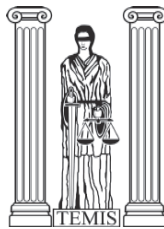


FRANCISCO MUÑOZ CONDE

TEORÍA GENERAL DEL DELITO

*Quinta reimpresión
de la tercera edición*



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2018

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE DELITO

	PÁG.
1. El concepto de delito	1
2. Elementos y estructura del concepto de delito	2
3. Clasificación de los delitos	5

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA ACCIÓN

1. El comportamiento humano como base de la teoría del delito	7
2. Formas de comportamiento humano penalmente relevantes	8
3. La acción en sentido estricto: el concepto significativo de acción	9
4. Ausencia de acción	13
a) Fuerza irresistible	13
b) Movimientos reflejos	14
c) Estados de inconsciencia	14
5. Los sujetos de la acción: la supuesta incapacidad de acción de las personas jurídicas y el actuar en nombre de otro	16

CAPÍTULO III

ACCIÓN Y RESULTADO

1. Acción y resultado	19
2. Relación de causalidad e imputación del resultado	20
3. La teoría de la imputación objetiva. Ámbito de aplicación y límites. Remisión a otro lugar	23
4. Valoración crítica	25

CAPÍTULO IV

LA OMISIÓN

	PÁG.
1. Estructura ontológica de la omisión	27
2. La acción esperada	28
3. Clases de omisión penalmente relevantes	29
4. La omisión propia	30
5. La omisión impropia o comisión por omisión: el artículo 11 del Código Penal	31
A) Omisión y resultado de los delitos de comisión por omisión. La equivalencia entre acción y omisión	33
B) El deber de evitar el resultado (la posición de garante): fuentes de este deber	34
a) Función protectora de un bien jurídico	36
b) Deber de vigilancia de una fuente de peligros	36

CAPÍTULO V

TIPICIDAD

1. Tipicidad y tipo	39
2. Tipo y antijuridicidad: tipo de injusto	40
3. Tipo y adecuación social	42
4. Estructura, composición y clasificación de los tipos penales	43
A) Configuración y redacción de los tipos penales	43
B) Estructura y clasificación de los tipos penales	46
a) Sujeto activo	46
b) Conducta	47
c) Bien jurídico	48

CAPÍTULO VI

EL DOLO

1. Tipo de injusto del delito doloso	51
2. EL dolo	53
A) Elementos	53
a) Elemento intelectual	53
b) Elemento volitivo	54
B) Clases	55
a) Dolo directo	56
b) Dolo eventual	56
3. Error de tipo	60
4. Otros elementos subjetivos del tipo de injusto	63

CAPÍTULO VII

LA IMPRUDENCIA

	PÁG.
1. Tipo de injusto del delito imprudente	65
2. La conducta típica: la lesión del deber objetivo de cuidado	67
A) El concepto de cuidado objetivo	68
B) El deber subjetivo de cuidado	70
C) La lesión del cuidado	71
3. El resultado. La imputación objetiva	71
4. La regulación de la imprudencia en el Código Penal	75
5. La exclusión de la responsabilidad objetiva: el caso fortuito y el riesgo permitido	76

CAPÍTULO VIII

ANTI JURIDICIDAD

1. Antijuridicidad e injusto: precisiones terminológicas	82
2. Antijuridicidad formal y antijuridicidad material	82
3. Los conceptos de lesión y de peligro: los delitos de peligro y la tendencia a la expansión del derecho penal	83
4. Desvalor de acción y desvalor de resultado	85

CAPÍTULO IX

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. Causas de justificación. Naturaleza y efectos	89
2. Sistemática	91
3. Elementos subjetivos de justificación	92
4. El error en las causas de justificación	93
5. Justificación incompleta y atenuación de la pena	96

CAPÍTULO X

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR

1. La legítima defensa	99
A) Fundamento y naturaleza	99
B) Requisitos	100

	PÁG.
2. El estado de necesidad	105
A) Presupuestos	106
B) Requisitos	107

CAPÍTULO XI

OTRAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. El actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo	111
2. El consentimiento	117

CAPÍTULO XII

CULPABILIDAD

1. La culpabilidad	119
2. Las insuficiencias del concepto tradicional de culpabilidad	120
3. El concepto dialéctico de culpabilidad: culpabilidad y prevención general	122
4. Concepto material de culpabilidad: la culpabilidad como teoría del sujeto responsable	124
5. Elementos de la culpabilidad	127
a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad	127
b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido	127
c) La exigibilidad de un comportamiento distinto	127

CAPÍTULO XIII

IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

1. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad	129
2. Causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad (causas de imputabilidad)	130
3. La minoría de edad: la relativa imputabilidad del menor de dieciocho años y mayor de catorce	131
4. La alteración en la percepción	133

	PÁG.
5. Las alteraciones psíquicas y los estados de intoxicación	134
A) El efecto psicológico	135
B) Los presupuestos del efecto psicológico. Su relación con la nosología psiquiátrica	137
C) Las consecuencias jurídicas	141
6. La “actio libera in causa”	142

CAPÍTULO XIV

CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD Y EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

1. El conocimiento de la antijuridicidad	145
2. Error de prohibición	146
3. La exigibilidad de otra conducta	150
4. El llamado estado de necesidad disculpante	151
5. Miedo insuperable	152
6. El encubrimiento entre parientes	153
7. Delincuencia por convicción o por conciencia	154

CAPÍTULO XV

PENALIDAD

1. Otros presupuestos de la pena: la penalidad	157
2. Condiciones objetivas de penalidad	158
3. Excusas absolutorias	158
4. Causas de extinción de la responsabilidad criminal	159
A) El indulto	159
B) La prescripción	160
C) El perdón del ofendido	160

CAPÍTULO XVI

CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

1. Consumación formal y material	164
2. Tentativa	165
3. Fundamento del castigo de la tentativa	166
4. El dolo en la tentativa	167
5. La delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos	168

	PÁG.
6. La distinción entre tentativa acabada e inacabada	171
7. La llamada tentativa inidónea	172
8. El desistimiento voluntario de consumir el delito	174
9. Casos especiales de tentativa	177

CAPÍTULO XVII

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. Autoría	180
A) Diferencias entre autoría y participación	181
B) Clases de autoría	182
a) Autoría directa individual	182
b) Autoría mediata	182
c) Coautoría	183
2. Participación	185
A) Formas de participación	188
a) Inducción	189
b) La complicidad	191
B) Problemas especiales de participación: la participación en los delitos especiales	193
C) Formas de participación intentada	194
3. Problemas de determinación de la autoría en el ámbito de la delincuencia organizada y económica empresarial	195
A) La imputación de la autoría en el marco de la criminalidad organizada de carácter estatal o paraestatal	196
B) La imputación de la autoría en el marco de las organizaciones criminales de carácter no estatal: el terrorismo contra el Estado, mafias y otras formas de criminalidad organizada	198
C) La imputación de la autoría en el marco de organizaciones de carácter empresarial	199
4. La autoría en los casos de actuación en nombre de otro	201
5. La autoría en los delitos cometidos por procedimientos que faciliten la publicidad	201

CAPÍTULO XVIII

CONCURSO DE DELITOS Y DE LEYES

1. Unidad y pluralidad de delitos (concurso de delitos)	203
2. Unidad de acción y de delito	204

	PÁG.
3. Unidad de acción y pluralidad de delitos (el llamado concurso ideal)	205
4. Pluralidad de acciones y de delitos (el llamado concurso real)	208
5. Pluralidad de acciones y unidad de delito:delito continuado y delito masa	208
a) Objetivos	209
b) Subjetivos	209
6. Concurso de leyes	210

el artículo 11 sea criticable en su redacción concreta, pero lo que no se puede discutir es que, por lo menos, ofrece al intérprete y al aplicador del derecho penal una fórmula que le oriente a la hora de tomar una decisión. Dice el artículo 11:

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

”a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

”b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

La respuesta que da el artículo 11 al problema de la equiparación entre acción y omisión, a los efectos de imputar a la omisión la producción de un determinado resultado, se basa, por un lado, en la equivalencia entre la omisión y la causación de un resultado “según el sentido del texto de la ley” y, por otro, en la existencia de un “especial deber jurídico” de evitar el resultado basado en la ley, el contrato o el riesgo para el bien jurídico protegido creado por el omitente. Son, pues, dos las cuestiones que hay que resolver para poder afirmar esa imputación de un resultado a una omisión: a) la relación causal entre la omisión y el resultado producido; y b) el deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto de la omisión (posición de garante).

A) *Omisión y resultado de los delitos de comisión por omisión.*

La equivalencia entre acción y omisión

En primer lugar, se debe establecer la equivalencia entre omisión y causación “según el sentido del texto de la ley”. El delito realizado en comisión por omisión es un delito de resultado, en el que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión; para ello debe buscarse un criterio que permita equiparar la omisión a la causación de ese resultado. Aunque algunos autores hablan de esos efecto de “causalidad de la omisión”, realmente la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión (*ex nihilo nihil fit*). Lo que importa en la imputación de un resultado a una conducta omisiva o, si se prefiere la terminología clásica, en la comisión por omisión, es la constatación de una *causalidad hipotética*, es decir, la

posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Si se da por seguro o, por lo menos, como muy probable que si el sujeto hubiera realizado la acción mandada, el resultado no se hubiera producido, entonces se podrá indagar si cabe también la *imputación objetiva* del resultado al sujeto de la omisión. Para ello, habrá que utilizar hipotéticamente los criterios antes señalados de las teorías de la causalidad de la equivalencia y de la adecuación, pero también los de la imputación objetiva (incremento del riesgo, realización del riesgo implícito en la acción peligrosa en el resultado y fin de protección de la norma). Es decir, habrá que plantearse si la realización de la acción esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado, si su omisión suponía una falta de diligencia, si se incrementaba el riesgo de producción del resultado, etc. La *evitabilidad del resultado* es, pues, el criterio que, matizado y completado con los derivados de las teorías de la causalidad y de la imputación objetiva, nos permite imputar ese resultado a una conducta omisiva. A ello hay que añadir, además, el requisito general de toda omisión de que el sujeto debe tener la capacidad necesaria para poder realizar la acción que omite. Todo esto es lo que, según el artículo 11, permite imputar un determinado resultado a una conducta puramente omisiva.

B) *El deber de evitar el resultado (la posición de garante):
fuentes de este deber*

A diferencia de lo que sucede en el delito de acción, en el delito de comisión por omisión, para imputar un resultado al sujeto de la omisión no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido y de la evitabilidad del mismo. Es preciso, además, que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben por razón de su cargo o profesión. Esto es lo que el artículo 11 llama “especial deber jurídico del autor”. Esta obligación especial convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre con el que suele denominarse doctrinalmente: *posición de garante*. Así que, en los delitos de comisión por omisión, sujeto activo no puede ser cualquier sujeto que pueda evitar el resultado, sino solo el que tenga un deber jurídico específico de evitarlo (los delitos de comisión por omisión son, pues, *delitos especiales*, cfr. *infra* capítulos V y XVII).

El artículo 11 propone como indicadores de un especial deber jurídico de actuar: *la ley, el contrato y el actuar precedente*.

Es evidente que la madre o el padre del recién nacido tienen especial obligación de alimentarlo para que no muera; o que el médico tiene obligación de atender al accidentado y procurar salvarlo; o que el que maneja una sustancia explosiva tiene obligación de evitar que se produzca una explosión o incendio, etc. En estos casos, la omisión de la acción esperada no fundamenta un simple delito de omisión pura, sino, en la medida en que el resultado se produzca, una comisión de un resultado por omisión (por ejemplo: homicidio en comisión por omisión). La razón de ello está en que un precepto legal, la asunción de una especie de deber contractual derivado del ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligros imponen a determinadas personas la obligación de impedir que se produzca un resultado lesivo.

Pero no siempre se puede fundamentar directamente en alguna de estas tres fuentes la posición de garante y, sin embargo, la más elemental sensibilidad jurídica dice que el sujeto que omite debe responder del resultado. Por eso la mención que realiza el artículo 11 de la ley, el contrato y el actuar precedente solo debe tomarse en un sentido puramente indicativo, pues ya hace tiempo que la doctrina ha criticado esta reducción de las fuentes de la posición de garante a criterios puramente formales, que no agotan otras posibilidades de fundamentación de la misma dentro del respeto que merece el principio de legalidad y el contenido material de los respectivos tipos delictivos.

Piénsese, por ejemplo en la convivencia *de facto* de una pareja no casada y, por tanto, sin obligaciones legales ni contractuales específicas derivadas de esa situación. ¿Podría decirse que, a lo sumo, hay pura omisión del deber de socorro (art. 195,1), y no un homicidio en comisión por omisión, si uno de los miembros de la pareja deja morir sin prestarle ayuda a quien convive con él desde hace años, o a un hijo pequeño de la persona con la que convive? ¿Tiene la misma responsabilidad el médico especialista en primeros auxilios que pasa de largo ante un accidente que la persona que hace lo mismo sin tener especiales conocimientos médicos o de primeros auxilios? Para evitar, pues, un excesivo formalismo de las fuentes de la posición de garante conviene considerar las fuentes que pueden fundamentar la posición de garante en un sentido menos rígido. Dentro de esta tendencia doctrinal a fundamentar la posición de garante de manera menos formalista, y en una primera aproximación al tema, podemos decir que solo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido pueden ser consideradas garantes de la integridad de ese bien jurídico, aunque no exista un precepto legal, contrato o actuar precedente concreto que fundamente expresamente ese deber. En este sentido, cabría

reducir las fuentes de la posición de garante a dos grandes grupos, que analizamos seguidamente:

a) *Función protectora de un bien jurídico*. 1º) En virtud de una vinculación natural que se da, sobre todo, en el ámbito familiar entre los cónyuges, entre padres e hijos, etc., y que impone obligaciones de alimentos, cuidados, etc.; pero también se da en el ámbito de la convivencia *de facto*, relaciones de amistad, etc. En estos casos puede haber, más allá de la ley, del contrato o del actuar precedente, una posición de garante respecto a la vida, la integridad física y la salud de sus familiares, allegados, compañeros y amigos. El que omite el cumplimiento de estos deberes responde de los resultados de su omisión, aunque su posición de garante no se fundamenta en un precepto legal directo, sino en la propia idea del fin de protección de bienes jurídicos que tienen la norma penal.

2º) El desempeño voluntario aceptado de determinadas funciones en una comunidad de peligros también puede fundamentar una posición de garante, que se basa más en el principio de confianza que en el contrato o en el actuar precedente. Se dan casos de este tipo sobre todo en la práctica de deportes colectivos, como el alpinismo, que impone la obligación de realizar determinadas acciones (clavar clavos, lanzar la cuerda, etc.) para ayudar a los demás participantes.

3º) Una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras, que se da sobre todo en el ámbito de la medicina (servicios de urgencia, primeros auxilios, por ejemplo), de los salvavidas contratados en las piscinas públicas o clubes privados, de los encargados de la custodia de los niños pequeños, etc., y, en general, en todas aquellas personas, que de forma expresa o tácita asumen la obligación de impedir determinados resultados, obligación que constituye precisamente el objeto de su aceptación, pero que no siempre puede fundamentarse en la ley o en un contrato.

b) *Deber de vigilancia de una fuente de peligros*. En este grupo destaca sobre todo la idea del *actuar precedente* o de la *injerencia*. Por ejemplo, con relación a la posesión de animales domésticos, manipulación de sustancias explosivas o inflamables, etc. Quien con una acción ha creado el peligro inminente de un resultado, tiene la obligación de impedir la producción de un resultado. Así, por ejemplo, quien hace fuego en el bosque para calentarse o para preparar una comida tiene la obligación de procurar que el fuego no degenere en el incendio del bosque, respondiendo del incendio en caso de que se produzca; quien atropella con su automóvil a un peatón tiene la obligación de atenderlo o transportarlo a un hospital y si no lo hace responderá del resultado muerte, si este se produce. Igualmente,