

Delito y daño: una puntualización

Al Derecho penal le incumbe la prevención de aquellas conductas que denominamos delitos. Ahora bien, no está claro dónde radica lo específico del “ser delito”. Una visión positivista diría que son delito las conductas descritas en el Código penal y otras leyes penales y a las que se asocia la consecuencia jurídica “pena”. Desde esta perspectiva, podría ser delito cualquier conducta que el legislador quisiera que lo fuera: la determinación de lo delictivo sería un puro acto de voluntad; y en última instancia, de poder. Sin embargo, la doctrina penalista siempre ha afirmado la necesidad de sostener un concepto supralegal (material) de delito, que permita adoptar una perspectiva crítica frente a las leyes vigentes. Según esto, podrían existir delitos (en sentido material) no contenidos en las leyes penales vigentes en un determinado momento y lugar; y, viceversa, sería posible que conductas previstas en tales leyes penales no fueran realmente constitutivas de delito. Por lo demás, ello valdría también para la dimensión cuantitativa: podrían existir delitos con una gravedad material mayor o menor que la que la ley efectivamente les atribuye.

Mediante el recurso a un concepto material de delito la doctrina pretende, en realidad, conformar uno de los elementos que integran la (compleja) teoría de la legitimación (o justificación) de las leyes penales. Ahora bien, para aproximarnos a aquel concepto es necesario efectuar algunas consideraciones estructurales y otras de contenido. A las primeras, que son las que quiero comentar aquí, pertenece la distinción entre daño material, daño intelectual y daño ideal como dimensiones del delito; a las segundas, ante todo, la teoría del bien jurídico, en la que no entraré ahora.

La doctrina dominante contempla el delito ante todo como la conducta causante de un daño, de la lesión de un bien. Desde luego, en buen número de delitos puede apreciarse un *daño personal material*, sufrido por la víctima: una lesión corporal, un perjuicio en el patrimonio, etcétera. En muchos de estos casos, es común que, además, la víctima sufra un *daño personal inmaterial*: la humillación, la culpabilización y otros similares. Ahora bien, hay delitos en los que el daño material y concreto no se aprecia: así, hay delitos de peligro, que no producen lesión alguna; hay tentativas, en las que el autor no alcanza su propósito lesivo. No obstante, también en éstos puede advertirse seguramente el daño inmaterial al que se ha hecho referencia.

En los casos en que produce un daño material e inmaterial a la víctima, o incluso sólo inmaterial, puede advertirse además un daño social. Éste tiene, por un lado, una dimensión más fáctica: la inseguridad, la desorientación en cuanto a cómo organizar la vida futura, el condicionamiento de los planes de vida de las víctimas potenciales o, en general, del

conjunto de los ciudadanos. A este *daño psicológico-social* que causan incluso los delitos que no producen daños materiales en las concretas víctimas ciertos autores lo denominan *daño intelectual*.

Con todo, parece preferible reservar esta expresión de *daño intelectual* para aludir al *daño ideal o simbólico* que el delito produce sobre el Derecho (expresión de una racionalidad y una voluntad general) al negarlo mediante la conducta del delincuente (expresión de una voluntad particular). Desde una perspectiva idealista, el delito resulta ser una autocontradicción (y, por tanto, una irracionalidad) del delincuente, que lesiona precisamente aquello que, mediante su participación en la voluntad general social, afirma defender. Desde un punto de vista pragmático, el delito puede verse, sin embargo, como expresión de la actuación racional de quien pretende obtener una ventaja inicua; ello, negando a sus conciudadanos lo que sí pretende que éstos respeten en su caso.

En los delitos sin víctima concreta (*victimless crimes*) puede faltar el daño personal material y el inmaterial; sin embargo, concurre desde luego el daño ideal y, muy frecuentemente, también el daño psicológico-social. Así, una visión realista del problema debe conducir a afirmar que los delitos producen siempre un daño ideal; casi siempre -esto es, en la medida en que sean conocidos- un daño psicológico-social; y muy frecuentemente, asimismo, un daño material. Pese a la conveniencia de tener presentes estas tres dimensiones, la visión tradicional de las cosas ha asociado el delito con el daño material. Pero ello conduce a dificultades explicativas -por ejemplo, en materia de proporcionalidad de la reacción jurídico-penal- que se solventarían si se tuviera presente la pluralidad expuesta.

Jesús-María Silva Sánchez