *Grundzüge des Strafrechts*, Beling siguió defendiendo la necesidad de incluir la tipicidad en la definición general de delito y la trascendencia de su introducción para las cuestiones de la teoría general del delito antes apuntadas (inicio de la tentativa, distinción entre autoría y participación, objeto del dolo, concepto de unidad de hecho, etc...). En este sentido, continuó destacando que no es posible afirmar si una acción es o no punible sin comprobar su correspondencia con alguno de los tipos legales, ya que de forma consciente y voluntaria, con el fin de obtener seguridad jurídica sobre el ámbito en el que el Estado ejerce su poder punitivo, la ley penal sólo hace referencia a determinados sucesos típicos de la vida real y sólo éstos pueden considerarse punibles. Los tipos penales poseen, por lo tanto, un significado propio en el momento de delimitar las acciones punibles y distinguirlas de las acciones impunes, y esto hace

necesario considerar que la tipicidad de la acción constituye un elemento general del delito³⁶¹.

2. En lo relativo a sus fundamentos, la dogmática de aquel autor sigue apoyándose sobre dos ideas básicas, que responden a su concepción del Derecho penal como Derecho meramente sancionador y no como Derecho regulador de conductas, e impiden identificar el supuesto de hecho típico y el supuesto de hecho de la norma que infringe la conducta típica: por una parte, la distinción entre la ley penal y las normas –entendidas éstas como pautas de conducta que, de forma imperativa, establece el conjunto del Ordenamiento jurídico para regular la actuación humana– y, por otra parte, la consideración del tipo como elemento de la ley penal, y de la antijuricidad como infracción del conjunto del Ordenamiento jurídico que se determina exclusivamente en función de la configuración externa de la conducta.

Sin embargo, Beling trató de superar la rigidez formalista que caracteriza sus primeras obras y explicar el fundamento material de la intervención punitiva, así como la relación entre éste y el significado de algunos de los elementos de la definición general de delito. Especialmente en su obra *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung* (1922), Beling puso de manifiesto el carácter valorativo del proceso legislativo y la necesidad de una consideración teleológica del mismo, de la determinación de los presupuestos de la pena y de las relaciones existentes entre los elementos de la definición general de delito³⁶². Interesa destacar también la

³⁶¹ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. IV, 25-26; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 19-21; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 59 y ss. Vid. también, del mismo autor, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 69-70, 107-110.

³⁶² Vid. E. BELING, *Methodik ...*, cit., pp. 1-108, y *passim*.

trascendencia de las consideraciones teleológicas que, en relación con la legitimación del Derecho Penal y el sentido de la pena, Beling realizó en el libro *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht* (1908), y que incorporó a la exposición de su construcción de la teoría general del delito a partir de la cuarta edición de su *Grundzüge des Strafrechts* (1912)³⁶³.

3. A partir de entonces, Beling destaca que la intervención punitiva del Estado requiere una legitimación que debe obtenerse a través de consideraciones teleológicas que partan de los fines que se asignan al Estado y al Ordenamiento jurídico. En este sentido, aquel autor considera que, de acuerdo con la propia legitimación teleológica de la actividad legislativa del Estado y del Ordenamiento jurídico –que Beling consideraba que se encuentra en la protección de intereses reales³⁶⁴–, la legitimación de la regulación legal en la que se apoya la actividad punitiva del Estado debe vincularse a la protección de un interés específico: el interés en la propia autoridad estatal, que se basa en el interés del Estado en su propio mantenimiento³⁶⁵. Partiendo de este interés y de su consideración como

³⁶³ Aunque fuera en un sentido algo distinto, en la tercera edición de su *Grundzüge des Strafrechts* Beling ya adelantaba algunas de las consideraciones que desarrolló posteriormente; *vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 7-8.

³⁶⁴ *Vid.*, por ejemplo, E. BELING, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., p. 36.

³⁶⁵ Es conveniente señalar que, a pesar de reconocer que el interés en el mantenimiento de la autoridad estatal es un interés derivado o secundario, cuya existencia responde a la protección que el Estado y el Ordenamiento jurídico deben dispensar a otros intereses, Beling consideraba que aquel interés posee una cierta autonomía y no depende de que en el caso concreto concurren también otros intereses; *vid.* E. BELING, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 37-38 y 115.

uno de los fines de la legislación estatal, Beling entendía que la intervención punitiva del Estado debe concebirse como una actividad retributiva porque, frente a la actividad preventiva, la actividad retributiva representa el mejor de los medios para la realización de aquel fin; además, aquel autor afirmaba que tanto lo que se entiende por "pena" y "Derecho penal", como el propio contenido de su regulación legal, se corresponden exactamente con la concepción de la pena como retribución y del Derecho penal como Derecho retributivo³⁶⁶.

Cuando el Estado castiga aquello que considera injusto y satisface así la idea de retribución dominante en la población, al mismo tiempo garantiza su autoridad, mientras que la omisión del castigo provocaría desorden y menosprecio frente al poder estatal, e indirectamente pondría en peligro el orden protegido por el Estado. Esta fundamentación teleológica de la intervención punitiva del Estado y de su naturaleza retributiva comporta ciertos límites en relación con la legitimidad de su ejercicio: la actividad retributiva que el Estado desarrolla a través del Derecho penal sólo estará justificada en los casos y en la medida en la que resulte imprescindible para conseguir garantizar la autoridad de aquél, lo que Beling resume con el aforismo *Punitur quia peccatum est, ne respublica detrimentum auctoritatis capiat*.³⁶⁷

³⁶⁶ Vid. E. BELING, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 29 y ss., 127 y ss., y *passim*; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 6-8; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 1-5. Vid. también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 2. III. *in fine* (donde Beling vincula el efecto de la pena como garantía de la autoridad estatal con el efecto de "prevención general").

³⁶⁷ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 7-8; del mismo autor, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 29 y ss., 36 y ss., y *passim*; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 3. Beling destaca que la ausencia de una acción retribuible excluye la posibilidad de imponer una pena, aunque ésta pudiera producir efectos preventivos; por otra parte, la gravedad de la pena no puede superar la medida del injusto y la

Para ilustrar la trascendencia de esta concepción del Derecho penal es conveniente recordar que Beling entendía que el mantenimiento de la autoridad estatal es un interés que posee cierta autonomía frente al resto de los intereses que el Ordenamiento jurídico protege. Por otra parte, a pesar de mostrarse favorable a la posibilidad de excluir las infracciones poco graves del conjunto de acciones que dan lugar a una reacción estatal retributiva, aquel autor consideraba que “esto no significa que las "pequeñas faltas" deban quedar excluidas *como tales*. También la más pequeña de las faltas, también aquella mediante la cual materialmente no resulta en concreto atacado ningún interés, puede hacer necesaria la retribución estatal; para estimar si concurre una "bagatela" lo que importa es si la falta de sanción condicionaría una pérdida esencial de su autoridad por parte del Estado”³⁶⁸.

4. Sobre la base de esta concepción del Derecho penal, Beling subraya el significado valorativo de la *antijuricidad* y de la *culpabilidad*, a las que concibe como las dos características de la acción punible que expresan el desvalor de la misma –externo e interno, respectivamente– desde el punto

culpabilidad de la acción, aunque esto sea lo que requiere el interés preventivo; finalmente, el Estado debe prescindir de la pena o reducir la medida de ésta cuando, a pesar de que sí se dan los presupuestos de la retribución, la autoridad estatal no requiere de una reacción retributiva o, a pesar de que la pena favorecería la autoridad estatal y pueda existir un interés preventivo, la pena traería consigo consecuencias indeseables de mayor gravedad.

Sobre la relación entre el sentido de la pena, los límites de la intervención punitiva y la función del Estado, así como la relevancia que posee el sentido que se asigne a la pena respecto de la determinación de los elementos de la definición general de delito y la determinación de la medida de la pena, *vid.* especialmente, del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 50-59.

³⁶⁸ *Vid.* E. BELING, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., p. 46.

de vista del Derecho³⁶⁹. Es especialmente en relación con la culpabilidad y sus presupuestos donde aquel autor destaca las consecuencias que deben extraerse de la naturaleza retributiva del Derecho penal, ya que –a pesar de que sólo interesa aquí la retribución "jurídica" y no la retribución "moral"– tanto el concepto como la idea de retribución se refieren, precisamente, al aspecto interno de la conducta, que resulta decisivo para determinar la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la de la pena³⁷⁰.

En relación con los supuestos en los que una conducta que realiza un tipo de forma antijurídica y culpable –y, por lo tanto, reúne los requisitos necesarios para que pueda producirse una reacción retributiva– debe quedar impune debido a la *ausencia de una conminación penal adecuada*, Beling afirma que esto responde a que el legislador penal, sobre la base de consideraciones vinculadas a la protección de la autoridad estatal, ha entendido que podía prescindirse de la pena³⁷¹. Algo similar ocurriría en aquellos casos en los que la ley deja impune una acción antijurídica y culpable cuando no concurren las *condiciones de la conminación penal*: aunque las razones de la impunidad son diversas en cada caso, Beling

³⁶⁹ Vid., por ejemplo, E. BELING, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 50 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 42 y 43.

³⁷⁰ Vid., por ejemplo, E. BELING, *Methodik ...*, cit., pp. 50 y ss.; del mismo autor, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 7, 50, 53, 62. Sobre la relevancia que Beling otorga al aspecto interno del hecho para determinar la proporcionalidad de la reacción retributiva que la pena representa, y la escasa importancia que, en cambio, aquel aspecto del hecho debería tener en un Derecho preventivo, *vid. op. cit.*, pp. 62 y ss., 101 y ss.

³⁷¹ Vid. E. BELING, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 70-71, 73; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 54.

afirma que en su conjunto responden también a la consideración de que la ausencia de retribución no perjudica la autoridad estatal³⁷².

De acuerdo con todas estas consideraciones materiales, destacando el significado valorativo de todos los elementos del concepto de delito, en la cuarta edición de su *Grundzüge des Strafrechts* Beling reconoce la valoración de intereses que tiene lugar en el proceso legislativo, y señala que las diferencias entre las acciones punibles radican en la diversidad valorativa que éstas presentan desde el punto de vista de la antijuricidad (*Unrechtswert*) y de la culpabilidad (*Schuldwert*), y en el mayor o menor interés de su punibilidad para mantener la autoridad del Estado³⁷³.

5. El concepto de tipo también fue objeto de algunas matizaciones en las obras que Beling escribió después de publicar *Die Lehre vom Verbrechen*. Aquel autor intentó definir y delimitar mejor dicho concepto y su contenido, así como aclarar el significado valorativo de la tipicidad en la teoría general del delito. Estas son las dos direcciones en las que discurre la evolución del concepto de tipo en la dogmática de Beling. En relación con la primera de ellas, la relativa a su definición y delimitación, la evolución del concepto de tipo conduce al reconocimiento de que no son sólo sus elementos los que caracterizan las diversas clases de delito que el legislador penal describe y conmina con pena, ni es la descripción y caracterización legal de las conductas delictivas lo que debe servir de base para definir y delimitar el concepto de tipo. La segunda de las direcciones apuntadas conduce al reconocimiento de que la delimitación de las conductas típicas

³⁷² Vid. E. BELING, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 72, 73, 111; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 55.

³⁷³ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. IV y 62.

no puede prescindir totalmente de tomar en consideración los presupuestos valorativos que determinan su carácter antijurídico, ni el formalismo que los tipos imprimen al Derecho penal debe llevar a desconocer que, desde el punto de vista de la antijuricidad, los diversos tipos encierran una valoración distinta en cada caso³⁷⁴, pues en la diversidad de los tipos se expresa la diversidad del desvalor que, desde el punto de vista de la antijuricidad, caracteriza a las distintas clases de delito³⁷⁵, y son precisamente los tipos los que establecen el punto de partida para la comprobación de la antijuricidad de las conductas delictivas³⁷⁶.

6. Pese a seguir afirmando que la ley penal no contiene ninguna información sobre la conformidad o contrariedad a Derecho de las acciones del hombre, y que esta cuestión debe resolverse acudiendo a las normas, que constituyen otra clase de proposiciones jurídicas, cuyo contenido debe obtenerse tomando en consideración el conjunto del Ordenamiento jurídico, Beling señala que en ocasiones la existencia de la voluntad estatal de prohibir una acción puede deducirse del texto de la ley³⁷⁷. Con carácter

³⁷⁴ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 48; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 42-43; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 59-66, 72 y ss.

³⁷⁵ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 62; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 62.

³⁷⁶ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 38; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 31-32; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 45-46.

³⁷⁷ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 13, 25, 38; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 6-7, 32 y 44; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 29 y ss.

Frente a aquellos autores que entendían que la antijuricidad es algo implícito en la declaración de punibilidad, Beling señala (*Methodik ...*, cit. pp. 41 y 42, 43-45): 1) Que entonces no puede existir ningún supuesto en el que la conducta descrita al declarar su

general, aquel autor reconoce expresamente que el legislador no acuña como tipos aquellos modelos que en ningún caso pueden ser algo que esté prohibido (por ejemplo, “pasear”), sino sólo aquellos cuya realización pueda estar prohibida³⁷⁸. Es más, Beling recuerda que en aquellos casos en los que la ley penal no menciona expresamente el elemento de la

punibilidad no sea antijurídica (v. gr. no pueden existir acciones deshonestas que no sean antijurídicas); 2) que entonces no hay lugar para las causas que sólo excluyen la punibilidad, pues se identifican las causas de exclusión de la antijuricidad y la punibilidad: si la antijuricidad deriva sólo de la punibilidad, entonces toda causa que excluye la punibilidad excluye también la antijuricidad, v. gr. el parentesco es una causa de exclusión de la antijuricidad del hurto y el hurto entre parientes no está prohibido. Por el contrario, Beling señala que es necesario distinguir entre conductas atípicas, conducta típicas no antijurídicas y conductas típicas y antijurídicas pero no punibles.

Expuesta de forma resumida, la concepción de este autor es la siguiente: una cosa es la ley penal, y otra la proposición que prohíbe la conducta que la ley penal castiga; el contenido de esta proposición que prohíbe la conducta punible no forma parte del contenido de la proposición que declara su punibilidad, pero la proposición prohibitiva puede deducirse del contenido de la proposición que declara la punibilidad y de las causas de exclusión del injusto, pues –acudiendo a consideraciones lógico-volitivas– del contenido de la proposición que declara la punibilidad puede deducirse que, con carácter general, la conducta allí descrita es una conducta antijurídica.

Como ya hemos señalado, de la distinción entre la ley penal y la norma Beling no sólo extraía consecuencias dogmáticas y sistemáticas, sino que también extraía consecuencias en relación con las fuentes de las que debe obtenerse el contenido de los elementos que determinan el carácter delictivo de una conducta. En su opinión, el principio de legalidad que recogía el § 2 I RStGB sólo comportaba la imposibilidad de obtener a través del Derecho consuetudinario o de la analogía los "tipos" y las "conminaciones penales", pero no las proposiciones que tuvieran un contenido distinto; *vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 15 y 16.

³⁷⁸ *Vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 25; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 34-50, especialmente pp. 38 y ss.

Desde el punto de vista del proceso legislativo, Beling considera que el legislador penal, al establecer los tipos, parte del carácter antijurídico de las conductas que éstos configuran; *vid.* E. BELING, *Methodik ...*, cit., pp. 49-50, 59-62, 80.

antijuricidad, da a entender que, *con carácter general*, la acción a la que hace referencia debe considerarse antijurídica y, *de forma implícita*, contiene los rasgos generales de una norma. Pero, como todas las normas, también aquéllas en relación con las cuales la ley penal supone un *indicio* de su existencia, no son meras proposiciones de naturaleza jurídico-penal, sino que son proposiciones que regulan la actuación del hombre y cuya infracción determina el carácter antijurídico de la conducta en relación con el conjunto del Ordenamiento jurídico³⁷⁹. Por otra parte, Beling señala que ni siquiera en estos casos puede entenderse que con la comprobación de la tipicidad se ha afirmado ya la antijuricidad o la culpabilidad de la conducta típica³⁸⁰.

³⁷⁹ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 12-13, 25, 38; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 34-50, especialmente pp. 38 y ss.

En la séptima edición de su *Grundzüge des Strafrechts*, Beling llega a afirmar que del hecho de que la ley penal no mencione expresamente la antijuricidad de la conducta que describe entre los presupuestos de su punibilidad, se extrae la regulación normativa que permite entender que, con carácter general, la clase de conductas allí descritas serán antijurídicas, y sólo dejarán de serlo en aquellos casos en los que el Derecho positivo declare expresamente que no las desaprueba; en este sentido, este autor añade que en estos supuestos el correspondiente parágrafo de la ley, además de la proposición jurídico-penal, contiene otra proposición jurídica que posee una eficacia más amplia; vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 7 y 32.

Sin embargo, como anteriormente, Beling sigue afirmando que, en el ámbito de los delitos de comisión por omisión, no es válida la regla según la cual aquellas leyes penales que no destacan expresamente el elemento de la antijuricidad son un indicio de la existencia de una norma; vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 38; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 32.

³⁸⁰ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 25-26; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 21. Según Beling ni siquiera la antijuricidad de la conducta típica permite afirmar su carácter imprudente. Esto responde al fundamento específico al que aquel autor vincula el desvalor de los hechos culpables frente al resto de los hechos antijurídicos: el carácter defectuoso y reprochable del contenido interno de la acción típica y antijurídica. También es necesario mencionar aquí que Beling

7. Al ocuparse de diversos aspectos de la teoría del delito que Beling vinculaba a la teoría del tipo, este autor introduce ahora referencias al vínculo entre la tipicidad y la antijuricidad de las acciones delictivas, o a la naturaleza retributiva del Derecho penal y sus diferencias con un Derecho meramente preventivo, para fundamentar las soluciones que él defiende e intentar poner de relieve que la referencia al tipo penal no es exclusivamente una referencia de carácter formal. Por ejemplo, al ocuparse de los supuestos de falta de tipo derivados de la no concurrencia de las circunstancias exigidas por el tenor literal del correspondiente tipo legal en relación con el tiempo o lugar de la acción, las cualidades del objeto, o las personales del autor, Beling sigue negando la posibilidad de incluir estos casos en el concepto de tentativa, por entender que el § 43 RStGB sólo se refiere a los supuestos en los que se ha iniciado la ejecución y falta únicamente la parte final del tipo, de modo que si la actuación hubiera continuado se hubiera podido completar su realización. Para reforzar su argumentación, Beling afirma ahora que, desde el punto de vista de la antijuricidad, el significado valorativo de aquellos supuestos –su “Unrechtswert”– es distinto del de los supuestos de tentativa; mientras que ésta ya representa una acción antijurídica cuyo injusto no ha llegado a

consideraba que pueden no ser *antijurídicas* –ni, por lo tanto, culpables– aquellas acciones que suponen la colocación de una *condición_inadecuada* de un resultado antijurídico. Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 32, 42 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., pp. 25-27, 36 y ss; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 11.III, 12.I., 13.I., 20.II.2. No obstante, la imprecisión del planteamiento de Beling en relación con esta cuestión se pone de manifiesto en cuanto recordamos que, en su opinión (*Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 25; *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 21), existe una conducta típica y antijurídica no culpable cuando, por ejemplo, alguien, a pesar de haber adoptado las máximas precauciones, mata a un tercero que se ha interpuesto en el curso del disparo.

desarrollarse totalmente, aquellas conductas carecen, por sí mismas, de contenido de injusto (*haben keinen Unrechtsgehalt in sich*), desde un punto de vista objetivo no se dirigen contra el Ordenamiento jurídico y, como mucho, permiten afirmar la "culpabilidad" del autor, lo cual, por sí sólo, no permite afirmar la existencia de una acción punible³⁸¹.

Al referirse a la denominada tentativa con objeto o medios absolutamente inidóneos, aquel autor rechaza los argumentos que utiliza la teoría subjetiva para defender su consideración como supuestos de tentativa en el sentido del § 43 RStGB. Según Beling, al considerar irrelevante la "idoneidad" de la tentativa, esta teoría no puede aceptarse porque desconoce el sentido del Derecho penal y conduce a castigar las intenciones reprochables como tales en aquellos casos en los que *la actuación del sujeto carece objetivamente de relevancia*. Ni siquiera puede apoyarse en *la peligrosidad que el autor ha demostrado a través de su actuación*, pues la peligrosidad puede justificar medidas de seguridad preventivas, pero *no puede justificar la imposición de una pena*. Beling consideraba que para solucionar la discusión sobre los supuestos de la denominada tentativa con objeto o medios absolutamente inidóneos es fundamental reconocer que se trata de *supuestos que –como los anteriores– carecen, por sí mismos, de contenido del injusto*. Esto permite determinar qué *conductas* deben considerarse "*absolutamente inidóneas*": serán aquellas conductas respecto de las cuales un *observador objetivo*, situado *en el momento de su realización* y teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y las reglas generales de experiencia (*bei Zugrundelegung aller damals gegebenen Lebenskonkrete und des allgemeinen Erfahrungswissens*), consideraría *imposible* que

³⁸¹ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 85-87; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 87-88; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 80-92; del mismo autor, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 69-70, 107-110.

podieran llegar a realizar el tipo³⁸²⁻³⁸³. La decisión del espectador objetivo determina la existencia de una tentativa y, al mismo tiempo, decide sobre el carácter antijurídico de la conducta desde la perspectiva del tipo³⁸⁴.

Estas afirmaciones muestran claramente que Beling relaciona la decisión sobre la tipicidad de una conducta con el significado valorativo de la misma desde el punto de vista de la antijuricidad. Y lo hace en relación con dos aspectos distintos de la valoración de la configuración externa de una conducta: por una parte, en relación con la cuestión de la previsibilidad de

382 Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 85-87; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 87-88; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 80-92; del mismo autor, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 106-110.

383 Mucho más discutible me parece el otro argumento que Beling esgrime para fundamentar la impunidad de aquellos supuestos de falta de tipo respecto de lo cuales él considera que no puede entenderse que constituyen el inicio de la ejecución del tipo y, por esta razón, considera impunes. Es el argumento de la impunidad de aquellos actos preparatorios que sí podrían llegar a ser antijurídicos, en el caso de que su autor o autores decidieran continuar con la "ejecución". Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 85-87; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 85-87.

Este argumento pone de manifiesto la escasa importancia que Beling otorga a la protección de bienes jurídicos –y la excesiva importancia que otorga a la peligrosidad objetiva de la conducta en los delitos de resultado– como fundamento de la relevancia penal de una conducta y de su carácter antijurídico; desde aquella perspectiva puede explicarse perfectamente que, respecto de los actos preparatorios, la impunidad sea la regla general, y esto no resulte contradictorio con la punibilidad de la tentativa inidónea. Por otra parte, con aquel argumento es perfectamente coherente afirmar que los actos preparatorios sólo serán punibles cuando se trate de actos preparatorios de una tentativa punible, pero no cuando se trate de actos preparatorios de una tentativa irreal.

384 Vid. E. BELING, *Methodik ...*, cit., p. 89, donde señala “[...] en resumen debe afirmarse: una conducta respecto de la cual el observador conocedor de la situación sabe que el ulterior desarrollo del suceso no puede conducir al final del tipo, nunca puede colocarse bajo pena como si, de todos modos, realizara en alguna medida el tipo; por el contrario, *medida con ese tipo* no es antijurídica” (subrayado añadido).

la producción –por lo menos formal– del hecho descrito en el correspondiente tipo penal; y, por otra parte, en relación con la posibilidad de afirmar el carácter antijurídico de las conductas que no suponen el inicio de la realización del tipo, una posibilidad que Beling rechaza de forma poco coherente con la admisión de que puedan existir conductas antijurídicas que no son típicas, pero que seguramente responde al deseo de delimitar con la mayor nitidez posible los presupuestos de una reacción estatal de carácter retributivo y los de una reacción estatal de carácter preventivo³⁸⁵. En cualquier caso, lo que nos interesa destacar aquí es el reconocimiento del vínculo existente entre el contenido y los límites de los tipos legales y los presupuestos que, con carácter general, condicionan la antijuricidad de una conducta; el reconocimiento, en definitiva, de que en el ámbito de la teoría del tipo deben encontrar acomodo algunos de los presupuestos de una reacción retributiva legítima vinculados a la comprobación de la antijuricidad de la conducta delictiva. Beling quiere señalar así que el significado del principio de legalidad que este autor traslada a la teoría del delito a través del concepto y la teoría del tipo no responde a la finalidad de establecer –y mucho menos ampliar– el ámbito de las conductas que pueden considerarse antijurídicas, sino en limitar el círculo de las acciones

³⁸⁵ Conviene señalar que Beling consideraba que la realización de una acción antijurídica es un presupuesto indispensable para que pueda tener lugar una reacción estatal de naturaleza retributiva, pero, en cambio, aquel autor consideraba que la realización de un acción antijurídica no constituye un presupuesto necesario para que esté justificada una intervención de naturaleza preventiva. Esto no implica, sin embargo, que Beling considerara que sólo son antijurídicas las conductas descritas por el legislador penal que infringen el conjunto del Ordenamiento jurídico. *Vid.* E. BELING, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 52-53 y 101.

antijurídicas que pueden considerarse delictivas³⁸⁶. Desde un punto de vista valorativo, no son los tipos los que determinan si una acción es o no antijurídica, sino que éstos sólo limitan las conductas antijurídicas cuya realización puede dar lugar a la imposición de una pena. Por esta razón, dentro de los límites trazados por el legislador penal y el concepto de tipo que Beling propone, los presupuestos y el concepto de antijuricidad contribuyen a determinar el círculo de las conductas típicas. Esto implica reconocer algo que hoy comparte la mayoría de la doctrina: que la comprobación de la antijuricidad de las conductas típicas no depende exclusivamente de elementos externos a la descripción legal del hecho típico, y que el tipo alberga algunos de los elementos que determinan el contenido de injusto de las conductas delictivas; en definitiva: que, a pesar de no tener el mismo contenido, la decisión sobre la tipicidad de una conducta no es ajena a la decisión sobre su carácter antijurídico.

8. A diferencia de la perspectiva adoptada en las obras anteriores, en las que pretendía resolver estas cuestiones desde el punto de vista de la tipicidad entendida como algo valorativamente neutro, a partir de la cuarta edición de su *Grundzüge des Strafrechts*, Beling también plantea la problemática de la unidad de hecho³⁸⁷ y la distinción entre los supuestos de

³⁸⁶ Así, claramente, aunque refiriéndose a los *Deliktstypen* y no a los *Tatbestände*, E. BELING, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 15.I. y 15.II. Cfr. del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 19, refiriéndose también a los *Typen*.

³⁸⁷ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 94; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 95; del mismo autor, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 74 y 113.

concurso ideal heterogéneo y concurso de leyes³⁸⁸ como cuestiones valorativas.

9. La relación entre los elementos del tipo y el desvalor del aspecto externo del hecho delictivo se vuelve a poner de manifiesto cuando Beling afirma que la determinación concreta de la pena dentro del marco penal señalado por la correspondiente conminación penal dependerá del desvalor de antijuricidad del hecho, considerado desde el punto de vista cuantitativo (*der größeren oder geringeren quantitativen Unrechtswert der Tat*)³⁸⁹, pues en la teoría general del delito que este autor proponía son fundamentalmente los elementos relacionados con la tipicidad de la conducta delictiva –por ejemplo, el número de resultados típicos que ésta ha ocasionado– los que permiten considerar cuantitativamente el desvalor de antijuricidad del hecho.

10. Todas estas referencias permiten afirmar que Beling reconocía el significado valorativo que, desde el punto de vista de la antijuricidad, posee el contenido de los tipos penales³⁹⁰. Sin embargo, conviene destacar que,

388 Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 99-100; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 100; ; del mismo autor, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 74 y 113. Cfr. del mismo autor, *L.v.V.*, pp. 307-308; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 107.

389 Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 93; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 93. Cfr. del mismo autor, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 62 y ss.

390 Como veremos, en la misma dirección deben situarse la caracterización que otros autores proponían de la tipicidad como "ratio essendi" de la antijuricidad. Lo que se pretende es destacar el vínculo entre el significado valorativo de la tipicidad y el significado valorativo y los presupuestos de la antijuricidad de la conducta delictiva.

en las obras que escribió después de publicar *Die Lehre vom Verbrechen*, la antijuricidad –esto es, la relación entre la conducta delictiva y el conjunto del Ordenamiento jurídico– sigue siendo la única referencia valorativa en la que aquel autor fundamentaba el desvalor de la configuración externa de los hechos típicos. Es en la antijuricidad y en la culpabilidad de la acción, no en la tipicidad, donde Beling sitúa el desvalor de la conducta delictiva y el fundamento, externo e interno, respectivamente, de la responsabilidad penal. Lo esencial de la tipicidad es, en cambio, el interés en la certeza y precisión del Derecho y su aplicación; en definitiva, la seguridad jurídica que proporciona la vigencia del principio de legalidad en relación con las conductas antijurídicas y culpables cuya realización puede ser punible³⁹¹.

Este planteamiento viene determinado por la concepción del Derecho penal que Beling defendía, basada en la consideración de aquél como Derecho meramente sancionador, de carácter retributivo, que obtiene su legitimación en el mantenimiento de la autoridad estatal. Esto da lugar a que la consideración de la protección de otros intereses quede relegada a un segundo término, y también la determinación de los criterios valorativos que deben servir para explicar el significado material de las conductas típicas y delimitarlas frente al resto de conductas antijurídicas. Aquella concepción del Derecho penal presupone la existencia de las normas que regulan las conductas previstas en la ley penal y determinan su relación con el Ordenamiento jurídico. Por esta razón, tanto la construcción dogmática de Beling como su comprensión del proceso legislativo parten de la contradicción entre la conducta delictiva y el conjunto del Ordenamiento jurídico, y del mantenimiento de la autoridad estatal como fin que legitima

³⁹¹ Vid. E. BELING, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 52 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. IV, 24-27 y 42; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 19-22, 36-37. Vid. también, del mismo autor, *L.v.T.*, cit., p. 22.

la reacción retributiva del Estado. El legislador penal se limitaría a describir los rasgos esenciales y característicos de algunas conductas antijurídicas y conminar con pena su realización en aquellos supuestos en los que, teniendo en cuenta y valorando también aspectos de la conducta distintos de los que determinan objetivamente su carácter antijurídico, aquella reacción retributiva parece adecuada para el mantenimiento de la autoridad estatal. El significado del proceso legislativo penal, que luego se traslada a la construcción dogmática del delito mediante el concepto de tipo y la configuración del supuesto de hecho conminado con pena, se ve así reducido a la trascendencia que el mismo posee desde el punto de vista del interés en la seguridad jurídica que garantiza la vigencia del principio de legalidad, de modo que, en relación con el contenido de los tipos penales, el análisis de su aspecto valorativo gira únicamente alrededor de la relación existente entre la conducta típica y el conjunto del Ordenamiento jurídico³⁹².

La consideración del Derecho penal como Derecho meramente sancionador da lugar a que el punto de referencia decisivo en el momento de determinar el significado valorativo de la configuración externa del supuesto de hecho descrito en los tipos penales sea el conjunto del Ordenamiento jurídico, y excluye la posibilidad de considerar el significado específico del Derecho penal en tanto que sector del Ordenamiento jurídico que fija el contenido de algunas normas de conducta y el conjunto de los presupuestos de la pena con arreglo a consideraciones sobre la necesidad de proteger determinados intereses o bienes jurídicos distintos del

³⁹² Vid. E. BELING, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., pp. 52 y ss.; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., 1-108, especialmente pp. 29 y ss..

mantenimiento de la autoridad estatal, y sobre la gravedad de determinadas conductas que los lesionan o ponen en peligro³⁹³.

Frente a este planteamiento, sin entrar ahora en el debate sobre si resulta o no correcto entender que “la comprobación de la antijuricidad de un hecho sólo comporta valorarlo en tanto que suceso externo”³⁹⁴⁻³⁹⁵, ni desconocer

³⁹³ En los siguientes párrafos se puede advertir con toda claridad lo que decimos en el texto: “El objeto de la valoración propia del Derecho penal es el daño que se impone a una persona; éste es el que se regula normativamente en la ley penal como el que debe ser, como conforme a Derecho. Por el contrario, la ley penal no contiene una regulación normativa del Derecho referida a la *conducta* humana, tampoco en el sentido de que sea antijurídica la conducta que en ella se describe como punible. Ciertamente, la ley penal sólo vincula la punibilidad con esa conducta *cuando y en la medida* en que sea antijurídica –como *prius* lógico, la antijuricidad de la conducta es un *presupuesto* de la punibilidad–, pero la determinación acerca de *si y en qué medida* es antijurídica una conducta, y ésta en especial, no es cosa del propio Derecho penal, ni puede advertirse a partir de la ley penal como tal (lo indicé *Binding*) [...]. Por lo tanto, el Derecho penal es un sector del Derecho que se construye atendiendo al resto del Derecho, que se pone en relación con él y sólo conjuntamente con él está listo para ser utilizado, en la medida en que sólo ese Derecho restante contiene las normas de conducta y sólo a partir de él puede responderse a la pregunta sobre el sí y el ámbito de la antijuricidad de la conducta delimitada en la ley penal, y sin esta comprobación no puede decirse respecto de esa conducta si es punible” (E. BELING, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 6-7; subrayados en el original).

“Por lo tanto, de la retribución no cabe decir que es "protección de *bienes* jurídicos mediante la lesión de bienes jurídicos"; es protección de un *único* bien jurídico: la autoridad del Estado” (E. BELING, *Die Vergeltungsidee ...*, cit., p. 43; subrayado en el original). *Vid.* también, del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 29-31.

³⁹⁴ E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 42; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 36. *Vid.* también, del mismo autor, *Methodik ...*, cit., p. 63, donde, después de afirmar que el tipo sólo hace referencia al suceso externo y no al elemento anímico del autor, Beling afirma: “esto se pone de relieve de forma meridianamente clara en el hecho de que también un Derecho penal preventivo, que prescinda del requisito de la culpabilidad, puede hablar de la muerte antijurídica de un hombre”.

que la trascendencia de las prescripciones que prohíben y determinan el carácter antijurídico de las conductas delictivas se extiende al conjunto del Ordenamiento jurídico, entendemos que la referencia al desvalor derivado de la discordancia entre la configuración externa de las conductas previstas en los tipos penales y las pautas de conducta que establece el conjunto del Ordenamiento jurídico es *insuficiente* para expresar el significado valorativo de las conductas que el legislador penal ha descrito en los tipos penales. Aunque el contenido de éstos no expresa todo el desvalor externo de la conducta delictiva que fundamenta la responsabilidad penal, tampoco resulta satisfactorio conformarse con la sola referencia a determinados presupuestos de la antijuricidad de una conducta para expresar el desvalor de la configuración externa de las conductas delictivas. El fundamento externo de la responsabilidad penal y el desvalor de la conducta que éste presupone sólo pueden obtenerse cumulativamente de la consideración de las valoraciones que han determinado al legislador a tipificar una conducta, y del conjunto de los presupuestos que, sin haber sido expresamente previstos por el legislador al establecer el contenido de los hechos típicos, determinan su carácter antijurídico. Dicho de otro modo: para determinar el significado valorativo de los hechos previstos en los tipos penales resulta insuficiente afirmar que el legislador recoge en la ley penal las conductas con posibilidades de ser antijurídicas, o afirmar que, desde un punto de vista teleológico, la previsión legal de una pena para una determinada conducta presupone necesariamente el carácter antijurídico de ésta. La sola

³⁹⁵ En relación con el conocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación y de la concurrencia de circunstancias que excluyan la antijuricidad de la conducta, coherentemente con el concepto objetivo de antijuricidad que defiende, Beling afirma que la conformidad a Derecho de una acción no depende del conocimiento de aquéllas. *Vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 38; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 32.

referencia al significado valorativo de la antijuricidad y la remisión genérica a las prescripciones que componen el conjunto del Ordenamiento jurídico no permiten, por sí solas, aclarar el significado valorativo del contenido de los tipos, ni comprobar la tipicidad de un hecho. El fundamento material de la relevancia penal de las conductas típicas no puede vincularse únicamente a la posibilidad de que se trate de conductas antijurídicas, porque, por sí sola, la antijuricidad de una conducta es insuficiente para fundamentar su relevancia penal, y la decisión del legislador penal responde a valoraciones que, hasta cierto punto, deben analizarse con independencia de la trascendencia que aquella decisión posee en relación con el conjunto del Ordenamiento jurídico. El reconocimiento de que la decisión legislativa sobre el contenido de los tipos no es ajena a los presupuestos y valoraciones que determinan la posibilidad de considerar antijurídica la conducta prevista en aquéllos permite advertir la dimensión valorativa del contenido de los tipos penales y superar el formalismo que caracterizaba el planteamiento inicial de Beling, pero es insuficiente si no se incorporan a la teoría del tipo consideraciones materiales sobre los fines que legitiman la intervención punitiva del Estado y sus límites, o éstas se reducen al interés del Estado en el mantenimiento de su autoridad.

11. Hasta este momento hemos centrado nuestra atención en la evolución que experimenta el planteamiento de Beling en relación con el significado valorativo de los tipos penales y del resto de los elementos del concepto general de delito que este autor proponía. Es necesario exponer y analizar ahora la evolución de los criterios en función de los cuales aquel autor delimitaba el concepto de tipo y determinaba su contenido. Respecto de esta cuestión, conviene recordar que Beling siempre vinculó el concepto de tipo con el supuesto de hecho que la ley penal describe y conmina con

pena, pero ni siquiera en sus primeros trabajos identificaba totalmente el contenido de ambos. De forma imprecisa, en ellos utilizaba a menudo como sinónimos los términos *Tatbestand* y *Typus*, y definía el concepto de tipo (*Tatbestand*) como el contorno del tipo de delito³⁹⁶, lo que podía dar lugar a entender que el contenido de ambos era el mismo y estaba compuesto por el conjunto de los elementos con los que el legislador penal ha descrito y caracterizado los diversos hechos cuya realización conmina pena, permitiendo identificarlos y distinguirlos del resto de hechos punibles y del conjunto de los sucesos que ha considerado que carecen de relevancia penal.

12. En la cuarta edición del *Grundzüge des Strafrechts* que Beling publicó en el año 1912 todavía puede advertirse la tensión entre la identificación y caracterización legal de las figuras delictivas, y la delimitación de los elementos característicos de cada clase de delito a los que debe referirse la culpabilidad del autor, como puntos de partida de la definición del concepto de tipo y de la determinación de su contenido. Beling sigue apoyándose en el principio de legalidad para justificar que la tipicidad es un elemento del concepto general de delito, y señalando que es a través de los tipos –aunque no sólo a través de éstos– como puede determinarse a qué clase de delito pertenece una acción³⁹⁷. Sin embargo, desde un primer momento señala que no debe identificarse el tipo (*Tatbestand*) con el conjunto de los elementos a través de los cuales el legislador configura las acciones delictivas y establece los rasgos específicos de las diversas clases de delito.

³⁹⁶ Vid., por ejemplo, E. BELING, *L.v.V.*, cit., pp. 21 y ss., 110; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 10.

³⁹⁷ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 24-25, 62.

No todos los elementos que caracterizan una clase de delito y lo distinguen del resto forman parte del tipo (*Tatbestand*). Este sólo se compone de aquellos elementos característicos de una clase de delito con los que el legislador ha determinado su configuración externa y que, además de concurrir objetivamente, deben ser abarcados por la culpabilidad, de modo que quedan excluidos del tipo (*Tatbestand*) los elementos respecto de los cuales sólo es necesaria su concurrencia objetiva o subjetiva. Beling considera que, así delimitado, el tipo (*Tatbestand*) traza una figura que, a través de los elementos que la componen, proporciona los rasgos fundamentales (objetivo-psíquicos) de la fisonomía específica de la correspondiente clase de delito: el tipo específico de ésta (*den Typus der betr. Verbrechenart*), mientras que los elementos característicos de la correspondiente clase de delito externos al tipo (*Tatbestand*) únicamente proporcionan al tipo específico (*Typus*) rasgos ulteriores de carácter parcial (puramente objetivos o subjetivos)³⁹⁸.

En definitiva, el concepto de tipo (*Tatbestand*) que Beling propone parte de la configuración legal de los hechos delictivos, pero se limita a los elementos objetivos de estos hechos que deben ser abarcados por la culpabilidad, sin que esto represente un obstáculo para reconocer que el conjunto de los elementos a través de los cuales el legislador ha configurado los hechos punibles, los elementos que caracterizan una determinada clase de delito, puede ser mayor que el conjunto de los elementos que deben ser abarcados por la culpabilidad y admitir, así, la relevancia que desde este punto de vista poseen los elementos subjetivos y

³⁹⁸ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, pp. 24-26, 58. Al definir el delito, Beling afirma (*op. cit.*, p. 10): “En sentido amplio, delito, acción punible (hecho punible, *Delikt*) es 1. una acción, 2. “típica” (especificada) (*“tatbestandsmäßig” [typisch]*), 3. antijurídica, 4. culpable, 5. subsumible en una conminación penal que se ajusta a ella, 6. que satisface las condiciones de la conminación penal”.

las condiciones objetivas de la conminación penal³⁹⁹. No obstante, esto hace que sea discutible la decisión de Beling de seguir identificando con carácter general el contenido del *Tatbestand* –que no abarca ni el contenido de la conciencia y la voluntad de las acciones descritas por el legislador, ni las condiciones objetivas de la conminación que no deben ser abarcadas por la culpabilidad– con el conjunto de los elementos de la ley penal que configuran los rasgos fundamentales de la correspondiente clase de delito, y equiparando el significado de las expresiones *Tatbestand* y *Typus*, sobre la base de que el contenido de ambos procede de la ley penal y contribuye a determinar la configuración específica de las diversas clases de delito.

13. Es a partir de la séptima edición de su *Grundzüge des Strafrechts* (1920) cuando Beling atribuye un significado diverso a los términos *Typus* y *Tatbestand*⁴⁰⁰. El primero agrupa el conjunto de elementos que caracterizan una clase de delito y componen la figura jurídica abstracta que

³⁹⁹ En relación con los tipos de resultado, Beling defiende la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar la relación de causalidad que debe existir entre la acción y el resultado. Sin embargo, respecto de las condiciones relativas de la conminación penal que consisten en la producción de una consecuencia externa al tipo, Beling afirma que debe existir una relación de causalidad adecuada. *Vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 38, 70; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 62.

⁴⁰⁰ La decisión de Beling de distinguir entre los conceptos de *Typus* y *Tatbestand* tiene su origen en un trabajo de Mittermaier (seguramente, el que lleva por título “Über den Begriff "Verbrechen"”, que apareció en *ZStW*, núm. 44, pp. 2 y ss.); *vid.* E. BELING, *Die Rechtswissenschaft ...*, cit., pp. 14-15; *vid.* también, del mismo autor, *Methodik ...*, cit., p. 66, nota 52, donde Beling reconoce que anteriormente no había distinguido suficientemente entre *Typus* y *Tatbestand*. Sobre las fases de la elaboración del concepto de tipo en la dogmática de Beling, cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 72-79, especialmente pp. 78-79.

el legislador ha descrito. El *Tatbestand*, en cambio, estaría compuesto por aquella parte de los elementos del *Typus*, esto es, de la correspondiente figura delictiva, que establecen su contorno externo y, además, determinan cuál es el contenido interno de la culpabilidad (el dolo o la imprudencia) específica de la correspondiente figura delictiva. El contenido del *Tatbestand* y el contenido del *Typus* sólo coincidirán en relación con aquellas figuras delictivas o tipos de delito cuya concurrencia no requiera elementos externos respecto de los cuales sea indiferente la relación interna que el autor haya establecido con ellos, ni elementos de naturaleza exclusivamente anímica que no requieran de una correspondencia o plasmación objetiva. En ambos casos se trata de elementos del *Typus* externos al *Tatbestand*. Beling sigue, no obstante, considerando que es en el contenido de este último donde se encuentra el núcleo conceptual de cualquier *Typus*, y destaca que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de sus elementos, no puede existir ningún *Typus* sin *Tatbestand*. Sobre la base de esta comprensión de ambos conceptos, Beling afirma ahora que la *Typizität* –y, dentro de ella, la *Tatbestandsmäßigkeit*– de la acción es un elemento conceptual general del delito⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 19-21; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 61-62, 66 y nota 52. Beling reconoce que el término "tipo legal" ("*gesetzliche Tatbestand*") no expresa suficientemente lo que es característico de él, pero considera que sustituirlo por la expresión "Rechtsfigur" o "Typus" no resulta conveniente precisamente porque, a pesar de que los tipos legales trazan el contorno de cada una de las figuras jurídicas o *Typen*, en la configuración de éstos también intervienen otros elementos con relevancia jurídica (así, por ejemplo, un elemento psíquico como la intención de apropiarse antijurídicamente la cosa pertenece a la figura del hurto, y la apertura del concurso es un elemento externo que pertenece a la figura de la quiebra, pero no pertenecen al tipo legal de estos delitos). La razón por la que Beling considera que aquí resulta satisfactoria la expresión "tipo legal" es que, en su opinión, el § 59 RStGB la utiliza en este sentido.

El de Beling sigue, sin embargo, sin ser un planteamiento sistemáticamente coherente, pues el contenido interno de las figuras delictivas cuya correspondencia o relación con los elementos del *Tatbestand* determina el carácter doloso o imprudente de la acción delictiva, y respecto del cual no puede negarse que constituye un elemento que caracteriza y determina los rasgos específicos de la correspondiente figura delictiva, continúa sin encontrar acomodo ni en el *Tatbestand*, ni entre el resto de los elementos que aquel autor considera que determinan la fisonomía del *Typus*⁴⁰².

En relación con el primero de estos conceptos, Beling dice que representa una figura puramente abstracta, una imagen de naturaleza técnico-jurídica, que es necesario distinguir de los sucesos de la vida real que son objeto de consideración jurídica (*juristische Würdigung*) cuando su configuración se corresponde con la de alguno de los tipos legales. Esta es, precisamente, la función que Beling atribuye a los tipos penales (*strafgesetzliche Tatbestände*) y que determina que este autor conciba al tipo legal como “Funktionsbegriff”: delimitar desde un punto de vista externo los objetos de los que se ocupa el Derecho penal, sin que esto suponga entender que la previsión legal de las acciones típicas implica una valoración de su relación con el Derecho (*eine rechtliche Wertung*), o la comprobación de la tipicidad de una conducta decida su carácter antijurídico, ni comporte

El que para la traducción española de las palabras *gesetzliche Tatbestand* y *Typus* se hayan utilizado diversas expresiones es una de las razones que ha contribuido a su confusión en nuestro país y, por extensión, a la confusión existente acerca del significado y la relevancia de la teoría del tipo. Paliar en la medida de lo posible esta confusión es lo que justifica mi insistencia por destacar el diverso significado y contenido que Beling da a cada una de ellas.

⁴⁰² Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 19-21,

afirmar su carácter culpable⁴⁰³. Pese a que, de modo más o menos explícito, Beling reconoce ambos aspectos de la ley penal –su dimensión normativa⁴⁰⁴, y su dimensión descriptiva de conductas en tanto que unidades de sentido con relevancia penal, que vendría determinado por su contenido externo y, también, por su contenido interno⁴⁰⁵– prescinde de ellos al determinar el significado del *Tatbestand* y establecer, a través de este concepto, el punto de partida de la articulación sistemática de las categorías con las que define el delito y entiende que debe comprobarse la naturaleza delictiva de una conducta. La consideración del delito como unidad de sentido penalmente relevante y el análisis de los criterios valorativos que lo determinan y de su relación, se sacrifican en el momento de articular sistemáticamente las categorías a través de las cuales Beling caracteriza la acción delictiva, en favor de la unidad de sentido que él otorga a cada una de las categorías aisladamente consideradas, y de la consideración de la relación de carácter lógico-formal existente entre ellas⁴⁰⁶. Desde un punto de vista valorativo, el planteamiento dogmático de Beling viene determinado por la consideración de la antijuricidad y la culpabilidad como las dos categorías que, de forma unitaria e indivisible, determinan el desvalor y merecimiento de pena del hecho punible y sirven de enlace entre la articulación de la teoría general del delito, a la que Beling

⁴⁰³ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 20-24, 36-37; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 44-46, 59 y ss., especialmente, pp. 61-65.

⁴⁰⁴ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 7; del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 29 y ss., 63.

⁴⁰⁵ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 19-20.

⁴⁰⁶ Cfr. E. BELING, *Methodik ...*, cit., pp. 29 y ss.

otorga esencialmente un significado de carácter técnico⁴⁰⁷, y las categorías propias de la teoría general del Derecho. Es precisamente el carácter unitario e indivisible de estas dos categorías, el significado eminentemente técnico que Beling atribuye a la teoría general del delito, y la importancia que este autor otorga al significado que la antijuricidad posee en tanto que concepto sobre el que se articula técnicamente la unidad del Ordenamiento jurídico, y se configura unitariamente el objeto en función del cual se determina el carácter doloso o imprudente de un hecho atendiendo al contenido interno de la acción, lo que puede explicar la negativa de este autor a definir y configurar el *Tatbestand* como concepto valorativo que agrupa el conjunto de los elementos objetivos y subjetivos con los que el legislador describe las conductas punibles⁴⁰⁸. Esto explica, en definitiva, la decisión de concebirlo exclusivamente como un primer elemento en el proceso de identificación y caracterización de la acción punible –un primer elemento que, como Beling señala acertadamente, posee especial relevancia en relación con las teorías de la tentativa y de la participación– que parta de su descripción legal⁴⁰⁹, pero cuyo contenido y significado está

⁴⁰⁷ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 16-17.

⁴⁰⁸ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 20-21, 36-37. Pese a que Beling destaca el significado del tipo para el examen de la culpabilidad, en tanto que objeto al que se refiere el contenido interno de la acción, este autor distingue radicalmente ambos conceptos y considera que es incorrecto designar la culpabilidad como el “*innerer (subjectiver) Tatbestand*”. En este sentido, Beling señala que, como elemento del delito, la culpabilidad es un concepto de significado jurídico (*ein juristischer Bedeutungsbegriff*), un concepto que expresa un desvalor jurídico (*ein rechtlicher Mißwert (Wertrelationsbegriff)*): el carácter defectuoso (reprochable) que, desde el punto de vista del Derecho, posee la parte interna de una conducta típica y antijurídica. En cambio, el tipo legal es una figura que indica la configuración externa del hecho.

⁴⁰⁹ Una descripción que, como ya hemos visto, Beling rechaza expresamente que deba entenderse exclusivamente desde un punto de vista causal.

condicionado por la decisión de mantener el significado unitario de la antijuricidad y la culpabilidad, y la consideración de ambas como los dos pilares o puntos de referencia decisivos para la determinación del desvalor del hecho delictivo, a través de los cuales se termina de perfilar, con criterios valorativos, cuál es el ámbito de los hechos punibles previstos por el legislador, sin que la distinción entre los presupuestos que determinan o excluyen la tipicidad de la conducta, por una parte, y los que determinan o excluyen su carácter antijurídico, por otra, posea trascendencia desde el punto de vista de la valoración y las consecuencias del error sobre su concurrencia⁴¹⁰. En este planteamiento no es a través del *Tatbestand* y de

Por otra parte, no podemos compartir la opinión de aquellos autores que consideran que la concepción del tipo que Beling defendía desconoce su significado garantístico. Es difícil negar que, por ejemplo, la teoría de la participación de Beling y el reconocimiento del vínculo entre la tipicidad y la posible antijuricidad de la conducta típica –al que aquel autor otorga relevancia en relación con la delimitación de la tentativa punible frente a la tentativa absolutamente inidónea e impune– responden a consideraciones vinculadas al significado garantístico del tipo. Si son o no suficientes, y la validez de los criterios que Beling propone frente a otras propuestas como, por ejemplo, las de la moderna teoría de la imputación objetiva, es una cuestión distinta. Cfr., por ejemplo, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966 (reimp. de 1990), pp. 63 y ss.

⁴¹⁰ En relación con la cuestión del error, *vid.*, por ejemplo, E. BELING, *Methodik ...*, cit., pp. 66 y ss.; este autor señala correctamente que el contenido del dolo y la cuestión relativa a los supuestos en los que el error del sujeto excluye el carácter doloso de su conducta es una cuestión que debe resolverse desde el punto de vista del significado que la culpabilidad posee en tanto que presupuesto necesario para poder imponer una pena y criterio determinante de la medida de ésta. A diferencia de lo que consideraban otros autores, no se trata de una cuestión que deba resolverse con arreglo a criterios formales, ni en función del contenido literal de cada una de las leyes penales que describen las conductas delictivas, ni que venga totalmente regulada en el § 59 RStGB, ni que pueda resolverse partiendo exclusivamente de un concepto psicológico de "Vorsatz". En relación con esto último Beling afirma (*op. cit.*, p. 79): "El concepto psicológico de proposición (*Vorsatz*) puede utilizarse con cualquier contenido. Pero, respecto del dolo

la referencia a la *Tatbestandsmäßigkeit*, sino a través del *Typus* y de la referencia a la *Typizität* de la conducta delictiva, y de la definición completa del concepto de delito como Beling pretende poner de relieve la síntesis de diversas referencias valorativas que subyace en la descripción legal de los hechos delictivos⁴¹¹. El principal problema de este planteamiento no está tanto en la función positiva que Beling atribuye al tipo en tanto que punto de partida para comprobar la relevancia penal de una conducta, como en la trascendencia de su aspecto negativo, esto es, en la capacidad del concepto de tipo de *excluire* a determinadas conductas del ámbito de aquéllas que deben considerarse penalmente relevantes.

(*dolus*), lo que importa es un determinado contenido, y cuál deba ser éste no puede decirlo la psicología. El problema de la proposición, de lo que se propone el sujeto (*Vorsatz*) no es: ¿qué es el "dolo" ("*Vorsatz*")?, sino: ¿qué propósito (*Vorsatz*) "*significa*" culpabilidad dolosa (*vorsätzliche Schuld*)? Hablando psicológicamente, también la imprudencia jurídica presupone un "propósito" ("*Vorsatz*")" (subrayados en el original). Sobre esta cuestión, *vid.* también, del mismo autor, *L.v.T.*, cit., p. 17.

⁴¹¹ *Vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 19-20. No está de más señalar aquí que, frente al concepto "natural" de delito del que parte la antropología criminal, en esta obra Beling reconoce (p. 9) que "el delito es un concepto de las ciencias culturales (*ein kulturwissenschaftlicher Begriff*) que surge de concepciones normativas (valorativas), y que posee un contenido muy distinto en cada momento y lugar", aunque también es cierto que, más adelante, Beling afirma (p. 32) que la conformidad o disconformidad de una acción con las concepciones culturales, sociales o morales no determina su carácter antijurídico ni lo excluye.

CAPITULO IV

EL CONCEPTO DE TIPO PROPUESTO POR BELING EN SU OBRA *DIE LEHRE VOM TATBESTAND*. LA DISTINCION ENTRE *DELIKTSTYPUS* Y *TATBESTAND*

1. En el año 1930 Beling publica *Die Lehre vom Tatbestand* y la undécima edición de su *Grundzüge des Strafrechts*. Estas obras representan la culminación de la evolución que acabamos de exponer y la plasmación de sus resultados.

Sobre la base de la distinción entre el *Deliktstypus* y el *Tatbestand*, Beling incorpora a su sistema de la teoría general del delito los conceptos “*Unrechtstypus*” y “*Schuldtypus*” –el primero agrupa los elementos externos de la figura delictiva y el segundo los elementos internos que deben concurrir para completar el correspondiente *Deliktstypus*–, poniendo de manifiesto sus diferencias y la relación existente entre ellos.

Partiendo de la consideración del delito como conducta antijurídica y culpable, el concepto de *Deliktstypus* expresa las exigencias del principio de legalidad. El *gesetzliche Tatbestand*, por su parte, es el concepto que sirve de punto de referencia para la configuración y articulación unitaria de los elementos de la definición general de delito y de numerosos conceptos de la teoría general del Derecho penal. De acuerdo con este planteamiento, Beling modifica en la undécima edición de su *Grundzüge des Strafrechts* el orden de exposición de los elementos del delito. Ya no expone, por este orden, la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, las diversas clases de delito y sus formas de aparición, sino que, después de definir el concepto de acción, se ocupa de la antijuricidad y de la culpabilidad como

elementos valorativos del concepto de delito referidos a la parte externa y a la parte interna de la acción punible, respectivamente, y considera, a continuación, la caracterización del delito como *Deliktstypus* y la distinción entre este concepto y el concepto de *Tatbestand*.

2. La "nueva" concepción de Beling representa, en algunos puntos, una aproximación al planteamiento de otros autores contemporáneos que admitieron la incorporación de la tipicidad en la definición de delito y la relevancia que aquel autor concedía al tipo en la teoría general del Derecho penal. Conserva, sin embargo, la originalidad que caracteriza la obra de este gran penalista. Esto se debe, precisamente, a que la evolución de la concepción de Beling sobre el *Tatbestand* no se desvía de las premisas que sentó en *Die Lehre vom Verbrechen*: 1) la referencia de la antijuricidad a la parte externa u objetiva del hecho delictivo y de la culpabilidad a la parte interna o subjetiva, 2) la preocupación por trasladar las exigencias del principio de legalidad a la construcción dogmática del delito, 3) la distinción entre la cuestión relativa a la caracterización y configuración legal de la conducta delictiva, y la cuestión relativa a la determinación de su carácter antijurídico y culpable, y 4) la relación entre el concepto de *Tatbestand* y el objeto al que debe referirse la culpabilidad, esto es, la vinculación entre aquel concepto y el sentido con el que se refería a él el § 59 StGB de 1871. Estas premisas explican que el *Tatbestand* de Beling se mantuviera en gran medida impermeable a las opiniones que sobre dicho concepto realizaron otros autores contemporáneos partiendo de una consideración material de la antijuricidad, poniendo en cuestión el carácter objetivo de sus elementos y cuestionando, asimismo, lo acertado de hacer

depender el contenido y significado del *Tatbestand* del sentido con el que se refería a él el § 59 StGB⁴¹².

3. *Die Lehre vom Tatbestand*, en cuyo análisis y exposición centraremos nuestra atención, se estructura sobre cinco grandes cuestiones: el concepto de *Deliktstypus*, la caracterización del *gesetzliche Tatbestand*, la relación entre la adecuación de la acción al *Tatbestand* y la antijuricidad (lo cual da lugar a analizar el significado de los denominados “elementos normativos” y “elementos subjetivos” del *gesetzliche Tatbestand*), la problemática relativa a la denominación del aquel concepto y, finalmente, la definición general de delito.

Al inicio de aquella obra Beling admite que la teoría del tipo (*Tatbestand*) que ha desarrollado hasta este momento es aun imperfecta, pero considera que el punto en el que debe corregirse todavía no ha sido apuntado con la suficiente exactitud. Se trata de delimitar con mayor precisión el *gesetzlichen Tatbestand* frente al “*Deliktstypus*” y, como consecuencia de esto, aclarar el papel de la “*Tatbestandsmäßigkeit*” en relación, por un lado, con el propio *Tatbestand* y, por otro lado, con la “*Typizität*”. De este modo podrá determinarse lo que puede dar de sí el *Tatbestand*, la utilidad de este concepto⁴¹³.

⁴¹² Vid. H. von WEDEL, SchwZStr. 45 (1931), pp. 374-379; Eb. SCHMIDT, "Recensión a la undécima edición del *Grundzüge des Strafrechts* de Beling", en JW 1931, p. 189; H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 78-79, 107, 154-157.

⁴¹³ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 1 y 18. Más adelante, Beling afirma que el hecho de que la peculiaridad del tipo legal y su correcta delimitación no hayan conseguido la validez que les corresponde seguramente se debe al término con el que aquél se designa. Sobre esta cuestión, *vid. op. cit.*, pp. 14-17.

4. Para definir y caracterizar el tipo de delito (*Deliktstypus*), Beling señala que, conforme al § 2 RStGB (art. 116 RVerf. [Constitución de 11 de agosto de 1919]), en el Derecho positivo vigente las conductas antijurídicas y culpables sólo son punibles en la medida y dentro de los límites de las conminaciones penales. Estas influyen en la definición de delito en el sentido de que sólo son punibles los tipos de conducta (*Verhaltenstypen*) abarcados por ellas, y tales tipos de conducta sólo son punibles conforme a la conminación penal establecida junto al *Typus* correspondiente. Esto es lo que permite afirmar que la “*Typizität*” es un elemento esencial del delito. Toda conducta que no se encuentre incluida entre los *Typen* establecidos legalmente constituye una conducta no punible; inversamente, la conducta típica (*das typische Verhalten*) constituye una conducta punible con arreglo a la correspondiente conminación penal y al resto de los preceptos legales que afectan a la punibilidad⁴¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, los tipos de delito se encuentran dentro del extenso ámbito de las conductas antijurídicas y culpables, representan *species* en el interior de éste. En cuanto a su contenido, son, en primer lugar, tipos de injusto (*Unrechtstypen*), conductas antijurídicas de una determinada clase, que pasan a ser tipos de delito a través de la incorporación del requisito previsto en la correspondiente conminación penal en relación con la culpabilidad. Por otra parte, en función de la clase de conminación penal vinculada a ellos, podrá tratarse de *Typen* autónomos (*sui generis*), o de tipos dependientes (“formas de

⁴¹⁴ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 1-3; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 15, 16.I, 17.I y 27. Beling reconoce que los elementos de los que se compone toda figura delictiva autónoma no siempre se encuentran previstos en la correspondiente ley penal *expressis verbis*, sino que, a veces, se encuentran previstos como *sub intelligenda* y deben precisarse o completarse por vía interpretativa.

aparición")⁴¹⁵. Finalmente, Beling destaca que para el legislador la creación de los tipos de delito no es un mero juego caprichoso, sino que aquél realiza una valoración en un doble sentido: por un lado, selecciona el injusto culpable teniendo en cuenta si es *de tal modo* antijurídico y culpable que resulta oportuna una pena; por otro lado, dentro del ámbito de lo *typische*, en la configuración de los *Typen* el legislador establece una escala valorativa. Por esta razón, Beling señala que los tipos de delito son imágenes normativas (*Normativgebilde*), tan normativas como el injusto y la culpabilidad, en cuyo dominio se encuentran situados⁴¹⁶.

5. Para definir y caracterizar el "tipo legal" ("*gesetzliche Tatbestand*")⁴¹⁷, Beling señala que cada uno de los tipos de delito forma un todo unitario compuesto de diversos elementos. Pese a las diferencias existentes entre ellos, en los tipos de delito autónomos todos sus elementos remiten a una imagen conceptual que fundamenta la unidad de aquel tipo de delito y sin la cual perderían su sentido como elementos de éste. Esta imagen es el "*gesetzliche Tatbestand*" de aquel tipo de delito⁴¹⁸. Así, por ejemplo, todos los elementos del *Typus* de hurto, los objetivos y los internos, se ajustan a

⁴¹⁵ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 2.

⁴¹⁶ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 2-3.

⁴¹⁷ A pesar de que la mayoría de las veces Beling hace referencia a este concepto usando sólo el término "Tatbestand", en el texto conservaremos la expresión "tipo legal" para distinguirlo del término "Deliktstypus", que traducimos como tipo de delito.

⁴¹⁸ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 3 y ss., 11, 18-19; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 16, 17.I, II y 27.

la imagen rectora (*Leitbild*)⁴¹⁹ "sustracción de una cosa mueble ajena", pues para que exista un hurto tiene que haberse realizado la sustracción de una cosa mueble ajena, ésta tiene que haber sido abarcada por el dolo del autor, y vuelve a aparecer en relación con el elemento del *Typus* "intención de apropiación", dado que éste se refiere, precisamente, a la cosa ajena sustraída. El concepto "sustracción de una cosa mueble ajena" rige todos los elementos típicos del hurto, éstos se refieren a él de forma diversa, pero es través de aquél como se fundamenta su agrupación unitaria dentro del *Typus*.

En este sentido, Beling señala que, en primer lugar, la imagen rectora permite reunir un tipo de injusto (*Unrechtstypus*) y un tipo de culpabilidad (*Schuldtypus*) formando un determinado tipo de delito, puesto que la parte objetiva y la subjetiva (dolo, imprudencia) siempre deben aparecer de manera que ambas estén regidas por una imagen rectora idéntica⁴²⁰. En algunos casos, para la existencia del tipo de delito bastará aquella correspondencia entre el tipo de injusto y el tipo de culpabilidad. Pero también puede suceder que un tipo de delito requiera, además, algún elemento puramente externo respecto del cual no es necesaria su correspondencia interna, o requiera algún elemento puramente interno (v. gr. en los delitos de intención [*Absichtsdelikte*])⁴²¹. Se trata de elementos

⁴¹⁹ Tal vez sería más conveniente traducir el término alemán "Leitbild" por la expresión "imagen directriz". No obstante, en el texto conservo la traducción del mismo como "imagen rectora" por ser, seguramente, la más extendida en la literatura española.

⁴²⁰ Esta imagen rectora no es, sin embargo, la que determina si la acción que se corresponde o se refiere a ella es antijurídica, ni tampoco determina por sí sola si se trata de una acción dolosa o imprudente, pues esto también depende de la relación del contenido interno de la acción con elementos externos al tipo legal.

⁴²¹ En cambio, Beling considera que no pertenecen al tipo de delito las "causas materiales de exclusión de la pena". A diferencia de las circunstancias que excluyen el

adicionales, cuya inclusión en el correspondiente tipo de delito sólo puede tener sentido si se vinculan a la imagen rectora.

Pese a seguir afirmando que cada una de las imágenes rectoras, de los tipos legales, constituye un "*Typus*" (el *Typus* "muerte de una persona", "sustracción de una cosa mueble ajena", etc...), Beling subraya que estos "*tatbestandliche Typen* no deben identificarse con los tipos de delito⁴²². Ni siquiera forman parte de éstos, pues se trata de imágenes conceptuales que por su carácter regulativo y condicionante de la comprensión del correspondiente tipo de delito son lógicamente previas a éste. En este sentido, Beling afirma que el primero de los elementos de los tipos de delito autónomos no es el tipo legal, sino la acción que realiza el tipo legal, la adecuación de una acción al tipo legal (*die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung*), la realización del tipo legal. Dicho de forma sintética: el tipo legal es la imagen rectora del tipo de delito, la imagen conceptual a la que se refieren los distintos elementos del tipo de delito⁴²³.

carácter de antijurídico, culpable o "típico" de una acción, aquéllas sólo excluyen la punición, y no las circunstancias de fondo que la condicionan; *vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 18 y 27.I; del mismo autor, *L.v.T.*, cit., p. 19.

⁴²² Por esta razón, pese a admitir que el término "Tatbestand" no expresa correctamente el significado de este concepto, Beling considera que aquella denominación no debe sustituirse por la de "Typus", pues esto daría pie a que el tipo legal (*gesetzliche Tatbestand*) se identificara con el tipo de delito (*Deliktstypus*). En cambio, aquel autor considera que en el ámbito científico sí podría utilizarse la expresión "imagen rectora de la ley penal" ("*strafgesetzliches Leitbild*") o la expresión "concepto troncal de la ley penal" ("*strafgesetzlicher Stammbegriff*"), pues en ella se destaca lo esencial de este concepto: la naturaleza meramente regulativa del tipo legal; *vid.* E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 14-16.

⁴²³ *Vid.* E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 4-5, 11, 14, 16. Cfr. del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 17.I y 19.I.

No obstante, el propio Beling reconoce que, de acuerdo con un uso muy extendido de la palabra "Tatbestand", ésta se utiliza para designar el suceso real que debe ser

Para caracterizar el tipo legal, Beling señala que éste, como ocurre con las categorías, carece de contenido; no es el concepto de tipo el que determina su contenido, el contenido de las imágenes rectoras de cada uno de los tipos de delito autónomos, sino que es a partir del contenido de éstos como se obtiene el contenido del tipo legal que se ajusta a cada uno de ellos. En este sentido, aquel autor afirma que el "tipo legal" es un concepto puramente funcional (*ein reiner Funktionsbegriff*) y que no existe un tipo legal "en sí mismo", pues el contenido de todos ellos es relativo y se determina en función del tipo de delito al que regulan⁴²⁴. La consecuencia más importante que Beling extrae de esta caracterización del tipo legal es que no existe ninguna clase de conducta humana de la que el jurista pueda decir *a priori* que se trata de un tipo legal perteneciente al Derecho vigente. Además, partiendo del carácter funcional-relativo del tipo legal, Beling destaca la posibilidad de que un mismo tipo legal, una misma imagen rectora, lo sea de varios tipos de delito, de modo que la diversidad de éstos radicaría en el hecho de exigir dolo o imprudencia en relación con el tipo legal, o de requerir algún elemento objetivo adicional junto con la realización del tipo, o algún elemento subjetivo adicional respecto del dolo o la imprudencia⁴²⁵.

valorado, el supuesto de hecho, el "Tatbestand" concreto, que se divide en el *Tatbestand* "externo" y el "interno"; *vid.* E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 14; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 16.VI.

⁴²⁴ *Vid.* E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 5-6, 9 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 16.II. Beling ya había señalado el carácter funcional del concepto "*gesetzliche Tatbestand*" en E. BELING, *Methodik ...*, cit., p. 64.

⁴²⁵ *Vid.* E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 6; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 17.I.

Según Beling, partiendo de esta concepción del tipo legal es como puede determinarse cuál es el significado del § 59 RStGB. En su opinión, aquel párrafo sólo expresa que para todas las clases de delito existe una imagen rectora común para su parte objetiva y su parte subjetiva, de modo que la construcción de una determinada clase de delito requiere un dolo o una imprudencia específicos: los referidos a la misma imagen que rige la parte objetiva. En este sentido, aquel autor considera que el § 59 RStGB conduce al concepto del tipo legal, pero no determina cuál es el contenido del tipo legal de las diversas clases de delito, ni tiene nada que ver con la cuestión de cómo se constituye la culpabilidad y, dentro de ésta, el dolo y la imprudencia. La respuesta a la cuestión relativa al contenido del tipo legal de las diversas clases de delito debe obtenerse interpretando el párrafo correspondiente de la parte especial del Código penal, que Beling concibe como un catálogo que agrupa los distintos tipos de delito. En cuanto al conjunto de los elementos que determinan el carácter doloso o imprudente de una acción, Beling continúa considerando que la respuesta a esta cuestión requiere completar el contenido del § 59 RStGB con el concepto de dolo⁴²⁶.

6. Como en sus anteriores trabajos, en *Die Lehre vom Tatbestand* Beling señala que la relevancia del tipo legal no se agota en el significado que éste posee como imagen rectora y regulativa del correspondiente tipo de delito autónomo, pues se trata de un concepto jurídico-penal troncal, de un concepto metodológico de ordenación que sirve de referencia al resto de los

⁴²⁶ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 6-7 y nota 2, p. 15 y nota 1, p. 17 y nota 1; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 16.I, II y IV, 24.I.

conceptos jurídico-penales, con excepción del concepto de acción⁴²⁷. En este sentido, aquel autor destaca que el tipo legal también sirve de referencia y cumple una función regulativa en relación con los tipos de delito no autónomos o formas de aparición⁴²⁸. Sin embargo, no vamos a ocuparnos aquí de esta cuestión, ni de la relativa al significado del tipo legal en relación con los conceptos de "autoría" y "coautoría"⁴²⁹, o en relación con las cuestiones concursales⁴³⁰, porque la exposición que Beling hace en aquella obra no se aparta en lo sustancial de lo que ya había señalado. Tampoco conviene detenernos en la cuestión del significado del tipo legal como punto de referencia respecto de aquellos preceptos legales que fundamentan la impunidad de una determinada clase de delito o de un grupo de delitos, a pesar de la concurrencia del tipo de delito (v. gr. los preceptos legales que establecen la impunidad del hurto entre cónyuges, o la supresión de la pena del autor de un incendio en caso de arrepentimiento activo)⁴³¹. Finalmente, tampoco supone nada nuevo el hecho de que Beling señale que la comprobación de la antijuricidad de una conducta sólo posee interés desde el punto de vista penal cuando aquélla se contempla en tanto

⁴²⁷ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 7-9, 16 y 22; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 16.V.

⁴²⁸ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp.7-9; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 16 V.

⁴²⁹ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 8, donde Beling subraya el carácter relativo de los conceptos "autoría" y "coautoría"; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 20-22.

⁴³⁰ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 9; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 39, 75, 77 y 78.

⁴³¹ Sobre esta cuestión, *vid.* E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 8.

que conducta típica, de modo que la acción deberá ser antijurídica precisamente en su condición de conducta que realiza un determinado tipo legal⁴³².

7. Con la distinción que acabamos de exponer entre el *Deliktstypus* y el *gesetzliche Tatbestand* culmina el proceso de diferencias y matices que Beling venía realizando en relación con ambos conceptos a partir de la cuarta edición de su *Grundzüge des Strafrechts* y, especialmente, a partir de la séptima.

La novedad radica en la claridad con la que, partiendo del principio de legalidad, Beling realiza aquella distinción, y en la introducción de los conceptos *Unrechtstypus* y *Schuldtypus* en el sistema de la teoría general del delito, como componentes del *Deliktstypus*⁴³³. Esto último, que refleja la influencia de otros autores contemporáneos, no puede sorprender, dado que Beling ya venía señalando que las conductas delictivas formaban parte del conjunto de las conductas antijurídicas y, además, no resulta incompatible con la distinción que aquel autor realiza entre la norma y ley penal, ni con la consideración del Derecho penal como Derecho meramente sancionador⁴³⁴, puesto que, a pesar de vincular el concepto y el contenido del tipo de delito con la decisión del legislador y la vigencia del principio de legalidad, Beling señala expresamente que no todos los elementos de los

⁴³² Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 8. El que para afirmar el carácter delictivo de una conducta sólo interese la antijuricidad de la misma en tanto que conducta subsumible en un tipo legal ya lo puso Beling expresamente de manifiesto a partir de la cuarta edición de su *Grundzüge des Strafrechts*. Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 38.

⁴³³ Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., p. 77.

⁴³⁴ Sobre esta cuestión, vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 1.I., 9.II y 24.I.

tipos de delito autónomos se encuentran expresamente previstos en el texto legal del correspondiente párrafo de la parte especial del Código penal⁴³⁵.

Además de aclarar el significado valorativo de la decisión del legislador penal y la trascendencia sistemática de la vigencia del principio de legalidad, puede entenderse que la distinción entre el *Deliktstypus* y el *gesetzliche Tatbestand* responde, también, al propósito de hacer frente a las opiniones sustentadas por otros autores que identificaban el *gesetzliche Tatbestand* y el *Unrechtstypus*, pues aquella distinción es un presupuesto necesario para mostrar, a partir de la misma, las diferencias entre el *gesetzliche Tatbestand* de Beling y el *Unrechtstypus*. Aquella distinción permite entender que la *tatbestandsmäßigkeit* de la acción es uno de los presupuestos necesarios para la concurrencia de un delito, pero se trata de una característica de la acción delictiva distinta de su condición de acción antijurídica (*Unrechtstypus*).

Para explicar el significado del *gesetzliche Tatbestand* Beling destaca su función de imagen rectora. La expresión es nueva, pero no lo es la función en sí misma, ni la caracterización que Beling realiza del *gesetzliche Tatbestand* como concepto funcional, fundamental, como concepto troncal para la ordenación sistemática del Derecho penal; la capacidad de rendimiento del *gesetzliche Tatbestand* ya había sido puesta de manifiesto anteriormente.

No obstante, conviene destacar que la regulación del § 59 RStGB influye de forma decisiva en la configuración y caracterización del concepto de *gesetzliche Tatbestand*, e incluso en su denominación, mientras que la regulación del § 2 RStGB pierde aquí relevancia y pasa a vincularse al concepto de *Deliktstypus*. Por esta razón, las condiciones objetivas de la

⁴³⁵ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 16.I.

conminación penal –en tanto que contribuyen a caracterizar la conducta delictiva⁴³⁶– y los elementos subjetivos distintos del dolo pierden definitivamente su vinculación con el *gesetzliche Tatbestand* y pasan a considerarse como elementos del *Deliktstypus*. Este concepto agrupa todos los elementos que caracterizan la conducta antijurídica y culpable –merecedora de pena– conminada con pena, y asume el protagonismo en relación con la función de individualización de la conducta delictiva que Beling había asignado inicialmente al *Tatbestand*.⁴³⁷

8. Sobre la base de la distinción entre el *Deliktstypus* y el *gesetzliche Tatbestand*, Beling aborda la cuestión de la relación entre el "Tatbestand" y el "injusto", entre la "*tatbestandsmäßigkeit*" y la "antijuricidad" como características de la acción delictiva⁴³⁸. En relación con esta cuestión, lo primero que hace aquel autor es rechazar la opinión de Sauer y Mezger, que conciben los *gesetzliche Tatbestände* como "*Unrechtstypen*". Frente a la propuesta de estos autores, apartándose de lo que había afirmado anteriormente, Beling señala que los tipos de injusto no sólo se distinguen

⁴³⁶ El hecho de que Beling distinga ahora entre, por un lado, las condiciones objetivas de la conminación pertenecientes al *Unrechtstypus* y, por otro lado, las meras condiciones de la punibilidad externas al tipo y las meras causas materiales de exclusión de la pena, pone de manifiesto hasta qué punto era su irrelevancia en relación con el dolo lo que determinaba su anterior consideración unitaria.

⁴³⁷ Sin embargo, el concepto y el contenido del *Deliktstypus* y el del "tipo general" o supuesto de hecho cuya realización da lugar a la consecuencia jurídica que es la imposición de una pena no se corresponden, porque las causas materiales de exclusión de la pena no son elementos del *Deliktstypus*. Sobre esto, *vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 16.II.

⁴³⁸ *Vid.* E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 9 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 9 (especialmente, § 9. IV) y § 17 (especialmente § 17.II.2).

entre sí mediante su relación con los tipos legales, sino que también se distinguen por las "condiciones objetivas" que se añaden a aquéllos⁴³⁹. En segundo lugar, Beling señala que aquella identificación desconoce que los tipos legales son sólo reguladores y no constitutivos para los tipos de injusto; el tipo de injusto del homicidio, por ejemplo, no es la "muerte de un hombre", sino la "muerte antijurídica de un hombre". No obstante, el propio Beling no deja de incurrir en una cierta contradicción u oscuridad. En efecto, para señalar las diferencias entre su concepción del tipo legal y la de aquellos autores afirma que es cierto que, al formar los tipos de injusto, el legislador se mueve por completo dentro del ámbito de las conductas antijurídicas y, por esta razón, las conductas típicas y antijurídicas (*die tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlungen*) constituyen tipos de injusto, provincias dentro del injusto. Sin embargo, Beling afirma a continuación que no puede desconocerse que el ámbito de las conductas antijurídicas y el de las conductas no antijurídicas no se encuentran separados de tal manera que una determinada clase de conductas sólo pertenezca a uno u otro grupo, sino que es en función de las circunstancias como se determina si una conducta pertenece a uno u otro ámbito, y el legislador ha orientado sus tipos de injusto precisamente a la configuración de la conductas, esto es, a un momento que está más allá de la división entre "antijurídico" y "no antijurídico", de modo que "los *Tatbestände* sólo representan "*Unrechtstypen*" cuando son *Unrechtstypen*" y "en el interior de la acción delictiva se distinguen necesariamente la *Tatbestandsmäßigkeit* y la antijuricidad"⁴⁴⁰. ¿En qué quedamos? Si ahora

⁴³⁹ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 9.

⁴⁴⁰ E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 9. Vid. también, en un sentido muy similar, del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 29 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 9.IV y 17.II.2. En este último trabajo Beling vuelve a hacer referencia a la imagen de

se entiende que el *Tatbestand* es sólo un concepto metodológico de ordenación, una imagen conceptual de carácter funcional y regulativo, y que lo que el legislador tipifica son tipos de delito, no tiene sentido rechazar la posibilidad de que el legislador tipifique sólo conductas antijurídicas, partiendo de la distinción entre el ámbito de éstas y el de las conductas que no son antijurídicas. Negar esta posibilidad sólo tiene sentido si lo que se pretende es conservar la identificación que, partiendo del § 2 RStGB, Beling había realizado en sus primeros trabajos entre el concepto de *Tatbestand* y la configuración externa de las conductas que, atendiendo a la posibilidad de que su realización pueda ser antijurídica, el legislador describe en la ley penal y conmina con pena. Si lo que se pretende es distinguir con claridad el *Tatbestand* y el tipo de delito, partiendo de la consideración del primero como mera imagen conceptual de carácter funcional y que posee un significado meramente regulativo, aunque ello *no* es necesario, puede afirmarse que dentro de la acción delictiva deben distinguirse su condición de acción adecuada al tipo legal y su condición de acción antijurídica descrita por el legislador, de modo que la relación entre el contenido del *Tatbestand* y el del correspondiente

los círculos secantes. Lo que ocurre es que en esta imagen sí se parte de la delimitación de las conductas antijurídicas (incluidas las que, además, son típicas) frente a las que no lo son. Respecto de las conductas que realizan un tipo legal pero no son antijurídicas, falta toda relación con los presupuestos y el desvalor de la antijuricidad. La relación entre el ámbito de las conductas típicas y el de las conductas antijurídicas sólo se produce respecto de aquellas que son típicas y antijurídicas. Es difícil afirmar que el tipo legal se extrae del tipo de injusto, si luego se afirma que hay acciones que realizan el tipo legal pero no son antijurídicas. Por otra parte, no deja de ser sorprendente que, como también hacía anteriormente, Beling haga referencia (*Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 17.II.2.a) al hurto de uso para ejemplificar un supuesto de conducta antijurídica que no realiza un tipo legal; ¿en qué se distingue el tipo legal del hurto normal y el del hurto de uso? En lo que a la acción se refiere: en la intención con la que el sujeto la realiza, no objetivamente.

Deliktstypus vendría a ser sólo una relación "indirecta". Lo que ya no resulta correcto si se parte de aquella concepción del *Tatbestand* es desvincular la decisión del legislador, en relación con el contenido del tipo de injusto, de la distinción entre las conductas antijurídicas y las que no lo son. Lo que debería explicarse es, más bien, la razón por la que se considera que determinadas condiciones objetivas externas al *Tatbestand* forman parte del tipo de injusto, ya que esto es lo que impide identificar ambos conceptos y, al mismo tiempo, afirmar que el *Tatbestand* es una imagen rectora común para la parte objetiva y la parte subjetiva del hecho delictivo⁴⁴¹. Y debería explicarse también la razón por la que, siendo posible distinguir entre el *Tatbestand* y el tipo de injusto del modo en que Beling lo hace, esta distinción es necesaria para construir la teoría general del delito y caracterizar el hecho delictivo. Aunque Beling no lo reconozca expresamente, creo que la razón por la que este autor realiza aquella distinción no es otra que la de conservar el vínculo entre la descripción legal de la configuración externa de los hechos delictivos y el concepto de tipo (*Tatbestand*), sin entrar en contradicción con el uso que el § 59 RStGB realizaba de este término, y sin tener que negar que la descripción legal de los hechos delictivos, la vigencia del principio de legalidad, y su significado garantista como límite al *Ius puniendi* del Estado no se reduce a la configuración externa de los hechos delictivos. En efecto, salvo en lo relativo a la delimitación del objeto de referencia de la culpabilidad – especialmente en los delitos dolosos –, no creo que existiera ninguna dificultad para identificar el tipo de injusto y el *Tatbestand*, conservando el significado metodológico que Beling atribuye a este último concepto. Y esta dificultad podría salvarse excluyendo del tipo de injusto las

⁴⁴¹ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 9; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 16.I.

condiciones objetivas de punibilidad, o destacando las peculiaridades de estos elementos de algunos tipos de delito en relación con el vínculo que debe existir entre su concurrencia y la conducta del autor –algo que Beling ya se ve obligado a hacer en relación con los elementos subjetivos de los delitos de tendencia interna trascendente para poder afirmar que el tipo legal representa una imagen rectora común para los elementos de la parte objetiva y los de la parte subjetiva del tipo de delito–. Se evitaría así la arbitrariedad que subyace en la delimitación que Beling propone del contenido del *Tatbestand* frente al tipo de injusto si se admiten las premisas de las que este autor dice partir.

9. De acuerdo con la posibilidad de distinguir entre la tipicidad (*Tatbestandsmäßigkeit*) y la antijuricidad de la acción delictiva, Beling sigue afirmando que los tipos legales tienen un carácter puramente descriptivo y en ellos no se expresa todavía la valoración de la acción desde el punto de vista del Derecho, la antijuricidad. Esto lo expresan los tipos de injusto.

Sin embargo, Beling reconoce –como ya lo hacía en sus anteriores trabajos– que entre ambos existe una cierta afinidad o correspondencia, de modo que la determinación del contenido del tipo legal debe estar presidida por la respuesta a la cuestión sobre cuál era el tipo de injusto que el legislador tenía a la vista. En este sentido, considera correcta la afirmación de Lask de que todos los conceptos jurídicos (*juristische Begriffe*) están “están recubiertos por un velo normativo”. No obstante, realiza una matización. Beling considera necesario distinguir entre, por una parte, aquellos conceptos jurídicos que expresan ellos mismos una valoración desde el punto de vista del Derecho (*eine rechtliche Wertung*) –como, ejemplo el concepto de culpabilidad–, y, por otra parte, la mayoría de los conceptos jurídicos, que sólo aparecen como objeto de la regulación que el

Derecho realiza y, por esta razón, ellos mismos no son de carácter "normativo". Hecha esta aclaración, aquel autor considera que, respecto de todo aquello que forma parte de una proposición jurídica como objeto regulado por ésta, el jurista debe preguntarse cuál es el sentido en el que el legislador ha entendido los conceptos que aparecen allí. No es el zoólogo, ni el técnico ferroviario, ni el químico quien puede dar una respuesta definitiva sobre cuál es el sentido que tienen los conceptos "perro", "tren" o "veneno" en una proposición jurídica; el jurista debe examinar en qué medida el legislador se representó algo coincidente o discordante y, por esta razón, Beling afirma que para aclarar el contenido de los tipos legales es necesario vincularlos con los tipos de injusto⁴⁴². Como este autor destaca, los "elementos normativos del tipo legal" no son incompatibles con el carácter "puramente descriptivo" del tipo legal, puesto que esto último sólo quiere expresar que a través de aquél únicamente se *caracteriza* una acción humana conforme a sus peculiaridades, pero no se *normativiza*, en el sentido que se regule como antijurídica. Además, Beling reconoce que para la caracterización de una conducta el legislador puede recurrir a cualquier

⁴⁴² Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 9-10. Adviértase la asociación que Beling establece entre el carácter normativo de un concepto y su condición de concepto que expresa una valoración desde el punto de vista del Derecho (*eine ;rechtliche Wertung!*). Vid. también, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 17.II.2, donde Beling distingue entre los "conceptos jurídicos valorativos" o "elementos normativos jurídicos" (v. gr. "propiedad ajena") y los "elementos normativos extrajurídicos" (v. gr. "poca cantidad", o "valor insignificante"). Sobre el carácter "normativo" de los conceptos legales, en un sentido similar al del texto *vid.* también, del mismo autor, *Methodik ...*, cit., pp. 4, 13 y ss. Para una panorámica general de la concepción de Beling sobre esta cuestión, cfr. H. PLATE, *Ernst Beling ...*, cit., pp. 21 y ss., 93 y ss., 104 y ss.

Las afirmaciones del texto contrastan con las referencias que Beling había venido realizando al uso habitual del lenguaje (*der Lebenssprachgebrauch*) para delimitar los tipos penales; *vid.*, por ejemplo, E. BELING, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 27-28, 29, 30; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 20.II.3, y 22.I.2.

elemento, incluidas las relaciones jurídicas de la conducta (cosa "ajena", cosa "propia", ejercicio del cargo "adecuado a Derecho"); en la medida en que sólo le sirven para delimitar la conducta en el sentido de la correspondiente clase de delito, estas relaciones jurídicas conservan su función "descriptiva", y no entran en la cuestión relativa al resto de las circunstancias de las que depende el que la conducta así descrita esté regulada normativamente como antijurídica⁴⁴³.

10. Beling también admite que, para la caracterización de una conducta, el legislador pueda recurrir a circunstancias de naturaleza anímica distintas de la propia disposición anímica del autor como, por ejemplo, el "escándalo", que aparece en el § 183 RStGB. Lo que Beling no admite es que lo interno del autor pueda ser un elemento del tipo legal. Por esta razón, rechaza la opinión de aquellos que admitían la existencia de "elementos subjetivos del tipo", haciendo así referencia a la disposición anímica del autor en el

⁴⁴³ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 10; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 17.II.2.

Respecto de las peculiaridades que presentan los "elementos normativos del tipo legal" en relación con el dolo, Beling considera que éste sólo requiere que la representación que el autor tenía de la situación se corresponda con la del tipo legal que realiza; no es necesario el conocimiento de los elementos del tipo (*kenntnis der Tatbestandsmerkmale*), ya que esto presupone estudios jurídicos. Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 17, nota 1. Ya en sus primeros trabajos expresaba Beling una opinión similar; *vid.* por ejemplo, del mismo autor, *L.v.V.*, cit., pp. 188-191, donde se hace referencia a algunos elementos del tipo que hoy se consideran mayoritariamente como elementos normativos, v. gr. el concepto de "local comercial" que empleaba el § 123 RStGB, el de "cosa" que empleaba el § 242 al describir el hurto, el de "muchedumbre" ("*Menschenmenge*") que empleaba el § 124, el de "acción punible" que empleaba el § 259, el de "delito" que aparecía en los §§ 49 a y 241, la referencia a los "delitos o infracciones" que aparecía en el § 240, o la referencia al "ejercicio legítimo del cargo público" (*der "rechtsmäßigkeit der Amtsausübung"*) que aparecía en el § 113.

momento del hecho y, por lo tanto, a la "parte interna del hecho" delictivo⁴⁴⁴. Para fundamentar esta decisión Beling recurre al argumento de que el tipo legal no es un elemento del tipo de delito, sino la imagen rectora *común* de sus elementos objetivos y subjetivos, una imagen que se obtiene a partir de la parte objetiva del tipo de delito y que sólo caracteriza a ésta, pero que ni siquiera implica una referencia a la *acción* típica. Partiendo de esta concepción del tipo legal, Beling afirma que si se incluye en él algo "interno" procedente la disposición anímica del autor se incurre en un error sistemático o metodológico, pues el tipo legal dejaría de poder cumplir su función como imagen rectora común de la parte objetiva y la parte subjetiva: pese a estar vinculada a la parte objetiva del hecho, en la realización del tipo legal se introducirían elementos psíquicos; y en la parte

⁴⁴⁴ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 11 nota 1; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 16.III, 17.II.1, 27.II. Beling ya se pronunciaba en este sentido en *Die Lehre vom Verbrechen*, donde, al caracterizar el resultado típico, admitía que éste pudiera tener un contenido anímico.

Este autor recuerda (*L.v.T.*, cit., p. 11, nota 1) que Mezger amplía el problema de los "elementos subjetivos del *Tatbestand*" cuando, al referirse a lo "objetivo" y lo "subjetivo", parte de la división del mundo entero en una mitad corporal (*körperliche*) y otra espiritual (*seelische*). Por esta razón, también considera como "elementos subjetivos del *Tatbestand*" las circunstancias de naturaleza espiritual, exigidas por el *Typus*, que son externas al espíritu del autor (así el "escándalo" en el § 183 StGB). Como hemos señalado en el texto, para Beling la existencia de estos "elementos subjetivos del *Tatbestand*" no supone, en absoluto, ningún problema. Se trata de circunstancias mediante las cuales una conducta se caracteriza como conducta "de una determinada clase" y poseen, por lo tanto, carácter típico (*sind tatbestandliche Charakters*). En este sentido, Beling recuerda que para él el problema siempre ha consistido en determinar si lo interno del *autor* constituye uno de los elementos de los que se compone el *gesetzliche Tatbestand*.

subjetiva resultaría que la culpabilidad debería extenderse a uno de sus elementos constitutivos⁴⁴⁵.

Como Beling destaca expresamente, lo anterior no supone negar la relevancia jurídica de las circunstancias que algunos denominan "elementos subjetivos del tipo"⁴⁴⁶. Lo que se discute es únicamente su ubicación sistemática. Se trata –según Beling– de elementos del tipo de delito, no de su imagen rectora, que es algo que debe separarse de él. Concretamente, se trata de elementos que pertenecen a la parte puramente subjetiva del tipo de delito. No de "elementos subjetivos del *Tatbestand*", ni de "elementos subjetivos del injusto"⁴⁴⁷. Esto último Beling lo justifica afirmando que

⁴⁴⁵ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 11-12; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 17.II. Adviértase que, una vez más, el contenido del § 59 y el vínculo entre el contenido interno de la acción y la culpabilidad son los dos criterios a partir de los cuales Beling determina las peculiaridades de la relación entre la imagen rectora que aquel autor identifica con el tipo legal y los elementos subjetivos del correspondiente tipo de delito.

⁴⁴⁶ Como en sus anteriores trabajos, Beling señala que en aquellos tipos de delito que requieren "elementos subjetivos del tipo" –como, por ejemplo, la intención de apropiarse antijurídicamente la cosa en el hurto– no basta para ser autor con realizar objetivamente el tipo legal, sino que es necesario que concurran en la acción del sujeto todos los elementos del tipo. Por lo tanto, si A y B sustraen conjuntamente una cosa con la intención de que sea A quien se la apropie, B deberá ser considerado como cómplice; vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 20 nota 1; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 27.II y 32.I.1.

Asimismo, Beling considera que cuando B sustrae una cosa sin la intención de apropiársela, instigado por A, que sí tiene esta intención, no puede entenderse que B es autor y A es instigador; ni tampoco cabe entender que A es autor mediato del hurto. Según Beling, en estos casos no hay pena. Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 35.III.

⁴⁴⁷ Evidentemente, si –como hace Beling– se parte de la distinción entre la comprobación de la tipicidad y la antijuricidad de la acción no resulta muy acertado mezclar la cuestión relativa a los denominados elementos subjetivos del tipo –los

“hoy debe considerarse superada la opinión según la cual "todo el injusto radica en la voluntad", que, por lo tanto, el "injusto" es sólo otra forma de expresar la culpabilidad de un movimiento anímico y no existe ninguna antijuricidad fuera del injusto anímico”⁴⁴⁸. Beling entiende que, por el contrario, “desde el punto de vista de la valoración del Derecho, lo externo y lo interno son dos objetos distintos (*sind zwei verschiedene Gegenstände der rechtlichen Wertung*) y, por lo tanto, supone un retroceso considerar que ambos forman conjuntamente el suceso respecto del cual debe examinarse su carácter antijurídico; de esta manera sólo se elude la cuestión sobre el modo en que el Ordenamiento jurídico valora la conducta externa en sí misma”⁴⁴⁹. Más adelante, Beling afirma que la consideración de la conducta humana desde lo subjetivo hacia lo objetivo no es la que se ajusta al sentido del Derecho, sino al análisis moral de aquélla, pues el Derecho es una regulación inmediata de lo externo en la vida social, y sólo presta atención a lo interno de forma mediata y relacionada con lo externo⁴⁵⁰.

relacionados con la descripción de la conducta delictiva que realiza la ley penal– y la cuestión relativa a los que cabría denominar como elementos subjetivos del injusto en sentido estricto –aquellos cuya concurrencia condiciona la antijuricidad de la conducta típica cuando concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación–. Sin embargo, el hecho de que Beling haga referencia conjuntamente a ambas cuestiones pone de manifiesto el vínculo existente entre ambas: entre la descripción legal de las conductas delictivas y el contenido de la norma que prohíbe su realización, entre el desvalor de la conducta típica y el fundamento de su prohibición o antijuricidad.

⁴⁴⁸ E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 12.

⁴⁴⁹ E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 12. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 21-22; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 29.II.

⁴⁵⁰ *Vid.* E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 22. Esta concepción del Derecho se aparta por completo de la que defienden aquellos autores que –como Welzel– consideran que lo esencial del Derecho y, en particular, del Derecho penal, es la regulación de la actitud

Aquí es donde radica el núcleo de la cuestión sobre el significado que Beling otorga a la antijuricidad e, indirectamente, sobre el significado de los tipos penales, si –de acuerdo con la opinión que este autor expresa en sus últimos trabajos– éstos se conciben como la descripción y caracterización de conductas cuya realización puede ser antijurídica y cuyo contenido debe determinarse partiendo del tipo de injusto de la correspondiente figura delictiva. El núcleo de la cuestión no es otro que el de la relevancia de la configuración externa de la acción y de las circunstancias objetivas en las que ésta se realiza para determinar su carácter antijurídico, prescindiendo del contenido de la voluntad del sujeto y del reproche jurídico que pueda formularse en relación con él, tomando en consideración la capacidad del sujeto para adoptar una decisión distinta y las exigencias que, en este sentido, el Derecho dirige a los destinatarios de sus normas.

interna, aunque reconocen que ésta sólo adquiere relevancia jurídica cuando se exterioriza de una forma determinada. Una cuestión *distinta* de la aquí apuntada, es la relativa a si el significado social y jurídico-penal *de la configuración externa de una acción* depende de su contenido interno o, por el contrario, debe entenderse que el contenido interno de la acción (y, en su caso, el proceso de su formación) *sólo* determina(n) la posibilidad de imputar o reprochar *personalmente* al autor el desvalor objetivo de su conducta desde el punto de vista del Derecho penal, y la gravedad de este reproche. También esta segunda cuestión posee relevancia para determinar si –como afirma Beling– la tipicidad y la antijuricidad tiene un contenido exclusivamente objetivo y depende únicamente de la configuración externa de la conducta y de la situación en la que aquélla se realice o, por el contrario, debe entenderse –como, por ejemplo, hace Mir Puig– que el significado jurídico del contenido interno de la acción no se agota en la determinación del carácter doloso o imprudente de una conducta, sino que afecta también a la determinación de la relevancia penal (a la tipicidad) de la conducta dolosa y de la imprudente, esto es, a la delimitación de los tipos penales previstos por el legislador.

Planteadas la cuestión en estos términos, el problema consiste en la determinación o delimitación de los elementos externos de las conductas descritas por el legislador penal y de las circunstancias objetivas en las que ésta debe realizarse para que pueda afirmarse que se trata de una conducta antijurídica y relevante para el Derecho penal. Como el propio Beling se ha encargado de destacar⁴⁵¹, lo decisivo aquí no es la relación de causalidad entre la conducta y el resultado típico, sino la propia descripción y delimitación legal de la configuración externa de las conductas delictivas⁴⁵², la necesidad y la posibilidad de que una determinada acción se vea completada por la intervención posterior de terceros, la probabilidad que esta intervención complementaria pueda tener lugar, su efectiva producción, y la manera en que ésta se produce⁴⁵³. Pero, asimismo, debe otorgarse relevancia a la existencia de un peligro para el correspondiente bien jurídico. Y a la valoración que el Ordenamiento jurídico haga de la conducta que lo pone en peligro, tomando en consideración el peligro que crea y, también, la protección de otros intereses sociales que aquél considera jurídicamente relevantes. En este sentido, es conveniente destacar

⁴⁵¹ Cfr. E. BELING, *Grundzüge ...*, cit., 4. ed., 1912, pp. 27-32, 36-37; del mismo autor, *Grundzüge ...*, cit., 6/7 ed., 1920, pp. 22-28, 30-31.

⁴⁵² Especialmente en los delitos de mera actividad y en aquellos que requieren la concurrencia de determinados requisitos personales de carácter objetivo o de determinadas circunstancias modales de tiempo, lugar, o medios. Pero también, en general, para distinguir la autoría de la participación, y los actos preparatorios de la tentativa.

⁴⁵³ Estoy pensando en la realización de aquellas conductas separadas temporalmente de la producción del resultado típico y, especialmente, en los supuestos de autoría mediata. Pero también en los casos de "interrupción del curso causal", si bien aquí el problema se centra en la cuestión de la imputación objetiva del resultado típico, o en la exclusión del dolo y la imprudencia respecto de la producción éste.

que Beling nunca admitió que, ni siquiera en los delitos de resultado, el vínculo causal entre la conducta y el resultado típico fuera suficiente para afirmar la tipicidad de la conducta⁴⁵⁴. Además, al menos desde la cuarta edición de su *Grundzüge des Strafrechts*, aquel autor admitía la posibilidad de que determinadas conductas peligrosas no fueran *antijurídicas* porque el Ordenamiento jurídico aceptaba su realización, con independencia de la concurrencia de los presupuestos objetivos del estado de necesidad justificante⁴⁵⁵. No obstante, también es cierto que Beling admitía que, en

⁴⁵⁴ En relación con esta cuestión, es necesario señalar que en la undécima edición de su *Grundzüge des Strafrechts* Beling destaca que lo decisivo para delimitar el ámbito del tipo legal es la “causalidad típica”; *vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 20.II.3, 32.I.1. Sobre la trascendencia que posee el vínculo causal entre la acción y el resultado para la teoría del *tipo*, *vid.* también *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 27.

⁴⁵⁵ *Vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 32 (“[...] una acción que sólo represente una condición inadecuada para un resultado antijurídico no es antijurídica cuando, a pesar de la posibilidad de producción del resultado a ella vinculada, en función de la situación concreta está aprobada por el Derecho”); del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, pp. 26-27; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 11.III, 20.II.2. Cfr. del mismo autor, *L.v.V.*, *cit.*, pp. 176-178. En la tercera edición de su *Grundzüge des Strafrechts*, Beling se limitaba a 1) matizar la teoría de la equivalencia de las condiciones para los supuestos en los que con posterioridad a la interposición de una condición interviene un tercero imputable que coloca otra condición del resultado sin haber sido forzado, con previsión del resultado (*ungezwungen und in Voraussicht des Erfolges*) y sin estar vinculado al primer sujeto mediante una relación de coautoría; 2) reconocer que el principio “del interés preponderante” es aplicable a todos los ámbitos del Derecho y no sólo en aquellos casos en los que este derecho de necesidad está expresamente previsto; y 3) a señalar que si bien lo adecuado o inadecuado del curso causal que produce el resultado típico es indiferente como tal, la responsabilidad de su producción presupone la culpabilidad de su autor y, por lo tanto, el carácter doloso o imprudente de su conducta en relación con la producción del resultado, algo que no podrá afirmarse cuando sólo existiera el deseo de que esto sucediera debido a que no podía contarse con la necesaria contribución de poderes externos; *vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, pp. 39-40, 49, 55-56.

algunos casos, la conformidad o disconformidad de determinadas conductas con el Derecho dependía del conocimiento del sujeto en relación con determinadas circunstancias objetivas⁴⁵⁶. Sin embargo, tomando el ejemplo de la jurisprudencia del *Reichsgericht*, que condicionaba la conformidad a Derecho de quien actúa en legítima defensa al hecho de que lo hiciera con “voluntad defensiva”, Beling ponía en tela de juicio que pudiera considerarse que procede de forma práctica el legislador que se abstiene de regular normativamente esta clase de situaciones en función de su configuración externa y hace depender la antijuricidad de la acción defensiva de la representación interna de quien la realiza⁴⁵⁷. A pesar de que el planteamiento de Beling adolece de una excesiva indeterminación, y puede considerarse criticable la separación que todavía realiza entre el

⁴⁵⁶ En este sentido, en la undécima edición del *Grundzüge*, al mencionar la obediencia debida como causa de exclusión del injusto, Beling señala que también una orden antijurídica puede tener carácter vinculante para el subordinado, pero considera que no existe deber de obediencia en el caso de que quien reciba la orden *conozca* que se propone un crimen o delito civil o militar; *vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 11.I.1. En ediciones anteriores de aquella obra Beling se limitaba a señalar que la orden del superior era una causa de exclusión de la antijuricidad y que no actúa antijurídicamente quien lo hace sobre la base del cargo o la función pública que le corresponde; *vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed, 1905, p. 50; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 4. ed, 1912, p. 41; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed, 1920, p. 35.

Como ya hemos señalado, lo que Beling no admitía es que el mero desconocimiento de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación por parte del autor condicionara el carácter antijurídico de su conducta; *vid.* E. BELING, *Grundzüge ...*, 4. ed, 1912, p. 38; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed, 1920, p. 32.

⁴⁵⁷ *Vid.* E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 12 y nota 1. Aunque no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, Beling afirma que también resulta muy discutible si mediante una elaboración más perfecta de la antijuricidad objetiva no desaparecerían de ella definitivamente las condiciones subjetivas, apareciendo únicamente como elementos de la culpabilidad.

contenido de los tipos penales y el de las normas que prohíben la realización de la conducta típica, lo que quiero destacar aquí es que la identificación que aquel autor realiza entre el concepto de antijuricidad y la configuración externa de las conductas prohibidas por las normas, entendidas como pautas que determinan la relación entre una acción y el conjunto del Ordenamiento jurídico, impide que el ámbito de las conductas típicas y antijurídicas adquiera la desmesurada extensión que muchas veces se ha atribuido a aquellos planteamientos sistemáticos de la teoría general del delito que admitían un concepto unitario de tipo y de antijuricidad para los delitos dolosos y los imprudentes. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que, en sí misma, esta concepción del injusto no necesariamente conduce a consecuencias insatisfactorias desde la perspectiva de los presupuestos de la legítima defensa y de la teoría de la participación si, como hace Beling, aquélla se condiciona a la existencia de un ataque antijurídico y culpable⁴⁵⁸, y se admite la accesoriedad máxima de la participación⁴⁵⁹.

11. En relación con la cuestión de los "elementos subjetivos del tipo" Beling también hace referencia al argumento esgrimido por otros autores, según el cual algunas palabras con las que el legislador describe las

⁴⁵⁸ Vid. E. BELING, *Grundzüge ...*, 3. ed., 1905, p. 48; del mismo autor., *Grundzüge ...*, 4. ed., 1912, p. 40; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 6./7. ed., 1920, p. 34; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 10.III

⁴⁵⁹ Aunque es cierto que esto último obliga a ser especialmente cuidadoso en la configuración de los supuestos de autoría mediata, porque puede traer consigo una extensión excesiva de esta forma de autoría en los delitos de resultado, y una restricción excesiva de la punibilidad de las conductas de participación en los delitos de mera actividad.

conductas delictivas llevan consigo componentes internos⁴⁶⁰. Conviene detenernos un momento en esta cuestión porque se trata de un argumento que tuvo bastante repercusión en la evolución posterior de la teoría del delito y, además, permite poner de manifiesto hasta qué punto la limitación que Beling hace de los elementos del tipo a aquellos que configuran externamente la conducta descrita por el legislador penal viene determinada por el contenido del § 59 RStGB, por la función que este autor le atribuye de imagen rectora común para la parte objetiva y la parte subjetiva del hecho delictivo, por el vínculo que aquel autor establece entre la comprobación de la tipicidad y la comprobación de la antijuricidad como características de la conducta delictiva, y por la voluntad de destacar la conveniencia de partir de la configuración externa de la acción, y no del contenido de la voluntad, para determinar su relevancia penal.

Como Beling recuerda, aquel argumento llevaba a algunos autores a considerar que, por ejemplo, respecto del concepto de acción “deshonesta” no puede separarse la intención lasciva y, por lo tanto, el *gesetzliche Tatbestand* comprende aquella intención. En su opinión, esto no puede ser correcto porque comportaría la extraña situación psicológica de que, según el § 59 RStGB, el dolo debería dirigirse a la propia intención lasciva del sujeto, y si la ley castigara las acciones deshonestas imprudentes debería

⁴⁶⁰ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 13-14; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, §§ 17.II.1 y 27.II. Como veremos, este no es el único de los argumentos que esgrimieron los partidarios de los elementos subjetivos del tipo. Por lo tanto, la respuesta de Beling en el sentido de que su reconocimiento comporta un culto excesivo a la letra de la ley, y de que es necesario distinguir siempre entre la parte objetiva o externa y la parte subjetiva o interna de todos los elementos que caracterizan una figura delictiva, es, en sí misma, una respuesta insuficiente para rechazar la teoría de los elementos subjetivos del tipo. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, R. SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, 1934, pp. 87-89; H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., p. 80.

entenderse que el sujeto desconoce su intención lasciva, a pesar de que debía conocerla.

Para salvar esta supuesta incompatibilidad con el significado que Beling otorga al tipo legal como imagen rectora común para los elementos objetivos y subjetivos del tipo de delito, Beling considera que lo que en realidad ocurre en estos casos es que la *lengua* ha jugado una mala pasada: se toman las palabras del texto de la ley penal que describen la correspondiente conducta como si fueran el “*gesetzliche Tatbestand*”. Si esto fuera correcto, aquellas clases de delito respecto de las cuales la ley sólo menciona la etiqueta que les sirve de rúbrica (como, por ejemplo, ocurría en las injurias del § 185 RStGB) carecerían por completo de *Tatbestand*, mientras que lo que ocurre es que éste debe obtenerse a partir de los pensamientos del legislador (*aus dem Gedankenkreise des Gesetzgebers*)⁴⁶¹. Asimismo, Beling recuerda que semejante culto a la literalidad también ha llevado a entender, incorrectamente, que la antijuricidad pertenece al *Tatbestand* en aquellos supuestos en los que aquella palabra se encuentra en el correspondiente párrafo y sólo en estos. En cambio, según aquel autor la imagen rectora común para el injusto y la culpabilidad no depende de si el requisito de la antijuricidad se encuentra o no expresamente destacado en el párrafo correspondiente, y, como tal, todavía no tiene nada que ver con la antijuricidad. Por estas razones, Beling considera que lo que debe hacerse es examinar si las palabras empleadas en el texto de la ley no expresan una imagen representativa "compleja" cuyos elementos debe separar el jurista; en este sentido, el hecho de que se admita que la intención lasciva es un elemento esencial de las acciones “deshonestas” y, por ejemplo, no actúa “de forma deshonesta” el médico que carece de ella, no comporta admitir que

⁴⁶¹ *Vid.* E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 13.

cualquier conducta sea deshonesta por el solo hecho de que se realice con intención lasciva. Por el contrario, la acción debe estar específicamente configurada de tal modo que pueda llegar a considerarse “deshonesta” cuando se realiza con intención lasciva. Aunque sin intención lasciva la acción así configurada no pudiera llegar a designarse como una acción “deshonesta”, deberá poderse establecer su configuración específica, porque sino el propio concepto global “deshonesta” sería algo borroso e indeterminado; en estos casos lo que debe hacerse es designar de otro modo los requisitos de la parte externa de la acción. Así es como –según Beling– se obtendrá el tipo legal de aquella clase de delito, a cuya realización se añadirá la intención lasciva como elemento ulterior del tipo de delito⁴⁶². En su opinión, “de semejante procedimiento sólo puede desconfiar una jurisprudencia literal, que vea en las palabras de la ley el último recurso y no quiera ir más allá de la "vis ac potestas" de la "verba legis"”⁴⁶³.

12. De la concepción del tipo legal que Beling propone en los trabajos que publicó en 1930 y de su distinción frente al tipo de delito, aquel autor extrae también consecuencias para la propia definición del concepto de delito.

En primer lugar, aquel autor señala que si el delito se define como acción que es típica porque supone la realización objetiva del tipo legal, entonces

⁴⁶² Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 13-14 y nota 1, donde este autor hace referencia a los "delitos de expresión" ("*Äußerungsdelikte*") y afirma que también aquí el tipo legal debe elaborarse de tal modo que pueda comprobarse su realización sin que deba otorgarse ninguna relevancia al sentido con el que el sujeto concibe aquello que expresa.

⁴⁶³ E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 14. Vid. también, *op. cit.*, p. 22; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 17. II.1.

la definición general de delito no abarca los supuestos de tentativa, inducción y complicidad. Para que éstos queden comprendidos en el concepto general de delito, la "referencia al tipo legal" (*die Tatbestandsbezogenheit*) debería sustituir al requisito de la tipicidad (*Tatbestandsmäßigkeit*) de la acción⁴⁶⁴.

Sin embargo, Beling reconoce que en la definición del delito como acción referida al tipo legal, antijurídica, culpable, etc... estos elementos aparecen excesivamente desvinculados. Pudiera parecer que entre ellos sólo existiera una relación de coordinación. No se destaca suficientemente que la antijuricidad y la culpabilidad están referidas al tipo legal, que es la imagen rectora del tipo de delito y que, por lo tanto, la acción que realiza el tipo legal sólo puede entenderse que supone la realización del correspondiente tipo de delito cuando, además, es antijurídica y culpable precisamente en tanto que acción típica, y no desde cualquier otro punto de vista. Según Beling, lo que permite aclarar esta relación es la distinción entre el tipo de delito y el tipo legal, la concepción de este último como imagen rectora previa de aquél, y la definición del delito como acción antijurídica tipificada y, como tal, típicamente culpable (*eine Handlung, die typisiert rechtswidrig und entsprechend schuldhaft ist*)⁴⁶⁵.

El propio Beling señala que en esta definición no es necesario hacer referencia a la existencia de una "conminación penal adecuada", pues respecto de aquellas acciones que no están conminadas con pena a pesar de realizar un tipo legal y ser antijurídicas y culpables (v. gr. los daños imprudentes), ya no cabe afirmar que constituyen un tipo de delito previsto

⁴⁶⁴ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 18 y nota 1.

⁴⁶⁵ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 18-19; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 15.II.

en la legislación penal⁴⁶⁶. Aquí puede advertirse el vínculo que Beling realiza entre el tipo de delito y el conjunto de los elementos que identifican la acción delictiva descrita en la ley penal. Esto es lo que explica que aquel autor afirmara que también aquellos elementos externos al tipo legal que configuran el tipo de delito (las "condiciones objetivas de la conminación penal" y "la configuración especial de la culpabilidad") encuentren aquí, en la *Typizität*, su ubicación sistemática⁴⁶⁷. Sólo es necesario completar la definición anterior del delito con una referencia a aquellas circunstancias externas al tipo de delito que constituyen "meras condiciones de punibilidad" o meras "causas de exclusión de la pena"⁴⁶⁸; así, el delito es una "acción antijurídica tipificada y, como tal, típicamente culpable, cuando no concurre una causa legal (de carácter material) de exclusión de la pena"⁴⁶⁹.

En aquella definición, aunque desaparece la referencia directa al tipo legal, éste conserva su importancia dentro del tipo de delito, especialmente en lo que se refiere a la teoría de la "falta de tipo", que –según Beling– abarca los supuestos de tentativa, inducción y complicidad⁴⁷⁰. Asimismo, este autor destaca la importancia práctica de aquel concepto en relación con el método que debe seguirse al analizar un caso de la realidad y subsumirlo en el

⁴⁶⁶ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 19.

⁴⁶⁷ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 19.

⁴⁶⁸ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 19; del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 18.

⁴⁶⁹ E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 19. En el mismo sentido, del mismo autor, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 35.I.

⁴⁷⁰ Vid. E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 19-20.

concepto de delito, pues aquí el orden de las cuestiones que deben analizarse no coincide totalmente con el de las consideraciones que determinan la ordenación de los elementos del concepto teórico de delito, y lo que se requiere es una fórmula dispositiva que se ajuste a aquel fin⁴⁷¹. La nueva definición parte, pues, de los elementos que expresan de forma sintética las exigencias del principio de legalidad y el significado valorativo del aspecto objetivo y subjetivo de la acción delictiva. Beling opta, así, por una definición general del delito que subraya su aspecto valorativo frente a una definición que destaca las diferencias entre los diversos elementos que caracterizan la conducta delictiva.

⁴⁷¹ *Vid.* E. BELING, *L.v.T.*, cit., pp. 20-22. Beling reconoce que, desde el punto de vista práctico, lo primero que hace el jurista es pasar revista al catálogo de las diversas clases de delito (los tipos de delito autónomos) para determinar cual es el que puede haber realizado la conducta que analiza. A partir de aquí, lo primero que debe hacerse es examinar si, en su parte objetiva, la acción realiza el tipo legal del correspondiente tipo de delito, pues el análisis que sigue a continuación depende de la respuesta que se dé a esta primera cuestión, que es independiente del resto de comprobaciones. Si la acción realiza el tipo legal, entonces podrá plantearse de forma plástica la cuestión, todavía no resuelta con la comprobación anterior, de la antijuricidad de la acción típica. Según Beling, la concurrencia de las "condiciones objetivas de punibilidad" del correspondiente tipo de delito puede examinarse inmediatamente después de comprobar la relación entre la acción y el tipo legal o con posterioridad. Lo que este autor niega expresamente es que pueda examinarse lo "subjetivo" antes de comprobar la tipicidad y la antijuricidad de la acción. Y lo niega tanto por razones prácticas, como porque –como ya hemos señalado– considera que la disposición de los elementos desde lo subjetivo hacia lo objetivo no se corresponde con el razonamiento jurídico; se corresponde con la consideración moral de la conducta humana, pero no con el sentido propio del Derecho, que es una regulación inmediata de lo externo en la vida social y sólo se toma en consideración lo interno de forma mediata, desde el punto de vista de su correspondencia con lo externo.

13. Hay un último aspecto de la evolución de la concepción de Beling sobre el tipo legal que merece ser aquí mencionado, a pesar de que también en sus trabajos anteriores es posible encontrar algún precedente. Me refiero al formalismo de su concepción sobre el contenido del tipo, los criterios que deben servir para determinarlo partiendo de la descripción legal de la conducta, y el propio fundamento de la relevancia penal de la conducta típica y de la decisión del legislador penal. De esta cuestión ya nos hemos ocupado parcialmente al hacer referencia a las consecuencias que Beling extrae de la consideración del tipo de injusto como componente del tipo de delito y punto de referencia a partir del cual debe determinarse el contenido de su tipo legal. Lo que me interesa destacar aquí es la respuesta de Beling a aquellos autores que, sobre la base de la función metodológica de ordenación que corresponde al tipo legal, consideraron que su utilización para la determinación del contenido de los preceptos de la legislación suponía una amenaza de "formalismo". Beling responde afirmando que este temor es infundado, pues "el tipo legal hace posible que los problemas se planteen y se ordenen con claridad, pero sin perjudicar en modo alguno a la *ratio legis*, que es un elemento esencial para la interpretación. El tipo legal no es culpable de que la propia ley sea "formal", en la medida en que nos encierra dentro de los límites de los tipos de delito y, así, dentro de los tipos legales, lo cual tiene su *ratio* en la "necesidad de seguridad jurídica"⁴⁷². A lo que Beling no da respuesta es a la cuestión de los elementos comunes a la *ratio* del conjunto de las leyes penales que describen las conductas delictivas. Ni a la cuestión de la *ratio* específica y al fundamento material de los diversos conceptos de la teoría general del delito (autoría, tentativa, realización del tipo, concurso ideal, delito continuado, unidad de acción) que, acertadamente, Beling ordena y plantea partiendo del contenido de los

⁴⁷² E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 22 y nota 1.

tipos legales, pero que luego concreta de forma excesivamente indeterminada o formal. ¡Obras son amores, y no buenas razones!.

14. Finalmente, de manera casi premonitoria, Beling responde a la crítica de que la teoría del tipo legal conduce a una atomización del concepto de delito, de tal manera que a las diversas piezas les faltaría el lazo espiritual. La respuesta que da aquel autor difícilmente podría ser más contundente: “Quien esto afirma pone de manifiesto que siente en su persona la falta de entendimiento de la conexión de los elementos del delito [...] Lo dicho anteriormente ha puesto suficientemente de relieve que la construcción del *Tatbestand* pretende servir a una síntesis más rigurosa”⁴⁷³.

15. A modo de conclusión, podríamos señalar que, pese a introducir el concepto de *Unrechtstypus* en su sistema de la teoría general del delito y subrayar, así, el vínculo existente entre la adecuación de la conducta delictiva a un *Tatbestand* (la *tatbestandsmäßigkeit*) y su condición de conducta antijurídica, Beling continua defendiendo la necesidad de distinguir ambos aspectos de la conducta delictiva. Esta es la razón por la que se opone a la identificación entre el *gesetzliche Tatbestand* y el *Unrechtstypus*. La concepción de Beling sigue caracterizándose, pues, por la voluntad de subrayar el significado autónomo del *Tatbestand* como concepto rector que cumple una función metodológica de ordenación, y de la *tatbestandsmäßigkeit* de la conducta delictiva. Pero continúa sin aclararse su fundamento, más allá de la referencia a la decisión del legislador y su relación con el carácter antijurídico de la conducta típica. Es importante señalar, sin embargo, que esto es lo que permite a Beling considerar que la realización del *Tatbestand* hace referencia

⁴⁷³ E. BELING, *L.v.T.*, cit., p. 22.

exclusivamente a los elementos externos del delito porque, éstos son los que, en su opinión, contribuyen a determinar la antijuricidad de la conducta⁴⁷⁴.

Lo que caracteriza *Die Lehre vom Tatbestand* frente a las obras anteriores es, sin embargo, el esfuerzo de Beling por poner de manifiesto la conexión e interdependencia entre las diversas características de la conducta delictiva y, particularmente, entre la *tatbestandsmäßigkeit* y la antijuricidad.

El *Unrechtstypus* es el concepto que hace posible expresar y poner de manifiesto el vínculo y la interdependencia entre la *tatbestandsmäßigkeit* y la antijuricidad de la conducta delictiva, en la medida en que la realización del tipo sería el primero de los presupuestos y el punto de partida para comprobar el carácter antijurídico de la conducta y considerarla penalmente relevante. Las consecuencias de esta interdependencia se manifiestan en un doble sentido; en primer lugar, en orden a la determinación del contenido de los diversos *Tatbestände* y, en segundo lugar, en orden a poner de manifiesto que sólo posee relevancia penal la conducta antijurídica que lo es en tanto que conducta que realiza un tipo legal. Lo primero permite aclarar el significado de los “elementos normativos” en el marco de una concepción “descriptiva” del *Tatbestand* y abandonar la consideración de aquéllos como elementos de la antijuricidad. Lo segundo encaja perfectamente con la consideración del *gesetzliche Tatbestand* como concepto a través del cual se determina el significado penal de una acción.

Más discutible resulta la consecuencia que Beling extrae de la consideración de la conducta típica y antijurídica como *Unrechtstypus* en orden a la ubicación de las condiciones objetivas de la conminación penal en este concepto. (¿?) En efecto, pese a que las condiciones objetivas de la

⁴⁷⁴ Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., p. 81; H von WEDEL SchwZStr. 45 (1931), pp. 374-378.

conminación penal no condicionan el carácter antijurídico de una conducta, la concurrencia de aquellas sí determina, en ocasiones, la existencia de la clase de hecho antijurídico al que la ley penal vincula la imposición de una pena y esta es la razón por la que, entonces, Beling las incluye en el *Unrechtstypus*. La relevancia de las condiciones objetivas en la configuración de algunos *Deliktstypus*, su condición de circunstancias objetivas y, sobre todo, la limitación del contenido del *gesetzliche Tatbestand* a los elementos externos con relevancia para la determinación de la culpabilidad del sujeto, esto es, la consideración del *Tatbestand* como imagen rectora *común* a la parte externa y a la parte interna del delito explican su ubicación en el *Unrechtstypus*. Adviértase que, sin embargo, es distinto el modo en que el tipo sirve de imagen rectora a los elementos objetivos y a los elementos subjetivos del tipo de delito. Y también es distinto el modo en que sirve de imagen rectora para el dolo y la imprudencia, por un lado, y los otros elementos subjetivos, por otro. Lo cierto es que la concepción que Beling defiende del tipo como imagen rectora común para los diversos elementos del delito no resulta muy convincente, especialmente si se tiene en cuenta que, en su opinión, el carácter doloso o imprudente de una conducta no depende exclusivamente de si la representación que el sujeto se hizo del hecho es la que se corresponde con el tipo legal que realiza. Y si, además, se tiene en cuenta que la consideración como elementos del tipo legal del dolo y la imprudencia referidos a sus elementos objetivos del tipo, así como de los "elementos subjetivos del tipo" no afectaría necesariamente a la consideración del tipo como concepto metodológico de ordenación. Las razones de fondo por las que Beling mantiene un concepto objetivo de tipo son las mismas que en sus anteriores trabajos: el concepto objetivo de antijuricidad y la consideración unitaria de todos los elementos que

determinan el carácter culpable de una conducta y de los que depende la distinción entre su carácter doloso o imprudente.

Lo acabado de decir enlaza con el análisis de las consideraciones de Beling acerca de los elementos subjetivos y el carácter objetivo del *Tatbestand*, la antijuricidad y el *Unrechtstypus*. Este autor rechaza la inclusión de elementos subjetivos en el *Tatbestand* apoyándose en una concepción objetiva de la antijuricidad y en la función que asigna al *Tatbestand* como imagen rectora de la parte objetiva y la parte subjetiva del delito. En este sentido, afirma que la inclusión de elementos subjetivos en el *Tatbestand* constituye un error sistemático. Esto resulta sumamente discutible, salvo que –como hace Beling– se parta de la premisa según la cual la antijuricidad expresa el desvalor de la parte externa del hecho y la culpabilidad el desvalor de la parte interna, y se entienda que dicha premisa impide ubicar en la antijuricidad elementos de naturaleza subjetiva⁴⁷⁵. Sin embargo, la inclusión de elementos subjetivos en el *Tatbestand* no implica que los mismos deban formar parte del contenido objetivo del hecho, ni tampoco implica que en los delitos dolosos la conciencia y voluntad del sujeto deba extenderse a la concurrencia de tales elementos subjetivos. Que esto sea absurdo no refuerza el concepto de *gesetzliche Tatbestand* que Beling proponía, ni la tesis de hacer depender su contenido de la teoría del error, y no del principio de legalidad o de su función metodológica de ordenación de la teoría general del delito. La consideración del *Tatbestand* como imagen rectora no excluye, en absoluto, que la referencia al mismo de la parte objetiva y la parte subjetiva de un hecho deba entenderse en el sentido de la posibilidad de subsumirlas en la parte objetiva y subjetiva del *Tatbestand*, respectivamente. Por otra parte, el hecho de que para los delitos dolosos deba admitirse, de acuerdo con el § 59 StGB, que el

⁴⁷⁵ Vid. H. von WEDEL, SchwZStr. 45 (1931), p. 377.

contenido de la conciencia y voluntad se determinen sobre la base de los elementos objetivos del *Tatbestand* no excluye que el contenido de éste pueda estar compuesto, además, por elementos subjetivos.

La consideración de que el *Tatbestand* sólo se compone de elementos objetivos responde, fundamentalmente, a la identificación entre el contenido del mismo y el sentido en el que utiliza esta expresión el § 59 StGB. Esta es una opción, pero no es la única posible⁴⁷⁶. Es importante señalar que, a diferencia de lo que Beling quiere dar a entender, ni siquiera es la que mejor se ajusta a la consideración del *Tatbestand* como concepto a través del cual se determinan los rasgos característicos de una conducta, función que Beling sigue atribuyendo al *Tatbestand* cuando afirma su carácter descriptivo y se opone a identificar el *gesetzliche Tatbestand* y el *Unrechtstypus*.

A pesar de esto, en relación con el contenido del *Tatbestand* –no en relación con el contenido del tipo de delito⁴⁷⁷– Beling ignora por completo la trascendencia del aspecto interno de la conducta para la caracterización de la misma como conducta de una determinada clase, esto es, como elemento que no sólo determina la culpabilidad del autor, sino que, además, caracteriza e individualiza las conductas penalmente relevantes. Este autor parte de que para la caracterización de una conducta como conducta penalmente relevante –esto es, sin entrar a considerar su relación con las

⁴⁷⁶ Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 80-81; este autor destaca las diferencias entre el punto de partida de Beling y el de los autores (Hegler, Sauer, Mezger) que defendían la teoría de los elementos subjetivos del tipo; *Vid.* también H. von WEDEL, SchwZSr. 45 (1931), pp. 374-377; Eb. SCHMIDT, JW 1931, pp. 189-190.

⁴⁷⁷ Es más, en buena medida la distinción entre ambos conceptos responde, precisamente, a la relevancia que los elementos subjetivos y las condiciones objetivas de la conminación penal poseen en la caracterización legal de las conductas delictivas.

normas derivadas del conjunto del Ordenamiento jurídico— basta con atender al aspecto externo de la misma; la trascendencia del contenido interno de la conducta delictiva se reduce, según Beling, al análisis valorativo del mismo desde el punto de vista del Derecho, concretamente, a la comprobación del desvalor del aspecto interno de la conducta delictiva exigido por el significado retributivo de la pena.

Como ya hemos señalado, resulta, sin embargo, insatisfactorio considerar —como hace Beling— que para la teoría general del delito la parte interna del hecho sólo tiene relevancia en la medida en que posee aquel significado valorativo vinculado al concepto de culpabilidad, exigido por la naturaleza retributiva de la pena y determinado desde el punto de vista del conjunto del Ordenamiento jurídico.

En definitiva, los conceptos de tipo de delito y tipo legal que Beling propuso en sus últimos trabajos vienen a ser una construcción algo forzada que parte de la descripción legal de las conductas delictivas. El primero se adapta al deseo de vincular esta descripción legal con los presupuestos y el desvalor inherentes al carácter antijurídico y culpable de las conductas delictivas, que vendría exigido por la naturaleza retributiva de la pena. El segundo se adapta a la utilización que el § 59 RStGB hacía de la expresión tipo legal para distinguir el contenido interno de los delitos dolosos y el de los delitos imprudentes⁴⁷⁸, y al vínculo existente entre la decisión del legislador penal y algunos de los presupuestos que determinan el carácter antijurídico de la conducta que aquél ha configurado en la ley penal. Por lo demás, el que ambos conceptos prescindan de las que Beling denomina

⁴⁷⁸ Esto es lo que excluye del tipo legal a los elementos subjetivos y a las condiciones objetivas de la conminación penal, lo cual da lugar a que, ocasionalmente, Beling distinga entre el contenido del tipo legal y el contenido del tipo especial. *Vid.*, por ejemplo, E. BELING, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 17.II.

como causas materiales de exclusión de la pena permite distinguirlos del concepto general de delito o "tipo general"⁴⁷⁹. Se pone así de manifiesto que –a diferencia de los conceptos de antijuricidad y culpabilidad– *el concepto de tipo es, en sí mismo, un concepto indeterminado, cuya delimitación depende de la relación que se establezca entre su contenido y el del resto de los elementos que definen la conducta delictiva, y cuya trascendencia radica en servir de punto de partida para la definición de ésta y para la delimitación de las conductas penalmente relevantes*. Como ya hemos señalado, esta es la clave para entender la discusión sobre la relación entre el concepto y el contenido del tipo con los presupuestos que determinan el carácter antijurídico de la conducta delictiva, y sobre el carácter objetivo o subjetivo de los elementos que caracterizan la conducta típica, esto es, sobre la relevancia del contenido de la voluntad del autor para determinar la tipicidad de su conducta. *Ninguno de los argumentos que Beling ofrece para rechazar otras concepciones del tipo resultan satisfactorios*. Ni su supuesta incompatibilidad con el contenido del § 59 RStGB, que excluiría a los elementos subjetivos y a las condiciones objetivas de la conminación penal. Ni la "relación de sentido" que, desde un punto de vista teleológico existe entre la descripción y configuración externa de la conducta delictiva que realiza el legislador penal y los presupuestos de su carácter antijurídico, esto es, la relación entre la decisión del legislador y la regulación que, partiendo de su configuración externa, el Ordenamiento jurídico realiza de la conducta que aquél ha descrito. Estos argumentos sólo ponen de manifiesto el "juego de equilibrios" que Beling se ve obligado a realizar entre distintos puntos de partida que podrían servir para delimitar el concepto de tipo: el principio de

⁴⁷⁹ En este sentido, vid., por ejemplo, E. BELING, *Grundzüge ...*, 11. ed., 1930, § 16.VI.

legalidad, el significado valorativo que subyace en la descripción legal de la conducta delictiva, la regulación del error y la referencia al tipo legal que contenía el § 59 RStGB, y el significado metodológico de ordenación de la teoría general del delito que cabe atribuir al tipo penal. En realidad, lo que está en juego en las últimas propuestas que Beling realizó sobre la teoría del tipo no es otra cosa que el intento de superar las críticas al formalismo que caracteriza sus primeros trabajos⁴⁸⁰, y el mantenimiento de los presupuestos valorativos que subyacen en la ordenación y la caracterización que este autor hace de los elementos con los que define el concepto de delito, especialmente en lo que se refiere al significado de los elementos subjetivos y personales de una acción, frente al significado de su configuración externa, sus resultados y la valoración (intersubjetiva) del contexto objetivo en el que se realizó la acción.

⁴⁸⁰ Refiriéndose a la undécima edición del *Grundzüge des Strafrechts* de Beling, Eb. Schmidt mantiene todavía las críticas basadas en el formalismo de la construcción de aquel autor; *vid.* Eb. SCHMIDT, JW 1931, pp. 189-190.

SEGUNDA PARTE

**LA EVOLUCION DE LA TEORIA PENAL DEL
TIPO A TRAVES DE LOS AUTORES
NEOKANTIANOS**

CAPITULO V

LA INFLUENCIA DE LA METODOLOGIA NEOKANTIANA EN LA EVOLUCION DE LA TEORIA PENAL DEL TIPO

“Hace una generación, cuando publiqué la primera parte de mi libro sobre los límites de la construcción de conceptos en las ciencias naturales, mi opinión de que el *problema valorativo* es también decisivo en la teoría metodológica se consideró en general como paradójico [...] Hoy, la base valorativa de las ciencias culturales más bien aparece casi como "evidente"”. H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), p. 13.

I. Introducción

1. Siguiendo a Class, puede afirmarse que en la década posterior a la publicación de *Die Lehre vom Verbrechen* la doctrina penal se ocupó preferentemente de cuestiones político-criminales y de las teorías de la culpabilidad y de la antijuricidad; en relación con la teoría del tipo mantuvo, en general, una postura de pasividad crítica⁴⁸¹. No obstante, partiendo de premisas distintas a las que Beling adoptó en aquella obra, otros autores formularon conceptos diversos de tipo. Cabe destacar aquí las propuestas de Binding⁴⁸² y Baumgarten⁴⁸³. Ambas tienen en común el

⁴⁸¹ Vid. W. CLASS, *Grenzen ...*, cit., p. 71; vid. también E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., p. 11.

⁴⁸² Vid. K. BINDING, "Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. Studie für das künftige Strafgesetzbuch", en GS, 76 (1910), pp. 1-86.

hecho de considerar, con fundamentaciones diversas, que la antijuricidad debe considerarse un elemento del tipo.

2. M. E. Mayer es el autor que impulsa la evolución del concepto de tipo *partiendo de la propuesta de Binding* de distinguir entre la cuestión relativa a la caracterización legal del aspecto externo de la conducta delictiva, la cuestión relativa a su carácter antijurídico y la relativa a su carácter culpable⁴⁸⁴.

Para un resumen del tipo objetivo de delito de Binding *vid.* H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 31-32; este autor señala que el concepto de Binding no se ha impuesto, aunque lo aceptara Nagler y, parcialmente, Allfeld. En relación con la concepción que Binding tenía de la antijuricidad y la interesante evolución que experimentó su pensamiento, *vid.* F. MOLINA FERNANDEZ, *Antijuricidad penal ...*, cit., pp. 245 y ss, 301 y ss.

⁴⁸³ *Vid.* A. BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1920. Realiza un resumen y un análisis de la teoría de los elementos negativos del tipo de Baumgarten, H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 33-40.

⁴⁸⁴ Según Jiménez de Asúa (*Tratado ...*, cit., t. III, p. 756), “Sin el genial *Lehrbuch* de Max Ernst Mayer, la doctrina del tipo legal no hubiera conseguido el fructífero desempeño que al fin logra [...]. A este libro, uno de los más geniales que se han escrito sobre nuestra disciplina, se debe el prestigio que cobró la doctrina del "tipo legal"”. Sobre la trascendencia de la aportación de M.E. MAYER y su proximidad con el planteamiento de Binding, *vid.* también las consideraciones de H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 40-41 y 46; y J. A. RODRIGUEZ MUÑOZ, *Notas ...*, cit., pp. 162-163.

Antes de publicar su Tratado sobre la parte general del Derecho penal alemán, M. E. Mayer ya había publicado una elogiosa reseña de *Die Lehre vom Verbrechen*; *vid.* M. E. MAYER, ZStW núm. 10 (1906), pp. 799-802, especialmente pp. 799 y 802.

En su Tratado, este autor se pronunció de modo especialmente crítico en relación con las propuestas de Binding y Baumgarten; *vid.* M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. ed. (sin modificaciones), 1923, p. 9, nota 20: “Biding [...] enseña que la antijuricidad es el elemento del tipo (*Tatbestandsmerkmal*) más importante (y construye a partir de aquí especialmente la interpretación del § 59).

La aportación a la teoría del tipo que M.E. Mayer realiza en su Tratado sobre la parte general del Derecho penal alemán⁴⁸⁵ sienta las bases de una evolución sobre la caracterización de este concepto y la articulación sistemática de los presupuestos del delito que corre paralela a la evolución personal de Beling, pero que conviene exponer y analizar por separado porque conduce a resultados diversos y, además, desde el punto de vista metodológico, representa la superación de la perspectiva formalista en la construcción sistemática de la teoría general del delito. Esta es la razón por la que hemos decidido exponer su pensamiento después de haber ofrecido una visión global de la obra de Beling.

3. Desde el punto de vista metodológico, la evolución del concepto y la teoría del tipo que Beling introdujo en el año 1906 coincide con la progresiva superación de las corrientes metodológicas que acentúan el aspecto lógico-formal de la construcción sistemática en favor de las corrientes que subrayan la trascendencia del significado material de las diversas categorías del sistema. Se trata de la concepción metodológica neokantiana de la “Escuela sudoccidental alemana” o “de Baden”, que

Todavía no he podido entender cómo esta opinión puede acomodarse a la distinción que Binding realiza entre la norma y la ley penal; y es muy significativo que precisamente los partidarios de Binding estimulen la separación entre antijuricidad y tipicidad [...]- Recientemente Baumgarten ha prestado el peor servicio a la estructura de la teoría del delito para conservar la claridad alcanzada con gran esfuerzo; la tesis principal de su libro es que la antijuricidad se incorpora al tipo”.

⁴⁸⁵ La primera edición del *Lehrbuch* de M.E. Mayer apareció el año 1915. Posteriormente, en el año 1923 aparecería una segunda edición que no presentaba ninguna modificación respecto de la anterior.

destaca el aspecto valorativo de las categorías a través de las cuales se articula sistemáticamente el objeto de la ciencia jurídica⁴⁸⁶.

La evolución histórica del concepto de tipo y de la teoría general del delito posterior a la publicación de *Die Lehre vom Verbrechen* está fuertemente determinada por la evolución de las tendencias metodológicas que tiene lugar en el ámbito de la filosofía y la teoría general del Derecho. En la ciencia penal, los tratados de M.E. Mayer y E. Mezger son una buena muestra de aquella evolución⁴⁸⁷. Pese a las diferencias existentes en la concepción de ambos autores, sus tratados proporcionan una visión global de la transformación que experimenta la teoría general del delito como consecuencia de las críticas que se formularon a la metodología positivista y de la evolución que experimentó el neokantismo a principios del siglo veinte.

Ya hemos apuntado la relación entre la teoría general del delito de Beling y el planteamiento metodológico de la corriente positivista, por un lado, y el de la corriente neokantiana de Stammler y la Escuela de Marburgo, por otro. Para entender mejor el origen y la trascendencia de los planteamientos de M.E. Mayer, E. Mezger y otros autores que pueden adscribirse a la corriente neokantiana de la “Escuela sudoccidental” o “de Baden” es conveniente que, antes de exponer su concepción sobre la teoría general del delito y el concepto, el significado y la función que atribuían al tipo, exponamos los rasgos generales de la discusión metodológica que, en el ámbito de general de la filosofía, y también en el de la filosofía y la teoría

⁴⁸⁶ Vid., de momento, M.E. MAYER, *Filosofía del Derecho* (trad. de Legaz Lacambra, de la segunda edición alemana aparecida en el año 1926), 1937, *passim*.

⁴⁸⁷ También merecen ser destacados los tratados de Sauer y Zimmerl. Vid. W. SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921; del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1949; L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930.

del Derecho, tuvo lugar en Alemania entre la primera década del siglo veinte y los años treinta.

II. Breve referencia a la metodología positivista

4. Ya hemos señalado que el positivismo jurídico dominante durante la segunda mitad del siglo diecinueve se caracterizó por la identificación entre la ciencia jurídica y el estudio del Derecho positivo entendido como un objeto perfectamente delimitado. Aquélla se concibió como un proceso meramente cognoscitivo referido a éste, facilitado por el recurso a conceptos y categorías generales y abstractos, articulados sistemáticamente. Esto supuso el abandono del estudio de las cuestiones valorativas, que se consideraban externas al conjunto de la regulación jurídica positiva. En este sentido, se produce una separación entre el objeto de la ciencia jurídica –el estudio del Derecho positivo– y el estudio de las cuestiones valorativas, a las que se asigna un carácter filosófico extrajurídico y se les niega, incluso, valor científico. El objeto de la ciencia jurídica se circunscribe al estudio del Derecho positivo, de las proposiciones jurídicas que lo componen, prescindiendo, al menos en principio, de consideraciones sobre el fin de las mismas y su significado valorativo. La labor de la ciencia jurídica se limita a la ordenación, en un sistema cerrado, cuya articulación tiene lugar con arreglo a criterios fundamentalmente lógico-formales, del Derecho positivo y de los conceptos generales obtenidos inductivamente a partir de las proposiciones que lo componen, consideradas como normas con una singularidad propia y plena autonomía frente al resto de normas de carácter social, moral, religioso, etc...⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸*Vid.*, por ejemplo, R. STAMMLER, *Lehrbuch...*, cit., pp. 10-12, donde este autor realiza una exposición y una crítica del método de la teoría general del derecho; G.

En el ámbito del Derecho penal, este planteamiento metodológico y su concepción del estudio del Derecho da lugar a una ordenación sistemática de los elementos del delito de carácter cerrado, “puramente jurídico”,

RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 13-14, 32 y ss.; este autor señala que “No se investiga ya más en la realidad del derecho el valor jurídico, antes bien se declara anticientífica toda consideración valorativa del derecho y hay que limitarse conscientemente a la investigación empírica del mismo. El lugar de la Filosofía del Derecho lo ocupa la *Teoría general del Derecho*, el más alto edificio de la ciencia jurídica positiva, que tenía por tarea investigar los conceptos jurídicos más generales, comunes a las diversas disciplinas jurídicas... Todo lo más habría que mencionar a la teoría general del derecho como la eutanasia de la filosofía jurídica, si no fuera porque también en ella irrumpe, casi contra su voluntad, la inextirpable apetencia filosófica. Los preceptos jurídicos que desarrolló son, en su mayor parte, conceptos que no puede demostrarse hayan sido simplemente inducidos de lo común a todas las ordenaciones jurídicas, sino tales que pueden ser conocidos *a priori* como válidos para toda ordenación jurídica que pueda pensarse [...] no son posesión casual de algunas o todas las ordenaciones jurídicas, sino supuestos necesarios para comprender una ordenación jurídica como tal orden de *derecho*. Semejantes conceptos no pertenecen a una teoría general del derecho empírica, sino a una filosofía del derecho positivo –desde luego, sólo del derecho positivo–. Obtenidos por una análisis crítica del derecho positivo, no pueden nunca, rompiendo el círculo del derecho positivo, llevar a una valoración de ese derecho positivo. También pertenecen, sin embargo, a una consideración valorativa, pero el objeto de ésta no lo forma el derecho, sino el conocimiento del derecho; el problema que se plantea no es cuándo un derecho es justo, sino cómo un derecho puede ser aprehendido con certeza. Pertenecen, pues, a la teoría del conocimiento jurídico, a la filosofía teórica, pero no a la filosofía del derecho considerada como una rama de la filosofía práctica” (*op. cit.*, pp. 33-34 y nota 10; subrayados en el original); H. WELZEL, “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”, en *Abhandlungen ...*, cit., pp. 29 y ss.; S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 208 y ss.; L. RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico (La filosofía del Derecho en el siglo XX)*, 1929, p. 11-14, 40 y ss.; J. M. SILVA SANCHEZ, *Aproximación ...*, cit., pp. 51-54; K. LARENZ, *Metodología ...*, cit., pp. 57 y ss.; A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penales*, 1966.

basada en criterios lógico-formales⁴⁸⁹, que prescinde de cualquier referencia fundamental a las finalidades del Derecho⁴⁹⁰ o a concepciones éticas o morales sobre la responsabilidad, y toma como punto de partida un concepto general y formal de antijuricidad, vinculado al concepto general y formal de Derecho y a la idea de unidad del Ordenamiento jurídico⁴⁹¹. Se

⁴⁸⁹ Vid. H. WELZEL, "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", en *Abhandlungen ...*, cit., pp. 65-69.

⁴⁹⁰ Vid. H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 112-113 y 118-119. Este autor afirma (*op. cit.*, pp. 118-119): "En la dirección positivista que siguió y se opuso al Derecho natural, el conocimiento de la estructura teleológica de la sistemática formal del Derecho penal pasó a un segundo término. Pues una construcción sistemática que tenía en su base valores y fines debía aparecer como no jurídica en una época unilateralmente legal-positivista [...]. Mucho más tarde, impulsada por *Ihering*, empezó de nuevo en la sistemática jurídico-penal, de forma paulatina, una forma de consideración referida a valores que se oponía a la sistemática positivista dominante [...]. *Hegler* fue el primero que lo reconoció y expresó en toda su extensión. Se opuso, así, al tradicional y entonces todavía totalmente dominante método positivista de sistematización, que creía poder mostrar el sistema del Derecho penal con ayuda de una ordenación lógico-formal de la materia. Semejante proceso, como se plasmó, por ejemplo, en la teoría tripartita de *Beling* no se podía ajustar a la estructura interna del Derecho penal; pues, sin tomar en consideración la estructura referida a valores del Derecho penal, nunca podía conseguir aprehender en su sentido interno las formas en las que aparecen los pensamientos jurídico-penales. Por esta vía podía llegar a una agrupación y ordenación arbitrarias del contenido jurídico-penal, pero no a un sistema *correcto*" (subrayados en el original).

⁴⁹¹ Vid., por ejemplo, F. von LISZT, "Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindischen Handbuche", en *Strafrechtliche Aufsätze ...*, cit., t. I, pp. 212-251, especialmente, pp. 212-222; del mismo autor, "Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft", en *Strafrechtlicher Aufsätze und Vorträge*, 1908 [reimp. de 1970], t. II, pp. 284-298, donde este autor divide en tres grandes grupos la labor que corresponde a la ciencia del Derecho penal: la labor pedagógica (donde incluye la dimensión lógico-sistemática de la ciencia del Derecho penal), la labor propiamente científica (que v. Liszt vincula a la explicación causal del delito y de la pena, de acuerdo con el método de las ciencias naturales) y la labor política o, más exactamente,

trata, como hemos visto, de un concepto de Derecho ajeno a cualquier consideración valorativa “extrajurídica” que pudiera derivar del establecimiento de algún vínculo entre las normas jurídicas del Derecho positivo vigente y las normas sociales o morales. Fuera del marco de la discusión sobre la reforma del Derecho penal vigente y su orientación político-criminal, las únicas referencias valorativas, cuando,

político-criminal (vinculada al desarrollo legislativo de la lucha contra la delincuencia, con arreglo a fines); la consideración filosófica la rechaza v. Liszt en los siguientes términos (*op. cit.*, p. 297): “Una consideración filosófica que no se contente en ver la justificación de la pena en su necesidad para el mantenimiento del Ordenamiento jurídico y, con ello, del propio conjunto de la vida social, y que, por el contrario, más allá del Estado y el Derecho busque en lo absoluto un punto firme en el que querer apoyar el soberbio edificio de una ciencia *a priori* del Derecho penal, semejante consideración la rechazo yo rotundamente. Cae más allá del ámbito de la ciencia del Derecho penal, de la ciencia del Derecho, y de la propia ciencia [...]. Lo que se esconde detrás del espacio y el tiempo de nuestra estúpida mirada podemos, debemos creerlo, esperarlo, amarlo; pero no podemos conocerlo científicamente [...]. Dentro del mundo de los fenómenos todavía tenemos trabajo de sobra, trabajo evidentemente duro, pero por ello necesario”; sobre esta última cuestión, *vid.* asimismo, del mismo autor, *Strafrechtliche Aufsätze ...*, cit., t. I, pp. 214- 215. *Vid.* también del mismo autor, *Lehrbuch ...*, cit., p. 118, donde señala que la anterior determinación del concepto de injusto pretende tener vigencia para todos los ámbitos del Derecho. Cfr. E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 54-55, 69-71; este autor pone de manifiesto la necesidad de matizar la relevancia del principio de unidad del Ordenamiento jurídico en relación con la construcción penal de conceptos, esto es, respecto de la determinación del contenido de las expresiones contenidas en las proposiciones jurídico-penales.

Sobre el planteamiento positivista de F. v. Liszt, y A. Merkel, *vid.* E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 37 y ss. Respecto de v. Liszt, *vid.* también la crítica de M. GRÜNHUT, "Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft", en *Festgabe für Reinhard von Frank*, 1930 [reimp. de 1969], t. I, pp. 3-4; G. RADBRUCH, "Zur Systematik der Verbrechenslehre", en *Festgabe für Reinhard von Frank*, cit., t. I., pp. 160-163 (destacando las diferencias existentes entre la perspectiva metodológica de v. Liszt y la de Beling); H. WELZEL, "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", en *Abhandlungen ...*, cit., pp. 51 y ss., especialmente, pp. 65-69.

excepcionalmente, se reconocen, se vinculan a los criterios y el significado valorativo que subyacen al propio Derecho positivo⁴⁹² y, en este sentido, son referencias valorativas de significado exclusivamente jurídico y de carácter puramente interno⁴⁹³. Tales referencias valorativas constituyen o bien referencias teleológicas en el marco de un sistema cerrado, vinculadas a la “ratio legis”, al objeto de protección (*Schutzobjekt*), al fin (*Zweck*), o al bien jurídico de cada una de las proposiciones jurídicas concretas que forman el Ordenamiento jurídico y cuya trascendencia se limita a la labor interpretativa de su contenido⁴⁹⁴, o bien se trata de referencias valorativas poco precisas vinculadas a las categorías del sistema que agrupan los elementos cuya realización da lugar a alguna consecuencia jurídica, v. gr. el concepto de delito, o el concepto de antijuricidad⁴⁹⁵.

⁴⁹² Vid., por ejemplo, E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., p. 67.

⁴⁹³ Vid., por ejemplo, F. von LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze ...*, cit., t. I, pp. 214-216, 222-223.

⁴⁹⁴ Vid. E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 18-19, 21 y ss., 27 y ss., 47 y ss, 59 y ss, 67 y ss. y *passim*, especialmente la exposición de la evolución histórica del concepto de bien jurídico en las pp. 27 y ss. Este autor subraya la relevancia que v. Liszt y Binding concedieron al concepto de bien jurídico y pone constantemente de manifiesto la coincidencia entre su planteamiento, el de Binding y el de la jurisprudencia del *Reichsgericht*. Vid. también E. SCHWINGE - L. ZIMMERL, *Wesenschau ...*, cit., p. 71, donde estos autores rechazan que la justificación de la teoría del bien jurídico deba vincularse a la concepción metodológica de la Escuela Sudoccidental.

⁴⁹⁵ Ciertamente, en todas las concepciones sobre el Derecho subyace alguna consideración sobre su dimensión valorativa. Las diferencias entre las corrientes metodológicas radican, fundamentalmente, en la consideración autónoma y expresa, o no, que se haga de dicho aspecto normativo (valorativo), en el contenido y significado que se le dé, y en la relevancia que se le reconozca en la labor de articulación sistemática del Derecho y en las consideraciones dogmáticas vinculadas a la

III. La superación del positivismo

5. En el ámbito general de la filosofía, a finales del siglo diecinueve y, sobre todo, a principios del siglo veinte, se inicia el abandono del positivismo o, por lo menos, surgen diversas corrientes de pensamiento que pretenden matizar sus postulados acerca de los límites de la labor científica, de su fundamentación epistemológica y de su método⁴⁹⁶. En esta dirección se sitúa la obra de Dilthey⁴⁹⁷ y la de los autores neokantianos. De ellas se

determinación de su contenido. La decisión sobre estas tres cuestiones, que están fuertemente interrelacionadas, es lo que determina las diferencias entre las diversas corrientes metodológicas. El propio Welzel ("Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", en *Abhandlungen ...*, cit., p. 122, nota 8) reconoce que nunca ha existido un positivismo puro y que el "positivismo", "naturalismo" y similares son sólo tipos históricos ideales. Por otra parte, no es difícil encontrarse con que algunos autores que, en principio, otorgan relevancia a la dimensión material de las diversas categorías de la teoría general del delito renuncian, no obstante, a otorgarles relevancia para resolver cuestiones concretas que no han sido resueltas con nitidez por parte del legislador (en este sentido, *vid.*, por ejemplo, respecto del tratamiento del exceso intensivo en la legítima defensa, M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 282-283), o para ampliar las causas de exclusión de la responsabilidad penal previstas expresamente por el legislador (*vid.*, por ejemplo, respecto del estado de necesidad exculpante, M.E. MAYER, *op. cit.*, pp. 310-313).

⁴⁹⁶ Cfr., de momento, S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 231 y ss.

⁴⁹⁷ Sobre los antecedentes y el contexto filosófico en el que se sitúa la obra de Dilthey, *vid.* J. MARIAS, "Introducción a la filosofía de la vida", en su traducción de W. DILTHEY, *Teoría de las concepciones del mundo*, 1988 (reimp. de 1994), pp. 9 y ss.; *vid.* también H.-U. LESSING, Introducción a W. DILTHEY, *Crítica de la razón histórica* (trad. de C. Moya Espí), 1986, pp. 20-21.

De la biografía de Dilthey, conviene recordar aquí que en 1882 sucedió a L. Lotze en la cátedra de filosofía de la Universidad de Berlín, que le fue ofrecida el 10 de julio.

ha dicho que están condicionadas por la dependencia del positivismo y su lucha con él⁴⁹⁸.

En relación con la obra de Dilthey, J. Marías ha afirmado que en ella “se unen y traban de modo peculiar la metafísica, la psicología y la historia; de manera tan sutil y poco explícita, que durante mucho tiempo no se ha advertido la presencia de la primera y sólo se ha considerado su aportación capital a las dos últimas. Pero Dilthey no hizo, en sentido riguroso, ni una teoría de la vida, ni una doctrina histórica, ni un sistema. Lo que hizo fue menos y más; tomar contacto con la realidad de la vida, de un modo desusado y más pleno que nadie antes que él [...]. Todos los hombres viven en la historia, pero muchos no lo saben. Otros saben que su tiempo *será* histórico, pero no lo viven como tal. Dilthey nos trajo el *historicismo*, que es desde luego una doctrina, pero antes un modo de ser: la *conciencia histórica*, tratando de quitarle al término conciencia su matiz intelectualista y doctrinal”⁴⁹⁹. Dilthey puso de relieve que “no sólo el hombre

⁴⁹⁸ En este sentido, *vid.*, de momento, J. MARIAS, *Introducción ...*, cit., p. 26. Acerca de la discusión sobre si la filosofía del Derecho neokantiana fue o no una teoría complementaria del positivismo jurídico, y en qué sentido lo fue, *vid.*, de momento, S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 240 y ss.

⁴⁹⁹ J. MARIAS, *Introducción ...*, cit., pp. 26-27. Este autor considera que esto tiene una relación estrecha con el escepticismo que provoca el antagonismo de las ideas y los sistemas; la visión de la historia como un “inmenso campo de ruinas” conduce a una actitud que excluye todo lo *definitivo*. Asimismo, Marías recuerda (*op. cit.*, p. 27) que, por el contrario, también “[h]a habido largas épocas en que el hombre contemplaba muchas cosas aparte del tiempo, como dotadas de cierta validez intemporal [...]. Pero aun en las edades menos serenas y seguras, y precisamente en las que significaban una ruptura con las normas anteriores, se afirmaba el presente como *lo nuevo* y al mismo tiempo como *lo válido* sin más restricción” (subrayado en el original). Como señala aquel autor (*op. cit.*, p. 30), “Dilthey rechaza todo absolutismo del intelecto y encuentra en la historia la superación del escepticismo que la historia misma había provocado. La pretensión de absoluta validez es lo que hace que la historia de los sistemas sea un

está en la historia, no sólo *tiene* historia, sino que *es* historia; la historicidad afecta al mismo ser del hombre”⁵⁰⁰. En este sentido, aquel autor consideraba que todo hombre histórico tiene lo que él llamaba una concepción del mundo (*Weltanschauung*), de la cual la filosofía, la religión, el arte, la ciencia, las convicciones políticas, jurídicas o sociales son elementos, ingredientes o manifestaciones. Pero la concepción del mundo del hombre histórico no es primariamente una construcción mental sino que, como tal, es algo previo y anterior, que tiene como presupuesto general la realidad de la vida misma, la cual sólo puede entenderse desde la propia vida. El conocimiento no puede retroceder por detrás de la vida. Por todo ello, Dilthey consideraba que su método ha de ser descriptivo y comprensivo, no explicativo y causal. Y que su forma debe ser la interpretación o hermenéutica. Es así como, mediante el descubrimiento de la vida en su dimensión histórica, considerada como una totalidad –no como la individualidad de cada uno– que se presenta como un complejo de relaciones vitales entre las que existe una conexión o interdependencia, Dilthey renueva el sentido de la psicología de su tiempo y, a la vez, el de la ciencia histórica, y trata de dar una fundamentación a las ciencias del espíritu⁵⁰¹.

Como los autores neokantianos, Dilthey parte de que la vida se presenta al hombre como un enigma que pide *comprensión*. A pesar de sus diferencias epistemológicas, sobre el método que deben seguir las ciencias espirituales o culturales para comprender la vida en tanto que realidad llena de sentido,

"campo de ruinas"; suprimida esta pretensión, queda su parcial verdad, históricamente condicionada”.

⁵⁰⁰ Vid. J. MARIAS, *Introducción ...*, cit., p. 28.

⁵⁰¹ Vid. J. MARIAS, *Introducción ...*, cit., pp. 28 y ss.; H.-U. LESSING, *Introducción a W. DILTHEY, Crítica de la razón histórica* (trad. de C. Moya Espí), 1986, p. 19; A. GOMEZ RAMOS, *Anotaciones a su traducción de W. DILTHEY, Dos escritos ...*, cit., pp. 110-113, 134-136.

es precisamente el reconocimiento de esta posibilidad y el intento de fundamentarla lo que permite afirmar que ambas direcciones suponen la superación del positivismo⁵⁰². En efecto, como ha señalado Mir Puig, tanto el historicismo de Dilthey, como el neokantismo “querían ampliar el estrecho concepto positivista de ciencia, de modo que cupiesen en él no sólo los hechos perceptibles por los sentidos y su observación, sino también los fenómenos espirituales y la comprensión de su esencia específica”⁵⁰³. Cuando se advierte la insuficiencia del método de las ciencias naturales para captar el sentido de los hechos culturales o espirituales, se propone para éstos una fundamentación epistemológica y metodológica específica que da lugar a las llamadas ciencias del espíritu o culturales, las cuales adquieren, así, *status* científico sin perder su singularidad frente a las ciencias naturales⁵⁰⁴.

⁵⁰² Vid. F. VOLLHARDT, Epílogo en la reimpresión de la sexta y séptima edición del libro *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* de H. Rickert, 1986, pp. 189-190 y 192-194. Sobre las diferencias y las coincidencias, esencialmente epistemológicas y metodológicas, de la Escuela Sudoccidental alemana respecto de Dilthey, *vid.* también, de momento, H. RICKERT, Prólogo a la sexta y séptima edición de *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 1926 (la primera edición de esta obra es de 1899), [reimp. de 1986], pp. 13-15. Existe traducción al castellano de la cuarta y quinta edición, que se publicó en 1920: H. RICKERT, *Ciencia cultural y ciencia natural*, trad. de M. García Morente; la primera edición es de 1943, la cuarta y última es de 1965. Aunque en los textos que transcribimos hemos modificado en algún extremo la traducción que hizo García Morente, mencionamos entre corchetes las páginas de ésta después de la cita de las páginas de la reimpresión alemana de la sexta y séptima edición esta obra.

⁵⁰³ S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., p. 232.

⁵⁰⁴ En este sentido, es significativo que, tanto Dilthey como Rickert, hagan referencia al concepto hegeliano del "espíritu objetivo" pero, como ha señalado H.-U Lessing (Epílogo a W. DILTHEY, *Dos escritos ...*, cit., pp. 233-234) respecto de Dilthey, en ellos esta fórmula “queda, por así decirlo, desprovista de metafísica, experimentando un cambio de significado casi completo”.

III.1. La posición de W. Dilthey

6. Dilthey consideraba que el positivismo, a pesar de que creía tomar la realidad tal como es, se hacía culpable de abstracción, al reducir arbitrariamente lo real a lo dado empíricamente. Pero, de modo positivista, aquel autor identificaba sin más la metafísica con la pretensión de un conocimiento absoluto y universalmente válido. Por eso la declara imposible. Sin embargo, frente a la tendencia positivista a unificar el método de la ciencia reduciéndolo al de la ciencia natural, Dilthey –y también los autores neokantianos– hace valer la peculiaridad irreductible de las ciencias del espíritu o culturales⁵⁰⁵. Su método de conocimiento partiría –según Dilthey– de la percatación de sí mismo o *autognosis*, para pasar a consistir en una interpretación de la realidad externa partiendo de, y en analogía con, los propios procesos psíquicos⁵⁰⁶. Sin embargo, aquel autor

⁵⁰⁵ Vid. J. MARIAS, *Introducción ...*, cit., p. 30.

⁵⁰⁶ En uno de sus primeros trabajos, Dilthey afirmaba gráficamente que “[A]l igual que el ojo cegado por haber mirado al sol repite su imagen en los más diversos colores y en los más diversos lugares del espacio, así también nuestra aprehensión multiplica la imagen de nuestra vida interior y la sitúa, con múltiples modificaciones, en distintos lugares de la naturaleza que nos rodea; este proceso, sin embargo, se puede exponer y justificar lógicamente como un argumento por analogía que, partiendo de esta vida interior que originariamente sólo a nosotros se nos da de forma inmediata, concluye, por medio de la idea de las expresiones y manifestaciones a ella vinculadas, la presencia de algo afín a sí misma que subyace y corresponde a las manifestaciones similares que se dan en el mundo externo” (W. DILTHEY, *Gesammelte Schriften*, t. I., pp. 20-21; la cita la he tomado de C. MOYA ESPI, Prólogo a la traducción de la antología de la obra de Dilthey preparada por H.-U. LESSING, *Crítica de la razón histórica*, 1986, p. 7).

también se ocupó de la "perspectiva del significado", que radica en la relación de las partes entre sí y con una totalidad, en su conexión efectiva (*Wirkungszusammenhang*), entendida como una influencia específicamente distinta de la causalidad natural, ejercida sobre y entre sujetos históricos capaces de comprender y comunicarse, y de sostener valores y fines. Desde esta perspectiva, comprender una determinada objetivización histórico-social consistiría en reconstruir una totalidad en cuyo seno se determina el significado de cada una de sus partes. Esta comprensión se mueve en círculo o, mejor, en una espiral sin fin. Desde esta perspectiva, el objeto de la comprensión se independiza de los procesos psíquicos; lo que se trata de comprender es, como ha señalado Moya Espí, "una "sistemática espiritual", un nexo de valores, fines y significado que halla expresión en determinadas manifestaciones vitales"⁵⁰⁷.

En definitiva, supuesto el fracaso de la razón pura aplicada a la vida y a la historia, Dilthey postula una nueva forma de razón, más amplia, que no excluya lo histórico y prescindiera de la pretensión de absolutibilidad⁵⁰⁸. De

⁵⁰⁷ C. MOYA ESPI, Prólogo a la traducción de la antología de la obra de Dilthey preparada por H.-U. LESSING, *Crítica de la razón histórica*, 1986, pp. 12-13. Vid. también W. DILTHEY, *Crítica ...*, cit., pp. 67 y ss.; H.-U. LESSING, Epílogo a W. DILTHEY, *Dos escritos ...*, cit., pp. 241-242.

La trascendencia de la concepción de Dilthey en el ámbito de la ciencia del Derecho penal puede advertirse en la explicación que M.E. Mayer realiza de la capacidad de imputación y su determinación, *vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 203 y ss., especialmente pp. 205 y ss.

⁵⁰⁸ Vid. J. MARIAS, *Introducción ...*, cit., p. 31; F. VOLLHARDT, Epílogo en la reimpresión de la sexta y séptima edición del libro *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* de H. Rickert, 1986, p. 193; C. MOYA ESPI, Prólogo a la traducción de la antología de la obra de Dilthey preparada por H.-U. LESSING, *Crítica de la razón histórica*, 1986, pp. 5 y ss.; según este autor, la argumentación diltheyana se articula alrededor de dos grandes líneas, que él denomina "la perspectiva del significado" y la "perspectiva cartesiana". En su opinión, estas dos perspectivas conducen a imágenes de

esta nueva forma de razón que Dilthey vinculaba a las ciencias del espíritu queremos destacar aquí el hecho de que las relaciones entre lo particular y lo general, entre lo individual y lo común no se entienden en términos de subordinación de lo primero a lo segundo⁵⁰⁹. Asimismo, nos interesa recoger aquí la afirmación de Dilthey de que “los fines de las ciencias del espíritu –aprehender lo singular, lo individual de la realidad histórico-social, conocer las uniformidades que operan en su formación, establecer los objetivos y reglas de su configuración ulterior– pueden alcanzarse únicamente por medio de los recursos del pensamiento, por medio del

las ciencias humanas no sólo distintas, sino, además, incompatibles. Y esta sería la razón del carácter inacabado de la *Introducción a las ciencias del espíritu*. Cfr. también, H.-U. LESSING, Introducción a W. DILTHEY, *Crítica de la razón histórica* (trad. de C. Moya Espí), 1986, pp. 19 y ss.; A. GOMEZ RAMOS, Prólogo a la traducción de W. DILTHEY, *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica*, 2000, pp. 10 y ss.; vid. también la anotación de este autor en *op. cit.*, pp. 26-28; H.-U LESSING, Epílogo a W. DILTHEY, *Dos escritos ...*, cit., pp. 231 y ss.; U. SCHROTH, "Philosophische und juristische Hermeneutik", en Art. KAUFMANN - W. HASSEMER (eds.), *Einführung ...*, cit., pp. 345-346.

⁵⁰⁹ Vid. W. DILTHEY, *Crítica ...*, cit., pp. 60 y ss. Vid. también C. MOYA ESPI, Prólogo a la traducción de la antología de la obra de Dilthey preparada por H.-U. LESSING, *Crítica de la razón histórica*, 1986, pp. 13-14. Exponiendo la posición de Dilthey, Moya Espí señala que “las relaciones entre lo particular y lo general, entre lo individual y lo común no pueden entenderse, en el caso de las ciencias del espíritu, en términos de subordinación de lo primero a lo segundo [...]. No es posible derivar el caso individual de un marco general [...]. Una obra, una acción, una expresión son totalidades singulares, no deducibles de lo común; sin embargo, han sido elaboradas y producidas a partir de lo común y pueden también comprenderse partiendo de ello”. De modo similar, Gómez Ramos señala (Anotaciones a su traducción de W. DILTHEY, *Dos escritos ...*, cit. pp. 146-147) que “[e]n los textos de Dilthey, el concepto de significado designa la relacionalidad de las partes de un todo entre sí, y respecto al todo. El significado no se refiere a otra cosa que a la pertenencia de las partes a un todo”.

análisis y la abstracción. La expresión abstracta en la que se prescinde de determinados aspectos de los hechos para desarrollar otros no es el objetivo último y exclusivo de estas ciencias, pero sí su instrumento indispensable. Si bien el conocimiento abstracto no debe diluir en sí la independencia de los restantes fines en estas ciencias, tampoco el conocimiento histórico y teórico ni el desarrollo de las reglas que dirigen de hecho la sociedad pueden prescindir de ese conocimiento abstracto. La pugna entre la escuela histórica y la abstracta surgió porque esta última cometió el primer error, mientras que la escuela histórica cayó en el segundo”⁵¹⁰.

7. El punto de partida de Dilthey y lo que este autor se propone está resumido en estas afirmaciones suyas, que se encuentran en el prólogo y en el texto de su *Introducción a las ciencias del espíritu*, respectivamente:

“[L]a escuela histórica no ha roto hasta hoy las limitaciones internas que habían de obstaculizar tanto su desarrollo teórico como su influencia sobre la vida. Su estudio y utilización de los fenómenos históricos carecía de conexión con el análisis de los hechos de la conciencia y, por tanto, de fundamento en el único saber en última instancia seguro: carecía, en suma, de una fundamentación filosófica. No había una relación sana con la teoría del conocimiento y con la psicología. Por eso no logró

⁵¹⁰ W. DILTHEY, *Crítica ...*, cit., p. 60. El texto pertenece a la *Introducción a las ciencias del espíritu*, que se publicó en 1883. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 78-79, donde aquel autor señala que “[e]l error fundamental de la escuela abstracta consistió en descuidar la relación del contenido parcial, obtenido de la abstracción, con la totalidad viva y en tratar, finalmente, estas abstracciones como realidades. El error complementario, pero no menos funesto, de la escuela histórica consistió en huir del mundo de la abstracción refugiándose en el sentimiento profundo de la realidad viva, poderosa en su irracionalidad, que rebasa todo conocimiento según el principio de razón suficiente”.

desarrollar un método explicativo, ni fue tampoco capaz por sí misma, a pesar de su visión histórica y su método comparado, de establecer una conexión autónoma de las ciencias del espíritu y de influir en la vida. Así, pues, cuando Comte, Stuart Mill y Buckle trataron de resolver de nuevo el enigma del mundo histórico trasladando a él los principios y métodos de las ciencias naturales, no se pudo hacer otra cosa que reivindicar inútilmente, sin ser capaz de desarrollar ni de fundamentarla, una visión más viva y profunda frente a otra que, siendo más pobre y superficial, dominaba sin embargo el análisis [...]. Y en medio de semejante inseguridad sobre los fundamentos de las ciencias del espíritu, los investigadores se refugiaron en la mera descripción o hallaron tal vez satisfacción en ingeniosas concepciones subjetivas, cuando no se entregaron una vez más en brazos de una metafísica, que promete al que confía en ella principios que podrán transformar la vida práctica. La experiencia de esta situación de las ciencias del espíritu me ha llevado a intentar una fundamentación filosófica del principio de la escuela histórica y de los trabajos de las ciencias particulares de la sociedad que hoy siguen estando bajo su influencia, a fin de dirimir así la disputa entre la escuela histórica y las teorías abstractas. En mis trabajos me inquietaban cuestiones que, sin duda, perturban también a todo historiador, jurista o político reflexivo. De este modo surgieron en mí, espontáneamente, la necesidad y el plan de una fundamentación de las ciencias del espíritu. ¿Cuál es la trama de proposiciones que subyace por igual al juicio del historiador, a las conclusiones del economista, a los conceptos del jurista, y permite determinar su certeza? ¿Se remonta dicha trama hasta la metafísica? ¿Hay tal vez una filosofía de la historia o un derecho natural sustentados

en conceptos metafísicos? Y si ello no resulta admisible, ¿dónde hallar un apoyo firme para un marco de proposiciones que permita enlazar y dar seguridad a las ciencias particulares? Las respuestas que Comte y los positivistas, Mill y los empiristas dieron a estas preguntas me parecían mutilar la realidad histórica para adaptarla a los conceptos y métodos de las ciencias naturales”⁵¹¹. “El conocimiento de la realidad histórico-social se lleva a cabo en las ciencias particulares del espíritu. Pero éstas requieren una conciencia de la relación de sus verdades con la realidad de la que son contenidos parciales, así como también con las demás verdades que, lo mismo que ellas, han sido abstraídas de esa realidad, y sólo una conciencia semejante puede proporcionar plena claridad a sus conceptos y evidencia completa a sus proposiciones. De estas premisas se desprende la tarea de elaborar una *fundamentación gnoseológica de las ciencias del espíritu* y, luego, la de utilizar los instrumentos creados en ella con el fin de determinar la conexión interna de las ciencias particulares del espíritu, los límites dentro de los cuales es posible el conocimiento en estas ciencias y, asimismo, la relación recíproca de sus verdades. La resolución de esta tarea podría denominarse crítica de la razón histórica, es decir, de la facultad del hombre para conocerse a sí mismo y a la sociedad y la historia creadas por él”⁵¹².

511 W. DILTHEY, *Crítica de la razón histórica* (trad. de C. Moya Espí), 1986, pp. 38-39.

512 W. DILTHEY, *Crítica de la razón histórica* (trad. de C. Moya Espí), 1986, p. 84 (cursivas en el original). Este libro, además de un interesante prólogo del traductor y de una interesante introducción, recoge la antología de la obra de Dilthey que realizó H.-U. Lessing y publicó en 1983 con el título *Texte zur Kritik der historischen Vernunft*.

La dirección en la que Dilthey pretendía superar tanto el criticismo kantiano, como el empirismo positivista y la fundamentación metafísica de las ciencias del espíritu, puede advertirse en estas afirmaciones:

“No hay una última palabra de la historia que exprese su verdadero sentido, como no lo hay tampoco en la naturaleza. Y tan erróneo como esa superstición es el método que usualmente va asociado a ella. [...] [E]l pensador que tiene como objeto el mundo histórico ha de hallarse en relación directa con el material bruto inmediato de la historia y dominar todos sus métodos [...]. La operación de conectar con proposiciones psicológicas o metafísicas la materia convertida ya en un todo artístico por la mirada y el trabajo del historiador, estará siempre condenada a la esterilidad”⁵¹³; “los métodos de las ciencias del espíritu, con los que su objeto es comprendido antes incluso de ser conocido, y comprendido además en la totalidad del ánimo, son muy distintos de los de las ciencias de la naturaleza. Y basta reflexionar sobre la posición que tiene aquí la captación de los hechos como tales, así como su paso a través de distintos grados de elaboración bajo la influencia del análisis, para darse cuenta de la estructura completamente distinta que posee la conexión de estas ciencias.

Salvo que se exprese lo contrario, las remisiones bibliográficas se refieren a esta obra. La obra de Dilthey está recogida en los *Gesammelte Schriften* (1914-1900), que constan de 20 volúmenes, algunos de los cuales fueron traducidos por Eugenio Imaz y publicados por el Fondo de Cultura Económica. Existen, además, otras traducciones al castellano de algunas de las obras concretas de Dilthey.

⁵¹³ W. DILTHEY, *Crítica ...*, cit., pp. 84-85. El texto pertenece a la *Introducción a las ciencias del espíritu*, que se publicó en 1883.

Finalmente, el hecho, la ley, el sentimiento de valor y la regla se hallan aquí en una conexión interna que no se da como tal en el seno de las ciencias naturales”⁵¹⁴. “La *idea fundamental de mi filosofía* es que hasta ahora no se ha puesto nunca como base de la filosofía la experiencia total, plena, no mutilada, es decir, la realidad completa e íntegra [...] Este [el empirismo] ha tomado como base una experiencia mutilada, deformada desde el comienzo por una concepción teórica atomista de la vida psíquica. Tomemos lo que el empirismo llama experiencia: ningún hombre pleno y entero puede encerrarse en esa experiencia. ¡Un hombre limitado a ella no tendría fuerza vital ni para un día!”⁵¹⁵. En otro lugar, Dilthey estableció su relación con Kant en los términos siguientes: “La idea fundamental de mi filosofía es la siguiente: desde la percepción hasta las formas superiores del conocimiento, la inteligencia humana se halla bajo condiciones de la conciencia, condiciones que introduce sucesivamente como supuesto en la construcción del mundo real; de este modo la realidad del contenido de la sensación constituye el primer supuesto al que luego se adaptan otros de manera tal que el sistema de nuestras sensaciones se utiliza para la construcción de esa realidad, mediante una vinculación y transposición recíproca de lo dado en la percepción interna y externa [...]. Con ello introduzco en la teoría de la realización del conocimiento y de la historia de la ciencia la doctrina, establecida

⁵¹⁴ W. DILTHEY, *Crítica ...*, cit., pp. 88-89; el texto pertenece a la *Introducción a las ciencias del espíritu*.

⁵¹⁵ W. DILTHEY, *Crítica ...*, cit., p. 89. El texto pertenece al escrito "Idea fundamental de mi filosofía", que aquel autor escribió hacia 1880.

por Kant, de las condiciones de la conciencia, sometiéndola, sin embargo, a una transformación crítica. El *a priori* kantiano es rígido y muerto; pero las condiciones reales y los supuestos de la conciencia, tal como yo los concibo, son proceso histórico vivo, son desarrollo, tienen su historia [...]. La vida de la historia abarca también las condiciones bajo las cuales pensamos, aparentemente rígidas y muertas. Jamás pueden destruirse, puesto que pensamos mediante ellas, pero se ven sometidas a un desarrollo [...]. Sin embargo, estas condiciones de la conciencia han de aprehenderse en toda su amplitud. Se presentan y se fundan tanto en el querer y sentir como en el pensar”⁵¹⁶.

III.2. Los autores neokantianos

8. Los autores neokantianos dieron una fundamentación distinta a las ciencias culturales⁵¹⁷. Conservaron la distinción kantiana entre la materia y las formas *a priori*, así como la tesis de que el conocimiento científico se

⁵¹⁶ W. DILTHEY, *Crítica ...*, cit., pp. 90-91. El texto pertenece al escrito "Presupuestos o condiciones de la conciencia o del conocimiento histórico", que aquel autor escribió hacia 1880. A continuación de las afirmaciones que hemos reproducido, Dilthey señalaba que "el punto de partida de la teoría del conocimiento ha de ponerse en una psicología verdaderamente descriptiva, que incluya también el contenido de los hechos psíquicos. Dicha psicología fundamentará tanto la estética y la ética, como la teoría de la ciencia".

⁵¹⁷ Con carácter general, *vid.*, de momento, S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 232 y ss.; F. GONZALEZ VICEN, "Sobre el neokantismo lógico-jurídico", en DOXA núm. 2 (1985), pp. 27-52; del mismo autor, "El neokantismo jurídico axiológico", en AFD, 1986, pp. 249-280; F. VOLLHARDT, Epílogo en la reimpresión de la sexta y séptima edición del libro *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* de H. Rickert, 1986, p. 188.

obtiene de la aplicación de éstas a la materia⁵¹⁸. Pero, a diferencia de Kant, entendieron que la posibilidad del conocimiento científico no se reduce al ámbito de las ciencias naturales y que, por lo tanto, debía corregirse la distinción que aquél había establecido entre conocimiento científico y metafísica, entre ciencia y filosofía. La singularidad del conocimiento que proporcionan de las ciencias del espíritu radicaría en la especificidad de sus categorías *a priori*, y en la consiguiente diferencia entre el conocimiento acerca del contenido de la realidad que se obtiene a través ellas y el que se obtiene a partir de las formas *a priori* de las ciencias naturales. A pesar de la identidad del procedimiento epistemológico y de la eventual identidad de la materia cuyo contenido se conoce científicamente, la aplicación de formas *a priori* distintas daría lugar a un *contenido* diverso de esa materia eventualmente unitaria. Sólo en este sentido cabría hablar de una diversidad del método y del objeto de las ciencias naturales y las ciencias culturales⁵¹⁹.

518 Vid., por ejemplo, H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 46 y ss. [57 y ss.].

519 Vid., por ejemplo, H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 27 y ss. [37 y ss.].

Sobre las diferencias y las coincidencias, esencialmente epistemológicas y metodológicas, de la Escuela sudoccidental alemana respecto de Dilthey, vid. H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 13-15, 27-30, 125-129 [pp. 37-40, 149-153]. Vid. también, F. ROMERO, Presentación de Rickert, en la traducción española de la cuarta y quinta edición de *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 4. ed., 1965, pp. 20-21; F. VOLLHARDT, Epílogo en la reimpresión de la sexta y séptima edición del libro *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* de H. Rickert, 1986, pp. 192-196. Según Vollhardt (*op. cit.*, p. 193), “[l]a oposición a la filosofía de la vida y el rechazo al psicologismo se consideraron por la crítica de entonces como las principales objeciones del neokantismo: la objetividad de los conceptos históricos "se fundamentaba exclusivamente mediante su referencia a un sistema de valores con validez, no mediante

Este planteamiento general se desarrolla de forma diversa por las dos direcciones del neokantismo: la Escuela de Marburgo⁵²⁰, y la Escuela sudoccidental o de Baden⁵²¹. Ambas se caracterizan por la atención que conceden a la teoría del conocimiento, por entender que es a través de ésta como la filosofía puede proporcionar la base necesaria a las ciencias

su –como siempre reducida y transformada– relación de remisión a la vida real [...]. Es evidente que la psicología no podía jugar ningún papel en semejante sistema; [...] volvería a caer en la metafísica y la intuición, y enmarañaría la orientación lógico-formal [...]". Rickert mantuvo sus objeciones frente a Dilthey, incluso después de que en los últimos años tuviera lugar un acercamiento de ambos puntos de vista, condicionada por la recepción de Husserl en la escuela de Dilthey". Las siguientes palabras de Rickert expresan sus diferencias con Dilthey, y permiten advertir hasta qué punto se trata de diferencias menores, vinculadas a la importancia de la dimensión formal y de la dimensión subjetiva en sus respectivas teorías del conocimiento, y a la naturaleza de los referentes valorativos que habrían de permitir comprender el sentido de los objetos de los que se ocupan las ciencias del espíritu: "El contenido de sentido no real de la cultura, que se encuentra en la realidad histórica (*Die unwirkliche sinnhafte Gehalt der Kultur, der sich an den geschichtlichen Realitäten findet*) lo confunde Dilthey con el ser psíquico real que transcurre fácticamente en la vida anímica de los individuos concretos (*mit dem wirklichen psychischen Sein [...], das im Seelenleben einzelner Individuen faktisch abläuft*). De este modo, se mantiene oculto que no es el espíritu real, sino el sentido irreal (*nicht der reale Geist, sonder der irrealer Sinn*) lo que constituye el elemento propiamente decisivo que separa *materialmente* la historia de todas las ciencias de la naturaleza (H. RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 5. ed., 1929, p. 543; citado por Vollhardt en *op. cit.*, p. 194).

⁵²⁰ Sus representantes son, fundamentalmente, Cohen y Natorp a nivel general, y Stammler en el ámbito de la ciencia y la filosofía del Derecho.

⁵²¹ Sus representantes son, fundamentalmente, Windelband y Rickert a nivel general; en el ámbito de la ciencia y la filosofía del Derecho merecen ser destacados Lask y Radbruch. Sobre las diferencias entre el neokantismo de Stammler y el de la Escuela Sudoccidental, *vid.* F. GONZÁLEZ VICEN, DOXA núm. 2 (1985), pp. 27-52; del mismo autor, AFD, 1986, pp. 249-280; S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., p. 236, nota 155 bis.

empíricas. Sin embargo, mientras que la primera se ocupa, fundamentalmente, de exponer la estructura *formal* del conocimiento, en la que fundamenta su validez general, la segunda destacó el vínculo entre las categorías del conocimiento y la referencia a determinados valores que se produce en las ciencias culturales⁵²².

⁵²² Vid., por ejemplo, F. VOLLHARDT, Epílogo en la reimpresión de la sexta y séptima edición del libro *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* de H. Rickert, 1986, pp. 188 y ss.; J. HESSEN, *Die Philosophie des 20. Jahrhunderts*, 1951, pp. 42 y ss.; I. M. BOCHENSKI, *La filosofía actual* (trad. de la segunda edición alemana, de E. Imaz), 2. ed., 1951 [reimp. de 1975], pp. 111 y ss. Este autor destaca que “los representantes de la escuela “logicista” de Marburgo se orientan todos hacia las ciencias exactas de la naturaleza. [...] [E]l centro de su interés lo constituye siempre la razón teórica. Encuentran en la *Crítica de la razón pura*, especialmente en la “deducción trascendental”, la parte decisiva de la obra kantiana. Siguen desarrollando el idealismo con un radicalismo extremo: todo sin excepción es reducido a las leyes lógicas inmanentes de la razón pura” (*op. cit.*, pp. 115-116). En cambio, respecto de los partidarios de la Escuela de Baden, Bochenski señala (*op. cit.*, pp. 117-118) que “no se orientan con tanta exclusividad hacia las ciencias de la naturaleza, sino que arrancan de la totalidad de la cultura y dirigen su atención hacia el desarrollo de la misma, esto es, hacia la historia. Es visible en ella la influencia del historicismo alemán. Por otra parte, el pivote central del kantismo se halla más para ellos en la *Crítica de la razón práctica* que en la *Crítica de la razón pura*. Su idealismo no es menos radical que el marburguense, pero no son racionalistas radicales y reconocen la presencia de un elemento irracional en la realidad. Lo que para ellos constituye el fundamento del ser objetivo no son las leyes lógicas, sino las axiológicas, basadas en valores. [...] En relación con la “conciencia en general”, no existe ninguna realidad trascendente. Y si los juicios basados en las realidades inmanentes alcanzan, sin embargo, pretensiones de verdad y objetividad, ello se debe a la presencia de valores trascendentales, que encierran un deber ser: un juicio es verdadero cuando corresponde a un tener que ser, es decir, cuando se halla conforme a un deber trascendental”.

9. Vamos a exponer aquí la concepción de Rickert siguiendo el resumen que este autor realiza de ella⁵²³. Rickert parte de la distinción *conceptual* de dos modos de proceder de las ciencias empíricas, sin que esto suponga afirmar que siempre se presentan *fácticamente* separados. La distinción responde sólo a la consideración de las formas "puras". Por un lado estarían las *ciencias de la naturaleza*; la palabra "naturaleza" las caracteriza tanto en relación con su *objeto* como en relación con su *método*. Ellas ven en su objeto un ser y un suceder libre de toda referencia a valor y, por ello, su interés se dirige a las relaciones conceptuales generales y, en lo posible, a conocer las leyes que rigen para ese ser y ese suceder. Para ellas, lo especial es sólo un "ejemplar". Esto vale tanto para la *física* como para la *psicología*. Ambas no distinguen desde el punto de vista de los valores y las valoraciones entre los diversos cuerpos y almas; ambas dejan de lado lo individual como inesencial y, normalmente, acogen en sus conceptos lo que es *común* a una *pluralidad* de objetos. "La naturaleza –dice Rickert– es la *totalidad de la realidad* anímico-corporal aprehendida con indiferencia al valor y de modo generalizador"⁵²⁴.

Las ciencias *culturales históricas*, en tanto que ciencias culturales, tratan de los objetos referidos a los *valores* culturales generales y, por ello, entendidos como llenos de sentido; en tanto que ciencias históricas exponen su evolución *singular* en su especialidad e individualidad. La circunstancia de que son procesos culturales proporciona al método histórico el principio rector de la construcción de conceptos, pues de ellos sólo es esencial

⁵²³ Vid. H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 124 y ss. y *passim*.

⁵²⁴ H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), p. 124 [148]. Vid. también, *op. cit.*, pp. 27 y ss., especialmente, pp. 58 y ss. [37 y ss., especialmente, pp. 71 y ss.]

aquello que, como portador de sentido, en su peculiaridad individual posee significado para el valor cultural rector. Estas ciencias seleccionan como "cultura", de modo *individualizador*, algo de la realidad totalmente distinto de lo que seleccionan las ciencias de la naturaleza cuando toman en consideración *la misma* realidad de modo *generalizador*, pues, en la mayoría de casos, el significado de un proceso cultural responde, precisamente, a la *peculiaridad* que lo distingue del resto, mientras que, a la inversa, lo que tiene de común con otros, o sea, lo que es esencial en él desde el punto de vista de las ciencias naturales, aparecerá como algo inesencial para las ciencias culturales históricas⁵²⁵.

⁵²⁵ Vid. H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 124-125 [148-149]. Vid. también, *op. cit.*, pp. 27 y ss., especialmente pp. 102 y ss. [pp. 37 y ss., especialmente, pp. 123 y ss.].

Frente a quienes consideraban que su teoría de la ciencia es únicamente formal, Rickert destacó (*op. cit.*, p. 9) que “[e]n cierto sentido, *toda* teoría general del método debe configurarse de modo "formal", pues no tiene que ver con el contenido especial de las disciplinas concretas. Como mucho, puede traerlas a colación como ejemplo”. Sin embargo, aquel autor creía que no cabría decir que su procedimiento es unilateralmente formal, en el sentido de que sólo toma en consideración diferencias puramente lógicas como la de lo general y lo especial y, por lo tanto, descuida el material de las diversas ciencias en su singularidad, de modo que no alcanza el conocimiento de la *conexión* (*Zusammenhang*) entre la forma y el contenido. En este sentido, Rickert afirma (*op. cit.*, pp. 9-10) que lo que él persigue es, más bien, “mostrar las razones por las que la vida cultural, debido a su especialidad respecto del contenido (*wegen seiner inhaltlichen Besonderheit*), no debe exponerse sólo de modo generalizador, sino también individualizador, o sea, histórico, si la ciencia quiere ajustarse a su contenido desde todos los puntos de vista. Para obtener claridad aquí, es decisiva la circunstancia de que toda cultura encarna valores (*jede Kultur Werte verkörpert*). Por ello, el conocimiento se produce mediante el vínculo necesario del procedimiento individualizador con el referido a valores (*in eine notwendige Verbindung des individualisierenden mit dem wertbeziehenden Verfahren*). Si no se ha comprendido esta conexión, que ya no es puramente lógico-formal, se está lejos del núcleo de lo que yo pretendo”.

10. Hay dos aspectos estrechamente relacionados entre sí de la distinción que Rickert proponía entre las ciencias culturales y las naturales que, por la importancia que poseen en relación con la caracterización de la ciencia jurídica y su método, creemos conveniente destacar aquí: la trascendencia que aquel autor otorgaba a aquella distinción, y su negativa a identificarla con la distinción entre lo físico y lo psíquico o meramente espiritual, en tanto que objetos del conocimiento.

En relación con la primera de estas cuestiones, ya en el prólogo de la sexta y séptima edición de su libro *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* Rickert se quejaba de que a menudo se le atribuía la opinión de que las ciencias naturales sólo tratan con procesos regulares (*Gesetzen*), mientras que, por el contrario, las ciencias del espíritu sólo se ocuparían de lo que es simplemente único (*mit dem schlechthin Einmaligen*), o sea, con lo más opuesto a la regularidad⁵²⁶. Según Rickert, esta confusión no puede proceder de sus escritos, sino que, a lo sumo, podría proceder de la famosa conferencia que Windelband pronunció en 1894 sobre "La historia y la ciencia de la naturaleza", en la que se contraponían el procedimiento "nomotético" y el "idiográfico" como los procedimientos de las ciencias naturales y el de la historia, respectivamente. Rickert señala que él prefiere hablar de un método generalizador y uno individualizador pero, además, afirma que siempre ha destacado que no se trata de una contraposición absoluta, sino de una de carácter *relativo*. En este sentido, recuerda que al principio de la primera edición de aquella obra ya expresaba que sólo se proponía exponer los dos *extremos*, entre los cuales se encuentra, *en el medio, casi todo el trabajo científico*. Y que la necesidad de relativizar la diferencia lógica de las ciencias naturales y la historia también la expuso en

⁵²⁶ Vid. H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 7 y ss.

su libro sobre *Los límites de la construcción de conceptos en las ciencias naturales*. “Quien no tenga esto en cuenta –dice Rickert– no entenderá nunca mis opiniones. [...] Todas las objeciones acerca de que también la ciencia natural toma en consideración lo individual y que, a la inversa, la ciencia de la historia también construye conceptos generales, no son, por lo tanto, objeciones contra *mi* teoría, ni está en absoluto justificado afirmar que con mi propuesta se "rompe" la "unidad" de la ciencia. Por el contrario, he mostrado que, a pesar de las tendencias lógicamente muy distintas de la construcción científica de conceptos, las diversas disciplinas especiales pueden agruparse metodológicamente en un *todo* agrupado unitariamente y que, al mismo tiempo, sólo por esta vía es posible acomodarse a la *diversidad* (*Mannigfaltigkeit*) de la vida científica, *sin* "romperla" de tal modo que se disgregue en partes que no pueden vincularse. Evidentemente, la "unidad" de la ciencia no puede nunca significar *uniformidad* de todos sus componentes, pues del mismo modo que el mundo es diverso, la ciencia sólo puede conseguir extenderse a todas las partes de ese mundo cuando se propone una diversidad de fines y configura una pluralidad de métodos para conseguirlo. En la teoría del método, unidad y diversidad no son, correctamente entendidas, contraposiciones que se excluyan recíprocamente”⁵²⁷.

Lo que aquí nos interesa son, fundamentalmente, aquellos supuestos en los que aparecen en la ciencia cultural componentes metodológicos de las ciencias naturales, generalizadores. En relación con esta cuestión, Rickert señala que si bien el significado cultural de una realidad siempre reside en lo especial, “los conceptos de especial o peculiar (*Besonderen*) y de general

⁵²⁷ H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 8-9. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 18-20, 27 y ss., 129 y ss. [24-26, 37 y ss., 155 y ss.].

o universal (*Allgemeinen*) son *relativos*”, y esto da lugar a la existencia de conceptos relativamente especiales o "relativamente históricos"⁵²⁸⁻⁵²⁹. En efecto, las ciencias culturales no sólo toman en consideración la peculiaridad individual que posee lo específico y especial en el sentido estricto de la palabra, sino que, cuando se trata de *partes* del todo histórico que se pretende aprehender, también toman en consideración aquello que se da en un *grupo* de objetos. Todas las ciencias culturales trabajan con una pluralidad de *conceptos de grupo* (*Gruppenbegriffe*), e incluso en determinadas disciplinas éstos son los que tienen primacía. El contenido de uno de estos conceptos relativamente históricos no tiene por qué coincidir siempre con el contenido del correspondiente concepto general⁵³⁰. Pero en un concepto general también pueden encontrarse *los* elementos que, al mismo tiempo, son *significativos* para el *valor cultural* que rige la construcción histórica de conceptos. Esto es –según Rickert– lo que ocurre con la mayoría de conceptos respecto de los cuales son decisivos los

⁵²⁸ H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 134 y ss. [161 y ss.] Este autor pone el ejemplo del concepto "alemán". Se trata de un concepto general cuando lo consideramos en relación con Guillermo el grande, o Goethe, o Bismarck. Pero, al mismo tiempo, ese concepto representa algo especial o peculiar cuando lo consideramos en relación con el concepto de "hombre".

⁵²⁹ Sobre la relación entre la comprensión cultural y la comprensión causal de la realidad, *vid.*, expresamente, H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), p. 118 [140-141]. Respecto de la cuestión relativa a la relevancia que los conocimientos de las ciencias naturales poseen para las ciencias espirituales, *vid.* también W. DILTHEY, *Crítica ...*, cit., pp. 48 y ss., donde este autor reconocer expresamente que “las ciencias del espíritu incluyen en sí mismas, en amplia medida, hechos naturales y tienen como base el conocimiento de la naturaleza” (el texto pertenece a la *Introducción a las ciencias del espíritu*).

⁵³⁰ Así, por ejemplo, lo que se entiende por un "alemán" no contiene únicamente aquello que es común a *todos* los individuos que componen la masa del pueblo.

intereses y las direcciones de la voluntad (*die Willensrichtungen*) de grandes *masas*. En estos casos, la construcción científica de conceptos que agrupa lo que es común a una pluralidad de objetos puede considerarse como esencial exactamente lo mismo que, asimismo, es también esencial para ese grupo en relación con su significado cultural. Surgen así conceptos que poseen al mismo tiempo un significado científico-natural y científico-cultural y que, eventualmente, deberán utilizarse tanto en una exposición generalizadora como en una individualizadora. Debido a esta *congruencia entre el contenido conceptual formado de modo generalizador y el formado históricamente, mediante la referencia a valores*, tanto en la ciencia lingüística, como en la ciencia de la economía nacional, como en la ciencia del derecho, como en otras ciencias culturales se encuentran componentes formados de modo generalizador, que están tan estrechamente vinculados con el trabajo propiamente histórico, que sólo pueden distinguirse *conceptualmente*⁵³¹. Aquel autor reconoce que “[m]ediante estas *ciencias culturales generalizadoras*, la distinción principal [entre ciencias culturales y naturales] puede verse limitada, pero no suprimida. La razón está en que, también aquí, no sólo es un concepto cultural el que determina la selección

⁵³¹ Vid. H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 135-136 [161-163]. Este autor destaca (*op. cit.*, pp. 137-138 [164-165]) que sus opiniones no tienen nada que ver con la tendencia a "explicar" la historia a partir de las *intenciones* y los *hechos* de grandes hombres, ni pretenden cuestionar que la vida histórica esté causalmente condicionada. En relación con esto último, se trata únicamente de poner de relieve que, incluso aquellos que estén convencidos de que todos los procesos históricos están causalmente condicionados, no pueden exponer la historia con conceptos generales que expresen cursos regulares, y deben ser conscientes de que tampoco las conexiones causales son conceptos generales, sino realidades únicas e individuales, cuya exposición histórica requiere de conceptos individuales. Aclarado esto, deberá reconocerse que carecen de objeto todos aquellos argumentos de los naturalistas que se apoyan en la condicionalidad causal de todo suceso, para demostrar la irrelevancia de las personalidades particulares.

de los objetos, sino que, en cierto modo, también hace que la construcción de conceptos o la exposición de estos objetos se refiera a valores y sea histórica. En las ciencias culturales, el carácter general de los conceptos tiene un límite, y éste depende de un valor cultural. Por importante que pueda ser en las ciencias culturales el interés en la comprobación de relaciones conceptuales generales, sólo pueden utilizarse para ello conceptos con una dimensión general relativamente pequeña si la investigación no debe perder su significado científico-cultural, de modo que la línea divisoria entre la ciencia natural y la ciencia cultural se mantiene también en este sentido”⁵³². La acabadado de decir pone de relieve la relevancia que tiene la elección de los valores culturales para la construcción conceptual que se realiza en el ámbito de las ciencias culturales y, en particular, para determinar la trascendencia y los límites que poseen aquí los conceptos generales y el método de las ciencias naturales.

En relación con esta cuestión, puesto que no creo que sea descabellado establecer un paralelismo con el proceso experimentado en la ciencia del Derecho, no me resisto a reflejar aquí la opinión de Rickert sobre la metodología seguida por algunos autores respecto de la interpretación de la vida económica⁵³³. Rickert destaca que es precisamente en el ámbito de las ciencias culturales que tienen por objeto la vida económica donde mayor relevancia adquieren los conceptos generales, pues, en la medida en que estos movimientos puedan aislarse, a menudo sólo entran en consideración las masas, de modo que lo esencial para esta ciencia cultural está

⁵³² H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 138-139 [165-166].

⁵³³ *Vid.* H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 140-142 [167-170].

relacionado la mayoría de las veces con el contenido de conceptos generales. Así, por ejemplo, históricamente lo esencial de los campesinos o de los trabajadores de fábricas en un determinado pueblo y en un determinado momento será con, bastante seguridad, aquello que es común a todos los ejemplares particulares y que, por lo tanto, formaría un concepto con arreglo a las ciencias naturales. Por eso, lo puramente individual puede retroceder para dejar el máximo lugar a la comprobación de relaciones conceptuales generales. Partiendo de este hecho, se entiende la razón por la que tan a menudo la pretensión de hacer de la ciencia histórica una ciencia natural generalizadora va acompañada de la afirmación de que, en el fondo, toda la historia es historia de la economía. Pero, al mismo tiempo, aparece con claridad lo injustificado de aquellos intentos de tratar la historia *sólo* como historia de la economía, y luego como ciencia natural. Tales intentos responden –según Rickert– a un principio de distinción entre lo esencial y lo inesencial que se ha elegido de modo totalmente arbitrario, y que originariamente responde a una *toma de posición política* totalmente acientífica. Esto puede advertirse en algunos autores de la concepción materialista de la historia, la cual representa sólo el extremo en esa dirección. En gran medida, responde a deseos de carácter específicamente socialdemócrata. Debido a que el ideal cultural rector es democrático, se produce la tendencia a considerar a las grandes personalidades, también en el pasado, como algo no esencial, y a otorgar relevancia únicamente a lo que procede de la masa. De este modo, la historia se escribe de manera "colectivista". Desde el punto de vista del proletariado, o de aquel que los teóricos vinculen a la masa, se traen principalmente a colación los valores más animales y, como consecuencia, sólo es "esencial" lo que está en relación directa con ellos y, concretamente, la vida económica. De este modo, también la historia se "materializa". Este modo de proceder no responde –según Rickert– a ninguna ciencia empírica de la historia orientada a valores sólo teóricamente, sino a una *filosofía* práctica y valorativa de la historia, que construye de modo acrítico y violento (*eine praktisch wertende, gewaltsam und unkritisch konstruierende Geschichtsphilosophie*). En efecto, los valores colocados de modo absoluto son aquí tan decisivos que lo *significativo* para ellos se confunde con el único

ser verdadero, y todo lo que no es cultura económica pasa a ser mero "reflejo". De este modo, surge una concepción completamente *metafísica* que, desde el punto de vista formal, muestra la estructura del idealismo platónico o *realismo conceptual*. Los *valores* se convierten en lo verdadero y lo único *real*, con la sola diferencia de que en el lugar de los ideales de la cabeza y del corazón se colocan los ideales del estómago. En definitiva, Rickert considera que "ciertas concepciones naturalistas de la historia son más cosa de "convicción" personal, la mayoría de las veces defendidas con pasión, que pacíficas fundamentaciones científicas [...] [E]l "materialismo histórico", como toda filosofía de la historia, responde a la *colocación de* determinados *valores* y [...] su burla del idealismo termina en un cambio de los viejos ideales por nuevos, y no en una eliminación de los propios "ideales"⁵³⁴.

Considerado desde un punto de vista exclusivamente metodológico, lo que Rickert dice del materialismo histórico es predicable tanto del positivismo radical como del Derecho natural: el culto a la razón se sustituye por el culto a la ley –concebida como la plasmación de los dictados de la razón– como criterios decisivos, obviando la dimensión *valorativa* que subyace en esta decisión. En efecto, también en el "método" estrictamente positivista (como en el del Derecho natural), tanto en su dirección naturalista como en su dirección normativista, subyace una decisión valorativa: la prevención ante la adopción de decisiones valorativas por parte de sujetos distintos del legislador y el intento de evitarla –en el positivismo normativista–, y la máxima protección de bienes jurídicos dentro del marco formal de la ley penal, pero también en relación con las propuestas para su reforma –en el positivismo naturalista, que procede empíricamente–⁵³⁵. Incluso en relación con la metodología neokantiana cabría

⁵³⁴ H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), p. 142, nota 4 [p. 149, nota 1]

⁵³⁵ Sobre esto, cfr., por ejemplo, S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2. ed., 1982, pp. 18 y ss. Vid. también lo dicho *supra* XXX.

entender –como, por ejemplo, hace González Vicén⁵³⁶– que también subyace en ella una decisión valorativa: la reorientación valorativa del derecho vigente y su acomodo a los valores del liberalismo, de la burguesía y las nuevas clases dominantes. En este sentido, parafraseando libremente a Rickert⁵³⁷, respecto del positivismo cabría decir que no es tanto una teoría empírica como una filosofía del Derecho, que su concepción presenta un sustrato metafísico y que, bajo la apariencia de conceptos naturalísticos o de la referencia a la norma del Derecho positivo, los valores se convierten en lo único verdadero y real. Y respecto del neokantismo cabría decir que el instrumento mediante el cual se disimula aquí la dimensión metafísica de su metodología es la referencia a valores como criterio metodológico distintivo de las ciencias culturales. Sin embargo, esto último presenta una ventaja: que se reconoce expresamente la relevancia metodológica de los valores, sin esconderla detrás de la remisión a las ciencias naturales y el método de éstas, ocultando así la remisión a valores que subyace en el proceso legislativo, pero también en las propuestas dirigidas a la determinación y concreción del contenido del Derecho y, asimismo, en aquellas que se dirigen a ofrecer los criterios para su ordenación sistemática, las cuales no dejarían por ello de tener carácter científico. Este reconocimiento de la relevancia metodológica de los valores es positivo en la medida en que permite un mayor control de la "objetividad" y la coherencia global de aquellas propuestas, una "objetividad" que, a diferencia de lo que Rickert

⁵³⁶ Vid. F. GONZALEZ VICEN, AFD, 1986, pp. 277 y ss., especialmente p. 280. Vid. también Art. KAUFMANN, "Rechtsphilosophie, Rechtslehre, Rechtsdogmatik", en Art. KAUFMANN - W. HASSEMER, *Einführung ...*, cit., pp. 21-22; S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 239 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, "Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar", en DOXA, núm. 15-16 (1994), pp. 1025 y ss.

⁵³⁷ Vid. H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), p. 142, nota 4 [p. 149, nota 1]

pensaba⁵³⁸, enlazando con la opinión de Dilthey y la filosofía hermenéutica hoy se admite de modo mayoritario que es, más bien, una "intersubjetividad" en relación con la validez o vigencia de ciertos valores⁵³⁹. Y esto no excluye por completo que, sin embargo, no sólo aquellas concepciones naturalistas de la historia a las que Rickert hacía referencia, sino todas las propuestas metodológicas y las derivadas de su aplicación respondan, en cierto modo, "a "convicciones" personales" que tienen la aspiración de ser "pacíficas fundamentaciones científicas".

11. Ocupémonos ahora del segundo de los aspectos que antes señalábamos en relación con la distinción que Rickert proponía entre las ciencias culturales y las ciencias naturales: su negativa a identificarla con la distinción entre lo físico y lo psíquico o meramente espiritual, como objetos del conocimiento. Lo que aquí nos interesa no es lo que en esta negativa pueda haber de rechazo a la fundamentación de las ciencias espirituales que Dilthey y otros autores proponían⁵⁴⁰; ni tampoco lo que pueda haber de rechazo a las tesis de aquellos autores que se negaban a reconocer la naturaleza científica de aquellas disciplinas, con el consiguiente

⁵³⁸ Vid. H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 39 y ss., 111 y, sobre todo, 163 y ss. [47 y ss., 132 y ss., 197 y ss.]; F. VOLLHARDT, Epílogo en la reimpresión de la sexta y séptima edición del libro *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* de H. Rickert, 1986, pp. 186 y ss. Cfr. también S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 238-240.

⁵³⁹ En relación con la ciencia y la filosofía del Derecho, en este sentido *vid.*, por ejemplo, Art. KAUFMANN, "Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik" en Art. KAUFMANN - W. HASSEMER, *Einführung ...*, cit. pp. 22-23; del mismo autor, "Problemgeschichte und Rechtsphilosophie", en Art. KAUFMANN - W. HASSEMER, *Einführung ...*, cit., pp. 104 y ss., especialmente pp. 120 y ss.

⁵⁴⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* lo dicho *supra* en nota 519, y las obras a las que allí me remito.

subjetivismo en relación con las cuestiones valorativas⁵⁴¹. Lo que ahora nos interesa es la trascendencia que Rickert otorga a la distinción entre las ciencias culturales y las naturales en relación con su objeto y la unidad de éste.

Y sobre esta cuestión aquel autor señala que su "teoría de la ciencia cultural histórica no se ocupa únicamente de las cuestiones que parten del concepto de la "comprensión" ("*Verstehen*") y del "sentido comprensible" (*verstehbaren "Sinnes"*) para determinar el procedimiento de las "ciencias del espíritu", sino que, desde un punto de vista material, viene a coincidir, por lo menos en relación con las cuestiones decisivas, con la distinción que *recientemente* se designa con los viejos nombres de "naturaleza" y "espíritu". Sólo que, entonces, no debe entenderse como naturaleza únicamente el mundo corporal, ni como espíritu únicamente la vida anímica de los individuos. Espíritu significa, más bien, una imagen principalmente diversa de todo el ser meramente psíquico, en buena medida independiente de él, emparentada con lo que Hegel [...] denominaba "espíritu objetivo" en contraposición al "espíritu subjetivo". La mera vida anímica, todavía "no espiritual", puede, entonces, incluirse en la naturaleza. Si se impone esta terminología que separa radicalmente espíritu y ánimo (*Geist und Seele*), la expresión "ciencia del espíritu" [...] sería inobjetable. Las ciencias que tienen que ver con el "espíritu" serían aquellas que no se limitan al mundo del sentido como el conjunto de todos los procesos físicos y *psíquicos*, sino que de él toman en

⁵⁴¹ Sobre esta cuestión *vid.*, por ejemplo, R. FRONDIZI, *¿Qué son los valores?. Introducción a la axiología*, 3. ed., 1972 (15. reimp., 1999), *passim*.

consideración lo que tiene "significado" o "sentido", y que no puede ser captado ni mediante la aprehensión "externa" de los sentidos, ni mediante la aprehensión "interna" de los sentidos, sino que únicamente puede "entenderse" de modo no sensitivo (*was weder durch "äußere" noch durch "innere" sinnliche Wahrnehmung erfaßt, sondern allein unsinnlich "verstanden" werden kann*). Si se quiere, puede denominarse como "espíritu" a este mundo (ni corporal ni anímico) de lo comprensible [...], en oposición a todo lo meramente anímico. No es necesario discutir sobre nombres. La cuestión de si es mejor hablar de ciencia espiritual o de ciencia cultural ya no tiene, *entonces*, un significado principal, pues aquello que desde estos presupuestos distingue a la cultura de toda la naturaleza no es su contenido psíquico, sino su contenido "espiritual" objetivo, es decir, el conjunto de aquello que no es aprehensible por los sentidos, sino que sólo es comprensible de modo no sensitivo, y que da significado y sentido a la vida. A menudo, sin embargo, con la palabra "espíritu" se piensa todavía sobre todo en el ser anímico y, en la medida en que esto ocurra, el término ciencia del espíritu sólo puede conducir a confusiones y falta de claridad metodológicas. Pues de lo que se trata no es de que unas ciencias investiguen cuerpos y las otras el ánimo. En lo que tiene que fijarse la teoría del método es, más bien, en que unas disciplinas tienen que ver con la naturaleza libre de valor y sentido, que colocan bajo conceptos generales, mientras que las otras, por el contrario, representan a la cultura llena de sentido y referida a valor y, por ello, no se contentan con el procedimiento generalizador de las ciencias de la naturaleza. Necesitan una consideración individualizadora, para ajustarse a la peculiaridad

y especialidad material de sus objetos (*um der sachliche Eigenart und Besonderheit ihrer Gegenstände gerecht zu werden*), que son más que meros ejemplares de conceptos generales”⁵⁴².

Rickert afirma a continuación que “más importante que la terminología, es la *cosa* que aquí se trata (*die Sache, die hier behandelt wird*), y respecto de ella [...] [c]ada vez se reconoce más, en un sentido negativo, que la diferencia entre lo físico y lo psíquico no posee, como antes se creía, un significado metodológico *decisivo*. También se acepta no sólo la diferencia lógica o formal del procedimiento generalizador y el individualizador como algo inevitable, sino que cada vez más se impone la opinión de que, desde un punto de vista material y de contenido, la mayor diferencia entre los procedimientos de las ciencias concretas depende de que, por una parte, las ciencias se encuentran con objetos de su investigación que son libres de valor y sentido, mientras que, por otra parte, se encuentran con objetos llenos de valor y sentido o, por lo menos, referidos a valor. A ello se vincula el reconocimiento de que allí donde vienen en consideración realidades dotadas de valor (*wertbehafteten Realitäten*), el procedimiento de las ciencias de la naturaleza no es suficiente, ni siquiera tomado en su sentido más amplio”⁵⁴³. En definitiva, lo que nos interesa destacar aquí es que, para Rickert, “el concepto “ciencias del espíritu” no delimita ni el *objeto* ni el *método* frente a las ciencias de la naturaleza [...].

⁵⁴² H. RICKERT, Prólogo de la sexta y séptima edición de *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 1926 [reimp. de 1986], pp. 10-12 (subrayados en el original).

⁵⁴³ H. RICKERT, Prólogo de la sexta y séptima edición de *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 1926 [reimp. de 1986], pp. 12-13 (subrayados en el original).

Si se presupone una equiparación de lo espiritual con lo *psíquico*, ha perdido todo significado para una división *lógica* de las ciencias en dos grupos principales. En efecto, puede decirse al respecto que una separación principal entre espíritu y cuerpo, si se piensa en una separación entre lo psíquico y lo físico, sólo tiene significado *en el interior* de las *ciencias de la naturaleza*. [...]. Por el contrario, las ciencias culturales históricas no tienen ningún motivo para reflejar semejante separación. En sus conceptos admiten *conjuntamente* lo psíquico y lo físico, sin tomar expresamente en consideración esta diferencia”⁵⁴⁴.

12. Todo lo anterior podría resumirse afirmando que, a diferencia del neokantismo de la Escuela de Marburgo, tanto el neokantismo de la Escuela sudoccidental como el historicismo de Dilthey pretendían superar el "intelectualismo" y el formalismo –entendido este último como ausencia de referentes valorativos o materiales– de la propuesta epistemológica que Kant formuló en la *Crítica de la razón pura*. El neokantismo de la Escuela

⁵⁴⁴ H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 125-126 [p. 149-150]. Este autor añade aquí, de nuevo, que “sólo si a la palabra "espíritu" se le vincula un significado que se distingue de la expresión "psíquico", adquiere sentido la denominación de las disciplinas no naturalistas como ciencias del espíritu. Este significado es el que tenía anteriormente aquella palabra. Por espíritu se entendía algo respecto de lo cual era inseparable el concepto de un *valor* y, concretamente, la vida anímica "más elevada" que había adquirido formas y peculiaridades generalmente valoradas, y éstas sólo podían surgir en el interior de la *cultura*. Desde esta perspectiva, el hombre era "espiritual" a diferencia de lo meramente físico, en la medida en que consideraba elevados y *cultivaba bienes* como la religión, la moral, el derecho, la ciencia, etc ..., en definitiva, en la medida en que no era una mera esencia natural, sino un *hombre cultural*. Este significado de la palabra "ciencias espirituales" sí que coincidiría en lo fundamental con lo que nosotros entendemos por ciencia cultural” (subrayados en el original). *Vid.* también *op. cit.*, pp. 27 y ss. [37 y ss.].

de Marburgo creyó haber encontrado las formas *a priori* que tenían que permitir el conocimiento unitario –y, por lo tanto, científico– de la realidad histórico-social sin modificar, no obstante, la propia naturaleza de las formas *a priori* del entendimiento que Kant ya ha había propuesto; dicho de otro modo: sólo pretendía ampliar el catálogo de formas *a priori* para conseguir, así, alcanzar también un conocimiento científico de la realidad histórico-social. En cambio, tanto el neokantismo de la Escuela Sudoccidental y su filosofía de los valores, como el historicismo y el método hermenéutico de Dilthey, coincidían en considerar necesario incorporar al proceso de conocimiento de la realidad histórico-social, o reconocer como elemento del mismo, referencias valorativas materiales y una consideración global de la propia la realidad histórica.

IV. La reintroducción de la discusión valorativa en la ciencia del Derecho

13. En el ámbito del estudio del Derecho, el planteamiento neokantiano que realiza Stammler a principios del siglo veinte supone, pese a la perspectiva formal que adopta aquel autor como consecuencia del método crítico que sigue⁵⁴⁵, la reintroducción de la discusión valorativa en el seno de la ciencia jurídica⁵⁴⁶. Stammler pone de manifiesto la necesidad de un

⁵⁴⁵ Vid. R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, cit., pp. 4-12.

⁵⁴⁶ En este sentido, Recasens Siches afirma (*Direcciones contemporáneas ...*, cit., p. 25) que “uno de los méritos de Stammler es precisamente haber restaurado en Alemania el problema del Derecho Natural, la legitimidad de la cuestión valorativa del Derecho, la crítica ideal del mismo. Mas para resolver este problema busca también inspiración en Kant y especialmente en el Kant de la "Crítica de la razón pura"”.

estudio autónomo del contenido valorativo del Derecho, la necesidad de tomar en consideración la “idea de Derecho”, la consideración del “Derecho justo”⁵⁴⁷. La filosofía del Derecho recupera, así, el espacio que había perdido como disciplina jurídica⁵⁴⁸.

Este planteamiento enlaza con la filosofía kantiana, que parte de la imposibilidad de deducir de lo que *es*, lo *valioso*, lo *justo*, lo que *debe ser*. Nunca algo es justo por el solo hecho de que es, de que fue o, también, porque será. Los preceptos del deber ser (*Sollenssätze*), los juicios de valor

⁵⁴⁷ Para Stammler, la Filosofía del Derecho, como consideración valorativa del Derecho, sería la “doctrina del Derecho justo”. Sobre la importancia práctica de la teoría del derecho justo, *vid.*, por ejemplo, E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 103-106; W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 231 y ss. Sobre esta cuestión, distinguiendo las consideraciones teleológicas –la referencia a fines– de las consideraciones sobre su legitimación y justificación, *vid.* también, M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 417 y ss., especialmente 417-421, 433 y ss.

⁵⁴⁸ Son representativas las palabras de Radbruch cuando afirma (*Filosofía ...*, cit., p. 5) que la primera edición de su *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, aparecida en 1914, fue “una modesta contribución a la serie de trabajos que luego de un silencio de decenios, en que sólo Stammler mantuvo la bandera de la filosofía jurídica, pusieron de nuevo en marcha la labor de la Filosofía del Derecho”. Según Radbruch (*op. cit.*, p. 36), “la fundamentación de la filosofía jurídica, la restauración de la independencia de una consideración valorativa del derecho al lado de la investigación de la realidad jurídica en el terreno del dualismo metódico de la filosofía kantiana, fue la gran obra de Rodolfo Stammler”. En el mismo sentido, *vid.* E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., p. 17, nota 21; *vid.*, también, L. RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas ...*, cit., pp. 16 y ss; este autor señala (*op. cit.*, pp. 20-21) que “la Filosofía del Derecho ha sido restaurada merced a la tarea gigantesca de pensadores harto influidos por las corrientes neocríticas (Stammler, Petrone, Del Vechio, etc...) en las cuales toda la construcción filosófica gira en torno a la Teoría del conocimiento”, y más adelante afirma (*op. cit.*, p. 24) que cuando “Stammler restaura la Filosofía del Derecho orientándola hacia el criticismo neokantiano, todos los primeros problemas jurídicos son enfocados con un criterio puramente logicista”. Cfr. F. GONZALEZ VICEN, *DOXA*, núm. 2 (1985), pp. 28, 44-52.

(*Werturteile*), las estimaciones no pueden fundamentarse inductivamente sobre posiciones de ser, sino deductivamente sobre preceptos de especie semejante. La consideración del valor (*Wertbetrachtung*) y la consideración del ser (*Seinsbetrachtung*), aparecen una junto a la otra como círculos independientes y cerrados⁵⁴⁹. No obstante, es importante señalar que, como afirma Radbruch, la “imposibilidad de derivar el valor de la realidad (como, por lo demás, también la determinabilidad material de la idea [*die Stoffbestimmtheit der Idee*]) caracteriza, empero, una relación lógica, mas no causal. El dualismo metódico no pretende afirmar que las valoraciones y juicios no sean influidos por hechos del ser ...”⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ Vid. G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 13 y ss.; este autor afirma que “[p]ara el conocimiento metódico queda en firme que los preceptos del deber ser sólo pueden derivarse deductivamente de otros preceptos del deber ser y no pueden fundamentarse inductivamente en hechos del ser” (*op. cit.*, p. 15). Vid. también E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., p. 55, quien afirma: “Todo el “ser” de la vida social sólo puede ser conocido con arreglo al principio de la causalidad estrictamente determinada; una desviación al respecto supondría una contradicción con los presupuestos fundamentales de nuestro pensamiento. Pero de este “ser” no se sigue, en este sentido, ningún “deber ser””; L. RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas ...*, cit., pp. 22-26; S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 232-236. Cfr. E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 59 y ss; F. MUÑOZ CONDE, “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, en DOXA, núm. 15-16 (1994), pp. 1026-1027; M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 417-421; W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 28 y ss. En un sentido muy distinto al del texto se manifestaba, por ejemplo, F. von LISZT, *La idea de fin en Derecho penal*, 1984 (reimp. de 1994), *passim*.

⁵⁵⁰ Vid. G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 15 y ss. “La idea –dice Radbruch, *op. cit.*, pp. 14-15– vale para una determinada materia, es adecuada a esta materia; y, a su vez, esta materia, que pretende dominar, actúa sobre ella [...] Llamamos a esta relación la *determinación material de la idea (Stoffbestimmtheit der Idee)*, siempre que tengamos conciencia del doble sentido de esta designación: determinada *por* la materia, en tanto que determinante *para* la materia (*durch den Stoff bestimmt, weil für den Stoff bestimmt*)” (subrayados en el original); “[a]quí no se trata de la relación *causal* entre hechos de ser y juicios de valor, sino de la relación *lógica* entre ser y valor. No se

De este modo, Stammler introduce en el ámbito de la ciencia jurídica la perspectiva “dualista”, la separación entre la consideración del “sein” y el “sollen”, entre la realidad jurídica y el valor jurídico, recuperando para aquélla una perspectiva valorativa y replanteando la discusión sobre la relación entre el “ser” y el “deber ser”, que tanto la metodología propia del Derecho natural como la metodología positivista creían poder tratar de forma unitaria, ya fuera dando primacía al Derecho natural y considerándolo como Derecho que debía regir con primacía sobre el Derecho positivo, o bien partiendo, con diversa fundamentación, de la

afirma que los juicios de valor no sean *causados* por hechos de ser, sino que en éstos no pueden *fundamentarse*” (*op. cit.*, p. 16, subrayados en el original).

Con mayor claridad, si cabe, subraya Mezger la relación recíproca entre la realidad y los valores cuando afirma: “El fin último del Derecho es *favorecer la vida social*. Este fin nos lo hemos “establecido”. Respecto de él no nos parece posible una discusión “razonable”. Pero, una vez establecido aquel deber ser, todo lo que viene después es “*praxis del Derecho correcto*”, *derivación cognitiva del “deber ser” a partir del “ser social”* [...] El “deber ser” puede derivarse del “ser”: esta frase es *teóricamente* incorrecta, pues el “establecimiento del fin” es un presupuesto “*formal*” de todo “deber ser”. Pero *prácticamente* es correcta. Si bien aquel “ser” del que puede derivarse el deber ser del Derecho *no* es él mismo, como cree *v. Liszt*, un “deber ser” en el sentido de determinadas valoraciones culturales dadas. Aquel “ser” significa, más bien, el conjunto de las condiciones “naturales” para la existencia de la convivencia de los hombres. Toda existencia social es, sin embargo, vida social y psíquica, sus condiciones “naturales” de las que depende su existencia son, por lo tanto, hechos y leyes psicológicos y sociológicos. La teoría del Derecho correcto es psicología y sociología aplicada” (*Sein und Sollen ...*, cit., pp. 103-104; subrayados en el original). *Vid.* también, del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 14-15, donde se afirma: “Para mi, metódicamente, cada vez gana más terreno el carácter dualista empírico-valorativo de todos los conceptos jurídicos (*der empirisch-werthafte Doppelcharakter aller Rechtsbegriffe*) [...] no me puedo resolver a desprenderme de tal síntesis”. Cfr. F. GONZALEZ VICEN, *DOXA*, núm. 2 (1985), pp. 31 y ss., especialmente pp. 46-49; L. RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas ...*, cit., pp. 26-37; M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 38 y ss., 420-42.

identificación entre el Derecho positivo y el “Derecho correcto” y relegando cualquier consideración autónoma sobre éste último extramuros de la ciencia jurídica⁵⁵¹⁻⁵⁵². Las palabras de G. Fraenkel pueden servir

⁵⁵¹ Vid. G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 23 y ss.; E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., p. 1. Vid., también F. GONZALEZ VICEN, DOXA, núm. 2 (1985), pp. 258-259, donde hace referencia a la polémica de Lask con el Derecho natural y el historicismo.

⁵⁵² Conviene recordar aquí que, en el marco del neokantismo, la distinción entre el ser y el deber ser no se corresponde exactamente con la distinción entre el objeto de las ciencias naturales y el de las ciencias culturales. El objeto, la materia de ambas es esencialmente el mismo, y también el método a través del cual la ciencia alcanza su conocimiento y análisis: el método crítico o trascendental. Lo que distingue a las ciencias naturales y a las culturales y, respecto de estas últimas, la delimitación de su contenido en tanto que objeto de la correspondiente ciencia cultural, son fundamentalmente las formas a través de las cuales el objeto se delimita, se ordena y se analiza, un análisis que se hace desde la perspectiva del deber ser o la ideas. Podríamos decir que es así como queda configurado el contenido específico de la correspondiente ciencia cultural.

A su vez, las diferencias entre las dos corrientes neokantianas radican, fundamentalmente, en la importancia que se otorgue a la referencia a los valores: en la propia configuración, delimitación y ordenación del objeto de la correspondiente *ciencia cultural*, o simplemente en el análisis de su objeto, ya delimitado y ordenado a través de las formas *a priori* o categorías específicas de la correspondiente ciencia cultural, pero ajenas al valor, a las ideas. Hay, pues, dos diferencias básicas entre el positivismo y el neokantismo: por una parte, el paso de un método inductivo a un método crítico o trascendental y, por otra parte, la distinción entre la consideración del ser y el deber ser de un determinado objeto frente al monismo del positivismo, pero sin que aquella distinción comporte que deban coincidir el contenido del ser de las diversas ciencias naturales o culturales, puesto que las formas a través de las cuales se delimita son diversas y, además, para los neokantianos de la Escuela sudoccidental las formas de las ciencias culturales encierran una referencia a los valores. Lo que sí es cierto es que la introducción del método crítico y la distinción de las formas específicas de las diversas ciencias particulares permitirá una distinción más nítida y correcta del *contenido* de las ciencias naturales y el de las ciencias culturales que la distinción

para ilustrar el significado de la filosofía crítica y los orígenes de la misma: “Ni pretende descubrir un código legal dictado por la razón y de carácter permanente, ni quiere conformarse con el conocimiento del Derecho, renunciando al conocimiento de lo correcto (justo). Busca una idea de Derecho a la que, desde lo más alto, corresponde un significado regulativo”⁵⁵³.

14. Además de la necesidad de un planteamiento “dualista” en la consideración del Derecho, los presupuestos epistemológicos del neokantismo –esto es, la distinción entre la materia y la forma como componentes del contenido, que deben separarse a través del método crítico⁵⁵⁴–, pusieron de manifiesto que las formas que posibilitan el conocimiento de la materia condicionan, a su vez, el contenido de ésta, de modo que el contenido del Derecho venía de algún modo determinado por las formas y las categorías sistemáticas. Estas, además de proporcionar un conocimiento del contenido jurídico ordenado de modo unitario, determinan, configuran, el material de éste⁵⁵⁵.

excesivamente unilateral que proporcionaba el método inductivo que el positivismo había adoptado partiendo, precisamente, de las ciencias naturales.

⁵⁵³ G. FRAENKEL, *Die kritische Rechtsphilosophie bei Fries und bei Stammler*, 1912, p. 8.

⁵⁵⁴ Vid. R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, cit., pp. 4-10. Vid. también, H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 57 y ss., 143 y ss. [57 y ss., 171 y ss.]; E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 65 y ss.; del mismo autor, *Vom Sinn ...*, cit., pp. 31-32, 40-41; F. GONZALEZ VICEN, DOXA, núm. 2 (1985), pp. 27 y ss.; S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 234 y ss.

⁵⁵⁵ En este sentido, *vid.*, por ejemplo, G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., p. 114; R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, cit., pp. 4-5.

15. En el seno de la ciencia y la filosofía del Derecho surge, así, una discusión sobre, por una parte, el procedimiento idóneo para determinar el “sollen” y el carácter objetivo o subjetivo del mismo⁵⁵⁶, y, por otra parte,

En 1926, en la última edición de *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* afirmaba Rickert (pp. 49-50): “Evidentemente, alguien podría decir que con el conocimiento no quiere otra cosa que no sea conseguir una reproducción de la cosa (*ein Abbild der Dinge*): la ciencia tiene que "describir" el mundo tal como él es verdaderamente, y lo que no sea una descripción totalmente coincidente con la realidad no tiene en absoluto ningún valor científico, sino que sólo consiste en "construcciones". En la denominada fenomenología parece revivir esta tendencia radicalmente "empírica". Naturalmente, acerca de la declaración de semejante querer no puede decirse mucho. Pero uno debe formularse la pregunta de si la realización de este deseo es también *posible*. Inténtese una sola vez "describir" la realidad *exactamente*, o sea, acogerla "tal como es" en conceptos para, así, obtener una reproducción de ella. Pronto se advertirá que semejante empresa carece de sentido. La realidad empírica se muestra como una *pluralidad inabarcable*, que parece hacerse mayor en cuanto empezamos a profundizar en ella y separarla en sus particularidades, pues incluso el "más pequeño" de los trozos contiene más de lo que cualquier hombre pueda describir; todo lo que él pueda acoger en sus conceptos y, así, en su conocimiento es mínimo en relación con lo que ha debido dejar aparte. Si tuviéramos que *reproducir* la realidad con conceptos, como sujetos que conocen se nos presentaría una labor *irresoluble* y, por lo tanto, aun cuando todo lo que ya se ha conseguido pueda pretender ser conocimiento, también en relación con el concepto inmanente de verdad es necesario seguir manteniendo que el conocimiento no es reproducción mediante la descripción del "fenómeno", sino *transformación* (*Umbilden*), e incluso –podríamos añadir– *simplificación*, en comparación con la propia realidad” (subrayados en el original).

Sobre esta cuestión, *vid.*, además, E. MEZGER, *Vom Sinn ...*, cit., pp. 40-41; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 147-149; H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 8 y ss; G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 7, 24-25 y 49-50; J. M. SILVA SANCHEZ, *Aproximación ...*, cit., pp. 55-57; S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 234 y ss.

⁵⁵⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 1-64, donde este autor realiza una exposición de las principales posiciones defendidas en la doctrina. Entre las posiciones que adoptan un punto de partida subjetivo para la determinación

sobre la relación entre los valores y las formas *a priori* que deben servir de base para la ordenación sistemática y la interpretación del Derecho⁵⁵⁷.

del deber ser del Derecho, Mezger hace referencia al subjetivismo relativista y el subjetivismo crítico; entre las posturas objetivistas aquel autor distingue entre el objetivismo cultural, el objetivismo materialista y el objetivismo naturalista. Cfr. también E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 59 y ss, especialmente pp. 63 y ss.

Es importante advertir del doble sentido con el que los autores se refieren al carácter objetivo o subjetivo del “Sollen”, esto es, al carácter objetivo o subjetivo del criterio valorativo con arreglo al cual se determina el Derecho correcto, el Derecho que “debe ser”. Mezger, por ejemplo, distingue entre el carácter objetivo y subjetivo del “Sollen” en función del origen objetivo o subjetivo que se atribuya a los principios o bases que determinan el derecho (*die Bestimmungsgründe des Rechtswillen*), esto es, en función de si se entiende que estos principios determinantes deben buscarse en la conciencia subjetiva (*im subjektiven Bewußtsein*), o deben buscarse en la realidad dada de carácter objetivo (*in objektiven Gegebenheiten*). No obstante, los partidarios de la utilización del método crítico afirman que estos principios determinantes poseen carácter objetivo como consecuencia de su validez general, de modo que no vinculan el carácter objetivo de los mismos a su origen, sino al método que se utiliza para determinarlos, y a su condición de principios con validez general. Finalmente, otros autores como E. v. Hippel o Schwinge afirman el carácter objetivo del establecimiento de un fin (*einer Zielsetzung*) simplemente cuando para ello se han respetado las reglas lógicas. Sobre esta cuestión *vid.* E. MEZGER, *op. cit.*, p. 2 y nota 3, pp. 66-68 y nota 72; del mismo autor, *Vom Sinn ...*, cit., pp. 31-33.

⁵⁵⁷ Cfr. la exposición de S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 232 y ss. En el año 1929, Recasens Siches señalaba (*Direcciones contemporáneas ...*, cit., pp. 20-21) que “el pensamiento actual, de retorno a la más pura problemática filosófica, ya no se preocupa tanto de *si* es posible un Derecho Natural, y una Teoría del conocimiento jurídico; sino del *cómo* hayan de desenvolverse ambas doctrinas. Y este *cómo* se sitúa preponderantemente en torno al problema de cuál sea el alcance que corresponda a la Lógica y a la Gnoseología en la elaboración de una Filosofía del Derecho. El tema central de la actual especulación filosófico-jurídica es acaso el diálogo o polémica entre las dos posiciones siguientes: de un lado invasión de la Filosofía jurídica por la Lógica y por la Gnoseología o Teoría del conocimiento (Stammler, Kelsen y toda la escuela vienesa); y de otra parte la convicción de que la Filosofía práctica, tanto moral como jurídica, entraña elementos propios autónomos y característicos que no pueden

Como ya hemos señalado, es en el marco de esta discusión donde se sitúan las diferencias entre las dos direcciones del neokantismo: la Escuela de Marburgo y la Escuela Sudoccidental o de Badem⁵⁵⁸.

La primera, representada en el ámbito jurídico por el planteamiento de Stammler⁵⁵⁹, para garantizar el carácter científico del estudio del Derecho, se centra en la determinación, mediante el método crítico, de las formas puras que permiten una ordenación y conocimiento unitarios del material jurídico⁵⁶⁰. En este sentido, aquel autor afirma: “Por filosofía del Derecho entendemos la teoría de aquello que en la discusión jurídica puede

resolverse o disolverse en meras teorías lógicas y gnoseológicas (Lask, Radbruch, Münch, Scheler, Guardini, etc...). [...] El diálogo entre el elemento lógico y el elemento ético domina y empapa los dos problemas fundamentales de la Filosofía del Derecho, a saber: la cuestión en torno al Derecho Natural y la construcción de una Teoría de la Ciencia jurídica”.

⁵⁵⁸ Además de las obras ya citadas, cfr. especialmente F. GONZALEZ VICEN, DOXA núm. 2 (1985), pp. 27-52; del mismo autor AFD, 1986, pp. 249-280; L. RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas ...*, cit., pp. 20 y ss.

⁵⁵⁹ Las principales obras de R. Stammler son: *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896; *Die Lehre von dem richtigen Recht*, 1902; *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911. Nosotros citamos la primera edición de su *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, del año 1922, por tratarse de una obra que proporciona una visión resumida pero global de la concepción de su autor. De la segunda edición de esta obra existe traducción española de W. Roces.

Sobre la concepción metodológica y la obra de Stammler, *vid.*, en la literatura española, F. GONZALEZ VICEN, DOXA, núm. 2 (1985), pp. 35 y ss.; L. RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas ...*, cit., pp. 49-93; S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 234 y ss. También González Vicén sitúa a Stammler dentro de la dirección lógico-jurídica del neokantismo de la Escuela de Marburgo, aunque señala (*op. cit.*, p. 35, nota 52) que no hay que olvidar que, sin embargo, Stammler ha combatido expresamente la adscripción de su obra a cualquiera de las direcciones neokantianas.

⁵⁶⁰ *Vid.* R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, cit., pp. 4-12.

formularse con validez general incondicionada (*mit unbedingter Allgemeingültigkeit*)”⁵⁶¹; “el objeto de estudio de la filosofía del Derecho puede precisarse como el sistema de las formas puras con las que pensamos jurídicamente”⁵⁶²; “las ideas de Derecho y Justicia son modos unitarios de determinar y orientar cualquier aspiración”⁵⁶³.

Partiendo de esta base, entre las tareas que corresponden a la filosofía del Derecho Stammler distingue, por una parte, la cuestión relativa al concepto de Derecho y, por otra parte, la cuestión relativa a la idea de Derecho.

El concepto de Derecho es un pensamiento con validez general incondicionada (*ein Gedanke von unbedingter Allgemeingültigkeit*) que proporciona carácter homogéneo a las diversas cuestiones jurídicas históricamente condicionadas y las agrupa formando una unidad. A través del mismo se delimita el querer jurídico (*das rechtliche Wollen*) frente a otras posibilidades típicas como los sucesos naturales, la moral y las costumbres, o la fuerza arbitraria (*die willkürlicher Gewalt*)⁵⁶⁴. El concepto de Derecho que Stammler proponía es el siguiente: el querer vinculante autárquico e inviolable (*das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen*)⁵⁶⁵.

Con independencia de la problemática relativa al concepto de Derecho, Stammler considera, a continuación, la cuestión relativa a si el contenido de aquello que hemos delimitado unitariamente como Derecho está justificado

⁵⁶¹ R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, cit., p. 1.

⁵⁶² R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, cit., p. 4.

⁵⁶³ R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, cit., p. 4.

⁵⁶⁴ *Vid.* R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, cit., pp. 1-2, 9, 46 y ss.

⁵⁶⁵ R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, cit., p. 89.

(es correcto) desde el punto de vista de los principios, del fundamento. Esta cuestión se basa en la posibilidad de representarse todas las pretensiones imaginables en una armonía incondicionada, armonía que sólo puede consistir en una idea. Se trata aquí del fin último ideal (*der Ideal Endzweck*) hacia el cual debe orientarse y dirigirse toda pretensión jurídica en su situación especial para que aparezca como fundamentalmente correcta, como correcta desde el punto de vista de los principios (*als grundsätzlich richtig*). En el planteamiento de Stammler, la idea de Derecho se corresponde, así, con el pensamiento de un proceso de validez general incondicionada para orientar unitariamente el contenido de todos los fines y medios posibles⁵⁶⁶. En relación con esta cuestión, aquel autor afirma que “cuando consideramos a un determinado contenido del Derecho como fundamentalmente correcto o negamos que sea tal, en definitiva lo que decimos no es otra cosa que si, partiendo de sus circunstancias, este concreto querer jurídico está guiado por la idea de la comunidad (*von dem Gemeinschaftsgedanken*) o se aparta de ella [...]. En la forma pura del pensamiento que es el ideal social encontramos la respuesta sobre el elemento condicionante del concepto de justicia. La justicia es la dirección u orientación de un querer jurídico particular en el sentido de la comunidad pura (*Gerechtigkeit ist das Richten eines besonderen rechtlichen Wollens im Sinne reiner Gemeinschaft*)”⁵⁶⁷. Como señala Recasens Siches, para Stammler “la idea de Justicia consiste, pues, en una absoluta armonía, conforme a la cual ordenamos la materia jurídica: se puede denominar a esta absoluta armonía, idea de la comunidad pura [...], el enlace entre los fines de diversos hombres, no tomando jamás como criterio un afán con

⁵⁶⁶ Vid. R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, cit., pp. 2-4, 167 y ss.

⁵⁶⁷ R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, pp. 199-200 y nota 6.

validez sólo subjetiva [...], la comunidad de hombres librevolentes, o sea, que quieran la armonía objetiva, exentos de motivaciones meramente individuales y concretas [...]. Existe, pues, *una sola* fórmula de la Justicia con valor absoluto y universal, la cual, aplicada a los datos empíricos, a los contenidos concretos de la vida social de los diversos pueblos y tiempos, engendra *ideales jurídicos distintos* [...]. De lo cual se deduce que existe *una sola idea de justicia*, pero puede en cambio pensarse un *número ilimitado de Derechos justos*, a tenor de las infinitas circunstancias de hecho (materia social) a regular”⁵⁶⁸

16. Como se desprende de lo anterior, el planteamiento de Stammler se caracteriza por la separación entre la consideración del concepto de Derecho y la consideración de la idea de Derecho, entre “*der kognitiven Seinsbetrachtung und der normativen Sollensbetrachtung*”. Asimismo, como consecuencia del método crítico que defiende aquel autor, el tratamiento de estas dos cuestiones se caracteriza por ser un tratamiento formal, esto es, por la consideración del concepto y la idea de Derecho como formas puras de carácter incondicionado que determinan la delimitación y análisis de la diversidad de la materia jurídica y, junto con ésta, componen el contenido del Derecho. Se trata de un planteamiento que parte de la convicción de que, ante la diversidad del contenido jurídico derivada de la diversidad de la materia jurídica, la única posibilidad de ordenar científicamente el contenido del Derecho es ordenarlo unitariamente a partir de conceptos y principios (*Begriffe und Grundsätze*)

⁵⁶⁸ L. RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas ...*, cit., pp. 73-74 (cursiva en el original).

que reúnan la condición de formas puras, esto es, a partir de las formas determinantes de la diversidad de la materia jurídica⁵⁶⁹.

Partiendo de esta consideración del concepto y la idea de Derecho como formas puras que determinan *en un sentido diverso* la materia jurídica, resulta perfectamente coherente una consideración independiente del concepto y la idea de Derecho. Lo que resulta discutible es la conveniencia –e, incluso, la posibilidad– de determinar el concepto de Derecho sin tener en cuenta la idea de Derecho, o sea, la formulación de un concepto de Derecho como forma pura del pensamiento jurídico sin tener en cuenta los fundamentos y principios del Derecho, el aspecto valorativo vinculado a la función del Derecho.

El planteamiento neokantiano de Stammler pone acertadamente de manifiesto que, ante la diversidad y variabilidad de la materia jurídica, un tratamiento científico del contenido del Derecho debe partir del elemento

⁵⁶⁹ Vid. R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, cit., p. 6, nota 9. Sobre esta cuestión, para una perspectiva general vid. F. GONZALEZ VICEN, DOXA, núm. 2 (1985), pp. 28-52; este autor subraya (*op. cit.*, pp. 28-29) que “lo que el neokantismo se propone, y lo que le constituye en filosofía, es reflexionar sobre aquello que el positivismo tiene como algo dado sin más, es decir, el proceso mismo del conocimiento: "conocer el conocimiento", como diría un significado neokantiano. Aquí radica la profunda analogía entre la filosofía de Kant y el neokantismo [...]. Porque el problema primordial del neokantismo es el de la "validez", o como se dirá más adelante, el de la fundamentación de las proposiciones de las ciencias; en otras palabras, el de la objetividad absoluta de los juicios contenidos en las ciencias”; más adelante, este autor señala (*op. cit.*, p. 31) que “[s]i Kant había mostrado en los juicios sintéticos *a priori* el fundamento absoluto de verdad de las proposiciones de las ciencias naturales-matemáticas, el neokantismo trata de aplicar el mismo método a todas las objetivaciones culturales que el hombre constituye como ser histórico: a las conformaciones sociales y su regulación, a las creaciones estéticas y su reflexión, a la vida interior humana, incluso a la religión [...]. La revolución copernicana, según la cual, no los conceptos se guían por los objetos, sino éstos por aquéllos salta así los límites de la teoría del conocimiento y se extiende al campo entero de la cultura”.

formal de éste y debe consistir en una ordenación unitaria –esto es, sin contradicciones– de los conceptos y principios fundamentales que determinan y dan forma a la materia jurídica. Por otra parte, los postulados epistemológicos del criticismo permiten poner de manifiesto la imposibilidad de un Derecho cuyo contenido tenga validez absoluta, y permiten a Stammler afirmar que sólo existe un Derecho natural de contenido variable⁵⁷⁰. Sin embargo, la separación que aquel autor establece entre la cuestión relativa a la delimitación del Derecho –la cuestión relativa al concepto de Derecho– y la cuestión relativa al contenido valorativo del Derecho –la cuestión relativa a la idea de Derecho–, así como su concepción excesivamente formal de la labor de la filosofía del Derecho, y la pretensión de validez general incondicionada que preside la concepción de Stammler acaba por llevarle –si se permite la expresión– a un "Derecho natural de formas puras" que apenas permite determinar y ordenar el contenido del Derecho⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Vid. R. STAMMLER, *Lehrbuch ...*, cit., pp. 7-8, 28-36.

⁵⁷¹ En relación con el contenido de la idea de Derecho propuesta por Stammler como medida para determinar, con un método de validez general, la corrección de una determinada pretensión jurídica desde el punto de vista de los principios (*die grundsätzliche Richtigkeit einer bestimmten Bestrebungs*), este autor afirma (*Lehrbuch ...*, cit., p. 200): “La objeción de que el pensamiento (*der Gedanke*) de semejante método directivo está *vacío de contenido*, no está planteada correctamente. Se omite preguntar por el concepto *de contenido* (*nach dem Begriffes des Inhaltes*). Este consiste en la diversa peculiaridad de un pensamiento (*Gedanke*) frente a otro. Semejante peculiaridad existe evidentemente siempre que se piensa (*bei allem Denken*). Carece, por lo tanto, de sentido la representación de un pensamiento (*eines Gedankens*) que no tuviera ningún *contenido*. Por lo tanto, la objeción mencionada sólo puede deberse a una confusión del *contenido* en general con los componentes *materialmente delimitados* del contenido de un pensamiento (*eines Gedankeninhaltes*). Evidentemente, existen pensamientos libres de peculiaridades *condicionadas materialmente* y cuyo *contenido* consiste en la firme representación de un proceso ordenado unitariamente. Aquí se

17. Es precisamente en la divergencia sobre esta cuestión donde, también en el ámbito de la filosofía del Derecho, radica la diferencia fundamental entre las dos direcciones del neokantismo. En efecto, los autores de la Escuela sudoccidental, partiendo de la distinción entre las ciencias naturales y las ciencias del espíritu o ciencias culturales que propuso Rickert⁵⁷², ponen de manifiesto la necesidad de referencias valorativas para definir el concepto de Derecho y para ordenar sistemáticamente el contenido del Ordenamiento jurídico⁵⁷³. Como señala González Vicén,

encuentra *la idea del Derecho (die Idee des Rechtes)*. Pues, puesto que comporta la misión de proporcionar el punto de vista correcto para *todas* las peticiones relativas al Derecho *imaginables*, no puede quedar absorbida por una única de ellas y debe prescindir de la singularidad de todas ellas” (subrayados en el original).

Sobre esta cuestión cfr. G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 36-37; G. FRAENKEL, *Die kritische Rechtsphilosophie ...*, cit., pp. 9-48; E. KAUFMANN, *Kritik...*, pp. 11-20; L. RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas ...*, cit., pp. 49 y ss., especialmente pp. 82-93; F. GONZALEZ VICEN, *DOXA*, núm. 2 (1985), pp. 35-37, 46-48; E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 12-32; refiriéndose al planteamiento de Stammler sobre la idea de Derecho, Mezger pone de manifiesto los límites del método crítico y afirma que las condiciones últimas del mismo no poseen una validez absoluta y plenamente incondicionada, sino sólo relativa. En un sentido similar, *vid.* E. MEZGER, *GS* 89, pp. 240-242.

⁵⁷² *Vid.* lo dicho *supra*. *Vid.* también S. MIR PUIG, *Introducción ...*, cit., pp. 237 y ss.; H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 8-11; H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 52-55; E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 4 y ss. En relación con la distinción entre las ciencias naturales y las ciencias culturales, *vid.* también E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 61-64, donde este autor realiza una crítica al objetivismo naturalista por no haber advertido que, dentro de lo dado, la relación entre los distintos hechos no es siempre la misma y que no todos los hechos pueden tratarse o considerarse del mismo modo.

⁵⁷³ Para una visión general sobre las peculiaridades del neokantismo de la Escuela sudoccidental, *vid.* F. GONZALEZ VICEN, *AFD*, 1986, pp. 249-280, con referencias al planteamiento de Windelband, Rickert, Lask, Radbruch y Münch. En relación a la

esto responde a la tesis central de aquella dirección neokantiana, según la cual “las normas o reglas de nuestro conocer o de nuestro obrar en general poseen validez absoluta cuando sirven a la aprehensión o a la realización de valores”⁵⁷⁴, “es la referencia a un valor lo que presta a una cosa o a una acción "significación" o "sentido"”⁵⁷⁵.

Radbruch, por ejemplo, afirma que “el derecho es obra humana, y como toda obra humana sólo puede ser comprendida a través de su idea. [...]. Una consideración ciega para el fin, es decir, para el valor, es, pues, imposible ante una obra humana, y por consiguiente también una consideración ciega al valor del derecho o de cualquier fenómeno jurídico aislado [...]. El derecho sólo puede comprenderse en el círculo de la conducta impregnada de valor. El derecho es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor. El concepto del derecho sólo puede determinarse como conjunto de datos cuyo sentido estriba en la realización de la idea del derecho [...]. Es más: la misma idea de derecho, principio constitutivo a la par que medida de valor para la realidad jurídica, pertenece a la

concepción de Lask, Radbruch y Münch, *vid.* también L. RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas ...*, cit., pp. 165 y ss.; H. WELZEL, "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", en *Abhandlungen ...*, cit., pp. 70 y ss.; del mismo autor, *Introducción ...*, cit., pp. 195-199.

⁵⁷⁴ F. GONZALEZ VICEN, AFD, 1986, p. 253.

⁵⁷⁵ F. GONZALEZ VICEN, AFD, 1986, p. 253. Acerca de la objetividad y la validez de esos valores, y de su condicionalidad y variabilidad histórica, *vid.*, con carácter general, H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 34 y ss., 102 y ss., pp. 163 y ss. y *passim*. [pp. 45 y s., 123 y ss., 197 y ss.]; en relación con la ciencia del Derecho, sobre esta cuestión *vid.*, por ejemplo, G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 160-162.

consideración valorativa”⁵⁷⁶; “*die Rechtsidee ist Wert, das Recht aber wertbezogene Wirklichkeit, Kulturerscheinung*”⁵⁷⁷.

Para Radbruch, la esencia de la *ciencia del Derecho* estaría constituida por la consideración del Derecho referida a valores, por la consideración del mismo como hecho cultural; por su parte, la consideración valorativa del Derecho, la consideración del mismo como valor cultural es lo que caracteriza la *filosofía del Derecho*⁵⁷⁸. El contraste entre esta caracterización de la ciencia y la filosofía del Derecho y lo dicho anteriormente acerca de la concepción de Stammler muestran claramente las diferencias entre la Escuela de Marburgo y la Escuela sudoccidental. A través de la consideración de la ciencia del Derecho como ciencia cultural, se reduce la distancia entre aquella y la filosofía del Derecho, a la vez que – sin desconocer la existencia de algunos conceptos y aspectos comunes– se

⁵⁷⁶ G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 11-12. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 8 y ss., donde este autor distingue entre las cuatro formas de lo dado: ser, valor, sentido y esencia, y, paralelamente a esta distinción, el pensamiento científico-natural ciego al valor, la actitud valorativa que caracteriza a la filosofía de los valores, la metodología de las ciencias culturales caracterizada por la referencia a los valores, y la actitud superadora de los valores o religiosa. En relación con las caracterización que Radbruch hace de la ciencia jurídica como ciencia cultural y, por lo tanto, comprensiva, individualizadora y referida a valores (*verstehende, individualisierende und wertbeziehende Wissenschaft*), *vid. op. cit.*, pp. 158 y ss.

⁵⁷⁷ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 25 [*Filosofía ...*, cit., pp. 38-39].

⁵⁷⁸ G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., p. 12. Entre las ciencias del Derecho, que serían aquellas que tienen por objeto al Derecho, Radbruch distingue la ciencia jurídica en sentido estricto, que sería aquella que se ocupa del derecho mediante un método específicamente jurídico. Esta ciencia sistemática, dogmática del derecho, la define y caracteriza como la ciencia del sentido objetivo de las regulaciones jurídicas positivas (*die Wissenschaft vom objektiven Sinn positiver Rechtsordnungen*); *vid.* G. RADBRUCH, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

destacan sus diferencias frente a las ciencias naturales, ciegas al valor. En este sentido, Radbruch afirma: “[...] al contrario de la teoría de Stammler, no basta con la mera antítesis de ser y deber ser, de realidad y valor [...] [E]ntre la decisión sobre la realidad y el juicio valorativo debe garantizarse su lugar a la referencia a valores, entre la naturaleza y el ideal, debe garantizarse su lugar a la cultura [...]. Así se realiza el tránsito desde el dualismo a un trialismo de las formas de consideración (*einem Trialismus der Betrachtungsweisen*)”⁵⁷⁹.

18. El método neokantiano de la Escuela sudoccidental se caracteriza, pues, por definir los conceptos jurídicos de forma fundamentalmente deductiva, a través de referencias valorativas, y por una ordenación sistemática del Derecho mediante categorías cuyos límites y contenido no

⁵⁷⁹ G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 38-39. La relación entre la ciencia y la filosofía del derecho se pone claramente de manifiesto cuando Radbruch se refiere a las características del objeto de la ciencia sistemática del derecho, la dogmática; *vid. op. cit.*, p. 146.

Frente a las afirmaciones que hemos recogido en los últimos párrafos del texto, no pueden dejar de sorprender las críticas que Welzel dirigiría más tarde a la concepción de los autores neokantianos sobre las relación entre los valores y el objeto valorado; *vid. especialmente* H. WELZEL, "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", en *Abhandlungen ...*, cit., pp. 79 y ss.; Welzel afirma: “La creencia de poder tratar los valores de modo puramente teórico-neutral [...]. Aquí el cientificismo muestra una plasmación todavía más pronunciada que en la metodología, esto es, la separación de la esfera de lo irreal respecto de la realidad se realizó de modo más decidido que allí [...]. En fondo, ambos mundos, el mundo irreal del valor y el mundo real del ser, corrían desvinculados uno junto al otro. En efecto, la separación de ambas esferas condujo incluso a una tensión recíproca entre ellos: lo óntico-inmediato, la "vida" pasó a ser un enemigo del mundo del valor” (*op. cit.*, pp. 82-83). Al respecto, cfr., por ejemplo, H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. y 7. ed., 1926 (reimp. de 1986), pp. 34 y ss., 102 y ss., 163 y ss. y *passim* [pp. 45 y ss., 123 y ss., 197 y ss.]

vienen determinados sólo por criterios formales, sino por la referencia a valores⁵⁸⁰.

La consideración e incorporación de referencias valorativas en relación con la definición y delimitación de los conceptos y las categorías del sistema jurídico permitió *superar la perspectiva meramente formal* que caracteriza al método crítico de la Escuela de Marburgo⁵⁸¹, *rechazar el culto al método inductivo, a la lógica formal y al dogma causal* que caracteriza la metodología positivista⁵⁸² y *consolidar la perspectiva*

⁵⁸⁰ Sobre el muy sugerente concepto de Derecho que Radbruch propone y el procedimiento que sigue para su caracterización, *vid.* G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 43 y ss.

⁵⁸¹ En este sentido, Mezger, por ejemplo, afirma (*Sein und Sollen ...*, cit., pp. 76-80) que Stammler tenía razón cuando consideraba insuficiente el mero hecho de poner de manifiesto que la “adecuación al fin” constituye la medida de la justicia de un Derecho (*der Maßstab für die Richtigkeit eines Rechts*), pero entiende que el complemento de aquella referencia formal a la “adecuación a un fin” debe consistir en la toma en consideración del contenido *material* del fin del Derecho: el aseguramiento de las condiciones para el mantenimiento de la sociedad. Según Mezger, la jurisprudencia (*Jurisprudenz*) –entendida en sentido amplio, como ciencia del derecho vigente y que se ocupa también del deber ser del derecho– es una técnica del querer humano al servicio de la configuración de la existencia social (*Technik menschlichen Wollens im Dienste sozialer Daseinsgestaltung*). Tomando en consideración esta concepción del aspecto teleológico de la ciencia jurídica, Mezger afirma en su Tratado (*Strafrecht ...*, cit., p. 82, nota 11 [*Tratado ...*, cit., t. I, p. 148, nota 11]): “Jurisprudenz ist Kunst auf wissenschaftlicher Grundlage, nicht ausschließlich Wissenschaft”.

⁵⁸² En este sentido, Radbruch (*Filosofía ...*, cit., pp. 43-44) afirma que “[...] la ciencia del derecho ha emprendido repetidamente el intento de lograr inductivamente el concepto de derecho de los fenómenos jurídicos singulares; y no hay duda, que es fundamentalmente posible la adquisición por comparación de los fenómenos jurídicos singulares del concepto general, sustrato de todos ellos. Pero si de este modo se adquiere ciertamente el concepto de derecho, no se le puede fundamentar [...], no puede demostrarse nunca por el camino de la inducción generalizadora que aquellos conceptos no son casuales, sino conceptos universales necesarios, es decir, eficientes y fecundos

(*leistungsfähige, fruchtbare*)”. Aquel autor considera (*op. cit.*, pp. 49-51) que la determinación conceptual del derecho no se obtiene inductivamente de los fenómenos jurídicos singulares, sino que debe derivarse deductivamente de la idea de derecho. Por esta razón no es de naturaleza jurídica, sino prejurídica, es decir, de carácter *a priori* en su relación con la ciencia jurídica. El derecho no es tal porque los fenómenos jurídicos singulares permitan ser inordinados por él, sino al contrario, los fenómenos jurídicos son fenómenos “jurídicos” porque el concepto de derecho los encierra o comprende. Sólo cuando contemplamos el caos de los datos desde el punto de vista del derecho, se separan, como tierra y agua por la palabra del creador, lo esencial jurídico de lo inesencial jurídico. En el concepto de derecho se contienen, no obstante, una serie de conceptos jurídicos singulares que participan de su naturaleza *a priori*; conceptos que tienen la propiedad de ser, no resultados, sino instrumentos de la ciencia jurídica, no generalizaciones causales de fenómenos jurídicos empíricos, sino categorías imprescindibles del pensamiento jurídico; entre tales conceptos *a priori* Radbruch señala, después de afirmar que no es posible una enumeración exhaustiva, el concepto de “proposición jurídica” (*Rechtssatz*), sus componentes, esto es, los conceptos de “supuesto de hecho” y “consecuencia jurídica” (*Tatbestand und Rechtsfolge*), y los conceptos de “adecuación a derecho” y antijuricidad (*Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit*).

En relación a la construcción de conceptos jurídicos, H. MITTASCH afirma (*Die Auswirkungen ...*, cit., p. 37): “De hecho, en relación con su construcción de conceptos la ciencia del Derecho no procede tanto de modo empírico, como más bien de modo hipotético y deductivo; pues conceptos bien delimitados como los que necesita la ciencia del derecho [...] no pueden ser obtenidos mediante mera percepción, por vía empírico-inductiva. La afirmación de que respecto de la ciencia del Derecho se trata de una "ciencia cultural empírica" sólo puede tener validez en tanto que la ciencia del derecho tiene por objeto el material legal empírico y sus valoraciones. Por el contrario, para la construcción de conceptos jurídicos la realidad social empírica tiene un significado secundario. La ciencia del derecho [...] no construye sus conceptos partiendo del mundo de los fenómenos que son puestos en relación con valores, sino, inversamente, desarrollando a partir de los valores que tienen validez *imágenes y fragmentos parciales* de un mundo social hipotético-referido a valores, o sea, *conceptos generales hipotéticos*” (subrayados en el original); “El concepto jurídico-penal [...] se caracteriza por las siguientes propiedades: está referido a valores, es general, hipotético y se obtiene por vía deductiva” (*op. cit.*, p. 41).

Cfr. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 81-83, 190 nota 9, 236-237; *op. cit.* t. II, pp. 237-238, 275-276, 323-324. Este autor afirma (*Tratado ...*, cit., t. I, p. 19): “Así habrá

*teleológica*⁵⁸³; supuso, así, el impulso definitivo para reconocer la relevancia del aspecto valorativo en la ordenación sistemática y el conocimiento del Derecho⁵⁸⁴, amparado por el auge de posiciones metodológicas subjetivistas⁵⁸⁵ y relativistas⁵⁸⁶. Las palabras con las que

de resolverse la especial, “secular” misión de nuestra época: incorporando de modo orgánico los resultados de la ciencia empírica de la época naturalista a una nueva ciencia jurídico-penal valorativa”. *Vid.* también J. A. RODRIGUEZ MUÑOZ, *Notas ...*, cit., pp. 249 y ss., donde este autor recoge las consideraciones de H. Mayer sobre el origen de la concepción causal del delito en las obras de los autores positivistas, especialmente en la de Binding y v. Liszt.

⁵⁸³ *Vid.* E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 65-76; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 147-152, 374, 386 y ss., 444 y ss.; *op. cit.*, t. II, pp. 210, 249-250; M. E. MAYER, A.T., cit., pp. 106-108; E. WOLF, *Die Typen ...*, cit., pp. 8 y ss.; E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung...*, cit., pp. 5 y ss.; H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 2-3, 4 y *passim.*; M. GRÜNHUT, *Festgabe für R. Frank*, cit., t. I, pp. 4 y ss.; A. HEGLER, ZStW 36 (1915), pp. 19-44, 184-232; H. WELZEL, "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", en *Abhandlungen ...*, cit., p. 100.

⁵⁸⁴ *Vid.* H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 18 y ss. Para describir esta evolución, este autor afirma (*op. cit.*, p. 30): “lo que se ajusta a la estructura del Derecho penal no es simplemente la idea formal de un orden lógico y la ausencia de contradicciones en el material legal empírico, la idea de sistema del positivismo legal formal y, menos aún, la idea de la regularidad mecánica, la idea de sistema del positivismo naturalístico, sino únicamente un sistema que tenga como punto de vista rector la referencia a valores del Derecho penal”.

⁵⁸⁵ Subjetivistas en el sentido de que se distingue entre el sujeto que conoce o valora y el objeto que se conoce o valora, entendido aquél como presupuesto lógico o metodológico del conocimiento y del análisis valorativo. *Vid.*, por ejemplo, E. MEZGER, *Vom Sinn ...*, cit., pp. 31-33; del mismo autor, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 65 y ss. y *passim.*

⁵⁸⁶ Sobre los rasgos característicos del método relativista, *vid.* G. RADBRUCH, *Filosofía ...*cit., pp. 17-22 y 37-38. En sentido crítico, *vid.* E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 4-12 y 65.

Sauer inicia su tratado con un claro ejemplo del cambio que, desde el punto de vista metodológico, ha experimentado la ciencia del Derecho: “Ha pasado el tiempo de la autocracia de la ley. Ya nadie se somete a un mandato por el mero hecho de ser un mandato. Sólo el mandato fundamentado materialmente merece ser seguido. El propio mandato debe incardinarse en el todo. Pues sólo lo que sirve al todo, lo que favorece al todo, lo que coincide con el fin y el sentido del todo, sólo esto está justificado”⁵⁸⁷. La superación del positivismo naturalista también se advierte con claridad cuando M.E. Mayer afirma: “lo que es correcto desde un punto de vista explicativo puede ser falso desde un punto de vista normativo, lo que es igual desde una perspectiva causal puede ser distinto desde una perspectiva teleológica, lo que para las ciencias de la naturaleza es unívoco, puede tener diversos significados en las ciencias culturales”⁵⁸⁸.

Como ya hemos apuntado, en el marco de la metodología positivista las referencias valorativas se limitaban fundamentalmente a señalar las valoraciones "exclusiva y genuinamente jurídicas" que subyacen a los conceptos y a las normas jurídicas del Derecho positivo, sin que apenas se les otorgara relevancia en el momento de articular la teoría general del delito. Era en el marco de la teoría de la interpretación de la ley penal, o en el marco de la teoría de la determinación de la pena, consideradas como algo en gran medida independiente de la cuestión relativa a la articulación sistemática de la teoría general del delito, donde las referencias valorativas se tomaban expresamente en consideración. La metodología neokantiana de la Escuela sudoccidental supone un cambio importante respecto de esta

⁵⁸⁷ W. SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, p. 1.

⁵⁸⁸ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 390. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 139, 417 y ss.

cuestión. Pero, sobre todo, conviene destacar que, al vincular la ciencia del Derecho con el resto de las ciencias culturales, dio lugar a una progresiva *ampliación del marco en el que se sitúan las referencias valorativas que la ciencia del Derecho toma en consideración*⁵⁸⁹ Esto es también una consecuencia del reconocimiento de la independencia metódica del Derecho frente a lo *sólo* positivo⁵⁹⁰, así como de la consideración de la función social del Derecho⁵⁹¹, y de las antinomias existentes entre los componentes de la idea de Derecho que sirven de referencia para la determinación del concepto de Derecho y del resto de conceptos jurídicos *a priori*⁵⁹².

En la concepción de M.E. Mayer y otros autores, la relevancia del aspecto valorativo del Derecho llevará a poner de manifiesto la relación existente entre el significado valorativo de las normas que lo componen –o, por lo menos algunas de ellas– y el del resto de normas culturales que existen en la sociedad⁵⁹³. Otros autores, como Radbruch, destacarán la relación existente entre el concepto de Derecho y las funciones que se asignen al Estado⁵⁹⁴. Mezger, por su parte, afirma gráficamente: “los fines “últimos”

⁵⁸⁹ *Vid.*, por ejemplo, M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 175-181.

⁵⁹⁰ *Vid.* E. MEZGER, *Tratado ...*, t. I, cit., pp. 81 y 83.

⁵⁹¹ *Vid.* E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 78 y ss.

⁵⁹² *Vid.* G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 70 y ss., 95 y ss.; H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 22 y ss.; *vid.* también M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 418, 435 y ss.

⁵⁹³ *Vid.*, por ejemplo, M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 37 y ss., 433 y ss.

⁵⁹⁴ *Vid.* G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 70 y ss., 130 y ss.; según este autor “[...] la justicia es la idea específica del derecho, suficiente para determinar el concepto del mismo, pero [...] la idea del derecho no se agota en la justicia [...]. La justicia determina

del Derecho no se encuentran *dentro*, sino *fuera* de la vida del Derecho en la "vida de la sociedad", a la que el Derecho sólo sirve como "medio"⁵⁹⁵.

sólo la forma de lo jurídico. Para ganar el contenido del derecho hay que añadir un segundo pensamiento: el de su adecuación a un fin (*die Zweckmäßigkeit*). Si el problema de la justicia pudo plantearse y responderse con independencia de toda cuestión de fines y, por tanto, de la de los fines del Estado, ahora [...] aparece el Estado en el ámbito del problema del fin del Derecho. Pues ya que el Derecho, en su parte esencial, es voluntad del Estado y el Estado, en su parte esencial, institución jurídica, los problemas de los fines del Derecho y del Estado son inseparables" (*op. cit.*, pp. 70-71); más adelante afirma Radbruch acertadamente: "la relación de tensión dentro de la idea de derecho se repite con singular claridad respecto de la problemática concreta del Derecho penal" (*op. cit.*, p. 220)]. *Vid.* también, A. HEGLER "Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs", en *Festgabe für R. Frank*, cit., t. I, p. 271, nota 2; E. WOLF, *Die Typen ...*, cit., pp. 8 y ss.; W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 275.

⁵⁹⁵ E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., p. 81. *Vid.* también, del mismo autor, GS 89, p. 248; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 384 y ss.; M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 175-181.

Por su parte, pese a reconocer que también una construcción exclusivamente sociológica de los conceptos jurídicos despierta reparos, Grünhut (*Festgabe für R. Frank*, cit., t. I, pp. 10 y ss.) advierte de los peligros de intentar liberar de impurezas sociológicas el conocimiento jurídico de los tipos legales y pretender obtenerlo exclusivamente de la consideración formal del Orden normativo; en este sentido, reprocha a Binding que considerara que, desde un punto de vista teórico, lo esencial del delito no sea su contenido material, sino la antinormatividad, esto es, la insubordinación frente al mandato del Derecho estatal; Grünhut afirma (*op. cit.*, pp. 11 y 19): "Esta hipertrofia de una forma de trabajar exclusivamente orientada al significado formal de la norma conduce a una metafísica conceptual jurídica, al asignar una existencia real a los propios elementos del orden normativo como sustitutivo de los inevitables factores sociológicos"; "[e]n Derecho penal la construcción teleológica de conceptos tiene un resultado peculiar. Conduce a una fuerte modificación de la norma formal a través de las relaciones de hecho a las que se refiere. Los objetos de la aplicación del Derecho influyen en los conceptos en los que se subsumen. El Derecho no puede ser aplicado sin tomar en consideración la vida que debe ordenarse". Aunque sin tomar en consideración referencias valorativas o subrayar su trascendencia, en un sentido similar se había pronunciado ya v. Liszt en su trabajo "Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindischen

Estas aportaciones ponen de manifiesto la "apertura" que experimenta la ciencia jurídica a partir de su consideración como ciencia cultural y, por lo tanto, referida a valores⁵⁹⁶⁻⁵⁹⁷.

El aumento de la trascendencia que se concede a las referencias valorativas en la ciencia y la filosofía del Derecho y la difusión que experimenta el método teleológico dan lugar a que, en la elaboración dogmática de las

Handbuche", que publicó el año 1886, y en el que destacaba las peculiaridades de la ciencia jurídica como ciencia no sólo sistemática (esto es, que ordena con arreglo a criterios lógicos los conceptos abstractos obtenidos inductivamente de las proposiciones del Derecho vigente), sino también práctica y que, como tal, en último término no abarca conceptos, sino hechos y supone, así, una abstracción conceptual de la vida jurídica del pueblo, *vid.* F. von LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze ...*, cit., t. I, pp. 212-251.

⁵⁹⁶ Nos referimos a una "apertura" en el ámbito de la ciencia dogmática del Derecho vigente, no en el ámbito de las consideraciones de carácter exclusivamente filosófico o político-criminal, vinculadas a las propuestas de reforma de la legislación penal vigente. Ambas cuestiones deben distinguirse; el contraste entre ambos planos de la discusión científica se pone de manifiesto de modo paradigmático en la obra de v. Liszt; *vid.*, por ejemplo, F. von LISZT, *Strafrechtlicher Aufsätze ...*, cit., t. II, pp. 284-298 *Vid.* también E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., p. 41 y nota 46.

⁵⁹⁷ Aunque, por lo menos inicialmente, su repercusión se limitara fundamentalmente al ámbito de la teoría de la interpretación, y no acentuara tanto la dimensión valorativa del Derecho como lo hace la metodología neokantiana, también conviene mencionar aquí a la denominada jurisprudencia de intereses como corriente doctrinal que contribuyó a la superación del formalismo en la ciencia del Derecho y a la "apertura" hacia la realidad histórico-social de la ciencia del Derecho. *Vid.*, por ejemplo, P. HECK, *El problema de la creación del Derecho* (trad. de M. Entenza), s. f. (la conferencia de la que procede este trabajo se pronunció en 1912), *passim*; del mismo autor, "Jurisprudencia de intereses" (trad. de M. González Enríquez), en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, pp. 513 y ss. *Vid.* también lo dicho *infra* en el texto acerca de la concepción y caracterización de la labor de la ciencia del Derecho que tenían los autores neokantianos.

diversas ramas del Ordenamiento jurídico, aumente la consideración y la trascendencia que se concede a las funciones específicas de cada una de ellas. Esto comporta que algunos autores pongan de manifiesto la necesidad de *matizar la relevancia del principio de unidad del Ordenamiento jurídico*⁵⁹⁸.

En el marco de la ciencia del derecho penal, lo anterior también dio lugar a que se prestara una mayor atención a la problemática relativa a la función de la pena –que se vinculará con los componentes de la idea de Derecho y con las funciones que corresponden al Estado⁵⁹⁹– y a la relación existente entre aquella cuestión y el concepto de delito⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Vid. E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 54-55, 69-71; este autor señala la necesidad de matizar la relevancia del principio de unidad del Ordenamiento jurídico en relación con la construcción penal de conceptos, esto es, respecto de la determinación del contenido de las expresiones contenidas en las proposiciones jurídico-penales. En un sentido similar, vid. M. GRÜNHUT, *Festgabe für R. Frank*, cit., t. I, p. 19.

Vid. también E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 147-152 y 350 nota 1, donde este autor, refiriéndose a los criterios que deben guiar la interpretación teleológica, distingue entre la consideración del fin de la ley aislada y el fin del Ordenamiento jurídico como un todo, el fin inmanente al propio Derecho, y destaca las insuficiencias del planteamiento teleológico de Hegler, lo cual, en cierto modo, puede hacerse extensivo al planteamiento de Schwinge. Vid., asimismo, *op. cit.*, pp. 360-361, donde Mezger rechaza la idea de una antijuricidad penal especial y señala que las conductas típicamente antijurídicas no sólo lo son en el ámbito del derecho penal, sino también fuera de éste. Cfr. A. HEGLER, *ZStW* 36 (1915), p. 29 nota 31.

⁵⁹⁹ Vid., por ejemplo, G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 214 y ss.; E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. II, pp. 428-430.

⁶⁰⁰ Vid. H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 119-122. Vid. también E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. II, p. 36 (refiriéndose a la relación entre el concepto jurídico de la culpabilidad penal y el fin que se asigne a la pena), 426; G. RADBRUCH, *ZStW*, núm. 24, p. 333. Cfr. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 202 y ss.

Pero lo que aquí nos interesa destacar es que, como veremos a continuación, en la construcción de la teoría general del delito, la metodología neokantiana dio lugar a que aumentara la importancia que se concede a la teoría del tipo y a la comprobación de la tipicidad, y que se pusiera de manifiesto su significado valorativo, vinculado al significado y la trascendencia penal de la conducta delictiva⁶⁰¹. A su vez, esto comportará que se ponga de relieve el distinto significado valorativo que la antijuricidad posee respecto de las conductas penalmente típicas y respecto de las conductas que no reúnen esta característica⁶⁰². Sin embargo, la perspectiva teleológica que sirve de base a la clasificación sistemática de los elementos del delito provocará que los autores destaquen la conexión existente entre la comprobación de la tipicidad y la antijuricidad, y se diluya la separación entre ambas categorías⁶⁰³.

⁶⁰¹ *Vid.*, por ejemplo, la opinión de Mezger sobre el problema de la relevancia jurídico-penal del nexo causal entre la conducta y el resultado, en E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 236 y ss. Este autor afirmaba (*op. cit.*, p. 239 y nota 45) que “ciertamente, no existe la “unidad” de la relevancia jurídica en las diferentes ramas del Derecho, ni siquiera como “último límite de la posibilidad de la responsabilidad” [...] la diversidad de la Jurisprudencia de las Salas de lo penal del *Reichsgericht* (que propugnan la teoría de la equivalencia de las condiciones) y de las Salas de lo civil del mismo Tribunal (partidarias del criterio de la adecuación), tan lamentada, aunque sin motivo, por v. Hippel, se muestra desde este punto de vista como un síntoma fino y elocuente respecto a la diversidad de la situación de los intereses de cada una de las ramas jurídicas (Derecho penal y Derecho civil); y es digno de todo encomio el hecho de que la más alta Corte de Justicia no haya impedido, mediante una decisión plenaria, el ulterior desarrollo de este sano principio. El punto de vista penal se diferencia aquí de modo consciente del punto de vista del Derecho civil”.

⁶⁰² *Vid.*, de momento, E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 349-351, donde Mezger rechaza expresamente la teoría del carácter secundario, accesorio del derecho penal.

⁶⁰³ *Vid.*, de momento, H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 126-129. Recuérdese que la concepción del tipo que Beling propone en *Die Lehre vom*

19. Partiendo de la exposición de las líneas generales de la metodología neokantiana que hemos realizado más arriba, resulta ahora conveniente exponer brevemente las consideraciones que realizan sus partidarios sobre la ciencia jurídica y la labor de ésta.

La ciencia jurídica en sentido estricto, la que elabora el Derecho a través del método específicamente jurídico, la ciencia jurídica dogmática, sistemática, la definía Radbruch como la ciencia que se ocupa del sentido objetivo de los ordenamientos jurídicos positivos (*die Wissenschaft vom objektiven Sinn positiver Rechtsordnungen*). La interpretación, la construcción y el sistema son los tres niveles en los que tiene lugar la labor de la ciencia dogmática del derecho⁶⁰⁴.

La *interpretación* jurídica se dirige a determinar el sentido objetivamente válido de la proposición jurídica. La voluntad del legislador no se considera como un medio de interpretación, sino como el resultado y fin de la interpretación, expresión de la necesidad *a priori* de una interpretación sistemática y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico. Esta concepción acerca de la labor interpretativa requiere aclarar las reglas “lógicas” con arreglo a las cuales se determina el sentido objetivo de las proposiciones jurídicas⁶⁰⁵.

Tatbestand responde también a esta tendencia a concebir la antijuricidad y la culpabilidad como los dos pilares de la comprensión valorativa del delito y la articulación teleológica de sus elementos.

⁶⁰⁴ Vid. G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 145 y ss. Cfr. M. GRÜNHUT, *Festgabe für R. Frank*, cit., t. I, pp. 4 y ss.

⁶⁰⁵ Vid. G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 147 y ss.; E. MEZGER, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 105-106; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 83, 143 y ss, especialmente pp. 147 y ss.; M. GRÜNHUT, *Festgabe für R. Frank*, cit., t. I, pp. 6 y ss.

De acuerdo con la distinción entre las ciencias naturales y las del espíritu, en el ámbito de éstas últimas, comprender significa apropiarse de un fenómeno cultural precisamente como tal, esto es, en su relación con el correspondiente valor cultural. El saber o comprender de la ciencia jurídica significa, entonces, apropiarse del Derecho como realización del concepto de Derecho, esto es, como algo dado que tiene el sentido de realizar la idea de Derecho, como un intento de realización de la idea de Derecho. De esto deriva la necesidad de que la ciencia jurídica realice una doble elaboración de su materia, una *elaboración categorial*, que exponga el Derecho como realización del concepto de Derecho y de las categorías comprendidas en éste (*als Verwirklichung des Rechtsbegriffs und der in ihm enthaltenen Rechtskategorien*), y una *elaboración teleológica*, que lo exponga (caracterice) como intento de realización de la idea de Derecho, como realidad orientada a la idea de Derecho (*als versuchte Verwirklichung der Rechtsidee*). Esta doble elaboración la identifica Radbruch con la *labor*

Cfr. E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 4, 21 y ss. (especialmente p. 24), 47 y ss, 69.

Según Radbruch (*op. cit.*, pp. 148-149), la interpretación jurídica es “una mezcla inseparable de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos (*erkennender*) y creadores, productivos y reproductivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos. En la medida que la interpretación es práctica, creadora, productiva y supracientífica, se halla condicionada por las variantes necesidades jurídicas de un momento determinado. La voluntad del legislador, cuya determinación tiene por fin y resultado, no queda, por eso, fijada por la interpretación con un contenido concreto para todo tiempo, sino que permanece siempre capaz de contestar con nuevas aclaraciones a las nuevas necesidades y problemas jurídicos suscitados por las transformaciones de los tiempos; no puede pensarse, pues, aquella voluntad como si fuera el proceso voluntario único que produjo la ley, sino como la voluntad duradera, y a la par variable, de la cual es soporte la ley”. Para Schwinge, en cambio “[c]uando el Juez, por encima de los déficits de la expresión, se adentra en el sentido objetivo de la ley no actúa de manera creadora, sino que únicamente arroja luz sobre el *"sutil contenido"* del tipo” (*op. cit.*, p. 69; subrayado en el original).

constructiva –cuando queda limitada a una sola institución jurídica– y con la *labor sistemática* de la ciencia jurídica –cuando aquélla se refiere a todo el orden jurídico–. Aquel autor distingue, así, una doble construcción y una doble sistemática: la categorial y la teleológica⁶⁰⁶. No obstante, admite que los tres niveles de la labor de la ciencia jurídica están interrelacionados, de modo que la interpretación no es únicamente un presupuesto de la elaboración constructiva y sistemática, sino que, a su vez, a menudo presupone la construcción y la sistemática teleológicas⁶⁰⁷.

Según Radbruch, con los dos o, mejor, tres niveles de la labor jurídica: la determinación del sentido, y la elaboración categorial y teleológica del mismo, se corresponden dos clases de conceptos jurídicos: por una parte están los conceptos de que se componen las proposiciones jurídicas, especialmente los conceptos que se encuentran en el supuesto de hecho de la ley (*in den rechtlichen Tatbeständen der Gesetz*) y que se aclaran a través de la interpretación, los “conceptos jurídicamente relevantes” (“*rechtlich relevanten Begriffe*”); por otra parte, están los conceptos constructivos y sistemáticos con los cuales nos apoderamos del contenido normativo de una proposición jurídica, los “conceptos jurídicos auténticos” (“*echten Rechtsbegriffe*”)⁶⁰⁸. Respecto de los conceptos jurídicamente

⁶⁰⁶ Vid. G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 155 y ss; del mismo autor, *Festgabe für R. Frank*, cit., t. I, pp. 158-173. La teoría general del derecho sería, según Radbruch, una disciplina puramente categorial. En relación con el Derecho penal, este autor señala que, por ejemplo, la teoría del fin de la pena sería una construcción teleológica, mientras que la teoría de la norma sería una construcción categorial. Cfr. H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 80 y ss.

⁶⁰⁷ Vid. G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., p. 158; E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 147-152. Cfr. E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 26-27.

⁶⁰⁸ Vid. G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 156-157. Según este autor (*op. cit.*, p. 157, nota 14), aquella división de los conceptos jurídicos puede considerarse paralela

relevantes, la construcción jurídica de conceptos se apoya en conceptos precientíficos. La materia de la ciencia jurídica no es algo dado que carezca de forma, algo amorfo, sino una realidad formada previamente mediante conceptos precientíficos o externos a la ciencia jurídica; en gran medida, la ciencia jurídica es una elaboración conceptual de segundo grado, que parte de la elaboración previa y extrajurídica de los conceptos y los transforma, delimitando su contenido de acuerdo con las necesidades jurídicas. Cuando son acogidos por la ciencia jurídica, los conceptos naturalísticos sufren una transformación teleológica. Esto pondría de manifiesto aquella interrelación entre los tres niveles en que se desarrolla la labor jurídica⁶⁰⁹. No obstante, de modo paradigmático, en la exposición de Radbruch queda sin aclarar cuál es exactamente la relación entre la delimitación y ordenación de las categorías del sistema y las referencias valorativas vinculadas a la idea de Derecho, así como la relevancia de sus diversos componentes y la trascendencia de la tensión existente entre ellos, y la relación entre la labor

con la “doble referencia valorativa” de los conceptos jurídicos (“*doppelten Wertbeziehung*” der Rechtsbegriffe) que establece E. Wolf (*Strafrecht. Schuldlehre*, Bd. I, 1928, pp. 93 y ss): conceptos referidos al valor del Derecho (*auf den Rechtswert*) y conceptos referidos al valor de la ciencia del Derecho (*auf den Rechtswissenschaftswert*). También coincidiría con la distinción de Kelsen entre conceptos sobre el contenido del Derecho (*Rechtsinhaltsbegriffen*) y conceptos sobre la esencia del Derecho (*Rechtswesensbegriffen*).

Sobre el planteamiento –más sugerente– de E. Wolf, *vid.*, en sentido crítico, E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 24-27; *vid.* también H. WELZEL, “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”, en *Abhandlungen ...*, cit., p. 97.

⁶⁰⁹ *Vid.* G. RADBRUCH, *Filosofía ...*, cit., pp. 156-158; E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 3-4, 71; E. LASK, *Rechtsphilosophie. Ges. Schrifte Bd. I*, p. 315.

sistemática y la interpretación teleológica del contenido de las leyes penales⁶¹⁰.

En el ámbito de la ciencia del Derecho penal, aquella indeterminación ha podido provocar una cierta confusión en relación con la naturaleza valorativa o descriptiva del tipo penal, puesto que este concepto se utiliza para designar una de las categorías del sistema y, a su vez, se identifica también con el supuesto de hecho de la ley penal cuyos elementos deben interpretarse teleológicamente partiendo de la construcción previa de los

⁶¹⁰ Sobre esta cuestión, cfr. H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 4-5, 53 y ss., 75 y ss.; M. GRÜNHUT, *Festgabe für R. Frank*, cit., t. I, pp. 29 y ss.; refiriéndose a la ciencia del derecho penal, este autor afirma (*op. cit.*, p. 29): “Respecto de la ciencia del Derecho penal como objeto de la teoría del Derecho penal cabe comprobar una modificación digna de atención en cuanto a su significado. Antes, la exégesis de la ley representaba únicamente un nivel previo a la labor principal en sentido estricto, la sistemática de conceptos abstractos, hoy la sistemática sirve a la seguridad y a que se profundice en la interpretación de los tipos legales”; y, después de señalar que la discusión jurídico-penal sobre la construcción de conceptos y la aplicación del Derecho debe vincularse al contenido substancial de las valoraciones específicamente penales (*an den substantiellen Gehalt der typisch strafrechtlichen Bewertung*) y tiene su lugar en la teoría de la antijuricidad, afirma (*op. cit.*, p. 30): “La teoría de la antijuricidad material se corresponde con una construcción de conceptos que relativiza la vinculación formal a la norma, y va más allá mediante la valoración del contenido. No sólo remite a un baremo para la crítica del Derecho positivo, sino que, al mismo tiempo, es una teoría de su correcta aplicación”.

Refiriéndose a Radbruch, Art. Kaufmann señala que algunos críticos han dudado que su filosofía tuviera un sistema. Al respecto, aquel autor señala (*Einführung ...*, cit., p. 114) que “[e]sta duda no está totalmente injustificada. Pues Radbruch no ha propuesto un "sistema cerrado" al estilo del Derecho natural y del positivismo jurídico. Pero en su filosofía del Derecho se encuentra claramente un "sistema abierto". Para ello existen una serie de puntos de apoyo como la [...] teoría objetiva de la interpretación, la teoría de los "conceptos ordenadores" ("conceptos de tipos") ("*Ordnungsbegriffe*" ("*Typenbegriffe*")) y, lo que es especialmente importante y normalmente no se toma en consideración, aunque Radbruch lo puso en cursiva: el retorno a la *hermenéutica jurídica* y, precisamente, en conexión con la refutación del positivismo jurídico”.

mismos que ha tenido lugar en la esfera extrajurídica⁶¹¹. Y también ha provocado una diversidad de opiniones sobre la relación entre la antijuricidad y la tipicidad, y las referencias valorativas que han de servir para determinar su contenido y su significado en tanto que categoría sistemática⁶¹². Todo esto se debe, en gran medida, a la separación que

⁶¹¹ Sobre esta cuestión, *vid.* de momento, M. GRÜNHUT, *Festgabe für R. Frank*, cit., t. I, pp. 21-24.

⁶¹² *Vid.* E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 33-47. Los ejemplos que trae a colación este autor para justificar la necesidad de una interpretación teleológica de los conceptos de las proposiciones jurídico-penales, ponen claramente de manifiesto la necesidad de relacionar la problemática relativa a construcción sistemática y categorial del Derecho penal con las consideraciones teleológicas relativas a la interpretación de las proposiciones jurídicas. Tomando como referencia al bien jurídico protegido en la correspondiente proposición jurídico-penal y la finalidad perseguida por el legislador, este autor considera una serie de cuestiones interpretativas que no dependen sólo del bien jurídico protegido por el correspondiente precepto (así en el caso del secreto de la correspondencia; *vid. op. cit.*, p. 36), sino que se extienden a la interpretación que deba darse a algunos elementos subjetivos (*vid. op. cit.*, pp. 38-39), a consideraciones sobre la función específica del derecho penal y su carácter fragmentario (*vid.*, por ejemplo, *op. cit.*, p. 37), a la necesidad de protección de determinados objetos (*vid. op. cit.*, p. 42), o a la distinción entre causas de atipicidad por “adecuación social” de la conducta, y causas de justificación de una conducta típica (*vid. op. cit.*, pp. 44-45). Cfr. H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 86, 88 y ss.; este autor critica la exagerada relevancia que, desde el punto de vista metodológico, atribuyen al bien jurídico aquellos autores que lo conciben como síntesis categorial o conjunto de todas las consideraciones finalísticas (*Zweckerwägungen*) que están en la base de una proposición jurídico-penal concreta. Mittasch considera que el bien jurídico es un valor, pero entiende que su significado no coincide con el que corresponde al Derecho penal en su conjunto, sino con el que corresponde a la función de protección del Derecho penal y, en este sentido, el bien jurídico sería el “valor de protección” (“*Schutzwert*”), teniendo en cuenta que los valores de protección no agotan el conjunto de los valores penales; M. GRÜNHUT, *Festgabe für R. Frank*, cit., t. I, pp. 6 y ss., especialmente 8 y ss; según este autor, para el Derecho penal la aplicación del método teleológico al ámbito de la interpretación debe tener lugar a través de la introducción de dos conceptos especiales: el bien jurídico y el contenido criminal (*krimineller Gehalt*).

todavía se establece entre, por una parte, las cuestiones que corresponden a la parte general del Derecho penal y el método que aquí debe seguirse y, por otra parte, las cuestiones que corresponden a la parte especial y el método que debe aplicarse en el tratamiento de éstas⁶¹³.

20. Para terminar estas consideraciones generales sobre la trascendencia de las corrientes neokantianas en el contexto general de la filosofía, y en el de la filosofía y la ciencia del Derecho, es importante destacar que, pese a los numerosos puntos de encuentro existentes en la concepción metodológica de los diversos autores que se inspiran en ellas –especialmente, en la Escuela sudoccidental–, existe también una pluralidad de opiniones y matices acerca del carácter individualizador de la ciencia penal, acerca de la

⁶¹³ En contra de esta separación, *vid.* E. MEZGER, *Vom Sinn ...*, cit., p. 3; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, p. 12 (donde afirma que la moderna teoría del tipo amenaza con derrumbar el deslinde neto y terminante entre una parte general del Derecho punitivo y otra especial), y p. 16 (donde afirma que la teoría del tipo se eleva a lazo de unión entre la parte general y especial de nuestra disciplina). *Vid.* también E. WOLF, *Die Typen ...*, cit., pp. 3-13 y 63; H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 75 y ss.; partiendo de la distinción propia del método crítico entre la forma y el contenido, este autor distingue entre la sistemática de ambos, pero considera que no se trata de dos cosas distintas, sino de componentes de un sistema unitario separados arbitrariamente. Cfr. E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung ...*, cit., pp. 20-21; partiendo de que el método idóneo para la construcción de conceptos depende de la finalidad cognitiva (*der Erkenntnisziel*) que se persiga con los mismos, este autor hace referencia a un dualismo metódico (*Methodendualismus*). El método generalizador (*generalisierende Methode*) y los conceptos generales serían los apropiados para los estudios de derecho comparado, así como para la sistematización y clasificación del Derecho; los conceptos individuales, obtenidos mediante un método individualizador, serían los que corresponderían a un estudio histórico del Derecho y al estudio de las normas jurídicas destinado a la aclaración de las mismas para la aplicación del Derecho. En contra de este dualismo metódico, *vid.* H. MITTASCH, *op. cit.*, p. 55.

relevancia que debe concederse a las referencias valorativas en relación con las diversas categorías del sistema de la teoría del delito y, asimismo, acerca del contenido de tales referencias valorativas. Mientras que en la concepción de algunos autores, como M.E. Mayer⁶¹⁴ o Graf zu Dohna⁶¹⁵, la relevancia de las referencias valorativas se circunscribe, fundamentalmente, a las categorías de la antijuricidad y la culpabilidad, en la concepción de otros autores como, por ejemplo, Hegler⁶¹⁶, Mezger⁶¹⁷, Sauer⁶¹⁸, Zimmerl⁶¹⁹ o E. Wolf⁶²⁰, la relevancia de las referencias valorativas se extiende a todas las categorías del sistema y a la inmensa mayoría de los conceptos de las proposiciones jurídicas.

614 *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit.

615 *Vid.*, por ejemplo, A. GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 1. ed., 1936 (2. ed., 1941).

616 *Vid.* A. HEGLER, *ZStW* 36 (1915), pp. 19-44, 184-232.

617 *Vid.* E. MEZGER, *Sein und Sollen*, cit., *passim*; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 11-12, 17, 147-149, 161-162, entre otras.

618 *Vid.* W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit.

619 *Vid.* L. ZIMMERL, *Aufbau ...*, cit..

620 *Vid.*, por ejemplo, E. WOLF, *Die Typen ...*, cit.

CAPITULO VI

LA APORTACION DE M. E. MAYER A LA TEORIA PENAL DEL TIPO

I. Introducción

1. Como ya hemos señalado, M.E. Mayer es el autor que –partiendo de concepción metodológica neokantiana de la Escuela sudoccidental– impulsa la evolución del concepto de tipo sobre la base de la propuesta de Beling de distinguir entre la cuestión relativa a la caracterización legal del aspecto externo de la conducta delictiva, la cuestión relativa a su carácter antijurídico y la relativa a su carácter culpable.

El resultado más relevante y significativo de la perspectiva material adoptada por M.E. Mayer es su concepción de las normas jurídicas como normas de cultura reconocidas por el Estado. Como veremos, esta concepción de las normas jurídicas le permite fundamentar desde el punto de vista material la función indiciaria del tipo en relación con la antijuricidad de la conducta típica, poner de manifiesto la existencia de elementos normativos en el tipo y, asimismo, admitir la relevancia que pueden tener los fines perseguidos por el sujeto al realizar la conducta típica para determinar su carácter antijurídico. Estas son las aportaciones más importantes de M.E. Mayer a la teoría del tipo y de la antijuricidad. A continuación las exponemos de forma resumida respetando, en lo esencial, el orden seguido por el propio autor en su Tratado. En él M.E. Mayer inicia la exposición sobre la teoría general del Derecho penal con el análisis de la ley penal. A partir del análisis formal de la proposición jurídico-penal y de diversas tesis de carácter metodológico, traza una definición general del

delito que le sirve de base para la articulación sistemática de la teoría general del mismo, que complementa y fundamenta en su aspecto material a partir de consideraciones sobre las funciones de las proposiciones jurídicas y sobre el concepto de Derecho que aquel autor propone desde una perspectiva general iusfilosófica.

II. El análisis de la estructura y las funciones de las proposiciones jurídico-penales como punto de partida para definir el delito

“La tipicidad y la antijuricidad deben separarse claramente. [...] La comprensión y, con ella, la estructura sistemática del Derecho penal sólo se consigue cuando se consideran por separado la cuestión de si una acción se corresponde con un tipo, y la de si contradice una norma”. M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. ed., 1923, pp. 9-10 (subrayados en el original).

“Aunque no es la definitiva, el tipo legal es la principal fuente de conocimiento para establecer en qué extensión ha reconocido el Estado una norma de cultura”. M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. ed., 1923, p. 364.

2. M.E. Mayer determina el concepto y el contenido del tipo penal mediante la remisión a la estructura básica de la proposición jurídico-penal –"el que haga tal cosa, será castigado de tal modo"– y diversas consideraciones metodológicas⁶²¹. Parte de la identificación del tipo legal con el "supuesto de hecho" que la ley penal describe y al que vincula la imposición de una pena: el tipo es la acción que la proposición jurídico-penal describe conceptualmente.

⁶²¹ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 3 y ss.

Según M.E. Mayer, la diversidad de los elementos del tipo legal desaconseja ir más allá de su definición nominal como agrupación de aquellos elementos conceptuales de los que debe componerse un hecho para ser punible (*Zusammenstellung derjenigen begrifflichen Merkmalen, aus denen die Tat bestehen muß, um strafbar zu sein*)⁶²². Así delimitado, pertenecen al tipo legal⁶²³: 1) las modalidades y otras referencias de la acción; 2) los componentes de la acción, y en particular, a) los elementos internos (características de la culpabilidad), b) los elementos externos y, c) los elementos normativos.

Frente a aquella imagen conceptual descrita en la ley penal, M.E. Mayer hace referencia al supuesto de hecho fáctico o concreto (*der faktischen, konkreten Tatbestand*), la actuación del hombre situada en el espacio y en el tiempo. El primero de los presupuestos esenciales de la pena, la tipicidad, se realiza cuando se corresponden el supuesto de hecho concreto y el tipo legal, esto es, cuando todos los elementos del tipo legal se encuentran en las circunstancias del tipo fáctico. La tipicidad (*Tatbestandsmäßigkeit*) es, pues, “aquella característica de la acción en la que se realiza el primer presupuesto de la pena”⁶²⁴.

⁶²² Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 3-4. Este autor rechaza la distinción entre el tipo general y el tipo especial; *vid. op. cit.*, p. 8 nota 17.

⁶²³ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 7 y ss., 90 nota 3. Sobre los elementos del tipo, *vid. infra* en el texto.

⁶²⁴ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 4. Sobre la distinción entre la imagen conceptual del tipo legal y el suceso típico concreto, *vid. también op. cit.*, p. 262. Sobre su trascendencia para distinguir el error de tipo del error de subsunción, *vid. op. cit.*, p. 263.

3. A pesar de reconocer que se trata de una distinción incompleta –porque también existen los elementos normativos del tipo–, M.E. Mayer indica que, del mismo modo que todo hecho tiene dos caras, también el tipo legal tiene dos partes: por un lado están los elementos del tipo objetivo, cuya realización tiene lugar en el mundo externo y, por lo tanto, es aprehensible por los sentidos; por otro lado están los elementos del tipo subjetivo, que se realizan en el mundo interior del autor y que, por lo tanto, sólo pueden extraerse de su confesión o mediante la interpretación de su comportamiento.

Aquel autor afirma que en el tipo subjetivo se encuentra la parte del delito relativa a la culpabilidad. Como esto no queda correctamente indicado mediante la referencia a la tipicidad subjetiva, ni con esta expresión se destaca suficientemente su importancia y, además, considera que la distinción entre la tipicidad objetiva y la subjetiva es fea y torpe, M.E. Mayer decide limitar el concepto de tipicidad a la coincidencia entre la parte externa de la acción y los elementos objetivos del tipo legal, y coordinar la tipicidad y la imputabilidad (*Zurechenbarkeit*), entendida como característica de la acción en la que se realiza el segundo presupuesto de la pena⁶²⁵.

⁶²⁵ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 7-8. Vid. también *op. cit.*, pp. 231-232, donde este autor afirma que la posición sistemática del concepto de culpabilidad y el contenido del juicio de culpabilidad derivan de su relación con el resto de los presupuestos de la pena; concretamente, M.E. Mayer señala que, en tanto que elementos objetivos de la acción, la tipicidad y la antijuricidad no pueden ser elementos subjetivos de la culpabilidad. Si fueran tal cosa, desaparecería el significado que corresponde a la imputabilidad como presupuesto de la pena, y el concepto de delito sería idéntico al concepto de culpabilidad; por el contrario, debe entenderse que la culpabilidad radica en la relación del autor con la tipicidad (elemento psicológico u ontológico de la culpabilidad) y en la relación del autor con la antijuricidad (elemento ético o normativo de la culpabilidad). Vid. también *op. cit.*, p. 238, donde señala que cada forma de culpabilidad se corresponde con una acción culpable que tiene un tipo psíquico especial.

4. La antijuricidad de la conducta típica sería otro de los presupuestos esenciales de la pena. Por razones meramente estilísticas, a las que no debe otorgarse ninguna relevancia, en la ley penal no se exige siempre expresamente. Pero, de todos modos, puede extraerse del análisis de la proposición jurídico-penal.

Según M.E. Mayer, el significado de la antijuricidad sólo puede aclararse poniéndolo en relación con las funciones de las proposiciones jurídico-penales. Pero antes de ocuparse de esta cuestión, aquel autor realiza algunas consideraciones de carácter metodológico⁶²⁶. En primer lugar, señala que la tipicidad y la antijuricidad deben distinguirse radicalmente, pues la comprensión y la articulación sistemática del Derecho penal sólo pueden conseguirse si se consideran por separado la cuestión relativa a si una acción se corresponde con un tipo y la cuestión relativa a si contradice una norma. Esto quedaría demostrado por el hecho de que existen acciones antijurídicas que no son típicas, y acciones típicas que no son antijurídicas. Otra de las razones de carácter metodológico que aquel autor esgrime es que la tipicidad constituye la base más importante para conocer la antijuricidad. Finalmente, en relación con esta cuestión M.E. Mayer señala que la antijuricidad no puede concebirse como un componente del hecho (*als ein Tat-Bestandteil*), pues no es algo que se haga realidad ni en el mundo externo ni en el mundo interno del autor, sino que es un juicio valorativo sobre el hecho que se produce en el mundo interior del juez (*ein Werturteil über die Tat, in der Innenwelt des Richters kommt es zustande*).

Además, ocasionalmente M.E. Mayer utiliza la expresión “tipo subjetivo” para hacer referencia a la parte subjetiva del hecho objetivamente típico; así, por ejemplo, en relación con los elementos subjetivos de la coautoría, *vid. op. cit.*, p. 381.

⁶²⁶ *Vid.* M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 9-13, 173 y ss., 264.

En segundo lugar, M.E. Mayer afirma que el concepto de antijuricidad es unitario y no permite la escisión entre la antijuricidad objetiva y la antijuricidad subjetiva. Esta última expresión puede utilizarse como sinónimo de la imputabilidad, pero esto ya demuestra que sólo nominalmente pueden distinguirse dos clases de antijuricidad. Aquel autor rechaza, así, la opinión de quienes introducen una antijuricidad subjetiva entre la antijuricidad objetiva y la imputabilidad, o rechazan el concepto de la antijuricidad objetiva. El carácter objetivo de la antijuricidad a través del cual debe garantizarse su carácter unitario expresa la desaprobación de la acción por parte del Ordenamiento jurídico, con independencia de si también al autor se le puede formular un reproche. Metodológicamente, responde a la necesidad de concebir la conducta humana que contradice el Ordenamiento jurídico de tal modo que se distinga de las desgracias procedentes de las fuerzas naturales y de los ataques imputables a la culpabilidad. M.E. Mayer reconoce que la necesidad de esta distinción es algo que puede discutirse y, como la mayoría de las cuestiones problemáticas, también ésta puede considerarse correctamente desde otras perspectivas; pero, como ocurre con carácter general, lo que importa es elegir aquella opción que resulte más operativa para la construcción científica, y esta es la razón por la que no debe rechazarse aquella distinción. Una segunda razón consistiría en que para la culpabilidad es esencial su relación con la antijuricidad y, por lo tanto, provocaría confusión entender que la culpabilidad es uno de los presupuestos de la antijuricidad. Una cuestión distinta es la relativa a si la antijuricidad de una acción puede siempre comprobarse sin tomar en consideración la finalidad del sujeto. M.E. Mayer niega que esto sea así, y reconoce que esta circunstancia puede dar lugar a equívocos en relación con el concepto de la antijuricidad objetiva. En su opinión, sería mejor hablar de injusto independiente de la culpabilidad (*schuldfreie Unrecht*). Cuando los fines

del autor hacen antijurídica su acción –v. gr. en los casos de fraude de ley (*Schikaneverbot*) del § 226 BGB, o respecto de la intervención del médico que sólo sirve para un experimento– se trata de supuestos especiales en los que un mismo proceso psíquico se toma en consideración en dos momentos distintos –para comprobar la antijuricidad y la imputación–, o resultan relevantes dos procesos psíquicos distintos: los fines, por un lado, y los motivos, por otro.

5. Partiendo de estos tres presupuestos de la pena, M.E. Mayer propone la siguiente definición del delito: el delito es un suceso típico, antijurídico e imputable⁶²⁷. Esta definición es la que debe servir de base a la estructura de la teoría del delito; el sistema construido sobre estos fundamentos encuentra su objeto directamente en el Derecho penal entendido en sentido objetivo⁶²⁸.

El análisis de la estructura de las proposiciones jurídico-penales y la anterior definición general del delito los complementa M.E. Mayer con el análisis de las funciones de aquéllas. Es este uno de los aspectos más

⁶²⁷ M. E. Mayer considera (*A.T.*, cit., p. 14, nota 29) que cuando Beling añade a esta definición del delito la referencia a una conminación penal adecuada incurre en una formulación pleonástica, pues en los casos en los que, por ejemplo, no existe una conminación penal para la acción imprudente debe entenderse que tal acción no es imputable.

⁶²⁸ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 14-15 y 418. Este autor señala que en los sistemas de Binding y Finger el punto de partida, el punto intermedio y la finalidad de la teoría del delito es, en cambio, el Derecho penal en sentido subjetivo, el *Ius puniendi* del Estado. Se trata de un método orientado al Derecho civil, que parte de la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la pretensión estatal vinculada a la protección del Derecho, lo cual tiene sus ventajas y sus inconvenientes.

originales y sugerentes del vínculo que este autor establece entre su concepción general del método jurídico y del Derecho, y la construcción sistemática de la teoría general del delito. Partiendo de que una ley puede ordenar o prometer algo, o puede hacer ambas cosas, M.E. Mayer señala que las proposiciones jurídico-penales tienen funciones garantísticas y normativas (*garantierende und normierende Funktionen*). Esto último guarda relación con la concepción de las normas como imperativos abstractos –esto es, dictados para todos los casos que reúnan determinadas peculiaridades–, respecto de los cuales lo esencial es la expresión de un deber ser general (*der Ausdruck eines generellen Sollens*). En cambio, la función garantizadora o garantística que M.E. Mayer atribuye a las proposiciones jurídico-penales parte de la consideración de que toda promesa vincula a quien la formula a realizar una determinada conducta, y proporciona a su destinatario la seguridad de que tal cosa sucederá, de modo que las garantías vendrían a ser la seguridad que deriva de una promesa general⁶²⁹.

6. En relación con la función garantística de las proposiciones jurídico-penales, M.E. Mayer señala que el Estado es el sujeto de las garantías que ofrece el Ordenamiento jurídico, mientras que los súbditos (*Untertanen*) son sus destinatarios. Y lo son en un doble sentido: como interesados amenazados por el delito y por la pena.

En efecto, las proposiciones jurídico-penales garantizan a los súbditos el mantenimiento de determinados intereses. Se trata de aquellos intereses que al Estado le parecen de tal modo merecedores de protección (*schutzwürdig*) y necesitados de protección (*schutzbedürftig*), que su lesión debe castigarse y reprimirse a través de la pena –el medio de protección más enérgico–

⁶²⁹ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 19-20.

cuando esto es posible y permisible, o sea, cuando se trata de intereses aptos para ser protegidos (*Schutzfähigkeit*)⁶³⁰. Todo esto guarda relación con la explicación de la esencia y el proceso de formación del Derecho, ya que –según M.E. Mayer– la función de éste no consiste en la creación de intereses, sino en el reconocimiento de los mismos. Si se quiere saber cómo han surgido estos intereses debe estudiarse la historia de la cultura sin olvidar, no obstante, que algunos de los intereses fundamentales vienen dados por la naturaleza del hombre. M.E. Mayer concibe el reconocimiento de intereses por parte del Estado como un proceso de selección –junto con los intereses reconocidos están los no reconocidos–, de configuración –junto con el contenido y el ámbito de los intereses reconocido por el Estado, estaría aquél que no ha sido reconocido– y, en última instancia, de protección. En este sentido, “el Derecho establece un grupo de intereses jurídicamente protegidos” o, dicho de otro modo, “eleva bienes a bienes jurídicos, es protección de bienes jurídicos”⁶³¹. Si se quiere saber qué bienes son bienes jurídicos debe estudiarse el Derecho vigente⁶³².

⁶³⁰ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 21-24, e *infra* en el texto.

⁶³¹ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 21.

⁶³² Su caracterización global se obtiene de la referencia al merecimiento de protección, la necesidad de protección y la aptitud de protección. Estas son las consideraciones que, salvo error u omisión, sirven de guía al proceso legislativo. El merecimiento de protección de un bien se determina sobre la base del valor que le confiere una cultura. La necesidad de protección se determina sobre la base de su vulnerabilidad (*der Angreifbarkeit*). Finalmente, el legislador examina la aptitud de protección, pues no todo deber es susceptible de que su observancia se obtenga coactivamente, ni esto aparece siempre como algo admisible, tomando en consideración la relación entre el valor del bien y los intereses que la pena lesiona. Sobre esta cuestión, *vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 21-24. Este autor rechaza que el concepto de bien jurídico tenga alguna utilidad de *lege ferenda*, puesto que comporta una constatación y no un postulado. El que a menudo se le otorgue un valor legislativo responde al hecho de que,

En segundo lugar, las proposiciones jurídico-penales garantizan también la salvaguarda de determinados intereses a quien infringe el Derecho. Garantizan que sólo será castigado si la ley lo ha previsto y del modo que en el que ésta lo haya hecho. Así, las leyes penales y el principio *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* garantizan libertad y excluyen la arbitrariedad del Estado y, especialmente, de los jueces. En relación con esta cuestión M.E. Mayer considera incorrecto el paralelismo que Beling establecía entre la separación de la tipicidad y la antijuricidad, por un lado, y la exclusión o admisión del Derecho consuetudinario, por otro. En su opinión, también el que denomina Derecho consuetudinario impropio –las costumbres sociales vinculadas a la aplicación del Derecho legislado– forma parte de este último y, por lo tanto –a diferencia de lo que ocurre con el Derecho consuetudinario entendido en sentido estricto–, no está excluido del Derecho penal. En este sentido, M.E. Mayer señala que las leyes pueden equipararse a las fórmulas matemáticas y, como éstas, contienen medidas variables, que se sustituyen por la aplicación de determinados valores. Y a menudo son costumbres sociales las que determinan estos valores, como ocurre respecto de la interpretación de los tipos legales⁶³³. Y

prescindiendo del Derecho vigente, se considera el merecimiento de protección de un determinado bien y, sobre la base de estas consideraciones, se afirma o se rechaza su condición de bien jurídico.

⁶³³ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 24 y ss. Algunos de los ejemplos que cita aquel autor pueden servir para aclarar su opinión: en relación con el § 292 StGB, como consecuencia del Derecho consuetudinario el conejo salvaje puede considerarse en algunos lugares como un animal que puede cazarse; a la esencia del duelo pertenecen las “reglas tradicionales (*die “hergebrachten Regel”*)” (§ 207); respecto del § 182, si una chica es “honesta” (*“unbescholten” ist*) es algo que no puede determinarse sin tomar en consideración las costumbres y lo que se aparta de ellas, pues basta con echar un vistazo a culturas extrañas para comprobar hasta qué punto el concepto de lo deshonesto (*der Begriff des Unzüchtigen*) depende de costumbres sociales.

lo mismo sucede en relación con la antijuricidad de una conducta; también ésta se delimita a menudo mediante el Derecho consuetudinario impropio. Así, las “reglas de la construcción reconocidas con carácter general” resultan decisivas para determinar si el tipo del § 330 se ha realizado de forma antijurídica o no; y las reglas reconocidas del arte curativo (*die anerkannten Regel der Heilkunst*) son decisivas para determinar si un médico ha realizado un error de esta clase⁶³⁴.

7. La función normativa de las proposiciones jurídico-penales la vincula M.E. Mayer al significado de éstas como normas decisorias (*Entscheidungsnormen*) que el Estado dirige a los órganos estatales. Se trata de mandatos abstractos de afirmar la pretensión punitiva cuando concurren determinados presupuestos y dentro de determinados límites⁶³⁵. Esta función normativa la considera indisolublemente vinculada a la función garantística de las proposiciones jurídico-penales: éstas son normas decisorias porque garantizan bienes jurídicos; se trata de “las dos caras de una misma idea”⁶³⁶.

M.E. Mayer consideraba errónea la opinión de los partidarios de la teoría de los imperativos, y de aquellos autores que entienden que las leyes

⁶³⁴ Vid. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 25 y ss., 50, 53, 173 y ss. Este autor destaca que con todo esto no dice nada nuevo; sólo se trata de tomar consciencia de lo que es un método usual de interpretación. En relación con la analogía, M.E. Mayer considera que ésta no puede utilizarse *praeter legem* ni *contra legem*, pero, en cambio, la analogía *intra legem* la considera sin reparos como un medio de interpretación para aclarar y determinar la voluntad de la ley.

⁶³⁵ Vid. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 33 y ss.

⁶³⁶ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 33. Vid. también *op. cit.*, pp. 177-178.

penales (o cualquier proposición jurídica) son esencialmente normas dirigidas a los súbditos, reglas de conducta. En su opinión, lo erróneo de esta teoría no radica en que a los ciudadanos se les prohíba obtener de la ley penal información sobre las acciones prohibidas, o en que pueda discutirse que las leyes penales producen realmente un efecto normativo sobre toda la población. Lo incorrecto de aquella teoría radica en que, jurídicamente, esta función normativa es algo totalmente secundario, y conduce a error en la construcción sistemática del Derecho penal y en la comprensión de partes importantes, como las teorías de la antijuricidad y de la culpabilidad⁶³⁷. No obstante, aquel autor no rehuye la pregunta sobre la existencia y la naturaleza de aquellas prohibiciones y mandatos que las leyes penales presuponen y que exigen obediencia. Destaca que es indiferente si son temporalmente previas a las leyes penales, “pero deben existir como *prius* lógico, puesto que sólo las acciones prohibidas pueden colocarse bajo pena”⁶³⁸. Partiendo de la caracterización que Binding hizo de aquellas prohibiciones y mandatos como normas, y de su distinción

⁶³⁷ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 33 y ss., 178. Según este autor, entender que la ley penal se dirige a los súbditos es incompatible con la evolución histórica de la legislación (puesto que la progresiva precisión y claridad de las leyes penales no pretende proporcionar mandatos con la máxima precisión posible a los súbditos, sino a quienes las aplican), con los hechos de la vida social (en la que el conocimiento y la comprensión general de las leyes penales es una ficción), con el principio de que el desconocimiento de la ley no excluye la imposición de una pena, y con la estructura de la ley penal (pues el delincuente no contradice la ley penal, sino que su actuación coincide con la primera parte de ésta, el tipo legal). Por otra parte, M.E. Mayer señala que el hecho de que las leyes penales produzcan realmente un efecto normativo, el hecho de que se cumplan, es un fenómeno sociológico y psicológico, pero no es objeto de la ciencia jurídica –lo que no quiere decir que no merezca ser tomado en consideración–. Vid. también *op. cit.*, pp. 428-430.

⁶³⁸ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 37.

frente a las leyes penales, M.E. Mayer considera que lo que debe hacerse es seguir el camino que aquél divisó, pero yendo más allá: “lejos de la ley penal, por encima de la norma del Derecho, hacia la norma de cultura”⁶³⁹. En su opinión, “las prohibiciones y mandatos que se dirigen a quienes están sometidos a la ley y se infringen por el delincuente, se encuentran en las normas de cultura reconocidas por el Estado”. Por esta razón, la “explicación del concepto de las normas de cultura reconocidas por el Estado es, asimismo, una aclaración del concepto de injusto”⁶⁴⁰, y contiene la base iusfilosófica del sistema que aquel autor propone, y que pretende “ordenar hechos empíricos "refiriéndolos a valores"”⁶⁴¹. Veamos cuáles son las líneas generales de la concepción que M. E. Mayer tenía de las normas⁶⁴².

⁶³⁹ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 37. *Vid. también op. cit.*, pp. 173 y ss.

⁶⁴⁰ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 37. *Vid. también op. cit.*, pp. 175 y ss., 418.

⁶⁴¹ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 38, nota 2. Este autor señala aquí expresamente que metodológicamente parte de los escritos de Rickert. *Vid. también op. cit.*, pp. 417-421, 435-438.

⁶⁴² Sobre esta cuestión, *vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 38 y ss, 175-181, 435 y ss.; del mismo autor, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903 (reimp. 1977), *passim*; del mismo autor, *Filosofía ...*, cit., pp. 60 y ss.

Son conocidas las duras y ácidas críticas que Binding dirigió a la concepción de M.E. Mayer y a las que éste, de forma no menos contundente, contesta: “A los últimos ataques de Binding, Normen 2 (1) 366, no tengo mucho que contestar, pues Binding sustituye los argumentos por signos de exclamación, duras expresiones y protestas, y en conjunto demuestra de modo ciertamente convincente que le desagrada en gran medida mi concepción, pero no que “en ella es todo incorrecto”. La opinión contraria de Binding responde al dogma de que los doctores de las facultades de Derecho sólo y siempre deben proponerse labores jurídicas” (*op. cit.*, p. 38, nota 1). “[...] [C]omo un dictador, Binding prohíbe a los juristas ocuparse de problemas que *a él* no le son molestos. Pero yo pienso que cada estudioso tiene derecho a elegir por sí mismo sus

8. Este autor parte de los conceptos de cultura y sociedad. El primero tendría el significado de fomento, formación (*Pflege, Ausbildung*). En sentido amplio, el objeto de la cultura está compuesto por el conjunto de la actividad humana. La cultura vendría a ser un concepto valorativo respecto del cual es esencial la idea de progreso y aproximación a un ideal. La cultura es obra del hombre y se contrapone a la naturaleza, es la superación del estado natural y el perfeccionamiento de la vida. Pero, por encima de la actividad de los sujetos que la componen, es la sociedad la que crea y desarrolla la cultura. M.E. Mayer utiliza el concepto de sociedad para definir a toda comunidad de intereses; una sociedad es una pluralidad de personas que se consideran de forma unitaria por la existencia de un interés común. Existen tantas sociedades como intereses compartidos por una pluralidad de sujetos. El interés común –que puede tener cualquier contenido– es el factor que configura e integra la sociedad. Cuando el interés posee una cierta intensidad y es común a un número relativamente alto de personas, la sociedad establece medios para fomentar el interés común y se dota de órganos para ello, pasando a ser una sociedad organizada. Las sociedades organizadas ponen claramente de manifiesto en qué consiste la vida en sociedad: en el fomento del interés común.

La relación entre la cultura y la sociedad se basa en el hecho de que aquélla consiste en el fomento de un interés común (*Kultur ist Pflege eines gemeinsamen Interesses*). La cultura surge de la evolución de los factores que configuran e integran la sociedad, del progreso de la vida de la sociedad; será una cultura más o menos particular en función del grado de

labores. ¿Y cómo se representa Binding el avance de la ciencia si todos los penalistas jóvenes sólo pueden ocuparse de las cuestiones que él apunta, dentro del círculo trazado por él?” (*op. cit.*, p. 46, nota 9; subrayado en el original).

singularidad que posea el interés común. En principio, existen tantos valores culturales como sociedades. En este contexto, el concepto de cultura conserva su aspecto positivo, la idea de progreso y aproximación a un ideal, pues desde el punto de vista de la sociedad, aquello que resulta conveniente para el interés común es algo valioso, y son estas conductas ventajosas para la sociedad las que la cultura reclama. Según M.E. Mayer, la expresión que la cultura haya encontrado en cualquier sociedad concreta produce efectos en una doble dirección: tales efectos alcanzan, por una parte, al individuo que pertenece a la sociedad; por otra parte, alcanzan a la pluralidad de las sociedades, lo que podría denominarse el efecto intersocial. En ambos casos se trata de un efecto de intercambio. El resultado del efecto individual es la culturización de los particulares (*die Kultiviertheit des Einzelnen*). El resultado del efecto intersocial es el intercambio y el enfrentamiento de culturas. En este sentido, la guerra de todos contra todos no sería algo propio del estado de naturaleza, sino del estado de cultura.

Asimismo, aquel autor destaca que la cultura comporta exigencias, produce un complejo de normas, de prohibiciones y mandatos, que se dirigen a los particulares. En cierto sentido, crea *el* complejo de normas, pues todas las normas son productos culturales. Las normas de cultura las define M.E. Mayer como prohibiciones y mandatos mediante los cuales una sociedad exige comportamientos que sean conformes con sus intereses. Entre otras muchas, dentro de esta definición de las normas de cultura se encuentran incluidas las normas de Derecho. Cuando éstas se caracterizan como normas de cultura quedan silenciadas sus peculiaridades de carácter jurídico, del mismo modo que se omiten los aspectos esenciales de carácter jurídico cuando en relación con el Estado sólo se dice que es una sociedad de intereses. Las relaciones del Estado con la cultura son diversas; en la medida en que el Estado es un Estado de Derecho, estas relaciones residen

en el hecho de que en el Ordenamiento jurídico encuentran reconocimiento los intereses generales, y el reconocimiento de intereses generales es el reconocimiento de normas de cultura⁶⁴³.

Este reconocimiento tiene lugar en el proceso legislativo de leyes penales. Un análisis psicológico de este proceso legislativo pone de manifiesto que el reconocimiento de normas de cultura consta de una selección de las mismas, una configuración y de su protección. En este sentido, M.E. Mayer, señala que de la consideración global del Ordenamiento jurídico se desprende que todo Estado toma posición respecto de la cultura. Todo proceso legislativo que realiza una división entre acciones permitidas y acciones que no lo están –incluido el proceso legislativo penal–, cada vez que emprende una nueva regulación sobre una determinada materia, y más aun cuando regula una materia nueva, lo primero que se plantea es la cuestión relativa a qué normas de cultura quiere reconocer, o sea, cuáles son los intereses generales que quiere adoptar. El significado de este proceso selectivo se pone de manifiesto al considerar el punto final del proceso de reconocimiento: el hecho de que se brinde la protección del Estado a la norma reconocida multiplica su fuerza para ser eficaz. Aquí es donde reside la confianza que se expresa en la función garantística y, además, la propia función creadora de cultura del Derecho. En relación con esta cuestión, M.E. Mayer destaca que mediante el proceso legislativo se traslada al ámbito del Derecho una corriente cultural –combatida por otras corrientes–, creándose así el deber jurídico. Por lo tanto, es el Derecho, y no la norma de cultura por sí misma, la que establece deberes jurídicos⁶⁴⁴.

⁶⁴³ Según M.E. Mayer, este paralelismo no puede, sin embargo, relacionarse con la totalidad del Ordenamiento jurídico, pues los intereses vinculados a la administración ocupan una posición especial. Sobre esto *vid. infra*.

⁶⁴⁴ Para aclarar su postura frente a lo que otros autores como Binding han creído entender de afirmaciones suyas anteriores, M.E. Mayer afirma: “Yo nunca he escrito

Aquel autor también destaca que, por sí misma –en su estado natural– ninguna norma de cultura puede acogerse en el Código penal. *La norma de cultura es sólo el material a partir del cual el legislador configura la norma de Derecho.* La necesidad y la finalidad de este proceso de configuración de las normas de cultura, que requiere del máximo cuidado y esfuerzo en la elaboración de una ley, es evidente si se tienen presentes las funciones que –según M.E. Mayer– poseen las leyes penales y de las que carecen las normas de cultura. Ambos grupos de normas poseen una función garantística, pero sólo a las proposiciones jurídicas corresponde la garantía de la coacción externa, y sólo respecto de éstas es característica la función normativa vinculada a las normas de decisión dirigidas a los órganos estatales. De la propia esencia del Estado se desprende –según aquel autor– que la configuración que tiene lugar en el proceso legislativo está dirigida a la exclusión de exigencias cuyo cumplimiento no puede obtenerse de forma coactiva o no debería obtenerse de este modo, a la graduación de las infracciones de la norma (sin la cual quedaría excluida la utilización de una de las características más útiles de la pena, que es su carácter graduable) y a conseguir la máxima precisión posible de los presupuestos de la pena. En cuanto a la interpretación y aplicación de la ley, todo esto sólo implica que, si bien el objeto inmediato de aquellos

algo que pudiera hacer perdonable el malentendido de que la norma de cultura fundamenta deberes del Derecho” (A.T., cit, p. 47, nota 10), y añade comentando las opiniones vertidas por Beling y Nagler (*op. cit.*, p. 48): “Se trata sólo de un problema de concepción, casi de una cuestión de gustos: Beling y Nagler ven la nobleza del Derecho en que no se apoye, o lo haga lo menos posible, en bienes culturales hereditarios, en que sea un *self made man*; yo considerado como degradación del Derecho asignarle esa nobleza del advenedizo”. Por otra parte, M.E. Mayer destaca que el proceso legislativo comporta una selección entre la multitud de valores culturales. Por esta razón, *de lege ferenda* se plantea a menudo la cuestión de si el legislador ha reconocido la norma cultural correcta.

procesos es la disposición legal, para profundizar en él siempre es necesario retroceder y prestar atención al material del que está hecho. Finalmente, M.E. Mayer señala que el reconocimiento de las normas de cultura finaliza mediante su colocación bajo la protección del Derecho.

9. Partiendo, así, de que la delimitación de las conductas antijurídicas y las que son conformes a Derecho tiene lugar en el proceso legislativo mediante el reconocimiento de normas de cultura, M.E. Mayer señala que es en los tipos legales donde queda expresado el reconocimiento de las normas de cultura que ha tenido lugar en el proceso legislativo. En este sentido, los tipos legales “son la base para conocer (*die Erkenntnisgründe*) qué normas de cultura han encontrado reconocimiento, y la extensión en la que han encontrado reconocimiento”⁶⁴⁵. De este modo, aquel autor reconduce a los principios sobre los que construye su sistema la tesis, que sólo había apuntado al analizar las proposiciones jurídico-penales, de que los tipos son indicios de la antijuricidad. Pero M.E. Mayer señala a continuación que no hay nada más engañoso que los indicios, y que la conclusión sobre la antijuricidad que se obtiene de la tipicidad sólo es correcta hasta que se demuestre lo contrario. Esta demostración puede obtenerse del sistema jurídico, esto es, del contexto en el que está incluida la disposición legal⁶⁴⁶,

⁶⁴⁵ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 51-52. *Vid.* también *op. cit.*, p. 364: “Pese a no ser la definitiva, el tipo legal es la principal fuente de conocimiento para determinar con qué extensión ha reconocido el Estado una norma de cultura”.

⁶⁴⁶ M.E. Mayer señala (*A.T.*, cit., p. 53) que, en relación con esta cuestión, considerado unitariamente, el Ordenamiento jurídico tiene la misma función que un tipo legal: proporciona información sobre la posición adoptada por el Estado en relación con la cultura, y en ocasiones lo hace guardando silencio, lo que –según aquel autor– constituye un gesto que remite al complejo normativo prejurídico, algo que resulta muy desagradable a los “juristas positivistas”. Sobre esta cuestión, *vid.* también *op. cit.*, pp. 173 y ss., donde M.E. Mayer señala que la definición nominal de la antijuricidad como

o a través de una sola proposición jurídica que justifica la conducta típica, pero que en ningún caso debe entenderse que constituye una "proposición jurídico-penal". Por lo tanto, la posición adoptada por el Estado en relación con la cultura no se obtiene exclusivamente del contenido de los tipos penales, que M.E. Mayer identificaba partiendo del análisis estructural de las proposiciones jurídico-penales. Su consideración desde una perspectiva material sólo sirve para poner de relieve su significado indiciario en relación con la conducta típica, pero no posee una importancia decisiva en relación con la identificación de las conductas típicas que, además, son antijurídicas, ni en relación con la delimitación *material* entre los criterios que delimitan los tipos penales y los que determinan la exclusión de su carácter antijurídico.

Sin embargo, M.E. Mayer destaca que, a diferencia de lo que ocurre con la determinación de su esencia, en relación con la cuestión de la determinación del juicio de desvalor desde la perspectiva del Derecho (*die Ermittlung des rechtlichen Unwerturteils*), existe acuerdo en lo principal, especialmente respecto de que no basta con tomar en consideración la ley penal y es necesario considerar todo el sistema jurídico (*Rechtssystem*); las discrepancias metodológicas radican en la concepción de la proposición jurídico-penal, y se manifiestan en el hecho de que la mayoría de autores atribuyen la función indiciaria a la conminación penal, y no al tipo legal,

disparidad de la conducta respecto de una norma de Derecho, de una prohibición o mandato, fracasa en todos los casos en los que la norma de Derecho o su sentido no es algo evidente, donde deben rellenarse lagunas o debe determinarse el Derecho no plasmado en la ley, o el Derecho legal admite diversos significados. Y tiene que fracasar –dice aquel autor– porque no proporciona ninguna información sobre la esencia de la antijuricidad y se queda con una explicación tautológica. Además, aquel autor afirma que las causas que excluyen la antijuricidad de una conducta son excepciones de la norma que está en la base del correspondiente párrafo del Código penal.

que es lo que M.E. Mayer entiende correcto. En este sentido, considera que “el mérito más destacable de la teoría del delito de Beling consiste en proporcionar, mediante la separación entre la tipicidad y la antijuricidad, una base sólida para la determinación del juicio de desvalor del Derecho”⁶⁴⁷.

10. Desde el punto de vista de la antijuricidad, a nivel meramente teórico, M.E. Mayer distingue, no obstante, entre los que denomina Derecho penal administrativo (*Verwaltungsstrafrecht*) y Derecho penal de la justicia (*Justizstrafrecht*). La peculiaridad del primero radica en el hecho de que, junto a los intereses que protege porque es una comunidad, todo Estado tiene otros que protege porque administra una comunidad. Estos intereses de carácter administrativo, que forman el objeto de ataque de los delitos administrativos (*Verwaltungsdelikte*), se colocan bajo la protección del Derecho penal con los mismos medios que los intereses de la primera clase, lo que ocurre es que las normas resultantes son una invención del poder que promulga la ley. Aunque son normas que se crean por necesidades prácticas y que no suponen una invención arbitraria o carente de razón, son, al fin y al cabo, una invención frente al reconocimiento que de otro modo estaría en la base del proceso legislativo. En este sentido, M.E. Mayer afirma que “las normas del Derecho penal administrativo se caracterizan por ser

⁶⁴⁷ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 52, nota 21. *Vid.* también *op. cit.*, p. 176, nota 7, donde este autor señala que el mérito del planteamiento de Beling frente al de Binding radica en la negación de las normas individuales; sin embargo, considera que la remisión al conjunto de normas que componen el Ordenamiento jurídico para determinar la antijuricidad de la conducta típica constituye un principio positivo de escasa utilidad. En este sentido, afirma que la tesis de Beling fracasa si se eleva a principio, pero constituye un criterio aceptable cuando a partir de ella se desciende a la decisión del caso concreto.

culturalmente indiferentes”, son desde el principio normas de Derecho y sólo mediante su recepción por parte de la nación o de otras comunidades de intereses pueden devenir normas de cultura⁶⁴⁸. Esto comporta la necesidad de completar la explicación de la antijuricidad como contradicción con las normas de cultura reconocidas por el Estado. A las conductas que contradicen los intereses del Estado de carácter administrativo les falta la referencia a una norma de cultura preexistente y constituyen un injusto sólo en virtud de la ley. Pero esto no significa que los delitos administrativos carezcan de objeto de ataque, o no se dirijan contra intereses, pues los intereses de carácter administrativo son también bienes jurídicos⁶⁴⁹.

11. Sobre la base de estas consideraciones acerca de las funciones de las proposiciones jurídico-penales y el concepto de norma, M.E. Mayer propone la siguiente definición material de delito, que complementa la definición nominal que había propuesto partiendo de los presupuestos esenciales de la pena: el delito es un suceso imputable, que se corresponde con un tipo legal y es contrario a una norma de cultura reconocida por el Estado (o contradice una norma promulgada por la administración del Estado, en el caso de los delitos de carácter administrativo)⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 55.

⁶⁴⁹ M. E. Mayer destaca (*A.T.*, p. 57) que los inconvenientes de tener que aplicar sin matices las teorías generales del Derecho penal a los delitos de carácter administrativo se ponen de manifiesto en aquellos puntos donde son significativas las relaciones del delincuente con el contenido material de la antijuricidad, esto es, en la teoría de la culpabilidad.

⁶⁵⁰ *Vid.* M.E. Mayer, *A.T.*, p. 57.

III. La caracterización del contenido del tipo y de la comprobación de la tipicidad en la teoría del delito de M.E. Mayer

“De todos modos, siempre surgen decisiones injustas, con las que debe contarse si no se quieren abandonar las grandes ventajas de un tipo objetivo”. M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. ed., 1923, p. 361, nota 44.

12. M.E. Mayer aborda el estudio del delito partiendo de la distinción entre los presupuestos de la pena –que denomina elementos positivos del delito– y las causas de exclusión de la pena –a las que también denomina elementos negativos del delito–. En el primer grupo, aquel autor hace referencia a la tipicidad, la antijuricidad y la imputabilidad. En el segundo grupo incluye las causas de justificación y las causas de exculpación⁶⁵¹. Finalmente aborda la problemática de las que denomina causas de

⁶⁵¹ Según M.E. Mayer (*A.T.*, cit., pp. 270 y ss.), existirían los siguientes grupos de causas de exclusión de la pena: 1. circunstancias que excluyen el carácter delictivo de la acción y, por lo tanto, niegan un elemento del delito: a) circunstancias que excluyen la tipicidad (cuando tienen carácter general, pertenecen por completo a la teoría de la tipicidad y de las causas de extensión de la pena); b) circunstancias que excluyen la antijuricidad, o sea, causas de justificación; c) circunstancias que excluyen la culpabilidad, o sea, causas de exculpación que se oponen a que un suceso típico y antijurídico se impute al autor. 2. circunstancias que dejan intacto el carácter delictivo de la acción y excluyen la pena a pesar de que no falta ninguno de los tres elementos positivos del delito: a) las causas de levantamiento de la pena (v. gr., la prescripción, el indulto, el desistimiento en la tentativa); b) causas personales de exclusión de la pena (v. gr. el hurto entre parientes, o el exceso en la legítima defensa). De acuerdo con esta caracterización del desistimiento voluntario, M.E. Mayer consideraba que, si bien es posible el desistimiento en la inducción y la complicidad, el desistimiento del autor no afecta a los partícipes; sobre esta cuestión, *vid. op. cit.*, pp. 406-407.

extensión de la pena: la tentativa y la participación. Esta clasificación y lo dicho hasta aquí ya permite hacernos una idea de la concepción que M.E. Mayer tenía del tipo penal, de su significado y de su trascendencia. Pero conviene detenernos en algunos aspectos de la misma antes de analizar la función que aquel autor asignaba a la teoría del tipo en la ordenación sistemática de la teoría general del delito, la naturaleza que atribuye a los elementos del tipo, y su forma de entender la relación entre la comprobación de la tipicidad y la comprobación del resto de los elementos del delito.

13. En el marco de la teoría de la tipicidad M.E. Mayer se ocupa en primer lugar de los elementos del tipo, y de la diversidad de su contenido en función del suceso que describen. A continuación estudia la relevancia que posee en el ámbito del tipo la relación de causalidad entre la manifestación de la voluntad y el resultado. Finalmente, se ocupa de la distinción entre la unidad y la pluralidad de delitos.

Partiendo de que el núcleo de cualquier tipo legal está compuesto por la descripción de una conducta humana, aquel autor distingue entre los componentes de la acción (*Bestandteilen der Handlung*) y otras referencias a la acción contenidas en el tipo (*Beziehungen der Handlung*)⁶⁵². Los primeros son la manifestación de la voluntad y el resultado. A partir del análisis de la manifestación de la voluntad, distingue entre el acto externo y el proceso interno (un querer consciente referido a alguna cosa y, por lo tanto, motivado [*ein bewußt auf etwas bezogenes und somit motiviertes Wollen*]). Más concretamente, M.E. Mayer distingue, desde el mundo interior hacia el mundo exterior, cuatro elementos vinculados causalmente: las razones del movimiento (motivos), el acto interno de la voluntad, su

⁶⁵² Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 89 y ss.

exteriorización o manifestación en un movimiento corporal o inmovilidad, y las consecuencias de esta manifestación de la voluntad (resultado). La acción vendría a ser “una manifestación motivada de la voluntad junto con su resultado”⁶⁵³.

⁶⁵³ Sobre esta cuestión, *vid.* M.E. MAYER, A.T., *cit.*, pp. 101 y ss. Este autor consideraba que, en tanto que inactividad querida, la omisión es lo contrario a hacer algo, pero es también una forma de actuar; en este sentido, entiende que el concepto de omisión no niega el de actividad ni el de acción, pues lo esencial de la acción es la realización de la voluntad y no importa si lo querido se exterioriza en un movimiento corporal, o permaneciendo inmóvil cuando existe una razón para hacer algo. Lo que debe distinguirse de la omisión es la no realización no querida de una manifestación de voluntad que otros esperaban o el Estado exigía, v. gr. cuando un sujeto olvida cumplir con un deber. Según M.E. Mayer, esta inactividad no es una omisión y, por lo tanto, tampoco es una acción porque no responde a un acto de voluntad. Sin embargo, aquel autor afirma que una inactividad involuntaria, no querida (*ungewollte Untätigkeit*) puede ser típica, a diferencia de la actividad no querida (*ungewollte Tätigkeit*), que nunca se corresponde con un tipo (respecto de esta última cuestión, *vid.* también *op. cit.*, pp. 131-132).

En segundo lugar, pese a admitir que al penalista sólo le interesan los resultados típicos, aquel autor afirma que toda manifestación de la voluntad produce un resultado. Para M.E. Mayer los resultados son los sucesos concebidos como producto de actividades (*Erfolge sind die als Ergebnisse von Betätigungen aufgefaßten Ereignisse*). Los sucesos los distingue de los estados (*Zustände*); la muerte de un hombre es un suceso, cuando aquél está muerto esto es un estado. El suceso puede desembocar en un estado, pero su peculiaridad radica en que se modifica un estado. En este sentido, sería correcto definir el resultado como una modificación en el mundo exterior, pero es necesario añadir que al mundo exterior de un individuo también pertenece el mundo interior del resto de individuos. Además, M.E. Mayer señala que no todo suceso es un resultado, sino sólo aquel que es concebido como producto de una actividad (y, por lo tanto, está causalmente vinculado con ésta) por parte de quien lo juzga. Sin embargo, aquel autor señala que no es un elemento conceptual del resultado el que haya sido representado o querido, de modo que existen resultados que no han sido representados ni queridos, del mismo modo que existen también resultados que han sido representados y queridos, y resultados que el autor se representó pero no quiso (sobre esta cuestión, *vid. op. cit.*, pp. 110-114).

A pesar de que el núcleo del tipo está formado por la descripción exacta de una conducta humana, M.E. Mayer señala que el legislador no siempre puede contentarse con hacer depender la pena o su gravedad de la realización de la acción; a menudo, prescindiendo de la antijuricidad y la culpabilidad, también debe incorporar alguna referencia a la acción entre los presupuestos de la pena. Entre la diversidad de tales referencias, las *modalidades de la acción* formarían un grupo cerrado. Se trata de elementos del tipo legal que atribuyen el carácter de esencial a una referencia temporal o espacial de la acción, o a la referencia de ésta con un determinado sujeto, o con un objeto específico. En estos casos el legislador atribuye al sujeto o al objeto alguna característica *que no se deriva ya de la propia naturaleza de la acción que describe* (v. gr. un robo, un homicidio, etc...) y, por esta razón, pese a tratarse de elementos del tipo legal, constituyen –según M.E. Mayer– presupuestos autónomos de la pena que aparecen junto con la acción y, por lo tanto, no son elementos de ésta⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 89 y ss. Sobre las modalidades de la acción relativas al sujeto, *vid. op. cit.*, pp. 94-97, donde M.E. Mayer distingue entre los delitos comunes y los especiales (en función de si el tipo está o no limitado a personas con características naturales o jurídicas especiales), y entre los delitos especiales propios e impropios (en función de si la cualidad personal fundamenta la pena o sólo la agrava, de si comportan la lesión de un deber especial o una lesión especial de un deber general). Es importante indicar que aquel autor señala (*op. cit.*, p. 95, nota 17) que no todos los delitos especiales remiten al concepto de modalidad, pues la limitación del círculo de autores no siempre responde a una decisión libre del legislador, sino que también puede estar basada en la naturaleza de la propia acción (v. gr. la deserción); en estos casos, la característica personal debe entenderse como un componente de la acción. Sobre los conceptos de objeto y sujeto del hecho, *vid. también op. cit.*, pp. 386-387, e *infra* en el texto.

M. E. Mayer no realiza una caracterización exacta de aquellas referencias de la acción que no se incluyen dentro del grupo de las modalidades (*vid. op. cit.*, pp. 99-101). Se limita a señalar que no es posible realizar una caracterización unitaria de ellas, que respecto de algunas es usual distinguirlas del resto de los presupuestos de la pena

Respecto del objeto de la acción, interesa destacar aquí que M.E. Mayer se muestra partidario de distinguir entre el objeto de protección o bien jurídico protegido por la conminación penal y que la acción típica lesiona o pone en peligro, por una parte, y el objeto del hecho u objeto perteneciente al tipo legal, por otra⁶⁵⁵. Este último puede determinarse fácilmente mediante la interpretación gramatical del tipo, mientras que el objeto de protección no puede determinarse sin acudir a la interpretación sistemática, y aun así no siempre podrá determinarse de forma unívoca. Aquel autor también destaca

mediante su consideración como condiciones de punibilidad, que se trata de referencias de las que depende la propia pretensión penal (*der Strafanspruch*) –y no sólo la mera realización de la pretensión penal, como ocurre con las condiciones de perseguibilidad–, y que no siempre son elementos del tipo legal. Algunas de estas referencias responderían a la finalidad de colocar la acción típica en una situación que contribuye a que la conminación penal sea justa (esto es lo que, por ejemplo, ocurre respecto de la muerte provocada por malos tratos del § 213 StGB), otras veces se trataría de circunstancias que condicionan la aplicabilidad de la conminación penal (v. gr. la realización del delito condiciona la punibilidad de la omisión de comunicar un delito inminente), pero en la mayoría de casos se basan en presupuestos naturales de la propia acción punible y se refieren a acciones distintas pero relacionadas con ésta; así, por ejemplo, constituye un presupuesto natural de la propia acción punible, que condiciona la punibilidad del delito de no comunicar la existencia de un delito inminente, el hecho de que el sujeto tuviera un conocimiento fiable del mismo. Y es un presupuesto natural de la lesión del secreto profesional que condiciona su punibilidad el hecho de que al sujeto obligado se le hubiera confiado el secreto (§ 300 StGB).

⁶⁵⁵ Vid. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 97-98. Después de señalar (*A.T.*, cit., p. 97) que la propiedad es el objeto de protección que ataca el autor de un hurto, M.E. Mayer afirma que en este delito el objeto del hecho es una cosa mueble. Asimismo, aunque el § 164 StGB sólo hacía referencia a “quien haga una denuncia ante un funcionario, mediante la cual, en contra de lo que él conoce, declare a alguien culpable de una acción punible o de la lesión de un deber funcional, será castigado...”, M.E. Mayer afirma que ese “alguien” es el objeto del hecho, y la administración de justicia es el bien jurídico. Respecto del delito de falsificación de documentos, aquel autor señala que el objeto del hecho son determinados documentos, y el bien jurídico es la seguridad del tráfico.

que el objeto del hecho y el objeto de protección hacen referencia a puntos de vista distintos, y que, pese a estar relacionados, muy raramente coinciden. Pero ni siquiera en estos casos en los que se da una congruencia debe entenderse que el objeto de protección es una modalidad de la acción y, por lo tanto, un elemento del tipo. Esto es algo que aquel autor rechaza con carácter general: “el objeto de protección nunca es una modalidad de la acción y, por lo tanto, tampoco es en ningún caso un elemento del tipo”⁶⁵⁶; sólo interesa al legislador y al jurista, que lo estudia para determinar la esencia y los límites de la antijuricidad de cada grupo de delitos y para clasificar la parte especial. Y también –como veremos– para delimitar el ámbito de los tipos y de algunas de las que M.E. Mayer concibe como “causas de extensión de la pena” (concretamente, la tentativa punible y la complicidad). Sin embargo, lo que el delincuente se haya representado –si es que se ha representado algo– en relación con el bien jurídico que ataca es totalmente irrelevante. La situación es –según M.E. Mayer– totalmente distinta respecto del objeto del hecho. Se trata siempre de un elemento del tipo legal, aunque se le dispensa poca atención cuando ya viene determinado por la propia naturaleza de la acción y, por esta razón, no queda abarcado por el concepto de modalidad. Cuando cobra relevancia es cuando se trata de una peculiaridad modal de la acción que aparece junto a ésta como presupuesto autónomo de la pena⁶⁵⁷. Aunque después matice esta afirmación, en un primer momento aquel autor también destaca que mientras que el objeto de protección es algo esencial porque todos los

⁶⁵⁶ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 98.

⁶⁵⁷ Por ejemplo, la condición de miembro de una asamblea legislativa, en el § 106 StGB; una persona del servicio militar, en el § 112; grupos diversos de la población, en el § 130; monedas metálicas auténticas y destinadas al tráfico, en el §150; determinados documentos mencionados en el § 267.

delitos lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, faltará el objeto del hecho en todos aquellos tipos en los que no se requiere la intervención sobre una persona o un objeto (*wenn die Einwirkung auf eine Person oder einen Gegenstand nicht zum Tatbestand gehört*). M.E. Mayer distingue, así, entre los delitos con objeto del hecho (*Delikten mit Tatobjekt*), y los que denomina delitos con resultado intransitivo (v. gr. el servicio militar con el enemigo del § 88 StGB, la bigamia, la conducción con exceso de velocidad del § 366 núm. 2, o los juegos de azar profesionales del § 284).

14. No vamos a detenernos aquí con la exposición que M.E. Mayer realiza de la relación entre los componentes de la acción (la manifestación de voluntad y el resultado) y el tipo legal, partiendo de la diversidad del contenido de este último. Basta con mencionar su punto de partida: si bien la mayoría de veces cualquier manifestación de voluntad satisface las exigencias del tipo y es irrelevante cómo se produce el resultado, aquél siempre requiere un resultado configurado de una determinada manera⁶⁵⁸; con carácter general lo que importa a la ley no es cómo se produce, sino sólo que éste se haya producido “pues es el resultado el que contiene la

⁶⁵⁸ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 114 y ss. En relación con las peculiaridades de los delitos en los que, según este autor, de forma excepcional no es necesaria una manifestación de voluntad (se trata de inactividades no queridas que son condición de un resultado típico y, además, son antijurídicas y culpables; lo decisivo aquí es que la inactividad infringe un deber), no se requiere un resultado (en estos casos el resultado se sustituye por la negación de este elemento de la acción; en lugar del resultado se coloca la no producción de un resultado esperado por el Ordenamiento jurídico; esta forma de realización del tipo se presenta cuando el mandato de realizar una determinada acción es un presupuesto de la pena, esto es, en los delitos de omisión pura; en definitiva se trata aquí de aquellos “tipos que presuponen un mandato y, por lo tanto, no conocen ningún resultado”), o faltan ambas cosas (estos son los delitos de omisión propia con imprudencia inconsciente), *vid. op. cit.*, pp. 130-135.

lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Además, en la mayoría de casos sería imposible enumerar todas las formas de realización –esto es, todas las manifestaciones de voluntad que son apropiadas (*geeignet*) para producir el resultado–”⁶⁵⁹. No obstante, conviene destacar que M.E. Mayer señala que “excepcionalmente, entre los presupuestos de la pena se requiere una determinada manifestación de voluntad; así, para asignar a una forma de comisión una pena más estricta (o inferior) y ajustar la medida legal de la pena a la *valoración* de la acción [...], o para evitar la extensión excesiva de un tipo. Hay algunas afectaciones de bienes jurídicos ("resultados") que, por sí solas (esto es, separadas del modo en que se realizan), no parecen *merecedoras de pena*, y sólo lo son cuando aparecen como consecuencia de una manifestación de voluntad que es reprochable por sí misma (esto es, separada de su meta [*losgelöst von ihrem Ziel*]). Por ejemplo, la libertad en la toma de decisiones voluntarias se ve afectada por toda coacción, pero mediante una coacción que procede de un ruego encarecido o responde a la prevalencia de un mejor entendimiento (*eine auf inständige Bitten oder Geltendmachung besserer Einsicht beruhenden Nötigung*), aquélla no se ve afectada de tal modo que deba intervenir el poder punitivo del Estado”⁶⁶⁰. Sin embargo, M.E. Mayer señala que, prescindiendo de las coacciones, el número de los tipos así contruidos es reducido y es tarea de la parte especial aclarar si la ley establece elementos del tipo que deban referirse a la manifestación de voluntad.

En relación con la tesis de que respecto de toda acción punible es esencial un resultado configurado de una determinada manera, M.E. Mayer señala que la misma responde al siguiente postulado: ¡Concibe como resultados

⁶⁵⁹ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 115.

⁶⁶⁰ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 116. Este autor remite a los §§ 114, 240 StGB.

los sucesos delimitados en los tipos legales! Según aquel autor, esta exigencia puede establecerse porque el resultado es un concepto relativo. Puesto que todo suceso es causado y, asimismo, es causante, puede concebirse como efecto (resultado) o como causa (manifestación de voluntad); se concibe del modo que se ajuste con el punto de vista de quien lo juzga o analiza⁶⁶¹. Pero si aquel postulado *debe* formularse y cumplirse es porque “en la aplicación de la ley penal el centro de interés radica en la cuestión de si se ha producido el suceso delimitado en el tipo penal, pues en él está contenida la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Si se quiere concebir este suceso –v. gr. la sustracción de una cosa (§ 242), o la apertura de una carta cerrada (§ 299)– como manifestación de voluntad, la acción aparece bajo un punto de vista incorrecto [...]; surge la errónea expectativa de que a la sustracción o a la apertura todavía debe seguir algo penalmente relevante”⁶⁶².

⁶⁶¹ Así, desde el punto de vista del delincuente y del juez penal, la bigamia es algo que se ha producido, un resultado; sin embargo, en el proceso penal aparece como causa de la separación y, por lo tanto, como algo que produce efectos. Otro ejemplo: si lo que nos planteamos es sólo la existencia de una infracción administrativa, la conducción a velocidad excesiva es un resultado que tiene su causa o razón (*sein Grund*) en la manifestación de voluntad del conductor (estimular al caballo, utilización de toda la fuerza del motor); por el contrario, si alguien cruzaba, la conducción a velocidad excesiva es la causa de la lesión y, en este sentido, es manifestación de voluntad.

⁶⁶² M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 117-118. Este autor destaca expresamente que lo anterior no comporta que todos los elementos del tipo legal deban considerarse como características de un resultado. Por otra parte, M.E. Mayer rechaza (*op. cit.*, pp. 119-120) la división que la mayoría de la doctrina realiza entre delitos de mera actividad y delitos de resultado. En este sentido, aquel autor señala que, a pesar de que respecto de algunos delitos desde un punto de vista temporal no puede distinguirse con claridad entre la manifestación de voluntad y el resultado, y parece que este último no existe, lo cierto es que la unidad temporal no debe nunca confundirse con el análisis lógico, del que se desprende que también en estos casos el delito consiste en una manifestación de voluntad y un resultado; así, respecto del perjurio, por ejemplo, el juez deberá separar el

Como se pone claramente de manifiesto en el momento en el que M.E. Mayer aborda la problemática relativa a la delimitación de la tentativa punible y la distinción entre las conductas de autoría y las de complicidad⁶⁶³, lo que aquel autor pretendía con estas palabras es apartarse de la comprensión meramente causal y naturalística de los tipos penales, y vincular la delimitación de la *conducta* típica a la función garantística que atribuye a las leyes penales, a través de la referencia a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Sin embargo, la consideración del hecho típico como un *resultado* no contribuye a aclarar que es la propia *conducta o manifestación de voluntad* típica la que debe poner en peligro el correspondiente bien jurídico, y que esta cuestión debe separarse de la lesión o puesta en peligro "real" del bien jurídico como resultado de la conducta comprobado *ex post*. La supuesta relatividad del resultado termina por dificultar aquella comprensión teleológica y valorativa de los tipos penales, en favor de una interpretación excesivamente formal y apegada al tenor literal de su descripción legal, especialmente en aquellos supuestos en los que ésta no contiene una referencia *expresa* a la peligrosidad de la conducta, o a un resultado de peligro o de lesión referido a algún objeto. Así, la referencia metodológica al bien jurídico apenas serviría para *delimitar* correctamente los tipos penales y quedaría reducida a la

hecho de pronunciar las palabras del hecho de que estas sean escuchadas y comprendidas, pues sin este resultado no existe el perjurio; y respecto de la infracción del destierro (§ 361 núm. 2) lógicamente debe distinguirse entre el regreso, y el hecho de que el expulsado haya regresado y se encuentre en territorio alemán. Lo único que admite M.E. Mayer es que el resultado puede estar vinculado de modo más o menos estrecho con la actividad, y que se produce un vínculo excepcionalmente estrecho cuando la modificación requerida por el tipo se limita al cuerpo de quien actúa. Esto es lo que ocurre con algunos delitos de resultado intransitivo.

⁶⁶³ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 341 y ss., e *infra* en el texto.

condición de *referencia acrítica y meramente aclaratoria de su sentido y límites*. Esto se pone ya de manifiesto en el momento en el que aquel autor aborda la distinción entre los delitos de lesión, los delitos de peligro concreto, y los delitos de peligro abstracto, a los que precisamente concibe como una de las variedades respecto de la relación que normalmente existe entre los componentes de la acción y el tipo descrito en la ley penal⁶⁶⁴.

15. Al ocuparse de la distinción entre los delitos de lesión, los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto⁶⁶⁵, M.E. Mayer señala de nuevo que el resultado de una acción punible puede consistir en la lesión (delitos de lesión), o en la puesta en peligro de un bien jurídico (delitos de peligro concreto). Desde este punto de vista, lo que caracterizaría a los delitos de peligro concreto es que el peligro, entendido como la *posibilidad de una lesión*, es un elemento del tipo. M.E. Mayer consideraba que, en el marco de la *teoría de la antijuricidad*, los delitos de peligro concreto “requieren de un tratamiento especialmente cuidadoso, pues el límite entre la puesta en peligro permitida y la prohibida se presenta menos nítido que el límite entre la lesión permitida y la prohibida. Pero, en tanto que se consideren como *acciones típicas*, las puestas en peligro no presentan ninguna peculiaridad. Porque no cabe duda de que la puesta en peligro de un objeto o un interés puede incluirse entre las características de un *resultado*, sin que importe para nada si el legislador ha utilizado el concepto de peligro (por ejemplo, los §§ 312 a 318 StGB⁶⁶⁶ y numerosas

⁶⁶⁴ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 127-130, e *infra* en el texto.

⁶⁶⁵ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 127-130.

⁶⁶⁶ En estos párrafos, el Código penal alemán se refería expresamente al “peligro común [*gemeiner Gefahr*] para la vida humana” (§ 312, que, además, preveía la agravación de la pena si se causaba la muerte), al “peligro común para la propiedad” (§

infracciones) u otra expresión que lo describa (por ejemplo, materiales “apropiados (*geeignet*) para afectar a la salud”, que aparece en el § 229). Sólo si el concepto de peligro fuera problemático deberían hacerse aclaraciones especiales. Estas se proporcionan a menudo, pero responden por completo al hecho de que en la cuestión sobre el concepto de peligro se incluye la relativa a su antijuricidad y, por lo tanto, en la sencilla constatación de que el peligro es la posibilidad de lesión, se incluye la difícil determinación de qué posibilidad de lesión sobrepasa la medida de lo permitido”⁶⁶⁷.

Los delitos que –según M.E. Mayer– presentan una particularidad en relación con el *significado* del tipo son los denominados delitos de peligro abstracto o general, que él también denomina “delitos con resultado que debe entenderse como presunción” (*Delikte mit präsumtiv zu deutende Erfolgen*). En estos casos, si bien la razón de la conminación penal radica en la peligrosidad de la acción, la *puesta en peligro* no es un elemento del

313), al “peligro común para la vida o la libertad” (§ 314, que, además, preveía la posibilidad de agravar la pena si se causaba la muerte), al hecho de que con la acción “se hubiera puesto en peligro el transporte” (§ 315, que, además, preveía penas agravadas en el caso de que se causaran lesiones o la muerte), al hecho de que con la acción “se hubiera puesto en peligro el transporte en una vía ferroviaria” o “hubieran puesto en peligro un transporte” (§ 316, que, además, preveía penas agravadas en el caso de que se causara la muerte de un hombre), al hecho de con la acción se “hubiera impedido o puesto en peligro el funcionamiento de una estación de telégrafos que sirviera a fines públicos” (§§ 317 y 318).

⁶⁶⁷ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 128 (cursivas añadidas). *Vid.* también *op. cit.*, p. 128, nota 20, donde este autor señala expresamente que el peligro normal (v. gr. el funcionamiento de determinadas empresas) es también peligro, incluso en el sentido del Derecho penal, lo que ocurre es que no es antijurídico, y sólo la puesta en peligro antijurídica es punible.

tipo⁶⁶⁸. “El legislador ha querido proteger un bien jurídico de su puesta en peligro, pero no ha obligado al juez a comprobar en cada caso si el *objeto* estaba en peligro, sino que, en lugar de esto, ha descrito una acción que normalmente es peligrosa pero debe castigarse sin excepción, incluso en los casos en los que no *era peligrosa*”⁶⁶⁹. El peligro sólo sería algo que se presume por parte del legislador. Se trata de delitos que, en relación con el tipo, contienen la lesión de un objeto del hecho (v. gr. en el caso del incendio⁶⁷⁰, o del aborto con peligro para la embarazada) o un resultado

⁶⁶⁸ Este y otros similares son juegos de palabras que creo que nunca conseguiré entender y que ponen de relieve la concepción excesivamente procesalista, formal y positivista que subyace en el planteamiento de la mayoría de autores que, como M.E. Mayer, se limitan a interpretar desde un punto de vista valorativo el contenido literal de los tipos penales, incorporando consideraciones teleológicas cuando aquél ofrece un amplio margen para ello. En efecto, y volviendo a la concepción de M.E. Mayer: si la peligrosidad de la acción es la razón de la conminación penal, la acción típica debe entenderse como acción peligrosa y, por lo tanto, la peligrosidad de la acción debe entenderse como elemento del tipo. Lo que puede entenderse que no pertenece al tipo del delito consumado es la existencia real del objeto de la acción (v. gr. un peatón) o el soporte físico del bien jurídico, o un resultado de peligro desvinculado de la acción. Naturalmente, todo esto depende también de cómo se configure y conciba el bien jurídico, y especialmente del grado de espiritualización que se le otorgue; piénsese, por ejemplo, en el delito de tenencia ilícita de armas o explosivos: el bien jurídico es el control administrativo de los mismos. La ambigüedad de la opinión de M.E. Mayer se pone también de manifiesto cuando considera que el duelo es un delito de peligro *abstracto*.

⁶⁶⁹ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 129 (cursiva añadida).

⁶⁷⁰ El tipo de este delito consiste en quemar alguna de las cosas que la ley menciona en los §§ 306 y 308. Por lo tanto, el resultado es siempre la destrucción de cosas. Pero no se trata de una variedad del delito de daños. Lo que ocurre es que la lesión del objeto del hecho debe entenderse presumiéndola como “peligro común para la vida humana o la propiedad”, lo que –según M.E. Mayer– se desprende de la rúbrica en la que está situado este delito (“crímenes y delitos de peligro general”), de la gravedad de la

intransitivo (v. gr. en el caso de las loterías y juegos ilegales⁶⁷¹) y, en relación con el motivo de su previsión legal, contienen la puesta en peligro de un objeto de protección⁶⁷². Si M.E. Mayer prefiere la denominación de delitos con resultado que debe entenderse como presunción es precisamente porque considera que “el resultado posee un significado que va más allá del suceso realmente acaecido y que se basa en la presunción de peligro”⁶⁷³. Es fácil advertir aquí la relación que aquel autor establecía entre el contenido de los tipos legales y aquellos elementos del hecho descrito en la ley penal que deben quedar probados en el proceso penal, de tal manera que la decisión sobre su concurrencia no esté sometida a la valoración que el Juez realiza del hecho, atendiendo al sentido y la función garantista de la proposición legal que aplica y su relación con el conjunto del Ordenamiento jurídico.

conminación penal, y del hecho de que el incendio de cosas propias puede ser punible. Sobre esta cuestión, *vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 129-130.

⁶⁷¹ En este sentido, M.E. Mayer destaca (*A.T.*, cit., p. 130) que, según la opinión dominante, la organización de loterías y juegos públicos prevista en el § 286 es punible porque comporta la puesta en peligro de intereses patrimoniales; pero *en el tipo no se dice nada de esto* y, puesto que *no se menciona la lesión o puesta en peligro de algún objeto*, aquello a lo que se vincula la pena es un resultado intransitivo, un resultado intransitivo que se presume como peligroso para el patrimonio.

⁶⁷² En relación con la concepción de Beling, M.E. Mayer señala (*A.T.*, cit., p. 129, nota 21) que la afirmación de que se trata de tipos sin peligro ni lesión sólo es correcta respecto de los tipos con resultado intransitivo y de los tipos sin resultado. Pero no es válida con carácter general, porque existen delitos de peligro general en los que es necesaria *la lesión de un objeto del hecho*, como ocurre en los casos mencionados en el texto.

⁶⁷³ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 129.

16. También conviene exponer aquí, aunque sea de forma muy resumida, la concepción de M.E. Mayer sobre la cuestión de la relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y el resultado⁶⁷⁴. Esto lo considero oportuno por dos razones: porque es aquí donde este autor aborda algunos de los problemas que hoy se admite mayoritariamente que afectan a la teoría del tipo, y porque aquí vuelve a ponerse de manifiesto la tensión metodológica entre una concepción meramente causalista de los tipos y otra valorativa, así como las dificultades con las que algunos autores toparon –o creyeron topar– y las contradicciones en las que incurrieron –aunque se resistieran a reconocerlo– al intentar articular sistemáticamente la superación de la primera.

Después de referirse a la diversidad de respuestas que se han dado y pueden darse a la cuestión de cuáles son los presupuestos necesarios para considerar a una manifestación de voluntad como causa del resultado, esto es, al vínculo que debe existir entre la conducta y el resultado para afirmar que aquélla es causa de éste, M.E. Mayer considera que en lugar de plantear la cuestión de la causalidad, lo que debe plantearse es la relevancia jurídica del vínculo causal: si cualquier vínculo causal es penalmente relevante, o sólo lo es aquel que esté configurado de una determinada manera. Aunque luego lo matiza, en un primer momento él se inclina por la primera de las opciones: “para el Derecho penal es relevante cualquier vínculo causal. De este modo se respaldan los resultados de la jurisprudencia del *Reichsgericht* [toda condición es causa], pero se niega la necesidad de una teoría de la causalidad. Si el suceso realmente acaecido está aclarado, la comprobación del vínculo causal no encierra ningún

⁶⁷⁴ Vid. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 135 y ss. Respecto de los delitos cualificados por el resultado, *vid.* también *op. cit.*, pp. 120-122; cfr. asimismo *op. cit.*, pp. 385, 394-395.

problema, nada que necesite ser aclarado mediante una teoría”⁶⁷⁵. Además, M.E. Mayer señala que no cabe dudar que este planteamiento es compatible con el Derecho penal vigente, pues “en ningún lugar indica la ley que sólo el vínculo causal caracterizado de una determinada manera deba ser tomado en consideración; no obstante, lo que todavía debe analizarse es su alcance, su trascendencia”⁶⁷⁶. En este sentido, aquel autor señala a continuación que “las consecuencias de este principio deben asustar a quien olvida el escaso significado que corresponde a la comprobación del vínculo causal; a través de él se designa a un resultado típico como producto de una manifestación de voluntad, pero en modo alguno se afirma la punibilidad. Todavía debe examinarse la antijuricidad del hecho y la responsabilidad (*Verantwortlichkeit*) del autor. La importancia que corresponde a todo vínculo causal consiste única y exclusivamente en permitir al juez dirigir su atención a aquéllos presupuestos de la pena lógicamente posteriores. No hay razón para asustarse por el hecho de que la creación del asesino esté vinculada causalmente al asesinato, pero esta comprobación es un divertimiento superfluo, puesto que no pensamos en buscar algo antijurídico o culpable en esta manifestación de voluntad de los padres. Y se corresponde por completo con nuestra concepción negadora del problema de la causalidad el que en todos los casos en los que surge la duda, las consideraciones decisivas se obtienen sólo de la teoría de la culpabilidad

⁶⁷⁵ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 140. Según este autor, como ha señalado Kollmann, la teoría general de la condición es jurídico-penalmente valiosa precisamente porque no es una teoría de la causalidad y, sin embargo, proporciona el criterio adecuado para establecer si una conducta ha hecho necesario un resultado; la teoría de la condición protege a la cuestión de la causalidad frente a consideraciones teóricas sobre ella que no pertenecen a la misma.

⁶⁷⁶ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 141.

[...]. Si, como ocurre a veces, se llama imputación objetiva a la constatación del vínculo causal, e imputación subjetiva a la constatación de la responsabilidad (*Verantwortlichkeit*), esta última es el correctivo de la primera, o sea que excluye las consecuencias que derivan de la extensión excesiva de la imputación objetiva”⁶⁷⁷.

En relación con las consecuencias a las que conduce esta concepción de la causalidad en el ámbito de los delitos cualificados por el resultado – responsabilidad por el resultado más grave con la mera constatación del vínculo causal entre éste y el resultado menos grave–, pese a reconocer que son injustas, M.E. Mayer afirma que la razón de ello “no debe buscarse en el hecho de que tenga que tomarse en consideración todo vínculo causal, sino que radica en la propia ley”⁶⁷⁸, “esta insatisfactoria situación sólo puede superarse si la ley hace depender la responsabilidad por el resultado

⁶⁷⁷ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 141-142. Este autor señala que estos correctivos de la causalidad no pueden extenderse por completo al Derecho privado, pues la responsabilidad (*Haftung*) debe alcanzar también a determinados casos de causación no culpable. Por esta razón, es comprensible que en el Derecho privado se defiendan a menudo teorías generalizadoras que conducen a limitar vínculos causales configurados de una determinada manera. M.E. Mayer señala también que coincide con M.L. Müller en que la limitación de la responsabilidad (*Haftung*) ni puede ni debe extraerse del curso causal, sino de la infracción de la norma de Derecho (*Rechtsnormwidrigkeit*).

En relación con la omisión, M.E. Mayer considera (*op. cit.*, pp. 149-152) que también ésta puede considerarse como condición y, por lo tanto, causa de un resultado. Pero de nuevo destaca aquel autor que “con la comprobación del vínculo causal se obtiene un exiguo resultado. Las consideraciones jurídicas decisivas surgen después de la afirmación de la relación de causalidad y pertenecen a las teorías de la antijuricidad y de la culpabilidad. Y lo que puede aparecer especialmente problemático respecto de las omisiones impropias es el ámbito, la extensión en la que son antijurídicas. Mezclar esta cuestión con la cuestión de la causalidad es un pecado metodológico de los más graves”.

⁶⁷⁸ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 142.

más grave de su producción imprudente [...] [C]on la responsabilidad por el resultado (*Erfolgshaftung*) desaparecería del Derecho penal la tendencia existente todavía hoy a establecer una teoría de la causalidad”⁶⁷⁹⁻⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 143. Según este autor, es erróneo querer limitar la responsabilidad por el resultado mediante la no consideración de determinados vínculos causales, pues “estos intentos son un mero debilitamiento o mitigación de la idea de que sólo deben imputarse resultados previsibles y, por lo tanto, no alcanzan aquel fin ni tan a menudo, ni de modo tan seguro como con la opinión más radical y defendida por algunos de que sólo debe responderse por el resultado cualificado cuando se ha causado imprudentemente. Esta es la opinión que debe seguirse si se cree que está permitido corregir la ley para llegar a decisiones justas. Especialmente porque la escasa capacidad de rendimiento de las teorías de la causalidad no puede compensarse mediante una más sencilla compatibilidad con ley; en la misma medida que los presupuestos de la imprudencia, se trata de mejoras (*Verbesserungen*) del Derecho vigente, puesto que para admitir que este o aquel vínculo causal es penalmente irrelevante no existe un punto de apoyo en ningún sitio”.

La "profecía" que contiene la última afirmación que recogemos en el texto parece haberse cumplido, pero no con la desaparición de la responsabilidad por el resultado, sino con la superación de una concepción meramente causal del tipo y, en particular, con la introducción y aceptación generalizada de la teoría de la imputación objetiva, o sea, "a costa de" reordenar los elementos de la teoría general del delito y trasladar al tipo penal consideraciones que anteriormente se vinculaban a la antijuricidad y a las peculiaridades que, respecto de la culpabilidad, presentaba el delito imprudente.

⁶⁸⁰ Al hacer referencia a la versión de la teoría de la causalidad adecuada que parte de la posición del autor y pregunta si, sobre la base de aquellas circunstancias que el autor podía conocer en el momento de realizar el hecho, podía esperarse la producción del resultado, M.E. Mayer señala (*A.T.*, cit., p. 147) que esta variante de la teoría de la causalidad adecuada agrupa conjuntamente la causación adecuada y la imprudente. En relación con la versión de la teoría de la causalidad adecuada que parte del pronóstico del hombre diligente colocado *ex ante*, M.E. Mayer considera (*op. cit.*, p. 148) que el problema radica en explicar cómo se incorporan al pronóstico del hombre diligente aquellas circunstancias que el autor conoce, pero el espectador diligente no puede advertir. Con carácter general, aquel autor afirma (*op. cit.*, pp. 148-149) que “las teorías [de la causalidad] abandonan el ámbito del Derecho vigente, pues éste requiere simplemente la causación, y no una configurada de una determinada manera. Sus defensores no pueden alegar que la ley emplea el concepto de causación en el sentido en

En principio, también en los supuestos en los que las manifestaciones de voluntad de diversos sujetos son condición del resultado, debe partirse – según M.E. Mayer– de que es relevante todo vínculo causal⁶⁸¹. Aunque tampoco en estos supuestos se decide con la comprobación del vínculo causal la cuestión de si debe castigarse a los diversos sujetos, ni la relativa a cómo deben castigarse. Respecto de los supuestos en los que la manifestación de voluntad del autor está vinculada con una conducta del lesionado de carácter condicionante, M. E. Mayer señala que es incorrecto apreciar una compensación de culpas y entender que el carácter imprudente de la conducta del lesionado descarga de responsabilidad al autor (v. gr. cuando aquél incumple las instrucciones que le ha dado el médico para sanar la herida). En segundo lugar, señala que, en los casos en los que son condición del resultado las manifestaciones de voluntad de diversos sujetos, deberá tenerse en cuenta que las diversas manifestaciones de voluntad pueden estar vinculadas de tal modo que exista una relación de participación entre los causantes; en estos casos el castigo de cada uno se determina en función de lo que establecen los §§ 47 a 50 StGB. En tercer lugar, M.E. Mayer señala que puede ocurrir que a la preparación (*dolosa* o imprudente) de un resultado se incorpore la producción *imprudente* del

que éste se usa normalmente en lenguaje hablado (*im Sinne des Sprachgebrauchs*) y sus teorías hacen lo mismo [...]. Las teorías de la causalidad sólo son tal cosa aparentemente, pues en realidad delimitan la responsabilidad (*Verantwortlichkeit*), al considerar como causa sólo la causación que procede de una *culpa levissima*; de este modo, contra su propia voluntad, reconocen que las consideraciones decisivas para la imposición de una pena pertenecen a la teoría de la culpabilidad. Estas teorías tienen la ventaja de llevar a decisiones justas en los casos en los que el resultado produce un efecto cualificante y, en relación con esto, son tanto más eficaces cuanto más decididamente transforman *contra legem* la mera causación en causación imprudente”.

⁶⁸¹ Vid. M.E. Mayer, A.T., cit., pp. 152 y ss.

mismo por parte de un sujeto distinto del primero y de la víctima; partiendo del vínculo causal entre la primera conducta y el resultado, M.E. Mayer consideraba que lo decisivo aquí es el análisis de si esta primera conducta ha producido el resultado imprudentemente⁶⁸². Sólo en un determinado grupo de casos considera aquel autor que es necesario apartarse del principio general según el cual es relevante todo vínculo causal y esta cuestión debe distinguirse de la ulterior comprobación de la responsabilidad de quien ha interpuesto una condición del resultado. Se trata los supuestos en los que el vínculo entre las diversas manifestaciones de voluntad consiste en que, a una primera conducta preparatoria (dolosa o imprudente), le sigue una segunda conducta *dolosa* que produce el resultado, pero sin que entre ambas exista una relación de participación, y sin que ambas conductas sean conductas de participación en el hecho de un tercero. Para ejemplificar este grupo de casos M.E. Mayer menciona el siguiente supuesto: el ladrón A coloca una escalera en una casa para subirse a ella; oye pasos y huye, pero con las prisas no se lleva la escalera; pasado un tiempo, B pasa por allí y sube por la escalera hasta la casa, llenándose los bolsillos. Aquel autor entiende que la regla que rige aquí es la siguiente: “Cuando (sin que exista una relación de participación) la actividad sucesiva de dos personas está causalmente vinculada al resultado típico, el resultado

⁶⁸² M.E. Mayer pone los siguientes ejemplos: 1) Un caballero A deja su abrigo en el guardarropa del teatro y, con él, la pistola que guardaba en el bolsillo; durante la representación, el encargado del guardarropa coge la pistola, juega con ella y dispara a alguien. 2) Creyendo que está descargada, el caballero B entrega su pistola a un criado para que la limpie; éste ejecuta de modo poco cuidadoso el encargo y dispara a la cocinera. Según aquel autor, en ambos casos existe relación de causalidad entre la conducta inicial y el resultado, pero sólo el caballero B ha actuado imprudentemente, pues A no podía contar con la propia actuación del vigilante, mientras que a B le exigimos que, antes de realizar el encargo, tenga la certeza de haber prevenido cualquier peligro. *Vid.* M.E. Mayer, *A.T.*, cit., pp. 152-153 y 385.

no puede considerarse como producto de la primera si la segunda actividad debe imputarse dolosamente a su causante. Con otras palabras: es irrelevante el vínculo causal entre la primera actividad y el resultado; la consideración que correspondería en principio a su aportación causal queda consumida por la actividad dolosa posterior”⁶⁸³. Según M.E. Mayer, “esta consunción se explica por el hecho de que *el apoyo a una acción punible dolosa sólo debe agruparse en un hecho con el resultado final cuando constituye participación*; cuando no es tal cosa, rige el principio *in iure non remota, sed proxima causa spectatur*. Por lo demás, esta regla queda confirmada por la aplastante corrección de las decisiones que resultan de ella; es evidente que (en el último ejemplo) A ha proporcionado una condición, pero no ha robado”⁶⁸⁴. Aquel autor rechaza que aquí pueda hablarse de una interrupción del nexo causal, pero considera que no resulta seguro ni honesto fundamentar la absolución en la ausencia de culpabilidad, de imputación subjetiva. Esto sería “inseguro porque el juez, tan pronto como hubiera considerado el resultado como producto de la primera actividad, a menudo no podría negarse a admitir imprudencia; deshonesto porque lo que queremos expresar es que “Quien lo ha hecho no ha sido él, sino otro, precisamente el segundo [...] [S]i la absolución se fundamenta en la falta de imprudencia se ocultaría la verdadera razón”⁶⁸⁵.

⁶⁸³ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 154.

⁶⁸⁴ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 154 (la primera cursiva ha sido añadida).

⁶⁸⁵ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 155. Este autor señala que es incorrecto entender que el hecho principal interrumpe el vínculo causal entre la conducta previa del inductor o el cómplice y el resultado típico, pues lo que hace es servir de vínculo; no interrumpe, sino que hace posible el vínculo causal. M.E. Mayer también critica la opinión de aquellos que consideran que se interrumpe la relación causal en supuestos en los que tal relación no existe, v. gr. en el caso en el que alguien coloca material inflamable en una casa, pero, antes de que el fuego haya empezado, cae un rayo e incendia la casa.

17. Todo lo dicho anteriormente y su relación con las teorías de la tentativa y de la participación, nos lleva a considerar que lo más oportuno en este momento es ocuparnos de estos aspectos de la teoría general del delito que M.E. Mayer ubica en el apartado de su Tratado dedicado a las “causas de extensión de la pena”. Dejamos para más adelante la referencia al último de los aspectos de la teoría general del delito que aquel autor enmarca en el seno de la teoría del tipo: la delimitación de los supuestos de unidad y pluralidad de delitos concretos, esto es, la determinación del número de delitos que un sujeto ha realizado. Con la referencia a esta última cuestión tendremos una visión global del alcance que M.E. Mayer otorga a la teoría del tipo, y de los elementos de la acción y las referencias valorativas a los que aquí otorga relevancia.

18. Con carácter general, M.E. Mayer define las causas de extensión de la pena como “circunstancias que fundamentan la *tipicidad* de una conducta mediante la atribución, a los elementos de los delitos concretos, de una validez que va más allá de su ámbito conceptual. El concepto de delito plasmado en la parte especial (o en una ley especial) se ve ampliado al colocarse bajo pena, dentro de un determinado contorno, zonas limítrofes al mismo”⁶⁸⁶. La existencia de conminaciones penales distintas para el delito

⁶⁸⁶ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 341. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 374-375. Este autor rechaza la consideración habitual de la tentativa y la participación como formas de aparición del delito, por entender que de este modo no se dice nada que sea característico, pues cualquier grupo de delitos delimitado con carácter general, como por ejemplo, los delitos de peligro, los imprudentes, los de varios actos, etc... constituyen formas especiales de aparición. Sólo en el sistema de Binding y Finger se sitúa correctamente la tentativa en un apartado dedicado a la parte fáctica del delito (*die Tatseite des Verbrechens*), pero se concibe incorrectamente la teoría de la participación como teoría de las formas del sujeto delictivo. Y esto es incorrecto porque lo que el

previsto en la parte especial y para las causas de extensión de la pena indica, además, diferencias entre ambas conductas en lo relativo a la culpabilidad, entendida en sentido amplio. Así, aquel autor afirma que “desde el punto de vista lógico, la realización completa de un tipo legal por el autor representa el caso normal; la realización intentada y la contribución conjunta de diversas personas son desviaciones del caso normal, que deben encontrar su propia valoración”⁶⁸⁷.

En lo que a la delimitación de la tentativa punible se refiere, M.E. Mayer distingue entre los presupuestos que afectan a la tipicidad, los que se refieren a la antijuricidad y los que se refieren a la culpabilidad⁶⁸⁸. Sin embargo, lo primero que hace es ocuparse de uno de los que –según él– afectan a la culpabilidad: el dolo de consumir el delito, que identifica con la referencia legal del § 43 StGB a “la resolución de realizar un crimen o un delito”⁶⁸⁹. Y afirma, a continuación, que “en la tentativa es característico el fracaso de la realización del dolo”⁶⁹⁰, de modo que no es la parte subjetiva del hecho lo que se ve afectado por aquella causa de extensión de la pena, sino que lo esencial y particular en ella pertenece al mundo exterior y al

concepto de participación agrupa son *conductas* especialmente configuradas, y no un círculo característico de personas; en este sentido, M.E. Mayer afirma que lo que se amplía no es el círculo de personas, sino “el círculo de acciones punibles”.

⁶⁸⁷ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 342.

⁶⁸⁸ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 342 y ss.

⁶⁸⁹ En cambio, otros autores neokantianos consideraron necesario admitir que en la tentativa la resolución de consumir el hecho era un elemento subjetivo del injusto.

⁶⁹⁰ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 343.

mundo del Derecho: a la manifestación de voluntad, al resultado, y a la antijuricidad.

Partiendo de que “la tentativa se encuentra en el camino hacia la consumación”⁶⁹¹, la cuestión radica en determinar hasta qué punto debe aproximarse a ella. De acuerdo con lo establecido en el § 43, para que exista una tentativa la realización de la resolución delictiva debe llegar a representar el inicio de la ejecución de un crimen o delito. Este punto final de la tentativa debe considerarse como el resultado de la misma⁶⁹². La referencia legal al inicio de la ejecución supone, también, la concreción conceptual que el legislador ha dado a la idea de “colocar bajo pena sólo la tentativa peligrosa”. Esta idea queda, así, “detrás de la ley”, de modo que la tentativa es un delito con un resultado que debe interpretarse mediante presunciones, o sea, un delito de peligro abstracto. “Colocar bajo pena sólo a la tentativa *peligrosa*, esta es la idea fundamental, pero también el problema de esta materia –dice M.E. Mayer–; un problema porque la decisión sobre si un bien jurídico se ha puesto en peligro no puede colocarse sobre una base unívoca ni por parte del legislador ni por parte del juez y, en particular, se plantea la contraposición entre una concepción subjetivizante del concepto de peligro y otra objetivizante [...]. Por lo tanto, la idea de limitar la pena a la tentativa peligrosa debe permanecer *detrás* de la ley y plasmarse *en ésta* con determinados conceptos. Esta labor la resuelve el Código penal en el § 43 mediante la asignación de pena a las acciones que contienen el inicio de la ejecución de un crimen o un delito. Así se establece el resultado propio de la tentativa y se indica la razón de la punibilidad: debe castigarse porque en el inicio de la ejecución se encuentra

⁶⁹¹ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 344.

⁶⁹² *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 344 y ss.

una puesta en peligro del bien jurídico; la tentativa es, por lo tanto, un delito con resultado que debe interpretarse a través de presunciones (un delito de peligro abstracto). Con esto, al mismo tiempo ha quedado establecida la frontera de la causa de extensión de la pena: *debe castigarse cuando, en lugar de la consumación, se produce el resultado de la tentativa*, pero la pena no se extiende a los casos en los que falta a la acción una referencia típica, especialmente una modalidad. Por lo tanto, no se amplía el círculo de los sujetos o el de los objetos [...] y tampoco los límites temporales y espaciales quedan anulados por el § 43 cuando se determinan modalmente”⁶⁹³.

Tratando, así, de aferrarse al tenor literal del § 43, y considerando que la explicación sobre la esencia del resultado de la tentativa es una *labor interpretativa de un tipo legal*, M.E. Mayer rechaza expresamente lo que considera dos errores metodológicos muy extendidos en la jurisprudencia y en la doctrina: en primer lugar, es incorrecto partir de la pregunta sobre qué tentativa debe considerarse peligrosa, pues entonces se ignora la eficacia de la ley, que precisamente ha querido ahorrársela a los jueces; en segundo lugar, la admisión de que una acción contiene el inicio de la ejecución

⁶⁹³ M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 344-345 (cursivas en el original). De acuerdo con lo dicho en el texto, aquel autor afirma que también la tentativa de un delito de funcionarios presupone un funcionario, que permanece impune quien sustrae a sus padres una persona mayor de edad con fines inmorales (§ 235), y que respecto del § 243 núm. 7 no puede sustituirse el día por la noche, ni un edificio habitado por uno deshabitado. Asimismo, respecto del § 307 núm. 3 StGB el hecho de alejar el extintor no puede considerarse como tentativa cuando falta el incendio, pues la acción que puede quedar en tentativa es la de incendiar. En este sentido, M.E. Mayer critica la opinión del *Reichsgericht* y de algunos autores que pretenden equiparar todos los elementos del tipo y, apoyándose en su equivalencia respecto de la teoría del error sobre la concurrencia de alguno de ellos, consideran indiferente, también respecto del § 43, cuál es el elemento del tipo que falta.

nunca puede fundamentarse señalando que su autor tenía o ha demostrado mala voluntad, pues “los presupuestos subjetivos de la pena están más bien *junto* con los objetivos, *de forma independiente*; cuando éstos se explican a través de aquéllos el resultado de la tentativa queda desplazado y la ley pasa a ser considerada como si no exigiera el inicio de la ejecución”⁶⁹⁴.

En la interpretación de lo que debe entenderse como inicio de la ejecución, M.E. Mayer parte de que éste viene caracterizado a través de tres contraposiciones, de tres conceptos opuestos (*Gegensätze*): la distinción entre el final y el inicio de la ejecución, entre ésta y los actos preparatorios y, por último, la distinción entre el inicio de la ejecución *de la resolución delictiva* y la *del delito*⁶⁹⁵. Aquel autor afirma que “una definición global ofrece sólo un pequeño apoyo, pues en cada relación adquieren relevancia otros elementos. De todos modos, no debe faltar: un inicio de la ejecución (en el sentido del § 43) es todo suceso mediante el cual se expone un bien jurídico a un ataque sin éxito”⁶⁹⁶. Pronto veremos que, efectivamente,

⁶⁹⁴ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 346 (cursiva añadida). De forma casi grotesca, pero muy significativa, este autor señala (*op. cit.*, p. 346, nota 9) que también en la redacción literal del § 43 se distinguen y son independientes los presupuestos objetivos y los subjetivos de la pena, pues se hace referencia a la resolución de cometer un crimen o delito, por una parte, y a las acciones que contienen un principio de ejecución de aquel crimen o delito, por otra.

⁶⁹⁵ *Vid.* M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 346 y ss. En relación con la delimitación entre los actos preparatorios y el inicio de la ejecución, este autor vuelve a insistir en la crítica a la utilización de criterios subjetivos basados en la manifestación de la intención de realizar un delito. En este sentido, señala (*op. cit.*, pp. 350-351) que estos criterios diluyen el tipo objetivo de la tentativa, suponen la utilización como presupuestos de la pena de circunstancias procesalmente relevantes para la prueba del *dolus malus*, y lesionan de forma grosera el Derecho positivo.

⁶⁹⁶ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 347 (cursiva añadida).

M.E. Mayer se aparta de esta definición inicial al ir desarrollando su concepción sobre el ámbito del tipo legal de la tentativa atendiendo a las tres contraposiciones que acabo de mencionar. Pero antes conviene señalar que, partiendo de la contraposición entre el inicio y el final de la ejecución, este autor entendía que la existencia de una tentativa está conceptualmente excluida respecto de los que –partiendo de una evidente concepción causal de los tipos penales– él consideraba que eran delitos sin resultado (los delitos propios de omisión); puesto que este grupo de delitos consistirían exclusivamente en una inactividad querida (*gewollten Untätigkeit*), aquí sería impensable un inicio de la ejecución. Lo que pudiera considerarse como tal constituiría ya el final de la ejecución⁶⁹⁷. En segundo lugar, conviene señalar que la contraposición entre el inicio y el final de la ejecución también le llevaba a excluir automáticamente el análisis sobre la concurrencia de una tentativa en todos los supuestos en los que se produce el suceso típico descrito en la parte especial⁶⁹⁸, algo que –de acuerdo con lo dicho anteriormente– cuando el tipo sólo hace referencia a la producción del resultado sucederá siempre que éste se produzca y la manifestación de voluntad del sujeto esté vinculada causalmente con su producción. El ámbito de la tentativa y, por lo tanto, el ámbito en el que resulta relevante la delimitación entre los actos preparatorios y el inicio de la ejecución queda, así, reducido a aquel grupo de supuestos en los que no se ha producido el resultado típico del delito consumado. Mejor dicho: salvo en los casos en los que su producción pueda descartarse por completo, mientras no se haya producido el resultado típico del delito consumado aquella delimitación podría quedar condicionada a la no producción de éste –¡con la producción

⁶⁹⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 348.

⁶⁹⁸ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 347-348.

del resultado estaríamos ante el tipo del delito consumado!—, o a la consideración de que no es relevante el vínculo causal entre la primera manifestación de voluntad y el resultado, debido a la posterior interposición de una conducta *dolosa* vinculada causalmente con él⁶⁹⁹.

En relación con aquella delimitación, M.E. Mayer rechaza la utilización de un criterio subjetivo. La delimitación entre los actos preparatorios y el inicio de la ejecución debe realizarse con arreglo a un criterio objetivo desvinculado del aspecto causal de la conducta⁷⁰⁰. El principal punto de apoyo lo ofrece la descripción legal del hecho típico, especialmente cuando exige una determinada forma de comisión, o se trata de delitos de varios actos. En cambio, ante las dificultades que surgen cuando la ley sólo describe un resultado M.E. Mayer señala la necesidad de reconducir a un

⁶⁹⁹ Si bien es cierto que M.E. Mayer había señalado que, en el caso de que intervengan varios sujetos en la producción del resultado típico del delito consumado, la tipicidad de su conducta *podrá* venir determinada por los criterios propios de la teoría de la participación establecidos en los §§ 48 y 49 StGB, es igualmente cierto que este autor admitía la posibilidad de considerar autor de un delito imprudente a quien realiza actos preparatorios respecto de la conducta posterior de carácter imprudente de un tercero.

⁷⁰⁰ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 349 y ss. Este autor señala (*op. cit.*, p. 350, nota 19) que, pese a que a menudo se afirma lo contrario, el *Reichsgericht* no delimita los actos preparatorios de la tentativa con arreglo a la teoría subjetiva, esto es, no considera como acción ejecutiva aquella que rebela de forma unívoca la intención de cometer un delito. Por el contrario, según M.E. Mayer, respecto de la delimitación entre actos preparatorios e inicio de la ejecución el *Reichsgericht* siempre habría defendido un criterio objetivo. Donde habría defendido un criterio subjetivo es en la teoría de la tentativa inidónea. Sin embargo, a pesar de que ahora es M.E. Mayer el que afirma lo contrario (*op. cit.*, pp. 350, nota 19 y 355, nota 33), lo cierto es que la jurisprudencia alemana no se contentaba aquí con la *mera* manifestación de la resolución de cometer un delito, sino que, como él mismo señala, en relación con la tentativa de aborto —que era el caso más importante— lo que se castigaba era una persona *supuestamente* embarazada que quería destruir el *supuesto* fruto de la concepción con medios *supuestamente* idóneos.

criterio material el criterio formal de la remisión al contenido de los tipos legales. Así, debe entenderse que “*son acciones ejecutivas aquellas que atacan al bien jurídico; la primera acción de ataque (Angriffshandlung) es el inicio de la ejecución. Las acciones preparatorias no contienen ningún ataque y, por lo tanto, dejan intacto el estado pacífico del bien jurídico [...]. La razón interna de esta diferencia radica, sin que ello pueda desconocerse, en que el bien jurídico sólo se ve hostigado por el hecho cuando ha empezado el ataque; con anterioridad no tiene otro enemigo que el sentido malicioso del autor*”⁷⁰¹. El problema de este criterio radica en su compatibilidad con la consideración de la tentativa como un delito de peligro abstracto que M.E. Mayer había hecho anteriormente, pues esta caracterización supone afirmar que el tipo objetivo de la tentativa –el inicio de la ejecución– no requiere el resultado de puesta en peligro del bien jurídico que ahora se exige. ¿Es posible afirmar que la acción que ataca al bien jurídico y modifica su estado pacífico no constituye, sin embargo, por lo menos la puesta en peligro del bien jurídico?; o, si se prefiere, ¿es posible afirmar que ataca al bien jurídico y modifica su estado pacífico una acción que no es necesario que lo ponga en peligro? ¿En qué quedamos? ¿Es necesaria la puesta en peligro del correspondiente bien jurídico para que exista una tentativa típica? Esta "ambigüedad" está relacionada con el problema de la identificación del bien jurídico que cada delito consumado lesiona o pone en peligro, con la indeterminación acerca de la relación entre los criterios formales y los criterios materiales vinculados a la

⁷⁰¹ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 352-353 (subrayados en el original). Este autor señala (*op. cit.*, p. 352, nota 29) que “[e]s indiferente si alguien se *siente* puesto en peligro; debe garantizarse el punto de vista objetivo”. Sin embargo, reconoce que “[s]e obtiene un punto de ayuda para la aplicación de la teoría si se planea la cuestión de si ya habría llegado el momento de la legítima defensa (§ 53)”.

consideración de la peligrosidad de la conducta, y con la problemática relativa a la delimitación de la tentativa inidónea punible.

Para resolver esta última cuestión aquel autor tampoco parte decididamente de la consideración de la función preventiva o garantística que él mismo había reconocido que corresponde a la proposición jurídico-penal. Por el contrario, se apoya en la distinción entre el inicio de la ejecución de la *resolución* delictiva y el inicio de la ejecución del *hecho* delictivo, que, en un primer momento, relaciona con la distinción entre la causalidad imposible y la posible⁷⁰². M.E. Mayer reconoce que la idoneidad de una acción no debe determinarse en función de la producción del resultado final (el delito consumado), pues entonces toda tentativa es inidónea y sólo el delito consumado podría referirse a una acción idónea. Según su opinión, lo que determina la inidoneidad de la tentativa es que el medio utilizado por el autor o el objeto atacado –en tanto que objeto del hecho, no en tanto que objeto de protección– excluya la consumación del delito⁷⁰³. Delimitada en estos términos, no cabría entender que toda

⁷⁰² *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 353 y ss. Para justificar la referencia a la distinción entre la causalidad imposible y la posible, este autor señala que (inconscientemente) las resoluciones delictivas pueden dirigirse a algo irrealizable (los casos más claros serían los de la tentativa supersticiosa), mientras que el inicio de la ejecución de un delito se sitúa en el ámbito de lo realizable. La crítica de M.E. Mayer a las teorías subjetivas de la tentativa inidónea (*vid. op. cit.*, pp. 355-356) se basa, precisamente, en que no respeta el Derecho vigente, ya que no puede considerarse típica una acción por el mero hecho de ser el inicio de la ejecución de la resolución delictiva.

⁷⁰³ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 354. Considerar que es el objeto del hecho y no el objeto de protección lo que, junto con los medios, determina la inidoneidad de una tentativa, provoca que –como Beling– este autor considerara que en los delitos con resultado intransitivo no pueda plantearse el problema de la tentativa por inidoneidad del objeto; sobre esta cuestión, *vid. op. cit.*, p. 358, nota 39.

tentativa es inidónea⁷⁰⁴. Para reconducir estos supuestos al requisito típico de la existencia del inicio de la ejecución del hecho delictivo y determinar con arreglo a un criterio objetivo cuáles lo satisfacen, M.E. Mayer se apoya en la distinción entre la inidoneidad conceptual y la inidoneidad concreta de los medios y el objeto⁷⁰⁵. Y considera que la causa de extensión de la pena prevista en el § 43 rige únicamente para la tentativa concretamente inidónea, puesto que sólo ésta sería subsumible en el correspondiente tipo legal, y se correspondería con la idea básica de la tentativa, que ahora afirma que consiste en “quedarse a medio camino” de la consumación, siendo la acción que realiza el tipo de la tentativa “sólo parcialmente

⁷⁰⁴ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 354, 357 y 360. Ya el primer ejemplo de tentativa *idónea* que cita este autor (el disparo que hubiera sido mortal si, en lugar de alcanzar el brazo hubiera alcanzado al corazón) es ambiguo en relación con esta cuestión. En efecto, en función de las circunstancias en las que se produjo el disparo cabría imaginar que *la consumación* estaba excluida y, por lo tanto, se trataba de una tentativa *inidónea*. Cabría incluso la posibilidad de que se tratara de una tentativa irreal de homicidio. Sin embargo, como veremos a continuación, partiendo de que un disparo es un medio conceptualmente idóneo para producir la muerte de un hombre vivo, M.E. Mayer no dudaría en considerar que en el caso del ejemplo mencionado se trata, por lo menos, de una tentativa inidónea típica y, por lo tanto punible, incluso en el caso de que cualquiera pudiera advertir que el disparo que el autor dirigía contra una persona viva no podía alcanzar una parte vital de su cuerpo.

Lo que sí advierte correctamente M.E. Mayer es que la *idoneidad* de un medio o de un objeto no puede negarse sin tomar en consideración todas las circunstancias en las que es utilizado o atacado, pues, por ejemplo, el azúcar puede matar a un diabético.

⁷⁰⁵ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 354 y ss. La inidoneidad concreta vendría determinada por la aplicación o configuración concretas de los medios o del objeto. Este sería, por ejemplo, el caso de quien inyecta una dosis demasiado pequeña de veneno, o el de quien inyecta una dosis suficiente de veneno a quien es inmune a la sustancia inyectada, pues aquí es la configuración del medio y del objeto la que excluye la eficacia de la conducta. En cambio, el disparo sobre un cadáver y el aborto en una mujer no embarazada serían supuestos de inidoneidad conceptual respecto del objeto.

inidónea y, por lo tanto, parcialmente idónea para producir el resultado final”. La tentativa conceptualmente inidónea no pasaría de ser una mera manifestación de la resolución delictiva que no puede entenderse subsumible en el tipo legal. Considerarla típica supondría –según M.E. Mayer– desconocer el Derecho vigente⁷⁰⁶.

⁷⁰⁶ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 356-357: “[...] [E]n relación con el máximo Tribunal no es posible dejar de reprocharle que desatiende el Derecho vigente. La jurisprudencia sólo estaría legitimada si una acción ya fuera típica por el hecho de contener el inicio de la ejecución de la *resolución*. [...]. El que la teoría subjetiva no tome en consideración este reproche que se le hace a menudo y enérgicamente, sólo puede explicarse en el hecho de que excluye al § 43 de la argumentación porque, en el momento de la redacción del StGB, la cuestión conflictiva habría sido dejada en manos de la ciencia. [...]. Que no se haya *querido* decidir la cuestión controvertida es indiferente, lo único determinante es si *ha* sido decidida. Pero cuando alguien deja de lado el uso de la ley, no se le puede objetar que en el § 43 se ha reconocido un criterio objetivo. El principio de la *teoría objetiva* establece: *la causa de extensión de la pena del § 43 rige para la tentativa concretamente inidónea, no rige también para la tentativa conceptualmente inidónea*, pues sólo en aquella –y no en ésta– está contenido el resultado típico, esto es, el inicio de la ejecución del hecho delictivo” (subrayados en el original).

En relación con las teorías intermedias como las que proponían v. Liszt (exigiendo una acción concretamente peligrosa, pero abandonando este punto de vista objetivo al determinar la peligrosidad desde la perspectiva del autor y, por lo tanto, con arreglo a su representación de la situación y a las circunstancias reconocibles de modo general), Kohler (que fundamentaba y delimitaba la punibilidad atendiendo a la idea de la peligrosidad del Ordenamiento jurídico, al peligro social determinado a partir de la eficacia causal de su conducta según el plan del autor), Finger, Graf zu Dohna (atendiendo a la distinción entre el error nomológico y el ontológico) o Frank, M.E. Mayer afirma (*op. cit.*, p. 362) “se defiende una debilitación del criterio objetivo que es digno de consideración *de lege ferenda*, pero que sólo es reconducible al Derecho vigente si, como hacen los defensores de estas teorías, se excluye la utilización del § 43”.

Al ocuparse de la distinción entre los medios conceptualmente inidóneos y los concretamente inidóneos, M.E. Mayer señala (*op. cit.*, pp. 359-360): “Estos medios [los medios concretamente inidóneos] se reconocen [...] especialmente porque como consecuencia de una de sus características excluyen la consumación y, en cambio,

En relación con la determinación de si una conducta es conceptualmente idónea (y, por lo tanto, podría realizar el tipo de la tentativa) o inidónea (y, por lo tanto, atípica), M.E. Mayer consideraba que esta cuestión no debe resolverse mediante un proceso de abstracción que prescindiera de alguna de las circunstancias en las que se realiza la conducta. Esto provocaría una “pérdida irremediable en la seguridad y la validez general” de la decisión, incluso en el caso de que se adoptara un punto de vista objetivo para realizar el proceso de abstracción y se rechazara la propuesta defendida por un sector de la doctrina de considerar la conducta con arreglo a la representación que el autor tenía de ella, de modo que dejaran de tomarse en consideración aquellas circunstancias cuya concurrencia el autor desconocía. Lo que debe hacerse es realizar un proceso de subsunción que no prescindiera de ninguna de las circunstancias en las que se realizó la conducta, y que contraste el supuesto de hecho concreto con el tipo legal. Partiendo de los límites conceptuales del tipo de la tentativa, éste debe contrastarse con la conducta concreta del autor, teniendo en cuenta todas las circunstancias en las que se realizó.

El problema de la propuesta de M.E. Mayer radica en los criterios que, partiendo de la distinción entre el objeto y los medios mencionados en el tipo legal del delito consumado, este autor propone para delimitar el tipo legal de la tentativa. Respecto del objeto del hecho, M.E. Mayer se limita a remitir a su descripción y delimitación legal en el tipo del delito consumado⁷⁰⁷. Y lo mismo hace respecto de los medios, precisando que en los casos en los que el tipo legal del delito consumado no delimite

atendiendo a otras la hacen posible; como corresponde a la esencia de la tentativa, se encuentran a medio camino; realizan el tipo de la tentativa porque sólo son parcialmente inidóneos para la producción del resultado final y, por lo tanto, parcialmente idóneos”.

⁷⁰⁷ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 358-359.

expresamente la forma de comisión, deberá entenderse que los medios abarcados por el tipo legal –y, por lo tanto, conceptualmente idóneos– son todos los apropiados para producir la consumación. Cualquiera de ellos, aunque resulte concretamente inidóneo para producir la consumación, es un medio conceptualmente idóneo para realizar el tipo de la tentativa⁷⁰⁸.

En relación con el objeto del hecho, M.E. Mayer consideraba que, además de su delimitación legal, también el dolo del autor resultaba decisivo para su identificación⁷⁰⁹. Así delimitado, lo que determinaría la consideración de una conducta como conceptualmente inidónea respecto del objeto sería única y exclusivamente su inexistencia. Con independencia del lugar en el que se encontraba, la sola existencia del objeto determinaría que, en relación con éste, la conducta fuera una tentativa conceptualmente idónea y, por lo tanto, típica. Sin embargo, M.E. Mayer limita la atipicidad de los supuestos en los que no existe el objeto del hecho descrito en el tipo legal y a cuya afectación se refería el dolo del autor. Considera irrelevante

⁷⁰⁸ M.E. Mayer consideraba que, por ejemplo, una dosis mínima de veneno sería un medio conceptualmente idóneo para realizar el tipo objetivo de la tentativa de homicidio. Y también el disparo contra quien se encuentra protegido por un grueso muro, así como el disparo con un arma descargada, y el realizado a una distancia excesiva para alcanzar a la víctima. Refiriéndose a estos ejemplos, *vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 359-360.

⁷⁰⁹ Según M.E. Mayer (*A.T.*, cit., p. 362), “allí donde falta aquel apoyo legal, la cuestión de si una tentativa carece de objeto y, por lo tanto, es impune, sólo puede decidirse tomando en consideración la concreción del dolo, pues el círculo de los objetos puestos en peligro se reduce en la misma medida en la que se concreta el contenido del dolo. Con ello, la parte externa del hecho adquiere una gran dependencia de la parte interna. El fracaso de quien mete la mano en el bolsillo queriendo coger sólo el reloj de A es impune si A no tenía ningún reloj; si el ladrón quería hurtar cualquier reloj de bolsillo, su intento frustrado es punible. Nos encontramos en la línea en la que termina la capacidad de rendimiento de la teoría objetiva”.

la inexistencia del objeto respecto de aquellos tipos en los que el legislador ha determinado expresamente los medios a través de los cuales deben realizarse⁷¹⁰. Aquel autor menciona los delitos de estafa y robo con fuerza en las cosas. Aquí sería totalmente irrelevante el patrimonio del sujeto pasivo y la existencia real de la cosa mueble que el autor se proponía sustraer; bastaría con la producción del engaño, o con la realización de fuerza en las cosas para afirmar la realización del tipo objetivo de la tentativa. En cambio, debido a la inexistencia del objeto M.E. Mayer niega que realice el tipo objetivo de la tentativa quien dispara sobre un cadáver, quien realiza prácticas abortivas sobre una mujer que no está embarazada, quien mete la mano en un bolsillo vacío queriendo coger el reloj de alguien que nunca fue propietario del mismo, y quien realiza acciones deshonestas sobre una muchacha que ha cumplido ya los catorce años⁷¹¹.

De las observaciones que M.E. Mayer realiza a propósito de la tentativa como conducta antijurídica nos ocuparemos más adelante⁷¹². Ahora nos

⁷¹⁰ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 361-362.

⁷¹¹ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., p. 361, nota 44.

⁷¹² Aquí basta con señalar el punto de partido de estas observaciones: “Aunque no es la definitiva, el tipo legal es la principal fuente de conocimiento para establecer en qué extensión ha reconocido el Estado una norma de cultura. Naturalmente, ese principio también es válido para la tentativa: la antijuricidad no puede ir más allá de los límites de la causa de extensión de la pena. *Por lo tanto, la tentativa conceptualmente inidónea no es antijurídica.* Debido a que le falta el resultado de la tentativa y, con ello, la tipicidad, en ella es característica también la falta de antijuricidad. La antijuricidad puede asimismo quedar excluida *a pesar* de la realización del tipo; tampoco en cuanto a esta divergencia aparece la peculiaridad de la tentativa cuando concurre una causa de justificación, que puede excluir la antijuricidad del mismo modo que en el delito consumado. Pero, en algunos supuestos especiales en los que falta la producción del resultado, se produce la tipicidad sin antijuricidad y no es satisfactoria la denominación *falta de tipo; son tentativas con falta de antijuricidad*” (subrayados en el original). M.E. MAYER se refiere a los supuestos en los que no se produce el resultado del delito

centraremos en la delimitación que proponía del tipo de la tentativa. Lo primero que es necesario destacar es su falta de claridad respecto de la delimitación entre la tentativa idónea y la inidónea⁷¹³. Lo único que queda más o menos claro es la distinción que realiza entre la tentativa típica y la atípica. Lo que entonces resulta discutible son los criterios que este autor proponía, excesivamente apegados a la descripción literal de los tipos de los delitos consumados. Con la única finalidad de intentar salvaguardar la seguridad jurídica y evitar la adopción de criterios meramente subjetivos se establece, así, un paralelismo conceptual entre la delimitación de dos clases de tipos que, precisamente, son conceptualmente distintos⁷¹⁴. Esto provoca que M.E. Mayer realice distinciones y llegue a conclusiones que carecen de fundamento material. Así sucede cuando afirma que si el tipo legal del

consumado debido a la ausencia del elemento normativo del tipo, v. gr. cuando la cosa sustraída no es ajena, sino de quien la sustrae. *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 364 y ss.

⁷¹³ El propio M.E. Mayer reconoce que, en casos como el de quien mete la mano en un bolsillo vacío, es discutible si se trata de una tentativa con medios idóneos o de una tentativa con medios inidóneos. *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 357, 360-361.

⁷¹⁴ El propio M.E. Mayer reconoce (*A.T.*, cit., p. 361, nota 44) que su propuesta en relación con la relevancia de la existencia del objeto conduce a decisiones injustas. Pero afirma a continuación que esto es algo “que debe aceptarse si no se quieren sacrificar las grandes ventajas de un tipo objetivo”. Sin embargo, ¿su propia propuesta termina por hacer depender del contenido del dolo del autor la realización del tipo objetivo de la tentativa!

El contenido del § 43 StGB y la incorporación de criterios subjetivos, que considera incompatibles con aquél, son siempre los argumentos a los que M.E. Mayer otorga carácter decisivo cuando, pese a reconocer que conducen a resultados satisfactorios, critica las propuestas de otros autores para delimitar la tentativa; *vid.*, M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 344-345, 356 y nota 34, 362-363 y 368. Cfr. F. von LISZT, *Lehrbuch ...*, cit., pp. 208-209.

delito consumado no delimita expresamente la forma de comisión, la inexistencia del objeto impide apreciar una tentativa típica. En estos casos, se prescinde por completo de los medios empleados por el autor y es la mera existencia del objeto la que determina la posibilidad de considerar que la conducta realiza el tipo "objetivo" de la tentativa⁷¹⁵. En cambio, la sola existencia del objeto basta para considerar que realiza el tipo objetivo de la tentativa cualquier conducta que utilice alguno de los medios conceptualmente idóneos (v. gr. la inyección de una dosis mínima de veneno). Pero el problema no está sólo en la ausencia de fundamento material en relación con la relevancia que este autor otorga a la utilización de medios conceptualmente idóneos, o respecto del distinto tratamiento que M.E. Mayer propone para los tipos en los que el legislador determina expresamente la forma de comisión. El problema está también en la identificación de este grupo de tipos. Esto se advierte con claridad cuando aquel autor afirma que es impune por inexistencia del objeto la realización de acciones deshonestas con una persona que haya cumplido ya los catorce años⁷¹⁶. Pero aquí se advierte algo más. Se advierte que el problema de fondo de la concepción que M.E. Mayer tenía de la teoría del tipo radica en

⁷¹⁵ El mero hecho de que el sujeto pasivo muriera un segundo antes de que le impactara la bala que el autor le había disparado, determinaría la inidoneidad conceptual del objeto y la inexistencia de una tentativa típica de homicidio. Sin embargo, la inyección de la dosis más pequeña de veneno a una persona viva, o la amenaza que sólo es capaz de asustar al personaje más miedoso determinarían la existencia del tipo objetivo de una tentativa de homicidio y extorsión, respectivamente. Además, respecto de la realización de acciones deshonestas, el sólo hecho de que se practicasen el día antes o el día después de que el sujeto pasivo cumpliera los catorce años, determinaría que fueran constitutivas de una tentativa atípica o de un delito consumado de agresión sexual.

⁷¹⁶ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 361, nota 44. Cfr. el § 176 núm. 3 StGB.

la primacía que otorga a los criterios formales para garantizar la seguridad jurídica, en perjuicio de consideraciones valorativas vinculadas a la protección del correspondiente bien jurídico, que otorgan menos importancia a la concurrencia real del objeto de la acción para decidir la peligrosidad de la conducta. La excesiva importancia que M.E. Mayer otorga a aquel elemento del delito consumado para delimitar el ámbito del tipo de la tentativa se advierte cuando hace depender la concurrencia de una tentativa punible de la identificación que el autor hubiera hecho del objeto de la acción, algo que, sin embargo, considera totalmente irrelevante para delimitar el *tipo* del delito consumado. Como consecuencia de la trascendencia que, sin ninguna justificación material, concede a la identidad del objeto y a su existencia real, en el *tipo* de la tentativa de los delitos que sólo describen la producción del resultado M.E. Mayer otorga al contenido interno de la conducta una trascendencia que le niega en relación con la delimitación de la tentativa del resto de delitos, e incluso en relación con la delimitación del *tipo* del delito consumado. En definitiva, la delimitación que aquel autor realiza del tipo de la tentativa inidónea punible está excesivamente orientada al resultado del delito consumado, al tenor literal de su descripción legal y a la interpretación gramatical del mismo. Esto produce una subordinación excesiva de la decisión acerca de la idoneidad de los medios a la existencia del objeto del hecho cuando la descripción legal del delito consumado no realiza una delimitación expresa de aquéllos, y una subordinación excesiva de la decisión sobre la punibilidad de la tentativa a la consideración de la idoneidad conceptual de los medios cuando la ley los delimita expresamente.

19. A continuación expondremos brevemente la concepción de M.E. Mayer sobre la teoría de la participación. Como ya hemos señalado, este autor concibe como causas de extensión de la pena el contenido de los §§

48 y 49 StGB –que describen la inducción y la complicidad. Sin embargo, se trata de formas delictivas que no son autónomas, y esto hace necesario partir de la autoría como forma de comisión autónoma, para proceder después a la delimitación de los tipos de participación a los que se extiende la conminación penal⁷¹⁷.

La autoría individual es la conducta de quien completamente solo realiza, *mediante su propia actividad*, un tipo legal de forma antijurídica y culpable⁷¹⁸. La consideración de que el sujeto realizó el tipo legal *mediante su propia actividad* no se ve alterada por el hecho de que utilice un instrumento inanimado, una fuerza de la naturaleza o *una persona irresponsable*. Según M.E. Mayer, “considerado jurídicamente, semejante instrumento animado no es distinto de uno inanimado y, por esta razón, se le denomina simplemente "instrumento". Pero no sólo es instrumento quien es totalmente irresponsable, sino todo aquel que en un determinado supuesto, por razones jurídicas, no puede ser hecho responsable como autor. Por lo tanto: quien determina (*veranlaßt*) a realizar un tipo legal a un hombre que, por razones jurídicas, no puede ser autor, es castigado como autor y llamado autor mediato (o también causante intelectual). El instrumento puede quedar impune o ser castigado como cómplice”⁷¹⁹. Esta definición se basa en el concepto de determinación o provocación (*Veranlassung*), y establece la distinción entre el autor mediato y el

⁷¹⁷ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 374-375.

⁷¹⁸ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 375 y ss.

⁷¹⁹ M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 375-376.

inductor partiendo de que éste último determina a realizar un tipo a quien es responsable como autor⁷²⁰.

En relación con la coautoría, M.E. Mayer parte de su definición en el § 47. No se trata de una causa de extensión de la pena pues, mediante la referencia a la "ejecución", "rechaza otorgar a los elementos de los distintos delitos una validez que no les corresponda ya por sí misma"⁷²¹. Pero tampoco se trata de un precepto superfluo. Esto sólo ocurría si el § 47 abarcara únicamente los supuestos en los que todos los partícipes realizan la *totalidad* del tipo legal. Sin embargo, los delincuentes también pueden

⁷²⁰ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 375-380. Según este autor (*op. cit.*, p. 376), "Limitar la realidad de la autoría a la realización de la ejecución de propia mano corresponde a una concepción burda, externa". Por otra parte, M.E. Mayer rechaza expresamente la opinión de aquellos que consideraban que, a diferencia del instrumento, sólo el autor inducido produce la interrupción del nexo causal. Ambos sirven de intermediarios posibilitando el nexo causal entre la iniciativa y el resultado.

Partiendo de la equiparación entre el autor mediato y el autor directo, M.E. Mayer destaca (*op. cit.*, p. 377) que "en tanto que lo permita su especificidad fáctica, el autor mediato debe delimitarse del mismo modo que el autor directo y, por lo tanto, no es posible [la autoría mediata] en mayor medida que éste [la autoría directa]. Dos límites deben ser tomados en consideración: *cuando el sujeto de una acción punible está modalmente determinado, sólo puede ser autor mediato quien reúna los elementos modales [...]. En segundo lugar, cuando la acción sería una conducta de complicidad en el caso de que el sujeto intermedio fuera responsable, no es ninguna acción de autoría y, por lo tanto, tampoco puede serlo como consecuencia de la irresponsabilidad del intermediario.*"(subrayados en el original). Para fundamentar esta última afirmación, M.E. Mayer hace referencia a la "diferencia establecida en la ley entre autoría y participación". Sin embargo, excluye la posibilidad de establecer una regla semejante atendiendo a la diferencia entre autoría e inducción, pues "la autoría mediata y la inducción coinciden en su estructura causal; ambas son *determinación a la ejecución (Veranlassungen der Ausführung)*, ambas están comprendidas en el concepto, no empleado por la ley, de contribución causal (*Urheberschaft*)".

⁷²¹ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 380.

repartirse el trabajo, de modo que cada uno realice sólo *una parte* del tipo legal⁷²². Aquel párrafo expresa que “*cuando, en relación con diversos sujetos, cada uno ejecuta una parte de la acción punible –"ejecuta" en sentido pragmático–, es responsable del conjunto si todos han actuado conjuntamente*”⁷²³. Esto supone que es característico de la coautoría un elemento sintético. Y M.E. Mayer reconoce que este elemento esencial de la coautoría se encuentra en el tipo subjetivo: “el elemento sintético y específico de la coautoría es la *resolución de producir un resultado mediante acciones complementarias*”⁷²⁴.

En cuanto a la participación, M.E. Mayer parte de que es algo distinto, pero que está referido a la autoría. Sin embargo, la remisión a la causalidad y a la accesoriedad para explicar estas características de la participación ha dado lugar a que aquéllas –la causalidad y la accesoriedad– “*hayan dominado y maltratado como tiranas la teoría de la participación*”⁷²⁵. Según M.E. Mayer, la diversidad entre la autoría y la participación

⁷²² Vid. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 380 y ss.

⁷²³ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 381 (subrayados en el original).

⁷²⁴ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 381-382 (subrayados en el original). Este autor señala que semejante elemento subjetivo sólo puede darse en las acciones dolosas; a la contribución conjunta de carácter imprudente puede estar vinculada la representación de realizar algo conjuntamente, pero no la resolución de causar conjuntamente el resultado que agrupa los diversos actos parciales.

⁷²⁵ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 387. El formalismo de M.E. Mayer en relación con la comprobación de la antijuricidad de la conducta típica se pone de relieve cuando este autor, al ocuparse de la accesoriedad de la participación, señala (*op. cit.*, p. 405) que “es necesario que concurra la antijuricidad de la acción típica, pero no puede ejercer ninguna otra influencia en el castigo del partícipe porque no se divide ni en clases ni en formas. Otra cosa ocurre con el resto de presupuestos de la pena”.

responde a la esencia de la causa de extensión de la pena: la participación es aquella conducta que cae bajo el tipo ampliado⁷²⁶. En este sentido, poniendo de relieve el formalismo positivista que impregna toda su construcción, aquel autor señala que “[E]l concepto de partícipe es por completo un producto de la ley. Una acción deja de ser una acción de participación cuando existe para ella un tipo legal especial”⁷²⁷.

De acuerdo con la descripción que realiza el § 48 StGB, el inductor es aquel que, por cualquier medio, determina dolosamente a otro a realizar la acción punible que realiza de modo culpable⁷²⁸. En relación con el dolo del

⁷²⁶ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 387 y ss.

⁷²⁷ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 388. Este autor señala a continuación que la participación aparece bajo una luz totalmente distinta cuando se deriva de las teorías de la causalidad, ya sea utilizando la diferencia entre causa y condición, o rechazando cualquier caracterización objetiva porque, atendiendo a la teoría de la causalidad, no puede construirse ninguna. M.E. Mayer rechaza ambas posibilidades, *vid. op. cit.*, pp. 139, 388 y ss. Sin embargo, no puede dejar de sorprender que, a pesar de reconocer la equivalencia de todas las condiciones y afirmar que lo que hacen las denominadas teorías de la causalidad es apreciar el *valor* de las diversas aportaciones causales, M.E. Mayer señale que aquí deba tomarse en consideración la “estructura causal”, lo que permite advertir la equiparación de la inducción y la autoría mediata.

⁷²⁸ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit. pp. 392 y ss. Este autor reconoce que también cabe pensar en la posibilidad de que alguien determine imprudentemente a la comisión de un delito. Sin embargo, considera que el § 48 sólo hace referencia a las acciones dolosas. Y lo mismo ocurre con la complicidad; sobre esto, *vid. op. cit.*, p. 398. No obstante, el dolo del partícipe debe extenderse a la consumación del hecho principal; en caso contrario la participación quedaría impune; sobre esto, *vid. op. cit.*, p. 406. Por otra parte, en relación con la culpabilidad del autor, apartándose de la doctrina dominante M.E. Mayer consideraba que ni el § 48 ni el § 49 limitan la causa de extensión de la pena exigiendo el carácter doloso del hecho principal; estos parágrafos no distinguen entre su realización dolosa y su realización imprudente, de modo que bastaría con que el hecho principal fuera imprudente, siempre que esta modalidad sea punible. En relación con esta cuestión, aquel autor también destaca que el § 48 menciona entre los medios de inducción la producción o facilitación de un error y, por lo tanto, una influencia que

inductor, M.E. Mayer considera que basta con su referencia al doble resultado de la inducción –que el autor decida cometer el delito y que lo realice–, siendo irrelevante si el inductor ha apreciado correctamente la capacidad de imputación del autor y el resto de los presupuestos de la imputabilidad, pues estos elementos no pertenecerían a las circunstancias fácticas que el § 59 considera relevantes⁷²⁹.

M.E. Mayer define la complicidad como “el apoyo doloso del crimen o delito imputable a otro”⁷³⁰. En esto se parece a la inducción y diverge de la coautoría. Aquel autor critica la teoría subjetiva de la jurisprudencia alemana, que partía de la distinción entre *animus auctoris* y *animus socii* en el momento de realizar la conducta. En su opinión, se trata de “una insuperable tergiversación sofista de la ley, pues el § 47 no habla de la ejecución conjunta en un sentido subjetivo y *temporal*, sino en un sentido subjetivo y *material*. *Una actividad cualquiera en el momento de la ejecución no es algo idéntico a la ejecución!*”⁷³¹. Sólo las teorías objetivas dedican correctamente su atención a interpretar la contraposición entre la ejecución (§ 47) y la prestación de ayuda (§ 48). “En la medida en que, para

puede excluir el dolo. Asimismo, destaca que la doctrina dominante aprecia una autoría mediata en los supuestos de participación en el hecho imprudente del autor. Sobre esto, *vid. op. cit.*, pp. 407-408.

⁷²⁹ Según M.E. Mayer, la confusión de quienes discrepan de su posición responde a la consideración de la causalidad o de la accesoriedad como objeto del error. Sin embargo, el objeto del error es aquí la responsabilidad del hombre de delante.

⁷³⁰ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 397.

⁷³¹ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 402 (subrayados en el original). El formalismo de la argumentación de M.E. Mayer se pone de relieve cuando, presuponiendo que es algo evidente, protesta porque se considera autor y, por lo tanto, que ha robado, a aquel que con la intención de conseguir una parte del botín vigila mientras otro hurta.

este fin, prestan atención a diferencias causales no consiguen su meta; en la medida en que toman en consideración los tipos legales, van por el buen camino. *Pues las acciones que caen bajo un tipo legal especial son ejecutivas, aquellas que sólo quedan cubiertas por una causa de extensión de la pena, suponen una prestación de ayuda.* Llevar a cabo esta distinción sólo presenta las dificultades que puedan estar vinculadas a cualquier subsunción. Para afrontar las dificultades que siempre se presentan cuando la ley no dice nada del modo de ejecución, igual que ocurre con la teoría de la tentativa, el criterio formal debe aclararse mediante uno material: *El autor ataca el bien jurídico, el cómplice prepara el ataque o lo asegura.* De acuerdo con esto, el ámbito de la complicidad es mayor de lo que admite la jurisprudencia”⁷³². M.E. Mayer destaca que ni él, ni ninguno de los autores que (como Liszt, Beling o Allfeld) defienden posiciones similares, descuidan la parte de la culpabilidad, pues las teorías objetivas admiten que incluso la ejecución total es sólo complicidad cuando el autor actúa sin dolo; como siempre, también aquí la culpabilidad puede quedar por detrás del suceso objetivo⁷³³. Asimismo, aquel autor afirma que “la objeción que se hace a menudo de que con la consideración del tipo legal surgen decisiones formales, está justificada, y tanto más cuando la ley trata circunstancias fácticas no esenciales como esenciales, y esenciales como no esenciales. De ello no puede hacerse responsable a la teoría. Pero la objeción es falsa cuando da a entender que una circunstancia esencial para el castigo del autor único, podría no ser esencial para reconocer la coautoría”⁷³⁴.

⁷³² M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 402-403 (subrayados en el original).

⁷³³ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., p. 403, nota 24.

⁷³⁴ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 403, nota 25.

20. No vamos a ocuparnos aquí con la profundidad que merece de la propuesta de M.E. Mayer sobre la delimitación entre los supuestos de unidad y pluralidad de delitos⁷³⁵. Nos bastará con señalar la relevancia que –como Beling– aquel autor otorgaba a la teoría del tipo para resolverla correctamente, y analizar someramente cuáles son los criterios que propone.

En un sentido similar al que ya había propuesto v. Liszt, M.E. Mayer parte de la idea de que, puesto que la realización de un delito consiste en la realización de una acción, el número de delitos realizados coincidirá con el número de acciones, de modo que, en principio, cada acción constituye un delito y, por lo tanto, la cuestión radica en determinar las acciones que el sujeto ha realizado. En este sentido, aquel autor critica la opinión de aquellos que parten del número de bienes jurídicos lesionados y del número de tipos que la conducta realiza para determinar el número de delitos concretos. En los casos de concurso ideal, la pluralidad de leyes bajo las que cae la acción unitaria del sujeto no hace desaparecer el paralelismo entre la unidad de acciones y de delitos.

Para determinar el número de acciones que un sujeto ha realizado, M.E. Mayer parte de la configuración de sus elementos. Así, cuando tanto la manifestación de voluntad como el resultado sean únicos, existirá una única acción (v. gr. en el caso de que un disparo mate a un tercero). No obstante, aquel autor consideraba que la unidad de acción también permite que alguno de los dos componentes de la acción sea plural (v. gr. cuando se mata a un hombre mediante dos disparos, o mediante un disparo se mata a dos hombres). La única fundamentación que ofrece para esta síntesis es que

⁷³⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 156-173. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 193-197.

“en estos casos la pluralidad de manifestaciones de voluntad queda suprimida o neutralizada por la unidad del resultado, y la pluralidad de resultados por la unidad de la manifestación de voluntad. Por lo tanto, sólo puede admitirse una pluralidad de acciones cuando los dos elementos externos son plurales (los dos hombres han muerto cada uno de un disparo). Entonces se han realizado también varios delitos –concretos–”⁷³⁶.

Según M.E. Mayer, el análisis del número de los elementos de la acción debe extenderse también a los elementos de la manifestación de voluntad, y también aquí debe tomarse en consideración a la ley, que, mediante la delimitación del resultado, ofrece el punto de apoyo⁷³⁷. Partiendo del análisis de los componentes de la acción y de sus elementos, y de la descripción y delimitación que de ellos hace la ley para cada delito, aquel autor consideraba que, en primer lugar, existe una única acción y un único delito concreto cuando *una decisión unitaria* se exterioriza en una pluralidad de manifestaciones de voluntad sucesivas que producen un único resultado (v. gr. cuando alguien intenta extorsionar a otro amenazándole con publicar un escándalo pero, al comprobar que la víctima no se ve afectada por la amenaza, consigue el dinero mediante la realización de actos violentos; o cuando el asesino, después de gastar las balas, produce la muerte por estrangulamiento).

Respecto de la determinación del carácter unitario de un resultado, M.E. Mayer señala que, desde un punto de vista formal, debe partirse de su delimitación en el tipo penal y, desde un punto de vista material, cuando el tenor literal de la ley no ofrezca el apoyo suficiente, debe partirse de su referencia a un bien jurídico; aquí, la unidad del

⁷³⁶ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 157.

⁷³⁷ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 156 y ss., especialmente, pp. 159 y ss.

bien jurídico se determinará en función de la unidad del interés inmediatamente atacado. Existirán tantos intereses como interesados cuando el interés tome cuerpo en la persona del interesado (v. gr. respecto de ataques a la vida, el honor, la libertad de movimientos); por el contrario, el número de los intereses inmediatamente atacados podrá variar respecto del número de interesados cuando el interés no se corporice en la persona (v. gr. cuando se ataque la propiedad, la seguridad en el tráfico, o la del Estado); en este último grupo de casos, podrá existir un único resultado cuando exista un único interés, aunque sean varios los interesados afectados y, por otra parte, a pesar de que sólo exista un único interesado, podrán existir varios resultados cuando existan varios intereses afectados. Respecto de la identificación de los intereses afectados, M.E. Mayer reconoce que depende de las concepciones culturales dominantes, y que en relación con esta cuestión se han superado los límites en los que las decisiones pueden adoptarse con total seguridad, sin introducir consideraciones individuales. Es precisamente acudiendo a las concepciones culturales dominantes como aquel autor fundamenta su decisión de considerar que existen varios resultados cuando alguien daña cinco árboles en una avenida, o cinco caballos en un establo, mientras que existe sólo un único resultado cuando alguien daña cinco cazuelas de barro o cinco abrigos de piel de alto valor que el vendedor le mostraba⁷³⁸. Por lo tanto, en el caso de los árboles y de los caballos existirán cinco delitos distintos de daños, salvo que exista un único delito continuado.

En cuanto a la delimitación de la unidad de decisión, en primer lugar M.E. Mayer señala que la decisión y el dolo no son algo idéntico, pues también quien actúa imprudentemente ejecuta una decisión; aunque el dolo pueda definirse como una decisión con un determinado contenido, así lo que se hace es sustituir un concepto por otro, como ocurre en el § 43. Sólo se alcanza una terminología nítida cuando el "dolo" se utiliza como un concepto técnico-jurídico y se define como tal. En este sentido, aquel

⁷³⁸ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 161-162.

autor afirma que “el dolo es aquel fragmento de la decisión que es relevante para la imputación a la culpabilidad”⁷³⁹. En lo que aquí interesa, M.E. Mayer señala que el contenido de una decisión contiene algunos elementos que son irrelevantes para determinar si su ejecución constituye determinados delitos dolosos pero, en cambio, son decisivos para saber si se trata de una única acción o de varias acciones. Una parte del contenido de la decisión interesará para calificar como dolosos o imprudentes los tipos realizados objetivamente, pero *otra* parte del contenido de la decisión interesará para decidir si el sujeto realizó una o varias acciones. En este sentido, M.E. Mayer afirma que el dolo y la decisión están en la misma relación que el tipo legal objetivo y el tipo objetivo concreto, que es siempre mucho más rico en elementos. Hechas estas aclaraciones, aquel autor señala que la cuestión no es puramente psicológica; lo que debe determinarse es cuáles son los presupuestos que determinan que, debido a la producción de una modificación del plan del autor, su actuación ya no pueda considerarse unitariamente. También aquí los parámetros decisivos deben obtenerse de la ley y de la configuración fáctica del hecho. Por lo que a la ley se refiere, M.E. Mayer destaca que ésta otorga un determinado valor a cada resultado y, por lo tanto, otorga un determinado valor a la intención que se dirige a él, de modo que si las diversas manifestaciones de voluntad exteriorizan intenciones valoradas del mismo modo, la decisión será unitaria mientras no se derive lo contrario del curso de los hechos y, en cambio, cuando el valor de las diversas intenciones sea distinto, esto será un indicio de la diversidad de decisiones⁷⁴⁰. Desde el punto de vista fáctico, la individualización de

⁷³⁹ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 162, nota 4.

⁷⁴⁰ Si, por ejemplo, el ladrón abre el armario del dormitorio en el que supone que hay joyas, pero el armario está vacío y decide llevarse el jarrón de encima del armario, puesto que lo planeado y lo ejecutado son jurídicamente equivalentes, también lo son los dos actos de voluntad, de modo que existirá una decisión única. En cambio, existirían dos decisiones distintas y, por lo tanto, deberían distinguirse la sustracción intentada y la consumada en el caso de que después de tener que renunciar a las joyas el ladrón se hubiera bebido un resto de vino (§ 370 núm. 5).

la decisión dependería de los motivos de las dos actividades, de si la base de la segunda actividad se encuentra en el mismo motivo, en otro un poco distinto, en otro bastante distinto, o en el mismo motivo pero en otra versión, y para comparar los distintos casos debe también tomarse en consideración el grado de precisión de los diversos motivos.

En segundo lugar, de acuerdo con la doctrina dominante, M.E. Mayer también considera que existe una única acción y un único delito concreto cuando *una decisión unitaria se exterioriza en un única actividad que produce varios resultados* (v. gr. cuando una palabra injuria a varias personas, o un disparo lesiona a varias personas). Según aquel autor carece aquí de relevancia que los diversos resultados se correspondan con diversos tipos, “pues son las acciones, y no sus características relevantes para el Derecho, las que deben contarse”⁷⁴¹. Sólo existirá una pluralidad de acciones cuando los diversos resultados procedentes de una decisión unitaria puedan atribuirse a una pluralidad de actividades. En relación con esta cuestión, aquel autor consideraba que debe tomarse en consideración la descripción que realiza el tipo legal ya que, ocasionalmente, éste considera conjuntamente a varias actividades; y también puede ser relevante la calificación del suceso con arreglo a la concepción natural del mismo. En los casos complicados lo aconsejable será asegurarse previamente de que existe una pluralidad de resultados y que la decisión es unitaria.

Según M.E. Mayer el paralelismo entre la pluralidad de acciones y delitos no puede, sin embargo, llevarse hasta sus últimas consecuencias. Excepcionalmente, existen acciones que están tan íntimamente vinculadas

⁷⁴¹ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 165.

que su distinción lógica queda anulada por su agrupación psicológica⁷⁴². Se trata de aquellos casos en los que las diversas acciones deben valorarse como la utilización de una misma ocasión (*Gelegenheit*) o como la expresión de una costumbre, esto es, de los casos de delito continuado y de delito colectivo. Según aquel autor, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de varios actos, que constituyen una unidad artificial, meramente técnica, en los casos de delito continuado y colectivo se trata de una unidad natural y, concretamente, psicológica; la unidad no se basa en la forma de la ley, sino en la esencia de las diversas acciones. Evidentemente, no pueden admitirse *contra legem*, pero –según M.E. Mayer– el hecho de que el delito continuado haya podido imponerse *praeter legem* muestra que tiene una fuerza propia. A diferencia de lo que ocurre con los delitos de varios actos, aquí, como en los casos en los que la unidad del delito se fundamenta en la unidad de la acción, lo decisivo es el proceso fáctico; la ley no tendría otra función que sancionar o negar el resultado obtenido a partir de aquél⁷⁴³. Concretamente, en relación con el delito continuado,

⁷⁴² Así, por ejemplo, cuando un prendero compra habitualmente cosas robadas, todas las compras forman conjuntamente una unidad que se castiga como tal (§ 260).

⁷⁴³ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 158 y ss, especialmente pp. 166 y ss. Este autor niega que deban incluirse aquí los delitos permanentes, pues la peculiaridad de éstos no afecta al carácter unitario de todos los elementos de la acción. M.E. Mayer también rechaza la opinión de aquellos que entendían que una condición de punibilidad común puede agrupar diversas acciones. Y, asimismo, niega que deban introducirse en este contexto referencias a la relación de subsidiariedad o consunción, pues en estos casos lo que ocurre es que, debido al rango de los tipos una de las acciones no se castiga de forma especial, pero no puede vincularse con la otra en un mismo delito. Finalmente, aquel autor señala que algunos de los casos que suelen considerarse supuestos de delito continuado en realidad no son tales porque no existe una pluralidad de actividades y de resultados; en este sentido, es discutible que existan varios resultados cuando el criado sustrae cada día un cigarro a su señor.

después de definirlo como “la utilización de una misma ocasión mediante diversas acciones (punibles, pero todavía no castigadas), cada una de las cuales realiza el mismo tipo del mismo modo”⁷⁴⁴, aquel autor considera que el significado de la agrupación de las diversas acciones, y la consiguiente reducción de la pena, responde a consideraciones de equidad y a consideraciones de economía procesal⁷⁴⁵. En cambio, respecto de delito colectivo, M.E. Mayer considera que lo característico es el vínculo entre la conducta y el carácter del autor; este vínculo explicaría el carácter agravante o fundamentador de la pena que corresponde a la nota de habitualidad (*Gewohnheitsmäßigkeit*) que caracteriza al delito colectivo⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 167. Pese a considerar que todas las acciones deben realizar el mismo tipo –lo que comporta la unidad conceptual del bien jurídico–, este autor rechaza que sea necesaria la unidad concreta del bien jurídico y que, por lo tanto, todas las acciones ataquen a la misma persona o al mismo interés. En su opinión, si, como hace el *Reichsgericht* respecto de los bienes jurídicos altamente personales, se requiere más que la unidad conceptual del bien jurídico, se conmueve en presupuesto esencial del delito continuado: la pluralidad de resultados, y se sustrae de aquél la mayor parte del ámbito que le es propio. Esto último responde a la consideración de que, cuando no se trata de bienes jurídicos personalísimos, normalmente no existirán varios, sino un único resultado y, por lo tanto, una única acción.

⁷⁴⁵ *Vid.* M.E. MAYER, A.T., cit., p. 167. Este autor considera que, a pesar de no estar expresamente previsto en la ley, la admisión de un delito continuado no la contradice porque, según el § 74 StGB, la pluralidad de delitos presupone “una pluralidad de acciones independientes”, de modo que una pluralidad de acciones no independientes deben agruparse.

⁷⁴⁶ *Vid.* M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 171-173. Este autor considera que, a diferencia de lo que ocurre con el delito continuado, la admisión de la habitualidad está limitada a aquel reducido grupo de casos en los que la ley le ha atribuido significado constitutivo o cualificante. En relación con el resto, la habitualidad sólo posee relevancia en el momento de determinar la pena dentro del marco legal establecido para el correspondiente delito. M.E. Mayer considera que en relación con esta cuestión la ley

IV. La concepción de M.E. Mayer sobre la antijuricidad y su relación con la comprobación de la tipicidad

21. M.E. Mayer destaca, en primer lugar, las deficiencias de una definición meramente nominal de la antijuricidad, que se limite a caracterizar la conducta antijurídica como aquella que se opone a una norma del Derecho⁷⁴⁷. Aunque tal definición no contiene nada que sea falso, es inútil en todos aquellos supuestos en los que ni la norma del Derecho, ni su sentido son fáciles de determinar, o sea, en los casos en los que deben rellenarse lagunas, cuando debe concretarse el Derecho no legislado, y cuando el Derecho legislado admite diversos significados⁷⁴⁸.

va por detrás de las exigencias político-criminales; en su opinión, la habitualidad debería constituir una causa general de agravación de la pena.

⁷⁴⁷ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 173 y ss.

⁷⁴⁸ Al ocuparse de las causas de exclusión de la pena (elementos negativos del tipo), M.E. Mayer señala (*A.T.*, cit., p. 269) que “respecto de aquellos elementos que *no* deben concurrir para que se dé una pretensión penal, el StGB se ocupa de *algunos* en el cuarto apartado de la Parte General, *otros* se mencionan en otros lugares de la ley (por ejemplo, §§ 46, 193, 310), y *muchos* no están legalmente regulados. Tanto el Código en su conjunto, como aquel apartado son incompletos. La existencia de estas lagunas no es reprochable, sino que en gran medida responde a la naturaleza de la materia. Por lo demás, las circunstancias que el StGB agrupa bajo el concepto “causas de exclusión de la pena” no tienen una naturaleza unitaria [...]. Le corresponde a la teoría conocer y exponer estas circunstancias en su diversidad”.

En relación con las diversas propuestas de la doctrina para superar este déficit, aquel autor critica tanto la posición de aquellos que omiten o rechazan la tarea de señalar positivamente la esencia del injusto y se limitan a enumerar los casos en los que se excluye la antijuricidad⁷⁴⁹, como las propuestas de Binding y v. Liszt para superar el círculo vicioso que encierra aquella fórmula⁷⁵⁰. M.E. Mayer reconoce que la determinación de

⁷⁴⁹ Según M.E. Mayer (*A.T.*, cit., pp. 174-175), este modo de proceder no sólo es científicamente inadmisibles, sino que tampoco resulta prácticamente satisfactorio, pues la enumeración que se haga nunca será completa. Sólo un principio positivo es capaz de evitar que se consideren antijurídicas conductas que no deben considerarse como tales y de otorgar unidad al catálogo de circunstancias negativas que se proponga.

Respecto de la teoría de las circunstancias negativas del hecho, este autor señala que la misma ha sido criticada tanto por su aplicación a la teoría del error, como por unificar la tipicidad y la antijuricidad. En su opinión, contiene una tendencia a colocar el núcleo de la cuestión en el grupo de las causas de justificación y se limita a señalar que en determinados supuestos se excluye la antijuricidad, evitando proporcionar una determinación positiva y material de la antijuricidad. Sobre esta cuestión, *vid.* también *op. cit.*, p. 270, nota 4.

⁷⁵⁰ En relación con el planteamiento de Binding, M.E. Mayer señala (*A.T.*, cit., pp. 175-178) que el avance de su propuesta radica en el reconocimiento de que no son las proposiciones penales las que infringe el delincuente, sino otras proposiciones del Derecho y, concretamente, las normas lógicamente previas. Sin embargo, si la antijuricidad se identifica con la antinormatividad volvemos a encontrarnos con una tautología. Y frente a ella, para resolver los casos problemáticos (v. gr. la decisión sobre el carácter antijurídico de la imposición de una pena escolar, los límites del derecho de corrección de los padres, o de la intervención médica permitida), no basta con remitirse a las proposiciones del Derecho positivo legislado, o al Derecho no legislado –esto es, a la voluntad del legislador expresada mediante actos concluyentes–, sin admitir la necesidad de tomar en consideración los criterios con los que nuestra cultura valora aquella conducta y que han sido tácitamente reconocidos por el Ordenamiento jurídico, pasando, así, a formar parte del mismo. Es en este sentido que M.E. Mayer afirma (*op. cit.*, pp. 177-178) que “Binding fundamenta internamente la esencia de la antijuricidad, mientras que sólo puede fundamentarse externamente. Como consecuencia de ello, no hallan acomodo en la teoría de las normas las concepciones culturales que se encuentran

la antijuricidad puede hacerse tanto mediante la explicación de este concepto, como mediante la referencia a su contenido material, pero considera imposible –salvo que se quiera volver a la metodología del Derecho natural– mantener simultáneamente dos conceptos de antijuricidad. Tan incorrecto resulta contraponer a la antijuricidad formal una antijuricidad material configurada de otro modo, como dejar a esta

en la base del Derecho penal o los fines sociales –si se prefiere la expresión–, a los que también se recurre en muchos momentos por parte de Binding. Sólo consiguen entrar en el reino del Derecho con la identidad falsificada, como proposiciones del Derecho ("normas") que se enmarcan en el ámbito del Derecho no legislado [...]. [Binding] extiende el manto de las proposiciones del Derecho sobre su sociología; su teoría es un encubrimiento, no un descubrimiento”.

Respecto de las matizaciones que Beling formuló a la concepción de Binding, M.E. Mayer señala (*op. cit.*, p. 176, nota 7) que no contienen ningún principio positivo más allá de la consideración de que toda conducta típica es antijurídica hasta que no se demuestre lo contrario, y de la remisión al conjunto de normas, que vendría a coincidir con la voluntad del Derecho, o sea, con aquello que se trata de determinar.

Finalmente, respecto del planteamiento de v. Liszt, M.E. Mayer recuerda (*op. cit.*, pp. 178-179, 180-181) que éste parte de la referencia al fin de la norma del Derecho para aclarar el contenido material del injusto. Concretamente, parte de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, aunque reconoce que aquella sólo es materialmente antijurídica cuando contradice los fines del Ordenamiento que regula la vida en común. En esta propuesta, el problema consiste en la determinación de los fines del Ordenamiento jurídico, que radican en el mantenimiento de la vida en común y acaban por conducir a la identificación entre la conducta antijurídica y la conducta contraria a la sociedad (*gesellschaftswidrig*). Pero el problema consiste también en que el propio v. Liszt considera al concepto material de antijuricidad como inservible *de lege lata* o, por lo menos, entiende que sólo debe considerarse de forma subsidiaria, esto es, en la medida en que no intervenga una proposición del Derecho que lo contradiga y, además, desde el punto de vista de si la acción constituye un medio adecuado para conseguir un fin reconocido como justo por el legislador. Por esta razón, M.E. Mayer considera que se trata de un resultado jurídico-positivo, pero no de una ruptura completa del círculo, ya que si el medio también debe ser en sí mismo correcto el problema de la antijuricidad se reconduce a una pregunta que lo explica, pero, en sí misma, la pregunta permanece abierta y sólo puede responderse por completo mediante normas.

última totalmente indeterminada para mantener, así, su carácter unitario. Lo que debe hacerse es encontrar una definición material de antijuricidad que se corresponda con su definición nominal. Y esto sólo es posible si para fundamentar la esencia de la antijuricidad se adopta un punto de vista que se encuentre fuera del Derecho y remita al complejo previo de normas o fines sociales. En definitiva, si se parte de la consideración de las normas del Derecho como normas de cultura reconocidas por el Estado, y la conducta antijurídica se concibe como aquella que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado.

22. Sobre la base de esta comprensión de la antijuricidad y de la dicho acerca de la distinción y la relación entre este elemento del delito y la tipicidad, M.E. Mayer aborda la cuestión de la naturaleza normativa de algunos elementos del tipo, la de la relevancia de los elementos subjetivos para determinar la antijuricidad de una conducta, la de la delimitación de las omisiones y las puestas en peligro antijurídicas, y la de las causas de exclusión de la antijuricidad. Se trata de cuestiones a las que debemos hacer aquí referencia porque afectan a la delimitación de la teoría del tipo –por lo que incluso será necesario volver sobre lo ya dicho– y han marcado su evolución histórica.

23. Según M.E. Mayer, partiendo de la distinción entre la tipicidad y la antijuricidad y del entendimiento de que los tipos son la base para el conocimiento de la antijuricidad de la conducta, “cabría esperar que entre las circunstancias que pertenecen al tipo sólo se encontraran aquellas que manifiestan la antijuricidad, pero ninguna que fuera constitutiva de ella: un tipo legal libre de valor como, por ejemplo, el construido en el § 299

mediante los elementos "carta cerrada" y "abierta"”⁷⁵¹. Pero esto no es así. Existen elementos normativos del tipo como, por ejemplo, la ajenidad de la cosa (§§ 242, 303), o la falsedad de un hecho (§§ 131, 138, 153, 164, 187)⁷⁵².

Debido a la novedad que representa la mención expresa de la peculiaridad de estos elementos del tipo, para evitar equívocos sobre la relevancia de su admisión conviene hacer aquí referencia a la caracterización que M.E. Mayer realizaba de ellos⁷⁵³. En su opinión, se trata de circunstancias que tienen un pie en el tipo y otro en la antijuricidad. En tanto que elementos normativos del tipo se trata de componentes de un resultado típico que *sólo* tienen un significado determinante de valor (*wertbestimmende Bedeutung*). Por tratarse de componentes de la acción, se distinguen de las referencias de la acción (*von der Beziehungen der Handlung*) y es fácil reconocerlos por algo de lo que carecen: son componentes del resultado que no están causalmente vinculados con la manifestación de voluntad: no es el ladrón quien causa que la cosa sustraída sea ajena, y la obra de quien calumnia consiste en extender hechos falsos, pero no en hacer que lo sean. Según M.E. Mayer, es incorrecto incluir estos presupuestos de la pena en el tipo externo u objetivo, como tácitamente se hace con carácter general. Es incorrecto porque no son aprehensibles por los sentidos, y su realización no tiene lugar en el mundo exterior, sino que tiene lugar exclusivamente en el

⁷⁵¹ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 182.

⁷⁵² Según M.E. Mayer, también son elementos normativos la honestidad (*Unbescholtenheit*) de una joven (§ 182), lo inadecuado de un tratamiento corporal (el "mal"trato del § 223), y la peligrosidad de un resultado (por ejemplo en los §§ 315, 323, 330).

⁷⁵³ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 182 y ss., 365-366.

mundo del Derecho; esto es precisamente lo que explica que sólo tengan un significado determinante de valor⁷⁵⁴. Por otra parte, los elementos normativos del tipo tampoco pertenecen al tipo subjetivo, ya que, por ejemplo, el conocimiento de la ajenidad es distinto de la ajenidad de la cosa. Esto comporta que los elementos del tipo que son componentes de la acción deben dividirse en elementos objetivos, subjetivos y normativos.

En definitiva, lo que caracterizaría a los elementos normativos en tanto que elementos del tipo es que no son causados por la manifestación de voluntad, que no son directamente aprehensibles por los sentidos, y que sólo tienen un significado determinante de valor, mientras que lo que es propiamente obra del delincuente, lo que se encuentra dentro del vínculo causal entre la manifestación de voluntad y el resultado “no sólo tiene significado desde el punto de vista de la antijuricidad, sino que es una parte del proceso externo que despierta el interés criminalístico y constituye el punto de partida de cada una de las comprobaciones” que corresponde analizar a continuación⁷⁵⁵. “Lo que causa el delincuente –dice M.E. Mayer– no sólo tiene un significado determinante de valor”⁷⁵⁶. Hay otro

⁷⁵⁴ El hecho de que se encuentren fuera del vínculo causal es algo que los elementos normativos comparten con las referencias de la acción. Sin embargo, M.E. Mayer destaca que esta circunstancia no excluye necesariamente que se trate de elementos aprehensibles por los sentidos, v. gr. la referencia de lugar del § 166 (“en una iglesia”) y la referencia al sujeto del § 176 núm. 1 (“persona de sexo femenino”). Por lo tanto, no es la ausencia de vínculo causal lo que comporta que los elementos normativos del tipo sólo tengan un significado determinante de valor. Por otra parte, aquel autor reconoce que, en ocasiones, (por ejemplo, respecto de la honestidad de la joven), no es fácil decidir si una determinada circunstancia es una modalidad de la acción o es un elemento normativo. Sobre esta cuestión, *vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 183, nota 6.

⁷⁵⁵ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 184. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 183-184.

⁷⁵⁶ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 184.

dato que determina que, a pesar de su singularidad, los elementos normativos deban considerarse como elementos del tipo: “la ley, y en particular el § 59, los incluye entre las circunstancias del hecho. Además, su vínculo con los componentes externos (objetivos) del resultado es demasiado estrecho como para que pueda negarse que forman conjuntamente una unidad. Sólo *dentro* del concepto de tipo puede apreciarse su especificidad”⁷⁵⁷.

Pero se trata de elementos que también pertenecen a la antijuricidad, pues “una circunstancia que no sólo *indica* la antijuricidad, sino que la *fundamenta*, que no es *ratio cognoscendi*, sino *ratio essendi*, pertenece a la antijuricidad, es un componente de ésta”⁷⁵⁸. Y los elementos normativos del tipo reúnen esta característica. “Mientras que en la sustracción hay un *indicio* de la antijuricidad de la apropiación, la ajenidad de la cosa es un *componente* de aquélla. Si falta la sustracción desaparece el *tipo* del hurto, mientras que si falta la ajenidad desaparece la *antijuricidad* de la apropiación. Para aclarar esta relación –dice M.E. Mayer–, podemos colocar en el lugar del § 242 [...] el siguiente precepto: “El que sustraiga antijurídicamente una cosa mueble para apropiársela, ...”; no cabe duda de que su interpretación destacaría como primer requisito de la antijuricidad que la cosa no sea propiedad del autor. Esta modificación del tipo del hurto muestra también que las circunstancias que constituyen elementos impropios del tipo y elementos propios de la antijuricidad son siempre producto de la redacción “casual” –dicho sea *cum grano salis*– del texto legal; si se quisieran reconducir al concepto superior de la antijuricidad siempre pueden desaparecer [...]. Con todo esto no cuestionamos la

⁷⁵⁷ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 184.

⁷⁵⁸ M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 184-185.

función indiciaria de los tipos; el que un *determinado* elemento no cumpla esa función no afecta al principio de que los tipos, *como conjunto*, la cumplen”⁷⁵⁹.

En definitiva, lo que M.E. Mayer pretende destacar es que determinados elementos del tipo son, a su vez, elementos que contribuyen a fundamentar el carácter antijurídico del hecho típico, puesto que son un requisito indispensable para que el hecho descrito en el tipo sea antijurídico. Con ello se relativiza la separación entre estos elementos de la definición general del delito, que –como ya hemos indicado– aquel autor mantenía sobre la base de una serie de consideraciones metodológicas: fundamentalmente, la distinción entre la descripción legal de un hecho y su prohibición. Atendiendo al significado material de la descripción legal del hecho sancionado con pena y del proceso legislativo, M.E. Mayer sólo había llegado a reconocer que esta descripción representa un indicio de la antijuricidad. Pero consideraba que esto no supone que aquella descripción deba hacer referencia a los elementos que fundamentan el carácter antijurídico de la conducta y que, por esta razón, son, a su vez, elementos de la antijuricidad.

La trascendencia de la distinción que M.E. Mayer realizaba entre los elementos del tipo radica fundamentalmente en su negativa a aceptar que es *antijurídica* –y, por lo tanto, delictiva– la tentativa de realizar el hecho típico cuando los elementos normativos no concurren realmente⁷⁶⁰. Esto pone de relieve la escasa relevancia que M.E. Mayer otorgaba a la comprobación de la tipicidad desde el punto de vista de la fundamentación *positiva* del carácter antijurídico de la conducta típica. Para aquel autor, lo

⁷⁵⁹ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 185. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 289, nota 8, y 294-295.

⁷⁶⁰ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit, pp. 364 y ss.

esencial de los tipos penales es la seguridad jurídica que supuestamente proporcionan para delimitar objetivamente las conductas delictivas, para conocer qué conductas pueden ser antijurídicas, y para comprobar su carácter antijurídico. El ejemplo del que parte aquel autor y las consideraciones que realiza a propósito de él son suficientemente elocuentes⁷⁶¹: un aprendiz pierde su monedero y, para no verse perjudicado, mete la mano en un cajón en el que habitualmente se guarda dinero; si lo encuentra vacío, su conducta es punible como tentativa de hurto; pero si coge su propio monedero, que alguien había sido encontrado y depositado allí, entonces debe quedar impune. “En ambos casos –dice M.E. Mayer– falta el resultado final: la sustracción de una cosa ajena. Pero las razones son distintas: en el primer caso falta la cosa ajena, en el segundo la ajenidad de la cosa. En tanto que se piense meramente en el tipo legal de la tentativa, esta diferencia carece de importancia. Pero es significativa tan pronto como se somete a examen la antijuricidad del suceso, pues no está prohibido apoderarse del dinero que es propio, aunque el propósito que ha dado lugar a la acción sea tan oscuro. Este ejemplo ensaña lo siguiente: aquí, como en toda la teoría de la tentativa, el dolo dirigido a la consumación representa la base, pero no puede acarrear consecuencias. La razón por la cual no se ha producido el resultado final no es en modo alguno indiferente, pues la antijuricidad puede subsistir a pesar de que falte un elemento del tipo, o puede desaparecer con él”⁷⁶²

24. Al ocuparse de la comprobación de la antijuricidad de las conductas típicas M.E. Mayer también destaca que, a diferencia de lo que cabría

⁷⁶¹ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit, pp. 364-365.

⁷⁶² M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 365.

esperar atendiendo a aquel concepto, esta operación no siempre puede realizarse sin tomar en consideración la parte subjetiva del hecho⁷⁶³. Para demostrar la existencia de elementos subjetivos de la antijuricidad, y que no coinciden con los elementos de la culpabilidad, aquel autor recurre a un ejemplo. Concretamente, hace referencia a la relevancia que –en su opinión– posee la intención con la que un médico realiza una exploración, para determinar su carácter antijurídico o permitido. Que con la consideración de la finalidad del médico no se sobrepasa el ámbito de la comprobación de la antijuricidad quedaría demostrado por el hecho de que, para resolver aquella cuestión, es indiferente si el médico estaba borracho o había supuesto erróneamente el consentimiento de la muchacha que exploraba, pues la concurrencia de estas circunstancias no excluiría la antijuricidad de su conducta, sino que únicamente excluiría el carácter culpable de la conducta. En este sentido, M.E. Mayer afirma que “no son necesariamente idénticos los procesos subjetivos que hacen antijurídica a una acción y aquéllos que determinan su carácter culpable. Lo que aquel ejemplo demuestra permite una generalización: los elementos subjetivos de la antijuricidad son elementos propios de la antijuricidad, pero no son elementos impropios de la culpabilidad”⁷⁶⁴.

⁷⁶³ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit. pp. 12, 182, 185-188. Este autor considera que lo problemático aquí no son aquellos casos en los que el fin que el sujeto persigue justifica su acción, puesto que, entonces, al faltar la antijuricidad ya no llega a plantearse la culpabilidad y, por lo tanto, no se presenta el problema de la distinción entre el significado que tienen los elementos subjetivos para la antijuricidad y el que tienen para la culpabilidad. Este es, como veremos, el problema que centra la atención de M.E. Mayer y que se presenta en los casos en los que el fin del sujeto fundamenta la antijuricidad.

⁷⁶⁴ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 186. Además del ejemplo del médico, M.E. Mayer menciona el caso del profesor que azota a su alumno queriendo vengarse del padre de

En definitiva, el hecho de que la comprobación de la antijuricidad pueda depender de los fines que el autor perseguía con la realización de la conducta típica vendría a ser una consecuencia de la naturaleza teleológica de esta operación y, concretamente, de la necesidad de comprobar si la conducta se ajusta o no a los fines que se han asignado a la norma. Mientras que en algunos casos la antijuricidad de la conducta es independiente de la finalidad que el autor perseguía, en ocasiones será ésta la que determine que su conducta es antijurídica⁷⁶⁵.

Para negar que los elementos subjetivos que aquí pueden resultar relevantes son elementos de la culpabilidad, M.E. Mayer se remite a su concepción de la acción como “manifestación motivada de la voluntad junto con su resultado”, a la distinción entre los motivos y los fines (*Zwecke*), y al vínculo causal que –según él– existe entre determinadas representaciones, los motivos, la decisión voluntaria del autor y su manifestación externa⁷⁶⁶. El significado de la comprobación de la

éste. Tal conducta sería antijurídica, mientras que sería adecuada a Derecho si sirviera a fines educativos.

⁷⁶⁵ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 106-107 y 186.

⁷⁶⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 101 y ss., 186 y ss. Este autor indica que lo que distingue a la acción de otros movimientos corporales es su carácter voluntario (esto puede faltar como consecuencia de trastornos psíquicos o de coacción física mediante fuerza invencible). Pero el acto de voluntad no es la fuente última, sino que existen otros procesos de la conciencia previos a él. Siempre se quiere algo y, por lo tanto, lo querido existe previamente como representación. Las representaciones mueven a la voluntad; se obtiene así un concepto nuevo: el concepto de motivo o razón del movimiento; el motivo son las representaciones que influyen o intervienen sobre la voluntad. Lo que influye sobre la voluntad no es sólo el contenido de la representación, sino también los sentimientos que colorean las imágenes que nos representamos. El sentimiento vinculado a la representación es lo que hace de ella una representación eficaz, un motivo. Lo que nos interesa es sobre todo cuáles son las representaciones que han determinado al delincuente y, en segundo lugar, nos preguntamos acerca de sus

simpatías y antipatías. Estrechamente vinculado al concepto de motivo está el concepto del carácter. Este último constituye la forma específica de reacción del individuo. Por sí sólo el motivo no aclara la acción, constituye sólo una parte de las razones, a la que debe añadirse la especificidad del individuo, la personalidad. El carácter es lo que explica que el mismo motivo se utilice de modo distinto por distintas personas. La razón suficiente de un acto de voluntad radica, así, en la combinación del motivo y el carácter. Según si lo que explica la acción es más bien el motivo o el carácter, aquella estará vinculada de forma más o menos estrecha a la personalidad. Las acciones que responden mayoritariamente al carácter son aquellas que se ajustan a la costumbre (*Gewohnheitsmäßige Handlungen*).

En relación con la distinción entre los motivos y los fines, M.E. Mayer señala que, considerados de modo puramente psicológico, no son algo muy distinto; desde esta perspectiva, el fin se concibe como representación y se caracteriza por ser el motivo principal, la fuerza que dirige, la razón para actuar que domina la acción. Por el contrario, considerados desde un punto de vista metodológico, el motivo y el fin pertenecen a dos mundos distintos; aquí, el fin se concibe como la meta a alcanzar e, independizado de la voluntad de quien actúa, expresa un deber ser. En este sentido, M.E. Mayer señala (*op. cit.*, pp. 106-107) que “no pertenece a la esencia de una meta que debe alcanzarse el que uno mismo se la haya propuesto. En toda orden, en toda norma y, por lo tanto, en todo mandato, se expresa un fin [...]. Y lo mismo sucede en relación con el fin que debe evitarse, o sea, con las prohibiciones. Así, el fin es el *principio del enjuiciamiento*; toda valoración o consideración normativa de un suceso mide, atendiendo a un fin, lo que aquél ha provocado y es, por lo tanto, una consideración teleológica. Por el contrario, el motivo carece de estado fuera del ánimo de quien actúa; no puede desvincularse de la voluntad concreta [...], es siempre un proceso psíquico. Como tal, puede ser *objeto* del enjuiciamiento, pero nunca *principio*. Del mismo modo que el fin representa el mundo del deber ser, el motivo representa el mundo del ser. En su mundo, el motivo es un principio, pero un principio en relación con la explicación. Siempre que debe aclararse un fragmento de la realidad investigamos las razones, realizamos una consideración causal; explicar una acción significa exponer sus razones, descubrir sus motivos. Motivos y fines, ser y deber ser, consideración causal y teleológica, todos estos contrarios indican la oposición que domina la totalidad de la actividad científica. Si se quiere exponer con la máxima sencillez posible, de modo un tanto externo puede decirse: *toda consideración causal vincula dos procesos que se han producido, toda consideración teleológica vincula dos procesos de los cuales uno ha ocurrido, mientras que el otro debe ocurrir (o no debe ocurrir)*”.

culpabilidad de la conducta radica en la valoración de los motivos que originan esta cadena causal, una vez que se ha comprobado previamente su carácter antijurídico⁷⁶⁷. En este sentido, M.E. Mayer señala que “una acción se imputa a la culpabilidad cuando ha surgido de *motivos* reprochables; en la medida en que establece el elemento subjetivo de la culpabilidad, la imputación responde a una consideración *causal*. *Pero así como el fin y los motivos no son idénticos, así como no coinciden una consideración teleológica y una causal, tampoco el elemento subjetivo de la antijuricidad es un elemento de la culpabilidad*”. “Esta diferencia – añade aquel autor a continuación–, la diferencia entre el por qué y el para qué, guarda relación con el hecho de que para la apreciación de los motivos son decisivas las relaciones con el resultado típico (¿se lo había representado?, ¿lo quería?); aquí radica la cuestión principal, mientras que los fines relevantes del autor siempre van más allá del resultado. Con otras palabras: desde el punto de vista determinante para la imputación, la conducta punible es el *producto de motivos*; bajo el punto de vista decisivo para decidir sobre la antijuricidad, la acción es *el medio para fines*”⁷⁶⁸. Lo que distinguiría a los elementos subjetivos de la antijuricidad y a aquellos que determinan la culpabilidad de la conducta vendría a ser su contenido, y/o el distinto significado que aquel autor les otorga al comprobar la concurrencia de estos dos presupuestos de la pena, así como el hecho de

⁷⁶⁷ Vid. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 186-187, 200 y ss.

⁷⁶⁸ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 187-188 (cursivas en el original). En este sentido, M.E. Mayer señala que el profesor vengativo del ejemplo anterior realiza las lesiones de modo doloso y antijurídico; en lo que aquí interesa, el dolo radica en la relación entre su voluntad y el maltrato, mientras que la antijuricidad radica en la relación entre el maltrato y el enfado del padre.

que la consideración de los fines del autor no es algo que sea siempre relevante para comprobar la antijuricidad de su conducta⁷⁶⁹.

25. Otra de las consecuencias de la concepción de M.E. Mayer sobre el significado de los tipos penales y la comprobación de la antijuricidad de una conducta es la necesidad de matizar la relevancia de la comprobación de la tipicidad en los delitos de omisión y los delitos de peligro. Partiendo de que su carácter antijurídico viene determinado por la oposición a una norma de cultura reconocida por el Estado, aquel autor considera necesario especificar los criterios que permiten decidir en qué casos son antijurídicas las omisiones y las puestas en peligro típicas⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ Vid. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 187-188. Vid. también *op. cit.*, p. 106. La diferencia entre el significado que el contenido interno de la acción puede tener en la antijuricidad y en la culpabilidad se pone claramente de relieve en los casos en los que es distinto el contenido de los motivos y el de los fines del autor, como ocurre cuando el fin que fundamenta la antijuricidad está vinculado a un error que excluye la culpabilidad (v. gr. en el caso del reconocimiento médico con fines lascivos creyendo su autor que la paciente consiente). Esto también aparece con claridad en los casos en los que los fines perseguidos por el autor no justifican la acción, ni tampoco determinan la cuestión relativa a la culpabilidad; así, por ejemplo, el hecho de que un oficial sin experiencia imponga con fines correctivos una pena disciplinaria que no está prevista legalmente, no excluye su carácter antijurídico y, en sí mismo, es indiferente para la culpabilidad; aquí lo relevante puede ser el hecho de que el oficial creyera que la sanción era conforme a Derecho porque anteriormente le fue impuesta a él, o porque se trataba del mandato de un superior. Finalmente, cuando el objeto de ambas formas de consideración sea el mismo, la diferencia radicará en la propia perspectiva que se adopte al tomarlo en consideración; así, la apropiación de la cosa ajena, considerada como *lo que realizará el autor* es un componente de la antijuricidad, considerada como *lo que influye en el autor* (motivo, intención) es un elemento de la culpabilidad. “Quien no quiera ver aquí *ninguna* diferencia –dice M.E. Mayer– es porque la unidad del objeto (psíquico) le confunde respecto de la duplicidad de su consideración”.

⁷⁷⁰ Vid. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 189 y ss.

Respecto de las omisiones, M.E. Mayer distinguía entre los delitos propios de omisión (omisiones sin resultado) y las omisiones vinculadas a un resultado (delitos impropios de omisión). La función indiciaria del tipo conserva todo su significado en los primeros, pero lo pierde por completo en los delitos impropios de omisión. Los delitos propios de omisión consisten en la lesión de un mandato que debe extraerse sin excepción del tipo y, a menudo, sólo de él⁷⁷¹. En cambio, en relación con los delitos del segundo grupo, los que consisten en la lesión de una prohibición mediante una omisión, M.E. Mayer afirma que “los tipos legales no proporcionan el más mínimo punto de apoyo. Quien quisiera apoyarse en ellos, se encontraría ante la elección de no considerar antijurídica ninguna omisión, o bien juzgar igual la actividad y la inactividad y considerar que *toda* omisión es antijurídica hasta que se pruebe lo contrario. La evidente incorrección de la primera opción no está muy lejos de la incorrección de la segunda. No puede establecerse un paralelismo entre quien no salva al niño que ha caído al agua y aquel que lo ha lanzado. Y la razón de esto radica en que los tipos que sancionan una prohibición sólo *indican* lo que *no debe hacerse* y, por lo tanto, *no indican* lo que *debe hacerse*. La prohibición de actuar encierra el permiso de permanecer inactivo. De ahí deriva que mientras que las actividades típicas son antijurídicas a menos que se justifiquen mediante una proposición o el sistema jurídico, las inactividades típicas no son antijurídicas a menos que estén prohibidas mediante una proposición o el sistema jurídico. En el ámbito de los delitos impropios de

⁷⁷¹ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 190. Este autor afirma que, por ejemplo, el *deber* de no desaprovechar el conocimiento de ciertos delitos inminentes está *expresado* en el § 139 y sólo en él. Sin embargo, la deducción de la antijuricidad a partir de la tipicidad puede, como siempre, no ser correcta.

omisión la regla y la excepción cambian de posición”⁷⁷². Para que la no evitación del resultado sea antijurídica debe existir un deber jurídico de no permanecer inactivo, que puede fundamentarse en el Derecho público o en el Derecho civil⁷⁷³.

Lo dicho aquí acerca de la relación entre el tipo y los presupuestos de la antijuricidad de los delitos impropios de omisión vuelve a poner de relieve la escasa trascendencia que M.E. Mayer otorgaba a la tipos penales para fundamentar positivamente la antijuricidad de la conducta típica. Por otra parte, al negar a los tipos penales un significado indiciario, la comprobación de la antijuricidad de la conducta típica se desvincula de la referencia valorativa a la singularidad material de las conductas descritas en los tipos penales. Se desconoce, así, que el deber que determina la antijuricidad de la conducta omisiva debe ajustarse desde un punto de vista

⁷⁷² M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 190-191. Este autor afirma expresamente: “hasta donde alcanzo a ver, Beling (164/165) es el único que ha señalado correctamente esta relación”. Y más adelante señala que “la idea correcta aparece en aquellos que, como Sturm [...] o Träger [...] señalan que la omisión sólo es antijurídica cuando contradice un "deber especial". Pero esta teoría sólo es comprensible cuando se ha eliminado la función indiciaria del tipo”.

⁷⁷³ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 191 y ss. Este autor señala que la relación de servicio obliga a los órganos estatales a realizar acciones que vienen exigidas por el deber de obediencia o de fidelidad; y la relación de subordinación obliga a todos a cumplir las órdenes dictadas por las autoridades. Asimismo, M.E. Mayer menciona las obligaciones reguladas en el Derecho civil, y destaca las establecidas por el Derecho de familia, y las contraídas por contrato o por la comisión de un delito. En definitiva, remite al Derecho legislado, al contrato y a la injerencia.

Entre las causas que pueden justificar la omisión *típica* este autor menciona los supuestos en los que la actividad hubiera requerido una negación del instinto de supervivencia: uno no está obligado a arriesgar su vida para salvar una cosa que está en peligro, ni esta obligado a salvar de la casa que arde a la persona que está encerrado. Sobre esto, *vid.* también *op. cit.*, pp. 287-288.

material al desvalor específico de las conductas penalmente relevantes que expresan los tipos penales. Esto que aquí se desconoce había sido destacado con una radicalidad excesiva por M.E. Mayer al delimitar los supuestos de tentativa inidónea típica.

26. En relación con la comprobación de la antijuricidad de los delitos de peligro, M.E. Mayer distingue entre los delitos de peligro abstracto –que él denominaba “delitos con resultado que debe entenderse como presunción”– y los delitos de peligro concreto⁷⁷⁴. Sólo respecto de éstos considera necesario realizar algunas puntualizaciones. En los delitos de peligro abstracto el tipo cumple con especial intensidad su función indiciaria, pues –según M.E. Mayer– al Juez no le está permitido dejar impune la realización no peligrosa del tipo por considerar que no es antijurídica⁷⁷⁵. En cambio, respecto de los delitos de peligro concreto la consideración de que la antijuricidad responde a la contradicción con una norma de cultura reconocida por el Estado cobra especial relevancia, “puesto que la cultura permite diversas e importantes puestas en peligro, e incluso las exige”⁷⁷⁶. En efecto, conductas peligrosas como la de colocar a un hombre entre ruedas y correas de transmisión, permitir trabajar bajo tierra o aumentar al máximo la velocidad de los trenes rápidos no están prohibidas. Muchas de ellas no sólo se toleran sino que se elogian como productos culturales. El problema, por lo tanto, radica en determinar dónde está la frontera que convierte la puesta en peligro permitida en prohibida por el Derecho.

⁷⁷⁴ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 197-200.

⁷⁷⁵ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 197.

⁷⁷⁶ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 197.

M.E. Mayer afirma gráficamente que la peligrosidad es un elemento “que padece casi todas las enfermedades que puede tener un presupuesto de la pena: es un elemento del tipo, pero de carácter impropio [normativo] porque tiene lugar en el mundo del Derecho; por esta razón es un elemento propio de la antijuricidad, o sea, que no es un síntoma, sino un componente del desvalor; pero es un elemento que no puede constatarse sin tomar en consideración los fines del autor, o sea, un elemento subjetivo de la antijuricidad. Esta singularidad aumenta por el hecho de que la peligrosidad debe medirse en las normas de cultura que el Estado ha reconocido a bulto y, concretamente, sólo mediante la prohibición de las puestas en peligro prohibidas, así como por el hecho de que sólo disponemos de un criterio relativo –y es precisamente a partir de él como se llega a resultados–. La decisión de que una puesta en peligro está prohibida nunca puede establecerse de forma absoluta”⁷⁷⁷. Aquel autor rechaza la opinión de quienes consideran que la posibilidad de lesión es antijurídica cuando alcanza una determinada medida (en realidad, indeterminable). Esto responde a la confusión entre la puesta en peligro y la puesta en peligro prohibida. “Que en un determinado momento fuera posible la lesión de un bien demuestra que éste estaba en peligro, y cuanto más próxima esté la posibilidad de lesión mayor será el peligro, pero también la mayor de las puestas en peligro puede estar permitida. El comandante que dirige su compañía a un ataque no actúa antijurídicamente. [...] [S]on normas relativas las que rigen esta materia y, en concreto, las siguientes: la puesta

⁷⁷⁷ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 198. Este autor señala que el hecho de que la realización de la peligrosidad sea algo que tiene lugar en el mundo del Derecho se admite más a menudo de lo que pudiera parecer. Se trata de un elemento que se determina en función de la referencia a algo que no llega a producirse. El concepto de peligro contiene un juicio sobre un proceso, un juicio que es objetivo, en el mismo sentido que lo es cualquier juicio que constate la antijuricidad de una lesión.

en peligro permitida se extiende tanto más cuanto menor sea el valor del bien jurídico, menor sea el ámbito de la lesión que amenaza, y más justo sea el fin de la acción”⁷⁷⁸. Estos criterios deben aplicarse conjuntamente. Los ejemplos que M.E. Mayer menciona para aclararlos son los siguientes: la voladura de un peñasco que se hace necesaria en la obra que se realiza en una calle puede estar permitida aunque ponga en peligro una casa, pero estaría prohibida si pusiera en peligro vidas humanas; la instalación de alumbrado o calefacción permitida en una casa, puede considerarse peligrosa en un teatro; el peligro causado en los gases mediante un viaje excesivamente rápido se le perdonará a un equipo de bomberos que se apresura a apagar un incendio, pero no al conductor de un coche lujoso (*der Lenker eines Luxusgespannes*).

Aquel autor reconoce expresamente que los tres criterios que propone se caracterizan tanto por su relatividad, como por su imprecisión. “Por ello – afirma M.E. Mayer– es fundamentalmente erróneo colocar la teoría de la antijuricidad o la de la culpabilidad sobre esta base peligrosa [...]. La conclusión sobre la antijuricidad desde el resultado *lesivo* es segura, la conclusión sobre la antijuricidad desde el resultado *peligroso* es engañosa; y en relación con la previsión de ambos resultados ocurre lo mismo respecto de la *conciencia* de la antijuricidad”⁷⁷⁹. Hasta qué punto es conservadora la concepción que M.E. Mayer tenía del Derecho y de la

⁷⁷⁸ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 199. Aunque considera que no es lo esencial ni lo decisivo, este autor reconoce que, al determinar la antijuricidad de una puesta en peligro, lo primero que debe hacerse es comprobar el dato fáctico relativo a la existencia de un peligro mayor o menor. Por otra parte, M.E. Mayer señala que respecto del tercero de los criterios –el que hace referencia al elemento subjetivo– la justificación del fin debe definirse mediante la referencia a la cultura dominante; en caso contrario, este criterio no diría nada.

⁷⁷⁹ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 200, nota 6.

ciencia jurídica puede advertirse en estas palabras: “[L]a antijuricidad de las puestas en peligro concretas es un presupuesto de la pena que apenas satisface las reglas elementales del arte de la legislación. El legislador es consciente de ello. Cuando quiere proteger a un bien jurídico de su puesta en peligro, elige en la mayoría de casos la forma de los delitos de peligro abstracto [...]. De este modo se excluye la relatividad e imprecisión del baremo y se coloca sobre tierra firme la constatación de la antijuricidad. Un triunfo de la ciencia del Derecho en el que puede estudiarse su esencia. Y así, el aprecio a los delitos de peligro abstracto es el mejor triunfo que nos ha proporcionado la consideración de los delitos de peligro concreto”⁷⁸⁰.

27. Distinguiéndolas de las causas que excluyen la tipicidad, M.E. Mayer se ocupa de las causas de justificación al abordar en su Tratado las causas de exclusión de la pena o elementos negativos del tipo. “Puesto que aquello que da lugar a considerar la contrariedad con el Derecho es siempre la tipicidad de un resultado –dice aquel autor–, [las causas de justificación] deben definirse sistemáticamente como *circunstancias que se oponen a la admisión de que, al realizar el tipo, el autor ha lesionado un deber jurídico (norma del Derecho) [eine Rechtspflicht (Rechtsnorm)]*. Siguiendo la concepción de Binding, para la doctrina dominante [...] son *excepciones a la norma*. Esto es correcto para el pequeño grupo de privilegios, pero no es una idea que pueda llevarse hasta el final [...]. Sin embargo, se va demasiado lejos cuando no se quiere reconocer en absoluto la relación entre regla y excepción; las causas de justificación son, más bien, *excepciones a la regla de que la realización del tipo es antijurídica*. No es que se quiebre

⁷⁸⁰ M.E. MAYER, A.T., cit., p. 200.

un mandato o una prohibición, sino que se contradice la función indiciaria del tipo”⁷⁸¹.

En cuanto a su contenido material, M.E. Mayer vuelve a remitirse a su concepción de las normas del Derecho como normas culturales reconocidas por el Estado⁷⁸². Tanto el contenido del primer apartado del § 53 StGB – que establece que "no existe una acción punible cuando la acción venía exigida por legítima defensa"– como el resto de causas de justificación vendrían a suponer el reconocimiento de normas de cultura por parte del Estado⁷⁸³. Frente a las causas de exculpación, las causas de justificación se

⁷⁸¹ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 270 y nota 6. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 271 y ss.

⁷⁸² *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 271.

⁷⁸³ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 276. Más adelante, M.E. Mayer afirma expresamente (*op. cit.*, p. 286) que “al analizar qué normas culturales han sido reconocidas por el Estado nadie, tampoco este autor, es tan estúpido de apartar la vista del Derecho positivo; cuando éste habla escuchamos atentamente”.

Aquel autor clasifica en tres grupos las causas de justificación: las que tienen su fundamento en la lucha contra el injusto, las que se fundamentan en la garantía de intereses legítimos, y los privilegios. *Vid. op. cit.*, pp. 274 y ss. En relación con aquellas causas de justificación que agrupa bajo la denominación general de la garantía de intereses legítimos, M.E. Mayer afirma (*op. cit.*, pp. 286-287): “Junto a la lucha contra el injusto, la garantía de intereses legítimos ofrece una causa de justificación de acciones típicas, y es decisivo si los intereses y el modo como se garantizan guardan relación con una norma de cultura y ésta ha sido reconocida por el Estado”. En este sentido, pese a reconocer que, debido a la existencia del § 216, para matar a un tercero es insuficiente que éste lo solicite, M.E. Mayer considera que la eutanasia no es antijurídica cuando el médico la realiza para evitar el sufrimiento al paciente. Y esto lo fundamenta afirmando (*op. cit.*, p. 290): “Yo soy de la opinión de que nuestra cultura permite semejante ataque y, puesto que no existe ninguna disposición de la que pudiera concluirse que el Ordenamiento jurídico no comparte este punto de vista, respecto de la conducta del médico debe reconocerse que constituye una garantía de intereses legítimos inobjetable”. Asimismo, al ocuparse del derecho de corrección, M.E. Mayer señala (*op. cit.*, p. 296) que, cuando la educación se traslada a terceros, se traslada también el derecho de corrección relacionado con ésta, a menos que, atendiendo a la

caracterizan por su carácter impersonal. Prescinden de la relación personal del autor con el deber que infringe y de la cuestión acerca de si se le puede reprochar su infracción. La valoración de esta cuestión no afecta a la antijuricidad de la conducta, sino a la culpabilidad. Aquel reproche puede quedar excluido por la concurrencia de una situación de necesidad que carece de eficacia para excluir la infracción objetiva del deber y sólo excluye la contrariedad subjetiva al deber (*die subjektive Pflichtwidrigkeit*), o por la existencia de un error que afecta a la posibilidad de cumplir el deber que la conducta infringe⁷⁸⁴.

clase de escuela, a la edad de los alumnos o a circunstancias semejantes, este vínculo sea contrario a la cultura. Y, amparándose en el reconocimiento cultural del derecho de corrección y en la ausencia de cualquier indicación en sentido contrario por parte del Ordenamiento jurídico, aquel autor también considera que el derecho de corrección corresponde a cualquiera que advierta el comportamiento impropio de un niño.

En relación con la intervención médica, M.E. Mayer señala que cuando produce un resultado de mejora de la integridad física faltará el tipo de lesiones. En caso contrario, cuando falta el consentimiento del enfermo cabría entender que si aquélla se ajusta a las reglas del arte médico faltará el tipo porque no se ha realizado una acción de "maltrato". Pero si esto no se aceptara y se afirma la tipicidad de la conducta, aquel autor considera (*op. cit.*, p. 295) que ésta puede entenderse justificada acudiendo a la garantía de intereses legítimos, pues "los intereses a los que sirve el médico están reconocidos por nuestra cultura y la esencia de nuestro Estado, y el modo en que se garantizan encuentra su baremo en las normas médicas".

Respecto de la cuestión de si es o no conforme a Derecho la destrucción del feto o una operación semejante cuando está médicamente indicada para salvar la vida o la salud de la madre, aquel autor reconoce (*op. cit.*, pp. 295-296) que aquí "nos topamos con concepciones culturales encontradas [...]. La teología moral católica lo niega, la cultura alemana lo acepta. Aquí rige el principio: lo que es médicamente correcto, no puede ser incorrecto para el Derecho".

⁷⁸⁴ *Vid.* M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 271 y ss. Según este autor (*op. cit.*, p. 271), puede realizarse una clasificación atendiendo a la intensidad y extensión de su eficacia, pero todas las causas de justificación tienen una naturaleza unitaria. Considera incorrecto distinguir entre causas de justificación subjetivas (personales) y causas de justificación

objetivas (materiales [*sachlichen*]), una construcción que viene determinada por la discusión acerca de la naturaleza de la obediencia debida. “Cuando características o relaciones personales excluyen la validez de una norma –dice M.E. Mayer–, esto responde por definición a las relaciones de la persona con la norma, y estas relaciones son el elemento normativo de la culpabilidad. Por lo tanto, la causa de justificación personal es, en realidad, una causa de exculpación”. Estas se caracterizan por oponerse a que un suceso típico y antijurídico se impute a su autor, o sea, que excluyen el reproche por la infracción del deber. Lo decisivo aquí es la existencia de un error o de coacción; la necesidad y el error son las dos únicas formas de exculpación. “Dentro de los límites en los que se reconoce legalmente –dice M.E. Mayer (*op. cit.*, p. 272)–, la necesidad neutraliza un deber ser (*setz ein Sollen matt*), excluyendo la exigencia de determinarse por las normas o, lo que viene a ser lo mismo, por la representación del resultado (por esta razón, a pesar de su relación con el deber ser, la necesidad no es una causa de justificación; a la persona que se encuentra en una situación de necesidad se le exige una menor resistencia en reconocimiento a su especial motivación, pero no se le otorga una posición objetiva privilegiada); sin embargo, la necesidad no afecta a las exigencias que el Derecho dirige a nuestro *conocimiento, o sea, al poder (an das können)*. Evidentemente, ante la necesidad alguien puede perder la cabeza y no saber lo que hace; en estos casos la necesidad ha provocado un error y sólo bajo este punto de vista debe juzgarse la afectación del poder (*die Beeinträchtigung des Könnens*). Al contrario de la necesidad, el error tiene la característica de excluir el *poder*, mientras que carece de fuerza para reducir el *ámbito del deber (der Pflichtkreis)*, o sea, el *deber ser (Sollen)*. Evidentemente, alguien puede equivocarse sobre sus deberes; en este caso, el deber ser es el *objeto* del error [...]. La consecuencia es una afectación del poder, con independencia de si el objeto del error es una norma, un hecho relevante, o un hecho irrelevante. De este modo, en las causas de exculpación no encontramos otra cosa que el reverso de los presupuestos generales de la culpabilidad, que hemos establecido en la fórmula de que la representación del resultado pudo y debió ser un contramotivo (*die Erfolgsvorstellung hätte Gegenmotiv werden sollen und können*)”. Vid. también *op. cit.*, pp. 298, 300 y ss.

En la tesis de que el estado de necesidad es una causa de exculpación y no una causa de justificación puede advertirse la escasa trascendencia que, desde un punto de vista sistemático, aquel autor otorga al propósito que previamente había manifestado de “escuchar al Derecho positivo cuando éste habla”. En efecto, M.E. Mayer reconoce que del tenor literal del BGB (§§ 228 y 904) puede parecer que el estado de necesidad allí regulado es una causa de justificación. Sin embargo, según aquel autor (*op. cit.*, p. 305) “de acuerdo con el sentido [de estos párrafos], lo que se excluye es la contrariedad al

Derecho de carácter *subjetivo* (*die subjektive Widerrechtlichkeit*), o sea que se garantiza un derecho a la exculpación. La opinión contraria que generalmente se mantiene, señalando que en el BGB se excluye la objetiva contrariedad a Derecho de las acciones realizadas en estado de necesidad, no es la única posible”. Las razones que aquel autor esgrime para defender su opinión, muestran el formalismo y el conceptualismo en el que se sustenta, así como el deseo de mantener la unidad del Ordenamiento jurídico. M.E. Mayer destaca que “según el § 904 [BGB: estado de necesidad agresivo], aquel que ha sido puesto en peligro está obligado a soportar los daños provocados por la acción realizada en una situación de necesidad. El deber de reparar los daños puede estar vinculado a acciones antijurídicas a pesar de que el obligado no sea culpable. Pero sólo puede estar vinculado a acciones que se ajusten al Derecho cuando esa obligación se ha adquirido contractualmente, o se vincula *ex lege* a un negocio jurídico. *Además, la reparación de los daños puede ser una condición sin la cual una acción no se ajusta al Derecho, pero nunca la consecuencia jurídica producida por una acción adecuada a Derecho.* Puesto que la acción realizada en estado de necesidad no se encuentra "en el ámbito del tráfico negocial", puesto que, además, subsiste el deber de reparar y éste no es una condición de la conformidad a Derecho, sino una consecuencia jurídica. En definitiva, *puesto que no se da ninguno de los casos en los que se producen conjuntamente la conformidad a Derecho y el deber de reparar el daño, debe admitirse la antijuricidad de la acción realizada en estado de necesidad*” (subrayados en el original). Evidentemente, M.E. Mayer está pensando en la existencia de obligaciones de reparar el daño que no requieren la culpabilidad del autor, esto es, en la responsabilidad sin culpa (*Haftung ohne Verschulden*), respecto de las cuales considera que sólo la antijuricidad de la conducta puede fundamentar y justificar la responsabilidad. En este sentido, aquel autor afirma (*op. cit.*, p. 306, nota 12) que “la antijuricidad de la acción es la condición sin la cual la responsabilidad sin culpabilidad es una palabra vacía [...]. De la acción realizada en estado de necesidad puede decirse: es antijurídica *porque* es un caso de "responsabilidad sin culpa"” (subrayado en el original).

Una argumentación similar es la que esgrime M.E. Mayer para considerar que la obediencia debida es una causa de exculpación. *Vid. op. cit.*, pp. 334-340. Este autor afirma (*op. cit.*, pp. 334-335): “*Bajo cualquier circunstancia, la ejecución de un mandato antijurídico es una acción antijurídica.* La admisión de que el mandato podría excluir la antijuricidad de la acción fracasa por el hecho de que a quien ordena se le hace responsable (como inductor o como autor mediato) por la ejecución del mandato. Y las consecuencias jurídicas, y en particular la pena, no pueden vincularse a acciones adecuadas a Derecho. Por lo tanto, la impunidad de quien obedece, que debe quedar garantizada cuando la subordinación es exigida jurídicamente, sólo puede

De acuerdo con su concepción objetiva de la antijuricidad, al ocuparse de los requisitos de la legítima defensa, aquel autor reconoce que debe tenerse en cuenta la intensidad del ataque y la relación existente entre las fuerzas

fundamentarse en su relación personal con la antijuricidad, o sea, en la negación de un elemento de la culpabilidad. Cabe pensar en deducir la exculpación del carácter vinculante del mandato, incorporando a las causas de exculpación una nueva, o bien reconducirla a una situación de necesidad o a un error de quien obedece, de modo que quedaría garantizado el carácter cerrado del sistema. La primera posibilidad queda excluida porque en ningún lugar del Derecho vigente se reconocen mandatos que sean antijurídicos y vinculantes [...] pues la antijuricidad y la obligatoriedad se excluyen mutuamente. La curiosa consideración de que quien obedece se salva, mediante la ejecución del mandato antijurídico, de peligros que acarrea la desobediencia, o sea, de una situación de necesidad, traslada el apuro de la teoría jurídica a la práctica de los sometidos a ella y seguramente podría ofrecer ejemplos. Pero precisamente este apuro debe evitárselo la jurisprudencia a quienes obedecen. Ella consigue su meta partiendo de los hechos de la vida tal como se presentan. De la gran cantidad de órdenes antijurídicas, la mayoría son obedecidas porque quien lo hace desconocía su carácter antijurídico; la ejecución del mandato responde a un *error*. Cuando la antijuricidad es evidente, o sea, cuando se ordena un delito o una infracción, aquel error puede dar lugar a otro distinto; entonces puede suceder que quien obedece considere que, a pesar de su carácter antijurídico, el mandato es vinculante. Y, ocasionalmente, se le puede disculpar el error” (subrayados en el original).

Como reconoce el propio M.E. Mayer (*op. cit.*, p. 305) al ocuparse de la naturaleza del estado de necesidad, la consecuencia más importante de entender que se trata de una causa de exculpación y considerar antijurídica la acción realizada en estado de necesidad es la admisibilidad de legítima defensa; sin embargo, también reconoce (*op. cit.*, p. 309) que esto no es válido para todos los supuestos de estado de necesidad previstos en el BGB, pues el § 904 (estado de necesidad agresivo) establece expresamente una excepción, justificada por el hecho de que el propietario cuenta con el derecho a la reparación del daño. Por otra parte, M.E. Mayer consideraba (*op. cit.*, pp. 309, nota 16 y 319) que, además de aquellos supuestos en los que concurren los presupuestos legales del estado de necesidad, la conducta también puede quedar exculpada en los casos de estado de necesidad putativo. Con estas matizaciones, la distinción entre las causas de justificación y las causas de exculpación pierde gran parte de su trascendencia práctica.

del agresor y las del agredido. Pero rechaza que la opinión del agredido acerca de la exigibilidad de la defensa sea aquí decisiva. Por lo tanto, las medidas defensivas de carácter meramente subjetivo, incluso cuando fueran excusables, representan un exceso antijurídico frente al cual cabe legítima defensa. De acuerdo con los principios que M.E. Mayer había establecido en relación con la culpabilidad, el exceso no debería, sin embargo, ser imputable a su autor cuando sus motivos estén configurados de tal modo que no quepa reprocharle la infracción del deber. Pero el positivismo legalista de la metodología de M.E. Mayer y lo erróneo de su concepción objetiva e impersonal del injusto vuelven a ponerse de relieve cuando este autor afirma: “a esto, que se deriva de los principios de la teoría de la culpabilidad y da lugar a decisiones satisfactorias, le ha privado de base el StGB, al establecer (§ 53 apart. 3) que el exceso quedará impune cuando responda a determinados motivos y, concretamente, a "perturbación, miedo o espanto". Por lo tanto [...] el exceso debe castigarse como delito doloso o imprudente cuando responda a una razón plenamente disculpable, pero que no ha sido mencionada en la ley. La imputación, esta fina conquista de la administración de justicia, se ve bloqueada por una regla grosera. Por ello, también sería incorrecto incluir lo establecido en el apartado tercero del § 53 entre las causas de exculpación; no es más que una tosca causa personal de exclusión de la pena”⁷⁸⁵. M.E. Mayer desconoce, así, la conveniencia de decidir sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de

⁷⁸⁵ M.E. MAYER, *A.T. cit.*, pp. 282-283. También en relación con el requisito de la existencia de un ataque se olvida M.E. Mayer de la posibilidad de configurar normativamente el contenido de la regulación legal. Según este autor, “[a] la esencia del ataque pertenece la voluntad de ir más allá del mero mantenimiento de un estado y producir la modificación de un estado; quien permanece antijurídicamente en una casa ajena no actúa de modo agresivo y, por lo tanto, no puede ser expulsado al amparo de la legítima defensa; (sin embargo, podrá tener lugar la autoayuda del § 229 BGB)”.

justificación atendiendo al criterio del hombre medio colocado en la posición del autor⁷⁸⁶. Y desconoce, también, la posibilidad de entender que la enumeración de los supuestos recogidos en el apartado tercero del § 53. StGB no es una enumeración exhaustiva, que cierre la posibilidad de admitir otros sobre la base de los principios generales que determinan la culpabilidad por la realización de una conducta típica y antijurídica. En esta dirección, a pesar de que también consideraba antijurídicos los supuestos en los que el autor cree erróneamente que existe un ataque antijurídico y culpable, M.E. Mayer señala que “en relación con éstos casos la ley guarda silencio y, con ello, abandona a los principios de la imputación la cuestión sobre si el error excluye la culpabilidad”⁷⁸⁷⁻⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ Sin llegar a suponer una concepción subjetiva del injusto, esto dará lugar a una reducción del ámbito de lo que, desde una concepción más impersonal de la antijuricidad, cabría considerar como excesos en relación con la justificación de la conducta típica.

⁷⁸⁷ M.E. MAYER, *A.T. cit.*, p. 283. Refiriéndose a supuestos de error sobre los presupuestos de una causa de justificación y su tratamiento, *vid. también, op. cit.*, pp. 322-323, 291 y 293, nota 20 (negando que la acción pueda estar justificada cuando el consentimiento no es eficaz, y señalando que si el autor no podía reconocer esta circunstancia, o actuaba creyendo de buena fe que realizaba algo permitido, no se le podrá imputar la lesión del Derecho), 297 (señalando que el exceso en el derecho de corrección puede ser imputable a dolo o a imprudencia, o puede ser disculpable por la existencia de un error).

⁷⁸⁸ Al ocuparse de los presupuestos de la legítima defensa, M.E. Mayer no hace ninguna referencia a la necesidad de que el agredido conociera que es objeto de un ataque antijurídico, ni a que tuviera voluntad de defenderse, para poder excluir la antijuricidad de su conducta típica. En cambio, aquel autor sí hace depender del fin de evitar el peligro para su pretensión la conformidad a Derecho de la conducta en los casos de autoayuda (*Selbsthilfe*) previstos en los §§ 229 y 231 BGB (sobre esto, *vid. A.T., cit.*, p. 284). Pero no se encuentra ninguna otra referencia al conocimiento de la concurrencia de sus presupuestos objetivos cuando M.E. Mayer expone el resto de las causas de justificación.

28. Es en el marco de la teoría de la culpabilidad cuando M.E. Mayer presta atención a la relación personal del autor con la norma que infringe su conducta típica y antijurídica⁷⁸⁹. En este sentido, afirma que “actúa de modo culpable quien produce un resultado típico de modo contrario al deber”⁷⁹⁰.

Al ocuparse de las conductas dolosas e imprudentes como conductas culpables e imputables a su autor, M.E. Mayer vuelve a hacer referencia a la existencia del deber (*Pflicht*) como presupuesto de su infracción y de la imputación de la conducta que lo infringe a su autor, si éste es un sujeto con capacidad de imputación y podía haber previsto que su conducta lo infringía⁷⁹¹. Pero lo que nos interesa destacar aquí es que aquel autor reconoce ahora la imposibilidad de decidir definitivamente si la conducta del autor infringe un deber al comprobar la tipicidad y la antijuricidad, pues aquí se prescinde de tomar en consideración la representación del autor sobre la concurrencia de los elementos del tipo, y este elemento subjetivo no sólo es relevante para decidir si el autor actuó de modo doloso o imprudente, sino que, *cuando ha incurrido en un error*, también es esencial para decidir si su conducta infringe un deber. El contenido subjetivo del hecho no sólo es decisivo para decidir sobre la *imputación* de un hecho típico y antijurídico. Al plantearse la cuestión sobre su imputación, la

⁷⁸⁹ Vid. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 200 y ss., 300 y ss.

⁷⁹⁰ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 231: “Schuldhaft handelt, wer pflichtwidrig einen tatbestandsmäßigen Erfolg herbeiführt. Danach ist (außer der Erfolg) die *Pflichtwidrigkeit* für die Schuldhaftigkeit charakteristisch”.

⁷⁹¹ Vid. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 251 y ss.

representación del autor acerca de los elementos del tipo también es esencial para decidir la existencia del propio objeto cuya imputación se plantea⁷⁹². Sin embargo, al concebir la imprudencia y el dolo como formas de culpabilidad (*Schuldarten*), M.E. Mayer consideraba que la existencia del deber y su infracción es necesaria, pero insuficiente para afirmar el carácter doloso o imprudente de la conducta.

Según M.E. Mayer “la producción de un resultado típico contraria al deber (*Pflichtwidrig*) es *imprudente* tanto cuando al autor le ha faltado la representación de la producción del resultado, como cuando la confianza en que no se produciría ha sido la razón decisiva para realizar la manifestación de voluntad”⁷⁹³. Si en lugar de su estructura psicológica, se presta atención a la lesión del deber, quien actúa imprudentemente es “aquel que presta menos atención de lo que debería y podía”⁷⁹⁴. El ámbito de la imprudencia

⁷⁹² Vid. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., pp. 200-201, 228-232, 237.

⁷⁹³ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 251 (cursiva añadida).

⁷⁹⁴ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 251. Al ocuparse de la teoría del error, M.E. Mayer señala expresamente (*op. cit.*, p. 324) que la contrariedad de la acción con el deber es una característica de dicha acción tanto en los supuestos en los que el sujeto conoce las circunstancias del tipo, como en aquellos en los que las desconoce, y con independencia de si podía o no conocer la contrariedad de su acción con el deber. En este sentido, entiende que la infracción del deber no es algo exclusivo de las acciones imprudentes, sino que se da también en las acciones dolosas, e incluso en los supuestos en los que el sujeto incurre en un error que excluye la imputación de la conducta. Esto, sin embargo, no se pone de manifiesto en aquellas exposiciones de la teoría del error que vinculan su eficacia exculpante con los presupuestos positivos de la imprudencia y, así, establecen un vínculo entre la exclusión de la culpabilidad y la invencibilidad del error, y entre ésta y la infracción o la ausencia del cuidado exigible en el tráfico. En estas formas de exponer la imprudencia se mezclan el elemento descriptivo relativo a la parte subjetiva de la imprudencia y el elemento normativo. “El error metodológico –dice M.E. Mayer– no sólo se encuentra en esta mezcla, sino también en el hecho de que la contradicción entre la acción y el deber aparece como una característica de la imprudencia, mientras

viene delimitado por el ámbito del dolo y el del caso fortuito. Respecto de este último, la imprudencia se caracteriza por suponer la producción del resultado infringiendo un deber (*als pflichtwidrige Herbeiführung des Erfolgs*). La infracción del deber sólo puede imputarse al autor cuando le era posible conocer que lo lesionaba⁷⁹⁵. Pero en primer lugar debe comprobarse la cuestión lógicamente anterior de la contradicción de la conducta con el *deber ser* (*der Widerspruch mit dem Sollen*)⁷⁹⁶. Una vez que se haya constatado la oposición de la conducta con el deber ser, para poder afirmar la imprudencia es necesario algo más. Puesto que el error pudo ser invencible, deberá examinarse si *el autor podía* conocer la

que respecto del dolo sucede lo mismo. Las normas de cultura, de las que no se quiere saber nada en la teoría del dolo, se apiñan en la teoría de la imprudencia, aunque sea con otro nombre. Y esto también da lugar a confundir la naturaleza del error disculpable. *La afirmación de la lesión del deber es su presupuesto, y su esencia radica en la negación de la posibilidad de conocerlo*” (subrayados en el original).

⁷⁹⁵ Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 233 y ss., 251 y ss.

⁷⁹⁶ M.E. Mayer identificaba la comprobación de ese deber ser (*Sollen*) con la lesión del deber jurídico (*Pflichtverletzung*). Así se pone de relieve cuando señala que, a pesar de que la mayoría de las veces la dificultad de la delimitación entre la imprudencia y el caso fortuito radica en la comprobación de si al autor le era o no posible conocer su lesión del deber (*seine Pflichtverletzung*), a menudo la dificultad se presenta en relación con “la cuestión lógicamente anterior de si la conducta puede considerarse como lesión de un deber, o sea, en la interpretación de un deber ser (*zuweilen liegt die praktische Schwierigkeit auch in der logisch früheren Frage, ob das Verhalten überhaupt als Pflichtverletzung gerügt werden darf, also in der Interpretation eines Sollens*)”. Vid. M.E. MAYER, A.T., cit., p. 252 y nota 3, donde M.E. Mayer hace referencia al caso del “Leinenfänger”, y, remitiéndose a lo dicho acerca de la antijuricidad de las puestas en peligro, señala que el RG contestó afirmativamente a la pregunta de si ese caballo podía engancharse “esencialmente, porque el peligro vinculado al viaje con semejante caballo no es excesivo, según nuestra concepción del tráfico y, por lo tanto, no aparece prohibido”.

infracción del deber. Esto no se determina con arreglo a un baremo general, sino atendiendo a las circunstancias concretas del hecho y a la capacidad individual del autor en el momento de realizarlo⁷⁹⁷.

Tanto el contenido como el ámbito del deber ser “se determinan metodológicamente –según M.E. Mayer– del mismo modo que respecto del dolo, o sea, según el ámbito de los deberes que afectan al autor (*nach dem Pflichtkreis, in dem der Täter steht*) o, lo que viene a ser lo mismo, según las normas de cultura reconocidas por el Estado. Estas son totalmente independientes del nivel cultural del correspondiente autor y de todas aquellas circunstancias que pudieran considerarse como baremo subjetivo, sobre todo debido a que, de conformidad con su propia idea, la delimitación del deber ser es previa a que algún sujeto se comporte imprudentemente. Además, estas normas y los correspondientes deberes del Derecho (*Rechtspflichten*) son tan diversas como las que desatiende el autor doloso, aunque la lesión no se castiga con la misma extensión”⁷⁹⁸. Aquel autor señala también que “en este contexto, el significado de las normas culturales se ha reconocido desde antiguo de modo general, fundamentalmente debido al § 276 BGB: "Actúa imprudentemente quien desatiende el cuidado exigible en el tráfico". Este cuidado se corresponde por completo con los deberes que designamos como exigencias de la cultura, aunque en cada caso lo decisivo es lo exigible en un *determinado*

⁷⁹⁷ Vid. ME. MAYER, A.T., cit., pp. 254-256.

⁷⁹⁸ M.E. MAYER, A.T., cit., pp. 253-254. “Respecto de la controversia acerca de si la imprudencia debe apreciarse según un baremo objetivo o subjetivo –dice aquel autor (*op. cit.*, p. 253)–, señalamos de nuevo que su singularidad radica únicamente *en aquello que es mesurado*, o sea, en el proceso psíquico, pero que no hay una *medida* que sea propia de éste” (subrayados en el original). Vid. también *op. cit.*, pp. 255-256, 324-325.

ámbito del tráfico, pues, asimismo, la cultura no contiene únicamente exigencias universales, sino exigencias especializadas para los diversos círculos de personas y trabajos. *Ella* es la que rellena los modelos relativos al cuidado de un *ordenado* comerciante o porteador”⁷⁹⁹⁻⁸⁰⁰.

V. Recapitulación y balance

29. Para M.E. Mayer el tipo legal es el hecho externo descrito en la ley penal, que ocasionalmente es necesario delimitar mediante la referencia a las normas culturales que el Estado reconoce a través del proceso legislativo y a los intereses sociales que el Estado pretendía proteger con su reconocimiento. Aquel autor partía, así, de la naturaleza meramente fáctica y aprehensible por los sentidos de los elementos del tipo, pero admite que ocasionalmente el tipo reúne elementos que determinan el desvalor del hecho que describen y que se expresa en las normas del Ordenamiento

⁷⁹⁹ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 254, nota 6 (subrayados en el original).

⁸⁰⁰ En relación con el tipo de lesiones, para los supuestos en los que falta el consentimiento del enfermo M.E. Mayer señala (*A.T.*, cit., p. 294) que es correcto entender que no existe un "maltrato (*Mißhandeln*)" si la actuación del médico se ajusta a las reglas del arte médico, de modo que faltará la tipicidad y no será necesario acudir aquí a una causa de justificación como, por ejemplo, la garantía de intereses legítimos. No obstante, esto también podría considerarse correcto, “pues los intereses a los que sirve el médico –dice aquel autor (*op. cit.*, p. 295)– han sido reconocidos por nuestra cultura y la esencia de nuestro Estado y el modo en que se garantizan encuentran su baremo en las normas médicas (*in den Normen der Heilkunde*). El hecho de que parezcan correctas tanto la negación de la tipicidad como la negación de la antijuricidad responde al hecho de que el elemento en cuestión, la inadecuación del tratamiento es un elemento típico *impropio* y un elemento *propio* de la antijuricidad, o sea, que pertenece al grupo de los elementos normativos del tipo”.

jurídico que prohíben su realización. Incluso en estos casos, la comprobación de la tipicidad de un hecho la concibe, sin embargo, como un momento previo a la comprobación de su carácter antijurídico. Es aquí cuando se realiza un proceso que requiere ir más allá de la mera comprobación de determinadas circunstancias fácticas para tomar en consideración la valoración que el conjunto del Ordenamiento jurídico realiza del hecho típico (prescindiendo, sin embargo, de la valoración de los motivos que han determinado al autor a realizar su conducta, y que condicionan exclusivamente su imputación personal). En este momento deberá tenerse en cuenta la naturaleza y el fundamento de sus normas, así como determinadas circunstancias fácticas externas al tipo, ya que el reconocimiento de normas de cultura por parte del Estado no tiene lugar exclusivamente en el momento de la delimitación de los tipos penales; éstos sólo representan, en el mejor de los casos, un indicio acerca de la antijuricidad de la conducta típica. Con esto último M.E. Mayer quiere expresar que, a pesar de consistir fundamentalmente en la delimitación de un determinado supuesto de hecho, cuya antijuricidad o conformidad a Derecho se determina de modo definitivo en un momento posterior, la delimitación legal de los tipos penales supone la descripción de conductas cuya realización puede ser antijurídica debido, precisamente, a su relación con los intereses sociales o culturales que el Ordenamiento jurídico quiere proteger⁸⁰¹.

30. La concepción de M.E. Mayer se caracteriza tanto por tratar de superar el formalismo de la concepción del tipo y la teoría del delito de Beling, como por la ausencia de referentes valorativos claros y de claridad acerca de su relevancia para la distinción sistemática entre la teoría del tipo y la

⁸⁰¹ Cfr. M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 10 y nota 21.

teoría de la antijuricidad, una distinción que este autor quiere mantener por razones metodológicas esencialmente formales y ajenas a la consideración del vínculo valorativo que existe entre estos elementos del delito⁸⁰². Esto se pone ya de relieve en el modo de abordar la teoría general del delito: partiendo del análisis formal de la proposición jurídico-penal, y dejando para un segundo momento la consideración de ésta desde la perspectiva material, vinculada a la consideración de sus funciones. Que el significado indiciario del tipo sirva a M.E. Mayer precisamente para fundamentar su distinción frente a la antijuricidad, muestra de modo muy significativo hasta qué punto aquel autor partía de la distinción entre ambos elementos como uno de los pilares básicos de la articulación que propone de la teoría general del delito.

Lo primero –el intento de superar el formalismo de las propuestas de otros autores y expresar el significado valorativo de los presupuestos de la pena– permite a M.E. Mayer fundamentar satisfactoriamente la función indiciaria de los tipos legales y reconocer el vínculo entre, por lo menos, algunos de los elementos del tipo y la dimensión valorativa que encierra la comprobación de la antijuricidad de la conducta típica. Sin embargo, la voluntad de mantener la distinción entre las teorías del tipo y la antijuricidad que también caracteriza la concepción de aquel autor, y la ausencia de claridad sobre el significado valorativo específico de estos dos elementos del delito le conducen a rechazar la validez general del

⁸⁰² Esto último es lo que ocurre con el argumento de que no todas las conductas antijurídicas son típicas. En cuanto al argumento de que existen conductas típicas que no son antijurídicas, es evidente que no demuestra nada; es simplemente una afirmación que presupone la distinción entre la tipicidad y la antijuricidad de una conducta. Aquella afirmación será falsa si, por el contrario, se entiende que sólo son típicas las conductas antijurídicas descritas en una ley penal o, si se prefiere, las conductas descritas en una ley penal cuya realización es antijurídica.

significado indiciario de los tipos penales y, con ello, del vínculo valorativo entre la delimitación de los tipos penales y la comprobación de la tipicidad de una conducta, por un lado, y la fundamentación y la comprobación de la antijuricidad de la conducta típica, por otro.

Todo esto impide que la concepción de M.E. Mayer sea una concepción sistemáticamente coherente, y explica que, junto con brillantes intuiciones tanto a nivel sistemático como material, topemos a menudo con conclusiones insatisfactorias que derivan de premisas formales acerca de la articulación sistemática de los elementos del delito o, simplemente, de un positivismo "ingenuo" que hace que M.E. Mayer se comprometa a callar allí donde habla el Derecho, pero a menudo no sepa o no quiera escucharlo cuando su contenido no se encuentra fijado expresamente en el Derecho legal, y es necesario el desarrollo coherente de sus principios para determinarlo y completarlo. En definitiva, cabría afirmar que aquel autor señala el camino por el que debe discurrir la superación de una articulación sistemática del delito y de la concreción del Derecho positivistas, sin saber o sin atreverse a andarlo hasta el final.

Así, nos encontramos con una teoría del tipo penal que parte de la distinción entre este elemento del delito y la teoría de la antijuricidad, pero que pronto cree encontrarse con dificultades para mantener esta distinción, y se ve obligada a reconocer el vínculo que, desde un punto de vista valorativo material, existe entre ambos elementos, así como la imposibilidad de mantener aquella distinción atendiendo a las fuentes y los criterios que deben servir para concretar su contenido. Se llega, así, al reconocimiento de la existencia de los elementos normativos del tipo, reforzada, a su vez, por el reconocimiento de que la realidad no se reduce a aquello que es aprehensible por los sentidos, pues "también una decisión, una idea, una norma o un deber, etc... son algo real; incluso algo posible (por ejemplo, el peligro de que mañana estalle una guerra) puede ser algo

real”⁸⁰³. Por otra parte, M.E. Mayer advierte también que es necesario tomar en consideración la referencia al significado material del Ordenamiento jurídico para delimitar correctamente el contenido de, por lo menos, algunos tipos penales. Ahí está la referencia a la problemática que presenta el tipo del delito de coacciones, uno de los tipos en los que esto se advertirse de modo más evidente. Y algo similar cabría decir del límite que, sin saber encontrar una fundamentación que vaya más allá de la remisión a sus resultados y al uso social del lenguaje, M.E. Mayer establece a su tesis de que todos los vínculos causales son penalmente relevantes⁸⁰⁴.

A pesar de su brillante exposición acerca de la dimensión valorativa y teleológica del proceso legislativo, y de su relación con los valores culturales o intereses sociales de los que parte la decisión del legislador, M.E. Mayer omite tomar expresamente en consideración el significado específicamente penal de la delimitación legal y doctrinal de los tipos penales, lo que permitiría advertir la singularidad que desde un punto de vista teleológico y valorativo presenta el contenido de las normas que prohíben la realización de las conductas descritas en ellos. Si esto es lo que yo entiendo que sería el desarrollo coherente de sus puntos de partida, M.E. Mayer opta por echar el freno. Y lo hace precisamente al referirse a los supuestos en los que se advierte de modo más evidente la encrucijada entre dar este paso hacia delante reconociendo la eficacia de las categorías sistemáticas para configurar y precisar el contenido del Derecho legal además de favorecer su ordenación, o permanecer dentro de las premisas de una sistemática más tradicional, aún a costa de renunciar a la coherencia del

⁸⁰³ M.E. MAYER, *A.T.*, cit., p. 315.

⁸⁰⁴ Aquí, sin embargo, M.E. Mayer omite realizar una fundamentación mínimamente sólida de esta limitación.

propio sistema. Me estoy refiriendo a la concepción de M.E. Mayer acerca de la articulación sistemática de los elementos de los delitos de omisión impropia y de peligro, donde aquel autor renuncia expresamente a abordar la delimitación del injusto específico de estos delitos en el seno de la teoría del tipo y, por esta razón, se ve obligado a negar incluso su función indiciaria en relación con la comprobación de la antijuricidad. De hecho, el significado indiciario que M.E. Mayer reconoce con carácter general a los tipos penales tampoco expresa correctamente el significado material específico de este presupuesto de la pena, que permitiría fundamentar la diferencia entre el desvalor de las conductas que infringen las normas que prohíben la realización de las conductas descritas en los tipos penales y el desvalor del resto de conductas antijurídicas. Aquí, como ocurre también con la remisión a la comprobación de la culpabilidad para limitar las consecuencias del principio de que es penalmente relevante todo vínculo causal, se advierte que con aquellas consideraciones acerca de la dimensión valorativa del proceso legislativo de configuración de los tipos penales lo que M.E. Mayer pretende es, esencialmente, destacar su función garantista como límite al *Ius puniendi* del Estado y a las facultades de los tribunales y la doctrina para delimitar las conductas punibles. Esto se ve reflejado y encuentra su plasmación en la delimitación que aquel autor realiza del tipo de la tentativa. Aquí se advierte con claridad la ausencia de referentes valorativos con un contenido propio suficientemente delimitado, y las dificultades que encuentra la referencia a la peligrosidad de la conducta para el correspondiente bien jurídico en una teoría general del delito que, a pesar de reconocer la relevancia de los fines que el autor perseguía con su conducta para determinar su carácter antijurídico, se niega a tomar aquí en consideración la representación del autor sobre la peligrosidad de su conducta y la posibilidad de que suponga la realización del contenido objetivo de un tipo penal.

También en relación con la relevancia que poseen los elementos subjetivos del hecho para determinar su carácter típico y antijurídico se advierte con claridad la tensión entre los presupuestos formales y las consideraciones materiales que subyacen en la teoría del delito de M.E. Mayer. Por una parte, la dimensión valorativa de la comprobación de la antijuricidad haría necesario tomar en consideración los fines que perseguía el autor con la realización de la conducta típica. Pero, por otra parte, la distinción entre la antijuricidad y la culpabilidad impuesta por el dogma de la unidad de aquel concepto que, además, obligaría a que su delimitación deba partir de que también la responsabilidad civil presupone siempre la existencia una acción antijurídica que no necesita ser dolosa o imprudente, obligaría a adoptar un concepto despersonalizado de antijuricidad que prescindiera de tomar en consideración la representación del autor acerca de si su conducta realiza o no los elementos objetivos del tipo⁸⁰⁵. Esto último pasa, por esta razón, a considerarse exclusivamente en el marco de la comprobación de la culpabilidad, entendida como reproche personal por la realización de un hecho típico y antijurídico. Lo insatisfactorio de esta concepción de la antijuricidad se pone de relieve en un doble sentido. Por una parte, a menudo obliga a considerar que el hecho es típico y antijurídico, pero no es delictivo porque falta el dolo y la imprudencia, cuando, en realidad, lo que falta es un objeto idóneo para que su realización pueda llegar a considerarse dolosa o imprudente. Dicho con otras palabras: a pesar de que es esto lo que se propone, aquella concepción de la antijuricidad impide distinguir

⁸⁰⁵ Prescindo aquí de ocuparme directamente de las consecuencias que M.E. Mayer extrae de los presupuestos de la responsabilidad civil para determinar la naturaleza de las situaciones de necesidad. Lo discutible de su consideración como causas de exculpación se pone ya de relieve en las matizaciones que este autor se ve obligado a introducir aquí en relación con sus consecuencias (los presupuestos de la legítima defensa).

correctamente entre los supuestos en los que la ausencia del carácter delictivo de la conducta responde a la imposibilidad de imputar personalmente el objeto desvalorado a su autor, y aquellos en los que falta ya la propia existencia del objeto desvalorado por el Ordenamiento jurídico, o sea, una conducta típica y antijurídica. Por utilizar de nuevo el ejemplo de la madre del asesino: lo que falta aquí no es la culpabilidad de la madre, esto es, la posibilidad de imputarle y reprocharle personalmente un hecho típico y antijurídico, sino la propia existencia de un hecho típico y antijurídico. Pero la necesidad de que, en el marco de la teoría del hecho típico y antijurídico, la relevancia del aspecto subjetivo de la conducta no quede reducida a los fines que el sujeto perseguía con su realización se pone también de relieve en otro lugar. Me refiero a la comprobación de la infracción de un deber –cuya identificación se reconoce expresamente que debe reconducirse a las normas de cultura reconocidas por el Estado– como presupuesto lógicamente anterior a la decisión sobre su imputación personal, pero independiente y posterior a la comprobación del carácter típico y antijurídico de la conducta⁸⁰⁶. M.E. Mayer reconoce así que la comprobación de la infracción de un deber es un presupuesto común de los delitos dolosos y de los imprudentes. Pero, además, reconoce que no debe realizarse sin tomar en consideración el contenido de la representación del autor acerca de la configuración externa de su conducta. Reconoce que la valoración y la decisión acerca de si la conducta típica infringe un deber no puede limitarse a la consideración de su configuración externa y de los fines del autor. También requiere tomar en consideración la representación del autor sobre los elementos del tipo, sin perjuicio de que esto también sea

⁸⁰⁶ Aquí, la trascendencia de la parte subjetiva del hecho se reconoce ya al delimitar los supuestos de autoría y participación, así como la delimitación entre la coautoría y la autoría accesoria.

relevante –junto con el resto de los elementos que determinan la culpabilidad– para determinar el carácter doloso, imprudente o no culpable del hecho típico y antijurídico que infringe el deber. Se pone así de relieve la necesidad de revisar la concepción de M.E. Mayer acerca de la comprobación de la tipicidad y la antijuricidad de la conducta si se quiere diseñar una teoría del delito sistemáticamente coherente. Y es que la existencia de conductas antijurídicas que no son dolosas ni imprudentes no impide que el carácter típico o antijurídico de un hecho dependa ocasionalmente de la representación del autor acerca de la configuración externa de su conducta y de las circunstancias en las que se realiza⁸⁰⁷. Y, por otra parte, tampoco son necesarias las consecuencias que, siguiendo a un sector de la doctrina, M.E. Mayer extraía de la afirmación de que la relación entre el autor y la antijuricidad de su hecho y, concretamente, su representación acerca de la infracción de un deber o la posibilidad de conocer la infracción de un deber, es un elemento determinante de la culpabilidad⁸⁰⁸. En efecto, aun considerando que la representación del autor acerca de si su conducta infringe un deber y el carácter personalmente vencible de un eventual error condicione la culpabilidad del hecho, esto no comporta que sea necesario agrupar unitariamente en la teoría de la culpabilidad todos aquellos presupuestos de un delito doloso o imprudente que hagan referencia al contenido interno del hecho y determinen la

⁸⁰⁷ La comprobación acerca de si la conducta realiza el tipo y es antijurídica, o sea, infringe un deber –o, si se prefiere, una norma de cultura reconocida por el Estado– dependerá, entonces, no sólo de la finalidad del autor, sino también de su representación acerca de su configuración externa y del contexto en el que aquella se realiza.

⁸⁰⁸ La consecuencia consistiría en afirmar que esto impide otorgar relevancia a los elementos subjetivos o personales que determinan la culpabilidad en el momento de decidir la concurrencia de su objeto: la conducta típica y antijurídica.

valoración de los motivos que han determinado la actuación del autor. En definitiva, esto no hace necesario entender que el dolo y la imprudencia afectan exclusivamente a la culpabilidad del hecho, o sea, que son formas de culpabilidad que presuponen la tipicidad y la antijuricidad del hecho.

Por otra parte, también en la concepción de M.E. Mayer acerca de la relevancia del error y su trascendencia para determinar el carácter doloso o imprudente de la conducta se advierte la tensión entre sus presupuestos metodológicos y su falta de claridad al respecto. En efecto, atendiendo al fundamento general de la culpabilidad, aquel autor se limita a explicar el fundamento del tratamiento de los supuestos de error sobre un elemento relevante del tipo que recoge expresamente el § 59. Pero ni siquiera se plantea la posibilidad de otorgar la misma relevancia al error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Ni el vínculo material entre todos los presupuestos de la antijuricidad, ni su concepción normativa de la culpabilidad le llevan más allá de la letra de aquel precepto, salvo para rechazar que el autor haya actuado de modo culpable cuando le falta la posibilidad de conocer la infracción del deber⁸⁰⁹.

La concepción del tipo de M.E. Mayer es, en definitiva, un reflejo de la tensión entre los diversos presupuestos a partir de los cuales pretende construir la teoría general del delito. Las referencias valorativas y las consideraciones teleológicas se muestran incapaces de desplegar toda su eficacia para reordenar los presupuestos del delito y redefinir el significado de las categorías sistemáticas que los agrupan, limitando satisfactoriamente el alcance y la relevancia de sus elementos naturalísticos. Esto se advierte en la configuración de la teoría del error, de la tentativa inidónea, de la omisión impropia, de la delimitación entre los supuestos de unidad y

⁸⁰⁹ *Vid.* M.E. MAYER, AT., cit., pp. 232 y ss., 319 y ss. Aquel autor agrupa aquí los casos en los que la obediencia debida excluye la responsabilidad; sobre esta cuestión, *vid. op. cit.*, pp. 334 y ss.

pluralidad de acciones. Pero también en la delimitación entre la autoría y la participación, los actos preparatorios y el inicio de la ejecución. La decisión a favor de la teoría de la equivalencia de las condiciones responde a la voluntad de limitar la relevancia de los criterios naturalísticos para decidir la tipicidad de una conducta y destacar la necesidad de tomar en consideración criterios normativos considerados como tales, no como criterios causales (v. gr. la referencia a la peligrosidad de la conducta para el correspondiente bien jurídico, al fundamento material de la antijuricidad, a la responsabilidad de quien actúa con posterioridad, etc...). El problema está en que M.E. Mayer no consigue articular correctamente estos criterios e integrarlos en la teoría del tipo como categoría con un significado propio y específico, sin que esto suponga desconocer el vínculo material que existe entre la teoría del tipo y la teoría de la antijuricidad.

CAPTULO VII

LA APORTACION DE E. MEZGER A LA TEORIA PENAL DEL TIPO

I. Introducción

1. A medida que la ciencia del Derecho penal fue tomando conciencia de que la construcción de los conceptos y del propio sistema de la dogmática del Derecho penal debían reducir su nivel de abstracción y abordarse mediante referencias valorativas⁸¹⁰, la teoría del tipo adquiriere un interés y un protagonismo en el marco de la teoría general del delito superior al que poseía hasta entonces⁸¹¹. La concepción de Mezger sobre la teoría general del delito y el lugar que en ella ocupa la teoría del tipo representa, seguramente, la mejor plasmación de la metodología neokantiana de la

⁸¹⁰ *Vid.*, por ejemplo, E. MEZGER, *Sein und Sollen im Recht*, cit., *passim*; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 14-15, 19-20, 81-83, 147-149, 153-156, 161-162; W. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1949, pp. 7-17.

⁸¹¹ En este sentido, Mezger afirma en el prólogo a la segunda edición de su *Tratado (Tratado ...*, cit., t. I, p. 16) que “la teoría del tipo (*die Tatbestandslehre*) se eleva por momentos a piedra angular de la dogmática jurídico-penal y a lazo de unión entre la Parte general y especial de nuestra disciplina”. *Vid.* también E. MEZGER, “Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953, tomo I, p. 2; E. WOLF, *Die Typen ...*, cit. p. 63; M. GRÜNHUT, “Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft”, en *Festgabe für R. Frank*, 1930, t. I, pp. 4 y ss.; H. WELZEL, “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”, en *Abhandlungen ...*, cit., pp. 93 y 98.

Escuela Sudoccidental en la dogmática del Derecho penal⁸¹². Si la concepción de M.E. Mayer se caracterizaba por tratar de completar desde una perspectiva material la teoría del tipo que propuso Beling, el concepto valorativo de tipo de Mezger supone el abandono del punto de partida desde el que Beling había edificado la teoría del tipo: la distinción entre la ley penal y la norma que infringe la conducta delictiva y determina su

812 Considerada en su conjunto, la obra de Mezger refleja la trayectoria –en absoluto unidireccional– que siguió buena parte de la doctrina penal alemana en el periodo que va desde los años veinte hasta la mitad del siglo XX. Durante este periodo, Mezger modificó sustancialmente su concepción sobre el tipo y el significado que le corresponde en la teoría general del delito. Como ha señalado H. SPRIESTERSBACH (*Neue Kritik ...*, cit., pp. 40 y 52), esta evolución puede dividirse en dos etapas, cuya línea divisoria vendría marcada por la publicación del artículo sobre las transformaciones de la teoría penal del tipo ("Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953, tomo I, pp. 2-6). En él, Mezger distingue entre el tipo de la acción punible en su conjunto, o tipo de la acción (*der Tatbestand der gesamten strafbaren Handlung, der Handlungs-Tatbestand*) y el tipo del injusto del primer apartado del § 59 StGB (*der Unrechts-Tatbestand des § 59 Abs. 1 StGB*). Esta distinción estuvo en gran parte motivada por las consideraciones que la doctrina finalista encabezada por Welzel había realizado sobre el concepto de acción, y por la voluntad de distinguir el aspecto ontológico y el aspecto normativo de los elementos del concepto general de delito. Por esta razón, en la exposición que sigue sólo haremos referencia a la concepción del tipo que Mezger mantuvo hasta la publicación de aquel trabajo, y que se encuentra fundamentalmente en un extenso estudio sobre los elementos subjetivos del tipo ("Die subjektiven Unrechtselemente", *GS*, vol. 89, 1923/24, pp. 207-314), en el artículo que dedicó al sentido de los tipos penales ("Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926), pp. 3-46, y en su *Tratado de Derecho penal (Strafrecht. Ein Lehrbuch*; la primera edición es de 1931, y la segunda –con escasas modificaciones– es de 1933). Sobre la evolución de la concepción del tipo de Mezger, cfr. H. SPRIESTERSBACH, *Neue Kritik ...*, cit., pp. 40, 52 y ss.; H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 121-127.

carácter antijurídico⁸¹³. En efecto, la concepción del tipo de Mezger se caracteriza por destacar la relación entre su delimitación y la comprobación de su concurrencia, y la fundamentación de la antijuricidad de la conducta delictiva. Pero, al mismo tiempo, se caracteriza, también, por destacar la singularidad que, desde la perspectiva de la teoría del injusto –de la delimitación entre lo que es conforme y lo que es contrario a Derecho, prescindiendo de si, además, se le puede imputar penalmente a su autor–, poseen las conductas descritas en la ley penal. El concepto general de antijuricidad y su dimensión valorativa son insuficientes para caracterizar la acción *delictiva* como acción contraria al Derecho. Como es igualmente insatisfactorio un concepto de tipo que prescinda del vínculo material entre la decisión del legislador y la función de ordenación de la vida social que corresponde a las normas del Derecho.

II. La comprensión del tipo como delimitación y expresión de un injusto específico de carácter especial (*Unrechtstypus*)

“Verbrechen ist rechtswidrige, immer aber zugleich *tatbestandsmäßig-rechtswidrige* Handlung”. E. MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2 ed., 1933, p. 174 (subrayado en el original).

2. Mezger redefine la teoría del tipo y su relación con la teoría de la antijuricidad partiendo de la singularidad de las conductas delictivas frente al resto de conductas antijurídicas. Su aportación a la teoría del tipo consiste en poner de relieve que la concepción de aquél como expresión del principio de legalidad y de la finalidad preventiva de la lesión o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos específica del Derecho penal, y el

⁸¹³ Cfr. A. RODRIGUEZ MUÑOZ, *Notas a la traducción de la segunda edición del Tratado de Mezger*, 2. ed., 1946, pp. 162-163.

concepto de la antijuricidad como contrariedad con el conjunto de Ordenamiento jurídico y expresión de su función de ordenación de la vida social mediante normas de valoración, se complementan y condicionan recíprocamente. Cada uno de estos conceptos queda, así, impregnado por el significado del otro sin perder, por ello, su identidad y autonomía sistemática. En este sentido, Mezger advierte que la comprobación de la antijuricidad de las conductas delictivas no representa un momento posterior a la comprobación de su tipicidad, sino que la comprobación de la tipicidad de una conducta es un aspecto de la consideración de aquélla desde la perspectiva de la ordenación de la vida social que realiza el Derecho y, por lo tanto, desde la perspectiva de la delimitación entre las acciones que son conformes y las que son contrarias al Derecho. Esta delimitación no puede, sin embargo, prescindir de la finalidad y la trascendencia específicas de las normas de valoración que determinan la antijuricidad de una conducta. Y, por ello, esta exigencia material se integra en la teoría general del delito a través de la teoría del tipo completando, así, su dimensión garantista derivada de su vínculo con el principio de legalidad⁸¹⁴.

⁸¹⁴ Cfr., de momento, E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., pp. 147-149. Al ocuparse de la interpretación de la ley penal, Mezger señala que ésta debe entenderse como la “averiguación del sentido decisivo de ésta con la finalidad de su aplicación al caso concreto de la vida real” (*Auslegung des Gesetzes bedeutet die Ermittlung seines maßgebenden Sinns zum Zwecke seiner Anwendung auf die Einzelfälle des wirklichen Lebens*). En este sentido, aquel autor destaca que la interpretación de la ley es una actividad teleológica, pues toda ley es un medio para alcanzar determinados fines sociales, y sólo puede entenderse correctamente a partir de la referencia sus propios fines. Pero, al mismo tiempo, Mezger señala que es necesario distinguir. En primer lugar, el fin que guía la interpretación de la ley es el fin de la propia ley concreta; en relación con los tipos jurídico-penales, el respectivo fin se dirige a la protección de un determinado “bien jurídico”. Pero, además, también guía la interpretación el fin del Ordenamiento jurídico como un todo y el fin inmanente del propio Derecho. “Si la

Al articular la teoría del delito atendiendo a la dimensión valorativa de sus elementos, Mezger advierte que aquella articulación no puede realizarse partiendo de la separación entre la comprobación de la tipicidad y la comprobación de la antijuricidad de las conductas delictivas. Sin llegar a agrupar todos los presupuestos que determinan la antijuricidad de las conductas descritas en la ley penal, Mezger configura la teoría del tipo partiendo de su consideración como concepto valorativo, que deriva de la necesidad de definir teleológicamente su contenido mediante la referencia al bien jurídico que la correspondiente ley penal quiere proteger, y de tomar en consideración la relación valorativa que existe entre la decisión del legislador y el fundamento de la antijuricidad de las conductas típicas. La teoría del tipo se concibe, así, de modo que sirva para orientar la teoría del

interpretación de la ley quiere abarcar realmente el valor del Derecho –dice Mezger– no puede quedarse junto a la prescripción legal concreta y su propio fin, sino que debe remontarse hasta el fin del conjunto del Ordenamiento jurídico, del propio Derecho”. En aquel lugar de su Tratado, Mezger señala que, en el ámbito del Derecho penal, estas ideas tienen especial importancia en relación con el denominado principio de ponderación de intereses como causa de exclusión del injusto (donde deben contraponerse valorativamente los *diversos* bienes jurídicos), y a propósito de la no exigibilidad como causa de exclusión de la culpabilidad. Sin embargo, la concepción del tipo de Mezger parte, también, de la necesidad de tomar en consideración el fin del conjunto del Ordenamiento jurídico junto con el fin de la correspondiente ley penal. *Vid.*, de momento, *op. cit.*, pp. 149-152 y 161. Al iniciar el estudio de la teoría del delito, para introducir los elementos de la definición del delito Mezger afirma (*op. cit.*, p. 161): “El delito es acción. Esta acción debe realizar un tipo legal y no puede concurrir ninguna causa de exclusión del injusto. Además, la acción debe ser imputable a quien actúa. [...] El delito debe siempre ser una "acción". [...] Para ser punible, la acción debe, además, ser "antijurídica". Pero, sin embargo, esto solo no basta: la acción debe, además, realizar "*un tipo legal*". Ambos elementos no se encuentran uno junto al otro de modo autónomo, sino que se condicionan recíprocamente (*stehen nicht selbständig nebeneinander, sondern bedingen sich gegenseitig*): una acción que realiza un tipo legal es antijurídica en tanto no concurra una causa de justificación”.

delito a los fines específicos del Derecho penal y colmar las insuficiencias que en el seno de aquélla presenta la referencia al concepto general de Derecho y de antijuricidad. Se concibe, en definitiva, como aquella parte de la teoría de la antijuricidad que se ocupa de la singularidad y los elementos específicos de las conductas antijurídicas previstas en la ley penal, acomodando y ajustando, así, la teoría general de la antijuricidad a los fines y los límites específicos del Derecho penal, al mismo tiempo que, sin perder su autonomía sistemática, la propia teoría del tipo se orienta y se acomoda a la función de ordenación de la vida social que corresponde al conjunto del Ordenamiento jurídico.

3. Ya en su trabajo sobre el sentido de los tipos jurídico-penales, Mezger expresaba sus diferencias frente al concepto de tipo que Beling proponía. A pesar de reconocer que “el "tipo" entendido en el sentido de la teoría de los *Typen* de Beling posee indiscutiblemente un alto valor práctico para la exposición dogmática”⁸¹⁵, señala a continuación que discrepa de esa concepción en un punto esencial. “Beling quiere tratar la teoría del tipo (*typus*) y la teoría de la antijuricidad (*injusto*) con la máxima separación. Para él, "queda claro que el tipo (*Tatbestand*) está limpio de cualquier elemento de la antijuricidad, que la antijuricidad no se encuentra en la tipicidad (*Tatbestandsmäßigkeit*), que con la afirmación: mediante su acción A ha realizado un tipo (*Tatbestand*), por ejemplo, ha matado a un hombre, todavía no se ha dicho *nada* sobre si esto ha sucedido también antijurídicamente, que, más bien, la afirmación de la tipicidad (*tatbestandlichkeit*) sólo posibilita el vínculo para la pregunta ulterior sobre si también se ha dado la antijuricidad. Y, a la inversa, que la antijuricidad

⁸¹⁵ E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, p. 6.

no tiene nada que ver con la tipicidad del delito (*mit der Typizität der Verbrechen*), que de la comprobación: A ha actuado antijurídicamente todavía no se deriva que concurra un caso delictivo típico (*ein typischer Verbrechensfall*)" [...]. Para nosotros, por el contrario, aquí y en lo que sigue, el tipo (*Tatbestand*) es la expresión de un injusto especial, especificado, o sea, el establecimiento de un "injusto específico" especial, de una clase especial de injusto, para los fines del Derecho penal (*der Ausdruck speziellen, typisierten Unrechts, also die Schaffung eines besonderen "Unrechtstypus" für die Zwecke des Strafrechts*)”⁸¹⁶.

Según Mezger, “[e]n el fondo, la polémica conduce a la problemática de vasta ramificación de la teoría de las normas; si ésta se sigue, de acuerdo con nuestra concepción el tipo sería una delimitación y configuración específicamente jurídico-penal de la antijuricidad ya preexistente; si, por el contrario, en el acto legislativo de promulgación de la ley penal como tal se ve la fundamentación del injusto (*die Unrechtbegründung*) que puede, no obstante, verse contradicha, el tipo vendrá a significar una delimitación expresa del injusto para fines especiales (*eine für besondere Zwecke ausdrücklich erfolgte Unrechtsabgrenzung*). De este modo, permite una determinación precisa del injusto respecto de su ámbito, asegurada legalmente, sin que, mediante una argumentación a contrario, pueda considerarse conforme a Derecho lo que se encuentra fuera de él. Así, la "averiguación del injusto" (Nagler) se coloca en un terreno seguro para las cuestiones que afectan al Derecho penal. Cuando, por el contrario, Beling indica que en el caso concreto la realización de un "tipo" ("*Tatbestand*") puede perfectamente ser *conforme* a Derecho (como, por ejemplo, la muerte de una persona por el verdugo o por un soldado en la guerra), en sí misma

⁸¹⁶ E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 6-7 (subrayados en el original).

esta indicación es totalmente correcta, pero no supone una objeción decisiva: como en cualquier otro caso, en los tipos jurídico-penales la determinación del injusto *nunca tiene lugar sin la reserva de la exclusión especial del injusto en el caso concreto*. Aquí, como siempre, el juicio de desvalor desde la perspectiva del Derecho (*das rechtliche Unwerturteil*) es sólo un juicio provisional, una determinación *prima facie*, y deja intacta la intervención de causas especiales de exclusión del injusto. Por ello, no debe caerse en el error de designar la realización del tipo como algo "antijurídico en sí mismo"⁸¹⁷. Mezger destaca que "[e]l acto legislativo de creación del tipo, o sea, la declaración legal de punibilidad como tal *contiene (enthält)* inmediatamente la declaración de antijuricidad, la fundamentación del injusto como injusto especialmente especificado (*die Unrechtsbegründung als speziell typisiertes Unrecht*). Mediante la formación del tipo, el legislador *crea* la antijuricidad específica (*die spezifische Rechtswidrigkeit*): la tipicidad de la acción no es, en absoluto, mera *ratio cognoscendi*, sino *ratio essendi* de la antijuricidad (especial). Ella *hace* de la acción una acción antijurídica, aunque evidentemente no lo hace por sí sola, sino sólo en combinación con la ausencia de causas especiales de exclusión del injusto (como el consentimiento, la legítima defensa, el estado de necesidad, deberes especiales de actuar, etc...). El "tipo" *es* la decisión de que la acción que cae bajo el mismo es injusto hasta nuevo aviso"⁸¹⁸.

⁸¹⁷ E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, p. 7 (subrayados en el original).

⁸¹⁸ E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, p. 11 (subrayados en el original). La opinión de Mezger acerca de la singularidad de los elementos del tipo frente al resto de los presupuestos de la antijuricidad de las conductas delictivas se advierte cuando Mezger añade: "M.E. Mayer indica con razón que hay elementos "subjetivos", esto es,

4. En su Tratado, la concepción que Mezger tenía del tipo y de su relación con la antijuricidad se pone ya de relieve cuando este autor hace referencia a los elementos del delito en el apartado introductorio de la teoría del delito. Aquí señala que el delito es una acción que realiza un tipo de la ley penal (*einen strafgesetzlichen Tatbestand*) sin que concurra ninguna causa de justificación. La antijuricidad es un requisito de la acción punible, pero “esto no basta por sí solo: la acción debe, asimismo, realizar *"un tipo legal"*. Ambos elementos no se encuentran uno junto al otro de modo autónomo, sino que se condicionan recíprocamente (*stehen nicht selbständig nebeneinander, sondern bedingen sich gegenseitig*): una acción que realiza un tipo legal es antijurídica en tanto no concurra una causa de justificación”⁸¹⁹.

Más adelante, después de ocuparse de la teoría de la acción, y del significado de la teoría general de la antijuricidad y de la comprobación de este aspecto de la conducta, así como de su delimitación frente a la comprobación de la culpabilidad, Mezger destaca la peligrosa e insatisfactoria incertidumbre que supondría para el Derecho penal que el

situados en la psique del autor, que determinan la antijuricidad, el injusto, y que no pertenecen a los elementos de la culpabilidad, o por lo menos no pertenecen sólo aquí [...] [S]i existen tales "elementos subjetivos del injusto" (lo que aceptamos con M.E. Mayer), en la medida en que determinan la naturaleza especial del concreto delito, pertenecen al "tipo" (*sofern sie die besondere Natur des einzelnen Delikts bestimmen, zum "Tatbestand" gehören*). Vid. también, *op. cit.*, pp. 15 (“Hemos definido el "tipo" como injusto específico especial” [*Wir haben das "Tatbestand" als speziellen Unrechtstyp definiert*]) y 23 (*besonderen Unrechtstyps (Tatbestand)*).

⁸¹⁹ Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 160-161. De modo similar, Mezger afirma más adelante (*op. cit.*, p. 350) “El delito es una acción antijurídica, pero, al mismo tiempo, es una acción antijurídica de conformidad con un tipo”.

delito fuera sólo una acción antijurídica⁸²⁰. Cualquier precepto del sistema jurídico podría influir sobre este elemento del delito, y el principal presupuesto de la pena dependería inmediatamente de la multitud de normas de todos los ámbitos del Derecho. Ante esta situación, el propio Derecho penal debe procurarse el remedio y establecer la claridad necesaria para que, respecto de *su* ámbito, por lo menos en relación con la *fundamentación* del delito (*zur Begründung des Verbrechens*), la antijuricidad se encuentre establecida de manera precisa e inequívoca. Esta es la función que cumplen los tipos, sin perjuicio de que para la interpretación de sus elementos concretos, como también para la exclusión de la antijuricidad, siga siendo decisivo todo el Ordenamiento jurídico. Esto último no impide entender que, a través de los tipos, el Derecho penal determina por sí mismo y *soberanamente* qué acciones incorpora a su ámbito para el tratamiento penal, debiéndose rechazar, por lo tanto, la teoría de la naturaleza secundaria (accesoria, complementaria, subsidiaria, sancionatoria) de este ámbito del Derecho. “El Derecho penal –dice Mezger– es una realidad jurídica independiente [...] [P]ara fundamentar la pretensión penal no basta cualquier conducta antijurídica, sino que para ello es necesaria una antijuricidad especial, típica, específica (*eine spezielle, eine "tatbestandsmäßige", eine "typisierte" Rechtswidrigkeit*)”⁸²¹. Pero, “el injusto típico especial del Derecho penal no tiene nada que ver con una antijuricidad penal especial, que debe rechazarse [...]. Lo que es injusto en un ámbito del Derecho, no lo es necesariamente en otro, y a la inversa. Esta admisión de una antijuricidad *sólo* penal contradice, sin embargo, la esencia del Derecho como una ordenación *unitaria* de la vida. El *tipo*

⁸²⁰ Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 349 y ss.

⁸²¹ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 350-351 y nota 2.

jurídico-penal no es una clase de injusto circunscrita al ámbito especial del Derecho penal, sino un *injusto especialmente delimitado y con especiales consecuencias jurídicas*, que es injusto tanto dentro como fuera del Derecho penal”⁸²². En este sentido, matizando lo que había dicho anteriormente acerca del significado del acto legislativo de creación de la ley penal, pero conservando su opinión sobre la trascendencia de esta cuestión para aclarar el significado de la teoría del tipo y su relación la teoría de la antijuricidad, Mezger señala en su Tratado que la promulgación de una ley penal no siempre representa la creación de un injusto específico nuevo (*die Schaffung eines neuen Unrechtstyps*). Esto sólo sucede cuando antes de la promulgación de la ley penal falta una regulación legal o la conducta no está prohibida por el Derecho, v. gr. en el caso del incesto y de los actos impúdicos contra natura, cuya prohibición por el Derecho está contenida en los §§ 173 y 175 StGB, y es en la propia ley penal donde se encuentra (*liegt*) la fundamentación de la antijuricidad de la acción⁸²³. Sin

⁸²² E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 360-361.

⁸²³ *Vid.* E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 364 y ss. Refiriéndose al caso del incesto y las acciones impúdicas, Mezger afirma que “el legislador no puede desaprobado, prohibir y marcar como injusto una acción de forma más decidida que amenazando con pena su realización” (*op. cit.*, t. I, p. 365). Este autor señala a continuación que su posición sólo contradice aparentemente la teoría de las normas de Binding, que se basa en la terminante separación *conceptual* entre "norma" y "ley penal", y no en la distinción entre antijuricidad como infracción de la norma, y punibilidad como consecuencia de la infracción de la norma, que es la distinción que está en la base de la exposición de Mezger. Según Mezger, la afirmación de Binding de que la prohibición o el mandato, la orden legal contra la que actúa el delincuente es la norma que precede conceptualmente a la ley penal, pero “en lo esencial, ese mandato lo encontramos transformando la primera parte de las proposiciones penales en una orden”, es una afirmación que se mueve en el mismo sentido que la teoría de la tipicidad como fundamento (*Geltungsgrund*) de la antijuricidad, y que coincide por completo si se suprimen las palabras "en lo esencial". “Según nuestra concepción –dice Mezger (*op.*

embargo, aquel autor destaca que lo que sí ocurre siempre es que se crea un injusto específico significativo jurídico-penalmente, con trascendencia jurídico-penal (*ein strafrechtlich bedeutsamer Unrechtstyp*). Con la tipificación del hurto en el § 242 StGB, por ejemplo, no se ha creado la antijuricidad, pues ésta ya existía antes y está ya fundamentada en el Derecho civil; sin embargo, ha devenido significativa para el Derecho penal. En definitiva, lo que el tipo fundamenta es la relevancia penal de la infracción de la norma a la que remite la ley penal. Esta norma se delimita y fundamenta, así, mediante la referencia al significado valorativo y los límites específicos del Derecho penal, que, al mismo tiempo, determinan de modo inmediato el significado específico de la teoría del tipo y sus límites.

5. Manteniendo la definición que Mezger había propuesto en sus anteriores trabajos, afirma en su Tratado que “en sentido propiamente jurídico-penal, el tipo significa [...] el injusto concretamente delimitado por la ley penal en sus diferentes prescripciones penales, a cuya realización se vincula la conminación penal. De este concepto de tipo se excluyen todos aquellos presupuestos de la pena, todos aquellos elementos del delito que no forman parte del injusto, sino de la culpabilidad”⁸²⁴. Se trata –dice

cit., t. I, p. 367, nota 17)– está claro que no existe ninguna norma decisiva penalmente para la fundamentación de la pena que no sea visible a partir del tipo (*gibt es freilich keine strafrechtliche für die Strafbegründung maßgebende Norm, die nicht aus dem Tatbestand ersichtlich wäre*). Nosotros negamos, por lo tanto, la admisibilidad de ulteriores indicaciones "mediatas" o inmediatas [...]. Cuando se hace referencia a la "inseguridad del resultado" (de la determinación de la norma a partir de los tipos jurídico-penales), se trata aquí de dificultades que aparecen en toda interpretación de la ley. Pero la antijuricidad "externa al Derecho penal" que tanto trabajo proporciona a Binding carece aquí de interés”.

⁸²⁴ E. MEZGER, *Tratado ...*, *cit.*, t. I, p. 352 [la traducción del texto alemán es mía]. Sobre la concepción de este autor acerca de la ubicación sistemática de las condiciones

Mezger– de un concepto de tipo que “se apoya en la base legal que ofrece el § 59”⁸²⁵ y que “es el propio portador de la valoración jurídico-penal del injusto (*der eigentliche Träger strafrechtlicher Unrechtsbewertung*)⁸²⁶, “el propio portador de la valoración jurídico-penal en el ámbito de la delimitación entre Derecho e injusto”⁸²⁷. Como señala aquel autor, la coincidencia de esta concepción del tipo con la que propuso Beling radica “en la limitación del concepto a la configuración específica de las diversas clases de delito (*in der Beschränkung des Begriffs auf den festumrissenen Typus der einzelnen Verbrechenart*) y en la exclusión de la parte del delito relativa a la culpabilidad. Por el contrario, los caminos se separan en la apreciación del significado del tipo para la averiguación de la antijuricidad; para nosotros el "tipo" es un grupo de presupuestos materiales del delito y

objetivas de punibilidad, *vid. op. cit.*, pp. 353-357. Se trata de una concepción bastante ambigua: “las denominadas condiciones objetivas de punibilidad –afirma Mezger– forman parte del tipo de delito de forma más laxa (*in loserer Form*). Son meros anexos del tipo jurídico-penal”. En su opinión, excluirlas del tipo supone una restricción de este concepto que no se corresponde con la esencia de las cosas, ya que en los delitos cualificados por el resultado debería excluirse del tipo el resultado de la acción y, además, carecerían de tipo aquellos delitos en los que se prescinde por completo de la culpabilidad. En estos casos no se trata de excepciones en cuanto al contenido del tipo, sino de excepciones en cuanto a la regla establecida en el § 59 de que los elementos del tipo deben ser abarcados por la culpabilidad del autor.

⁸²⁵ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., p. 352. Según Mezger, la ley utiliza la expresión "tipo legal" como conjunto de los elementos de los diferentes delitos a los que se refiere la culpabilidad y que, por lo tanto, no la comprenden en sí mismos.

⁸²⁶ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., p. 352.

⁸²⁷ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., p. 362.

de la pena cargado con todo el peso de la valoración del Derecho penal (*mit der ganzen Schwere strafrechtlicher Wertung*)”⁸²⁸.

6. Desde el punto de vista de la ordenación sistemática de los elementos del delito, Mezger no extrajo todas las consecuencias de la comprensión del tipo como un injusto específico. En relación con los presupuestos de la antijuricidad de las conductas delictivas optó por mantener la distinción entre los elementos del tipo y la exigencia de que no concurran causas de justificación⁸²⁹. Por esta razón, negó que la antijuricidad fuera un elemento del tipo. Entendió que éste no abarca todos los elementos que determinan la antijuricidad de las conductas delictivas, sino que es una descripción *incompleta* del injusto penalmente relevante. Pero es difícil afirmar si Mezger entendía que, en relación con la delimitación de las conductas delictivas como conductas antijurídicas, las causas de justificación *siempre* hacen referencia a un aspecto del hecho delictivo *distinto* de aquél al que hacen referencia los tipos penales. La duda surge porque al abordar esta cuestión Mezger lo hace mediante la exposición de las circunstancias que excluyen la antijuricidad, fundamentando el hecho de que poseen esta naturaleza en el contenido material del injusto, y no en el contenido y los límites materiales de los tipos penales⁸³⁰. Y porque entiende que viene a

⁸²⁸ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 352-353, nota 6. En el mismo sentido, *vid.* también *op. cit.*, t. II, pp. 319, 407.

⁸²⁹ *Vid.* E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 357 y ss., 393 y ss. y lo dicho *supra* en el texto.

⁸³⁰ *Vid.* E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 393 y ss. Sólo ocasionalmente Mezger reconoce de forma expresa que la exclusión de la antijuricidad no puede inferirse de los tipos penales, pues éstos sólo se ocupan de uno de los bienes jurídicos que en aquellos supuestos pueden aparecer en conflicto; en este sentido, *vid. op. cit.*, pp. 444 y ss. Pero, por otra parte, en relación con alguna causa de justificación Mezger distingue

ser lo mismo el que la conducta no sea típica o concurra una causa de exclusión del injusto, siendo ésta una cuestión que sólo afecta a la técnica expositiva y a la decisión de exponer la cuestión desde distintos puntos de vista: el de la fundamentación y el de la exclusión del injusto⁸³¹. Lo único que queda claro es el vínculo valorativo y teleológico entre la delimitación y la comprobación de la tipicidad y la antijuricidad de las conductas delictivas. Y es que la principal preocupación de Mezger no parece consistir en delimitar con nitidez el contenido de los tipos penales frente al resto de los presupuestos que determinan la antijuricidad de las conductas descritas en la ley penal⁸³², sino en la delimitación de éstas como conductas antijurídicas, y en destacar que para ello no debe partirse de la separación entre el tipo y la antijuricidad, sino de la orientación del tipo a las valoraciones que fundamentan las normas que determinan la antijuricidad de las conductas conminadas con pena, o sea, de la comprensión de que aquél representa la base y es *ratio essendi* de la antijuricidad de las conductas delictivas.

La falta de claridad acerca de la relación entre el tipo y las causas de exclusión del injusto provoca que tampoco esté clara la opinión de Mezger acerca de si los tipos penales poseen un significado valorativo específico distinto del que tienen el resto de los presupuestos cuya concurrencia condiciona la antijuricidad de las conductas delictivas. Esto supondría

expresamente entre la plena exclusión de la antijuricidad y los supuestos en los que la antijuricidad sólo se excluye "hacia fuera"; *vid. op. cit.*, p. 427 y nota 10.

⁸³¹ *Vid.* E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 362 y ss., 393 y ss., t. II, p. 328 nota 2. Cfr. también, en relación con los presupuestos de la culpabilidad, *op. cit.*, pp. t. II, 191-192.

⁸³² Críticamente, cfr., por ejemplo, H. BRUNS, *Kritik ...*, cit., pp. 42 y ss.

reconocer que, desde un punto de vista valorativo, existen diferencias entre las conductas atípicas y las conductas típicas justificadas, y que las causas de justificación no son el mero reverso de los elementos del tipo, ni excluyen por completo el desvalor de la conducta típica. En cualquier caso, es posible entender que esta cuestión no condiciona la decisión acerca de si todos los elementos que determinan la antijuricidad de las conductas delictivas tienen la misma importancia. Esta es la otra cuestión en la que Mezger centra su atención. Y la responde afirmativamente. No está claro si el contenido del tipo tiene un significado valorativo propio frente al resto de los presupuestos de la antijuricidad de las conductas delictivas o, por lo menos, no está claro que esto sea siempre así. Pero lo que sí está claro es que Mezger otorgaba la misma importancia a todos los presupuestos de la antijuricidad y, por esta razón, también otorgaba la misma relevancia al error sobre su concurrencia. De forma inmediata o por analogía, entendía que era aplicable lo establecido en el § 59 StGB⁸³³. Dicho con otras palabras: Mezger consideraba que, excepto en relación con la problemática específica de las condiciones objetivas de punibilidad, la delimitación del contenido del tipo frente al del resto de los presupuestos del delito carecía de trascendencia en relación con la teoría del error y la delimitación de los delitos imprudentes⁸³⁴.

⁸³³ Según Mezger, faltará el dolo siempre que el sujeto admita erróneamente hechos externos que excluyen la pena. Este autor da a entender que una de las razones de que esto sea así es que la admisión errónea de hechos que excluyen la pena supone el desconocimiento de hechos que, como los descritos en el tipo, fundamentan la pena. Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 424, 440-441, 443; t. II, pp. 112-113, 124 y ss.

⁸³⁴ Cfr. H. BRUNS, *Kritik ...*, cit., p. 48. Al ocuparse de la relación entre un concepto de tipo orientado al injusto, la antijuricidad y la culpabilidad, este autor señala que la teoría del tipo no es suficiente ni para poder decidir el significado de la creencia errónea

III. El contenido y la naturaleza de los elementos del tipo entendido como injusto específico. Remisión a la delimitación entre el injusto y la culpabilidad

7. La articulación sistemática de la teoría general del delito que Mezger propone parte de la distinción y delimitación entre la antijuricidad y la culpabilidad de una acción. Estas son las dos categorías valorativas fundamentales de la teoría general del Derecho, que también deben servir de base a la teoría general del delito⁸³⁵. A diferencia de lo que ocurría en las propuestas de Beling y M.E. Mayer, Mezger incorpora la teoría del tipo en un sistema de la teoría general del delito edificado a partir de la distinción entre la comprobación de la antijuricidad y la culpabilidad de una conducta, y concebido como la concreción de estos dos referentes valorativos orientada y adaptada, a su vez, al significado específico y la

de que concurre el supuesto de hecho de una causa de justificación, ni el de la admisión una causa de justificación inexistente, ni el que corresponde al error de prohibición.

⁸³⁵ Cfr., de momento, E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 161-162. La antijuricidad y la culpabilidad son elementos valorativos en el sentido de que hacen referencia a determinadas situaciones (*Sachverhalte*) pero, al mismo tiempo, su delimitación y la comprobación de su concurrencia encierra un juicio valorativo. En este sentido, Mezger señala expresamente (*op. cit.*, p. 162) que “[su] constatación no puede tener lugar mediante un mero juicio sobre el ser, siempre encierra también una determinada valoración normativa de la situación, o sea, un juicio de valor junto al juicio sobre el ser”.

singularidad del Derecho penal. De modo gráfico puede decirse que Mezger articula la teoría del tipo penal desde el interior de la distinción entre la antijuricidad y la culpabilidad, tratando de delimitar *aquí* un espacio que permita ajustar aquella distinción a las necesidades y la singularidad del Derecho penal. Mezger advirtió que, sin situarla en el contexto de estos referentes valorativos, la teoría del tipo estaba demasiado aislada para poder encontrar su propia identidad.

8. Después de una amplia exposición de las propuestas que hasta entonces se habían formulado en la doctrina, aquel autor expone por primera vez su concepción acerca de la delimitación entre las teorías de la antijuricidad y la culpabilidad en su trabajo sobre los elementos subjetivos del injusto⁸³⁶.

Mezger reconoce que el Derecho se compone de normas de determinación y su finalidad radica en dirigir la conducta de sus destinatarios de acuerdo con la ordenación de la vida social que aquél persigue. Sin embargo, cuestiona que el Derecho se componga *únicamente* de normas de determinación⁸³⁷. En primer lugar, esta cuestión debe plantearse desde un punto de vista epistemológico que atienda a los presupuestos lógicos del pensamiento y de los conceptos científicos como algo de carácter incondicionado y *a priori*, o sea, desde el punto de vista del concepto cognitivo del Derecho, del ser del Derecho. Según Mezger, planteada la cuestión en estos términos, “el Derecho como "norma de determinación" no puede "pensarse" sin el Derecho como "norma de valoración", el Derecho como norma de valoración es un presupuesto lógico incondicionado del

⁸³⁶ Vid. E. MEZGER, "Die subjektiven Unrechtselemente", en GS núm. 89 (1923/24), pp. 207-314.

⁸³⁷ Vid. E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 239 y ss.

Derecho como norma de determinación” [...]. Pues quien quiere "determinar" a alguien a alguna cosa, antes debe saber a *qué* le quiere determinar: debe "valorar" en un determinado sentido positivo aquella cosa. El Derecho como norma de valoración, como "orden objetivo de la vida" es un *prius lógico* del Derecho como norma de determinación [...]. Para la consideración cognitiva del Derecho, para la determinación del *concepto* de Derecho, la comprensión del Derecho como norma de *valoración* se presenta como una necesidad *a priori*”⁸³⁸. Sin embargo, la respuesta definitiva a aquella cuestión no depende exclusivamente de su consideración desde esta perspectiva. También debe considerarse si desde el punto de vista práctico de los fines, desde la perspectiva de la idea normativa del Derecho, resulta conveniente *configurar* el Derecho y el injusto sobre la base de la comprensión de aquél como norma de valoración. Mezger consideraba que el fin último director del Derecho, la más alta idea formal de justicia es la tendencia hacia la máxima satisfacción posible del mayor número posible de intereses⁸³⁹ y, desde este punto de vista, no cabe ninguna duda de que en primer lugar debe optarse por una “orientación de todo el Derecho y el Derecho penal a un punto de vista objetivo. La tarea fundamental del Derecho es garantizar una vida en común de los sometidos a él ordenada desde un punto de vista *externo*. La mejora *interna* de aquéllos sólo puede y debe intentar favorecerse en la medida en que sea necesaria para conseguir aquella tarea específica de una legalidad asegurada externamente [...] *El Derecho es ordenación objetiva de la vida y, por lo tanto, lo injusto es la lesión de esta ordenación*

⁸³⁸ E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 240-241.

⁸³⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 242 nota 1, 290 y 313; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 391-392. *Vid.* también, más ampliamente, del mismo autor, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 76 y ss.

objetiva”⁸⁴⁰. Mezger parte, en este sentido, de una comprensión del Derecho y de la norma que prescinde de la referencia a los presupuestos personales necesarios para poder imputar su infracción a los destinatarios y distingue, por ello, entre la norma y el imperativo⁸⁴¹. Este último es el medio que sirve a la realización de la norma, es el "tú debes" que deriva del "se debe" que la norma expresa. “Las normas del Derecho –dice Mezger– son normas de *valoración*, dirigidas a un determinado estado social objetivo, *antes* de que adquieran el carácter de normas de *determinación* en un proceso lógico posterior. Esta separación entre norma e imperativo es un presupuesto mental necesario para la nítida y clara distinción de las afirmaciones que se dirigen a la norma en su autonomía abstracta, y aquellas proposiciones que se dirigen al imperativo como medio de realización de la norma [...]. Lo injusto es la contradicción del Derecho como norma de *valoración*”⁸⁴². Su dimensión "espiritual" no se encuentra, por lo tanto, en la voluntad del destinatario de la norma o de quien realiza la conducta antijurídica, sino en el objeto de protección contra el que aquélla se dirige, y que no debe identificarse con el objeto de la acción, sino con un interés cuya existencia presupone una toma de posición⁸⁴³.

⁸⁴⁰ E. MEZGER, GS 89 (1923/24), p. 242. *Vid.* también, en el mismo sentido, del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 327-328.

⁸⁴¹ *Vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 242-245. Según este autor (*op. cit.*, p. 244), la principal objeción frente a la teoría de los imperativos radica en que “antes de que la norma pueda ser norma de determinación debe existir como norma de valoración, antes de que pueda convertirse en un imperativo, debe estar fundamentada en sí misma”.

⁸⁴² E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), p. 245 (subrayado en el original).

⁸⁴³ *Vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 246-250.

Partiendo de esta comprensión del injusto objetivo orientada al "objeto" de su lesión, Mezger lo define como "perturbación de una manifestación de voluntad reconocida (aprobada) por el Derecho"⁸⁴⁴, y afirma a continuación que "el contenido material del injusto es la lesión de intereses humanos. Todo el Derecho existe al servicio del hombre, no es el hombre el que está al servicio del Derecho. El Derecho no es un fin es sí mismo, sino un medio al servicio de fines más elevados que se encuentran fuera del Derecho"⁸⁴⁵.

En su Tratado, Mezger matiza y concreta la definición de interés que había ofrecido anteriormente, destacando la relación entre el interés protegido por el Derecho y el concepto de bien jurídico⁸⁴⁶. El interés hace referencia a una toma de posición de la voluntad individual o social en favor del mantenimiento de un determinado estado. La lesión o puesta en peligro de este estado lesiona o pone en peligro mediatamente el interés en su mantenimiento, que debe entenderse como interés general medio (*als generelles Durchschnittsinteresse*). Cuando se dice que el contenido material del injusto es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico se expresa la misma idea de modo más gráfico. El bien jurídico es el estado en el que se encuentra el interés medio que el Derecho toma en consideración⁸⁴⁷. En el bien jurídico de los diversos tipos penales se encuentra, reducido

⁸⁴⁴ E. MEZGER, GS 89 núm. 89 (1923-24), p. 248. En el mismo sentido, *vid.* del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 332-333.

⁸⁴⁵ *Vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), p. 248.

⁸⁴⁶ *Vid.* E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 383 y ss.

⁸⁴⁷ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, p. 386.

a la fórmula más sencilla, el valor objetivo al que la ley penal otorga su protección.

9. Mezger aborda la delimitación de la culpabilidad partiendo de su dependencia respecto del injusto y del rechazo a las propuestas de aquellos autores que conciben la culpabilidad como el punto de partida del concepto de delito⁸⁴⁸. En su opinión, “[l]a culpabilidad significa únicamente la *reprochabilidad personal del injusto realizado*”⁸⁴⁹. Como señalan los partidarios de la denominada concepción normativa, el juicio sobre la culpabilidad encierra un elemento normativo. Lo que la doctrina discute es el objeto sobre el que recae el desvalor que encierra el juicio sobre la culpabilidad. Centrar la atención en el carácter del sujeto infringe el principio del hecho que rige en el Derecho vigente⁸⁵⁰. Debe partirse de la relación psicológica concreta entre el autor y su hecho, de modo que el juicio sobre la culpabilidad se refiera a la parte interna, a la parte subjetiva del hecho⁸⁵¹. Por lo tanto, mientras que el injusto posee una orientación fundamentalmente objetiva, la culpabilidad tiene una orientación fundamentalmente subjetiva⁸⁵².

⁸⁴⁸ Sobre esto, *vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 250-251 *Vid.* también, del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, p. 161 y nota 4; t. II, pp. 1 y ss., especialmente pp. 13 y ss.

⁸⁴⁹ E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), p. 250.

⁸⁵⁰ Sobre esto, *vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 252-253.

⁸⁵¹ *Vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 254-257.

⁸⁵² *Vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), p. 257.

10. Mezger no comparte, sin embargo, la opinión de la doctrina dominante de que todos los elementos subjetivos del delito pertenecen a la culpabilidad. “Esta concepción –afirma aquel autor– no se ajusta a los hechos de la legislación positiva; *la asignación de todos los elementos subjetivos de la acción a la culpabilidad es insostenible*. Por lo menos parcialmente pertenecen al injusto. La exploración médica de los genitales de un niño *no es* antijurídica; pero no es que sea conforme a Derecho porque el “consentimiento” o cualquier otra causa de justificación excluya el injusto que en sí mismo concurre –el consentimiento como causa de justificación carecería *aquí* de relevancia–, sino porque, al faltarle la parte subjetiva de una acción “impúdica” ya no es desde el principio ningún injusto. Sólo sería tal cosa mediante la dirección subjetiva de la voluntad, mediante el “fin” no permitido de quien actúa. Por lo tanto, la frontera entre el injusto y la culpabilidad no se corresponde verdaderamente con la frontera entre lo objetivo y lo subjetivo. La exclusión de *toda* determinación subjetiva del injusto es insostenible. El injusto es fundamentalmente la lesión objetiva de intereses. Pero esto no supone que la lesión de intereses deba determinarse *siempre* independientemente de la dirección “subjetiva” de la voluntad de quien se dirige contra intereses ajenos. El fino y complejo juego de intereses humanos no puede concebirse de modo tan burdo y superficial. El propio *principio de la máxima satisfacción de intereses* requiere más bien una consideración del factor subjetivo”⁸⁵³. Esto es lo que sucede en tres grupos de supuestos: en primer

⁸⁵³ E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 259-260 (subrayados en el original). *Vid.* también, del mismo autor, “Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände”, en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 11, 13-31; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 333 y ss., 373. Mezger reconoce que el hecho de que el delito sea obra de la voluntad supone que en la realización del delito intervienen procesos anímicos, pero no comporta que el *contenido* de la voluntad deba entenderse relevante en el ámbito de la teoría del injusto. Por el contrario, con carácter general,

lugar, cuando “al establecer el injusto, el Ordenamiento jurídico se contenta, por decirlo así, con sólo una parte de los presupuestos objetivos del injusto y sustituye el resto por su aspecto subjetivo”⁸⁵⁴; en segundo lugar, en los supuestos en los que “el Ordenamiento jurídico autoriza a quien actúa para atacar intereses ajenos pero le exige "buena voluntad"”⁸⁵⁵; y, finalmente, en los supuestos en los que “una dirección antisocial especialmente intensa acompaña la lesión de intereses”⁸⁵⁶.

Según Mezger, es el Derecho positivo el que indica cuándo concurre alguno de estos supuestos en los que los elementos de naturaleza subjetiva *fundamentan* el injusto, o bien *excluyen* el injusto que existiría sin su concurrencia⁸⁵⁷. En el primer caso, la concurrencia de elementos subjetivos

aquí sólo es necesario que el suceso penalmente relevante haya sido *causado* por la voluntad.

⁸⁵⁴ E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), p. 250. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 260-261 e *infra* en el texto. Se trata de “delitos con tendencia interna trascendente”: la tendencia interna trasciende a la configuración externa de la conducta antijurídica descrita en el tipo.

⁸⁵⁵ E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), p. 250. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 270 y ss. e *infra* en el texto.

⁸⁵⁶ E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), p. 250. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 261 y ss. Posteriormente Mezger matizó esta clasificación inicial. En su artículo sobre el sentido de los tipos penales, dentro de los supuestos en los que la ley exige que el querer de la acción externa esté impregnado de sentido y lo considera esencial para fundamentar el injusto del hecho, aquel autor distingue entre los casos en los que el querer expresa un proceso anímico del autor, aquellos en los que representa la confirmación de una tendencia subjetiva, y aquellos en los que se presenta como medio para fines ulteriores; *vid.* E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 16-21; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I., pp. 336 y ss.

⁸⁵⁷ *Vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 260 y ss.

vendrá expresada en los tipos penales, de modo que la tipicidad penal se fundamentará subjetivamente. Así sucede en los delitos con tendencia interna trascendente. La intención (*Absicht*) no es un elemento de la culpabilidad, sino del injusto porque “fundamenta la *especial* peligrosidad del hecho para intereses ajenos; [no] caracteriza desde un punto de vista sintomatológico la personalidad del autor, ni desde un punto de vista psicológico concreto se refiere a un determinado componente objetivo del hecho”⁸⁵⁸. Asimismo, cuando los elementos del tipo están caracterizados subjetivamente mediante la dirección de la voluntad del autor –como, por ejemplo, ocurre con la "acción impúdica" ("*Unzüchtige Handlung*") de los §§ 174 y 176 StGB–, la ausencia del elemento subjetivo no excluye sólo la culpabilidad, sino que excluye también el injusto previsto en la correspondiente disposición legal, pues éste está limitado por la concurrencia de aquella forma de comisión que, debido a la presencia del elemento subjetivo, presenta una especial peligrosidad social⁸⁵⁹. En

⁸⁵⁸ E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), p. 261. Según este autor, la intención (*Absicht*) ya no pertenece al injusto, sino a la culpabilidad cuando se refiere a un resultado que forma parte del tipo objetivo.

Posteriormente, Mezger consideró que los elementos subjetivos del injusto son, además, elementos de la culpabilidad; sobre esto, *vid.* E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, p. 23; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I., pp.341-342.

⁸⁵⁹ *Vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 261 y ss. En relación con los delitos de expresión (*Äußerungsdelikte*), Mezger considera que la valoración jurídica de lo que el sujeto expresa no depende del significado que él le atribuye, sino de su sentido objetivo, o sea, del sentido que se le otorga objetivamente en el tráfico jurídico. Las injurias no requieren un ánimo de injuriar, distinto del conocimiento del significado objetivamente injurioso que posee lo que se expresa y que es un elemento de la culpabilidad. Y lo mismo sucede en relación con el significado intimidatorio de las amenazas, o en relación con el delito de revelación de secretos. Más discutible, en

definitiva, aquellos elementos “determinan la especial peligrosidad del hecho y, con ello, el "injusto" *especial* del tipo jurídico-penal especial”⁸⁶⁰. Mezger reconoce, así, que la peligrosidad de la conducta en relación con los intereses que el Ordenamiento jurídico protege, y que fundamenta su carácter antijurídico, no depende exclusivamente de su configuración externa, como tampoco es exclusivamente la configuración externa de la conducta lo que valoran las normas jurídicas o los baremos generales a los que éstas remiten. La peligrosidad social de la conducta y su desvalor puede depender, también, de la intención o los motivos del autor y, por lo tanto, de componentes subjetivos. Sin su presencia, la conducta no es antijurídica, o no lo es en el sentido del tipo penal que la describe atendiendo a aquellos elementos subjetivos y al significado valorativo que éstos otorgan a su configuración externa. Sin embargo, esto no supone que el injusto pueda fundamentarse de modo puramente subjetivo como proponen los partidarios de la teoría subjetiva de la tentativa cuando consideran irrelevante la configuración externa de la conducta, o como algunos pretenden extraer de la regulación legal del fraude de ley en el § 226 BGB⁸⁶¹. En este sentido, Mezger afirma que “[e]n muchos lugares

cambio, resulta la cuestión en relación con el delito de perjurio. Pero también aquí Mezger considera que la tipicidad de la conducta no depende de si lo que se expresa coincide con la convicción que el sujeto tiene al respecto, sino de la coincidencia objetiva entre lo que afirma y la realidad. *Vid.* también, del mismo autor, "Vom Sinn", pp. 16 y ss.

⁸⁶⁰ E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), p. 262 (el subrayado es mío).

⁸⁶¹ *Vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 266-270. El § 226 BGB establece que “El ejercicio de un Derecho es inadmisibile cuando sólo puede tener el fin de producir daño a otro”. Según Mezger, este precepto sólo puede entenderse en el sentido del fin objeto del hecho y no del autor.

[el Derecho vigente] puede otorgar relevancia supletoriamente a elementos subjetivos para fundamentar el injusto; pero el injusto requiere siempre un punto de apoyo objetivo si no se establecen arbitrariamente excepciones en la teoría subjetiva de la tentativa”⁸⁶². Aquel autor entiende que la relevancia práctica de aquellos elementos subjetivos del tipo radica en la

Vid. también, del mismo autor, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 13-23. Según Mezger (*op. cit.*, p. 15), la principal razón para entender que el simple querer de la acción externa que la ley requiere para la comisión del delito no afecta a su carácter antijurídico, sino a la culpabilidad, radica en que con él “no se añade nada nuevo al carácter lesivo para intereses (bienes jurídicos) del hecho; aquel querer fundamenta la "reprochabilidad" personal del hecho, o sea, la culpabilidad del autor, pero no puede modificar en modo alguno el injusto específico del hecho”. No sucede lo mismo, sin embargo, cuando se trata de un querer referido a la acción externa impregnado de sentido (*ein sinnerfülltes Wollen der äußeren Handlung*). Este proceso subjetivo ya no puede identificarse con la mera exigencia legal de que el autor realice el tipo externo de modo consciente y voluntario. Mezger afirma (*op. cit.*, pp. 16 22) que en estos casos, el suceso externo presenta “un determinado colorido psíquico, un determinado contenido espiritual, un "sentido" subjetivo especial” y “el carácter lesivo de la acción externa para intereses (bienes jurídicos) es totalmente distinto [...]. Es indiscutible que si el juramento, la omisión de la denuncia del asesinato, el intercambio de los genitales, la falsificación de dinero, etc.. son o no injustos (antijurídicos) no depende únicamente del contenido *externo* de la acción, sino también de la posición *interna* del autor, de su verdadera convicción, del conocimiento de la existencia del asesinato, de su tendencia sexual, de su intención de poner el dinero en circulación, etc ...” (subrayados en el original).

⁸⁶² E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), p. 270. En su trabajo sobre el sentido de los tipos penales, Mezger remite precisamente a la tentativa para demostrar la existencia de elementos subjetivos, señalando que incluso las teorías objetivas entienden que lo que determina el injusto específico no es la mera puesta en peligro, sino la puesta en peligro dirigida por una intención que va más allá de ella; *vid.* E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 22-23; *vid.* también, del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. II, pp. 219 y ss.

posibilidad de que su ausencia impida afirmar la antijuricidad de la conducta y, por lo tanto, la posibilidad de repelerla en legítima defensa⁸⁶³. Pero también en la posibilidad de entender que la mera concurrencia del correspondiente elemento subjetivo es suficiente para poder afirmar la autoría del sujeto que interviene en la comisión del delito⁸⁶⁴. El reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto puede servir,

⁸⁶³ E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, p. 23.

⁸⁶⁴ Vid. E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 23-24. Según Mezger, la teoría de los elementos subjetivos del tipo pone de relieve que es incorrecto desde el principio el planteamiento de la cuestión que se realiza tradicionalmente partiendo de la distinción entre las denominadas teoría objetiva y subjetiva. "Lo decisivo aquí no es la contraposición entre lo objetivo y lo subjetivo, sino entre el injusto (tipo) y la culpabilidad. Por lo tanto, nuestra delimitación de la autoría (§ 47) y la complicidad se apoya en principio y en su punto de partida en las denominadas teorías objetivo-formales, pero no es objetiva en el sentido estricto del término, en tanto que también incluye elementos "subjetivos" en el tipo. De acuerdo con esta concepción, es *autor* todo aquel que toma parte en el tipo –*incluso sin realizar un elemento externo del tipo, sino sólo con la "intención", etc... exigida por la ley*–, mientras que para la *participación* quedan el resto de formas de contribución causal al resultado externas a la esfera del tipo. Y el mismo punto de vista rige para la delimitación entre el *autor* y el *inductor* [...]. También la teoría de la accesoriedad pasa a verse de modo distinto [...] las reservas frente a la propuesta de exigir únicamente el tipo de *injusto* en la persona del autor principal desaparecen tan pronto como se advierte que *también* pertenece a *estos* requisitos el "querer de la acción impregnado de sentido" (subrayados en el original). Vid. también, del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. II, pp. 297-302, 318-319, 323-325; es sorprendente que aquí Mezger parta, *con carácter general*, de que quien realiza el tipo sin la concurrencia del elemento subjetivo actúa antijurídicamente y, por esta razón, cabe la autoría mediata. Esto es sorprendente porque el propio Mezger había reconocido que la ausencia del correspondiente elemento subjetivo, además de excluir la tipicidad de la conducta, también podía excluir su carácter antijurídico.

asimismo, para plantear y resolver correctamente algunos problemas concursales⁸⁶⁵⁻⁸⁶⁶.

Como ya hemos indicado, Mezger también se planteó la relevancia que debía otorgarse a los elementos subjetivos en relación con la exclusión de la antijuricidad de la conducta. Aquí se trataba de determinar si la eficacia

⁸⁶⁵ Vid. E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 24-25.

⁸⁶⁶ En relación con las consecuencias de la incorporación al tipo de determinados elementos subjetivos, *vid.*, por todos, R. SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, 1934, pp. 174 y ss.

Respecto de la delimitación entre autoría y participación, partiendo de que mediante los elementos subjetivos del tipo el legislador ha querido establecer de modo descriptivo la peligrosidad específica de la correspondiente conducta externa, Sieverts considera (*op. cit.*, p. 189) que para la coautoría no basta con realizar actos objetivamente típicos, sino que es necesario actuar con el correspondiente elemento subjetivo. Sin embargo, sorprendentemente este autor acepta (*op. cit.*, p. 190) la autoría mediata de A cuando es sólo el inimputable B quien realiza actos objetivamente ejecutivos y actúa con el correspondiente elemento subjetivo, siempre que A conozca esta circunstancia. Por otra parte, Sieverts (*op. cit.*, pp. 191-192) rechaza la opinión de Mezger –igual en los resultados a la del RG– y entiende que para la coautoría no basta con que el sujeto intervenga con el correspondiente elemento subjetivo. En este sentido, señala que “Hegler y Mezger desconocen que si la "intención" es la que otorga el necesario "coloreado antisocial" a la conducta externa delimitada en la ley penal, inversamente la "intención" también tendrá que darse en una determinada medida –tal como se establezca para la conducta externa descrita en la ley penal– antes de que aparezca como puesta en peligro merecedora de pena”. Sieverts (*op. cit.*, p. 193) ni siquiera acepta la coautoría cuando quien realiza actos objetivamente típicos actúa sin el correspondiente elemento subjetivo, matizando, así, el criterio de delimitación entre autoría y participación de la teoría objetivo-formal referida a los elementos del tipo. En este sentido, el reconocimiento de los elementos subjetivos del tipo permite poner de relieve que ni la realización de actos ejecutivos, ni su realización dolosa son suficientes para afirmar la autoría cuando se trata de delitos con elementos subjetivos del tipo, y no porque falte la culpabilidad específica del correspondiente delito, sino porque falta ya la tipicidad.

de una causa de justificación depende exclusivamente de circunstancias objetivas, o depende también de elementos subjetivos. Formulado en términos generales atendiendo al contenido material del injusto, se trata de determinar si la ausencia de un interés protegido por el Derecho, y la ponderación de los intereses concurrentes, que determinan la exclusión de la antijuricidad de la conducta típica dependen exclusivamente de circunstancias objetivas, o dependen también de elementos subjetivos y, concretamente, del conocimiento de la concurrencia de los presupuestos objetivos, o de la concurrencia de determinados fines (*Zwecke*), o de una determinada intención (*Absicht*)⁸⁶⁷. Mezger rechaza que la eficacia justificante del consentimiento (real o presunto) dependa de su conocimiento por parte del autor y, además, considera que la creencia

⁸⁶⁷ Vid. E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 270 y ss. Mezger reconduce al principio de ausencia de interés el consentimiento real y el consentimiento presunto. En cambio, entiende que las causas de justificación que encuentran su fundamento en el principio del interés preponderante son la gestión de negocios ajenos para impedir el incumplimiento puntual de un deber prevista en el § 679 BGB, y aquellas que responden a la existencia de un deber especial, o de un derecho especial de necesidad por parte de quien realiza la conducta que en otro caso sería antijurídica.

Al ocuparse del consentimiento presunto, frente a la opinión de aquellos que consideran que su admisión como causa de justificación carece de base en el Derecho vigente, Mezger afirma (*op. cit.*, p. 290) que esta opinión responde a la escasa claridad acerca del fin último de carácter inmanente, de la más elevada regla de interpretación de todo el Derecho concreto (*über den immanenten Endzweck, über die oberste Auslegungsregel alles konkreten Rechts*). Esta regla interpretativa de todo el sistema jurídico concreto y de las lagunas de sus proposiciones no es otra que la tendencia a la máxima satisfacción posible del máximo número posible de intereses. Y de ella se sigue inmediatamente el reconocimiento del consentimiento presunto como causa de justificación para adecuar las normas del Derecho a la configuración concreta del caso, puesto que el denominado consentimiento presunto es apropiado con carácter general para maximizar la satisfacción de intereses. Por ello, “debe entenderse de modo inmediato como Derecho vigente, pues en cada una de las proposiciones concretas establecidas por el legislador está comprendida aquella “meta superior””.

errónea sobre la existencia de un consentimiento eficaz (o los presupuestos objetivos de un consentimiento presunto) no puede entenderse como una causa de justificación, sino como una causa de exclusión de la culpabilidad. Exigir el conocimiento del consentimiento supondría fundamentar el injusto de modo puramente subjetivo mediante la teoría de la tentativa inidónea, atendiendo al error del autor⁸⁶⁸. En relación con la legítima defensa, Mezger considera que en el § 53 StGB no se encuentra ningún punto de apoyo que permita proporcionar el fundamento especial que requiere la exigencia de elementos subjetivos, debido a que el juicio sobre la antijuricidad parte siempre de un punto de vista objetivo. Y afirma también que la comprensión objetiva de la legítima defensa es, además, materialmente satisfactoria porque el examen de un fin subjetivo, junto con la concurrencia de los presupuestos objetivos, supondría una exigencia

⁸⁶⁸ Vid. E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 270-281. Según Mezger, el único elemento subjetivo relevante en relación con el consentimiento radica en que éste no se refiere al resultado, sino al contenido de la voluntad de la conducta del autor, de modo que si sólo se consiente en que el autor realice la conducta sin dolo ni ánimo de lesión y aplicando todo el cuidado posible, la presencia de aquél y la ausencia de éste excluye la eficacia del consentimiento. Mezger rechaza que el consentimiento deba referirse al resultado de la conducta del autor porque aquél puede producirse con posterioridad a su conducta y “uno de los principios fundamentales de la teoría de las causas de justificación es que la conformidad o disconformidad de un hecho con el Derecho debe establecerse en el momento del hecho y no puede decidirse con posterioridad” (*op. cit.*, p. 279). Por otra parte, señala que “la acción es un hacer *voluntario* de un hombre (*gewolltes Tun eines Menschen*). Según lo dicho, el consentimiento se dirige, por ello, *tanto* al hacer externo *como también* a una determinada dirección interna de la voluntad de quien actúa. Si esta dirección *interna* “subjetiva” de la dirección de la voluntad del autor se aparta del contenido del consentimiento, *no* tiene lugar la aplicación de causa de justificación” (subrayados en el original). Vid. también, del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 397 y ss., especialmente p. 399.

procesal imposible de cumplir⁸⁶⁹. Aquel autor considera que, en cambio, otras causas de justificación sólo se refieren a aquellos sujetos que se muestran dignos de la confianza del Ordenamiento jurídico porque subjetivamente actúan con "buena voluntad" ("*guten Willen*") al realizar la conducta típica. Así ocurre en relación con el denominado "tratamiento salvador"⁸⁷⁰, en relación con la justificación prevista en el § 679 BGB⁸⁷¹,

⁸⁶⁹ Vid. E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 303-309. Mezger se adhiere, además, al argumento de Fischer de que la exigencia de elementos subjetivos y, en particular, la exigencia de un fin defensivo, podría llegar a excluir la posibilidad de que los enfermos mentales puedan actuar en legítima defensa. Vid. también, del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 438-439 y 440-441.

⁸⁷⁰ Vid. E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 280-286. En relación con la delimitación de los supuestos en los que el consentimiento puede tener eficacia como causa de justificación, Mezger remite al principio de la ausencia de interés como principio rector de esta causa de justificación, derivado de la comprensión del contenido material del injusto como lesión de intereses. Aquel principio pone de relieve que el consentimiento no puede justificar la conducta cuando el interés de quien resulta inmediatamente lesionado –*rectius*, del sujeto pasivo– no agota el contenido de la norma; en estos casos, el consentimiento no puede, por sí mismo, hacer desaparecer por completo el interés que determina el contenido de la norma. “A pesar del consentimiento del inmediatamente lesionado –afirma Mezger, *op. cit.*, p. 281–, subsisten intereses "generales" que no permiten excluir el injusto. Pero de estas premisas deriva algo más. Según el "principio de la ausencia de interés" es perfectamente posible que también ese interés "general" retroceda en el caso concreto. El "ataque" que seguiría siendo antijurídico con el consentimiento del inmediatamente lesionado debido a la lesión subsistente de intereses generales, *pierde* su carácter antijurídico cuando también esos intereses generales ceden porque, atendiendo al estado de cosas, ya no se lesionan intereses generales. Con otras palabras: *el ámbito del consentimiento eficaz del lesionado se amplía más allá de su propio ámbito cuando lo justifican los intereses generales*. Ataques que en otro caso no perderían su carácter antijurídico mediante el denominado consentimiento del lesionado, quedan aquí justificados; formas de consentimiento que carecerían de eficacia y, en especial, el consentimiento mediante un representante devienen eficaces por analogía con los §§ 104 y ss. BGB, porque necesidades prácticas insalvables requieren esta ampliación.

Esto es lo que sucede cuando el "ataque" favorece, a su vez, intereses de la comunidad reconocidos por el Derecho. El supuesto más importante y discutido es el de los denominados tratamientos salvadores (*sog. Heilbehandlung*)” (subrayados en el original). “En relación con estos supuestos –afirma aquel autor a continuación (*op. cit.*, p. 282)–, la cuestión que adquiere interés para nuestro problema de los elementos subjetivos del injusto puede formularse así: ¿Se determina con arreglo a puntos de vista puramente "objetivos" la *ampliación* de la aplicación del consentimiento en el ámbito del tratamiento salvador, o juega en ella un papel decisivo un "elemento subjetivo del injusto (de la justificación)" con unos caracteres propios? Con otras palabras: la *ampliación* de la exclusión de la antijuricidad en los denominados ataques curativos ¿exige que el ataque tenga lugar con "fines curativos"? [...]. Nosotros nos decidimos por la perspectiva "subjetiva", aceptando la causa *especial* de justificación sólo cuando el ataque se dirige también subjetivamente a un "fin salvador". El "*fin salvador*" aparece, así, como un "*elemento subjetivo del injusto (de la justificación)*" peculiar y perfectamente caracterizado” (subrayados en el original). Mas adelante, Mezger señala (*op. cit.*, pp. 284-285) que aquí no se trata de una justificación puramente subjetiva, que permita entender que concurre una causa de justificación cuando el médico actuó con un fin salvador, pero infringiendo las reglas de arte médico. “Se trata *únicamente* de que la *ampliación* de la admisión del consentimiento como causa de justificación (eficacia de la representación en el consentimiento, admisibilidad del consentimiento en operación con peligro para la vida, etc...) dependa *también* de que el ataque en el que se consiente esté dirigido por un "fin salvador". *Es la razón objetiva del consentimiento lo que excluye la antijuricidad, pero no puede hacerlo cuando quien actúa no persigue un "fin salvador"*” [...]. Un "fin salvador" no significa *sólo el fin terapéutico* en sentido estricto: abarca también la finalidad del *diagnóstico* cuando persigue el conocimiento de la enfermedad, y abarca también hasta cierto punto fines de naturaleza *cosmética o profiláctica*. El presupuesto del "fin curativo" *siempre* es que domine el "bienestar individual del enfermo”” (subrayados en el original). Según Mezger, la razón por la que el tratamiento salvador está sometida a un régimen especial desde el punto de vista subjetivo radica en que el permiso del Ordenamiento jurídico comporta un alto grado de *confianza*. El Ordenamiento jurídico sólo puede autorizar ese margen de intervención sobre los intereses ajenos a quien lo utiliza de "buena voluntad" y se hace, así, merecedor de esa confianza.

871 *Vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 292-296. Mezger considera que la gestión de negocios ajenos regulada en los §§ 677-687 BGB no supone una causa de justificación autónoma, sino que se trata de supuestos concretos de aplicación de los

y en relación con algunas causas de justificación derivadas de derechos laborales o funcionariales que no constituyen supuestos de colisión de deberes⁸⁷². En el resto de causas de justificación, lo decisivo será la

principios que rigen para el consentimiento real o presunto. Sólo el § 679 supone una ampliación de estos principios generales y configura una causa de justificación autónoma, basada en la ponderación de los intereses concurrentes. En aquel párrafo se deja sin efecto la opinión contraria del titular del negocio a la realización de éste cuando la omisión del negocio impediría el cumplimiento puntual de un deber de aquél cuya realización responde a intereses públicos, o un deber legal de actuar. En relación con la exigencia del elemento subjetivo, Mezger señala (*op. cit.*, p. 296) que “[s]ólo el *fiel* servidor del Derecho puede intervenir sobre los intereses de otra persona en contra de su voluntad”.

⁸⁷² *Vid.* E. MEZGER, GS núm. 89 (1923/24), pp. 297-303. Según Mezger, también aquí “es necesario un punto de partida *objetivo* para la delimitación del Derecho y lo injusto. Precisamente en el ámbito del Derecho público que aquí resulta decisivo, el Derecho debe permanecer como Ordenamiento jurídico *objetivo* y trazar de modo seguro y claro, con elementos que sean reconocibles externamente, los límites de los ataques admisibles contra los intereses privados. Pero, al mismo tiempo, no podemos mantener este principio *sin excepciones*. La razón decisiva para una necesaria limitación la ha destacado ya Graf zu Dohna [...]. El Ordenamiento jurídico cuenta con el ejercicio de la función con arreglo a “sus deberes”, lo que no sólo hace referencia a la actuación *objetivamente* correcta, sino *también* a una posición *subjetiva* que se ajuste al “fin” del Derecho. La voluntad de quien actúa ha de ser “buena” en el sentido del Derecho, o sea, dirigida al correcto ejercicio de la función y no a ventajas personales o daños personales. *La situación es aquí exactamente la misma que en el tratamiento curativo y la gestión de negocios del § 679 BGB: también respecto del ejercicio de la profesión o la función pública se trata de supuestos en los que el Derecho no puede prescindir de la garantía “psíquica” de una actuación correcta.* Sólo quien es merecedor de confianza obtiene la que fundamenta el ejercicio del derecho profesional o funcional” (subrayados en el original). Sin embargo, a continuación Mezger afirma que en los casos concretos en los que la ley haya delimitado exactamente los presupuestos de la actuación profesional, su conformidad o disconformidad con el Derecho se decidirá de modo meramente objetivo. Así entiende que sucede también cuando la ley deja un margen al funcionario para apreciar cognitivamente la concurrencia de los presupuestos objetivos que autorizan la intervención. La conformidad a Derecho del examen se

conurrencia de los presupuestos objetivos previstos en el correspondiente precepto o, en su caso, los derivados de los dos principios que –según Mezger– rigen en esta materia y, concretamente, el resultado de la conducta, o que su finalidad objetiva permita entender que está ausente el interés que en otro caso fundamentaría la antijuricidad, o concurre un interés preponderante al que la conducta lesiona o pone en peligro⁸⁷³.

11. En su artículo sobre el sentido de los tipos jurídico-penales, Mezger recuerda que el punto de partida elemental de la teoría del tipo consiste en que “todo delito requiere necesariamente una modificación en *el mundo exterior* o, expresado de otro modo, un proceso externo, situado espacio-temporalmente, aprehensible por los sentidos, "objetivo", como, por

determina objetivamente atendiendo a lo que, en esas circunstancias, resulta exigible de modo general a un funcionario. *Vid.* también, del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 422-423, 426.

⁸⁷³ La referencia a la finalidad o la tendencia objetiva de la conducta, que –siguiendo a Sauer– Mezger quiere distinguir de la finalidad subjetiva del autor supondría atender a un criterio objetivo *ex ante*. Sin embargo, es discutible que en el ámbito del tipo objetivo la admisión de este criterio suponga prescindir por completo de los conocimientos especiales del autor, pero aquí no se plantea la cuestión acerca de la exigencia de un elemento subjetivo del injusto para fundamentar la atipicidad de la conducta junto con su propia configuración externa, sino que es la propia tipicidad objetiva lo que se niega. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, W. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1949, pp. 70 y ss. De este modo, mientras que en el tipo objetivo se recurre al error invencible para excluir la tipicidad objetiva, en el ámbito de las causas de justificación se considera que el error es irrelevante y sólo puede excluir la culpabilidad del autor. Esta es una de las incoherencias del sistema neokantiano: que se limite la imputación objetiva de resultados típicos, pero no se limite la imputación objetiva de la ausencia de causas de justificación, o sea, el desvalor del hecho vinculado a la ausencia de una causa de justificación. Ni siquiera cabe entender que esto está justificado por el hecho de que en el primer caso sea el tipo objetivo, pero no la antijuricidad objetiva, lo que se excluye, ya que esto no es así.

ejemplo, matar en el § 221, sustraer en el § 242, la cohabitación en el § 177 StG, etc...”. Este punto de partida comporta que, como delimitación específica del injusto, el tipo supone una delimitación de procesos externos, "objetivos", determinados de modo puramente "descriptivo", o sea, sin que presupongan una nueva valoración externa al tipo⁸⁷⁴. Pero esto no debe matizarse únicamente en relación con la existencia de elementos subjetivos, sino también en relación con el carácter normativo de algunos elementos del tipo⁸⁷⁵. Aquí se trata de elementos en los que, “frente a la función originaria del tipo, el legislador deja en manos de instancias ajenas el *enjuiciamiento valorativo* definitivo (*das abschließende Werturteil*)”⁸⁷⁶.

Lo primero que conviene aclarar es que la distinción que Mezger realiza entre elementos descriptivos y elementos normativos ya no se basa en la consideración de estos últimos como (los únicos) elementos de la conducta típica que fundamentan su carácter antijurídico. Aquella distinción responde a la trascendencia que la metodología neokantiana concede a las referencias valorativas en los procesos de determinación y delimitación del

⁸⁷⁴ Vid. E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 7-8; aquí se encuentra el texto citado.

⁸⁷⁵ Vid. E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 9, 12-13, 29 y ss. Según Mezger (*op. cit.*, p. 12 y nota 2), M.E. Mayer destaca correctamente que los elementos normativos no son aprehensibles por los sentidos y que no se realizan en el mundo exterior, sino exclusivamente en el mundo del Derecho; sin embargo, confundía la valoración normativa y el enjuiciamiento cognitivo (*normative Bewertung und kognitive Beurteilung*).

⁸⁷⁶ E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, p. 13 (el subrayado es mío). Vid. también, del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 359-360, 372 y ss., t. II, 92-93, 133-134

contenido de los conceptos jurídicos, y de comprobación de su concurrencia⁸⁷⁷. En este sentido, Mezger afirma que E. Wolf tiene razón cuando considera que, en el fondo, todos los elementos del tipo poseen carácter normativo, pues todos ellos son conceptos jurídicos y, por lo tanto, conceptos valorativos contruidos teleológicamente. Y también destaca que allí donde los juicios valorativos son inevitables para determinar la actuación típica, es igualmente necesario encontrar el "valor de valorar" y

⁸⁷⁷ Cfr. H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen ...*, cit., pp. 62 y ss.; M. GRÜNHUT, *Festschrift für R. Frank ...*, cit., pp. 21-24; A. HEGLER, *Festschrift für R. Frank ...*, cit., pp. 270-275; H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 52-53; E. WOLF, *Die Typen ...*, cit., pp. 11 y nota 2, 53 y nota 2, y *passim*; H. WELZEL, "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", en *Abhandlungen ...*, cit., pp. 96 y ss.

E. Wolf admite que su tesis sobre el carácter normativo de todos los elementos del tipo posee sólo un significado metodológico de carácter formal (*formal-methodologische Bedeutung*), y señala que la oposición de Beling al reconocimiento de los elementos normativos del tipo responde a una confusión entre el significado metodológico y el significado dogmático de esta categoría. Al analizar los elementos de los diversos tipos para ensayar una clasificación de éstos, E. Wolf subraya la necesidad de una concepción teleológica, normativa de aquéllos y, en este sentido, se opone enérgicamente a la comprensión naturalística que todavía defienden algunos autores. Según E. Wolf (*op. cit.*, pp. 11-12), "[i]ncluso prescindiendo de la base normativa del propio conocimiento y del hecho innegable de que, como consecuencia de ello, todos los elementos jurídicos son normativos, querer separar la descripción del hecho de la valoración del hecho en los tipos supondría contradecir el carácter teleológico de la formación jurídico-penal de conceptos. Lo que debe destacarse es, más bien, que el mundo jurídico-penal empieza allí donde existe un enlace estructural imposible de deshacer entre elementos valorativos y elementos del ser [...]. Al analizar los elementos del tipo, la ciencia puede separar la región del pensamiento valorativo trascendental de la esfera de su existencia temporal, puede determinar y exponer conceptualmente los elementos estructurales normativos y naturalísticos de los posibles tipos *a priori*, pero nunca lo consigue en el ámbito de una ley viva y temporal, y de su sistema dogmático-jurídico, que no puede alcanzar la máxima claridad".

no esconderse detrás de imágenes criptonormativas⁸⁷⁸. Pero el propio Mezger señala que, por razones vinculadas al Estado de Derecho, en la medida de lo posible deben destacarse con claridad los componentes "descriptivos" del tipo penal para contener, así, el "juicio valorativo" con su indeterminación y subjetivismo, que no está exento de peligro⁸⁷⁹.

La distinción entre elementos descriptivos y elementos normativos del tipo parte aquí de consideraciones epistemológicas y metodológicas. Presupone la distinción crítica entre el "sujeto" que conoce o valora y el "objeto" valorado o conocido, y expresa las diferencias entre estos dos procesos: el proceso cognitivo de un objeto dado, que tiene como resultado un "juicio sobre hechos" (*Tatsachenurteil*), y el proceso normativo de valoración y configuración del objeto, que tiene como resultado un "juicio valorativo"

⁸⁷⁸ Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 82-83 y 374. La atención de Mezger y otros autores neokantianos por los elementos normativos del tipo responde a su interés por poner de relieve el carácter valorativo y abierto del Ordenamiento jurídico, y por tratar de incorporar a la teoría general del delito los problemas que se presentan en relación con la interpretación de los textos legales. Cfr. H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 47-53.

Acertadamente, Mezger advierte que la forma de limitar el arbitrio judicial no debe consistir en negar el carácter normativo de la mayoría de los conceptos que aparecen en la ley penal ni, tampoco, en negar la naturaleza creadora de la interpretación jurídica y el significado valorativo de la tipicidad como categoría sistemática, sino que debe consistir en poner de manifiesto la tensión existente entre aquellos conceptos y el mandato de determinación inherente al significado material del principio de legalidad, en tratar de limitar el uso de los mismos, y en intentar determinar y ordenar sistemáticamente los valores con arreglo a los cuales deben interpretarse aquellos conceptos. Sobre esto cfr. M. GRÜNHUT, *Festschrift für R. Frank ...*, cit., pp. 12-14.

⁸⁷⁹ E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 45-46; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, p. 374. Vid. también H. MITTASCH, *Die Auswirkungen ...*, cit., pp. 48 y ss.; E. WOLF, *Die Typen ...*, cit., pp. 47-48.

(“*Werturteil*”) o una “normativización” (*Normierung*)⁸⁸⁰. Considerada desde el punto de vista del significado dogmático de la teoría del tipo, el reconocimiento de los elementos normativos pone de manifiesto que los elementos del tipo expresan a menudo una valoración –que, a su vez, el juez debe realizar al comprobar su concurrencia– y que esta valoración no coincide plenamente con la valoración inherente a la afirmación del carácter antijurídico de la conducta típica⁸⁸¹.

Los "elementos descriptivos" son –según Mezger– aquellos componentes del tipo legal que caracterizan de forma unívoca como algo dado el supuesto de hecho que fundamenta la pena, de modo que, para su comprobación, la ley penal sólo requiere del juez una actividad cognitiva. Los "elementos normativos del tipo" son aquellos en los que, más allá de aquella actividad cognitiva, la ley penal requiere del juez una actividad normativo-valorativa, pues el juicio valorativo definitivo sobre los hechos no tiene lugar automáticamente. Se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una valoración especial de la situación de hecho⁸⁸². Este es el punto de partida de la distinción que Mezger propone entre los elementos descriptivos y los elementos normativos del tipo, y que inmediatamente somete a una serie de

⁸⁸⁰ Vid. E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 31 y ss.; del mismo autor, *Sein und Sollen ...*, cit., pp. 65 y ss.; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, p. 148 y nota 11.

⁸⁸¹ Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 359, 374 nota 19; t. II, p. 92-93, 133 y ss. Vid. también H. BRUNS, *Kritik ...*, cit., pp. 24-25; E. WOLF, *Die Typen ...*, cit., pp. 6-12, 56-61 y *passim*.

⁸⁸² Vid., ampliamente, E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 31 y ss.; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 372 y ss.

matizaciones, en las que se pone de relieve hasta qué punto es difusa la línea que separa ambos grupos de elementos. En efecto, Mezger destaca que la actividad cognitiva que el juez debe desplegar para comprobar la concurrencia de los elementos descriptivos del tipo no siempre consiste en un simple proceso de constatación de una realidad previamente delimitada, sino que a menudo exige un enjuiciamiento de la situación de acuerdo con el conocimiento objetivo que proporciona la experiencia general (v. gr. en relación con los elementos que hacen referencia a la peligrosidad de la conducta)⁸⁸³. Por otra parte, Mezger reconoce que, debido a la propina naturaleza normativa y configuradora del conocimiento, también los elementos descriptivos encierran un componente normativo⁸⁸⁴. Y, asimismo, aquel autor señala que, a pesar del origen subjetivo que las valoraciones y decisiones normativas poseen desde un punto de vista lógico, pueden haber experimentado un proceso de objetivización que determine que su comprobación no dependa de un enjuiciamiento subjetivo del juez, sino que deba apoyarse en un complejo normativo preexistente de carácter objetivo⁸⁸⁵.

⁸⁸³ Vid. E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 34 y ss., donde este autor destaca la trascendencia que el enjuiciamiento cognitivo basado en el criterio general de la experiencia posee en el ámbito de la teoría general del delito y, concretamente, en relación con la teoría de la causalidad adecuada y las teorías "objetivas" de la tentativa y la participación. Vid. también, del mismo autor, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 246-248, 374-375, donde Mezger destaca el aspecto normativo del concepto de peligro.

⁸⁸⁴ Vid. E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 40-41.

⁸⁸⁵ Vid. E. MEZGER, "Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände", en *Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger*, 1926, pp. 33-34; del mismo autor, *Tratado ...*, cit., pp. 375-376.

IV. Consecuencias de la comprensión del tipo como injusto específico para la teoría general del delito. La delimitación de los tipos penales

12. La articulación de la teoría general del delito y la definición de sus elementos no tienen un significado meramente teórico, sino que deben servir a la concreción del contenido del Derecho y a su aplicación práctica. Por esta razón, después de exponer las modificaciones que Mezger propone a las propuestas que habían formulado otros autores, conviene exponer cuáles son sus consecuencias.

Con carácter general podemos indicar que la consideración del tipo como injusto específico supone identificar las conductas delictivas partiendo de la existencia de un vínculo inmediato entre su descripción legal y las normas de valoración que determinan que su realización sea antijurídica. Los tipos penales y las causas de justificación pasan a ser los dos conceptos generales cuya relación recíproca ha de permitir satisfacer una función unitaria: la identificación y caracterización de las diversas conductas descritas en la ley penal como conductas antijurídicas, de modo que su configuración se ajuste al concepto de Derecho, que es lógicamente anterior y posee un significado rector pero, por su propio carácter abstracto, necesita concretarse a través de los tipos y las causas de justificación, para poder ajustarse a las necesidades sociales concretas que determinan su contenido.

La configuración externa de las conductas descritas en la ley penal es el punto de partida de su valoración y, por lo tanto, de la fundamentación y la exclusión de su carácter antijurídico, pero Mezger reconoce que no siempre es posible advertir el significado que un suceso tiene para el Derecho si

sólo nos fijamos en su configuración externa. La tipicidad y la comprobación definitiva de la antijuricidad de las conductas delictivas expresan la relación valorativa de una conducta con los intereses que el Derecho penal y el conjunto del Ordenamiento jurídico protegen. Pero esta relación no siempre viene determinada exclusivamente por la configuración externa de la conducta. Ocasionalmente, la valoración que el Derecho realiza de ella atendiendo a su relación con los intereses que protege se fija, también, en el significado que determinados elementos subjetivos otorgan a la conducta externa. Aquí, su concurrencia no determina exclusivamente la imputación personal y el reproche que el Ordenamiento jurídico dirige al autor de la conducta, sino el propio significado y la relación valorativa de ésta con los intereses que el Ordenamiento jurídico trata de proteger. Por esta razón, la concurrencia de aquellos elementos subjetivos es relevante ya en el ámbito de la teoría del tipo y de la exclusión de la antijuricidad de las conductas típicas. La consideración valorativa del Derecho comporta el mantenimiento de su orientación objetiva. Y esto supone que el significado valorativo de sus normas deba partir de la trascendencia externa de las conductas. Pero la trascendencia externa de una conducta y el significado que ésta posee en relación con los intereses que el Derecho penal y el conjunto del Ordenamiento jurídico protegen no viene determinada exclusivamente por su propia configuración externa.

En definitiva, mediante la comprensión del tipo como injusto específico establecido por el legislador penal Mezger propone articular la teoría general del delito partiendo de la dimensión normativa de la descripción legal de la conducta delictiva y de la relevancia que, desde esta perspectiva, pueden tener los elementos subjetivos. Veamos brevemente cómo se concreta este punto de partida.

13. La trascendencia de esta concepción del tipo se advierte ya en el planteamiento de Mezger sobre la relevancia del vínculo causal entre la conducta y el resultado típico. Este autor destaca que la causalidad no es un concepto jurídico, sino un concepto lógico, una categoría *a priori* de nuestro pensamiento que nos permite aprehender el mundo de la experiencia⁸⁸⁶. El pensamiento jurídico también debe servirse de esta forma general del pensamiento para no desvincularse del mundo de la experiencia y del resto del pensamiento científico. Pero esto no supone aceptar que todas las condiciones de un resultado concreto sean equivalentes para poder fundamentar la responsabilidad penal por el resultado. La relación causal entre la conducta y el resultado sólo establece el límite mínimo de la responsabilidad penal. Por lo tanto, no es correcto equiparar el vínculo causal y la responsabilidad. Para evitar esta equiparación, Mezger entiende que, una vez que se ha constatado la relación causal, es necesario plantearse si ésta también es "relevante" para la responsabilidad en el sentido del tipo correspondiente. Entendido como expresión de un injusto, el tipo ya no se fija exclusivamente en el vínculo causal entre la conducta y el resultado típico, sino que se fija también en el valor de la contribución causal y, por ello, incorpora la referencia a la adecuación de la conducta para producir aquel resultado. En este sentido, Mezger afirma que "la punibilidad no depende de dos, sino que por regla general depende de tres presupuestos. Concretamente: 1) del vínculo *causal* entre la conducta y el resultado, 2) de la *relevancia* del vínculo *para el Derecho*, 3) de la *culpabilidad* de quien actúa. También cuando se renuncia

⁸⁸⁶ Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 218 y ss. Mezger acepta el concepto de causa de la teoría de la equivalencia de las condiciones y afirma que el resultado ha sido causado por un acto voluntario cuando la supresión mental de éste comporta también la desaparición del resultado.

a la culpabilidad, junto con el vínculo causal resta *siempre* por examinar *de modo especial* la relevancia que posee para el Derecho”⁸⁸⁷. Y la respuesta a esta cuestión “sólo puede encontrarse en los tipos de la ley penal y su interpretación conforme a su sentido”⁸⁸⁸. La comprensión de los tipos como especificación del injusto permite, por lo tanto, poner correctamente de relieve que la adecuación es aquí un componente esencial, y que esta cuestión debe distinguirse tanto de la relativa a la justificación de la conducta típica, como de la comprobación de la culpabilidad⁸⁸⁹. La teoría de la adecuación contribuye a delimitar las conductas típicas, junto con la comprobación del vínculo causal, las circunstancias personales y modales de la conducta descrita en la ley penal, la teoría general de la participación y el concepto de peligro, que posee especial trascendencia en las teorías de la tentativa y la omisión⁸⁹⁰. La comprensión del tipo como injusto específico permite, en definitiva, completar la referencia al vínculo causal

⁸⁸⁷ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 238-239 (subrayados en el original; la traducción es mía).

⁸⁸⁸ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, p. 239.

⁸⁸⁹ Cfr. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 240 y ss. Según Mezger (*op. cit.*, t. I, p. 240 y nota 51), “[l]a adecuación es un componente esencial de la *tipicidad jurídico-penal*. A las conexiones causales totalmente inadecuadas [...] les falta el significado penal. Conforme a su sentido no pueden fundamentar la responsabilidad del tipo. Esto deriva de una interpretación correcta del tipo. Esto también es válido allí donde la ley utiliza expresiones como "causar" [...], "tener como consecuencia" [...] o similares. Pues, en su contexto jurídico, estos elementos del tipo expresan un concepto *valorativo*, no el concepto teórico-causal de causa. Esto se deriva de una interpretación correcta del tipo” (subrayados en el original; la traducción es mía). Aquel autor rechaza que la teoría de la prohibición de regreso sea apropiada para limitar con carácter general la responsabilidad en el marco de la teoría del tipo.

⁸⁹⁰ Cfr. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, p. 246.

con criterios valorativos relacionados con la peligrosidad de la conducta para el correspondiente bien jurídico, y determinar la tipicidad de la conducta con arreglo a los conocimientos generales sobre el curso causal que proporciona la experiencia.

14. En el ámbito de los delitos de comisión por omisión, la comprensión del tipo como expresión de un injusto *específico* establecido en la ley penal permite a Mezger destacar que sólo serán imputables a la omisión de la conducta esperada los resultados cuya producción responda a un curso causal adecuado⁸⁹¹. Pero lo más importante es que, para delimitar el ámbito de las conductas delictivas atendiendo a su carácter antijurídico, Mezger no remite de modo genérico a la comprobación de la infracción del deber de actuar⁸⁹². Este autor matiza esta remisión señalando que el deber jurídico de evitar el resultado debe ser uno “cuyo sentido sea indudablemente el de querer fundamentar una responsabilidad criminal respecto de dicho resultado. No basta, por tanto, la sola existencia del deber, incluso en los casos en que este deber se impone al objeto de evitar resultados de tal especie. O dicho de otro modo: en todos los casos en que se trate de admitir un delito de comisión por omisión con responsabilidad criminal respecto al resultado es necesaria la prueba, obtenida por la vía de la interpretación de la ley, etc..., de que la fundamentación del deber encierra en sí, al mismo tiempo, la idea de la responsabilidad penal en caso de que el resultado se produzca”⁸⁹³.

⁸⁹¹ Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 290-291.

⁸⁹² Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 284 y ss.

⁸⁹³ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, p. 294. Vid. también, *op. cit.*, pp. 297-298. En relación con los supuestos en los que el deber de evitar el resultado nace de su aceptación por parte del sujeto, Mezger vuelve a destacar (*op. cit.*, p. 299) que

15. De acuerdo con su comprensión del tipo como injusto específico, al ocuparse de sus elementos, distinguiéndolo del objeto corporal sobre el que se realiza la conducta típica, Mezger menciona el objeto de naturaleza valorativa que el Derecho penal coloca bajo su protección y que determina el contenido valorativo del *conjunto* del tipo⁸⁹⁴. La trascendencia de esta referencia valorativa y su conexión con la comprensión del tipo como especificación legal del injusto se advierte con nitidez cuando, a continuación, Mezger aborda en su Tratado la cuestión del contenido material del injusto típico (*der materielle Gehalt des tatbestandsmäßiges Unrechts*), que concibe como la lesión o puesta en peligro de un interés vital, bien jurídico u objeto de protección, entendido como algo que se obtiene de la interpretación de los tipos penales pero que, a su vez, supone ir más allá del contenido positivo de su tenor literal para incorporar la referencia al contenido supralegal de Derecho y a la propia idea racional de Derecho. Concretamente, al conjunto del contexto cultural del que surge el Derecho y al que éste se refiere regulándolo, estableciendo con esta regulación un equilibrio justo entre los intereses de la comunidad y los de

“tampoco aquí es suficiente por sí sola la existencia de un deber jurídicamente fundamentado [...]. También aquí surge el problema en orden a determinar de qué ulteriores presupuestos, además de la existencia del deber, depende la responsabilidad criminal. La respuesta ha de orientarse fundamentalmente a los mismos puntos de vista que en los casos del deber legal, etc... Cuando en virtud de la aceptación del deber se ha producido una situación especialmente *peligrosa* o un *aumento del peligro ya existente*, y la aceptación se produjo con la finalidad de *evitar este peligro*, entonces existirá también una responsabilidad penal por las consecuencias de la lesión del deber, pero no en el resto de supuestos” (subrayados en el original).

⁸⁹⁴ Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 370-371, 388-389.

los particulares⁸⁹⁵. Mediante la comprensión del tipo como injusto específico, Mezger orienta su contenido a la finalidad específica del Derecho penal: la protección de determinados intereses vitales, tratando de superar, así, el formalismo de otras propuestas y de concretar desde un punto de vista material la remisión abstracta al carácter antijurídico de las conductas descritas en la ley penal. La referencia al bien jurídico representa, en definitiva, el referente valorativo que complementa la remisión a la descripción legal de la conducta delictiva y la definición del tipo como especificación del injusto. Permite situar la descripción legal de la conducta delictiva en el contexto más amplio de la teoría del injusto para volver sobre aquella y delimitarla con arreglo a su sentido, en una suerte de razonamiento que recuerda fuertemente el método hermenéutico de comprensión circular que destaca la conexión de sentido que existe entre las partes y el todo. Aquí, la interpretación teleológica de la correspondiente ley penal permite determinar el contenido del bien jurídico que, a su vez, encierra una remisión al contenido supralegal del injusto y constituye el principal medio de interpretación del conjunto de los elementos del tipo legal. La remisión al bien jurídico que encierra la comprensión del tipo como especificación del injusto supone una remisión desde la parte al todo que, expresado en un elemento sintético posibilita, a su vez, la comprensión de las partes: “del "sentido", de la "síntesis categorial", de la captación valorativa de lo esencial que nosotros obtenemos mediante el bien jurídico para el correspondiente tipo –dice Mezger– irradia la luz que permite aclarar sus peculiaridades. Sólo desde la totalidad "comprendemos" sus partes”⁸⁹⁶. Un ejemplo que Mezger toma de

⁸⁹⁵ Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, pp. 147 y ss., 383 y ss.

⁸⁹⁶ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, p. 388.

Schwinge puede aclarar lo que decimos: “[e]l bien jurídico de la extorsión del § 253 StGB es la facultad de disposición patrimonial del que tiene derecho a ello, exenta de toda amenaza que exceda los límites de la que el tráfico admite como lícita; la amenaza con un mal que no sobrepase estos límites no supone una realización del tipo a pesar de la letra de aquel párrafo”⁸⁹⁷. La referencia al tráfico jurídico conecta aquí con la concepción del Derecho como instrumento de la configuración externa de la vida social, que establece un límite "objetivo" a la relevancia jurídica de la intervención de un sujeto en la vida social y, por lo tanto, de la posición subjetiva, interna, que éste haya adoptado en relación con su conducta. Esta referencia a la configuración externa del tráfico jurídico se distingue, sin embargo, de la relativa a los deberes generales de cuidado frente a conductas peligrosas cuando no se realizan dolosamente. Esta posibilidad es lo que justifica que la referencia a los deberes de cuidado se desplace aquí del ámbito de la antijuricidad al ámbito de la culpabilidad –de la consideración impersonal del hecho, a la consideración de su dimensión personal– sin perjuicio de que, de modo ambiguo, se hable entonces de conductas peligrosas que no están prohibidas y que suponen un margen de riesgo permitido⁸⁹⁸. La negación del carácter delictivo de estas conductas se fundamenta, entonces, en la ausencia de un reproche personal al sujeto que las realiza. Aquí sí es decisiva la posición subjetiva, interna, del autor en relación con la conducta que realiza. Esta no se considera ya atendiendo exclusivamente a su configuración externa, sino como unidad objetivo-subjetiva cuyo significado depende también de la situación personal del autor.

⁸⁹⁷ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, p. 389.

⁸⁹⁸ *Vid.* E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. II, pp. 182 y ss.

16. En el ámbito de la teoría de la tentativa, la comprensión del tipo como especificación del injusto permite incorporar la referencia al bien jurídico protegido en la ley penal para completar la remisión formal al tipo legal y establecer, así, la delimitación entre los actos preparatorios y el inicio de la ejecución desde el punto de vista objetivo que, también aquí, adopta el Ordenamiento jurídico⁸⁹⁹. En definitiva, aquella comprensión del tipo sirve para albergar en ella la remisión a la puesta en peligro del bien jurídico que se entiende imprescindible y decisiva para interpretar correctamente el contenido de la ley penal y decidir sobre su aplicación. Algo similar sucede en relación con la cuestión de la delimitación de la tentativa inidónea típica. La comprensión del tipo como tipo de injusto permite rechazar la teoría puramente subjetiva basada en la equivalencia valorativa de todas las contribuciones que no conducen a la producción del resultado típico, y decidir la cuestión con arreglo a criterios valorativos basados en la peligrosidad general de la conducta⁹⁰⁰. Aquella concepción del tipo permite, en definitiva, dar cabida en él a la valoración jurídica de la conducta con arreglo a criterios generales basados en la experiencia sobre la peligrosidad de las conductas, que Mezger vincula expresamente con la

⁸⁹⁹ Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. II, pp. 224 y ss.

⁹⁰⁰ Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. II, pp. 231 y ss. Este autor señala (*op. cit.*, p. 238) que “si bien desde un punto de vista causal toda acción de tentativa no ha sido causal para el resultado, esto no excluye que se distingan con arreglo a *otro* punto de vista, de modo que *una* acción de tentativa se considere generalmente “apropiada” para producir el resultado, y la *otra* se considere de modo general como “inapropiada” para ello. Así, la *experiencia general* (no la que se obtiene simplemente del caso concreto) y la *valoración jurídica* que se basa en ella distinguen allí donde la consideración causal libre de valor no advierte ninguna diferencia” (subrayados en el original).

decisión sistemática a favor de una orientación objetiva del injusto⁹⁰¹. A continuación vamos a reproducir el razonamiento que sigue este autor para delimitar la tentativa punible porque refleja con claridad el significado de su concepción del tipo: la trascendencia que poseen aquí tanto la referencia a la orientación objetiva de la teoría de la antijuricidad, como la referencia al significado penal de la especificación del injusto que se materializa en los tipos. Pero en esta delimitación también puede advertirse la escasa coherencia con la que Mezger concreta la articulación de aquellas referencias, y el peligro que, por esta razón, representa la remisión a una actividad valorativa cuando el contenido de los valores rectores y su relación no se ha precisado con suficiente claridad. Mezger distingue entre la cuestión del concepto y la cuestión de la *punibilidad* de la tentativa: “[e]l concepto de la tentativa sólo puede obtenerse desde la perspectiva subjetiva del autor [...]. Si la tentativa se quiere determinar conceptualmente con precisión, sólo puede entenderse como tal la acción que (subjetivamente, desde el punto de vista del autor) debe servir a la realización de la resolución de realizar una acción [...]. [D]esde una perspectiva objetiva existen acciones que "ponen en peligro un bien jurídico", pero no existen acciones que lo "intentan" lesionar. Con otras palabras, la tentativa es un concepto que sólo puede determinarse desde la perspectiva subjetiva del autor. Pero lo que es aplicable al concepto de la tentativa no es aplicable a la punibilidad de la tentativa. Una valoración de la acción de tentativa realizada sólo desde la perspectiva del sujeto que actúa supondría un abandono inadmisibles de la idea de la antijuricidad objetiva y, por ello, debe rechazarse. La causa de extensión de la pena del § 43 StGB representa, con arreglo a sus fundamentos legislativos, una extensión de la pena desde la realización completa del tipo al mero "peligro" de semejante

⁹⁰¹ Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. II, pp. 239, 246-247.

realización, desde la lesión del bien jurídico a su "puesta en peligro". Por ello, para la delimitación entre la tentativa punible y la impune debe partirse fundamentalmente de las denominadas teorías de la puesta en peligro [...] [L]o característico de la tentativa es, precisamente, el dolo de lesión en la parte subjetiva vinculado a la mera "puesta en peligro" en la parte objetiva. Hasta aquí, la "teoría de la puesta en peligro" constituye el punto de partida para la correcta delimitación de la tentativa punible frente a la tentativa impune. Pero esto no supone que el potente esfuerzo de pensamiento dedicado en los últimos tiempos a la "falta de tipo" ("*Mangel am Tatbestand*") haya sido en vano. Pues sólo el injusto típico y la puesta en peligro típica son punibles. Esta verdad fundamental del Derecho penal también es válida en el ámbito de la tentativa. La falta de tipo hace impune la tentativa. La denominada falta de tipo se da cuando el sujeto intenta realizar su resolución delictiva en circunstancias bajo las cuales la realización del tipo es desde el principio imposible. El disparo sobre un cadáver no es una tentativa punible de homicidio, la sustracción de una cosa propia no es una tentativa punible de hurto [...] Para la delimitación en el caso concreto de la falta de tipo impune frente a la tentativa punible son decisivos, ante todo, los puntos de vista estrictamente formales tal como se deducen de los tipos legales. Cuando faltan el sujeto o el objeto exigidos en la ley, el medio de ejecución especialmente exigido por la ley, o la referencia local, temporal o de otra índole, también exigida especialmente por la ley, entonces existen "circunstancias conforme a las cuales es de antemano imposible la realización del tipo del delito" y, por lo tanto, una falta de tipo impune. En cambio, cuando la ley no exige un determinado medio de comisión del hecho, puede darse una tentativa punible (el disparo con dolo de homicidio de un fusil que no tiene el alcance necesario), igual que en el caso de que referencias espaciales, temporales o de otra índole que no aparecen especialmente mencionadas en la ley hayan impedido el

resultado (disparo sobre el lecho que acababa de abandonar la persona a quien el sujeto activo se proponía matar). El presupuesto de la pena es, entonces, que la tentativa sea peligrosa respecto del correspondiente bien jurídico material. Para ello basta, teniendo en cuenta los fines de prevención general del Derecho penal, que por la "impresión" que el acto causa en otras personas se produzca una conmoción en la seguridad del bien jurídico: el ladrón de carteras que mete mano en un bolsillo que por casualidad estaba vacío será punible por tentativa de hurto, mientras que, por el contrario, la aplicación de medios puramente supersticiosos no representa, en general, una tal puesta en peligro [...]. De esta consideración se sigue especialmente que nunca podrá hablarse de una tentativa punible cuando, según las concretas circunstancias del caso, resulte que lo que ha hecho el autor no ha puesto en peligro el bien jurídico, sino que le ha beneficiado. [...]. Pretender excluir por completo de eficacia práctica a estos casos de suerte supondría una idea alejada de la realidad en un ámbito eminentemente práctico como el del Derecho penal. En el ámbito de los delitos imprudentes nadie piensa en semejante exclusión; en el ámbito de la tentativa también esto exige su reconocimiento. Si el guardagujas hace por descuido una falsa maniobra en las mismas y alguien intenta después producir un descarrilamiento, y para conseguirlo coloca casualmente de nuevo las agujas en su debida posición, salvando así al convoy del peligro inminente que le amenazaba, no puede ser castigado dicho sujeto –cuya mala intención es indudable, pero que, en realidad, ha producido un beneficio– a causa de tentativa de poner en peligro transportes ferroviarios. Se ha reprochado a la teoría objetiva, seguida en lo esencial por nuestra exposición, que, en contraste con la teoría subjetiva, no conduce en los casos límites a una delimitación conceptual precisa y neta entre tentativa punible e impune, y que, por ello, no puede excluir el arbitrio judicial en

tales casos. Pero este reproche no hace sino confirmar lo correcto de la teoría”⁹⁰².

17. En relación con la teoría de la autoría, el concepto de tipo que Mezger propone le sirve para defender un concepto extensivo de autor que parte del desvalor de la contribución causal del sujeto al resultado típico, para proceder a la graduación de ese desvalor en función de los límites que, excepcionalmente, pueda establecer la descripción legal de la conducta típica y, sobre todo, los parágrafos que regulan la inducción y la complicidad⁹⁰³. Salvo en relación con los delitos especiales y los delitos de propia mano, la descripción legal de la inducción y la complicidad se entienden como una causa de restricción de la responsabilidad penal y, por lo tanto, como el criterio valorativo decisivo para graduar la responsabilidad penal de las diversas contribuciones causales ya desvaloradas por el hecho de ser adecuadas para la realización del hecho típico. La principal consecuencia de este planteamiento es que se resta relevancia al criterio formal de si el sujeto realizó o no personalmente y de forma inmediata la lesión o puesta en peligro del bien jurídico descritas en la ley penal, para admitir la autoría mediata, en relación con casi todos los delitos, cuando no puede considerarse cómplice o inductor a quien no ejecuta el delito de propia mano pero interpone una causa adecuada para la

⁹⁰² E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. II, pp. 245-249

⁹⁰³ *Vid.* E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. I, p. 245, t. II, pp. 269 y ss. Apoyándose en la comprensión de la regulación de la inducción y la complicidad como causas de restricción de la pena, Mezger considera (*op. cit.*, t. II, p. 331 y nota 7) que, de acuerdo con los criterios generales de la teoría del error, en los supuestos en los que el autor actúa con dolo de partícipe (v. gr. por creer que el hombre de delante actúa dolosamente cuando, en realidad, actúa en error), su conducta deberá *castigarse* como una conducta de participación.

producción del resultado típico. Aquí puede advertirse que la trascendencia de la concepción del tipo que Mezger propone radica en que le permite configurar y modular directamente la descripción legal de la conducta delictiva, con arreglo a criterios valorativos orientados a la protección de bienes jurídicos, y sin restricciones previas de carácter formal desvinculadas de la dimensión normativa del Ordenamiento jurídico y su fundamento material. En este sentido, aquel autor afirma que “la relación causal de la acción con el resultado [...] fundamenta la autoría del sujeto, en tanto que no concurren razones de carácter jurídico-positivo para su exclusión. Esta apreciación radica en el pensamiento *jurídico* de la *antijuricidad objetiva*. El sentido de la antijuricidad típica objetiva es el de que la realización del tipo, o sea, la causación del resultado está objetivamente prohibida. Quien infringe de modo culpable esta prohibición queda sometido (como autor del injusto) a la pena prevista en la ley. Esto se ajusta por completo al § 2 ap. 1 StGB. Esta primera consecuencia de que tal contribución causal al resultado fundamenta precisamente una responsabilidad por *autoría* puede refutarse en virtud de los §§ 48 y 49 StGB. Pues los diversos tipos de la parte especial se complementan y se ven decisivamente afectados por los preceptos de la parte general –aquí, por los §§ 47 y ss.–”⁹⁰⁴. En definitiva, la comprensión del tipo como especificación del injusto permite destacar que la autoría no supone necesariamente la realización inmediata y personal de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico descrita en la ley penal y que, por el contrario, esta exigencia sólo estará justificada cuando se desprenda con claridad de la descripción legal de la conducta delictiva, del mismo modo que la consideración de una contribución desvalorada desde el punto de vista del

⁹⁰⁴ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. II, p. 278 (subrayados en el original). *Vid.* también *op. cit.*, pp. 295-296.

contenido material de los tipos penales sólo podrá dejarse de considerar como una conducta de autoría cuando así se desprenda de la descripción que el legislador ha hecho de las conductas de participación. Entender que aquellas conductas que el legislador ha negado que sean conductas de participación tampoco pueden ser conductas típicas de autoría, por el simple hecho de que no suponen la realización inmediata y personal de los elementos del tipo, comporta desconocer el significado material de la teoría del tipo, que sí se advierte con claridad cuando éste se concibe como especificación del injusto. La descripción legal de la participación contribuye a delimitar la autoría, pero la delimitación de la autoría no puede extraerse exclusivamente de la regulación legal de la participación; debe extraerse de la descripción legal de las conductas delictivas entendida como expresión de un injusto específico que, a su vez, está limitada por la regulación legal de la participación⁹⁰⁵.

Según Mezger, es inductor aquel que causa dolosamente el resultado típico haciendo surgir en otro la resolución de cometer el acto, que éste realiza

⁹⁰⁵ Lo que hace Mezger es únicamente admitir que la autoría no supone necesariamente y siempre la realización inmediata y personal de la lesión o puesta en peligro del correspondiente bien jurídico descritas en la ley penal, y ajustar la definición de la autoría a la regulación legal de la participación. Interpretar los preceptos de la parte especial desde la perspectiva de su fundamento material exigida por la comprensión de aquéllos como especificación del injusto, y destacar que, asimismo, su delimitación debe ser compatible con la definición de la participación que ofrece el propio Código penal en la parte general. Delimitar la autoría sin tomar en consideración la regulación y delimitación que el Código penal realiza de la participación llevaría a consecuencias incompatibles con el propio fundamento material de la autoría que es el mismo que subyace en la descripción legal de las conductas delictivas. La delimitación legal de las conductas de participación no supone que deban considerarse atípicas todas las conductas que no se describen como conductas de participación. Sólo comporta que determinadas contribuciones causales a la producción del resultado típico no son conductas de autoría.

como autor plenamente responsable⁹⁰⁶. En relación con la delimitación entre la coautoría y la complicidad, Mezger entiende que la referencia del § 47 a la "ejecución conjunta" indica que la valoración jurídica de las contribuciones causales debe realizarse de conformidad con la descripción legal del injusto específico de las diversas conductas delictivas: "es coautor el que ejecuta una acción típica; es cómplice, en tanto se den, además, los restantes presupuestos (accesoriedad), el que sólo apoya la realización de tal acción típica [...]. Para la diferenciación importa, ante todo, el modo especial como aparezca redactado el tipo legal, pues en él se encarna la valoración decisiva del Derecho positivo. También la concurrencia de elementos subjetivos del tipo (injusto) fundamenta la autoría"⁹⁰⁷. Lo que

⁹⁰⁶ Vid. E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. II, pp. 308 y ss.

⁹⁰⁷ E. MEZGER, *Tratado ...*, cit., t. II, p. 324. Este autor afirma a continuación que "es fundamentalmente correcta la teoría objetivo-formal; sólo ella está en armonía con la ley vigente. Pero, como siempre, también aquí es válido que ningún elemento del tipo puede entenderse correctamente si no es "teleológicamente", teniendo en cuenta la conexión global del tipo y la determinación del bien jurídico a él perteneciente, protegido en la conminación penal. Con ello, la teoría objetivo-formal encuentra su complemento imprescindible en la teoría objetivo-material. La teoría de la causalidad es ciertamente inapropiada para determinar la necesaria diferencia material, pues desde el punto de vista de la causalidad no existe ninguna diferencia entre las distintas condiciones del resultado que colocan conjuntamente el autor y el partícipe. La distinción sólo puede obtenerse de la mano del concepto valorativo del bien jurídico". La interpretación teleológica de la descripción legal de la conducta delictiva mediante la referencia al bien jurídico protegido es, en definitiva, la que ha de permitir distinguir el significado valorativo de las distintas contribuciones causales y establecer la diferencia material que existe entre ellas. En este sentido, más adelante Mezger afirma (*op. cit.*, p. 327) que "[e]n el simple apoyo de la conducta principal frente a la ejecución del hecho yace un *minus normativo* decisivo. Por ello, el párrafo segundo del parágrafo 49 StGB dispone que la pena del cómplice será *atenuada con arreglo a los principios básicos de la tentativa*" (subrayados en el original). Sin embargo, no deja de ser sorprendente que, atendiendo a ese *minus normativo*, Mezger no proponga para el cómplice *extraneus* la

Mezger viene a decir es que la conducta típica es una conducta desvalorada porque lesiona o pone en peligro un determinado bien jurídico que se quiere proteger. Frente al resto de contribuciones causales a la producción de ese resultado típico, puede ser que presente un desvalor especial porque su realización tiene lugar por un sujeto que reúne determinadas cualidades objetivas, utilizando determinados medios naturales, o en determinadas circunstancias modales de tiempo y espacio que el legislador ha mencionado expresamente al caracterizar la conducta delictiva. El legislador le dota, entonces, de singularidad frente al resto de contribuciones causales a la producción del resultado típico y expresa, además, un desvalor especial. Partiendo de la relevancia que posee la configuración de la contribución causal a la producción del resultado típico, atendiendo a la posibilidad de una intervención sucesiva de varios sujetos que contribuyan causalmente a producir el resultado típico, se entiende que sólo presentan aquel desvalor especial que permite entender que el sujeto es autor de la conducta delictiva las contribuciones que suponen una realización conjunta de la conducta descrita en el tipo, porque los sujetos se reparten de mutuo acuerdo la realización de los diferentes elementos que la componen, y aquellas que no van seguidas de una contribución causal *como la descrita en la ley penal* cuando, además, puede hacerse penalmente responsable de ella a aquel (o aquellos) que la realiza (o realizan). En cambio, la intervención posterior de un sujeto que no realiza la conducta típica de modo antijurídico y culpable no afecta al desvalor de la contribución anterior que sí supone la lesión o puesta en peligro del correspondiente bien jurídico descrita en la ley penal. La posición de Mezger puede resumirse señalando que aquello que describen los tipos

atenuación de la pena que sí propone para el inductor *extraneus*, sobre esto, cfr. *op. cit.*, pp. 335-336.

legales no es una mera contribución causal a la lesión de un determinado bien jurídico. Es una *determinada* contribución causal a la lesión o puesta en peligro de ese bien jurídico. Lo que determina la singularidad de esta contribución causal son los elementos que la ley menciona expresamente al caracterizarla como tal, o la ausencia de la intervención posterior de terceros, o el carácter no responsable de éstos. La autoría es una contribución causal a la lesión de un determinado bien jurídico, que no supone un riesgo permitido, y que está especialmente desvalorada frente al resto de contribuciones causales porque éstas sí suponen un riesgo permitido, o porque se realiza en unas circunstancias cuya concurrencia el legislador ha decidido que encierran un desvalor especial (delitos de medios determinados, circunstancias modales desvinculadas de la singularidad del bien jurídico protegido); con carácter general, entre estas circunstancias está la ausencia de una intervención posterior de un sujeto responsable, mientras que la intervención posterior de un sujeto no responsable no afecta al desvalor de la conducta.

V. *Excurso*: La concepción de Sauer sobre el tipo penal, como ejemplo de otras propuestas muy próximas a la de Mezger

“La conformidad al Derecho significa más utilidad que daño para la comunidad. Ahora surge la pregunta respecto de a qué objetos debe aplicarse este baremo. El orden metodológicamente correcto es: baremo - objeto, no a la inversa. Debe encontrarse un objeto que pueda medirse precisamente con aquella medida; pues, de conformidad con su propia esencia, el Derecho significa un baremo, una norma y, por ello, debe partirse de él. Partir del objeto sería arbitrario [...]. Desde el punto de vista crítico del conocimiento, la medida es lo que constituye el objeto”. W. SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, pp. 280-281.

18. En la doctrina alemana, otros autores defendieron una concepción del tipo muy próxima a la que propuso Mezger. Como este autor, partían de las limitaciones que subyacen al intento de articular la teoría general del delito atendiendo exclusivamente a criterios lógico-formales, y de abordar la caracterización e identificación de las conductas delictivas prescindiendo del fundamento material de su carácter antijurídico, así como de la naturaleza, la gravedad y los fines específicos de las consecuencias jurídicas a las que da lugar la realización de una conducta delictiva⁹⁰⁸. A continuación vamos a exponer brevemente la comprensión del concepto y la teoría del tipo que propuso Sauer porque creo que contribuye a aclarar la concepción del tipo de Mezger⁹⁰⁹.

⁹⁰⁸ Vid., por ejemplo, W. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1949, pp. 1-6. Este autor destaca la necesidad de una consideración sociológica y ético-social de los conceptos dogmáticos de la teoría general del delito, la preferencia por un método funcional frente al método formal, deductivo y lógico-conceptual, que permita abordar los problemas partiendo de la singularidad de las diversas situaciones y no desde un punto de vista general y abstracto, la conveniencia de articular un sistema unitario partiendo de la relación interna y los aspectos esenciales de sus elementos, que deberán configurarse con arreglo a un método normativo y no naturalístico. Asimismo, Sauer destaca que el método de la ciencia jurídica no debe entenderse como un proceso de subsunción lógica, sino como un método regulativo; no se trata de subsumir de modo puramente lógico supuestos de hecho en proposiciones jurídicas, casos bajo normas, sino de ordenar intereses vitales mediante las normas de las proposiciones jurídicas, de acuerdo con la justicia y el bien común. Por esta razón, la pauta suprema del Juez no es la ley positiva, sino la idea pura y regulativa del Derecho. Vid. también, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, pp. 1 y ss., 19 y ss., donde Sauer destaca las limitaciones de una teoría del delito articulada exclusivamente con arreglo a los criterios formales que proporciona la teoría del conocimiento. Aquí puede advertirse claramente la superación de la perspectiva metodológica de Beling

⁹⁰⁹ En este sentido también merece destacarse la concepción de Zimmerl (*Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930) y la concepción de Gallas (*La teoría del delito en su momento actual* [trad. de J. Córdoba Roda], 1959). Esta última presenta unos perfiles mucho más nítidos que la de aquellos autores neokantianos.

Sauer articula la teoría general del delito partiendo de que ésta debe ajustarse a las necesidades prácticas de determinación de los presupuestos de la pena, pero también a las relacionadas con su medición y ejecución. Esto supone la adopción de un método normativo y funcional que se ajuste a la naturaleza regulativa del Derecho. La teoría del delito debe partir del concepto de merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*), entendido como el conjunto de los presupuestos normativos de la ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la idea de Derecho (la justicia y el bien común); se trata de los presupuestos que deben hacerse realidad en la ley y la sentencia para satisfacer la idea de Derecho. La relación gradual entre el merecimiento de pena, la ley y la medición de la pena corre paralela a la relación que existe entre la idea de Derecho, la ley y la sentencia; desde el reino de las ideas y los valores absolutos se desciende a la vida concreta, a la realidad del Derecho⁹¹⁰. “Si la meta más elevada de todos los juristas es la concreción de la justicia en la vida social –dice Sauer–, esto vale también en relación con la tarea especial del Derecho penal: el merecimiento de pena debe configurarse concretamente en los presupuestos de la pena; y los presupuestos de la pena deben configurarse concretamente en los fundamentos de la medición de la pena”⁹¹¹. Según aquel autor, “con una determinación formal del injusto y la culpabilidad, como la que todavía acostumbra a proporcionar la opinión dominante, no se sirve a la *praxis* de la medición de la pena; el concepto de delito y sus elementos, necesita [...] una explicación material, relativa a su contenido, como dañosidad social

⁹¹⁰ Vid. W. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 2. ed., 1949, pp. 2-6, 18 y ss.; vid. también, del mismo autor, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, pp. 6 y ss.

⁹¹¹ W. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., p. 19

del hecho y reprochabilidad ético-social del ánimo (*Gesinnung*)⁹¹²”. El delito es “un querer y actuar antijurídico (socialmente dañoso) y culpable (cultural, ético-socialmente insoportable), que se opone gravemente a la justicia y el bien común”⁹¹³.

Para Sauer, el injusto y la culpabilidad son los dos únicos presupuestos generales de la pena: “[I]a fórmula fundamental de cualquier Derecho penal [...] es: Injusto + culpabilidad = pena. La pena es el elemento específico del Derecho penal, lo que le caracteriza, aquello a través de lo que se distingue de las otras disciplinas parciales de la ciencia del Derecho [...]; toda ciencia pregunta por los presupuestos de un fenómeno para fijar sistemáticamente éste último. Sólo hay dos presupuestos de la pena que poseen validez general: injusto y culpabilidad. Injusto (antijuricidad) es el objetivo, la culpabilidad es el presupuesto subjetivo”⁹¹⁴. Pero para comprender científicamente el sentido y el valor del Derecho penal no basta con partir de la pena y sus presupuestos como prius lógico; es necesario partir también de la idea de justicia, relacionada con aquellos fines más elevados de la comunidad que poseen validez general y a la que deben orientarse todos las prescripciones legales⁹¹⁵. “La vida y la justicia –afirma Sauer–

⁹¹² W. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., p. 20.

⁹¹³ W. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., p. 25; *vid.* también, del mismo autor, *Grundlagen ...*, cit., pp. 201 y ss.

⁹¹⁴ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 6-7.

⁹¹⁵ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., 10 y ss., 28 y ss. Este autor afirma (*op. cit.*, p. 10) que la idea de justicia “es la que otorga sentido y valor al Ordenamiento jurídico y de la que también recibe su fuerza vital la fórmula fundamental del Derecho penal. Que al injusto culpable le siga una pena no se explica a partir de la realización de un formalismo lógico, sino de una exigencia de justicia de que cada cual sea tratado, por parte de un orden que se encuentra por encima de él, según su conducta y su actitud (*Gesinnung*) [...]. La justicia se describe por la meta más elevada, de validez general de

deben compenetrarse, estos polos mentalmente separados deben tocarse, y el Derecho legislado es el mediador, también el Derecho penal es el mediador”⁹¹⁶. Pero no se trata únicamente de advertir el vínculo entre lo que está arriba y lo que está abajo; también debe tenerse en cuenta lo que está en los lados y, concretamente, la sociología para aclarar el concepto general de injusto, y la ética individual para aclarar el concepto general de culpabilidad⁹¹⁷. Partiendo de esta necesidad de reconciliar el idealismo y el utilitarismo, Sauer destaca que al Derecho penal le corresponde una forma específica de considerar las cosas⁹¹⁸. Aquel autor la caracteriza partiendo, en primer lugar, de la contraposición entre la consideración ontológica y la axiológica, realidad y valor, causalidad y telos, certeza y probabilidad. La consideración ontológica de la realidad es la que corresponde a las ciencias naturales; no es la que adopta el Derecho penal, pues éste es una “ciencia valorativa, no una ciencia del ser, lo que tiene por objeto son fines, no

la comunidad, que consiste en la integración armónica del querer individual en el querer de la comunidad. La idea de justicia es el punto de orientación al que deben orientarse todos los preceptos del Derecho; para estar justificada, toda prescripción legal debe encontrarse en la línea lógica que conduce hacia allí. Un ideal evidentemente inalcanzable por completo”.

⁹¹⁶ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 12.

⁹¹⁷ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 13 y ss.; del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 1-2.

⁹¹⁸ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 19 y ss. Este autor parte de que la configuración de las cosas viene determinada y depende de cómo se consideren; esto supone aceptar que el conocimiento que la ciencia, e incluso las diversas ciencias, tienen de un mismo objeto será distinto en función de su forma de considerarlo. La elección de la forma de considerar las cosas dependerá, a su vez, de la finalidad que persiga el sujeto. Cada una de las ciencias tiene sus formas específicas de considerar las cosas.

causas, depende de juicios de probabilidad, no de juicios de certeza”⁹¹⁹. La ciencia del Derecho es una ciencia valorativa (*Wertwissenschaft*) y, por lo tanto, en todo el ámbito del Derecho domina la forma axiológica de considerar las cosas. “El Ordenamiento jurídico y, especialmente, la ley penal tienen la tarea de enjuiciar la conducta humana. Conducta y enjuiciamiento –estas son las dos dimensiones que corresponden a la contraposición metodológica entre objeto y valor [...]. Objeto y valor deben separarse con claridad cuando la investigación científica intenta aclarar los conceptos de injusto, culpabilidad y pena. En sí mismos, injusto y culpabilidad significan baremos, no comprenden los objetos de la valoración, significan en sí mismos valores, no objetos referidos a valores, significan en sí mismos juicios de desvalor, no hechos indiferentes respecto de normas [...]; la antijuricidad y la culpabilidad expresan en primer lugar la idea de una desaprobación [...]. Pero es igualmente cierto que a este valor le corresponde un sustrato fáctico, que es valorado; la idea de valor requiere necesariamente la idea del objeto como aquello que le corresponde. Por eso, los objetos del injusto y la culpabilidad no pertenecen únicamente a las ciencias descriptivas como la sociología pura, sino a la propia ciencia valorativa; los valores sin la idea simultánea del correspondiente objeto serían una quimera irreal. De ahí se sigue que los objetos están subordinados a los valores; a los axiólogos, y especialmente a los juristas y a los éticos, no les interesan por sí mismos, sino únicamente en tanto que referidos a valores”⁹²⁰. En esta misma dirección, Sauer afirma más adelante que la “tarea del Ordenamiento jurídico no es describir y

⁹¹⁹ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 24; *vid.* también, del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., p. 6.

⁹²⁰ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 25. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 243 y ss., 280 y ss.

aclarar la conducta humana como un suceso natural, sino valorarla como suceso social”⁹²¹; el jurista sólo se interesa por las valoraciones, e incluso las cosas que debe valorar no las conoce y describe como libres de valor, sino que las aprehende y concibe exclusivamente bajo el punto de vista de posibles valores, o sea, como referidas a valores; por esta razón, no concibe el querer y actuar humanos como efectos de causas, sino como medios dirigidos a fines, cuyo enjuiciamiento debe realizarse colocándose el juzgador en la posición del autor en el momento de actuar⁹²².

En segundo lugar, Sauer parte de la distinción entre la consideración abstracta (general), y la individual (concreta)⁹²³. Desde una perspectiva general, el enjuiciamiento jurídico tendría lugar a partir de la idea de Derecho. Pero se hace necesario evitar la inseguridad que esto supondría, y se ha optado por el establecimiento de normas específicas y la construcción de tipos legales, que representan un punto intermedio entre la idea abstracta y la situación fáctica concreta: suponen la configuración concreta de la idea y la configuración abstracta del supuesto de hecho, para permitir la aproximación entre ambos⁹²⁴. En tanto que conceptos fundamentales puros, debido a su carácter abstracto, la antijuricidad y la culpabilidad dificultan la aplicación del Derecho. “Por esta razón, la antijuricidad se especifica en los tipos legales (tipicidades); estos últimos deben

⁹²¹ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 35.

⁹²² Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 35 y ss. Vid. también, del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 47-48, 70-72.

⁹²³ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 40 y ss.; del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., p. 4.

⁹²⁴ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 41-42, 210-213; del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 56-57.

reconducirse a los primeros y sólo así pueden fundamentarse y justificarse internamente, mientras que a la opinión muy extendida que coordina la tipicidad y la antijuricidad le falta toda explicación lógica y normativa. De modo similar, también el segundo presupuesto puro de la pena, la culpabilidad, se configura de modo específico (*wird typisch ausgestaltet*), entre otras cosas mediante la imputabilidad. En un sentido negativo, esta especificación (*vertypung*) tiene lugar a través de las causas de exclusión de la pena, que afectan, asimismo, a la antijuricidad o la culpabilidad: causas de justificación, por ejemplo, legítima defensa, y causas de exculpación, por ejemplo, el exceso en la legítima defensa. Todo presupuesto dogmático de la pena y toda causa dogmática de exclusión de la pena debe poder reconducirse a los dos conceptos jurídico-penales fundamentales de la antijuricidad y la culpabilidad [...]. Y esta conexión interna, no siempre fácil de mostrar, sólo puede comprenderse bajo las dos categorías de lo abstracto y lo concreto, sólo desde el punto de vista de la especificación de lo abstracto (*der Vertypung von Abstrakten*) a lo más concreto que se apoya en la vida”⁹²⁵.

19. Esta doble distinción metodológica entre, por una parte, la valoración y su objeto –entendido como algo que cobra entidad y significado en tanto que referido a valor– y, por otra parte, la consideración general y la ulterior concreción o especificación de la valoración y su objeto, son los pilares sobre los que Sauer articula la teoría general del delito y determina el contenido de sus elementos⁹²⁶. En tanto que ciencia normativa, la ciencia del Derecho penal configura su objeto partiendo de la valoración que

⁹²⁵ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 43-44.

⁹²⁶ *Vid.* W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 201 y ss.

encierra la referencia a la comprobación de su carácter antijurídico o conforme a Derecho; al adoptar esta perspectiva se abandona la consideración naturalística del objeto, de modo que se hace posible dotar de entidad a la omisión, y la causalidad natural se sustituye por la causalidad jurídica, basada en el juicio de adecuación. Desde un punto de vista lógico, el orden de los presupuestos del delito sería el siguiente: antijuricidad, acción, culpabilidad⁹²⁷. Para satisfacer las exigencias de seguridad jurídica, a estos elementos se añadiría la tipicidad, cuyo significado sistemático vendría a ser el de un síntoma respecto del contenido material del resto de los elementos del delito⁹²⁸. El delito es “un injusto jurídico-positivo, grave y culpable que se reconoce mediante la tipicidad”⁹²⁹.

⁹²⁷ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 207 y ss. Sauer destaca expresamente (*op. cit.*, p. 218) que “el punto esencial se encuentra en la propia valoración del Derecho; ésta es el *prius* lógico, ésta es la que constituye el objeto”. Vid. también *op. cit.*, pp. 243 y ss., 280 y ss. Al ocuparse específicamente de la teoría de la acción (*op. cit.*, pp. 406 y ss.), Sauer afirma expresamente (*op. cit.*, pp. 406-408) que “el penalista se ha hecho la vida innecesariamente complicada cuando se ha ocupado del concepto de acción [...]. Debe partirse del concepto de injusto y, por consiguiente, del concepto de Derecho. Pues lo que se pretende es conocer los objetos *relevantes para el Derecho* que deben valorarse jurídico-penalmente. La antijuricidad significa: más daño que utilidad para la comunidad estatal. ¿Y cuál es el objeto que debe enjuiciarse bajo este baremo?. En el caso concreto, es el resultado, pero no el resultado efectivo, sino el resultado previsible. El que se espera con carácter general, el objetivamente previsible, el posible resultado decide sobre el valor jurídico de una acción humana [...]. En el sistema del Derecho penal, el concepto jurídico de acción es un elemento objetivo lógicamente *previo* al concepto de culpabilidad, que pertenece al concepto de injusto, y dentro de él *va detrás* del concepto de antijuricidad” (subrayados en el original). Vid. también, *op. cit.*, p. 444.

⁹²⁸ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 46, 210-213, 219, 220; del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 51 y 57. Debido a que considera que la tipicidad no es un elemento que pertenezca a la propia esencia del delito, sino que representa sólo una forma positivo-legal de aparición, un síntoma respecto de los elementos esenciales,

20. Para Sauer los tipos representan plasmaciones concretas de la antijuricidad, reproducciones de la antijuricidad mediante las cuales, guiado por la idea de Derecho, el legislador trata de ordenar la vida social y satisfacer la exigencia de seguridad jurídica⁹³⁰. “El tipo es una acuñación específica de la antijuricidad (*eine typische Prägung der Rechtswidrigkeit*) por parte de la ley”⁹³¹. Sin embargo, se trata de reproducciones incompletas realizadas esquemáticamente con rasgos generales. Por esta razón, para alcanzar el conocimiento de la esencia de la antijuricidad es necesario reconsiderar su contenido material supralegal, que ha servido de directriz al legislador. Y, además, es necesario tener en cuenta que, por ser los tipos una plasmación, una reproducción incompleta de la antijuricidad, la tipicidad y la antijuricidad no se superponen. Existen conductas típicas que no son antijurídicas.

Además de reconocer el vínculo entre el establecimiento de tipos legales y la necesidad de seguridad jurídica, y destacar tanto su dimensión garantista como su función directiva y motivadora en relación con la conducta de los ciudadanos, Sauer subraya el vínculo que, a su vez, existe entre el contenido de los tipos penales y el concepto regulativo de Derecho. Esta es la primera consecuencia del carácter incompleto de la ley, que, además,

Sauer afirma que el concepto de tipo juega un papel excesivo en el Tratado de M.E. Mayer.

⁹²⁹ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 219.

⁹³⁰ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 293 y ss., especialmente pp. 307 y ss.; del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 51, 54, 56 y ss.

⁹³¹ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 367; en el mismo sentido, del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 51, 56-57.

desaconseja tomarlos como punto de partida para aclarar los conceptos penales fundamentales. Frente a la concepción del tipo que Beling propuso y su comprensión puramente lógico-formal de la relación entre el delito, el tipo y la antijuricidad, Sauer adopta una perspectiva teleológica que trata de fundamentar el sentido y el contenido interno de aquellos conceptos⁹³². Esto conduce a reconocer la naturaleza normativa de los tipos y su significado como plasmación de la antijuricidad (*Ausstrahlung der Rechstwidrigkeit*). Sauer se adhiere, así, a la teoría de los tipos de Beling, pero con dos matizaciones: aquéllos no deben referirse a la configuración específica de los delitos, sino a la configuración específica de la antijuricidad, y, además, la teoría del tipo debe orientarse materialmente, de modo que los tipos “aparezcan como una emanación de la antijuricidad (supralegal)”⁹³³.

En la construcción dogmática de Sauer la diferencia entre el tipo y la antijuricidad radica en que ésta es un concepto general que expresa de modo inmediato la contradicción con el Derecho objetivo, mientras que la tipicidad es un elemento establecido por las leyes positivas para conocer el contenido material del injusto. No se trata de un elemento referido a la propia esencia del delito, sino de una forma legal-positiva de aparición, de un síntoma de la esencia⁹³⁴. En este sentido, Sauer afirma incluso que al plantearse la cuestión acerca de la idea, del sentido del delito, puede dejarse de lado el elemento de la tipicidad, puesto que sólo hace referencia a su

⁹³² Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 308-310.

⁹³³ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 309. Vid. también, del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 54, 56 y ss.

⁹³⁴ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 211-212, 219

configuración legal-positiva⁹³⁵. Sin embargo, por esta misma razón, al considerar que la antijuricidad es el único elemento de la idea de delito del que no puede prescindir el Derecho positivo, aquel autor define el concepto real de delito como injusto típico, y afirma que aquí deben agruparse la esencia y el síntoma de la antijuricidad, sin que ninguno de ambos sea suficiente por sí solo⁹³⁶: “el tipo sin antijuricidad material sería excesivamente formal, excesivamente positivista; la antijuricidad material sin tipo supondría desconocer excesivamente del Derecho positivo, sería excesivamente esencial”⁹³⁷.

El Derecho necesita esquematizar, y la necesidad de los tipos penales responde, precisamente, a la necesidad de concretar el baremo y considerar de modo abstracto y general los objetos que aquél valora⁹³⁸. Como tales, ni el contenido ni la esencia de la antijuricidad satisfacen la exigencia de que los destinatarios del Derecho puedan conocer con suficiente claridad cuál es la voluntad del Estado y, por lo tanto, cuáles son las conductas antijurídicas porque, según su tendencia general, producen más daño que utilidad al Estado y sus miembros. Esto hace necesario que el Estado dé forma y dote de especificidad a la idea de Derecho (*prägt die Rechtsidee in typische formen*), dando lugar a la existencia de normas especializadas, signos de advertencia, especificaciones, que sirvan de indicación a los ciudadanos y a los órganos judiciales⁹³⁹. Las normas que se dirigen a los

⁹³⁵ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 220.

⁹³⁶ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 221-222.

⁹³⁷ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 222.

⁹³⁸ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 285-286.

⁹³⁹ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 293 y ss..

ciudadanos no son –según Sauer– normas del Derecho distintas a la ley penal y de aquellas que se dirigen a los jueces; son la propia ley penal, pero formulada de otro modo; se trata de las normas que están en la base de las leyes penales y que lógicamente proceden de la esencia de aquel concepto general e ideal de antijuricidad. El que sirvan mejor que éste a las exigencias de cognoscibilidad, sencillez y practicabilidad se debe a la mayor proximidad de los tipos con la vida, respecto de la cual sólo suponen un nivel superior de abstracción⁹⁴⁰.

La importancia de la concepción del tipo como especificación del injusto radica en que, a diferencia de lo que ocurría en la concepción del tipo de Beling, no se trata únicamente de garantizar la seguridad jurídica, limitando mediante la referencia a los tipos penales y la exigencia de que la conducta delictiva sea típica, las exigencias derivadas de la idea de Derecho y su propia eficacia, que queda reducida a la exigencia del carácter antijurídico de las conductas delictivas. Se trata de garantizar *conjuntamente* la seguridad jurídica y la exigencia de que la delimitación de las conductas delictivas se conciba desde el primer momento como plasmación y concreción de la idea de Derecho, de tal modo que la exigencia de tipicidad no se conciba como un obstáculo, como un límite a la realización de aquélla, sino como un instrumento al servicio de la misma, a la vez que la propia seguridad jurídica se concibe como un aspecto de ella. Además de destacar que la seguridad jurídica es un aspecto de la idea de Derecho, Sauer destaca que no se trata de un aspecto aislado, sino de un aspecto puesto al servicio de los otros componentes de la idea de Derecho y concretamente, de aquellos que determinan cuándo es mayor la utilidad que la dañosidad social de una conducta. En efecto, después de reconocer el vínculo entre la existencia de tipos y la exigencia de seguridad jurídica,

⁹⁴⁰ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., 295 y ss.

Sauer señala que algunos autores han sobrevalorado su significado sistemático en relación con el de la justicia, y añade a continuación que “satisfacer la seguridad jurídica es un mandato de la justicia; por ello, aquélla ha de orientarse a ésta y sólo está fundamentada en la medida en que no entra en contradicción con esta última”⁹⁴¹. Esta misma idea, que resume su concepción de la teoría del tipo, la vuelve a expresar más adelante cuando afirma que “puesto que los tipos deben brotar de la idea regulativa del Derecho, así se produce al mismo tiempo la incorporación de la seguridad jurídica en la justicia. A través de esta constelación teórica se resuelve satisfactoriamente la cuestión que tantas dificultades ha provocado a algunos autores: la seguridad jurídica no entra en conflicto con la justicia; ella misma significa justicia”⁹⁴².

⁹⁴¹ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 294-295.

⁹⁴² W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 300. *Vid.* también *op. cit.*, pp. 292-293; después de exponer su concepción material de la antijuricidad y destacar que sólo a partir de la misma se puede tener la sensación de pisar suelo firme, Sauer reconoce su proximidad con la teoría de la ponderación de intereses. Pero también señala que los autores que reconocen la vigencia de aquel principio y su relación con determinados preceptos legales (§§ 228, 904 BGB, 193 StGB) se han quedado a medio camino, pues entienden que aquel principio sólo debe servir para aclarar las causas de justificación y, por lo tanto, sólo interviene, por decirlo de algún modo, en "caso de necesidad". Según Sauer, “esta posición puede bastar para una concepción dogmática, para la explicación y aplicación del Derecho positivo. Pero verdaderamente se trata sólo de una estación en el ascenso hacia el conocimiento de lo esencial. ¿Cómo pueden quebrarse los tipos legales a través de un principio, precisamente a través de ese? Pues sólo porque el propio principio emana inmediatamente de la esencia del Derecho. Y, por ello, también todos los tipos legales deben reconducirse a él; pues de lo contrario no podrían ser precisamente los tipos legales los que se dejaran quebrar a través de aquel principio. Para la dogmática y la aplicación del Derecho, el tipo puede ser el primer miembro y el principio el segundo, o sea, la excepción. Pero, evidentemente, desde un punto de vista teórico el principio no es la excepción. Debe formularse positivamente y explicar el tipo

21. En cuanto a la relación entre la antijuricidad y el tipo, Sauer señala que puede caracterizarse correctamente mediante la contraposición de lo abstracto y lo concreto, de lo general y lo especial, pero es necesario advertir que la tipicidad no representa una "especialización" de la antijuricidad en el sentido que sea sólo eso y quede en lo demás absorbida por ella, como ocurre, por ejemplo, en la especialización de las cosas en cosas muebles, de modo que la antijuricidad sea la suma de los tipos⁹⁴³. Esto supondría una contradicción, porque conforme a su propia idea los tipos son especificaciones generales que prescinden de algunos rasgos especiales y, por ello, ni pueden ni quieren ser absorbidos por la antijuricidad de validez general que sí considera como se merecen las particularidades. "El tipo –dice Sauer– no es una especialización, sino una especificación de la antijuricidad (*nicht eine Spezialisierung, sonder eine Typisierung*). Cuando el legislador aborda la especificación de la antijuricidad sabe que siempre queda un resto que ya no puede especificar (*den er nicht mehr vertypen kann*)"⁹⁴⁴.

22. El carácter incompleto de los tipos no sólo se plasma en su carácter general y esquemático. También se advierte en la existencia de causas de justificación, que determinan que la conducta típica sea adecuada al Derecho. Según Sauer, su existencia responde al hecho de que, al

como consecuencia de él. *Igual que ocurre con las causas de justificación, también los tipos son manifestaciones del principio*" (subrayados en el original).

⁹⁴³ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 312, 339 y ss..

⁹⁴⁴ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 312-313. Vid. también, del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 51, 56 y ss.

especificar la antijuricidad, el legislador no sólo procede de modo positivo, determinando de modo general los casos que son formalmente antijurídicos. También procede de forma negativa, estableciendo de modo general supuestos en los que la conducta típica no es antijurídica. Esto sólo responde a la consideración de que este camino conduce a figuras específicas más sencillas, claras y comprensibles que el procedimiento positivo. Lo decisivo son consideraciones de técnica legislativa y de formulación. El establecimiento de causas de justificación en lugar de elementos positivos no responde –según Sauer– a razones de fondo⁹⁴⁵. Para este autor, “las causas de justificación tienen negativamente el mismo significado que los tipos tienen positivamente; suponen especificaciones del principio objetivo de que son conformes a Derecho aquellas modalidades de conducta que, con carácter general, según su tendencia general, son más útiles que dañosas para la comunidad estatal y sus miembros”⁹⁴⁶. Así como el tipo supone una acuñación específica de la antijuricidad por parte de la ley, “también las causas de justificación legales se muestran como una configuración específica (negativa) de la misma idea”⁹⁴⁷.

23. En relación con la cuestión de la ordenación sistemática de cada uno de los elementos del delito, Sauer rechaza la opinión de aquellos autores que

⁹⁴⁵ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 213-215, 318 y ss., 606; del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 51-52, 56-57.

⁹⁴⁶ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 339.

⁹⁴⁷ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 367. Este autor también equipara el contenido del tipo y el de las causas de justificación en cuanto a la relevancia del error sobre su concurrencia; sobre esta cuestión, *vid. op. cit.*, p. 606; del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 146, 150-151.

proponen partir de los elementos subjetivos y hacer después referencia a los elementos objetivos⁹⁴⁸. Su opinión parte de la identificación entre, por una parte, los elementos subjetivos, la imputabilidad y la culpabilidad, y, por otra parte, los elementos objetivos, el hecho y la antijuricidad. Sobre la base de esta identificación, la opinión de Sauer se apoya en la afirmación de que si bien los elementos objetivos son posibles sin los subjetivos, conceptualmente la imputabilidad y la culpabilidad implican la referencia al hecho o a la antijuricidad. Asimismo, este autor señala que, si se parte del concepto de culpabilidad, el Derecho penal no aparece como un ámbito del Derecho, sino como emanación de la ética individual. Además, esto supone desconocer que “el Derecho penal y el Derecho privado caminan juntos un largo trecho, que se mantienen juntos mediante el concepto de la acción antijurídica hasta que sus caminos se separan cuando aparece el vínculo necesario y específico del Derecho penal con el concepto de culpabilidad. Así se alcanza el punto álgido del Derecho penal; pero no debe en absoluto partirse de él, lo que daría lugar a que le faltara a lo más elevado la base necesaria”⁹⁴⁹.

Por otra parte, partiendo de que la antijuricidad y la conformidad a Derecho son juicios valorativos que se apoyan en el baremo de la utilidad y la dañosidad social –de modo que la conducta adecuada a Derecho será aquella que produzca más utilidad que daño a la comunidad– y de que el baremo es lo que determina la configuración del objeto⁹⁵⁰, Sauer considera

⁹⁴⁸ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 204 y ss.

⁹⁴⁹ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 206. A pesar de partir de la identidad del contenido de la antijuricidad para el Derecho penal y el Derecho civil, Sauer rechaza (*op. cit.*, pp. 324-325, nota 1) la opinión de M.E. Mayer sobre la naturaleza meramente exculpatoria del estado de necesidad, y reconoce que puede tener carácter justificante.

⁹⁵⁰ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 231 y ss.

que el fin de quien actúa no forma parte de éste⁹⁵¹. Aquel autor entiende que es el criterio de la adecuación el que determina el valor social de una acción y delimita el objeto susceptible de ser valorado como contrario o conforme a Derecho. En cambio, el fin de quien actúa no es objeto de la valoración, carece de relevancia para el enjuiciamiento social objetivo de la acción porque no afecta a su configuración, sino a la actitud del sujeto, lo cual sólo es relevante desde el punto de vista de la ética individual. Para valorar una acción como adecuada o conforme a Derecho no interesa el fin subjetivo, sino el fin objetivo, o sea, el resultado que la acción produce regularmente, su tendencia general, su dirección normal. Según Sauer, “un elemento psíquico sólo puede venir en consideración como anexo del objeto principal del enjuiciamiento por parte del Derecho, como segundo presupuesto de la pena [...]. No son los movimientos anímicos, totalmente distintos respecto de cada individuo concreto, difícilmente cognoscibles y, además, apenas verificables, lo que con carácter general, tanto para el Derecho privado como para el Derecho público, es objeto de valoración, sino las modalidades de conducta humana que tiende a resultados externos”⁹⁵². Más concretamente, el objeto de valoración es el resultado que determinadas conductas acostumbran a traer consigo o, si se prefiere, la propia conducta delimitada a partir del resultado que se espera que produzca, del resultado que normalmente ocasiona su realización.

Sin embargo, al ocuparse de la relación entre el tipo y la culpabilidad Sauer admite que la comprensión del tipo como especificación de la antijuricidad comporta que ocasionalmente deban incorporarse algunos

⁹⁵¹ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 283 y ss.

⁹⁵² W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 284. Vid. también *op. cit.*, pp. 288-289.

elementos subjetivos. En este sentido, aquel autor afirma que “el tipo del hurto no puede concebirse sin el ánimo de apropiación, ni el tipo de la estafa sin el ánimo de enriquecimiento. Lo antijurídico en el sentido aquí establecido de que la acción produce en una medida relevante más daño que utilidad a la comunidad estatal no es la sustracción por sí sola, ni la afectación al patrimonio mediante engaño, sino estas acciones cuando se les incorporan los elementos subjetivos mencionados. Esto resulta también de que originariamente la apropiación y el enriquecimiento debían concurrir objetivamente, y de que los preceptos legales que sólo requieren la intención dirigida a la apropiación y al enriquecimiento se explican por el hecho de adelantar el momento de la consumación. Por ello, tales elementos son esenciales para el tipo, son componentes de la antijuricidad especificada y representan un miembro imprescindible en la propia especificación, de modo que el tipo estaría incompleto si faltaran y lo que ocurre es que por consideraciones técnicas se han incorporado en lo subjetivo”⁹⁵³.

Sauer tampoco admite que las causas de justificación supongan la referencia a elementos subjetivos⁹⁵⁴. Y esto lo fundamenta mediante la remisión al concepto general de antijuricidad y a la configuración que éste comporta del objeto que se somete a aquella valoración: la conducta externa, entendida atendiendo exclusivamente a su finalidad objetiva y

⁹⁵³ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 344; del mismo autor, *Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 61; en esta segunda obra, Sauer considera que los elementos subjetivos del tipo son también elementos de la culpabilidad; en el hurto, por ejemplo, respecto de la apropiación el ánimo de apropiación pertenece al tipo como especificación del injusto objetivo, pero también pertenece a la culpabilidad, en la medida en que aquí no basta con la concurrencia del dolo.

⁹⁵⁴ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 345 y ss.

prescindiendo del fin individual de su autor. Partiendo de la equivalencia valorativa de todos los presupuestos que determinan la antijuricidad de las conductas delictivas, y de que su consideración material y teleológica no deja otra posibilidad que la de agruparlos en la ponderación de intereses que determina la conformidad o contrariedad de la conducta con el Derecho, Sauer destaca que la exigencia de elementos subjetivos para apreciar, por ejemplo, el ejercicio justificante del derecho de corrección, supondría que la ausencia de aquel elemento diera lugar a apreciar un delito de lesiones, sin otorgar ninguna trascendencia al hecho de que la conducta sirviera objetivamente a aquella finalidad. Por otra parte, bastaría con que el médico alcanzara conforme al deber la convicción acerca de la necesidad de una intervención, para que la intervención inadecuada se considerara conforme a Derecho. Según Sauer, esto supone caer en el error de desdibujar la frontera entre la moral y el Derecho⁹⁵⁵. En este sentido, afirma que “el Estado debería estar contento cuando se realizan objetivamente acciones que le son útiles, y no debería hacer depender la conformidad a Derecho de que quien actúa lo haya hecho con esa intención, lo cual, además, pocas veces podrá comprobarse de manera que no subsistan dudas al respecto”⁹⁵⁶. En definitiva, aquel autor sostiene que el Derecho no puede hacer depender de la buena voluntad del sujeto la valoración de su conducta; ésta debe depender exclusivamente de su utilidad objetiva para la comunidad. Sostener lo contrario supondría desconocer la relación entre el Derecho y la moral, así como la relación entre la antijuricidad y la culpabilidad, al hacer depender aquélla de

⁹⁵⁵ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., pp. 347 y 349, nota 1.

⁹⁵⁶ W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 348.

ésta⁹⁵⁷. Como si de una cuestión meramente metodológica se tratara, Sauer termina su crítica a la posición contraria afirmando que configura erróneamente el objeto a partir del fin real del autor, cuando es el fin del Ordenamiento jurídico, el fin de la regulación legal lo que debe averiguarse⁹⁵⁸.

⁹⁵⁷ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 349.

⁹⁵⁸ Vid. W. SAUER, *Grundlagen ...*, cit., p. 350.

CONCLUSIONES

1. Antes de exponer de forma resumida mis conclusiones sobre el significado de la distinción entre los elementos del hecho delictivo que pertenecen al tipo y aquellos cuya concurrencia condiciona la antijuricidad de la conducta típica, voy a recordar los rasgos esenciales de la concepción del tipo penal que propusieron Beling y los neokantianos.

2. Beling introdujo la tipicidad como categoría autónoma de la definición general de delito en su obra *Die Lehre vom Verbrechen* y en la tercera edición de su *Grundzüge des Strafrechts*, que se publicaron en los años 1905 y 1906, respectivamente. En ellas define el delito como acción típica, antijurídica, culpable, subsumible en una conminación penal adecuada y que satisface las condiciones de la misma. Esta definición responde a la voluntad de poner de relieve que el tipo es un concepto penal fundamental, cuya trascendencia no se reduce a la teoría del error, sino que se extiende a toda la teoría general del delito, especialmente a las teorías de la tentativa, la unidad de acción y la participación. Partiendo de las exigencias del principio de legalidad que recogía § 2 RStGB, aquel autor entendía que el tipo permite plantear y abordar múltiples cuestiones de la teoría general del delito sobre la base de la seguridad que proporciona la remisión a la ley penal y su distinción conceptual frente a las normas que componen el conjunto del Ordenamiento jurídico y garantizan su carácter unitario. Tales normas se distinguen de los tipos legales con arreglo a criterios formales y su contenido, igual que el de los tipos, no se determina mediante referencias valorativas de carácter general. Sin embargo, Beling pensaba que, a diferencia de lo que ocurre con la comprobación de la tipicidad, el carácter antijurídico de una conducta sí que expresa un juicio de desvalor

en relación con ella. La tipicidad determina el significado penal de la conducta, pero sólo expresa un desvalor en la medida en que suponga un indicio sobre la existencia de una norma que prohíbe su realización.

Por otra parte, Beling reconocía que la antijuricidad de la conducta puede depender de su contenido interno pero, sobre la base de la distinción entre los conceptos de tipo legal y norma, entendía que el tipo *sólo* se refiere a los *elementos* específicos de las diversas figuras delictivas *de naturaleza externa u objetiva*. A su vez, creía que carece de sentido construir el dolo y la imprudencia como conceptos desvinculados de la culpabilidad y la voluntad de la acción. Y, puesto que la culpabilidad presupone la antijuricidad de la conducta, éste aspecto de la misma no podía hacerse depender de su carácter doloso o imprudente.

Desde la cuarta edición de su *Grundzüge des Strafrechts* Beling introduce una serie de matizaciones a su concepción inicial del tipo. Esta evolución culmina en la undécima edición de aquella obra y en el trabajo que tituló *Die Lehre vom Tatbestand*, publicados un año antes de su muerte. Beling distingue ahora entre el *Tatbestand* y el *Typus*, pero conserva la convicción sobre la utilidad del primero como concepto rector que da unidad a los diversos elementos del delito y permite plantear correctamente diversos aspectos de la parte general del Derecho penal: la delimitación entre actos preparatorios y tentativa, la delimitación de la tentativa típica frente a la tentativa inidónea impune, la distinción entre autoría y participación, la delimitación del objeto del dolo, el concepto de unidad de hecho, etc... Por su parte, como elemento que define el concepto general de delito y traslada a la teoría general de éste las exigencias del principio de legalidad, el *Typus* representa la concreción y especificación de las valoraciones vinculadas a los conceptos de antijuricidad y culpabilidad, sobre las que se apoya la teoría general del delito.

3. El concepto de tipo que propusieron los autores neokantianos de la Escuela Sudoccidental surge de una comprensión del concepto de Derecho, el método epistemológico y el significado de la ciencia del Derecho muy distinta de la que tenía Beling, especialmente en sus primeros trabajos.

La distinción entre las ciencias naturales y las ciencias culturales, y la aceptación de que, en esta últimas, el conocimiento y la definición de la realidad requiere partir de referencias valorativas, permitió superar el formalismo del concepto de tipo y la construcción dogmática que Beling había propuesto. Junto al aspecto lógico-formal de la teoría del delito, los autores neokantianos reconocen y subrayan el significado material de las diversas categorías del sistema y de los conceptos jurídicos, así como su relación con la función de la pena y los fines del Estado. El reconocimiento del significado valorativo de los tipos penales y de la comprobación de la tipicidad de una conducta comportará que se ponga de relieve su relación valorativa con el concepto y la comprobación de la antijuricidad. Al mismo tiempo, dará lugar a que se reconozca el significado específico de la comprobación de la antijuricidad de las conductas delictivas.

M.E. Mayer es el autor que impulsa la evolución del concepto de tipo partiendo de la propuesta de Beling de distinguir entre la cuestión relativa a la caracterización legal del aspecto externo de la conducta delictiva, la relativa a su carácter antijurídico y la relativa a su carácter culpable. Los resultados más relevantes y significativos de la perspectiva material que adopta aquel autor se plasman en el análisis que realiza de las valoraciones que presiden el proceso legislativo, y en su concepción de las normas como normas de cultura reconocidas por el Estado. Todo ello le permite fundamentar desde el punto de vista material la función indiciaria del tipo en relación con la antijuricidad de la conducta típica, poner de manifiesto la existencia de elementos normativos del tipo que fundamentan la antijuricidad de la conducta típica y, finalmente, advertir la relevancia que

pueden tener los fines que perseguía el autor al realizar la conducta típica, para determinar su carácter antijurídico.

El abandono definitivo de la concepción inicial que Beling tenía del tipo se produce en los trabajos de Mezger y Sauer. La concepción de estos autores sobre la teoría general del delito y el lugar que en ella ocupa la teoría del tipo representan, seguramente, la mejor plasmación de la metodología neokantiana de la Escuela Sudoccidental. En cualquier caso, algunos de los aspectos de su concepción del tipo, como la importancia de la parte subjetiva de la conducta y su significado valorativo, han mantenido, con ciertas matizaciones, su vigencia hasta la actualidad.

Tanto Mezger como Sauer ya no conciben el tipo como un momento *previo* a la comprobación de la antijuricidad, que carece de significado valorativo y se refiere exclusivamente a la parte externa de la conducta delictiva. Para estos autores el tipo es la descripción legal de una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico especificando, así, este aspecto de los hechos antijurídicos, fundamentando su carácter antijurídico, y expresando su relevancia penal. Esta concepción del tipo se caracteriza, en definitiva, por destacar la relación entre su delimitación y la comprobación de su concurrencia, y la fundamentación de la antijuricidad de la conducta delictiva. Pero, al mismo tiempo, se caracteriza, también, por destacar la singularidad que, desde la perspectiva de la teoría general del injusto, poseen las conductas descritas en la ley penal. Se trata de poner de relieve que el concepto general de antijuricidad y su dimensión valorativa son insuficientes para caracterizar la acción *delictiva* como acción contraria al Derecho. Pero es igualmente insatisfactorio un concepto de tipo que prescindiera del vínculo material entre la decisión del legislador y la función de ordenación de la vida social que corresponde a las normas del Derecho. La originalidad de esta concepción del tipo radica en destacar que la comprensión de aquél como expresión del principio de legalidad y de la

finalidad preventiva de la lesión o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos específica del Derecho penal, y el concepto de antijuricidad como contrariedad con el *conjunto* del Ordenamiento jurídico y expresión de su función de ordenación de la vida social mediante normas de valoración se complementan y condicionan recíprocamente. La teoría del tipo sirve, así, para orientar la teoría del delito a los fines específicos del Derecho penal y colmar las insuficiencias que en el seno de aquélla presenta la referencia al concepto general de Derecho y de antijuricidad. La teoría del tipo se concibe, en definitiva, como aquella parte de la teoría de la antijuricidad que se ocupa de la singularidad y los elementos específicos de las conductas antijurídicas previstas en la ley penal, acomodando, así, la teoría general de la antijuricidad a los fines y los límites específicos del Derecho penal, al mismo tiempo que, sin perder su autonomía sistemática, la propia teoría del tipo se orienta y acomoda a la función de ordenación de la vida social que corresponde al conjunto del Ordenamiento jurídico.

4. El esclarecimiento de las diversas cuestiones relacionadas con la teoría del tipo exige plantear correctamente la relación de ésta con las teorías de la antijuricidad y la culpabilidad. La construcción de la teoría del tipo parte de la delimitación entre estos dos aspectos de la conducta delictiva y, por lo tanto, de la distinción entre los criterios que delimitan con validez general el objeto sobre el que recae el juicio valorativo de antijuricidad y aquellos que, también con validez general, determinan la imputación o el reproche *exclusivamente personal* por la realización del hecho antijurídico.

En este contexto, las dificultades surgen de la escasa claridad acerca de la relevancia y el significado del contenido subjetivo de la conducta, así como de las discrepancias existentes en el terreno epistemológico, en el de la relación entre la problemática epistemológica y la de carácter axiológico, y en el terreno estrictamente axiológico. Expresado de forma gráfica y

simplificada, la trascendencia de estas cuestiones radica en que, aquí, el orden de los factores *sí* puede alterar el producto y en que, además, del derecho positivo ni siquiera cabe extraer con la certeza necesaria cuáles son los factores con los que el jurista debe operar.

La evolución de la teoría penal del tipo ha puesto de relieve que la consideración del contenido interno de la conducta no excluye la validez general de la delimitación del objeto que se valora en la teoría de la antijuricidad ni el de esta valoración. Por lo tanto, la decisión sobre esta cuestión responderá a otros motivos.

A su vez, la distinción metodológica entre las ciencias naturales y las ciencias culturales, que realizaron los autores neokantianos de la Escuela Sudoccidental, puso de manifiesto que en éstas –en las ciencias culturales– sólo desde un punto de vista lógico es posible distinguir entre la delimitación del objeto y la valoración que encierra el propio objeto, la cual, por lo tanto, está ya presente en el momento de su delimitación.

Partiendo de estas premisas, lo que debe buscarse es un equilibrio entre la dimensión social y la dimensión personal de la conducta. Ni la naturaleza ni la sociedad deben llevar a excluir la dimensión personal de la conducta, vinculada a la dignidad del ser humano. No pueden hacerlo en la teoría de la culpabilidad. Pero tampoco deben hacerlo en la teoría de la antijuricidad penal. Además de condicionar los presupuestos de la infracción de una norma, la dimensión personal de la conducta contribuye decisivamente a fundamentar y graduar el desvalor que legitima su existencia en un Estado social y democrático de derecho protector de bienes jurídicos. Ni la norma determina soberanamente la dimensión social de la conducta que la infringe. Ni el concepto de persona se determina soberanamente por la sociedad, a través de la norma. Entre los conceptos de sociedad, norma y persona no existe una relación de subordinación; existe una relación de complementariedad.

Por otra parte, en el ámbito de las ciencias culturales, la distinción entre conocimiento y valoración no es tan nítida como pretendían los autores positivistas. Sí es cierto, sin embargo, que –como antes señalábamos– en relación con la articulación sistemática de la teoría general del delito, su significado y el de las categorías que la componen se han confundido a menudo la cuestión epistemológica y la cuestión axiológica. Sin la suficiente claridad al respecto es muy difícil advertir el significado de la teoría penal del tipo y de su evolución histórica.

5. Por razones formales y materiales creo que está totalmente justificado distinguir entre, por una parte, los presupuestos de la antijuricidad de la conducta delictiva que pertenecen al tipo y, por otra, aquellos que son externos al tipo y que se describen negativamente en las causas de justificación. Sin embargo, se debe partir de que todos ellos tienen en común el hecho de ser presupuestos de la antijuricidad de las conductas delictivas; a pesar de su singularidad, la teoría del tipo es un aspecto de la teoría de la antijuricidad de las conductas delictivas. Esto no supone entender que el contenido del tipo agota el fundamento de la antijuricidad de las conductas delictivas. Ese fundamento es más amplio. El desvalor de la conducta que, superando el riesgo permitido, lesiona o pone en peligro un bien jurídico del modo descrito en la ley penal es insuficiente para fundamentar su carácter antijurídico. Por esta razón, la concurrencia de una causa de justificación excluye la antijuricidad de las conductas típicas.

A pesar de que aquí se admite la conveniencia de partir de la distinción entre la comprobación de la tipicidad penal de la conducta y la comprobación definitiva de su carácter antijurídico, el hecho de que el ámbito de las conductas antijurídicas no se reduce al de las conductas penalmente típicas no justificadas, desaconseja distinguir, exclusivamente, entre las causas de atipicidad, por un lado, y las causas de exclusión de la

antijuricidad de la conducta típica –o sea, las causas de exclusión de la antijuricidad que no lo son también de la tipicidad–, por otro. Desde un punto de vista general, resulta más conveniente distinguir entre 1) causas de (mera) exclusión de la tipicidad penal (que, al mismo tiempo, pueden excluir por completo la antijuricidad de la conducta), 2) causas de exclusión de la antijuricidad de la conducta típica y 3) causas de exclusión de la trascendencia penal de la antijuricidad de la conducta típica. Dicho de otro modo: distinguir entre (a) conductas atípicas penalmente y no antijurídicas, (b) conductas atípicas pero antijurídicas, (c) conductas típicas pero justificadas (y, por ello, no antijurídicas), y conductas típicas y antijurídicas pero que no pueden dar lugar a la imposición a su autor de consecuencias penales, por razones de necesidad de pena, pero distintas de las vinculadas a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a una causa personal de exclusión de la pena, en definitiva, debido a la concurrencia de circunstancias que no llegan a excluir la antijuricidad de la conducta típica, pero sí su relevancia penal. Este planteamiento me parece el más coherente si se toma en consideración el vínculo material entre la tipicidad y el fundamento de la antijuricidad de las conductas típicas sin desconocer, por otra parte, la singularidad de la finalidad preventiva y la eficacia de las prescripciones y normas de conducta penales, así como de las consecuencias de su infracción frente al resto de las consecuencias previstas en normas secundarias no penales.

6. Una de las consecuencias que cabría extraer de lo dicho hasta aquí sobre la relación entre la teoría del tipo, la teoría general de la antijuricidad y la teoría de la culpabilidad es la posibilidad de entender que deben tener consecuencias distintas, por un lado, los supuestos de error sobre la concurrencia de los elementos del tipo y los supuestos de error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación, y, por otro

lado, los supuestos de la denominada tentativa inidónea en sentido estricto y los supuestos en los que el sujeto realiza dolosamente la conducta típica, pero desconoce que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación⁹⁵⁹.

Sin embargo, conviene destacar que estas diferencias no comportan necesariamente que el tratamiento diferenciado de los dos primeros supuestos coincida exactamente con el que proponen aquellos autores que – como Beling– consideran que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no es un error de tipo, sino un error de prohibición⁹⁶⁰. Y tampoco comporta que el tratamiento diferenciado de los dos últimos supuestos coincida exactamente con el que –de modo más o menos similar a las posiciones de Beling o Mezger– proponen los partidarios de una concepción objetiva de la justificación, ni con el que propone un sector de la doctrina finalista⁹⁶¹.

⁹⁵⁹ Estos dos últimos supuestos no tienen por qué excluirse mutuamente. Es perfectamente posible que un sujeto realice el tipo de la tentativa inidónea de homicidio al intentar disparar un arma descargada contra alguien que, sin que él lo supiera, había iniciado una agresión antijurídica.

⁹⁶⁰ En particular, no comporta que deba coincidir exactamente con el tratamiento que proponen los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad. Sobre esto, *vid.*, por ejemplo, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., 1969, pp. 157 y ss; H. J. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, cit., *passim*; C. ROXIN, *A.T.*, cit., pp. 522 y ss; S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, cit., 16/22, 21/2 y ss; D.-M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General I.*, cit., pp. 469 y ss.

⁹⁶¹ Sobre esta cuestión, haciendo referencia a las diferentes opiniones que se mantienen en la doctrina, *vid.*, por todos, A. SANZ MORAN, *Elementos subjetivos de justificación*, 1993, *passim*; M.A. TRAPERO BARREALES, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y atipicidad penal*, 2000, *passim*.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- R. ALEXANDER, *El concepto y la validez del derecho* (trad. de J. M. Seña), 2. ed. española, 1997.
- F. BALLBE, *La teoría jurídica del delito según Beling*, separata del t. IX de los Anales de la Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas, 1913.
- *Función de la tipicidad en la dogmática del delito*, 1951.
- A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penales*; 1966.
- A. BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1920.
- E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906 (reimp. 1964).
- *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, en H. PLANITZ (editor), 1924 (Sonderdruck).
- *Grundzüge des Strafrechts*, 3. ed., 1905.
- *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908 (reimp. 1978).
- *Grundzüge des Strafrechts*, 4. ed., 1912.
- *Grundzüge des Strafrechts*, 6./7. ed., 1920.
- *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919*, 1922.
- *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1923.
- *Grundzüge des Strafrechts*, 11. ed., 1930 (*Esquema de Derecho penal*, trad. de S. Soler, 1944).

- *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930.
- "Vom Positivismus zum Naturrecht und Zurück", en H. STOLL (editor) *Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin und Arthur Benno Schmidt*, 1931, pp. 1-18.
- K. BINDING, *Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8. ed., 1913 (reimp. 1975).
- "Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. Studie für das künftige Strafgesetzbuch", en GS, 76 (1910), pp. 1-86.
- I. M. BOCHENSKI, *La filosofía actual* (trad. de la segunda edición alemana, de E. Imaz), 2. ed., 1951 (reimp. de 1975).
- H. BRUNS, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932.
- J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. II., 6. ed., 1998.
- "El delito como acción típica, evolución del concepto dogmático del tipo", en Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca, 1982. pp. 163-177.
- W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, 1933.
- J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, 2. ed., 1996.
- M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991.
- W. DILTHEY, *Introducción a las ciencias del espíritu* (trad. J. Marías), 1956 [reimp. de 1986].
- *Crítica de la razón histórica* (trad. de C. Moya Espí), 1986.

- K. ENGISCH, "Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht", en *Festschrift für Mezger*, 1954, pp.

- E. FARRE TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 1986.

- G. FRAENKEL, *Die kritische Rechtsphilosophie bei Fries und bei Stammler*, 1912.

- R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. ed., 1931.

- B. FREUDENTHAL, "Vom Werte des allgemeinen Verbrechenstatbestandes", en X, pp. 290-300.

- R. FRONDIZI, *¿Qué son los valores?. Introducción a la axiología*, 3. ed., 1972 (15. reimp., 1999).

- W. GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual* (trad. de J. Córdoba Roda), 1959.

- A. GARGANI, *Dal Corpus Delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, 1997.

- E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966 (reimp. 1990).

- J. GOLDSCHMIDT, "Die "Typentheorie". Eine kritische Besprechung von Belings, "Lehre vom Verbrechen" und der 3. Auflage seiner "Grundzüge"", en GA núm. 54 (1907), pp. 20 y ss.

- A. GOMEZ RAMOS, Anotaciones a su traducción de W. DILTHEY, *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para un crítica de la razón histórica*, 2000.

- F. GONZALEZ VICEN, "Sobre el neokantismo lógico-jurídico", en DOXA núm. 2 (1985), pp. 27-52.
- "El neokantismo jurídico axiológico", en AFD, 1986, pp. 249-280.

- A. GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 1. ed., 1936 (2. ed., 1941).

- M. GRÜNHUT, "Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft", en *Festgabe für R. Frank*, 1930, t. I, pp. 1-32.

- K. A. HALL, *De Lehre vom corpus delicti. Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses*, 1933.

- P. HECK, *El problema de la creación del Derecho* (trad. de M. Entenza), s.f. (reimp. de 1999).
- "Jurisprudencia de intereses" (trad. de M. González Enriquez), en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, pp. 513 y ss.

- A. HEGLER, "Die Merkmale des Verbrechens", en ZStW 36 (1915), pp. 19-44, 184-232

- "Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs", en *Festgabe für R. Frank*, 1930, t. I, pp. 251-338.

- J. HESSEN, *Die Philosophie des 20. Jahrhunderts*, 1951

- H. J. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtsfertigungsgrund*, 1960.

- G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. ed., 1993.

- H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. de la tercera edición alemana, de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), 1981.

- H. H. JESCHECK/T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. ed., 1996.

- L. JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal*, t. III., 4. ed., 1964.

- Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954.

- Art. KAUFMANN, "Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik", en Art. KAUFMANN - W. HASSEMER (editores), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. ed., 1994, pp. 1-23.

- "Problemgeschichte der Rechtsphilosophie", en Art. KAUFMANN - W. HASSEMER (editores), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. ed., 1994, pp. 30-177.

- E. KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1903 (reimp. 1978).

- K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. de M. Rodríguez Molinero, de la 4. ed. alemana), 1994.

- H.-U. LESSING, Introducción a W. DILTHEY, *Crítica de la razón histórica* (trad. de C. Moya Espí), 1986, pp. 19-32.
- Epílogo a W. DILTHEY, *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para un crítica de la razón histórica*, (trad. de A. Gómez Ramos), 2000, pp. 223-247.

- F. von LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 6.-7. ed., 1908.
- "Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindischen Handbuche", en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905 (reimp. de 1970), t. I, pp. 212-251
- "Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft", en *Strafrechtlicher Aufsätze und Vorträge*, 1908 (reimp. de 1970), t. II, pp. 284-298
- *La idea de fin en Derecho penal*, 1984 (reimp. de 1994).

- H. LUDEN, *Über den Thatbestand des Verbrechens nach dem gemeinen teutschen Srafrechte*, 1840

- D. LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, 1996.

- W. MAIHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953

- J. MARIAS, "Introducción a la filosofía de la vida", en su traducción de W. DILTHEY, *Teoría de las concepciones del mundo*, 1988 (reimp. de 1994).

- M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. ed. (sin modificaciones), 1923.
- "*Literaturbericht*. Recensión a Die Lehre vom Verbrechen", en ZStrW, núm. 10 (1906), pp. 796 y ss..
- *Filosofía del Derecho* (trad. de Legaz Lacambra, de la segunda edición alemana aparecida en el año 1926), 1937.
- *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903 (reimp. 1977).

- E. MEZGER, *Sein und Sollen im Recht*, 1920.
- "Die subjektiven Unrechtselemente", en GS núm. 89 (1923/24), pp. 207-314.
- *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, Sonderabdruck aus der Festschrift für Professor Traeger, 1926.
- *Tratado de Derecho penal* (trad. de la segunda edición alemana y notas de J. A. Rodríguez Muñoz), 2. ed., 1946.
- "Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre", en Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1953, pp. 2-6.

- S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 5. ed., 1998.
- *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976 (reimp. 1982).
- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2. ed., 1982.
- "La perspectiva *ex ante* en Derecho penal", en ADPCP, 1983, pp. 3 y ss. (= S. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pp. 93 y ss.)

- "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", en ADPCP, 1988, pp. 661 y ss. (= S. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pp. 181 y ss.).
- "Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal", en ADPCP, 1994, pp. 5 y ss. (= S. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pp. 225 y ss.)

- H. MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939.

- W. MITTERMAIER, "Über den Begriff "Verbrechen"", en ZStW, núm. 44, pp. 2 y ss.

- F. MOLINA FERNANDEZ, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, 2001.

- C. MOYA ESPI, Prólogo a la traducción de la antología de la obra de Dilthey preparada por H.-U. LESSING, *Crítica de la razón histórica*, 1986, pp. 5-16.

- F. MUÑOZ CONDE, "Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar", en DOXA, núm. 15-16 (1994), pp. 1025-1050.
- *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, 2000.

- C.S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 2. ed. española, 1984.

- M. POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, 1972.

- H. PLATE, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker. Seine Lehren zur Begriffs- und Systembildung*, 1966

- G. RADBRUCH, "Recensión a E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*", en *Mon. Krim. Psych.*, 1907, pp. 570 y ss.
- *Filosofía del Derecho* (trad. española de la tercera edición alemana de la obra *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, que apareció en 1932 con el título *Rechtsphilosophie*), 4. ed., 1959.
- "Zur Systematik der Verbrechenslehre", en *Festgabe für Reinhard von Frank*, 1930 [reimp. de 1969], t. I., pp. 158 y ss.
- "Über den Schuldbegriff", en *ZStW*, núm. 24, pp. 333 y ss.

- L. RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico (La filosofía del Derecho en el siglo XX)*, 1929.

- H. RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6-7. ed., 1926 (reimp. de 1986).

- J. A. RODRIGUEZ MUÑOZ, *Notas a la traducción de la segunda edición del Tratado de Mezger*, 2. ed., 1946.

- C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. ed., 1997.
- *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2. ed. (sin modificaciones), 1970.
- *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (trad. de la séptima edición alemana, por Cuello Contreras y González de Murillo), 2000.

- A. SANZ MORAN, *Elementos subjetivos de justificación*, 1993.

- W. SAUER, *Filosofía jurídica y social* (trad. de L. Legaz Lacambra), 1933
- *Grundlagen des Strafrechts*, 1921.
- *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1949.

- Eb. SCHMIDT, "Recensión a la undécima edición del *Grundzüge des Strafrechts* de Beling", en JW 1931, pp. 189-190.

- U. SCHROTH, "Philosophische und juristische Hermeneutik", en Art. KAUFMANN - W. HASSEMER (editores), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. ed., 1994, pp. 344-369.

- E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, 1930.

- E. SCHWINGE - L. ZIMMERL, *Wesenschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937.

- H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957.

- R. SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, 1934

- J. M. SILVA SANCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986.

- "La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas). Comentario a la STS de 23 de septiembre de 1983", en ADPCP 1986, pp. 905 y ss.
- "Sobre los movimientos" "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción", en ADPCP 1991, pp. 1 y ss.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992.

- R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1. ed., 1922

- G. STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4. ed., 2000.

- C. C. STÜBEL, *Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewissheit der ersteren, besonders in Rücksicht der Tötung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursärischen Rechten*, 1805.

- H. SPRIESTERSBACH, *Neue Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1960

- A. TORIO LOPEZ, "Tipicidad. –Referencia a la teoría de los tipos abiertos", en V.V.A.A., *Vinculación del Juez a la Ley penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp. 9 y ss.

- M.A. TRAPERO BARREALES, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y atipicidad penal*, 2000.

- F. VOLLHARDT, Epílogo en la reimpression de la sexta y séptima edición del libro *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* de H. Rickert, 1986, pp. 185-207.

- H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935 (= *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 29 y ss.).
- *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material* (trad. de cuarta edición alemana, de F. Gonzalez Vicen), 2. ed., 1979.
- "Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung", en JZ 1952, pp. 19-20.
- "Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde", en JZ 1952, pp. 133-136.
- "Der Irrtum über die Amtspflicht", en JZ 1952, pp. 208-209.
- "Comentario a la sentencia del BGH de 18 de marzo de 1952", en JZ 1952, pp. 340-344.
- "Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre", en *Juristische Schulung*, 1966, pp. 421-429.
- *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. ed., 1969.

- H. von WEDEL, "Wandlung der Tatbestandslehre?", en *SchwZStr.* 45 (1931), pp. 359-379.

- E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur Allgemeiner Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 1931.

- L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930.

- *Zur Lehre vom Tatbestand. Uebersehene und vernachlässigte Probleme*,
1928 (reimp. 1977).