

# La dogmática del hecho punible con base en la teoría de las normas: ¿desde arriba o desde abajo? \*

Luis Greco

*Humboldt Universität zu Berlin*

*Traducción del alemán de Nicolás Cantard, Universidad Autónoma de Madrid*

---

GRECO, LUIS. La dogmática del hecho punible con base en la teoría de las normas: ¿desde arriba o desde abajo? Traducción del alemán de Nicolás Canard. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-r4, pp. 1-13.

<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-r4.pdf>

RESUMEN: El artículo presenta y discute los dos principales modelos de reconstrucción de la teoría del delito con base en la teoría de las normas. Ante la imposibilidad de decantarse por uno de ellos en términos lógicos, pues ambos son igualmente válidos en ese aspecto, se defiende la preferencia de uno de ellos con base en criterios heurístico-jurídicos.

PALABRAS CLAVE: teoría de las normas; norma de determinación; antinormatividad; perspectiva *ex ante/ex post*; modelo analítico.

TITLE: **The dogmatic of criminal law based on the theory of norms: from top-down or bottom-up?**

ABSTRACT: This paper presents and discusses the two main models of the reconstruction of the theory of crime based on the theory of norms. Given the impossibility of choosing one of them in logical terms, as both are equally valid in that regard, the preference for one of them is argued based on heuristic-legal criteria.

KEYWORDS: Theory of norms; behavioural rules; antinormativity; *ex ante/ex post* perspective; analytical model.

Fecha de recepción: 15 mayo 2023

Fecha de publicación en RECPC: 31 julio 2023

Contactos:

[greco@rewi.hu-berlin.de](mailto:greco@rewi.hu-berlin.de)

[nicolas.cantard@uam.es](mailto:nicolas.cantard@uam.es)

*SUMARIO: I. Introducción. II. Las dos concepciones fundamentales de la teoría de las normas. III. Comparación “dura”: ¿Alguno de los modelos se basa en errores de razonamiento? IV. Comparación “suave”: ¿Qué se debe esperar de un modelo de teoría de las normas? ¿Qué tan bien cumplen los modelos estas expectativas? V. Conclusión. Bibliografía.*

---

\* “Normentheorie fundiert Straftatdogmatik: von oben oder von unten?”, en Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022, pp. 195-203.

## I. Introducción

La teoría de las normas experimenta una especie de renacimiento en la discusión sobre los fundamentos del Derecho penal<sup>1</sup>. Los autores, que se sirven de la teoría de las normas como punto central de su labor dogmática, pueden dividirse en dos bandos. El modesto propósito de mi breve contribución es reflexionar sobre las dos concepciones en estos campos de reconstrucción teórico-normativa del modelo del hecho punible, y examinar la cuestión de si una concepción es preferible.

Me gustaría proceder en tres pasos. En el primero -que precede a la comparación- se esbozan los dos modelos (II.). A continuación, se lleva a cabo la comparación. En primer lugar, se examina si existen razones de peso, especialmente lógicas, para preferir un modelo sobre el otro (III.). En el tercer y último paso, la comparación continúa sobre la base de criterios más suaves, especialmente heurístico-jurídicos (IV.), de los que surge una preferencia por uno de los modelos.

## II. Las dos concepciones fundamentales de la teoría de las normas

Con el fin de contrarrestar en la medida de lo posible los prejuicios, se hará referencia a los dos modelos en forma neutra como Modelo 1 y Modelo 2; la numeración sólo pretende reflejar el orden cronológico de su aparición en la discusión de la dogmática del hecho punible<sup>2</sup>.

El *Modelo 1*, que recoge las ideas de Armin Kaufmann y su escuela (Zielinski,

<sup>1</sup> Sólo menciono: AST, 2010; KRÖGER, 2016; VV.AA., 2018; VV.AA., 2021; y mi resumen condensado en ROXIN/GRECO, 2020, § 7 nm. 33c y s., 33m y ss.; de la literatura más antigua, por ejemplo, GIANNIDIS, 1979.

<sup>2</sup> Hay que reconocer que esto sólo abarca las dos teorías más extendidas. La antigua teoría Mezgeriana, que consideraba el ilícito como objeto de una norma de valoración, queda por tanto excluida de una evaluación posterior (fundamental MEZGER, 1924, pp. 207 [239 y ss.]), o la teoría de la norma de Schmidhäuser, en la que se basa el trabajo de KRÖGER, 2016. Tampoco se tienen en cuenta las consideraciones de HASS, 2002, pp. 83 y ss., ni RENZIKOWSKI, 2005, pp. 115 y ss.; RENZIKOWSKI, 2007, pp. 561 y ss., en la medida en que plantean la cuestión adicional de la justificación de las normas (a partir de derechos subjetivos), que no se examinan aquí (sobre Renzikowski también infra nota 5).

Horn)<sup>3</sup> y desarrollado posteriormente por los trabajos de autores como Rudolphi, Wolter, Frisch, Freund, Silva Sánchez, Renzikowski, Robles Planas, Ast y Rostalski<sup>4</sup>, se caracteriza por la concepción del delito como infracción de una denominada *norma de comportamiento o también de determinación*, cuyo alcance se determina *ex ante*. La perspectiva *ex ante* significa que el alcance de una norma y, por lo tanto, también la antinormatividad de la conducta, pueden evaluarse únicamente sobre la base de hechos que eran al menos reconocibles en el momento del correspondiente acto de ejecución. Si depende del conocimiento actual o de la mera posibilidad de conocer las circunstancias, de la perspectiva del autor o del criterio de un observador objetivo, se verá de una forma diferente y este punto no debe profundizarse más aquí.

El *Modelo 2*, propuesto por Kindhäuser, Hruschka, Vogel, Joerden, Sánchez-Ostiz, Mañalich y otros<sup>5</sup>, rechaza el enfoque *ex ante*; si se ha producido una infracción a la norma, se determina desde una *perspectiva ex post*. Sólo para la pregunta posterior, de si esa infracción a la norma puede imputarse a una persona, puede ser relevante una perspectiva *ex ante*.

### III. Comparación “dura”: ¿Alguno de los modelos se basa en errores de razonamiento?

Ambos modelos no niegan la paternidad común de Binding. Sin embargo, parecen niños que han crecido separados uno del otro y que rara vez se dirigen la palabra. Por lo que se ve, el *Modelo 1* rara vez se dirige a su hermano menor para permanecer en esta construcción<sup>6</sup>. Los representantes del *Modelo 2*, en cambio, están más dispuestos a entablar una discusión. Al hacerlo utilizan toda la fuerza de los instrumentos que

<sup>3</sup> KAUFMANN, 1954, pp. 69 y ss.; KAUFMANN, 1974, pp. 393 (395 y s.); HORN, 1973, pp. 70 y ss.; ZIELINSKI, 1974, pp. 130 y ss. y *passim*.

<sup>4</sup> A modo de ejemplo: RUDOLPHI, 1984, pp. 69 (76 y s.); WOLTER, 1981, pp. 25 y ss., 46 y ss., 94; FRISCH, 1983, pp. 118 y ss., 505 f.; FRISCH, 1988, pp. 71 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, 1992, pp. 589 y ss.; FREUND, 1992, pp. 51 y ss.; FREUND, 1996, pp. 43 (46 y ss.); AST, 2010, pp. 22 y ss.; FREUND/ROSTALSKI, 2018, pp. 264 y ss.; FREUND/ROSTALSKI, 2019, § 2 y ss.; ROBLES PLANAS, 2019, pp. 393 (400 y ss.); ROSTALSKI, 2019, pp. 64 y ss.; FREUND/ROSTALSKI, 2020, pp. 617 y ss.

<sup>5</sup> Por ejemplo, KINDHÄUSER, 1989, pp. 29 y ss., 50 y ss.; KINDHÄUSER, 1997, pp. 77 (87 y ss.); HRUSCHKA, 1991, pp. 449 y ss.; VOGEL, 1993, pp. 27 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2005, pp. 669 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008, pp. 503 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2014, pp. 17 y ss. y *passim*; RUDOLPH, 2006, pp. 26 y ss. y *passim*; MAÑALICH, 2009, pp. 23 y ss.; MAÑALICH, 2014, pp. 17 y ss.; JOERDEN, 2017, pp. 425 y ss.; próximo RENZIKOWSKI, 1997, pp. y 219 ss., en la medida en que entiende la imprudencia como una imputación extraordinaria (a pesar de su rechazo de esta teoría de la norma y su defensa de la teoría de la norma de determinación, vid. la nota siguiente).

<sup>6</sup> Y los más recientes: ROBLES PLANAS, 2016, pp. 284 (289 y ss.); ROBLES PLANAS, 2019, pp. 393 y ss.; FREUND/ROSTALSKI, 2020, pp. 618 y s.; en escritos anteriores, sin embargo, FREUND, 1992, pp. 121 y ss.; también RENZIKOWSKI, 1997, pp. 256 y ss.

dominan de las corrientes lógico-analíticas o lingüísticas que provienen de la filosofía y de la teoría del derecho. Por lo tanto, afirman que el hermano mayor se sostiene sobre piernas lógicamente torcidas. El *Modelo 1* tiene errores de razonamiento y debe ser superado sólo por esa razón.

Recientemente, Mañalich<sup>7</sup> ha vuelto a defender esto con especial énfasis, lo que también es compartido por otros representantes<sup>8</sup> del *Modelo 2*. Según él, la norma de comportamiento formulada ex ante, que, como hemos visto, constituye el fundamento del *Modelo 1*, se sostiene en un *error categorial*, a saber, como él dice, en una confusión de perspectivas semánticas y pragmáticas. Pues la norma, que pretende definir sus propias condiciones de aplicación, se refiere a sí misma de un modo lógicamente inadmisibles. En palabras de Vogel: “Una norma (de comportamiento) no puede decir por sí misma bajo qué condiciones el delincuente está obligado por ella, porque entonces tendría que referirse a sí misma”<sup>9</sup>. Hablar de un comportamiento ex ante contrario a la norma es -en la tradición de la antigua filosofía del lenguaje- incluso descalificado como “sin sentido”.

En mi opinión, esta dura acusación que niega a los partidarios del *Modelo 1* principalmente la capacidad de pensar se basa en malentendidos. Pues los representantes del *Modelo 1* no quieren decir -aunque lo hubieran formulado así- que un comportamiento sea contrario a la norma ex ante, pero no ex post, o viceversa; ni tampoco establecen una norma que se refiera a sí misma. La expresión ex ante o ex post sólo afecta a la *base fáctica del juicio de antinormatividad*, que como tal es, por supuesto, atemporal. ¿Qué hechos se pueden citar para justificar un juicio sobre la antinormatividad de un comportamiento? Quienes parten de la perspectiva ex post emiten su juicio sobre la base fáctica más amplia posible; ni siquiera la perspectiva del juez es aquí ideal, sino sólo un parche. La perspectiva ex ante deja fuera de consideración determinadas secciones más o menos amplias de esta base. Que una restricción de la base fáctica de un juicio concreto deba ser un sin sentido, categóricamente erróneo o autorreferencial, no me queda claro.

La contra crítica de los representantes del *Modelo 1* cuestiona, sobre todo, que la concepción del hermano pequeño desconoce *cualquier concepto de norma de comportamiento*<sup>10</sup>. Pues una norma, que sólo interviene cuando el resultado ya se ha producido<sup>11</sup>, llega demasiado tarde para desarrollar un efecto orientador del comportamiento.

<sup>7</sup> MAÑALICH, 2022.

<sup>8</sup> KINDHÄUSER, 1989, p. 83 (con nota 2); VOGEL, 1993, pp. 41 y s.

<sup>9</sup> VOGEL, 1993, p. 42.

<sup>10</sup> KUHLEN, 1990, pp. 477 (480); FRISCH, 1996, pp. 135 (175 y ss.); ROBLES PLANAS, 2016, p. 290: “no hay una norma, sino una valoración”; ROBLES PLANAS, 2019, p. 394.

<sup>11</sup> Vid. sólo KINDHÄUSER, 2018, pp. 125 y ss. (134): “cualquier comportamiento solo puede ser contrario a la norma realmente después de haberse llevado a cabo”.

Esta crítica conceptual también puede refutarse conceptualmente. Según el Modelo 2, la orientación del comportamiento se basa en la idea de que la conducta causante del resultado es contraria a la norma y, por tanto, debe abstenerse de realizarla<sup>12</sup>. De nuevo en palabras de Vogel: “Si resulta que, desde el punto de vista del autor, el comportamiento causará el resultado de la infracción, entonces el autor debe omitir ese comportamiento para actuar de conformidad con el deber”<sup>13</sup>. Las preguntas restantes entonces deben resolverse mediante la siguiente categoría, la infracción del deber o la imputación.

Como resultado podemos afirmar que ambos modelos no tienen errores evidentes de razonamiento. Si la comparación se basara únicamente en *criterios duros y lógicamente convincentes*, entonces el resultado sería una *situación de estancamiento (Pattsituation)*. Esto no es sorprendente, sino más bien una situación que siempre se produce con enfoques conceptuales constructivistas en conflicto -a los que también pertenecen las teorías de las normas-: se trata del problema del burro de Buridan<sup>14</sup>. A la hora de decidirse por uno de los modelos en liza, que deberían ser lógicamente concluyentes, hay que basarse en criterios que vayan más allá de la lógica.

El estancamiento lógico, sin embargo, no es una victoria *pragmática*, sino ciertamente una *ventaja para el Modelo 1*. Entonces, le corresponde al modelo más joven, como retador, demostrar, no sólo con criterios internos, que la innovación es mejor que la existente<sup>15</sup>.

#### IV. Comparación “suave”: ¿Qué se debe esperar de un modelo de teoría de las normas? ¿Qué tan bien cumplen los modelos estas expectativas?

La lucha pasa al segundo round, en el que ya no se trata de criterios duros sobre lo que se puede primordialmente pensar, sino de criterios “más blandos”. ¿Cuál de los modelos igualmente concebibles cumple mejor las expectativas? ¿Cuáles son principalmente esas expectativas? Es acertado plantear esta última pregunta porque también deja en claro que nunca habrá un claro ganador. Porque el juicio de que un determinado modelo es preferible puede fundamentarse en diferentes expectativas.

Se podría pensar que la cuestión de comparar los modelos se convierte en una cuestión de *comparar las expectativas puestas en los modelos*. Esto es cierto; pero

<sup>12</sup> Así, en particular, VOGEL, 1993, pp. 55 y s.; similar KINDHÄUSER, 2018, pp. 134 y s.

<sup>13</sup> VOGEL, 1993, p. 55.

<sup>14</sup> GRECO, 2015, p. 141. Se trataba de un burro que se moría de hambre porque estaba entre dos montones de paja del mismo tamaño que estaban a la misma distancia y, por lo tanto, no podía decidirse a ir en una dirección o en otra (vid., por ejemplo, RÖD, 1996, p. 74).

<sup>15</sup> En el sentido de un conservadurismo metodológico (con respecto a otra discusión) ya GRECO, 2009, pp. 636 (647 y ss.), con la correspondiente evidencia científico-teórica.

el problema es que estas expectativas rara vez se expresan con claridad. Debemos, por lo tanto, dejar que aflore lo tácito, hacer explícito lo implícito.

Me parece que una forma adecuada de hacerlo sería comparar la comprensión de ambos puntos de vista mediante el *par conceptual consumación y tentativa*. También podría haberse utilizado los pares conceptuales dolo/imprudencia, o comisión/omisión.

De acuerdo con el *Modelo 1*, la tentativa es cualquier cosa menos una “forma atrofiada” (*Kümmerform*) del delito. En el concepto de la escuela de Kaufmann, la voluntad dirigida contra la norma de determinación, independientemente de las consecuencias que se produzcan tras esta actuación, esto es, la tentativa, precisamente es el prototipo del hecho punible<sup>16</sup>. Aquellos que, en lugar de la voluntariedad se centran en la creación ex ante del peligro o en una peligrosidad ex ante<sup>17</sup>, *implícitamente* -o, en parte, explícitamente, como en el manual de Freund/Rostalski<sup>18</sup> o en ensayos más antiguos de Herzberg<sup>19</sup>, que ahora también polemiza contra ellos<sup>20</sup>- asumen la infracción del deber de cuidado en el sentido de la imprudencia (aún sin consecuencias), es decir, una tentativa imprudente, como prototipo del hecho punible.

De acuerdo con el *Modelo 2*, en cambio, la tentativa es un delito defectuoso que sólo se perfecciona con la consumación<sup>21</sup>. A través de la tentativa, que precisamente no causa ningún resultado, en verdad no se infringe la norma en absoluto. No obstante, la tentativa debe seguir siendo punible: “Pero si una infracción de deber se define como declaración, expresada por medio de una conducta, de que no se quiere reconocer la norma como efectiva para dirigir la acción, entonces, no hay objeción contra esa posibilidad en la hipótesis de que el comportamiento fuera contrario a la norma si la representación del autor fuera correcta”<sup>22</sup>.

A primera vista, el *Modelo 2* se ve respaldado por el hecho de que el delito doloso consumado representa intuitivamente la forma modelo del hecho punible. Esto se corresponde no sólo con la opinión imparcial de los profanos en la materia, sino con la estructura de nuestros manuales, en los que la imprudencia y la tentativa sólo se mencionan tras la presentación exhaustiva del hecho punible como tal, es decir el delito doloso consumado. El *Modelo 1*, sin embargo, puede rebatir que es preferible buscar el mínimo común denominador, es decir, trabajar desde abajo hacia arriba. También hay un manual que no escapa a proceder de este modo<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. sólo KAUFMANN, 1974, p. 403: “la propia tentativa supersticiosa es incluso un ilícito”.

<sup>17</sup> Aquí no se discutirá la terminología.

<sup>18</sup> FREUND/ROSTALSKI, 2019, en particular, § 1 nm. 121.

<sup>19</sup> HERZBERG, 1996, p. 377.

<sup>20</sup> HERZBERG, 2016, pp. 737 (742 y ss.).

<sup>21</sup> Cfr., por ejemplo, KINDHÄUSER, 1989, pp. 21, 57; KINDHÄUSER, 2018, pp. 125 y ss., 140, y MAÑALICH, 2022.

<sup>22</sup> KINDHÄUSER, 1989, p. 57.

<sup>23</sup> Cfr. FREUND/ROSTALSKI, 2019, § 1 nm. 121.



Así que la situación de estancamiento aún no ha terminado. Pero sabemos un poco mejor sobre qué se está discutiendo exactamente. El *Modelo 2* trabaja *desde arriba hacia abajo*, desde el delito doloso consumado hacia la tentativa y la imprudencia; el tradicional *Modelo 1* trabaja *desde abajo hacia arriba*, desde la “tentativa imprudente” hacia el dolo y la consumación<sup>24</sup>.

Creo que sólo podremos superar la situación de estancamiento si consideramos que *el Derecho penal consiste en imponer sanciones graves* que requieren una legitimación especial frente a la persona afectada. Precisamente desde esta perspectiva, el *Modelo 2* parece inicialmente altamente atractivo. Un enfoque que parte del delito doloso consumado aparentemente debería tener más facilidad para reconocer cualquier suavización de los estándares aplicables (por ejemplo, el creciente avance de la punibilidad) como un paso a la baja y, por tanto, sometido a una presión especial para justificarse. Hasta ahora, he echado en falta este argumento en los representantes del *Modelo 2*. Sin embargo, admito que por esta razón jugué con la idea de seguir el *Modelo 2* al principio de mi carrera académica<sup>25</sup>. No en vano, los representantes de la nueva versión objetivada del *Modelo 1* han dirigido sus argumentos contra la antigua versión subjetivista de la escuela de Kaufmann<sup>26</sup>.

Sin embargo, si se examina más detenidamente, este argumento no resulta convincente. En mi opinión, es aún *más importante determinar el límite inferior absoluto de una sanción penal* que marcar *las desviaciones de la “forma principal” del hecho punible* hacia abajo. Por lo tanto, creo que aquí radican las expectativas divergentes, que a su vez sustentan los respectivos modelos: el *Modelo 1* expresa la expectativa de que es prioritario marcar límites inferiores absolutos de responsabilidad penal; el *Modelo 2*, en cambio, considera que la desviación del “caso normal” del delito de comisión, doloso y consumado, requiere una explicación. Las principales preguntas para el *Modelo 1* son “sí”, “¿a partir de cuándo?”; el *Modelo 2* está más interesado en el “¿hasta cuándo?”. Por lo tanto, quienes ya consideran problemático el “sí” de la pena deben interesarse principalmente por las preguntas que guían el *Modelo 1*. Y creo que la pregunta por el “sí” es la pregunta central, por lo que debo considerar este modelo superior.

Este interés rector tiene implicaciones dogmáticas. El *Modelo 1* se ocupa desde el principio de la determinación de este límite inferior. El *Modelo 2*, por el contrario,

<sup>24</sup> Así ya ROXIN/GRECO, 2020, § 7 nm. 33d.

<sup>25</sup> Concretamente, cuando escribí mi tesis de Máster sobre el problema de los conocimientos especiales para imputación objetiva (GRECO, 2005, pp. 519 y ss.); porque el problema desaparecería por sí solo si se siguiera el *Modelo 2*, que precisamente no tiene que construir figuras a escala (*Maßstabsfiguren*), así, por ejemplo, KINDHÄUSER, 1989, pp. 61 y s.; KINDHÄUSER, 2007, p. 447; BURKHARDT, 1996, pp. 99 y ss. (117 y ss., 134); BÖRGERS, 2008, pp. 56 y ss.; en general, confrontando con Kindhäuser, JAKOBS, 2019, pp. 219 y ss., y ROXIN/GRECO, 2020, § 11 nm. 57.

<sup>26</sup> Por ejemplo, SCHÜNEMANN, 1984, pp. 1 y ss. (44).

es menos eficaz a este respecto; resulta francamente vergonzoso cuando se trata de fenómenos que se califican de formas atrofiadas del hecho punible como la imprudencia y la tentativa.

*Si falta el dolo*, en el *Modelo 2* se comprobará después, a nivel de la llamada “imputación”, si el límite inferior, considerado desde el principio por el modelo opuesto, no ha sido superado por disposición de la norma de prohibición. Si este control es suficiente no me parece nada claro; investigarlo sería un tema en sí mismo. Sólo dejo traslucir mi escepticismo con respecto a un planteamiento que lo pone tan fácil (mediante la figura de una “imputación extraordinaria”) con la discrepancia temporal entre el quebrantamiento de la norma de comportamiento y su imputación subjetiva, y que por tanto necesita la introducción de un “principio de coincidencia”<sup>27</sup>, que los representantes del *Modelo 1* nunca han echado en falta, porque esta coincidencia es algo obvio según su modelo<sup>28</sup>.

La situación con la *tentativa* me resulta aún más problemática<sup>29</sup>. Aquí, como se ha visto, el *Modelo 2* postula una punibilidad sin una infracción real de la norma. Por qué es particularmente necesario un disponerse inmediatamente, por qué la tentativa es un ataque antijurídico en el sentido de la legítima defensa, cómo puede haber participación en la tentativa, y, sobre todo: la punibilidad de la tentativa misma – todo esto se convierte en un misterio. Una teoría de la norma que entiende la tentativa como responsabilidad penal sin infracción a la norma, en realidad no tiene nada que decir sobre la tentativa. Excluye la tentativa de su objeto de estudio. Léase de nuevo la formulación de Kindhäuser citada anteriormente en la nota a pie de página 22. De ello puede concluirse que el *Modelo 2* entiende la punición de la tentativa como la punición de un *ilícito hipotético, imaginario*. Sin embargo, esto suena más bien a delito delirante (*Wahndelikt*).

Por cierto: la construcción es aún más discutible en relación con el *desistimiento de la tentativa*. Mañalich<sup>30</sup>, por ejemplo, pretende derivar el efecto eximente del desistimiento de la distinción entre el desistimiento de la tentativa acaba o inacabada (su opinión a favor de la llamada doctrina de la consideración global) e incluso la voluntariedad, de su interpretación teórico-normativa de la tentativa como delito deficiente. No es sólo desde un punto de vista metodológico que encuentro esto cuestionable; al legislador no se le prescribe en absoluto que por lógica deba conceder importancia alguna al desistimiento, y desde luego tampoco bajo qué condiciones ha

<sup>27</sup> Por lo que se puede ver, primero, HRUSCHKA, 1988, pp. 1 y ss.; posteriormente, por ejemplo, VOGEL/BÜLTE, 2019, § 15 nm. 52.

<sup>28</sup> Con esta crítica ya ROXIN/GRECO, 2020, § 7 nm. 33o (con nota 102), § 12 nm. 89a.

<sup>29</sup> Vid. también KUHLEN, 1990, p. 480; RENZIKOWSKI, 2017, pp. 631 y ss. (635): “consecuencia extraña”; ROBLES PLANAS, 2016, p. 290; ROBLES PLANAS, 2019, pp. 397 y ss.; ROXIN/GRECO, 2020, § 7 nm. 33o.

<sup>30</sup> MAÑALICH, 2022.



de producirse. Con fundamento en una teoría de la norma, como la defendida por Mañalich, en mi opinión, sería mucho más cercano cuestionar principalmente la punibilidad de la tentativa. Entiendo sus declaraciones sobre el desistimiento como un esfuerzo por hacer de la necesidad de su teoría una virtud. Sin embargo, una teoría que no tiene nada que decir sobre la tentativa no puede hacer nada con el desistimiento.

Por lo tanto, el delito de tentativa imprudente es importante como marcador del límite más bajo de lo que se puede considerar penalmente responsable. Por el contrario, el *Modelo 2* postula normas que sabe desde el principio que no pueden legitimarse, o castiga comportamientos que explícitamente no infringen ninguna norma<sup>31</sup>. El *Modelo 1* es y sigue siendo claramente superior por esta razón.

## 5. Conclusión

1. La actual interpretación teórico-normativa del hecho punible se basa principalmente en dos modelos contrapuestos (I.).
2. El aquí llamado *Modelo 1* se basa en la figura de una norma de comportamiento o de determinación, que se formula desde una perspectiva ex ante. El *Modelo 2* entiende la norma como una prohibición de causación, cuya intervención se juzga ex post (II.).
3. Ninguno de los modelos es en sí mismo lógicamente inconsistente (III.).
4. Más bien, los dos modelos son expresión de expectativas diferentes (IV.)
  - a) El *Modelo 1* trabaja de abajo hacia arriba, desde la tentativa imprudente hasta el delito doloso consumado, el *Modelo 2* lo hace al revés, de arriba hacia abajo.
  - b) El *Modelo 1* se basa en la convicción de que es más importante determinar los límites mínimos de lo punible que marcar las desviaciones de una forma principal del delito. Esta convicción es adecuada habida cuenta de la especial necesidad de legitimar el “si” y no sólo el “cuánto” de la pena.
  - c) El *Modelo 2* tiene muy poco que decir sobre estos límites inferiores; en el caso de una tentativa, incluso acepta el castigo sin quebrantamiento a la norma.

El *Modelo 1* ha demostrado ser preferible.

## Bibliografía

AST, S. (2010), *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*, Berlín.

<sup>31</sup> Similar ya KUHLEN, 1990, p. 480.

- BÖRGERS, N. (2008), *Studien zum Gefahrrurteil im Strafrecht: Ein Abschied vom objektiven Dritten*, Berlin.
- BURKHARDT, B. (1996), "Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung. Zugleich ein Beitrag wider die „Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven“, en Wolter; Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff, Straftatzurechnung, Strafrechtswitzweck, Strafausschluß, Strafverzicht, Strafklagverzicht*, Heidelberg, pp. 99-134.
- FREUND, G. (1992), *Erfolgsdelikt und Unterlassen: Zu Den Legitimationsbedingungen Von Schuldpruch Und Strafe*, Köln-München.
- FREUND, G. (1996), "Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem", en Wolter; Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff, Straftatzurechnung, Strafrechtswitzweck, Strafausschluß, Strafverzicht, Strafklagverzicht*, Heidelberg, pp. 43-75.
- FREUND, G.; ROSTALSKI, F. (2020), "Zur selbständigen Bedeutung vorstrafrechtlich legitimierter Verhaltensnormen, auch und gerade im strafrechtlichen Kontext", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 167, n. 10, pp. 617-633.
- FREUND, G.; ROSTALSKI, F. (2019), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. Berlin-Heidelberg.
- FREUND, G.; ROSTALSKI, F. (2018), "Normkonkretisierung und Normbefolgung. Zu den Entstehungsbedingungen kontext- und adressatenspezifischer Ver- und Gebote sowie von konkreten Sanktionsanordnungen", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 165, n. 5, pp. 264-273.
- FRISCH, W. (1996), "Straftat und Straftatsystem", en Wolter; Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff, Straftatzurechnung, Strafrechtswitzweck, Strafausschluß, Strafverzicht, Strafklagverzicht*, Heidelberg, pp. 135-210.
- FRISCH, W. (1988), *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg.
- FRISCH, W. (1983), *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes; zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln-München.
- GIANNIDIS, I. (1979), *Theorie der Rechtsnorm auf der Grundlage der Strafrechtsdogmatik: Inaugural-Dissertation*, München.
- GRECO, L. (2015), *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*, Berlin.
- GRECO, L. (2009), "Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 156, n. 11, pp. 636-650.
- GRECO, L. (2005), "Das Subjektive an der objektiven Zurechnung – zum Problem des 'Sonderwissens'", *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 117, n. 3, pp. 519-554.
- HASS, V. (2002), *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlin.

- HERZBERG, R. D., (2016), “Straftat und Verhaltensnormverstoß”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 737-755.
- HERZBERG, R. D. (1996), “Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt”, *Juristische Schulung*, vol. 5, pp. 377-384.
- HORN, E. (1973), *Konkrete Gefährungsdelikte*, Köln.
- HRUSCHKA, J. (1991), “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie*, vol. 22, pp. 449-460.
- HRUSCHKA, J. (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2. Aufl., Berlin.
- JAKOBS, G. (2019), “Beurteilungsperspektiven, insbesondere bei Erfolgsprognosen”, en Böse; Schumann; Toepel (Hrsg.) *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser*, Baden-Baden, pp. 219-230.
- JOERDEN, J. (2017), “Zur Rolle des Satzes ultra posse nemo obligatur bei lobender und tadelnder (insbes. strafender) Zurechnung”, en Joerden; Schmoller (Hrsg.) *Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017*, Berlin, pp. 425-442.
- KAUFMANN, A. (1954), *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik u. moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen.
- KAUFMANN, A. (1974), “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, en Stratenwerth (et. al. Hrsg.) *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin, pp. 393-414.
- KINDHÄUSER, U. (2018), “Versuch und Vollendung – normtheoretisch betrachtet”, en Barton (et. al. Hrsg.) *Festschrift für Thomas Fischer*, München, pp. 125-141.
- KINDHÄUSER, U. (2007), “Der subjektive Tatbestand im Verbrechenbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 154, n. 8, pp. 447-468.
- KINDHÄUSER, U. (1997), “Zur Logik des Verbrechenbaus”, en Koch (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht: alte Antworten auf neue Fragen?: Rostocker Antrittsvorlesungen 1993-1997*, Berlin, pp. 77-94.
- KINDHÄUSER, U. (1989), *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährungsdelikte*, Frankfurt am Main.
- KRÖGER, T. (2016), *Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat: Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normentheorie*, Berlin.
- KUHLEN, L., (1990), “Rezension von Urs Kindhäuser: Gefährdung als Straftat”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 477-480.
- MAÑALICH, J. P. (2022), “Versuch als defizitärer Normwiderspruch”, en Aichele; Renzikowski; Rostalski (Hrsg.) *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, Berlin, pp. 177-193.
- MAÑALICH, J. P. (2009), *Nötigung und Verantwortung: rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Baden-Baden.
- MAÑALICH, J. P. (2014), *Norma, causalidad y acción*, Madrid.
- MEZGER, E. (1924), “Die subjektiven Unrechtselemente”, *Der Gerichtssaal*, n. 89, pp. 207-314.

- RENZIKOWSKI, J. (2017), “Der Gegenstand der Norm”, en Borowski; Paulson; Sieckmann (Hrsg.) *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System*, Tübingen, pp. 631-644.
- RENZIKOWSKI, J. (2007), “Pflichten und Rechte – Rechtsverhältnis und Zurechnung”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 154, n. 10, pp. 561-578.
- RENZIKOWSKI, J. (2005), “Normentheorie und Strafrechtsdogmatik”, en Alexy (Hrsg.), *Juristische Grundlagenforschung: Tagung Der Deutschen Sektion Der Internationalen Vereinigung Für Rechts- Und Sozialphilosophie (IVR) Vom 23. Bis 25. September 2004 in Kiel. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Beiheft*, n. 104, Stuttgart, pp. 115-137.
- RENZIKOWSKI, J. (1997), *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen.
- ROBLES PLANAS, R. (2019), “Verhaltensnormen”, en Böse; Schumann; Toepel (Hrsg.) *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser*, Baden-Baden, pp. 393-406.
- ROBLES PLANAS, R. (2016), “Die „Lehre von der objektiven Zurechnung“: Gedanken über ihren Ursprung und ihre Zukunft”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 284-293.
- RÖD, W. (1996), *Der Weg der Philosophie. Bd. 2: 17. bis zum 20. Jahrhundert*, München.
- ROSTALSKI, F. (2019), *Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*, Tübingen.
- ROXIN, C.; GRECO, L. (2020), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Die Verbrechenslehre*, 5. Aufl., München.
- RUDOLPH, T. (2006), *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht. Der Vorrang von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin.
- RUDOLPHI, H. J. (1984), “Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen”, en Schönemann (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, pp. 69-84.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2005), “Auswirkungen der Zurechnungslehre in den aktuellen Verbrechenslehren”, en Byrd; Joerden (Hrsg.) *Philosophia Practica Universalis: Festschrift Für Joachim Hruschka Zum 70. Geburtstag*, Berlin, pp. 669-680.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2014), “La libertad del Derecho Penal. ¿De qué hablamos cuando decimos libertad?”, *InDret*, n.1, pp. 1-34.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2008), *Imputación y teoría del delito*, Buenos Aires/Montevideo.
- SCHÜNEMANN, B. (1984), “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, en Schönemann (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, pp. 1-68.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1992), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona.
- VOGEL, J.; BÜLTE, J., (2019), “§15”, en Cirener (et. al. Hrsg.) *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. §§ 1 bis 18*, 13. Aufl., Berlin.
- VOGEL, J. (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin.
- VV.AA. (2021), en Papatthasiou; Schumann; Schneider; Godinho (Hrsg.), *Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht: Normentheoretische Betrachtungen*, Baden-Baden.

VV.AA. (2018), en Schneider; Wagner (Hrsg.), *Normentheorie und Strafrecht*, Baden-Baden.

WOLTER, J. (1981), *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin.

ZIELINSKI, D. (1974), *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen Zur Struktur Von Unrechtsbegründung Und Unrechtsausschluß*, 1974.