SOBRE *EL TIPO PENAL EN BELING Y LOS NEOKANTIANOS*

Recensión del libro de Sergi Cardenal Montraveta

Ángel Sanz Morán
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

SANZ MORÁN, Ángel. Sobre *El tipo penal en Beling y los neokantianos*. Recensión del libro de Sergi Cardenal Montraveta. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2002, núm. 04-r4, p. r4:1-r4:6. Disponible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc04-r4.pdf ISSN 1695-0194 [RECPC 04-r4 (2002), 18 oct]

RESUMEN: El objeto de esta recensión es el libro: CARDENAL MOTRAVETA, Sergi. ***El tipo penal en Beling y los neokantianos.*** Editorial PPU. Barcelona 2002. 565 pp. (accesible en internet: http://www.tdcat.cbuc.es/TDCat-0604102-083801 El autor analiza el contenido de este libro, destacando aquellos aspectos que considera más sobresalientes, sin dejar de señalar lo que a su juicio cabría entender que constituyen algunas carencias, así como vías alternativas de abordar o exponer el objeto de estudio.

PALABRAS CLAVES: Tipo, antijuricidad, positivismo, neokantismo, Beling, M.E. Mayer, Mezger, Sauer.

Fecha de recepción: 14 septiembre 2002

Fecha de publicación: 18 octubre 2002

El contenido completo del libro objeto de esta recensión está accesible libremente en:

http://www.tdcat.cbuc.es/TDCat-0604102-083801

1.

La obra cuya recensión abordamos, constituyó la tesis doctoral de su autor. Dada la novedad que supune su divulgación a través de la red junto a la tradicional edición impresa, parece oportuno que esta reseña aparezca también en una revista electrónica, por más que debamos confesar nuestra escasa simpatía -cuando no abierta hostilidad- por el imparable proceso de suplantación del, a todas luces más placentero, formato libro. Permítasenos este desahogo antes de entrar en lo que verdaderamente importa aquí: la presentación al lector de una obra jurídico-penal excepcional.

Y lo es, ante todo, por la elección del tema y la metodología aplicada en su estudio. En un contexto como el presente, en el que la ciencia penal española manifiesta una elevada proclividad a tratar temas "de rigurosa actualidad" (por citar un solo ejemplo, el problema de la "violencia doméstica" ha suscitado una verdadera catarata de publi-

caciones), o a ocuparse con penalistas "de moda" (el "caso Jakobs" resulta, en este sentido, paradigmático), es verdaderamente excepcional que alguien se proponga la reconstrucción histórico-dogmática de la categoría "tipicidad", centrándose en sus orígenes (BELING) y primeros desarrollos (autores neokantianos). Vaya por delante que lo dicho no pretende en absoluto desacreditar la investigación referida a las cuestiones del momento, absolutamente imprescindible. Nos parece, sin embargo, preocupante que haya que destacar como excepcional la aparición de un estudio como el que aquí nos ocupa, siendo notorio que sin el conocimiento de su historia dogmática es imposible comprender el sentido y alcance de cualquier institución jurídica.

Y destaca también la obra que presentamos por el criterio, firmemente mantenido, de "dejar hablar" a los autores estudiados. El mismo CARDENAL, en la *Introducción* de su obra, explica que ello obedece no sólo "al intento de reflejar del modo más fiel posible el pensamiento del correspondiente autor", sino también a su plena convicción de que "la cita literal puede ser más útil y esclarecedora que mil referencias o explicaciones al respecto" (pág. 14). Modestia científica que constituye el presupuesto de cualquier investigación seria.

2.

Según nos anticipa CARDENAL, el objeto de este trabajo lo constituye "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" (pág. 13). De acuerdo con ello, la obra se divide en dos partes bien diferenciadas. En la primera de ellas (págs. 15 a 278), se ocupa el autor con la teoría del tipo de Ernst BELING, introductor de la tipicidad en el concepto general de delito, mientras que la segunda parte (págs. 279 a 548) se destina a la evolución de la teoría del tipo a través de los autores neokantianos, cerrando el estudio, como es convencional en los trabajos de promoción, unas apretadas conclusiones (págs. 549 a 557).

La primera parte, centrada, como acabamos de indicar, en la teoría del tipo de BELING, se divide en cuatro capítulos. En el primero de ellos, se describe el modelo de teoría del delito propuesto por BELING en 1906, en su obra fundamental *Die Lehre vom Verbrechen* -asiste la razón a S. MIR PUIG, director y prologuista del trabajo de CARDENAL, cuando califica de "hecho ciertamente difícil de explicar", el que la mencionada monografía de BELING no fuera "nunca traducida al español" (pág. 8)-, y el papel que en dicho modelo juega la novedosa categoría de la tipicidad (págs. 17 a 114). Particular interés, a nuestro juicio, posee la indagación de las bases metodológicas de la teoría del tipo de BELING (págs. 21 a 32), donde se pone de manifiesto su adhesión al positivismo jurídico entonces dominante, pero con rasgos expresivos de un "cierto eclecticismo" (pág. 26), dadas las influencias convergentes del positivismo naturalista, de la teoría de las normas de BINDING y del neokantismo lógico-jurídico, característico de la denominada "Escuela de Marburgo" (págs. 26 y ss.). Desde la página 33, se centra CARDENAL en los rasgos de la noción de delito que ofrece

BELING en 1906, caracterizando a continuación (págs. 57 y ss.) el concepto de tipo allí propuesto, que se desprende tanto de las exigencias del principio de legalidad, como de la teoría normativa de BINDING, especialmente en lo que se refiere a la separación entre norma y ley penal. Ya desde estos primeros compases de su obra, dedica CARDENAL particular atención a uno de los problemas fundamentales que ofrecerá la nueva categoría: el de las relaciones entre tipicidad y antijuricidad. Cierra el capítulo (págs. 89 a 114) una primera (y amplia) recapitulación y valoración del concepto de tipo propuesto por BELING.

El segundo capítulo de esta primera parte -a nuestro juicio, el capítulo central de la obra que comentamos-, se ocupa del contenido del tipo y su trascendencia para la teoría general del delito (págs. 115 a 206). A partir del análisis del contenido asignado al tipo por BELING (págs. 117 y ss.), pasa CARDENAL a considerar críticamente las carencias y contradicciones que, en su opinión, ofrece la caracterización belingniana, especialmente (págs. 130 y ss.) por lo que se refiere a la pretendida neutralidad y naturaleza exclusivamente objetiva que propugna BELING para la categoría dogmática por él introducida. A tal efecto, analiza CARDENAL el modo en que este nuevo concepto va a afectar a los tradicionales problemas de la teoría del delito, incluyendo los relativos a las formas de ejecución (*iter criminis*), autoría y participación criminal y unidad y pluralidad de delitos. Esto nos permite constatar la solidísima formación dogmática que posee el autor de la obra que comentamos, pues sólo desde un profundo conocimiento de la estructura del concepto de delito, es posible llevar a cabo un análisis -en extensión y en profundidad- como el que aquí se nos ofrece. Cierra también este capítulo una amplia recapitulación del autor (págs. 176 a 206), que contiene una valoración final del concepto de tipo propuesto por BELING en *Die Lehre vom Verbrechen*, y su trascendencia en la teoría general del delito.

Completan esta primera parte de la obra que comentamos otros dos capítulos (sensiblemente más reducidos), donde se estudian, respectivamente, la evolución del concepto de tipo en BELING desde 1906 hasta 1930 (págs. 207 a 236) y la reformulación de dicha categoría que, con escaso éxito, propusiera aquel autor este último año, en su particular homenaje a R. v. FRANK (págs. 237 a 278), distinguiendo ahora, en un sentido que nunca estuvo totalmente claro, entre *Delikstypus* y *Tatbestand*.

La segunda parte del trabajo de CARDENAL se ocupa con la evolución de la teoría del tipo a través de los autores neokantianos o, de manera más específica, a través de sus dos máximos representantes: M.E. MAYER y E. MEZGER. Como es lógico, el primero de los capítulos de esta segunda parte (el capítulo V de la obra) se destina a exponer el sentido que cobró el "giro neokantiano" en el pensamiento jurídico-penal, destacando, sobre todo, frente al positivismo jurídico precedente, la introducción de la dimensión valorativa (págs. 322 a 356), lo que a su vez comporta la previa separación entre ciencias naturales y ciencias culturales o del espíritu. De ahí la atención dedicada a W. DILTHEY (págs. 294 a 302), introductor de esta distinción.

Una vez situados los presupuestos metodológicos de la nueva dirección, el resto de la obra se centra en el análisis de las teorías del tipo penal ofrecidas por M.E. MAYER (Capítulo VI, págs. 357 a 460) y E. MEZGER (Capítulo VII, págs. 471 a

528), con un breve excurso, incluído en este últimio capítulo, relativo a la posición de W. SAUER (págs. 528 a 557), muy próxima a la de MEZGER. Como se desprende de la misma paginación, el peso fundamental de la investigación recae sobre la obra de M.E. MAYER, por ser este autor quien rompiera decididamente con dos de los trasgos fundamentales -como indicábamos más arriba- de la concepción belingniana del tipo: su neutralidad valorativa y su carácter objetivo. Frente a ello, entenderá ahora M.E. MAYER que la verificación del carácter típico de la conducta supone un "indicio" de antijuricidad (por más que siga separando los dos niveles de imputación, págs. 429 y ss.) y, por otra parte, destacará este autor la presencia, en muchos tipos, de componentes anímicos o subjetivos, dando así origen a la denominada teoría de los elementos subjetivos del injusto (o del tipo) (págs. 378 y ss.). Desde esta doble perspectiva, la aportación de MEZGER va a suponer la consolidación del nuevo modelo, dada la influencia fundamental (especialmente perceptible en nuestro país) que va a desplegar su monumental *Tratado de Derecho penal*, aunque los fundamentos metodológicos de su posición están ya claramente trazados en la contribución, de 1924, relativa a los denominados elementos subjetivos del injusto, trabajo éste seminal, como lo reconoce CARDENAL quien le dedica una particular atención (págs. 488 y ss.).

3.

Tras esta somera recapitulación, que constituye sólo un pálido reflejo del contenido de la obra, no podemos dejar de formular alguna consideración crítica; y lo hacemos desde la doble convicción de que a un trabajo como éste sólo se le rinde el debido homenaje entrando en debate crítico con sus aportaciones y, por otra parte, la integridad personal y científica de su autor demanda sin duda este diálogo.

Comenzaremos por algunas observaciones relativas a la estructura del trabajo. Dando por buena ésta con carácter general, cabría quizás pensar en alguna corrección. Resulta, sin duda, razonable que la mitad del volumen total de la obra se destine al pensamiento de BELING, introductor del tipo y la tipicidad en la teoría general del delito, pero lo que ya no convence tanto es que, dentro del neokantismo, se asigne el doble de espacio a M.E. MAYER que a MEZGER, pese al papel central que tiene la obra de este autor en la evolución de la teoría jurídica del delito y, dentro de ella, de la tipicidad como uno de sus elementos. Por otra parte, si bien es cierto que M.E. MAYER es uno de los iniciadores del "giro neokantiano", frente a la concepción de BELING, no es, sin embargo, el único. Resulta llamativo que se dedique un excurso a los planteamientos de SAUER, muy próximos a los de MEZGER y, en tal medida, escasamente originales y no se haga lo propio con HEGLER, cuya influencia en aquel "giro neokantiano" es indiscutible. En este mismo orden de ideas, quizás fuera oportuno cerrar el trabajo con una referencia, siquiera somera, a la proyección internacional de la categoría introducida por BELING pues, como es notorio, se da la circunstancia de que en el momento en el que se consolida la reformulación neokantiana de la tipicidad y el mismo BELING procede a revisar su construcción -esto es, en torno a 1930-, aparecen dos obras que incidirán de manera notable en la difusión del nuevo

concepto. Nos referimos, obviamente, al Discurso de L. JIMENEZ DE ASUA en la inauguración del curso 1931-1932 (*La teoría jurídica del delito*) y la obra *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, de G. DELITALA (publicada en 1930), que provocará el tránsito, en la ciencia penal italiana, desde el modelo explicativo que arranca de CARRARA, a otro de indudable sesgo alemán. Destinándose además, en ambos casos, una atención particular a la novedosa teoría del tipo. En este mismo sentido complementario, se echa quizás en falta, para un mejor seguimiento de las líneas expositivas, algún epígrafe que, por vía de excurso, aclarara las diversas acepciones que va cobrando el término "tipo" (en la línea, por ejemplo, de lo que hará ENGISCH en su contribución al Libro-Homenaje a MEZGER); otro que ofreciera una somera caracterización de cómo resulta, al final del período estudiado, la composición de los tipos penales: elementos objetivos y subjetivos, descriptivos y normativos, etc., con sus correspondientes subdivisiones; y, dado que permanentemente se está posicionando, el autor de esta obra, a favor de la teoría de los elementos negativos del tipo, cabría también pensar en un breve excurso sobre el origen y primeros desarrollos (que abarcan el período estudiado) de esta construcción dogmática. No se trata, por supuesto, de analizar en profundidad estas diversas cuestiones, lo que exigiría otras tantas contribuciones monográficas, sino sólo de ofrecer una breve caracterización de las mismas, en orden a delimitar mejor el objeto de estudio.

Alguna consideración, en segundo lugar, en orden a la bibliografía. Desde luego, advierte CARDENAL, ya en la Introducción a esta obra, que "no están todos los que son", habiéndose optado por "una selección de los autores y las obras (...) más relevantes" (pág. 14). Pero aún así cabe objetar, en la bibliografía citada, las ausencias, ya reseñadas, de DELITALA o JIMENEZ DE ASUA, así como de la monografía de KUNERT (de 1958), sobre elementos normativos de los tipos, que contiene amplia información histórica. Y en lo que se refiere a los autores tratados, se echa en falta en el análisis del neokantismo sudoccidental, donde autores como DILTHEY o RICKERT son objeto de minuciosa consideración, una referencia específica a la importante aportación de E. LASK; y, al analizar el reflejo sobre la tipicidad de la nueva metodología, falta -como ya hemos indicado- un estudio de la contribución de HEGLER, así como del trabajo pionero de FISCHER sobre elementos subjetivos del injusto.

Cabe apreciar, en tercer lugar, cierto dogmatismo de partida, incompatible en ocasiones con una correcta valoración del sentido histórico de los problemas. Así, se percibe de manera muy clara la existencia, en CARDENAL, de determinadas posiciones previas (en adhesión, por otra parte, a las de su maestro MIR PUIG), desde las que parte siempre en la crítica -que, por eso mismo, resulta a veces anacrónica-, de los autores estudiados. Por ejemplo, cuando objeta (pág. 105), desde la teoría de los elementos negativos del tipo en su versión más actual, la neutralidad valorativa del tipo en BELING; o reprocha a este mismo autor (págs. 130-131) no distinguir entre desvalor de acción y desvalor de resultado en la conducta típica, o le afea la defensa de una concepción "ex post" (págs. 141 y 189). Y, en relación a M.E. MAYER, se le critica la adhesión a un modelo de separación entre tentativa absoluta y relativamente inidónea (pág. 415), o que se aferre a una concepción objetiva e impersonal del injusto (págs.

454 y 462-463); lo que, por lo demás, hacían entonces casi todos los autores. Quizás fuera oportuno, en este orden de ideas, prestar una atención aún mayor a las objeciones contemporáneas a las obras de los autores analizados y no tanto a las que puedan hacerse desde la perspectiva de la evolución posterior de la teoría del tipo.

En un terreno mucho más concreto, no nos resistimos a una última observación. Ya nos hemos hecho eco de la minuciosa atención prestada por CARDENAL a la proyección de los distintos planteamientos estudiados sobre las múltiples cuestiones controvertidas que ofrece la teoría del delito. Y también, por tanto, sobre los problemas relacionados con la unidad y pluralidad de delitos (así, en relación a BELING, págs. 145, 158 y ss., 192 y ss. y, en el caso de M.E. MAYER, pág. 422, entre otros lugares). Ahora bien, muchas de las dificultades interpretativas que la posición de estos autores suscita están relacionadas con el dato de que, convencionalmente -y más aún en el período estudiado-, la doctrina alemana intenta trazar la separación entre unidad y pluralidad de delitos (el "arte de contar los delitos", del que habla precisamente M.E. MAYER) a partir del concepto de "unidad de acción"; y ello, a su vez, se debe, en alta medida, al prejuicio de la denominada "teoría de la unidad" (defendida, en aquel entonces, por numerosos autores): de una acción sólo puede surgir un delito, luego en el concurso ideal estaremos ante un solo delito y no ante una pluralidad delictiva.

4.

Naturalmente, estas consideraciones críticas -en las que, por supuesto, podemos estar equivocados- en absoluto empañan el enorme valor de la obra que comentamos y que, como señala MIR PUIG en el Prólogo a la misma, "será probablemente la obra española fundamental sobre las bases históricas del concepto de tipo en Derecho penal". No sólo eso, casi todos los problemas que presenta la actual teoría del delito fueron objeto de minuciosa consideración por los autores aquí estudiados. Y como es absolutamente imposible, según apuntábamos más arriba, emprender el análisis de una categoría jurídica sin conocer su historia, habrá que volver una y otra vez sobre el planteamiento seminal de estos autores, cuya aportación se analiza de manera tan esmerada en la obra que nos ocupa. Más aún, frente a la tendencia que constatábamos al comienzo de esta recensión, sería deseable que cundiera el ejemplo y se emprendieran estudios histórico-dogmáticos sobre los diversos problemas que suscita nuestra disciplina académica. Si así se hiciera, estamos seguros de que el mismo CARDENAL consideraría este efecto como el valor mayor de su, por tantas razones, encomiable investigación.