

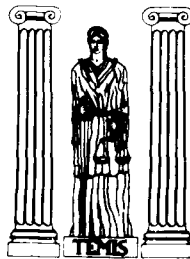
ENRIQUE BACIGALUPO Z.

MANUAL DE DERECHO PENAL

Parte general

Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina,
Colombia, España, México y Venezuela

Tercera reimpresión



EDITORIAL TEMIS S. A.
Santa Fe de Bogotá - Colombia
1996

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

CUESTIONES BÁSICAS

| | PAG. |
|--|------|
| A. El derecho penal: concepto y función | 1 |
| 1. El derecho penal en el orden social: Derecho penal y control social .. | 1 |
| 2. El derecho penal en el orden jurídico | 3 |
| B. Los conceptos fundamentales del derecho penal | 6 |
| 1. Relación de los conceptos fundamentales con la opción derecho penal de hecho-derecho penal de autor | 7 |
| 2. El delito | 8 |
| a) <i>El delito como hecho consistente en la violación de deberes ético-sociales</i> .. | 8 |
| b) <i>El delito como hecho socialmente dañoso</i> | 9 |
| c) <i>El delito como expresión de un sentimiento jurídico depravado (derecho penal de autor)</i> | 10 |
| 3. La pena | 11 |
| a) <i>Teorías absolutas</i> | 12 |
| b) <i>Teorías relativas</i> | 13 |
| c) <i>Teorías de la unión</i> | 16 |
| 4. Las medidas de seguridad | 17 |
| C. El derecho penal, la criminología y la política criminal | 19 |
| 1. La dogmática penal | 19 |
| 2. El derecho penal y la criminología (derecho penal y conocimientos empíricos sobre la criminalidad y la criminalización) | 20 |
| a) <i>El derecho penal y la criminología orientada al autor del delito</i> ... | 20 |
| b) <i>El derecho penal y la moderna sociología criminal</i> | 21 |
| 3. La reforma del derecho penal y la política criminal. (Política criminal y dogmática penal) | 22 |
| a) <i>Política criminal y dogmática penal en el marco del positivismo</i> .. | 23 |
| b) <i>Puntos de vista superadores del marco positivista</i> | 24 |

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA LEY PENAL

| | |
|--|----|
| A. La estructura de la ley penal | 25 |
| 1. El derecho penal subjetivo (<i>ius puniendi</i>): Los principios legitimantes del derecho penal | 25 |
| 2. El derecho penal objetivo: Las normas del derecho penal y la ley penal .. | 26 |
| a) <i>Las normas penales (problemática teórico-jurídico de la norma en el derecho penal</i> | 27 |

| | PAG. |
|---|------|
| b) <i>La ley penal</i> | 29 |
| aa) Los límites constitucionales del contenido de las leyes penales | 29 |
| bb) La función garantizadora de la ley penal | 32 |
| B. Esquema histórico de los fundamentos político-criminales de las legislaciones penales modernas | 39 |
| 1. La tradición del Iluminismo: Las ideas de seguridad y humanidad ... | 40 |
| 2. La influencia del Idealismo alemán: Moralidad y talión | 41 |
| 3. La influencia del positivismo: Utilidad social y penalidad | 43 |
| 4. Los recientes movimientos de reforma: Resocialización y dignidad de la persona | 45 |
| 5. La reforma de la reforma: El temor a la liberalización del derecho penal | 46 |
| C. La validez de la ley penal | 47 |
| 1. Validez especial de la ley penal | 47 |
| a) <i>La aplicación de la ley penal en el territorio del Estado</i> | 48 |
| aa) Concepto de "territorio" | 48 |
| bb) Concepto de "lugar de comisión" | 48 |
| b) <i>Principios que justifican la aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio del Estado</i> | 51 |
| aa) El principio real o de defensa | 51 |
| bb) Principio de la nacionalidad o de la personalidad | 52 |
| cc) Principio universal o del derecho mundial | 54 |
| dd) El principio del derecho penal por representación | 54 |
| ee) La aplicación del propio derecho penal a los delitos cometidos por funcionarios y empleados en el exterior | 55 |
| c) <i>La fundamentación de los principios del derecho penal internacional</i> | 55 |
| 2. Validez temporal de la ley penal | 56 |
| a) <i>El principio fundamental: aplicación de la ley vigente en el momento de la comisión del delito</i> | 56 |
| aa) El momento de comisión del delito | 57 |
| bb) El fundamento de la exigencia de la ley previa | 57 |
| b) <i>Excepciones del principio fundamental</i> | 57 |
| aa) Retroactividad de la ley más favorable | 57 |
| bb) Excepciones a la retroactividad de la ley más favorable: ultraactividad de las leyes penales temporales y excepcionales | 60 |
| 3. Validez de la ley penal | 61 |
| a) <i>Excepciones para los jefes de Estado</i> | 62 |
| aa) Inviolabilidad del Rey de España | 62 |
| bb) El presidente argentino y el presidente mexicano | 62 |
| b) <i>La indemnidad e inmunidad de los diputados y senadores</i> | 62 |
| aa) Los diputados y senadores en la Constitución española | 62 |
| bb) Los diputados y senadores en la Constitución argentina | 63 |
| cc) Los legisladores en Colombia, México y Venezuela | 63 |
| c) Privilegios acordados por el derecho internacional (diplomáticos y tropas extranjeras) | 64 |

CAPÍTULO III

LA TEORÍA DEL DELITO

| | |
|---|----|
| A. Introducción | 67 |
| 1. Concepto total y concepto analítico del delito | 68 |

| | PAG. |
|--|------|
| a) <i>El concepto total del delito</i> | 68 |
| b) <i>El concepto analítico del delito</i> | 69 |
| c) <i>Confluencia de los distintos puntos de vista en la dogmática del delito actual</i> | 70 |
| 2. Finalismo y causalismo en la teoría del delito | 71 |
| 3. Las categorías fundamentales de la teoría del delito | 73 |
| 4. Problemática del ilícito penal | 73 |
| a) <i>Las concepciones básicas de las diferentes teorías de la ilicitud penal</i> | 73 |
| b) <i>El concepto personal de lo ilícito</i> | 74 |
| c) <i>Disvalor de acción y disvalor del resultado en la teoría de lo ilícito penal</i> | 75 |
| d) <i>Las especies de lo ilícito penal: delitos dolosos y delitos culposos</i> | 78 |
| 5. Los elementos de lo ilícito: Tipicidad y antijuricidad | 79 |
| a) <i>La tipicidad</i> | 80 |
| aa) <i>El tipo penal (supuesto de hecho típico del delito general)</i> | 80 |
| bb) <i>El tipo del delito doloso y el tipo del delito culposo</i> | 82 |
| cc) <i>El contenido genérico del tipo penal</i> | 83 |
| dd) <i>Las diferentes especies de tipos penales</i> | 85 |
| ee) <i>La subsunción</i> | 87 |
| b) <i>La antijuricidad</i> | 88 |
| 6. Problemática de la responsabilidad | 89 |
| B. El delito doloso de comisión | 90 |
| 1. La tipicidad del delito doloso de comisión | 90 |
| a) <i>Los elementos del tipo doloso de comisión: tipo objetivo y tipo subjetivo</i> | 90 |
| b) <i>El tipo objetivo</i> | 91 |
| aa) <i>El autor de la acción</i> | 91 |
| bb) <i>La acción</i> | 91 |
| cc) <i>La realización del tipo objetivo en los delitos de lesión</i> | 94 |
| dd) <i>La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto</i> | 101 |
| ee) <i>La realización del tipo en los delitos de pura actividad</i> | 102 |
| c) <i>El tipo subjetivo</i> | 103 |
| aa) <i>El dolo</i> | 103 |
| bb) <i>Los especiales elementos subjetivos de la autoría</i> | 114 |
| cc) <i>Elementos del ánimo</i> | 115 |
| d) <i>Problemas especiales de la subsunción</i> | 115 |
| aa) <i>La adecuación social</i> | 115 |
| bb) <i>Los tipos abiertos</i> | 116 |
| 2. La antijuricidad (justificación) | 117 |
| a) <i>Los principios justificantes</i> | 117 |
| b) <i>Los elementos de la justificación</i> | 120 |
| c) <i>Los efectos de las causas de justificación y sus condiciones</i> | 121 |
| d) <i>Las causas de justificación en particular</i> | 122 |
| aa) <i>Defensa necesaria</i> | 122 |
| bb) <i>Estado de necesidad</i> | 128 |
| cc) <i>El problema del consentimiento del ofendido</i> | 131 |
| dd) <i>El problema del consentimiento presunto</i> | 133 |
| ee) <i>El problema de la obediencia debida</i> | 134 |
| e) <i>El elemento subjetivo de la justificación</i> | 135 |
| f) <i>El error sobre las circunstancias de una causa de justificación</i> | 136 |
| 3. La atribuibilidad (responsabilidad por el hecho) | 138 |
| a) <i>Justificación de la categoría dogmática de la atribuibilidad</i> | 138 |
| b) <i>El contenido de la categoría de la atribuibilidad</i> | 140 |

| | PÁG. |
|--|------|
| c) <i>Los efectos prácticos de la exclusión de la atribuibilidad</i> | 141 |
| d) <i>Los casos individuales de exclusión de la atribuibilidad</i> | 141 |
| aa) <i>El estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía</i> | 142 |
| bb) <i>El miedo insuperable y la coacción o amenazas</i> | 143 |
| e) <i>El error sobre las circunstancias objetivas de las causas que excluyen la atribuibilidad</i> | 146 |
| 4. <i>La culpabilidad (la responsabilidad)</i> | 147 |
| a) <i>Introducción</i> | 147 |
| b) <i>Culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor</i> | 148 |
| c) <i>Evolución conceptual de la culpabilidad</i> | 149 |
| d) <i>Concepto y elementos de la culpabilidad</i> | 151 |
| e) <i>Los elementos de la culpabilidad en particular</i> | 153 |
| aa) <i>La posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del acto</i> | 153 |
| bb) <i>La capacidad de motivación en sentido estricto (la imputabilidad)</i> | 156 |
| 5. <i>Preparación, tentativa y consumación del delito doloso</i> | 163 |
| a) <i>Las etapas de realización del hecho punible doloso (iter criminis)</i> | 163 |
| aa) <i>Ideación</i> | 163 |
| bb) <i>Preparación</i> | 163 |
| cc) <i>Ejecución</i> | 163 |
| dd) <i>Consumación</i> | 164 |
| b) <i>Concepto y elementos de la tentativa</i> | 165 |
| aa) <i>El fundamento de la punibilidad de la tentativa</i> | 165 |
| bb) <i>Los elementos de la tentativa</i> | 167 |
| c) <i>Particularidades de la tentativa en los casos de inidoneidad (el llamado delito imposible)</i> | 170 |
| aa) <i>La tentativa inidónea en el sistema legal</i> | 170 |
| bb) <i>El autor inidóneo</i> | 171 |
| cc) <i>Inidoneidad de los medios y del objeto</i> | 172 |
| d) <i>La teoría de la carencia de tipo</i> | 172 |
| e) <i>El desistimiento de la tentativa</i> | 173 |
| aa) <i>Fundamentos</i> | 173 |
| bb) <i>Concepto de desistimiento</i> | 174 |
| cc) <i>Tentativa acabada (delito frustrado) y tentativa inacabada (simple tentativa)</i> | 175 |
| dd) <i>Requisitos del desistimiento en la tentativa inacabada</i> | 176 |
| ee) <i>Requisitos del desistimiento en la tentativa acabada</i> | 176 |
| ff) <i>Efectos del desistimiento</i> | 177 |
| f) <i>El delito putativo y la tentativa</i> | 177 |
| 6. <i>Autoría y participación</i> | 177 |
| a) <i>La autoría</i> | 180 |
| aa) <i>La teoría formal-objetiva</i> | 180 |
| bb) <i>La teoría del dominio del hecho</i> | 182 |
| cc) <i>La teoría subjetiva</i> | 182 |
| dd) <i>La teoría de la consideración total (Ganzheitstheorie)</i> | 184 |
| ee) <i>El concepto extensivo de autor</i> | 184 |
| b) <i>Los elementos de la autoría (dominio de la acción)</i> | 185 |
| aa) <i>Circunstancias generales</i> | 185 |
| bb) <i>Circunstancias especiales</i> | 186 |
| c) <i>La autoría mediata</i> | 189 |
| aa) <i>Cuestiones constitucionales</i> | 190 |

| | PAG. |
|--|------|
| bb) Elementos de la autoría mediata | 191 |
| cc) Los casos de autoría mediata | 191 |
| dd) Los delitos de propia mano | 196 |
| d) <i>Coautoría</i> | 196 |
| aa) Elementos y particularidades | 197 |
| bb) Coautoría sucesiva | 199 |
| e) <i>Participación en sentido estricto</i> | 199 |
| aa) Fundamento de la punibilidad del partícipe | 199 |
| bb) Accesoriedad de la participación | 201 |
| f) <i>La instigación o inducción</i> | 207 |
| g) <i>La complicidad o cooperación</i> | 210 |
| aa) Conceptos comunes | 210 |
| bb) El cómplice primario del Código Penal argentino (art. 45) y el cooperador necesario del Código Penal español (art. 14,3) | 210 |
| cc) El cómplice o cómplice secundario..... | 211 |
| C. El delito culposo de comisión | 211 |
| 1. Introducción | 211 |
| 2. La tipicidad del delito culposo de comisión | 213 |
| a) <i>La infracción del deber de cuidado</i> | 213 |
| b) <i>El riesgo permitido</i> | 215 |
| c) <i>La infracción del deber de cuidado en la dogmática española e iberoame- ricana</i> | 216 |
| d) <i>La imputación objetiva del resultado</i> | 216 |
| 3. La antijuricidad del delito culposo | 217 |
| 4. La atribuibilidad del delito culposo | 219 |
| 5. Las especies de culpa | 219 |
| 6. El tratamiento de los casos mixtos de dolo y culpa (el llamado delito prete- rintencional) | 220 |
| a) <i>Delitos preterintencionales y delitos "calificados por el resultado"</i> | 220 |
| b) <i>La problemática en España</i> | 221 |
| D. El delito de omisión | 223 |
| 1. La distinción entre acción y omisión | 224 |
| 2. Las especies de la omisión: delitos propios e impropios de omisión .. | 225 |
| 3. El delito de omisión "doloso" (cuasi-doloso) | 226 |
| a) <i>La tipicidad objetiva del delito propio de omisión doloso</i> | 226 |
| aa) La situación generadora del deber | 227 |
| bb) La no realización de la acción que es objeto del deber | 227 |
| cc) Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción | 227 |
| dd) La imputación objetiva del resultado en los delitos de omisión tipifi- cados que requieren la evitación de un resultado | 228 |
| b) <i>La tipicidad objetiva del delito impropio de omisión doloso</i> | 228 |
| aa) La situación generadora del deber, no-realización de la acción y capacidad de hecho de ejecutarla | 228 |
| bb) El resultado y la imputación objetiva | 229 |
| cc) La posición de garante | 230 |
| c) <i>El tipo subjetivo del delito doloso (cuasi-doloso) de omisión</i> | 232 |
| 4. El delito de omisión culposo | 233 |
| 5. La equivalencia de acción y omisión como presupuesto de la tipicidad en los delitos impropios de omisión | 233 |
| 6. Antijuricidad, atribuibilidad y culpabilidad en los delitos de omisión | 234 |

| | PÁG. |
|---|------|
| 7. Autoría, participación y tentativa | 235 |
| a) <i>Autoría y participación</i> | 235 |
| aa) La participación mediante un comportamiento omisivo en un delito de comisión | 235 |
| bb) La participación activa en un delito de omisión | 236 |
| b) <i>La tentativa de un delito de omisión</i> | 237 |
| 8. La "omisión por comisión" | 237 |
| E. Concurrencia de leyes penales y concurrencia de delitos | 238 |
| 1. Introducción | 238 |
| 2. El concurso (aparente) de leyes penales | 239 |
| a) <i>Especialidad</i> | 240 |
| b) <i>Subsidiaridad</i> | 240 |
| c) <i>Consunción</i> | 241 |
| d) <i>Los actos posteriores copenados</i> | 242 |
| 3. El concurso de delitos | 243 |
| a) <i>Unidad de acción</i> | 244 |
| b) <i>El concurso ideal</i> | 249 |
| aa) Unidad de acción y pluralidad de encuadramientos típicos | 249 |
| bb) La consecuencia jurídica del concurso ideal | 250 |
| c) <i>El concurso real</i> | 250 |
| 4. Concurrencia y "delito complejo" en el Código Penal español | 251 |
| Índices | 253 |