

**ESTUDIOS DE DERECHO PENAL GENERAL:
UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO Y DE
LA PENA**

GUSTAVO BALMACEDA HOYOS

Director del Departamento de Derecho Penal
(Universidad Andrés Bello, Chile)

Profesor Visitante de Derecho Penal
(Universidad de La Sabana, Colombia)

Socio de Balmaceda, Méndez & Vásquez Abogados
(Santiago, Chile)

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL GENERAL:

**UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO Y DE
LA PENA**



Universidad de
La Sabana



EDICIONES
NUEVA JURÍDICA

2015

GUSTAVO BALMACEDA HOYOS
Estudios de derecho penal general: una aproximación a la teoría
del delito y de la pena. Bogotá: Universidad de La Sabana;
Ediciones Nueva Jurídica, 2015.

478 p. 17 x 24 cm.

Dewey: 346.033 dc. 21

ISBN: 978-958-8809-54-0

© Primera edición: 2015

© GUSTAVO BALMACEDA HOYOS

© EDICIONES NUEVA JURÍDICA
Carrera 34A No. 25D - 17 - Diagonal Universidad Nacional
Telefax: 4 04 00 50
Móvil: 310 5627526 - 3105627538
E-mail: nueva_juridica@yahoo.com
www.edicionesnuevajuridica.com
Bogotá, D. C. - Colombia

© UNIVERSIDAD DE LA SABANA
Campus del Puente del Común
Km 7 Autopista Norte de Bogotá
Chía, Cundinamarca, Colombia
Tels. 5718615555 - 5716666
www.unisabana.edu.co
<http://publicaciones.unisabana.edu.co>
publicaciones@unisabana.edu.co

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de:

EDICIONES NUEVA JURÍDICA Y UNIVERSIDAD DE LA SABANA

Quedan reservados todos los derechos y prohibidos, sin previa autorización de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas en la ley, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamos públicos.

ISBN 978-958-8809-54-0

Diagramación electrónica: CINDY DELGADILLO

Diseño de carátula: EDICIONES NUEVA JURÍDICA

© 2015

Impreso en Colombia / Printed in Colombia

CONTENIDO

PRÓLOGO.....	31
ADVERTENCIA DEL AUTOR.....	37

CAPÍTULO 1 EL DERECHO PENAL

I. GENERALIDADES.....	39
1.1. Construcción del concepto.....	39
1.2. Concepto formal de derecho penal.....	40
1.3. Concepto material de derecho penal.....	42
1.3.1. Esencia de la norma jurídico-penal: ¿norma de valoración o norma de determinación?.....	42
1.3.2. Esencia imperativa de la norma punitiva.....	42
1.3.3. El problema de la esencia de las normas que prevén medidas de seguridad.....	43
II. DERECHO PENAL OBJETIVO.....	44
2.1. Generalidades.....	44

2.2. Leyes penales incompletas.....	46
2.2.1. Leyes penales incompletas en cuanto a su contenido, como regla general.....	46
2.2.2. Leyes penales incompletas en cuanto a su estructura, como excepción: las leyes penales en blanco y los tipos penales abiertos.....	47
2.3. La función del derecho penal en el Estado social y demo- crático de derecho.....	50
III. DERECHO PENAL SUBJETIVO: EL <i>IUS PUNIENDI</i> ESTATAL....	51
3.1. Límites del <i>ius puniendi</i>	53
3.2. Limitación de la facultad de castigar dentro de un Estado de derecho.....	54
3.2.1. Principio de legalidad.....	54
3.2.2. Principio de <i>non bis in idem</i>	63
3.3. Limitación de la facultad de castigar dentro de un Estado social.....	66
3.3.1. Principio de intervención mínima (derecho fragmenta- rio y subsidiario).....	67
3.3.2. Principio de lesividad (protección de bienes jurídicos)... 3.3.2.1. Concepción del bien jurídico en el sistema metodo- lógico planteado.....	70
3.3.2.2. Aproximación a la noción de “bien jurídico colecti- vo”. Configuración como delito de peligro abstracto	77
3.4. Limitación de la facultad de castigar dentro de un Estado democrático.....	79
3.4.1. Principio de dignidad humana.....	79
3.4.2. Principio de culpabilidad.....	79
3.4.3. Principio de proporcionalidad.....	81
3.4.4. Principio de resocialización.....	82

CAPÍTULO 2

EL MÉTODO JURÍDICO-PENAL

I. LAS CIENCIAS PENALES.....	83
1.1. Generalidades.....	83
1.2. Naturaleza del derecho penal.....	84
1.3. El derecho penal internacional.....	85
1.4. Derecho penal y derecho administrativo.....	85
1.4.1. El derecho administrativo correctivo.....	86
1.4.2. Derecho administrativo disciplinario.....	87
1.5. Ciencias penales en particular.....	88
1.5.1. La dogmática jurídico-penal.....	88
1.5.2. La política criminal.....	89
1.5.3. La criminología.....	90
1.5.4. Las técnicas de asistencia a la justicia penal.....	91
II. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MÉTODO JURÍDICO-PENAL.....	91
2.1. La Época Primitiva.....	91
2.2. La Edad Antigua.....	92
2.2.1. El derecho hebreo.....	92
2.2.2. El derecho romano.....	92
2.3. La edad media.....	93
2.3.1. El derecho germánico.....	93
2.3.2. El derecho canónico.....	94
2.3.3. El derecho hispánico.....	94
2.3.4. Los glosadores y los prácticos.....	95

2.4. La Edad Moderna.....	96
2.4.1. La Recepción en Alemania.....	96
2.4.2. El iluminismo, Cesare Beccaria.....	97
2.5. El derecho penal liberal.....	98
2.6. El positivismo.....	99
2.6.1. El positivismo criminológico.....	99
2.6.2. El positivismo jurídico.....	100
2.6.2.1. Positivismo jurídico-sociológico.....	100
2.6.2.2. Positivismo jurídico-normativista.....	100
2.7. El siglo XX.....	101
2.7.1. El causalismo y el Neokantismo.....	101
2.7.2. Los modelos autoritarios.....	102
2.7.3. El finalismo.....	103
2.7.4. El normativismo: las teorías funcionalistas.....	104
2.7.4.1. La teoría de los sistemas de Luhmann.....	104
2.7.4.2. La teoría sistémica de Jakobs.....	108
2.7.4.3. Sistema teleológico garantista (Roxin).....	111
2.7.4.4. El Funcionalismo formalizado (Hassemer).....	113
2.7.5. Flexibilización del derecho penal y derecho penal “de la seguridad ciudadana”.....	113
2.7.5.1. Derecho penal del enemigo.....	115
2.7.5.2. Derecho penal de “tercera velocidad”.....	117
2.7.5.3. Reconstrucción del derecho de la peligrosidad.....	117
2.8. Breve referencia al derecho penal en Colombia.....	121
2.8.1. Época Precolombina.....	121
2.8.2. Época de la Conquista.....	121

2.8.3. Época de la Colonia.....	121
2.8.4. Época de la República.....	122
2.8.4.1. Códigos Penales Colombianos.....	122
2.8.4.1.1. Código Penal de 1890.....	122
2.8.4.1.2. Código Penal de 1922.....	122
2.8.4.1.3. Código Penal de 1980.....	123
2.8.4.1.4. Código Penal de 2000.....	123

CAPÍTULO 3

TEORÍA DE LA LEY PENAL

I. ESTRUCTURA DE LA LEY PENAL.....	125
II. FUENTES DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO.....	125
2.1. El principio de legalidad. La ley como única fuente inmediata y directa.....	125
2.1.1. El problema de las “normas irregulares con fuerza de Ley”.....	126
2.1.2. El problema de las llamadas “leyes penales en blanco”....	127
2.1.3. La prohibición de la analogía “ <i>in malam partem</i> ”.....	128
2.2. Las fuentes “mediatas” del derecho penal.....	128
2.2.1. Los tratados internacionales.....	128
2.2.2. La jurisprudencia.....	129
2.2.3. La costumbre y el espíritu general de la legislación.....	129
2.2.4. La Doctrina.....	130

III. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL.....	130
3.1. Generalidades.....	130
3.2. Tipos de interpretación de la ley penal.....	131
3.2.1. Interpretación legislativa.....	131
3.2.2. Interpretación judicial.....	131
3.2.3. Interpretación según sus resultados: declarativa, restrictiva y extensiva.....	134
3.2.3.1. Interpretación declarativa.....	134
3.2.3.2. Interpretación restrictiva.....	134
3.2.3.3. Interpretación extensiva.....	134
3.2.4. Interpretación doctrinaria de la ley.....	134
IV. EL CONCURSO APARENTE DE LEYES.....	135
V. ÁMBITOS DE VIGENCIA DE LA LEY PENAL.....	135
5.1. Efectos de la ley en cuanto a las personas.....	135
5.2. Efectos de la ley penal en cuanto al territorio.....	138
5.3. Efectos de la ley en cuanto al tiempo.....	141
5.4. El auxilio internacional en materia penal.....	142
5.4.1. Eficacia de las leyes y sentencias extranjeras.....	142
5.4.1.1. Aplicación interna de la ley penal extranjera.....	142
5.4.1.2. Aplicación interna de sentencias judiciales extranjeras.....	142
5.4.2. La extradición.....	143
5.4.3.1. Condiciones de fondo.....	143
5.4.3.2. Efectos de la extradición.....	145

CAPÍTULO 4

TEORÍA DEL DELITO. GENERALIDADES

I. LA JUSTIFICACIÓN Y NECESIDAD DE UNA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO.....	147
II. DISTINTOS SISTEMAS PLANTEADOS POR LA DOCTRINA.....	148
2.1. Sistema de Liszt-Beling. Tesis causalistas naturalistas.....	148
2.2. El causalismo valorativo (neokantismo).....	150
2.3. El finalismo.....	152
2.4. El funcionalismo moderado. Planteamiento teleológico de Roxin.....	153
2.5. Modelo funcionalista radical o sistemático.....	155
III. EL CONCEPTO DE DELITO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.....	156
3.1. Concepto de delito.....	156
3.2. Estructura del delito.....	157
3.3. Pena que determina la clasificación del delito.....	158
3.4. Consecuencias procedimentales.....	159
3.5. Contravenciones.....	160

CAPÍTULO 5

TEORÍA DE LA CONDUCTA

I. LA ACCIÓN.....	161
1.1. Consideraciones previas.....	161
1.2. Las diversas concepciones de acción.....	162
1.2.1. Concepción causal.....	162

1.2.2. Noción finalista de la acción.....	163
1.2.3. Noción social de la acción.....	165
1.2.4. El concepto negativo de acción. Teorías funcionalistas...	167
1.2.5. El concepto personal de acción.....	169
II. LA OMISIÓN.....	172
III. EL SUJETO DE LA ACCIÓN.....	175
IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	176
4.1. Necesidad político-criminal de sancionar a las personas jurídicas.....	176
4.2. Tesis que rechazan la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	177
4.3. Tesis favorables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	179
4.4. Sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas	181
4.4.1. Sistema vicarial.....	182
4.4.2. Modelo directo de culpabilidad de la empresa.....	183
4.4.3. Modelo mixto.....	184
4.5. Penas aplicables en los delitos cometidos por personas jurídicas.....	184
4.6. ¿Medidas contra las personas jurídicas en Colombia?.....	185

CAPÍTULO 6

TEORÍA DEL TIPO

I. EL TIPO Y LA TIPICIDAD.....	187
II. FUNCIONES DEL TIPO PENAL.....	189

III. ESTRUCTURA Y ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.....	190
IV. ELEMENTOS DE ATRIBUCIÓN DEL TIPO OBJETIVO.....	192
4.1. La conducta típica.....	192
4.1.1. Verbo rector.....	192
4.1.2. Resultado de la conducta típica.....	193
4.1.3. La relación de causalidad.....	194
4.1.3.1. Relación entre la causalidad y la imputación objetiva	194
4.1.3.2. Teorías sobre la relación de causalidad.....	195
4.1.3.2.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones (<i>con-</i>	
<i>ditio sine qua non</i>).....	195
4.1.3.2.2. La doctrina de la causa adecuada.....	197
4.1.3.2.3. La tesis de la causa jurídicamente relevante.....	200
4.2. Sujetos.....	200
4.3. Objeto material.....	202
4.4. El tiempo, lugar y modalidades de la conducta.....	202
V. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	203
5.1. Antecedentes y origen de la teoría de la imputación	
objetiva.....	203
5.2. Naturaleza de la imputación objetiva.....	204
5.3. Ámbito de aplicación de la imputación objetiva.....	205
5.4. Criterios de la imputación objetiva.....	207
5.4.1. Posición de Roxin.....	207
5.4.2. Posición de Jakobs.....	211
5.4.3. Posición de Frisch.....	213
5.5. El riesgo permitido.....	214
5.5.1. Consideraciones previas.....	214

5.5.2. Casos que contempla el principio del riesgo permitido..	216
5.5.3. Naturaleza del riesgo permitido.....	217
5.5.4. Juicio de valoración del comportamiento.....	224
5.5.5. Juicio sobre el peligro o peligrosidad.....	229
5.5.6. El modelo de la “omisión” y el deber de actuar.....	231
5.5.6.1. Naturaleza del deber de actuar.....	233
5.5.6.2. Nivel de diligencia en el cumplimiento del deber.....	235
5.5.6.3. Función de los elementos internos del contenido del deber de actuar.....	237
5.5.6.4. Elevación máxima del grado de riesgo permitido.....	239
VI. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO.....	243
6.1. El dolo.....	243
6.1.1. Clasificación del dolo.....	244
6.1.2. El error en el dolo.....	246
6.1.2.1. El error de tipo.....	247
6.1.2.2. Error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.....	249
6.1.2.3. Los errores al revés.....	249
6.1.3. Dolo en los delitos de omisión.....	250
6.2. Culpa o imprudencia.....	251
6.2.1. Naturaleza de la culpa.....	254
6.2.2. Clases de culpa.....	256
6.2.3. Delitos preterintencionales.....	258
6.3. Otros elementos subjetivos del tipo.....	258

CAPÍTULO 7

TEORÍA DE LA ANTIJURIDICIDAD

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	261
II. LA ANTIJURIDICIDAD EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL..	262
2.1. La antijuridicidad formal.....	262
2.2. La antijuridicidad material.....	263
III. DESVALOR DE LA ACCIÓN Y DESVALOR DE RESULTADO.....	264
IV. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	267
4.1. Consideraciones previas.....	267
4.2. El problema de las causas de justificación supraleales.....	269
4.3. Diferencia entre las causales de justificación y exculpación..	270
4.4. Elementos objetivos y subjetivos de las causales de justifica- ción.....	271
4.5. El error en las causas de justificación.....	274
4.6. Concurrencia de distintas causas de justificación.....	275
V. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR.....	276
5.1. La legítima defensa.....	276
5.1.2. Requisitos de la legítima defensa.....	278
5.1.3. El exceso dentro de la legítima defensa.....	282
5.1.4. El error en los presupuestos fácticos de la legítima defensa; la legítima defensa putativa.....	282
5.1.5. Legítima defensa de terceros.....	283
5.1.6. Legítima defensa presuntiva.....	284
5.2. El estado de necesidad justificante.....	284
5.2.1. Concepto.....	284
5.2.2. Requisitos del estado de necesidad justificante.....	286

5.3. Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.....	288
5.4. El consentimiento.....	289
VI. EXIMENTE INCOMPLETA Y EXIMENTE PUTATIVA.....	290

CAPÍTULO 8

TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

I. CONCEPTO.....	291
II. TEORÍAS SOBRE LA CULPABILIDAD.....	292
2.1. La teoría psicológica.....	292
2.2. Teoría psicológica-normativa.....	292
III. CRISIS DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD.....	293
IV. LA RECIENTE EVOLUCIÓN DE LA CULPABILIDAD.....	295
4.1. Winfred Hassemer (Escuela de Frankfurt).....	295
4.2. Günther Jakobs (Escuela de Bonn).....	296
4.3. Claus Roxin (Escuela de Múnich).....	296
V. FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DE LA CULPABILIDAD EN UN ESTADO DE DERECHO.....	298
5.1. Presupuestos.....	298
5.2. Fundamento dialéctico de la culpabilidad.....	299
5.3. Funciones de la culpabilidad.....	299
VI. CULPABILIDAD DE AUTOR Y CULPABILIDAD POR EL HECHO.....	300
VII. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y EXCLUSIÓN DE SUS ELEMENTOS.....	302

VIII. CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD EN PARTICULAR.....	303
8.1. Consideraciones previas.....	303
8.2. La inimputabilidad.....	304
8.2.1. Causales de inimputabilidad.....	305
8.2.1.1. Trastorno mental.....	306
8.2.1.2. Privación temporal total de la razón por causas independientes a la voluntad.....	307
8.2.1.3. El menor de edad.....	309
8.2.1.3.1. Excurso: breve comentario a la Ley 1098 de 2006	310
8.2.1.3.1.1. Generalidades.....	310
8.2.1.3.1.2. Objeto, derechos y garantías.....	310
8.2.1.3.1.2.a. Edad y responsabilidad penal.....	310
8.2.1.3.1.3. Delitos sancionados y tipos de penas.....	311
8.2.1.3.1.3.a. Respecto a los tipos de sanciones.....	311
8.2.1.3.1.3.b.1. Sanciones privativas de libertad.....	311
8.2.1.3.1.3.b.2. Sanciones no privativas de libertad.....	312
8.3. El error de prohibición.....	313
8.4. El caso fortuito y fuerza mayor.....	315
8.4.1. Naturaleza jurídica.....	315
8.5. Causales de inexigibilidad de otra conducta.....	316
8.5.1. Principio de inexigibilidad y su naturaleza.....	316
8.5.2. Causales de no exigibilidad de la conducta.....	317
8.5.2.1. El miedo insuperable.....	317
8.5.2.2. La obediencia debida.....	319
8.5.2.3. Estado de necesidad exculpante.....	323

IX. EL DELITO IMPRUDENTE.....	324
X. EXCURSO NEUROCIENCIAS Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO PENAL.....	324
I. LIBERTAD DE ACCIÓN.....	324
1.1. Conclusiones a partir de estos experimentos.....	324
1.1.1. Cuestionamiento del método empleado por Libet.....	324
1.1.2. Alcance del concepto de voluntad.....	325
1.1.3. La objeción de realización.....	326
1.2. Implicancias penales de la experimentación.....	326
II. LA CULPABILIDAD.....	327
III. LA PELIGROSIDAD.....	328
3.1. Libertad y el comportamiento alternativo conforme a derecho.....	329
3.2. Culpabilidad y delincuencia violenta.....	330
3.2.1. Violencia impulsiva reactiva.....	330
3.2.2. Violencia psicopática.....	330
3.2.3. Delincuencia violenta y neurociencia.....	330

CAPÍTULO 9

ITER CRIMINIS E INTERVENCIÓN CRIMINAL

I. ETAPAS DE CONCRECIÓN DEL DELITO.....	333
1.1. Etapa interna o subjetiva.....	333
1.2. Etapa externa u objetiva.....	334
II. FUNDAMENTO A FAVOR DE LA PUNIBILIDAD DE LOS ACTOS QUE ANTECEDEN A LA CONSUMACIÓN DEL DELITO.....	338

III. ACTOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO.....	341
3.1. El delito consumado.....	341
3.2. Tentativa inacabada y tentativa acabada.....	341
3.3. La estructura propia del delito intentado.....	343
IV. COMIENZO DE LA EJECUCIÓN DEL DELITO EN EL CP.....	344
V. ANÁLISIS DE LA TENTATIVA EXISTENTE DENTRO DE LOS DELITOS COMETIDOS POR UN AUTOR ÚNICO Y AQUELLOS COMETIDOS POR MEDIO DE LA COAUTORÍA.....	347
VI. EL DESISTIMIENTO EN LOS DELITOS INTENTADOS Y FRUSTRADOS.....	347
6.1. Requisitos para que opere el desistimiento en la tentativa inacabada (delitos intentados).....	350
6.3. Desistimiento en la tentativa acabada (delitos frustrados)..	352
6.4. Desistimiento en la tentativa calificada.....	353
6.5. Desistimiento en aquellos delitos cometidos con proposición o conspiración.....	353
VIII. CONSPIRACIÓN Y PROPOSICIÓN.....	354
8.1. La proposición.....	354
8.2. La conspiración.....	355

CAPÍTULO 10

TEORÍA DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I. GENERALIDADES.....	359
II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 29 CP.....	359
III. EL CASO DE LA CONCURRENCIA NECESARIA Y EVENTUAL..	361
IV. LA AUTORÍA.....	361

4.1. Formas de autoría.....	362
4.2. Doctrinas relativas a la determinación de la noción de autor.....	362
4.2.1. Teoría subjetivo-causal.....	362
4.2.2. Teoría formal u objetivo-formal.....	363
4.2.3. Teoría del dominio del hecho.....	364
4.2.4. Teorías subjetivas.....	365
4.2.5. Teoría normativa de la acción.....	366
4.3. Autoría inmediata, directa, de propia mano o material.....	367
4.4. Autoría mediata.....	368
4.4.1. Tipos de autoría mediata.....	370
V. LA COAUTORÍA.....	375
VI. LA INDUCCIÓN O INSTIGACIÓN.....	378
VII. LA COMPLICIDAD.....	379
7.1. Condiciones de la complicidad.....	380
7.2. Aclaraciones respecto a la complicidad.....	381
7.3. Punibilidad de la complicidad.....	382
VIII. EL ENCUBRIMIENTO.....	382
8.1. Concepto de encubrimiento.....	382
8.2. Concurso de encubrimiento.....	385
IX. PRINCIPIOS REGULADORES DE LA PARTICIPACIÓN.....	385

CAPÍTULO 11

LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. SU FUNDAMENTACIÓN

I. FUNCIÓN DE LAS PENAS. LAS TEORÍAS DE LA PENA EN GENERAL.....	389
1.1. Teorías absolutas: la retribución.....	389
1.2. Teorías relativas: la prevención.....	392
1.2.1. La prevención general.....	393
1.2.2. La prevención especial.....	396
1.3. La combinación de las funciones de retribución y prevención: teorías integradoras.....	398
1.3.1. El fin únicamente preventivo.....	399
1.3.2. La renuncia a toda retribución.....	400
1.3.3. El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención.....	400
II. FUNCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	402
2.1. Generalidades.....	402
2.2. Regulación en el derecho positivo colombiano.....	405
2.2.1. Procedencia de la aplicación de medidas de seguridad. Presupuestos.....	407
2.2.2. Clases de medidas de seguridad.....	408

CAPÍTULO 12

EL SISTEMA DE PENAS

I. GENERALIDADES: BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	409
--	-----

II. CONCEPTOS BÁSICOS.....	410
III. EL SISTEMA DE PENAS DEL CP EN GENERAL.....	413
3.1. Clasificación de las penas según su gravedad: delitos y con- travenciones.....	413
3.1.1. Penas principales.....	413
3.2. Clasificación de las penas atendiendo a su naturaleza.....	414
3.2.1. Penas corporales.....	414
3.2.2. Penas infamantes.....	415
3.2.3. Penas “privativas” de la libertad ambulatoria (penas de encierro).....	415
3.2.3.1. Naturaleza de las penas privativas de libertad.....	416
3.2.4. Penas privativas de otros derechos diferentes a la liber- tad ambulatoria.....	416
3.2.5. Penas pecuniarias.....	417
3.3. Clasificación de las penas atendiendo a su autonomía.....	418
3.4. Clasificación de las penas atendiendo a su multiplicidad....	418
III. LA PENA DE MUERTE.....	419

CAPÍTULO 13

EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS Y RESTRICTIVAS DE LIBERTAD

I. GENERALIDADES.....	421
II. LA LIBERTAD CONDICIONAL.....	423
III. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATI- VAS DE LIBERTAD.....	424
IV. LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA.....	426

4.1. Antecedentes generales.....	426
4.2. Medidas sustitutivas de la prisión.....	426
4.3. Prisión domiciliaria.....	427
4.4. Vigilancia electrónica.....	429
4.5. Arresto de fin de semana.....	434

CAPÍTULO 14 DETERMINACIÓN DE LA PENA

I. GENERALIDADES.....	435
II. DETERMINACIÓN DE LA PENA: LEGAL, JUDICIAL Y PENITENCIARIA.....	436
III. LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PENA EN EL CP.....	436
3.1. Escalas graduales.....	436
3.2. ¿A partir de qué grado se aumenta o disminuye el castigo?..	437
3.3. Penas alternativas y penas copulativas.....	437
IV. REGLAS FUNDAMENTALES SOBRE EL TEMA.....	438
4.1. La pena asignada por la ley al delito.....	438
4.2. Grado de ejecución.....	438
4.3. Forma de participación.....	439
4.4. Circunstancias modificatorias de responsabilidad en general.....	439
4.4.1. Circunstancias de menor punibilidad.....	440
4.4.2. Circunstancias de mayor punibilidad.....	441
4.4.3. Circunstancia modificatoria mixta: el parentesco.....	442
V. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS Y DETERMINACIÓN DE LA PENA.....	443

5.1. La comunicabilidad de las circunstancias modificatorias....	443
5.1.1. Comunicabilidad extrema.....	444
5.1.2. Comunicabilidad limitada.....	445
5.1.3. Incomunicabilidad extrema.....	445
5.1.4. Solución de <i>lege ferenda</i> : inclusión de una norma especial de autoría.....	446
5.2. Consecuencias de las circunstancias modificatorias en la regulación de la pena dentro del grado.....	447
5.3. Reglas especiales.....	447

CAPÍTULO 15

TEORÍA DEL CONCURSO

I. GENERALIDADES.....	449
II. UNIDAD DE DELITO.....	450
2.1. Unidad natural de la acción.....	450
2.2. Unidad jurídica de la acción.....	451
III. CONCURSO APARENTE DE LAS LEYES PENALES.....	458
IV. EL CONCURSO REAL.....	461
4.1. Consideraciones previas.....	461
4.2. Requisitos.....	461
4.3. Régimen jurídico.....	462
V. EL CONCURSO IDEAL.....	464
5.1. Consideraciones previas.....	464
5.2. Requisitos.....	464

5.3. Tipos o clases de concurso ideal.....	465
5.4. Problemas que surgen dentro del concurso ideal.....	467

CAPÍTULO 16

EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SUS EFECTOS

I. GENERALIDADES.....	469
II. LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN PARTICULAR.....	471
2.1. La muerte del responsable (artículo 82 No. 1 CP).....	471
2.2. El desistimiento (artículo 82 No. 2 CP y 77 CPP).....	471
2.3. Amnistía (artículo 82 No. 3 CP).....	472
2.4. Prescripción de la acción penal (artículo 82 No. 4 CP y 77 del CPP).....	473
2.4.1. Interrupción y suspensión de la prescripción.....	474
2.5. La oblación (artículo 82 No. 5 CP y 77 del CPP).....	475
2.6. El pago en los casos previstos en la ley.....	475
2.7. La indemnización integral en los casos previstos en la ley (artículo 82 No. 7).....	475
2.8. La retractación en los casos previstos en la ley (artículo 82 No. 8 y 225 del CP).....	476
 BIBLIOGRAFÍA.....	 477

GUSTAVO BALMACEDA HOYOS*

**Director del Departamento de Derecho Penal
(Universidad Andrés Bello, Chile)**

**Profesor Visitante de Derecho penal
(Universidad de La Sabana, Colombia)**

**Socio de Balmaceda, Méndez & Vásquez Abogados
(Santiago, Chile)**

* Abogado, Universidad de Chile (2002). Diplomado en Derecho Procesal Penal, Universidad de Chile (2003). Doctor en Derecho Penal, Universidad de Salamanca, España (2008). Becario del Ministerio de Asuntos Exteriores de España para realizar Doctorado en Derecho (2005-2008). Becario Fondecyt de Chile para Postdoctorado en Derecho (2009-2011) e iniciación en investigación (2011-2013). E-mail: gustavo.balmaceda@unab.cl; gbalmaceda@bmvabogados.cl.

PRÓLOGO

El siglo XX fue la etapa más gloriosa de la historia del derecho penal. En el inagotable escenario de la dogmática se llevaron a cabo invaluables debates entre los exponentes más brillantes de las escuelas de la teoría del delito, quienes construyeron complejos y seductores modelos para explicar hasta los más finos detalles de la conducta punible. La moderna ciencia del derecho penal se fue construyendo como un edificio de profundos cimientos y amplios corredores sobre los cuales se delinearon con radiantes trazos el causalismo, el finalismo y el funcionalismo.

Los apasionantes debates sobre el concepto de acción, la determinación de la causalidad, la ubicación del dolo, el contenido de la culpabilidad y la diferenciación material entre autores y partícipes, fueron diseñando magníficamente los contornos de la teoría del delito, que fue convirtiéndose en una escultura casi perfecta pero a la vez inacabada, fruto de miles de pensamientos que fueron esculpiendo una de las creaciones más hermosas del derecho: la dogmática penal.

El árbol fue haciéndose cada vez más frondoso y robusto hasta el punto que sus nuevos frutos fueron más sofisticados y complejos, y por ello, la explicación de casi cualquier aspecto del delito se ha convertido en una interminable enumeración de fuentes y referencias, en algunos casos por encima de la innovación de los argumentos. Desafortunadamente, este escenario generó que las nuevas ideas estuvieran expuestas a caer en el precipicio de la unanimidad, y cualquier brillo innovador era inmediatamente castigado con el desprecio de las mayorías.

Parecía llegar el “*fin de la historia*” del derecho penal. La dogmática había llegado a tal nivel de sofisticación que estaba reservada a una elite intelectual que velaba porque los mortales no profanaran su santuario. Escribir en ese momento un manual de derecho penal era poco menos que un sacrilegio, y quien se atreviera a hacerlo recibiría el eterno castigo de la indiferencia de la academia.

Paulatinamente, el árbol de la teoría del delito fue teniendo tantas hojas que era cada vez más difícil mirar la realidad desde su cima, la cual fue reemplazándose por un hermoso follaje unas veces filosófico, otras sociológico y otras simplemente dogmático, hasta el punto que figuras tan humanas como la voluntad, la acción, la omisión, la intención y la imprudencia eran casi irreconocibles para los “*profanos*”.

Esta situación fue creando una sensación de desinterés entre muchos aplicadores de la justicia, quienes hartos del excesivo refinamiento y, en algunos casos, falta de seguridad jurídica de la dogmática, han preferido acudir al pragmatismo del derecho procesal penal antes de deambular en un mundo que parece diseñado autopoyéticamente por y para un reducido número de académicos. El predominio del sistema acusatorio ha potenciado este divorcio, pues el tiempo es cada vez más limitado en los juicios y el espacio para la discusión dogmática se diluye ante el intenso debate probatorio.

La teoría del delito, antes al servicio de la justicia y de la libertad de las personas, parecía convertirse en un culto a la vanidad de ciertos académicos, quienes despreciaban a los defensores y a los jueces, olvidando que la dogmática sin el proceso penal no sería más que un hermoso poema épico destinado a ser contado por los juglares de la teoría jurídica.

La brecha fue cada vez más amplia entre los teóricos y los pragmáticos, entre el académico y el juez y finalmente entre la teoría y la práctica, las cuales parecían existir en dos dimensiones distintas y casi irreconciliables. En este extraño mundo, el catedrático señala que el juez no conoce la teoría del delito porque no maneja los detalles de la dogmática y el operador judicial cuestiona al académico porque no conoce la realidad.

Sin embargo, así como la realidad supera la ficción, la política criminal fue adelantándose a la dogmática, tal como reconocía ya brillantemente ROXIN a finales del siglo XX. Fenómenos como la globalización, la informática, la destrucción del medio ambiente, el terrorismo y la criminalidad de las personas jurídicas han transformado a la conducta criminal en algo muy difícil de explicar bajo una estructura dogmática inflexible.

El paradigma del delito ya no es una acción dolosa de lesión contra bienes jurídicos individuales, sino una omisión dolosa eventual de peligro contra bienes jurídicos colectivos, para cuyo análisis no se redactaron las obras distintivas del derecho penal. Bajo este entendido, muchos manuales clásicos ya no tienen las respuestas a todas las preguntas y, por ello, se hace necesario dar nuevos frutos a esta inagotable ciencia del derecho penal.

Mientras tanto el edificio de la dogmática no ha permanecido impasible, el debate se ha reactivado en torno a la posición que debería tener el derecho penal ante estos retos de la política criminal. La reacción inicial fue el rechazo categórico de los más ortodoxos a los nuevos fenómenos criminales: algunos anotan que los nuevos delitos corresponden a una visión omnicomprensiva del derecho penal que busca invadir cada vez más los espacios de la vida privada del individuo, mientras que otros señalan que la flexibilización llevaría a concesiones que eliminarían las bases esenciales del derecho penal liberal.

Sin embargo, ello generó una paradoja criminológica inaceptable en un Estado social de derecho: fenómenos como la contaminación ambiental, la corrupción privada, el fraude en el mercado de capitales, la delincuencia informática y los delitos genéticos tienen efectos mucho más graves y masivos que los delitos tradicionales, por lo cual, negar categóricamente su punibilidad tendría la consecuencia de dejar impunes los crímenes más graves cometidos por las personas más poderosas de la sociedad, para concentrarse en delitos tradicionalmente cometidos por los sectores menos favorecidos como el hurto y el microtráfico, lo cual sí es *“insostenible”*.

Por otra parte, si bien el derecho penal no puede perder su función crítica tampoco puede crecer al margen de la sociedad, pues los verdaderos

destinatarios de las normas penales son los ciudadanos y los operadores jurídicos, quienes son más cercanos a la realidad que las, algunas veces, muy refinadas figuras elaboradas por la dogmática.

En este contexto, el debate se ha reactivado a través de la aplicación de figuras como la imputación objetiva, el *compliance*, el concepto normativo de la acción, el riesgo permitido, los delitos por acumulación y la autoría a través de aparatos organizados de poder, los cuales constituyen instrumentos para analizar estas nuevas formas de criminalidad.

Esta obra tiene la gran virtud de analizar de una forma sencilla y comprensible, pero a la vez profunda y dogmática, los aspectos esenciales del derecho penal, a través de una visión actualizada del fenómeno criminal, compatible con los cambios de la política criminal de los últimos tiempos. Este equilibrio solamente puede ser logrado por un autor que conoce profundamente la dogmática pero que, a su vez, se ha desempeñado brillantemente como consultor y abogado litigante, logrando combinar dos disciplinas cuya reconciliación es necesaria para brindar coherencia al derecho penal.

En el campo académico, el profesor Gustavo Balmaceda Hoyos es uno de los penalistas más respetados de Latinoamérica, Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca y ex Becario AECI y FONDECYT. Actualmente se desempeña como director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Andrés Bello de Chile y profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes en Chile y Profesor Visitante de Derecho Penal de la Universidad de La Sabana, Colombia.

En el campo profesional el Doctor Balmaceda Hoyos es un prestigioso abogado con más de 10 años de experiencia en el litigio, miembro del Colegio de Abogados y del Instituto Chileno de Ciencias Penales y, actualmente, es socio en Chile del acreditado buffet **Balmaceda, Méndez & Vásquez Abogados**.

Estas herramientas le han permitido al profesor Balmaceda escribir esta magnífica obra que sin lugar a dudas es una de las más completas realizadas sobre el derecho penal general latinoamericano, reuniendo

brillantemente los atributos de la profundidad dogmática, pero también de la sencillez argumentativa, lo cual genera un texto de apasionante lectura tanto para el estudiante como también para el abogado experimentado.

El libro comienza con una parte introductoria que aborda temas esenciales del derecho penal como su concepto, función, límites y principios, desde una perspectiva constitucional y orientada al desarrollo de esta rama del derecho en el Estado social de derecho. El segundo capítulo realiza una revisión de la evolución de la teoría del delito que incorpora incluso las últimas posturas como el funcionalismo formalizado de Hassemer, el derecho penal del enemigo y la flexibilización del derecho penal. El tercer capítulo analiza los problemas más usuales de la teoría de la ley penal como su vigencia temporal, especial y personal, con una visión pragmática que aporta diversos instrumentos para la solución de los problemas más usuales que se presentan en casos concretos. Posteriormente, el libro indaga de manera brillante los aspectos más importantes de la teoría del delito estudiando de manera esquemática cada uno de sus elementos e introduciendo los avances más recientes de la dogmática. Finalmente, se exponen de forma sintética los aspectos más relevantes de la teoría de la pena y su exclusión en derecho penal.

Esta obra constituye un invaluable aporte al estudio del derecho penal latinoamericano y, sin lugar a dudas, se convertirá en un texto de referencia para estudiantes, abogados y estudiosos que no entienden a la dogmática como un ejercicio de vanidad intelectual, sino como la herramienta más importante con la que cuenta el Estado social de derecho para la defensa de las garantías de sus ciudadanos.

CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA
Abogado de la Universidad del Rosario

Doctor en derecho de la Universidad de Salamanca
Director de la Línea de Problemas Actuales del Derecho Penal
de la Universidad del Rosario
Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia