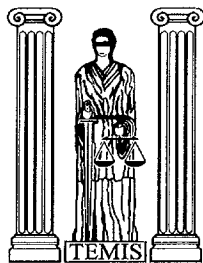


GIOVANNI FIANDACA
ENZO MUSCO

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

Traducción de
LUIS FERNANDO NIÑO



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2006

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL MODERNO

	PÁG.
1. El derecho penal premoderno: reseña	1
2. El iluminismo penal	2
3. El nacimiento de la moderna ciencia penal italiana y la denominada escuela clásica	7
4. La escuela positiva	10
5. Génesis y evolución de la orientación técnico-jurídica	15
6. El movimiento de la nueva defensa social	21
7. Las orientaciones actuales de la ciencia penal	23

PARTE PRIMERA

DERECHO PENAL Y LEY PENAL

CAPÍTULO 1

CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES DEL DERECHO PENAL

1. Introducción	29
2. Funciones tutelares del derecho penal: la protección de los bienes jurídicos	30
3. Los principios de “subsidiariedad” y “merecimiento de la pena”	56
4. Principio de fragmentariedad	59
5. El principio de “autonomía”	62
6. Divisiones del derecho penal	64
7. Características del Código Rocco	65
8. Código Rocco, intervenciones reformadoras y legislación especial	66

CAPÍTULO 2

LA FUNCIÓN GARANTISTA
DE LA LEY PENAL

	PÁG.
1. Premisas generales	74
2. La reserva de ley: fundamento y alcances	77
3. El concepto de “ley” en el artículo 25, párrafo 2° constitucional y en el artículo 1° del Código Penal	81
4. La relación entre la ley y una fuente subordinada: los diversos modelos de integración	84
5. La relación entre la ley y la costumbre	87
6. La reserva de ley y la normativa comunitaria	88
7. El principio “nulla poena sine lege”	92
8. El principio de taxatividad: introducción	94
9. Principio de taxatividad y técnicas de redacción de los tipos penales	100
10. El principio de irretroactividad	103
11. El régimen dictado por el artículo 2° del Código Penal	105
12. Continuación: sucesión de leyes y aplicación de las disposiciones más favorables al reo	109
13. Sucesión de leyes que integran elementos normativos de los hechos punibles (modificaciones “mediatas” de los tipos penales)	111
14. Sucesión de leyes temporales, excepcionales y financieras	113
15. Decretos-leyes no convertidos	115
16. Leyes declaradas inconstitucionales	117
17. Control de constitucionalidad sobre normas penales “en favor”	118
18. Tiempo de la comisión del delito	120
19. Prohibición de analogía	122

CAPÍTULO 3

LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PENALES

1. Introducción	128
2. Clasificaciones de la interpretación según los sujetos típicos	128
3. Las razones del “carácter problemático” de la vinculación del juez a la ley penal	129
4. La letra de la ley y la intención del legislador	132
5. Los criterios hermenéuticos tradicionales	133
6. Desarrollos recientes de la teoría de la interpretación	139

CAPÍTULO 4

VALIDEZ ESPACIAL Y PERSONAL
DE LA LEY PENAL

Sección I.—*Validez espacial de la ley penal*

	PÁG.
1. Los principios que rigen la aplicación de la ley penal en el espacio. Introducción	144
2. Delitos cometidos en el territorio del Estado: concepto de territorio	145
3. Continuación: “locus commissi delicti”	146
4. Delitos comunes cometidos en el exterior	148
5. Delito político cometido en el exterior: concepto	150

Sección II.—*Validez personal de la ley penal*

1. Introducción	153
2. Fuente jurídica de las inmunidades: el derecho público interno	154
3. Continuación: el derecho internacional	158
4. Naturaleza jurídica de las inmunidades	160

CAPÍTULO 5

NOCIONES DE TEORÍA GENERAL DEL DELITO

Sección I.—*Conceptos generales*

1. Definición formal de delito	162
2. El problema de la definición sustancial de delito	163
3. Delitos y contravenciones	165
4. El sujeto activo del delito	170
5. El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	172
6. El problema de los sujetos responsables	178
7. El sujeto pasivo del delito	180

Sección II.—*Estructura del delito*

1. Introducción	183
2. Análisis de la estructura del delito	185
3. El hecho típico	188
4. Tipicidad y ofensa del bien jurídico	190
5. Antijuridicidad	192
6. Culpabilidad	199
7. Análisis “particularizado” de los tipos delictivos	202
8. Clasificación de los delitos	204

PARTE SEGUNDA

EL DELITO DOLOSO DE COMISIÓN

CAPÍTULO 1

TIPICIDAD

	PÁG.
1. Introducción: el tipo y sus elementos constitutivos	219
2. Concepto de acción	222
3. Acción determinada por fuerza mayor o fuerza física irresistible. Caso fortuito	225
4. Presupuestos de la acción	227
5. Objeto material de la acción	228
6. Resultado	230
7. Relación de causalidad: introducción	233
8. La teoría de la condición: insuficiencias	236
9. Continuación: correctivos	238
10. La teoría de la condición conformada al modelo de la “subsunción en leyes científicas”	240
11. La teoría de la causalidad adecuada	246
12. Teorías menores: la causalidad humana	250
13. La reciente teoría de la imputación objetiva del resultado	252
14. Concausas	255

CAPÍTULO 2

ANTI JURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. Introducción	258
2. Fundamento sustancial y sistemática de las causas de justificación	260
3. Régimen de las causas de justificación	262
4. El consentimiento de la víctima	267
5. Ejercicio de un derecho	274
6. Cumplimiento de un deber	280
7. Legítima defensa	287
8. Uso legítimo de las armas	296
9. Estado de necesidad	300

CAPÍTULO 3

LA CULPABILIDAD

Sección I.—*Nociones generales*

1. Introducción	310
2. Concepciones de la culpabilidad: la concepción psicológica	315

	PÁG.
3. Continuación: la concepción normativa	317
4. Orientaciones actuales	319
5. Estructura de la culpabilidad	325

Sección II.—Imputabilidad

1. Introducción	327
2. La capacidad de comprender y de querer	331
3. Minoría de edad	333
4. Enfermedad mental	334
5. Embriaguez e intoxicación con estupefacientes	341
6. Sordomudez	346
7. “Actio libera in causa”	347

Sección III.—Estructura y objeto del dolo

1. El dolo: funciones y definición legislativa	349
2. Estructura del dolo: representación y voluntad	352
3. Objeto del dolo	358
4. Dolo y conciencia de la ofensa	361
5. Formas del dolo. Aproximación al problema de la prueba	365

Sección IV.—Régimen legal del error

1. Introducción	372
2. Error sobre el hecho	374
3. Error sobre el hecho determinado por un error sobre la ley extrapenal ...	378
4. Error determinado por engaño de terceros	384
5. Delito putativo	386

Sección V.—El delito aberrante (*aberratio ictus*)

1. Error-inhabilidad	387
2. “Aberratio delicti”	392

Sección VI.—La conciencia de la ilicitud

1. La posibilidad de conocer la norma penal	394
---	-----

Sección VII.—Causas de exclusión de la culpabilidad

1. Dolo y normalidad del proceso de motivación: la llamada inexigibilidad	407
2. Excusantes legalmente reconocidas	413

Sección VIII.—La culpabilidad en las contravenciones

	PÁG.
1. Los criterios de imputación subjetiva: dolo y culpa	414

CAPÍTULO 4

CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO

1. Introducción	417
2. Clasificación de las circunstancias	419
3. Criterios de identificación de las circunstancias	420
4. Criterio de imputación de las circunstancias	422
5. Criterios de aplicación de las atenuantes o de las disminuciones de pena	425
6. Concurso de circunstancias agravantes y atenuantes	428
7. Aplicación de las circunstancias y mensuración de la pena	431
8. Las circunstancias agravantes comunes	432
9. Las circunstancias atenuantes comunes	439
10. Circunstancias atenuantes genéricas	445
11. La reincidencia	448

CAPÍTULO 5

DELITO TENTADO

1. Introducción: la consumación del delito	453
2. Delito tentado en general	454
3. El “inicio” de la actividad punible	458
4. Idoneidad de los actos	461
5. Univocidad de los actos	466
6. Elemento subjetivo	469
7. El problema de la posibilidad de la tentativa en las diversas tipologías delictivas	471
8. Tentativa y circunstancias	473
9. Desistimiento y receso activo	474
10. Tentativa y atentado	479
11. Delito imposible	480

CAPÍTULO 6

CONCURSO DE PERSONAS

1. Introducción	486
2. El problema de los modelos normativos del concurso criminal	487
3. Las teorías sobre el concurso criminal	492

	PÁG.
4. Estructura del concurso criminal: pluralidad de agentes	495
5. Continuación: realización del tipo objetivo de un delito	497
6. Aportación de cada uno de los concurrentes: A) concurso material	498
7. B) Concurso moral	503
8. El elemento subjetivo del concurso criminal	507
9. El concurso en las contravenciones	511
10. Las circunstancias agravantes	512
11. Las circunstancias atenuantes y, en particular, la aportación de “mínima importancia”	514
12. La responsabilidad del partícipe por el delito distinto del querido	516
13. Concurso en el delito propio y cambio del título del delito para alguno de los concurrentes	519
14. La comunicabilidad de las circunstancias	522
15. La comunicabilidad de las causas de exclusión de la pena	524
16. Desistimiento voluntario y arrepentimiento operante	525
17. Extensibilidad de la disciplina del concurso “eventual” al concurso “necesario”	527
18. Concurso eventual y delitos asociativos	528

PARTE TERCERA

EL DELITO CULPOSO DE COMISIÓN

CAPÍTULO I

EL DELITO CULPOSO DE COMISIÓN

Sección I.—*Tipicidad*

1. Introducción	536
2. El hecho culposo de comisión típico: acción	537
3. Inobservancia de las reglas precautorias de conducta	539
4. Criterios de identificación de las reglas de conducta: “previsibilidad” y “evitabilidad” del evento. El límite del caso fortuito	540
5. Fuentes y especies de las calificaciones normativas sobre el tipo culposo	542
6. Contenido de la regla de conducta	546
7. Estándar objetivo del deber de diligencia	547
8. Límites del deber de diligencia: A) riesgo permitido	549
9. B) El principio de confianza y el comportamiento del tercero	550
10. Causación del evento	553

Sección II.—*Antijuridicidad*

1. Introducción	556
2. Consenso del ofendido	557

	PÁG.
3. Legítima defensa	558
4. Estado de necesidad	559

Sección III.—Culpabilidad

1. Estructura psicológica de la culpa	560
2. La medida “subjetiva” del deber de diligencia	562
3. El “grado” de la culpa	564
4. Causas de exclusión de la culpa	565

Sección IV.—La cooperación culposa

1. La regulación prevista en el artículo 113 del Código Penal	567
---	-----

PARTE CUARTA

EL DELITO OMISIVO

CAPÍTULO I

EL DELITO OMISIVO

Sección I.—Nociones generales

1. Introducción	575
2. Derecho penal de omisión y bien jurídico	578
3. La bipartición de los delitos omisivos en “propios” e “impropios”	579

Sección II.—Estructura del delito omisivo

I. Tipicidad

A. El tipo objetivo del delito omisivo propio

1. Situación típica	581
2. Conducta omisiva típica y posibilidad de actuar	582

B. El tipo objetivo del delito omisivo impropio

3. Introducción: autonomía del tipo omisivo impropio y principio de legalidad	584
4. La esfera de funcionalidad del artículo 40, párrafo 2º del Código Penal ..	586
5. Situación típica	591
6. Omisión de impedir el evento y equivalente normativo de la causalidad	591
7. La posición de garantía	598
8. La distinción entre “actuar” y “omitir” en los casos problemáticos	612

II. Antijuridicidad 613

III. Culpabilidad

1. Introducción	614
2. Dolo omisivo	614
3. Culpa	617
4. Conciencia de la ilicitud	619

IV. Tentativa

1. La tentativa	619
-----------------------	-----

V. Participación criminal

1. Participación en el delito omisivo	621
2. Presupuestos y límites de la participación mediante omisión en el delito comisivo	622

PARTE QUINTA

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

CAPÍTULO I

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

1. Introducción	627
2. Responsabilidad objetiva y principios constitucionales	630
3. Casos de responsabilidad objetiva “pura”	635
4. Continuación: delitos de prensa	636
5. Casos de responsabilidad objetiva “mixta”: la preterintención	638
6. Los delitos agravados por el evento	641
7. Condiciones objetivas de punibilidad	645

PARTE SEXTA

**CONCURSO DE DELITOS
Y CONCURSO DE NORMAS**

CAPÍTULO I

CONCURSO DE DELITOS

1. Introducción	649
2. Unidad y pluralidad de acción	650

	PÁG
3. Unidad de acción en los delitos culposos y en los delitos omisivos	652
4. Concurso material	652
5. Concurso formal: requisitos	654
6. Continuación: régimen legal	656
7. Delito continuado: introducción	657
8. Elementos constitutivos del delito continuado	659
9. Régimen sancionatorio	662
10. Naturaleza jurídica	667

CAPÍTULO 2

CONCURSO APARENTE DE NORMAS

1. Introducción	669
2. Especialidad	670
3. Subsidiaridad	675
4. Absorción: “ne bis in idem” sustancial	676
5. Progresión criminal, ante-hecho y post-hecho no punibles	678
6. Delito complejo	680

PARTE SÉPTIMA

LAS SANCIONES

CAPÍTULO 1

LOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES DEL SISTEMA SANCIONADOR VIGENTE

1. Introducción	685
2. Las opciones sancionatorias originarias del Código Rocco	687
3. Contradicciones e insuficiencias del sistema del doble binario	688
4. La pena según la Constitución	690
5. Significado y límites de la idea reeducativa	692
6. La reeducación y la actuación legislativa	696
7. La evolución más reciente del debate sobre las funciones de la pena: A) la prevención general	700
8. B) La retribución	705
9. C) La prevención especial	708
10. El problema de la superación del doble binario	712
11. Actualidad y perspectivas de la pena en la realidad del ordenamiento	714

CAPÍTULO 2

LAS PENAS EN SENTIDO ESTRICTO

	PÁG.
1. Las penas principales	718
2. Las penas accesorias: premisas generales	725
3. Las penas accesorias en particular	728
4. Publicación de la sentencia penal de condena	734
5. Las penas sustitutivas: generalidades	734
6. Las penas sustitutivas en particular	737
7. Las medidas alternativas a la detención	743

CAPÍTULO 3

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. Introducción: el poder discrecional del juez	767
2. Clasificación sistemática de los criterios de determinación	770
3. Los índices de determinación del artículo 133 del Código Penal: A) la gravedad del delito	771
4. Continuación: B) la capacidad para delinquir	772
5. Ambigüedad e insuficiencias del modelo previsto en el artículo 133 del Código Penal	777
6. La necesidad de una nueva lectura del artículo 133 Código Penal orientada constitucionalmente	779
7. Los términos del debate teórico actual	781
8. La determinación de la pena pecuniaria (C. P., art. 133 bis)	784
9. Poder discrecional del juez en la sustitución de las penas detentivas breves	787
10. Poder discrecional y medidas alternativas a la detención	788

CAPÍTULO 4

LAS VICISITUDES DE LA PUNIBILIDAD

1. Condiciones objetivas de punibilidad	790
2. Las causas de extinción del delito	797
3. La muerte del reo	799
4. La amnistía propia	801
5. La prescripción	807
6. El pago voluntario de una suma de dinero como extinción de las contravenciones (oblación)	811
7. La suspensión condicional de la pena	813
8. El perdón judicial y otros institutos relativos a los menores	817
9. Las causas de extinción de la pena	821

	PÁG.
10. La muerte del reo después de la condena	822
11. La amnistía impropia	822
12. La prescripción de la pena	823
13. El indulto	824
14. La gracia	825
15. La liberación condicional	826
16. La rehabilitación	829
17. La omisión de la mención de la condena en el certificado del archivo judicial	830

CAPÍTULO 5

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Introducción	832
2. Aspectos garantistas de la normativa: A) principio de legalidad; B) prohibición de retroactividad	834
3. Los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad: el hecho previsto por la ley como delito	836
4. La peligrosidad social	837
5. Tipologías de peligrosidad social "específica"	842
6. La duración de la medida de seguridad	845
7. Clasificación de las medidas de seguridad	846
8. Medidas de seguridad privativas de la libertad: colonia agrícola y casa de trabajo	847
9. Casa de cura y custodia	848
10. Hospital psiquiátrico judicial	849
11. Reformatorio judicial	852
12. Medidas de seguridad personal no privativas de libertad: libertad vigilada	853
13. Prohibición de residencia	854
14. Prohibición de frecuentar tabernas y locales de venta de bebidas alcohólicas	855
15. Expulsión del extranjero del territorio del Estado	856
16. Las medidas de seguridad patrimoniales: caución de buena conducta	856
17. Confiscación	857
18. Aplicación y ejecución de las medidas de seguridad	860

CAPÍTULO 6

LAS SANCIONES CIVILES

1. Introducción	863
2. Las sanciones en particular	863
3. Las garantías de las obligaciones civiles	869

PARTE OCTAVA

**LOS INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS
DE CONTROL SOCIAL**

CAPÍTULO 1

EL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO

	PÁG.
1. Introducción	873
2. Los principios generales del ilícito despenalizado	875

CAPÍTULO 2

LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN

1. Introducción	880
2. Las medidas de prevención "personales" en particular	884
3. La prevención anti-mafia	888
4. La ley 152 del 22 de mayo de 1975 (Ley Reale).....	891
5. Insuficiencias y aspectos de inconstitucionalidad del sistema preventivo vigente	893
Bibliografía	897
Índice de autores	967
Índice de materias	979