

## CULTURA, CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL\*

Luis ARROYO ZAPATERO

Expreso ante todo mi agradecimiento a los organizadores del Congreso por haber contado conmigo. En segundo lugar, pero casi más importante que lo primero, mi maestro don Marino Barbero Santos —por quien conocí a la doctora Olga Islas y al doctor Sergio García Ramírez— me enseñó que cuando un universitario español toma la palabra, particularmente en México, debe comenzar agradeciendo la invitación, por supuesto, pero sobre todo el hecho de que hace más de cincuenta años, cuando la tragedia nos privó de más de cien catedráticos —de los doscientos cincuenta con que contaba España—, en un momento de máxima consternación de la vida nacional, tuvimos la suerte de que una buena parte de nuestra intelectualidad encontrase un solo país del mundo en el que desde el más modesto ciudadano hasta el presidente de la República organizaron la acogida de toda una generación de juristas, historiadores, médicos, cineastas, escritores.

Baste con mencionar a algunos juristas de esa larga lista: Mariano Ruiz Funes, Constanancio Bernaldo de Quirós, Mariano Jiménez Huerta, Blasco y Fernández de Moreda, Victoria Kent, Felipe Sánchez Román, Niceto Alcalá Zamora y Wenceslao Roces o Manuel Martínez Pedroso. Todos esos viejos intelectuales republicanos españoles encontraron una nueva vida en esta patria del águila y el nopal, de tan honda hospitalidad que en su capital reposan los restos de seis rectores de universidades españolas. Conviene recordar esto, además de por gratitud, no sólo para que los más viejos de mis paisanos lo tengan presente sino para que los jóvenes estudiantes no piensen que el estado natural de los españoles es la democracia y el bienestar social.

\* Versión estenográfica.

No hago esta invocación del pasado por ser pesimista, sino por optimista. Creo que sólo los pesimistas pueden pensar en este comienzo del tercer milenio que el mundo de hoy es más complejo que el de hace cincuenta años. Lo que ocurre es que hoy, en la globalización de la economía y, sobre todo, de las comunicaciones y de la información, toda la complejidad del mundo, la multiplicidad de problemas y tragedias, las muy diferentes culturas y las desigualdades radicales de desarrollo están más a la vista que nunca. Sin embargo, esa complejidad no nos debe ocultar —en mi opinión— la sólida realidad del progreso del género humano.

Quiero darles algunos ejemplos de ese progreso que nos mueve a ser optimistas. El primer ejemplo, relativo al ámbito iberoamericano: los países de nuestro espacio cultural, España y Portugal y todos los países de la tierra firme del continente americano, desde Río Grande hasta Tierra del Fuego, por vez primera en nuestra historia vivimos en una democracia, más o menos imperfecta, pero en una democracia. Y en mi caso es la primera vez en muchos años que una reunión de juristas no tiene que comenzar por preocuparse de los colegas presos en otros países. Esta es la razón más fuerte para que los latinoamericanos o hispanoamericanos, como nos gusta decir a los españoles, seamos optimistas en lo que se refiere a la realidad de nuestro progreso.

Segundo ejemplo: hemos vivido recientemente una profunda crisis de la legalidad internacional, esa legalidad que se dio en los pueblos libres del mundo en respuesta a los horrores de la Segunda Guerra Mundial. En la crisis del Consejo de Seguridad fueron precisamente dos países latinoamericanos, Chile y México, quienes mantuvieron la dignidad, junto a los países tildados de ser la “vieja Europa”. Estoy seguro de que están bien a la luz, terriblemente explícitas, las razones y sinrazones de la invasión de Irak, en especial la *ratio decidendi* en ese extraño matrimonio entre fundamentalismo luterano y propósito de rapiña de los recursos naturales. La crisis de Naciones Unidas se superará positivamente, más pronto que tarde, y quizá no fuera extemporáneo que una reunión de tantos y tan cualificados juristas pudiera estimular a los agentes políticos de esa superación.

En tercer lugar, todos los países de la comunidad latinoamericana han asumido la Convención Americana de Derechos Humanos y se han sometido al control de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con

sede en Costa Rica, al ejemplo de lo que hicimos los demás iberoamericanos, portugueses y españoles, cuando nos liberamos de nuestras dictaduras y nos colocamos bajo la jurisdicción de la Corte Europea de Estrasburgo. Esto no es un asunto procesal, no es un asunto jurídico formal. Contribuye a la solución de los problemas históricos del desarrollo de nuestro continente, paralizado desde que se formuló el llamado Consenso de Washington. Hemos llegado a un punto en el que el optimismo parece ser la principal referencia de nuestro trabajo como juristas.

Me corresponde hablar, en el juego que nos hemos distribuido, de algo que nadie puede poner en un orden perfecto: cultura, Constitución y derecho penal. Lo que yo querría abordar no es tanto que el derecho penal es un derecho más o menos importante y complejo, y que las Constituciones rigen el derecho penal. Más bien quiero poner en relieve, como consecuencia de algo a lo que me referiré de inmediato, que el derecho penal regido por las Constituciones modernas no sólo constituye un estadio en la evolución jurídica de nuestros países, sino un elemento de cultura fundamental de éstos.

En otra mesa de este Congreso hablará —si no lo ha hecho ya— Peter Häberle, quien sin duda alguna ha desarrollado con más modernidad y mayor rigor, el concepto de cultura jurídica de los pueblos aplicándolo fundamentalmente a los europeos, pero nosotros debemos saber aprovechar ese legado para entender y configurar la cultura jurídica de los pueblos euroamericanos. El doctor Rafael Márquez ha hecho referencia a varias Constituciones. Yo no querría decir más que lo siguiente: no es una mera relación de continuidad y de casualidad que todo comenzara un buen día de 1917 con la Constitución mexicana, pero así fue. A la mexicana siguieron la de Weimar, alemana, y la de la República española.

Tras la Segunda Guerra Mundial los pueblos de Europa decidieron establecer unas relaciones políticas entre las clases y sectores sociales que superaran las condiciones de desigualdad y conflicto que habían dado lugar a ese conflicto mundial, y surgieron las Constituciones alemana e italiana —los franceses bastante tienen con administrar la herencia de la Revolución francesa y de Napoleón— que luego han servido para que España y Portugal, abrazada la democracia, pudieran asumir casi de un golpe cuarenta años de historia constitucional europea, y para que los países iberoamericanos, cuando llegó el punto de la madurez y de la posibilidad de la reforma constitucional, abordaran las reformas como lo

hicieron, por ejemplo, los colombianos en 1991, los argentinos en 1994 y los mexicanos en 1995.

Estas Constituciones, cuya singularidad aparece con la mexicana de 1917, consagran una idea de Estado distinta y superior a la del Estado liberal. Ésta es la esencia, el dato fundamental. Ellas configuran lo que hemos venido en llamar, de la mano de los estudiosos de la ciencia política, el Estado social y democrático de derecho. Esto no es simplemente el contenedor en el que se mueve y se tiene que mover el derecho penal, sino implica un mundo jurídico nuevo en donde la doble novedad reside en la dimensión social del Estado y en el porte normativo de la Constitución como ley de leyes. Además, se instituyen organismos nuevos, como las cortes constitucionales, o se renuevan otros, como las viejas cortes supremas, para asegurar la vinculación al momento y a las declaraciones de los respectivos constituyentes por parte de legisladores, jueces y administradores, y también, naturalmente, de los juristas y en particular de los que tenemos por función la investigación o la docencia en derecho penal.

A través de la justicia constitucional, los recursos de constitucionalidad, los recursos de amparo —entre ellos, el juicio de este nombre, gran contribución mexicana al proceso de justicia constitucional de nuestro mundo y nuestro espacio cultural—, la Constitución se convierte también en una fuerza rectora para la interpretación de las leyes. Además, a las Constituciones nacionales se van sumando organizaciones regionales con esa misma orientación: así, la Declaración Europea de Derechos del Hombre, con el Tribunal de Estrasburgo, y la temprana Declaración y luego Convención Americana de Derechos Humanos, con la Corte de Costa Rica. Consagrado ese fenómeno regional, acude otro de carácter mundial —aunque hay quien se “defiende”—, que es la Corte Penal Internacional. Por cierto, la Corte Penal Internacional se crea en un tratado, y si los países dictan una ley de aplicación y de configuración de su ordenamiento jurídico en relación con la Corte Penal Internacional, no se produce riesgo directo de *ne bis in idem*. El problema es que hay que ayudar a que las instituciones se desarrollen, y para desarrollar las internacionales hace falta modificar las propias.

El fenómeno de las Constituciones con estela distinta de la que corresponde históricamente a los Estados liberales, que comienza en la mexicana de 1917 y termina —en mi opinión—, por lo que a esta fase se refleja

re, con la plena funcionalidad de la Corte Interamericana de Costa Rica, presidida desde hace unos días por el doctor Sergio García Ramírez, nos hace recordar un panorama que en 1955 formulara en México, quizá con exceso de optimismo, Mauro Cappelletti, y que luego Fix-Zamudio ratificó en 1968, y que recientemente Carlos Morales ha recordado en su último libro: la justicia constitucional concurre a la vida, la realidad y el porvenir de las Constituciones de esta época.

En derecho penal, ¿qué quiere decir todo esto? Significa, en corto y en derecho, como dirían los taurinos, que el derecho penal no puede ser concebido ya como un mero poder policial del Estado, al que hay que ponerle límites, como lo han hecho los penalistas tradicionalmente y se sigue haciendo. En mi opinión, hoy tendríamos que ser capaces de distinguir, como elemento de cultura, que un derecho penal que no esté inspirado, vinculado y controlado por el orden constitucional de valores, no es más que policía, no es derecho penal. Esa idea de Estado social democrático de derecho no solamente ha nacido para ser aprovechada por los politólogos y por los constitucionalistas. Debe ser aprovechada por los penalistas y no solamente por los que se dedican a veces, como en España, en una extraña división del trabajo, únicamente al derecho procesal. El derecho al proceso justo no es precisamente el invento que configura como novedad este Estado social y democrático de derecho. El derecho a un proceso justo es un invento que tiene que ver más con la Revolución francesa que con las modernas Constituciones, aunque es posible que se realice con mayor perfección sólo en la época actual.

Para mí, lo que el Estado social y democrático de derecho tiene de novedoso para el derecho penal es lo que concierne precisamente al derecho penal sustantivo. Un Estado que no proclama la ignominia de una igualdad inexistente, que no hace la demagogia de la libertad real, sino que por el contrario proclama, desde una hermosa cláusula de la ley italiana, que es obligación del Estado superar los obstáculos que dificultan el que los hombres y mujeres sean libres e iguales, esa es la cláusula transformadora e innovadora de todos los sectores del ordenamiento jurídico. Y eso tiene consecuencias, y debe tenerlas, en todos los espacios del derecho penal sustantivo, como ocurre naturalmente en el fundamento de la responsabilidad.

Sólo quien crea que la sociedad es la suma de hombres iguales y libres puede establecer el fundamento y fin de la pena en la retribución, en el uso

de libertades individuales no contaminadas por la realidad; y si hay que tomar la realidad como elemento constituyente de la norma jurídica, eso naturalmente tiene muchas consecuencias, pero me basta una: la de que hay que reconocer primero el principio de culpabilidad —se entienda como se entienda—, acabar con los vestigios de la responsabilidad objetiva, manifiestos y ocultos vestigios. Hay que reconocer las consecuencias del error de derecho en la terminología tradicional, y en el caso del error de prohibición en derecho penal hay que reconocer al menos la necesidad de atenuación de la pena.

Es preciso establecer la atenuación de la pena como consecuencia de culpabilidades vinculadas a lo cultural, y reconocer la singularidad cultural como elemento modulador de la responsabilidad. Todo esto, hasta donde se alcance el límite infranqueable de la dignidad de la persona humana, en la cultura de que se trate. Pero debe advertirse sobre esto que no cabe respeto a cultura alguna que sirva para justificar, por ejemplo, la mutilación genital de las mujeres. Es relevante la cuestión, porque en los últimos años hemos sido responsables de un desarrollo del concepto de culpabilidad atendiendo a nuestras comunidades históricas, y a veces éstas aparecen en el tiempo presente con comportamientos que no resultan compatibles con la dignidad de la persona humana.

Aludimos al derecho penal de la resocialización, pero no a un derecho penal que imponga el tratamiento y sus contenidos. El catálogo de penas excluye las que son en todo caso incompatibles con el propósito de resocialización, que por supuesto sería la de muerte, e igualmente la cadena perpétua sin beneficios penitenciarios, que permitan salir con vida de la prisión. También proclama y exige esa idea de cultura del Estado social y democrático de derecho que la finalidad de la pena, expuesta en las leyes, no sea falsificada por un sistema penitenciario que no satisfaga las más elementales condiciones de dignidad.

Esa idea de derecho penal en un Estado social y democrático de derecho tiene que afectar también al catálogo de bienes jurídicos de la parte especial. Hay países a los que les cuesta reformar y darse nuevos códigos. Briccola decía que la conservación de los viejos códigos solamente sirve para poner trabas a los contenidos progresistas que traen consigo las nuevas Constituciones. El hombre no puede ser considerado en el ordenamiento de los bienes jurídicos de la parte especial sólo como un titular de derechos individuales e individualizados. Hay que considerarlo en

concreto, no en abstracto, tomando en cuenta cómo somos los hombres en lo que a la vida, la integridad corporal, la salud y demás se refiere. Es preciso tomar al hombre como trabajador, y por eso se debe proteger la posición de debilidad especial del ser humano en su trabajo, y la del hombre en el medio ambiente natural de lo que han salido y deben seguir saliendo las configuraciones del derecho penal del medio ambiente. El ser humano es hoy —salvo en las zonas de pobreza— ante todo trabajador y consumidor, y conforme a esa posición debe actuar el derecho penal.

Si digo que al hombre, con mayúscula, como se advierte en las viejas declaraciones, hay que tomarlo en sus posiciones concretas y a partir de ahí establecer las protecciones penales, me atrevo a decir que esto también tiene aplicaciones específicas por lo que toca a la mujer dentro del Estado social y democrático de derecho. A veces nos resulta más fácil reconocer el fundamentalismo cuando éste consiste en poner a las mujeres un velo, en París o en Madrid. Y no nos acordamos de que hace cincuenta años llevaban velo nuestras mujeres. Nos resulta muy fácil reconocer el fundamentalismo, cuando condenamos al imán de Fuengirola que ha escrito un libro en el que explica que a las mujeres hay que pegarles, aunque no mucho, pero sobre todo hay que pegarles bien, porque son seres de segunda categoría. Cuando vemos eso en el territorio de la moderna Andalucía de los campos de golf, reconocemos inmediatamente el fundamentalismo. También lo reconocemos cuando estamos preocupados porque los catorce kilómetros que separan África de Europa se han convertido en un paso de miles de miserias, y permiten conductas como la mutilación genital, realizadas impunemente con las niñas de las familias musulmanas en París o en Barcelona. Ahí reconocemos con facilidad el fundamentalismo, pero el Estado social y democrático de derecho que se inspira en la idea y el principio de la razonabilidad, de la proporcionalidad, no puede dejar fuera el desvelamiento de otros fundamentalismos. Tendríamos que ver si hemos sido consecuentes con los fenómenos del crimen organizado, de la violencia terrorista, contra el medio ambiente, pero creo que no hemos sido consecuentes contra un fundamentalismo propio, muy hispano: el de la desprotección de la mujer frente a la violencia doméstica, de género, cuyo desvelamiento en la España moderna, como una verdadera epidemia que pasaba por delante de todos, sin que la viéramos ni la quisiéramos ver, y que hoy tiene a toda nuestra opinión pública consternada.

No son compatibles con la idea de cultura de los derechos fundamentales incorporados a la esencia del derecho penal las figuras delictivas de adulterio, la incriminación indiscriminada de los casos de aborto voluntario o del uso de esos modernos medios “diabólicos” de la píldora del día después. La comunidad latinoamericana, iberoamericana, hispanoamericana, como se prefiera, tiene que reflexionar sobre estas cuestiones. Estando, como estamos, con todas las razones dadas para ser optimistas, nos quedan algunas cuentas pendientes: la pobreza, la desigualdad y, en lo que a las leyes penales se refiere, el tratamiento de las mujeres. Esto es derecho penal moderno, cultura y Constitución.