

Derecho penal de autor y Derecho penal del acto*

Alejandro J. Rodríguez Morales

Nullum crimen sine actione

Con la frase latina "*nullum crimen sine actione*" se alude a un fundamental principio del Derecho penal, cual es el de exterioridad o materialidad del hecho punible. De conformidad con este principio, a las normas penales sólo le incumben las acciones (u omisiones) que sean exteriorizadas por la persona y no aquéllas que se mantengan en su intimidad, es decir, que se encuentren todavía interiorizadas. Es necesario, pues, para que se hable de un delito, que la voluntad del ser humano se haya manifestado en el mundo exterior, que haya acción, en el sentido que se atribuye a ésta en el Derecho penal.

La sentencia dictada el 6 de noviembre de 1997 por la Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia que declara la nulidad de la Ley de Vagos y Maleantes, hace referencia expresa a este cardinal principio del Derecho penal liberal, si bien es cierto que en la misma no se enfatizó en el punto como hubiera sido preferible, por lo que en el presente estudio se realizarán algunas referencias a dicha sentencia para una mejor comprensión de la temática planteada.

El principio de exterioridad o materialidad es, en nuestro ordenamiento jurídico, de carácter constitucional, puesto que de lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución respecto al denominado principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), debe colegirse que si "*ninguna persona puede ser sancionada por **actos u omisiones** que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes*", lo único que puede ser sancionado por el Derecho penal son precisamente "actos u omisiones" y no la personalidad del autor. También según la derogada Constitución de 1961, este principio se derivaba del enunciado de exclusivismo de la ley penal o de legalidad.

Cabe señalar, de otra parte, que el principio de materialidad tiene como principal fundamento la seguridad jurídica y la certeza (el

* A mis alumnos del 2do año de Derecho de la Universidad Monteávila, a quienes se dirige este breve estudio, por lo que he simplificado su redacción y omitido la inclusión de excesivas notas.

principio *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) de lo que se encuentra y lo que no en el círculo de lo sancionable por la ley penal. En efecto, gracias al Derecho penal del acto todos los ciudadanos pueden conocer qué conductas son susceptibles de castigarse con una pena, mientras que si se atiendiera a un Derecho penal de autor, no podría determinarse con exactitud lo que es sancionable, puesto que habría que ver primero si la persona se ajusta a la personalidad delictiva que se haya previsto, con lo que se dejaría la puerta abierta a gravísimas arbitrariedades y a lo que podría ser denominado autoritarismo penal.

Por esta razón es que, en un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, como lo es Venezuela según el artículo 2° de la Constitución, debe imperar, necesariamente, un Derecho penal del acto, siendo que la predominancia del Derecho penal de autor es propia de los Estados totalitarios en los que se utiliza este paradigma para castigar a quienes se oponen al régimen y, a fin de cuentas, a quienes así lo quieran los factores de poder.

Volviendo a la cuestión de la certeza que aporta el principio *nullum crimen sine actione* al Derecho penal, piénsese al respecto que puede resultar mucho más fácil determinar cuándo se ha dado muerte a alguien (artículo 407 del Código Penal) o cuándo se ha hurtado un objeto (artículo 453 *ejusdem*), que determinar con la misma exactitud las cualidades personales que permitan señalar que una persona es un "homicida" o un "ladrón"¹.

Ahora bien, el principio bajo estudio, al que también suele denominársele principio de objetividad material del hecho punible, conlleva dos importantes consecuencias que deben tenerse muy presentes.

En primer lugar, este principio implica que los pensamientos no son susceptibles de ser castigados por la ley penal, lo que se ha resumido en la frase latina "*cogitationes poenam nemo patitur*" (los pensamientos no merecen pena): Así, no es posible cometer un delito con el mero pensamiento; para que haya un hecho punible debe haber necesariamente una conducta humana.

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Pág. 7. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.

Para que una pena pueda serle impuesta a una persona, ésta deber haber hecho algo y no sólo porque lo haya pensado, querido o deseado. No puede tenerse como un delito el desear la muerte de alguien, pero sí el darle efectivamente muerte o, al menos, haberlo intentado, exteriorizando esa intención delictiva.

De esta consecuencia, a su vez, se deriva la libertad de conciencia, que se encuentra prevista en el artículo 61 del Texto Constitucional, a la que tiene derecho todo ciudadano y en virtud de la cual se protegen los pensamientos y la intimidad de las personas, por los cuales no pueden ser castigadas, esto es, por lo que se encuentre en su fuero interno, es decir, en su conciencia.

En cuanto a esto último, parece importante traer a colación las palabras de SERVERA MUNTANER, quien expresa que:

"La conciencia es la posibilidad de autoconocernos a través de nuestras acciones... (omissis) Este autoconocernos nos permite autoposeernos, es decir, ser dueños de nosotros mismos, lo cual implica poder autodirigirnos, es decir, poder ser libres y por lo tanto responsables de nuestros actos" ².

Ahora bien, en segundo lugar, el principio de exterioridad conlleva el que, como bien lo afirma la sentencia de la Sala Plena, no pueda castigarse a una persona por lo que es sino por lo que hace. La forma de ser de una persona no puede ser sancionada por las leyes penales, a los fines de las mismas sólo puede tener relevancia lo que haga o deje de hacer la persona; el Derecho penal no puede intervenir ni siquiera frente a las más despreciables inclinaciones delictivas de alguien.

En este mismo orden de ideas, resultaría contrario y violatorio de este principio, que como se dijo, tiene naturaleza constitucional, el que pretenda sancionarse a un grupo determinado de personas, como en efecto ocurrió durante el régimen nazi con respecto al pueblo judío, o con la persecución de los cristianos por los romanos, si nos remontamos en el tiempo.

² SERVERA MUNTANER, José Luis. *Ética policial*. Pág. 46. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 1999.

Esta consecuencia del principio *nullum crimen sine actione* garantiza, además de la imposibilidad de sancionar a una persona por sus cualidades, el pluralismo cultural propio de un Estado social y democrático de Derecho, ya que es una exigencia del mismo el respeto por la alteridad de los seres humanos, es decir, por el otro, no pudiendo perseguirse a un grupo de personas por ninguna razón, evitándose así la discriminación.

En este orden de ideas, pues, la Ley de Vagos y Maleantes ciertamente infringía el principio *nullum crimen sine actione* o *sine conducta*, pues, como bien lo expresa la Sentencia antes mencionada, esta Ley estaba dirigida a castigar a la persona no por el acto punible, sino por su propia persona, por una determinada "cualidad"; autorizando de tal manera la persecución de personas, sin consideración a que se cometieran o no acciones prohibidas.

Finalmente, es importante señalar que el principio de objetividad material al que se ha venido haciendo alusión está muy vinculado (además, de, como se observó, con el principio de legalidad) con otro de los principios rectores del Derecho penal, cual es el principio *nullum crimen, nulla poena sine iniuria* o principio de lesividad.

En efecto, para que pueda concebirse un delito y una pena, es necesario que el hecho objeto de la norma penal y que es castigado por ella sea lesivo, esto es, que se traduzca en una lesión o una puesta en peligro de un bien jurídico-penal. Así, para que esa lesión se produzca, necesariamente tendrá que verificarse un acto humano externo, puesto que con el pensamiento no puede lesionarse ningún bien jurídico protegido.

De ello se desprende, igualmente, que las supersticiones, la magia y la brujería tampoco pueden ser objeto de sanción penal, toda vez que las mismas no se traducen en un resultado lesivo externo, por el mismo carácter de meras creencias internas que llevan aparejado.

El hecho y el acto: una distinción

Ahora bien, una vez analizado brevemente el principio de objetividad material del hecho punible, no quiere dejarse pasar esta

oportunidad para realizar una distinción necesaria a los fines del presente estudio.

En efecto, no es extraño que se hable en la doctrina algunas veces de "Derecho penal del hecho" en lugar de hablar de Derecho penal del acto. Incluso es un lugar común hablar del hecho punible y no del acto punible.

No obstante esto, hay que observar que hecho y acto no son una misma cosa. Los hechos pueden ser definidos como toda acción material de una persona, pero también como sucesos independientes de la misma, tales como los fenómenos de la naturaleza. Entretanto, los actos se definen como toda acción que se corresponde con una persona que la ha llevado a cabo.

En este sentido, cabe señalar que al Derecho penal no le atañen los fenómenos de la naturaleza, ya que el sujeto central del mismo es la persona y sus actos, por lo que lo correcto es hablar de Derecho penal del acto y no del hecho, y de acto punible y no de hecho punible. Sin embargo, también hay que advertir que este último término (hecho punible), se encuentra sumamente arraigado en la dogmática penal, por lo que aquí se admite su empleo, ya consignada esta distinción necesaria.

La normalidad de la persona que delinque

Es igualmente pertinente hacer referencia a una temática que tiene incidencia en el estudio del Derecho penal del acto y el Derecho penal de autor, a la cual se ha querido denominar aquí como la normalidad del delincuente.

En efecto, uno de los fundamentos por los cuales es rechazado el Derecho penal de autor, es que su aceptación implicaría, además de las arbitrariedades ya señaladas, una suerte de discriminación frente a aquellas personas a las que se consideraría "delincuentes", únicamente por diversos factores como indigencia, clase social e incluso rasgos físicos particulares.

Debe advertirse, en este orden de ideas, que la persona que delinque es una persona normal y no anormal, como muchas veces se ha pretendido afirmar, que se diferencia de las personas que no delinquen (y que sin embargo pudieran cometer delitos en cualquier

momento) en que ha hecho un mal uso de su libertad, escogiendo el camino del crimen y perturbando de tal manera la convivencia social al lesionar uno o varios bienes jurídico-penales, en virtud de lo cual debe ser sancionado conforme a la ley penal.

Es por esto también que el Derecho penal de autor conllevaría el alienar a cierta categoría de personas, castigándolas por sus cualidades y no por las acciones y omisiones que éstas lleven a cabo, lo cual tiene vinculación estrecha con la problemática de la peligrosidad, especialmente en lo que corresponde a la denominada peligrosidad pre-delictual, es decir, la que se determina antes de haber cometido un delito la persona a quien se etiqueta de peligrosa.

Ciertamente, debe ser observado que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia referida distingue entre peligrosidad pre-delictual y post-delictual, sosteniendo que una se basa en la simple presunción según la cual un sujeto aparenta ser peligroso para la sociedad, en virtud de lo cual, en función preventiva, debe ser extraído de las calles, es decir, en un lenguaje vulgar, "sacado de circulación". Entretanto, se dice que la peligrosidad post-delictual afirma la peligrosidad de un sujeto en cuanto ésta se ha manifestado en la comisión de un determinado hecho punible.

La Ley de Vagos y Maleantes permitía la sanción de la persona en base a una mera peligrosidad pre-delictual, es decir, sin necesidad de que existiese un concreto delito cometido por esa persona. Nada más contrario al Estado de Derecho que dicha presunción de peligrosidad por la personalidad.

En efecto, es necesario señalar que la peligrosidad pre-delictual es la forma más evidente de Derecho penal de autor, por lo que debe ser rotundamente rechazada. De otra parte, sin embargo, la denominada peligrosidad post-delictual goza igualmente de un rechazo considerable, por cuanto si bien es cierto que para que ésta se verifique es necesaria la existencia efectiva de un hecho punible cometido por la persona que desde ese momento se considerará "peligrosa", también lo es el que ese mote de "peligrosa", además de su carácter estigmatizador, está sancionando a la persona más allá de su culpabilidad, la cual se limita al hecho punible que ésta haya cometido, por lo que sería una especie de "handicap" perjudicial para la persona, el establecimiento de su peligrosidad por haber cometido un delito.

Adminiculado a lo dicho, debe ser desmentido aquello de que la persona que comete un delito es una persona, por ese hecho, "peligrosa". En efecto, ya se dijo en primer término que la persona que delinque es una persona normal, y de allí el que, además de lo señalado, se distingue de las demás personas en que se encuentra tras las rejas, mas, como afirmaba con meridiana claridad CARNELUTTI, no es solo que *"los hombres no se pueden dividir en buenos y malos, sino que tampoco se pueden dividir en libres y presos, porque hay fuera de la cárcel prisioneros más prisioneros de los que están dentro de ella, y los hay, dentro de la cárcel, más libres cuando están en la prisión que los que están fuera"*³.

Moral y Derecho penal

Es propicia la oportunidad para hacer referencia a otra cuestión vinculada a la distinción entre Derecho penal del acto y Derecho penal de autor, cual es la de la relación entre moral y Derecho penal. En este sentido, cabe decir que, si bien el Derecho penal y la moral se encuentran muy cercanos, no pueden llegar a identificarse, pues de ser así ello podría traer algunas arbitrariedades, como el castigo de conductas que aunque no se encuentren tipificadas sean consideradas inmorales.

En este mismo orden de ideas, al no poder identificarse moral y Derecho penal, esto trae como consecuencia el que en éste debe imperar el Derecho penal del acto, y no el Derecho penal de autor, puesto que si bien la moral puede, como en efecto lo hace, condenar pensamientos o deseos inmorales, no así el Derecho penal, que sólo puede intervenir ante exteriorizaciones de la voluntad.

Y es que la moral se interesa ante todo por el ámbito interno de la persona, su tendencia interior al bien y su rechazo al mal, mientras que el Derecho penal se preocupa, en cambio, ante todo, por las conductas exteriores, por el ámbito externo de la persona, si bien toma en cuenta, pero posteriormente, la interioridad, al analizar la categoría de la culpabilidad.

Así, pues, de la misma relación existente entre moral y Derecho penal, se desprende el que se rechace un Derecho penal de autor, en

³ CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Pág. 106. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.

preferencia de un Derecho penal del acto, propio de un sistema penal garantista, como ya se ha explicado brevemente en el presente análisis. Es de señalar, además, que permitir la imposición de un Derecho penal de autor, no es más que abrir la puerta para la comisión de crímenes de Estado, lo que además da pie a la discriminación fundada en razones políticas.

La subsistencia del Derecho penal de autor

Debe ser apuntado asimismo en el presente estudio que, a pesar de la predominancia del Derecho penal del acto en la mayoría de los ordenamientos jurídico-penales del mundo, quedan algunos supuestos en los que la legislación se vale del Derecho penal de autor, por lo que puede afirmarse la subsistencia del mismo, si bien en una mínima porción.

Efectivamente, en el ordenamiento jurídico-penal vigente es posible encontrar algunos sesgos del Derecho penal de autor, entre los cuales uno de los más evidentes es el supuesto de la reincidencia, la cual se halla prevista en los artículos 100 al 102 del Código Penal venezolano, la cual puede ser definida como el aumento o agravación de la pena en virtud de la comisión por parte de la persona de un nuevo delito luego de haber sido condenada. Es decir, la persona se ve perjudicada en cuanto a su responsabilidad penal por haber reincidido, esto es, cometido un nuevo hecho punible.

En este orden de ideas, como lo ha destacado ARTEAGA SÁNCHEZ, *"la existencia misma de esta causa de agravación ha sido cuestionada, señalando algunos que su mantenimiento obedece puramente a criterios positivistas de peligrosidad, en tanto que resulta injusto agravar la responsabilidad y aumentar la pena por consideraciones que no tienen que ver con el hecho mismo cometido sino con un hecho anterior ya sancionado"*⁴, lo que evidencia que esta circunstancia (la reincidencia) responde a la recepción del Derecho penal de autor.

Otro ejemplo de subsistencia del Derecho penal de autor está constituido por algunas circunstancias agravantes contenidas en el artículo 77 del vigente Código Penal venezolano, tales como las de los numerales 19 y 20, según los cuales se consideran agravantes "ser

⁴ ARTEAGA SÁNCHEZ. Alberto. *Derecho penal venezolano*. Pág. 237. McGraw-Hill. Caracas, Venezuela. 1997.

vago el culpable" y "ser por carácter pendenciero", es decir, características personales del agente o autor del hecho punible, por lo que se le castiga en exceso únicamente por lo que son, y no por lo que hacen.

Conclusión

En el presente estudio, se han intentado exponer brevemente las nociones de Derecho penal de autor y Derecho penal del acto, pretendiendo subrayar sus diferencias, así como los peligros de adoptar un sistema penal basado en el autor, es decir, un concepto peligrosista del derecho de punir, lo que como se ha dicho, conlleva abrir la puerta a una serie de arbitrariedades y una suerte de totalitarismo penal inadmisibles e incompatibles con el garantismo penal, que debe ser propugnado hoy más que nunca.

Sobre todas las cosas señaladas, parece importante terminar este estudio destacando que un Derecho penal de autor reduce al ser humano que delinque a una categoría inferior o diferente de quienes no delinquen, desconociendo así el concepto de persona y su dignidad, pues todas las personas, aún cuando delincan, siguen siendo personas, y es por ello que se les debe tratar como tal, y es totalmente injustificable en este mismo sentido que se castigue a la persona por lo que es y no por lo que hace. El Derecho penal sólo debe intervenir ante conductas o comportamientos humanos, lo que está en la esfera interna del hombre y su propia personalidad deben quedar inmunes a la intervención penal.

Alejandro J. Rodríguez Morales