

**CONVENCION EUROPEA Y PRINCIPIO  
DE RESPONSABILIDAD PERSONAL**

**Luciano Pettoello Mantovani**  
Profesor de Instituciones de Derecho  
y Procedimiento Penal en la  
Universidad "La Sapienza" de Roma



Ante todo querría manifestar la razón especial que me lleva a agradecer y no de manera formal, como suele ocurrir, a mi insigne amigo el profesor Beristain por la invitación que me ha hecho a participar en este curso. Y esa razón estriba en el interés y en la complejidad del tema elegido, el cual no puede sino proporcionar, a quien se decida a profundizar en él, un vivo enriquecimiento.

Y digo esto porque la defensa de los derechos humanos ha venido siendo por lo general objeto de análisis preferentemente normativos, que, al estudioso ajeno a lo que el derecho penal internacional impone con sus dictados, apenas le preocupa conocer.

Además de estos análisis, ¿qué se puede pretender?, dirá alguno. ¿No es, pues, éste el modo de restituir el derecho penal a su propia estructura? Y si así ocurre, ¿no es ya suficiente? Al contrario, respondo; y no es paradójica, este género de elaboraciones no significa nada, porque el pensamiento que deberían expresar manifiesta, en realidad, un inconsciente simplismo. Y simplista es, por consiguiente, la justificación pretendida.

Este es el punto, éste el motivo que resulta atrayente en esta iniciativa. La cual, a diferencia de lo que suele ocurrir en cursos como éstos, está llamada a reflejar más que *el ser* de las normas de derecho penal internacional, su *deber ser*, es decir, no tanto la *existencia de datos valorativos*, que incluso podrían no existir, cuanto la *esencia* que debe regirlos. Considerando precisamente este aspecto, poco visible, pero fundamental, no podemos menos de estarle agradecidos al amigo Beristain.

La distancia que separa hoy el clima de trabajo en que se mueve el que se dedica al estudio de los principios penales de lo que constituye en cambio el clima de trabajo de quien se ocupa de derecho penal internacional es una distancia que realmente hace época. Se habla sin duda, incluso en el segundo caso —cómo no— de principios; de principios llamados, en su conjunto, a formar una problemática. Pero la verdad es que estos principios, esta problemática, son tales sólo desde la perspectiva de totalidad de un complejo de normas penales internacionales tomadas como objeto: por lo cual los principios son aquellos que se logran mediante un simple trabajo de abstracción a partir del material normativo al que uno se enfrenta, y la problemática viene así a encontrar su salida natural en una dogmática.

Con respecto a ello, no quiero ciertamente extenderme en decir qué es para mí la problemática como lugar de la mente que tiene por objeto los principios. Lo he tratado ya a lo largo de todo un libro, que lleva precisamente como título: “El valor problemático de la ciencia penal”. Quiero aquí limitarme a subrayar que una ciencia penal sólo puede existir en la medida en que sea concebida como actividad de profundización, de investigaciones nunca satisfechas precisamente en relación a los principios, incluso como problemática, principios y problemática que en los datos normativos no encuentran sino una comprobación contingente.

En general se podría, en cambio, hablar del fenómeno opuesto, sólo interpretativo, al que he aludido más arriba, en los tratados de derecho penal internacional, y sobre todo buscar sus razones. Es decir, ¿por qué el derecho penal internacional de estos años

—prescindo, como es obvio, de un pasado radicalmente distinto— presenta una fisonomía que nada tiene que ver con la que caracteriza el resto de la ciencia penal? No es ésta una pregunta a la que se pueda responder cabalmente en el marco de la presente lección, aunque se me permita suponer que en la base de la situación a la que nos estamos refiriendo exista el error bastante difundido de sostener que los temas penales - internacionales son, en buena medida, temas de derecho internacional o de derecho procesal - penal: por lo cual deberían ser tratados preferentemente por los estudiosos del derecho internacional o, en todo caso, del derecho procesal penal. Esto estaría absolutamente fuera de lugar, porque también en el caso del procesalpenalista, se trata de evidenciar, por la naturaleza misma de sus estudios, el aspecto *formal*, más que el aspecto *sustancial* de las instituciones. Mientras que, en cambio, sólo resaltando debidamente la sustancia, haciendo patente, digamos, esa continuidad de valores que hace del derecho penal una única cosa, es posible entender y hacer entender lo que es más importante: me refiero a la falta absoluta de relieve que resultaría de cada una de las partes que se distinguen formalmente en el derecho penal, si se procede a una consideración separada del conjunto de todas las demás partes; sin comprobar, por tanto, si es eventualmente diferente el principio regulador.

Se trata del fenómeno por el que en el derecho penal la posición ideológica adoptada en relación a un problema provoca soluciones particulares en relación a problemas topográficamente, y por lo mismo *formalmente*, diversos. Dos ejemplos tan sólo: está claro que en lo referente a la cuatripartición formal —norma, delito, reo, pena— en que se subdivide el derecho penal, el “totalitarismo”, por su concepción del *delito*, no establece, como veremos en la lección de mañana, principios nuevos relativos al delito, pero altera de alguna manera la estructura de la *norma*, introduciendo en ella cláusulas generales omnicomprendivas, en lugar de las “liberales” en cuestión; y lo mismo con otro ejemplo que ve hoy en la *pena* un residuo ya superado de viejas ideas, se debe tratar únicamente del *reo*, mostrando en él, sobre las huellas de teorías de otro tiempo, la falta de autodeterminación, y por consiguiente la injusticia de una intervención sancionadora por parte del Estado.

En este sentido, y con un objetivo centrado en los problemas del derecho penal internacional, ¿cómo es posible entonces garantizar de modo plenamente consciente que los derechos que se refieren, por ejemplo, a la persona humana puedan ser protegidos con seguridad, sin entrar también *en cada uno* de los sectores que forman, en su conjunto, el derecho penal —es decir, la norma, el delito, el reo, la pena?

Todo lo dicho hasta aquí era necesario para el desarrollo del tema que se me ha propuesto, para mostrar, a propósito de esa rama particular del derecho penal que es el derecho penal internacional, la necesidad de recurrir, llegado el caso, incluso a profundizaciones teóricas que están más allá no sólo de los datos normativos, sino también de cada una de las instituciones que se deben examinar. Y esto en virtud de la conexión interna que une a cada una de estas últimas. Precisamente con esta finalidad mi elección se ha orientado, con intención casi provocativa, a un tema como el de la responsabilidad, el cual, aun refiriéndose a los presupuestos personalistas mismos del derecho penal, desarrolla hoy obligatoriamente su problemática fuera totalmente de la categoría de persona, es decir, de *reo*, para introducirse en cambio en la categoría de

*delito*. De donde resulta que la defensa de un valor penal fundamental puede también tratarse en un área distinta de aquélla que es considerada como su espacio dogmático natural.

Pero, ¿qué dicen en realidad las fuentes del derecho internacional en relación al principio concreto que queremos tratar? Nada o muy poco que pueda conducir hacia horizontes nuevos. Y por otra parte, a decir verdad ¿qué ayuda podrían aportar en concreto, qué más podrían decir respecto a tal o cual afirmación genérica que en ellos se contiene, documentos tan relevantes como la misma Convención europea a la que me refiero, que precisamente para poder ser supranacionales deben perder en concreción lo que logran en extensión? Precisamente desde esta particular perspectiva debemos apresurarnos a insistir en que si tenemos algo que hacer con afirmaciones de principio genéricas, tales afirmaciones y tales principios no pueden menos de exigir una investigación ampliada también a otros sectores, que haga posible que la especificidad neutralice lo genérico y la problemática haga concreto el principio. Lo cual constituye una más que evidente llamada de atención al estudioso del derecho penal sustancial.

Yo voy a comenzar con una alusión a las vicisitudes que han situado el problema en sus términos actuales. Y no, ciertamente, por amor a la historia, sino, por el contrario, para ver cuál es hoy nuestra tarea.

Basta tan sólo prestar un poco de atención al tema y en seguida se advierte cómo las diversas fases por las que ha pasado la ciencia penal son totalmente paradójicas. Hemos conocido la lección de los clásicos, que habían, sí, exaltado al hombre, pero habían, por el contrario, olvidado su figura cuando se trataba de consagrarla como *institución* en el marco del derecho penal; hemos pasado luego a una elaboración positivista, que, en contradicción manifiesta con tal visión, negaba al hombre características de conciencia que lo diferenciaban de los demás seres, pero le reservaba, por el contrario, una posición autónoma en el derecho penal, reconociéndolo —y era la primera vez que ocurría esto— como *institución* de primer plano.

Otra paradoja más: no se puede ciertamente negar que fueron precisamente las estructuras mecanicistas ofrecidas por el positivismo el soporte lógico-racional que proporcionó la plataforma para esa idea de bien jurídico que está en el centro del liberalismo penal moderno.

Con lo cual podemos en verdad decir que hemos llegado al fondo del problema. Y aquí, en el terreno de la responsabilidad penal, se juega la disputa que ha visto oponerse en nuestro siglo a la ideología liberal la ideología totalitaria. Constatación ésta de gran valor en relación a la Convención europea, ya que la naturaleza netamente democrática del documento es capaz de imponer en las confrontaciones de cada Estado adherente una elección de campo bien precisa. El que la fuente normativa y, como consecuencia, los contenidos interpretativos sean vinculantes deriva del hecho de que nos encontramos frente a un tratado multilateral verdadero y propio.

Pero llegados a este punto, donde todo parece ya resuelto, comienzan en cambio las dificultades; y ello sucede precisamente en relación a los principios de los que tantas veces he hablado: cuando se trata de concretarlos. A este respecto, ya he dicho que un

contacto con los diversos momentos recorridos en la historia de ayer por la discusión sobre los límites que se deben señalar a la responsabilidad en el campo penal es lo que confiere la necesaria conciencia con respecto al hoy.

Responsabilidad sólo para un hecho propio ha sido la conquista personalista realizada por los liberales del derecho penal después de la anterior oscuridad que había visto atribuir a un sujeto lo que en realidad otro había cometido. Pero, ¿qué se entendía realmente por “hecho propio” en una concepción liberal? Y he aquí que a este propósito la reflexión se orienta hacia la idea de bien jurídico, a la que si he aludido más arriba, no ha sido sin intención. Llegado, pues, al fondo mismo de la investigación, ha sido en realidad este concepto el que ha determinado en el liberalismo la sustancia y los contornos de la responsabilidad: en relación al objeto de la tutela, se ha considerado responsable a quien ha provocado o ha contribuido de hecho a provocar la lesión del bien.

Aquí reside, en este requisito, la indudable validez, pero también la oculta debilidad de la innovación aportada. Porque en el momento mismo en que se proclamaba la exigencia personalista que gobernara la responsabilidad penal, se minaban sus fundamentos con el recurso a esa contraria disposición mecanicista de ideas, que era la del naturalismo, según el cual también la acción (o la omisión) puesta en práctica por la persona humana debía considerarse como causa no diferente de cualquier otro fenómeno natural. Una conquista igualmente, podemos decir, respecto a un tiempo relativamente próximo en el que la acusación se hacía, como he dicho, por hechos totalmente ajenos al sujeto, pero muy pocas veces a pesar de la acción (o de la omisión), ya que ésta no era considerada en relación subjetiva ninguna con el hecho de que se trataba. La crítica posterior ha surtido el efecto de no situar ya el pensamiento liberal en una posición avanzada, sino en un papel de reacción superada. Más que limitarse a una acción (o a una omisión) —se objetaba—, ¿no habría sido mejor estudiar el sujeto, examinar sus más ocultas motivaciones, con el objeto de ver lo que realmente había tras de la acción (o la omisión) que se le imputaba? Ciertamente, en cualquier momento puede darse una tentación semejante, ya que, frente a la totalidad del individuo, no deja de tener un relieve muy escaso ese segmento de vida que es la acción realizada por dicho individuo en un momento determinado, que además tal vez no prueba, por ser totalmente heterogéneo respecto a su personalidad.

Para despejar cualquier duda a este propósito hay además una consideración decisiva. Una consideración que pone de manifiesto cómo todo lo que al respecto ha ocurrido pertenece más a la historia política que a la de las ideas; o, si se quiere, a la historia de las ideas políticas. Utilizando precisamente pensamientos personalistas como los que se acaban de exponer, se ha afirmado de hecho, con un razonamiento falso, que lo que se opone al derecho, al Estado, no es en definitiva una acción (o una omisión) sino más bien el individuo que la ha realizado. Por consiguiente, sería jurídicamente inaceptable que el centro de gravedad de la responsabilidad fuera traspuesto del hecho al autor: debería ser el autor y no el hecho lo que determinara el objeto concreto de la acusación.

Lo cual, por otra parte, si se cumple, llevaría a renunciar irremediabilmente a la certeza misma del derecho. No parece que se ponga en evidencia el planteamiento totalitario de un tal concepto de responsabilidad. Más bien se precisa, como complemento, que la valoración de una *Gesinnung*, de una actitud interior, realizada recientemente por

Schmidhäuser en Alemania o por Bettiol en Italia, supone una idea del todo diferente, incapaz de inducir ni siquiera a la cautela, teniendo en cuenta el pensamiento de esos autores.

Con un rechazo clarísimo de cualquier lisonja que lo lleve más allá de la realidad, el fundamento personalista de la responsabilidad penal se ha solido mostrar hoy como siempre se había hecho, gracias al liberalismo; y está configurado de tal modo que así es como se presenta en los principios de derecho internacional. Pero, ¿es justo que sea así? Quiero decir: frente a una responsabilidad personal, reafirmada por un Estado por el solo hecho de una acción o de una omisión ¿pueden documentos internacionales, como por ejemplo la Convención europea, satisfacer los principios en los que se inspiran? Respondo de forma tajante que no. Porque con no menor convencimiento mantengo que es ésta la forma clandestina de obrar con la que un Estado puede contrabandear en el ámbito de la comunidad a la que pertenece, lo que en el fondo no debería estar consentido por una elemental exigencia de cultura penalista. No se puede, pues, afirmar que la responsabilidad penal debe ser personal y seguir poniendo en su base únicamente su raíz humana. La simple constatación de la existencia de una conducta es realmente testimonio, con respecto a la responsabilidad, de una unión que en lugar de personal —como la que se debe afirmar precisamente en la responsabilidad— sería mejor definir únicamente como psico-física ya que no tiene por objeto el comportamiento del individuo en las confrontaciones con el ordenamiento. Mientras que, por el contrario, el término “personal”, referido al de “responsabilidad”, es totalmente apropiado, porque significa esto: la necesidad de exigir algo más de una conducta que, si constituye efectivamente un dato subjetivo, permanece sin embargo totalmente neutral cuando se trata de valorarla jurídicamente respecto al hecho. (Y en tal sentido —permítaseme observar— bien poco añade, aunque se vista con un ropaje psicológico antes que fisiológico, a la causalidad sólo física de los naturalistas que se pretende criticar). Por otra parte, por un motivo opuesto pero igualmente irrefutable, digo que el término “personal” interpretado no ya en el sentido de conducta *psico-física* sino de dato revelador de la *personalidad*, no queda recogido por la razón que más arriba he señalado: porque de otro modo el caso en cuestión cede ante la indeterminación, la democracia frente al totalitarismo. Por eso era importante en relación con el hoy hacer la historia —extremadamente trabajosa— del concepto de acusación. Colocada en un punto delicadísimo, entre dos tentaciones que la hacen oscilar, *siempre en el plano subjetivo*, entre lo que concierne al hecho (donde objeto subjetivo sería la conducta *psicofísica*) y lo que concierne en cambio al individuo (donde objeto subjetivo sería la *personalidad*) una idea liberal de responsabilidad personal no debe conocer vacilaciones.

Es evidente la necesidad de que el sujeto agente se manifieste, con su conducta, no sólo como ser pensante sino también en su actitud frente al derecho, frente al Estado. Porque sólo así se puede decir lo que es el valor, o mejor el desvalor, de su acción (u omisión) consciente y voluntaria. No podemos quedarnos, pues, en un estéril psicologismo, como sería el caso si nos limitáramos a la mera constatación de una conciencia y de una voluntad, sino indagar en el modo como la conciencia y la voluntad se han realizado: como dolosas más que como culposas. De donde se seguirá lo único que cuenta, es decir, el diferente peso negativo en el plano jurídico del comportamiento tenido.

En segundo, o más bien en primer lugar, es preciso tener presente ese único punto de referencia que es para la acción (o para la omisión) consciente y voluntaria: el bien jurídico. Fuera del bien jurídico, falta la certeza del derecho, y consiguientemente falta la tranquilidad social, la seguridad: es el caos.

Yo ciertamente no niego —y precisamente en esta sede, junto al amigo Beristain al que tanto debemos si estimamos de verdad un derecho penal fundado en el hombre— que el dato de la acción (o de la omisión) consciente y voluntaria deba evaluarse también con todo el cortejo de los datos personales que caracterizan la conducta y su sujeto. Pero debe quedar igualmente claro que los elementos esenciales para una idea liberal de responsabilidad modernamente entendida son: I) el bien jurídico; II) una acción (o una omisión) consciente y voluntaria que lesiona ese bien; III) el manifestarse culpable (doloso o incluso culposo) de la acción (o de la omisión) consciente y voluntaria. El elemento personal es solamente lo que especifica después en el plano subjetivo la acción (o la omisión) consciente y voluntaria, que constituye —conviene subrayarlo— el único objeto de la represión. En el derecho penal internacional no menos que en el derecho penal interno.