

PRELIMINARES AL ESTUDIO DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO (*)

MIGUEL REALE

1. El delito es una estructura jurídico-social, un factor negativo, pero sin embargo integra el mundo cultural del Derecho; no es pues un mero hecho natural calificado como "marginal" conforme con los cánones valorativos dominantes en una comunidad determinada, y esto quiere decir que el concepto de delito proviene del resultado de una elaboración mental, modelado por el pensamiento reflejo, a partir de presupuestos naturales; o, en otras palabras, es una "entidad cultural" cuyos elementos constitutivos naturales y éticos deben y pueden ser rigurosamente analizados.

La integración de un crimen, por ejemplo, en el área del Derecho, aparece a primera vista como extraña, veamos ello desde el enfoque de la persona del delincuente como del complejo de relaciones o circunstancias condicionantes de la acción punible: esta orientación ha llevado a la materialización del hecho delictuoso y a sus efectos fuera del "mundo jurídico" (que supondría así nada más que juridicidad y plena rectitud). Por el contrario, nosotros sostenemos que la experiencia jurídica se compone virtualmente tanto de

(*) Comunicación presentada por el autor al III Congreso Nacional de Derecho Penal, realizado en San Pablo en 1968. Este trabajo fue publicado en la "Revista da Faculdade de Direito - Universidade de Sao Paulo", volumen LXIII, 1968.

actos lícitos como ilícitos, conformando ambas especies, en sentido lato, a los llamados actos jurídicos. Por consiguiente, la identificación entre “acto jurídico” y “acto lícito” es un mero artificio de la abstracción conceptual que olvida la polaridad inherente a la verdadera vida del Derecho que es impensable sin las contraposiciones juricidad - antijuricidad (delito, por ejemplo).

No es entonces indispensable aceptar el monismo normativista kelseniano para reconocer que el Derecho, cual nuevo rey Midas, en cierto modo convierte en jurídico todo aquello que toca, sea ese objeto de su atención un acto de comercio, un acto delictuoso o de cualquier otra índole.

En nuestra comprensión culturalista del Derecho, bajo cuya luz no hay experiencia jurídica que no envuelva un problema de valoración, la infracción penal se constituye de la misma forma como se estructura el acto lícito; ambos, empero, tienen una diferencia esencial de orden axiológico, conforme a la naturaleza propia, en el sentido que la primera niega un valor jurídico mientras que el segundo, por el contrario, lo realiza.

La comprensión del delito como elemento integrante del mundo del Derecho permite superar tanto a las teorías físicas de la acción como a su apreciación desde un punto de vista meramente lógico - formal, ello máxime cuando se piensa que la experiencia jurídica es esencialmente axiológica —como hemos dicho— y constitutiva de una trama de relaciones determinadas por fines diversos y opuestos, en un orden con contrastes permanentes de intereses con actos positivos (lícitos) y negativos (ilícitos) de acuerdo con los clásicos axiomas axiológicos de Francisco Brentano:

- a) La existencia de un valor positivo es, en sí mismo, un valor positivo;
- b) la existencia de un valor negativo es, en sí mismo, un valor negativo;
- c) la inexistencia de un valor positivo es, en sí mismo, un valor negativo; y

d) la inexistencia de un valor negativo es, en sí mismo, un valor positivo.

2. Cuando afirmo que el delito es un “ente jurídico” sitúome por consiguiente en función de comprensión fenomenológica de la experiencia jurídica concreta y no apenas en un plano meramente conceptual tal como hace la Escuela Clásica de Derecho Penal al considerar al delito como un ente jurídico pero solamente en términos normativos, en cuanto es violación de una ley penal apriorísticamente concebida. Si a ese entendimiento formal los positivistas contrapusieran una visión del entuerto como hecho natural, pasando así de una concepción abstracta a otra que no lo es tanto, el delito aparecería concebido —tal como preconizamos— en la realidad de la experiencia histórico-social sin la unilateralidad de los clásicos y del racionalismo normativista genérico.

El concepto de delito como “categoría jurídica concreta” (y no como pura categoría lógico-formal), lejos de representar una anomalía, resulta de exigencias connaturales al Derecho, que en el acto de aplicar sanciones y como condición de la legitimidad de la pena es en cierto sentido tuitivo de un acusado —respetado como hombre y sujeto de derecho— por más repulsivo que haya sido el delito cometido.

El Derecho penal, constituido para luchar contra los actos “opuestos al Derecho” que reúnen ciertas características, contiene en su ordenamiento, como único modo de combate que no restringe previamente al hecho de la libertad y demás valores de la persona humana, las medidas adecuadas y necesarias para la punición de cada infracción penal. La experiencia jurídica, por su parte, tal como procuro demostrarlo en mi reciente libro *El Derecho como experiencia. Introducción a la epistemología jurídica* (*), siendo siempre

(*) Ediciones Saraiva, San Pablo, 1968. Existe una 2ª edición de esta obra, bastante aumentada, aparecida en italiano: *Il Diritto come esperienza. Saggio introduttivo di Domenico Coccopalmerio*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973 (Trad. de Helda Barraco). N. del T.

una exigencia de libertad y al mismo tiempo una constante elección entre múltiples alternativas, es en sí misma problemática, siendo tal problemática acentuada por la presencia de otro factor —no menos necesario— que es la exigencia de una autoridad capaz de asegurar y preservar la coexistencia efectiva de las libertades y del bienestar social.

Nada hay entonces de absurdo en el hecho de situar al delito en el mundo del Derecho, salvo para aquellos autores que reducen sus elementos materiales. La costumbre de pensar al delito como ajeno a la experiencia jurídica —además de implicar el vicio lógico de marginar al reato como si éste no fuera siempre un simple hecho jurídicamente calificado— olvida el aspecto esencial, ya anunciado, del nucleamiento jurídico del suceso lesivo para que la autoridad pueda aplicar la sanción a los límites de la libertad que es el presupuesto lógico y ético de la naturaleza de la punición. Esa polaridad tensional refleja, como veremos, la relación entre los ingredientes subjetivos y objetivos que estructuran al delito, demostrativa asimismo de cuán artificial es la diferencia polémica entre los llamados “analistas” y los partidarios de una visión “sintética” o de conjunto respecto a las notas distintivas del delito.

3. Las consideraciones ya dichas nos permiten ahora afirmar que el entuerto no se reduce ni a la materialidad del acto en sí ni a los enlaces formales de la imputabilidad normativa (tipicidad, culpabilidad, etc.), por cuanto ni el primero sería hecho jurídico ni la segunda norma jurídica si ambos no se calificasen en función de valoraciones típicas. Según mi parecer, es sólo en virtud de esa triple y correlacionada perspectiva que se puede determinar plenamente la estructura del delito, debiendo sus elementos ser objeto de un cuidadoso análisis que sin embargo no debe perder de vista la visión sintética de conjunto. Es más: los tres factores se encuentran tan íntimamente correlacionados que sólo se puede pensar en “hecho típico” en cuanto reviene un tipo o escala de valores dominantes en una comunidad

reflejada también en la tipicidad de los enunciados normativos. Como se ve no se trata de manera alguna de elementos sumergidos en una unidad informe e indiscriminada sino más bien de factores sineronizados cuyos sentidos se interpenetran complementándose.

Considerada la cuestión no en el momento de la aplicación de la ley penal sino en el de su origen —instante en que cierta acción es prospectivamente estimada como ilícita criminal—, tórnase manifiesto que el legislador cuando determina la estructura conceptual de un nuevo delito tiene presente un hecho típico (que ha de serlo, en realidad) calificado como lesivo de un bien o de un valor jurídico cualquiera, hecho que por sus características pasa a constituirse como reprobable desde un punto de vista normativo (conducta prohibida bajo amenaza de sanción). Si aplicamos análogo razonamiento para el caso de la aplicación concreta de la regla penal, veremos que sólo se configura entuerto cuando un cierto suceso (que puede ser un acto situado como acontecimiento delimitado en una determinada relación espacio temporal) es lesivo de un bien jurídico del cual la ley es tuitiva, conforme esto a los valores dados en un ciclo histórico cualquiera que lo estima axiológicamente negativo (antijuridicidad como dimensión axiológica objetiva del hecho en cuestión) y como tal reprobable y punible según una ley calificadora de las formas y límites de la culpabilidad. De lo expuesto se desprende que la comprensión tridimensional del Derecho ofrece nuevas perspectivas acerca de la teoría normativa de la culpabilidad habitualmente manejada, presentada ahora como un momento culminante más que también integra la correlación fáctica - axiológica.

El delito, en suma, tal como todo elemento de la experiencia jurídica, tiene una estructura tridimensional que se configura en general cuando se relacionan un hecho con un disvalor en una medida tipificada por una regla de Derecho; todo ello demuestra que una teoría tripartita de los elementos constitutivos del delito (tipicidad fáctica, antiju-

ridicidad y culpabilidad) encuentra su razón de ser esencial en la estructura tridimensional (fáctica - axiológica - normativa) del delito mismo. Si bien es cierto que estos elementos de marras no se presentan siempre distintamente, tornándose incluso dificultoso en ciertos casos distinguir, por ejemplo, entre hecho y antijuridicidad o entre ésta y culpabilidad, no por ello dejan de estar presentes en toda acción criminal, no como pretende Petrocelli con apoyo de Bettiol en el sentido de que aquella tripartición tiene “un valor enteramente convencional con función exclusiva instrumental”. Trátase, antes bien, de una discriminación de elementos constitutivos, esenciales a la estructura de todo delito, elementos que, además, tal como ya se expuso, se hallan estrechamente vinculados de manera sincrónica, lo cual explica que se pueda hablar de “elementos normativos del hecho” o bien de “elementos subjetivos de la antijuridicidad”, sin que esto signifique plantear la problemática con sus distinciones como un mero programa o como una tesis fruto de la heurística.

4. Aún hoy difieren los penalistas acerca de si es preferible emplear las voces “acto”, “conducta”, “acción” o, más genéricamente, “hecho”, para indicar el elemento material o sustantivo (empleo con alguna aprensión el primero de estos dos últimos términos, a falta de otro quizás más adecuado) del delito.

La oposición entre “actos” y “hecho” pareciera resultante de una perspectiva abstracta del problema, cuando, en realidad, los dos conceptos se correlacionan desde dos ángulos distintos: uno genético, otro objetivo. El acto o la acción (tomándose estos términos como sinónimos) situándose en el momento genético, original, o materialmente constitutivo del delito; el hecho, en último análisis, representa al acto en cuanto “sucedido” ya dispuesto en determinadas coordenadas del tiempo y del espacio, de tal modo que sólo puede ser visto como “acontecimiento pretérito” en sí pleno y concluido. Tal hecho representa una acción u omisión del reo en la totalidad de su “circunstancia”, comenzando por

su radical individualidad biopsíquica, corpórea, etcétera. Respecto a esto, dice Giuseppe Bettiol que se debe “seguir un proceso inverso al encarado por los positivistas, haciendo confluir sobre la acción todos los componentes de la personalidad ético - social del reo, con el fin de que la acción alcance relevo, realce y contenido”.

Cuando, pues, se habla sobre “hecho” como elemento constitutivo del delito, aquella palabra abarca no sólo lo que naturalmente ocurre en el plano de la acción y es por tanto susceptible de ser explicado por las ciencias naturales, sino además comprende a su relación con algo (un valor) que torna posible que entendamos a ese hecho, puesto que en último análisis no existe “hecho en bruto” ni acción humana mecánicamente causada, independientemente de valores y de fines.

Cuando nos referimos a “leyes naturales” que rigen el “hecho”, débese tener presente que la acción humana resulta de causas y valoraciones, de fines y motivos, todo conforme a lo que Husserl denomina “causalidad motivacional”, vista la motivación como ley fundamental del mundo espiritual.

Permítaseme en este estado transcribir un par de pasajes de mi obra *El Derecho como experiencia...*, en los cuales puntualizo algunos aspectos de esta cuestión:

“Afirma con razón Husserl que, ‘cuando el estudioso que se mueve en el ámbito de las ciencias del espíritu habla de reglas, de leyes que rigen los modos de comportamiento o los modos de formación de ciertas figuraciones culturales, es decir, de las causalidades en general, se refiere a leyes que en su expresión genérica significan cosas bien diversas con respecto al mundo de las causalidades naturales’ (Cf. Husserl, *ídem*, II, cap. 2, 54).

“En la realidad, cuando un juez examina cualquier hecho traído a su conocimiento sea de naturaleza civil o penal, como por ejemplo la negativa de un deudor a pagar una letra de cambio o bien el hurto de un comprobante de una deuda, tiene en ambos casos dos perspectivas distintas más

íntimamente conjugadas: la de verificación de un suceso como un hecho lícitamente y objetivamente cierto, y además la de averiguar los sentidos que les son propios. En el acto de imponerme de un hecho, en cierta forma ya califico, reconociendo e incluyendo dentro de una conducta típica; en un segundo momento esa calificación típica, realizada a un nivel inmediato de la causalidad motivacional, es referida a la calificación abstracta contenida en un modelo jurídico pudiendo tornarse o no una *calificación normativa* de la cual fluye sin más la imputación de responsabilidad al autor por las consecuencias jurídicas emergentes del hecho.

“Es claro que, en la certificación del acto, débese recurrir a procesos y a técnicas que presuponen un cierto determinismo de las leyes naturales, pero ese enlace causal no excluye sino que exige un examen de la intencionalidad que da sentido a ese hecho, con lo cual no deja de ser un hecho objetivo perfectamente delimitado en el tiempo.

“Lo que ocurre es que en muchas ocasiones la percepción del hecho en sus manifestaciones inmediatas (Fulano hiere a Zutano) es suficiente como base de hecho para una requisitoria policial pero no ya para la instauración de un proceso judicial con sus eventuales condenas, siendo sin embargo el hecho desencadenante capaz de lesionar un valor o la integridad física de una víctima.

“Hay pues en todo concepto de *hecho* susceptible de interesar al Derecho, siempre, una nota de tipicidad, al menos embrionaria, nota que es de naturaleza axiológica.

“En rigor, es esa ya apuntada calificación del hecho a nivel inmediato de causalidad motivacional la que torna posible la síntesis de la integración normativa: la tipicidad opera, por consiguiente, como elemento de mediación entre el nexa hecho-valor y la solución representada por la norma de Derecho.

“Puédese concluir, en fin, que *hecho* para el Derecho en el momento dogmático de su calificación normativa no es

algo *determinado conforme con las leyes naturales*, consonante con la imagen *fisicalista* que prevalece, por ejemplo, en toda la obra jurídica de Pontes de Miranda; esto no es algo puesto *ab extra*, accesorio, que en cierto y lícito momento entra a formar parte del mundo del Derecho, sino que es un *hecho* dotado de sentido, de ese mismo sentido que se objetiva, abstractamente, en la estructura de los modelos jurídicos...

“El conocimiento de todo hecho humano necesita, en efecto, comprensión (en el sentido que Dilthey y otros maestros alemanes dan al término *verstehen*), es decir aprehensión en sus objetivas conexiones de sentido en una totalidad concomitante intencional y motivacional. El hecho que interesa al Derecho es el suceso real en la plenitud de su significado, representativo tanto del examen de sus enlaces causales como del más profundo plano de sus motivaciones” (*El Derecho como experiencia...*, cit., págs. 205-6 y 207-8, sin transcripción de notas).

5. Las consideraciones expuestas demuestran que no hay que hablar de “hecho puro” ni de acción natural o incolora, sin agregación de un criterio normativo posterior que diga de la antijuridicidad, pues todo hecho jurídicamente relevante ya surge “calificado a nivel de la causalidad motivacional”, siendo insusceptible de ser explicado según los esquemas de la cualidad natural o de los límites mensurables y mecánicos de causas y efectos.

En realidad, el hecho que está en la base del delito se origina, por así decirlo, colorido o embebido de valoraciones correspondientes al sistema cultural vigente, sin que eso signifique que esa dimensión axiológica se reduzca al sentido finalista de la acción.

La teoría finalista de la acción, que cuenta con Welzel y Maurach entre sus más penetrantes expositores y tal como ha sido reconocido por sus críticos más vehementes, tuvo el mérito de demostrar la insuficiencia de la doctrina que situaba el problema de la acción en términos de mera produc-

ción de resultado, teoría muy felizmente superada por la concepción que funda la incriminación penal en el fin o propósito del agente o, mejor, en la finalidad intrínseca o inmanente de la acción. Esa estructura del delito, fundada en la finalidad y no en lo meramente formal, trajo como consecuencia la fractura de la acción misma dejando fuera del Derecho penal todo el dominio de las acciones culposas caracterizadas por la ausencia de intencionalidad en la realización del hecho punible. No es suficiente para la doctrina criticada el recurso artificial que supone la incorporación de la llamada “intención presumida” o “intención previsible” como datos implícitos en los reatos culposos.

La unidad de la acción será todavía preservada si consideramos esencial al delito sus fundamentos axiológicos (que violan) y proveen la antijuridicidad. Esta depende tanto de elementos subjetivos como objetivos, susceptibles de tener peculiar de cada tipo de comportamiento. Es esencial preliminarmente, no identificar lo “subjetivo” como lo “intencional” como si lo “no intencional” o lo deseado o querido fuese subjetivamente irrelevante: el hecho de no haber tenido el propósito de producir una lesión a un bien jurídico no excluye sino que más bien exige el examen del aspecto o momento subjetivo de la acción, inclusive para poder caracterizarla, en su caso, como acción culposa o no culposa. La “ausencia de intención” constituye, en suma, un elemento subjetivo que se liga a un esquema de valoraciones objetivas, resultando de ese doble factor la determinación de la antijuridicidad.

Como se ve, en el análisis del acto culposos, realizado *a parte subjecti*, el elemento intencional es enfocado, por así decirlo, de manera negativa, en función de las consecuencias objetivas de la conducta, activa u omisiva del agente, desde que hay un conflicto con un legítimo cuadro de valores merecedor de la tutela penal. Tratándose de actos dolosos, por lo contrario, toma relevo y positividad —ahora sí— el elemento intencional o finalístico, ocupando de esta

manera el centro de la denominada “estructura axiológica”, que ha de condicionar y legitimar o no el juicio de culpabilidad. Es menester, pues, considerar al elemento finalístico de la acción como una de las posibles hipótesis de la dimensión axiológica de la conducta, aquella en la cual la valoración del acto en su plenitud sería imposible sin tener en cuenta la intencionalidad o querer concreto del agente, es decir su voluntad ordenada según un fin por él deliberadamente propuesto.

Como siempre he tratado de demostrar en mis libros sobre Filosofía del Derecho, el concepto de fin es consecutivo al de valor, vistos los fines en general como valores en cuanto motivos determinantes de conductas. Decimos que algo es fin de nuestra conducta cuando algo se aprecia como razón o valor de la conducta misma, pues nadie se propone la realización de un objetivo que no sea reputado válido, pudiendo ser el juicio formulado, desde luego, erróneo o inconsistente; vale decir que el elemento finalístico es una derivación, al fin, de un juicio de valor. Esta distinción esencial entre valor y fin lleva también a diferenciar entre la teoría axiológica y la teoría finalista de la acción, pareciendo que sólo la primera nos permite una comprensión integral del delito. Por motivos que luego aduciremos, el entuerto, sea doloso o culposo, sólo es determinable como tal en cuanto la acción se sitúa en una estructura axiológica, que ha de implicar, concomitantemente, factores subjetivos y objetivos, y revelando al mismo tiempo en forma patente la insuficiencia de la teoría finalista que sólo presta atención al elemento intencional de la acción.

No me es posible, dentro de los límites de esta ponencia, extenderme sobre lo que denomino “teoría axiológica - estructural de la acción”, mas no puedo dejar de remarcar que toda conducta debe ser siempre examinada en su concreción y a la vista de los valores y fines que a ella son immanentes como asimismo de su significación dentro de la estructura social donde se desenvuelve, pues la antijuridicidad de un

acto delictuoso y su pertinente reprobación reposan sobre un “plexo de valoraciones” al cual convergen el fondo de la conciencia del agente y las partes y las pautas estimativas objetivas a lo largo de un proceso histórico.

Ninguna acción humana alberga un sentido definitivamente inmanente y concluido, pues siempre han de ser inseparables, además de los elementos peculiares, los complejos de circunstancias en que los hechos ocurren. Esto ha sido reconocido por pensadores de las diferentes tendencias, como es el caso, por ejemplo, de Jaspers y de Ayer (Cf. *El Derecho como experiencia...* cit., págs. 175 y sgts.); todo acto humano es condicionado tanto en su origen como en su significado; se produce de esta manera un proceso que de cierta estructura pasa a ser “comunicable”.

Preferimos decir que toda conducta posee un sentido que le es propio, sentido el aludido que es resultante tanto de factores inmanentes a su proceso como de elementos que de alguna manera se correlacionan bajo cierta forma (*Gestalt*) a la estructura axiológica, que representa, por así decirlo, a la figura del acto en su significación integral. Así, la acción u omisión del reo es componente esencial de la estructura del delito pero no es suficiente para la formación de un juicio normativo de culpabilidad, el cual implica invariablemente la referencia del acto singular con respecto a dos cánones correlato: la tipicidad fáctica y la tipicidad axiológica consagrada en la escala de valores de la legislación en vigor.

Nótese, por otro lado, que a todo acto corresponde una estructura axiológica y solo una, pues en rigor, ella no es configurada según los criterios subjetivos del intérprete sino en función de los modelos positivados por la ley penal, que delimita previamente el campo de las culpabilidades actuando el juez penal como operador de modelos normativos cerrados, insusceptibles de aplicaciones analógicas.

Pues bien: en ese contexto estructural, el elemento intencional o finalístico puede no existir sin que esa circuns-

tancia prive a la acción de ser calificada como delito si esa acción u omisión daña un bien jurídico conforme con un juicio de culpabilidad que pone de manifiesto un acto en confrontación con cierto tipo ideal de conducta. Nótese, además, que cuando nos referimos a un “tipo ideal de conducta” no lo hacemos respecto a algo ajeno o trascendente a las contingencias humanas sino a aquello que el legislador penal consagra como modelo pragmático de acción, concebido se debe exigir de un hombre común en un contexto de condiciones corrientes. Luego, no debemos hablar de “intención presumida” por parte del agente con el fin de poder reprobar un acto culposo del agente y considerarlo punible, pues la culpabilidad resulta normativamente de la situación de un acto en un contexto o estructura de orden estimativa, tal como se pone en los extremos de toda ley penal.

Sanciónase, en suma, la acción culposa porque de acuerdo con los postulados axiológicos recordados al comienzo de este trabajo, la inexistencia de un valor positivo es en sí misma un valor negativo.

De este modo, cualquiera sea la especie de acción considerada, todo juicio de culpabilidad implica —tal como ya fue dicho— una referencia a la “tipicidad fáctica” y a la “tipicidad axiológica”, lo que explica el carácter normativo de la culpabilidad sólo por desviación reducible a una mera categoría psicológica, bastando recordar que ella existe independientemente del hecho de que el reo se reconozca o no como culpable.

En conclusión, en todo delito las nociones de tipicidad fáctica, antijuridicidad y culpabilidad, se integran y se correlacionan para darnos la plenitud de su significado, debiendo aquellas notas determinantes ser examinadas analíticas y sintéticamente como elementos distintos de una unidad estructural, siendo concomitantemente atendidos, de un lado, la intencionalidad personal e irreductible del agente, y de otro lado, el significado social objetivo de su conducta.