

[Perú a fines del siglo XX](#)

[La coyuntura histórica](#)

[Control Social, Neoliberalismo y Derecho Penal](#)

[Los sistemas penales, de seguridad ciudadana y el derecho penal como medios de control social en el neoliberalismo](#)

[Control social, realidad criminología y planteamientos alternativos](#)

[Principios de derechos penal democrático que deben preservarse en toda reforma](#)

[Una particular visión del control social](#)

PARTE III

CONTROL SOCIAL, NEOLIBERALISMO Y DERECHO PENAL EN UN PAÍS DEL TERCER MUNDO: PERÚ

CAPITULO I

PERU A FINES DE SIGLO XX

La coyuntura histórica

Los filósofos, los sociólogos, los economistas, los historiadores se encuentran preocupados por explicar las nuevas alternativas en el nuevo horizonte de la sociedad mundial. Es la época de los grandes cambios paradigmáticos o, como diría Fernando Mires,³⁰⁸ estamos asistiendo al Periodo histórico de la revolución que nadie soñó.

Hay autores en un extremo de triunfalismo *fundamentalista* que sostienen como tesis, siguiendo a Hegel y Kant —algunas lecturas de ellos—, que es la época en la que ha llegado a su fin la *Historia*. Y que en adelante el desarrollo social se hará dentro de este Periodo último y final de la sociedad que es, sin duda, según este autor: la sociedad capitalista.³⁰⁹ Este Periodo se ha inaugurado desde los 70-2000 (este Periodo, es arbitrario dado que hay autores que ubican su inicio en el

³⁰⁸ MIRES, Fernando. *La revolución que nadie soñó o la otra postmodernidad*. Venezuela, Editorial Nueva Sociedad, 1996.

³⁰⁹ FUKUYAMA, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona, Editorial Planeta, 1992. No discutiré ésta tesis. Sin embargo, dejo sentada mi discrepancia. Fontana hace una crítica severa a Fukuyama en este libro. FONTANA, Josep. *La historia después del fin de la historia*. Editorial Crítica (Grijalbo Comercial S. A.), Barcelona, 1992.

siglo XVI³¹⁰ coincidiendo con los grandes descubrimientos geográficos de esa época); en esto hay consenso entre los académicos de las ciencias sociales y políticas, la era de la globalización, precisamos: globalización del sistema capitalista.³¹¹

Todo lo anterior ha obligado a rediseñar las políticas económicas en el ámbito mundial, en todos los confines de la tierra utilizando la revolución tecnológica en informática, la cibernetica, los medios de comunicación electrónicos. A su vez estos avances tecnológicos se usaron como medios de penetración sigilosos en los Estados-Nación [vulnerando uno de los paradigmas de la modernidad el concepto de soberanía territorial] traspasar las 24 horas las fronteras de los Estados con estos medios electrónicos a cada uno de los Estados del globo, cuestionando, en la práctica (con estas nuevas tecnologías ["...que posibilitan una sensible variación de la apropiación y aprovechamiento privados de las energías sociales"³¹²]) los paradigmas de nación, Estado y soberanía.³¹³

Hoy, los estudiosos de la ciencia política y las ciencias sociales están redefiniendo viejos conceptos adecuándolos a los nuevos vientos y a los nuevos descubrimientos científicos, tecnológicos y a las nuevas

³¹⁰ Pablo Macera nos habla de tres etapas de la globalización, la primera en el siglo XVI, la segunda en los siglos XVII-XIX, y a fines del siglo XX en su última etapa. *"Lo cual no significa el fin de la historia;* o mejor dicho sólo significa el fin de una cierta clase de historia, el fin del capitalismo como proceso y modelo al obtener su desarrollo y llegar al agotamiento". [Énfasis Nuestro]. En MACERA, Pablo. "Prólogo". En Víctor Carranza, *Globalización y crisis social en el Perú*. Perú, Instituto Francés de Estudios Andinos (IFEA), Universidad Ricardo Palma, Centro de Investigación, 2000.

³¹¹ Vicente Camino dirá sobre el concepto de globalización que: "Existiría un amplio abanico de conceptualizaciones y que irían desde aquellas que contemplan la globalización como un fenómeno de internacionalización económica (en el sentido de continuidad de un fenómeno existente). Estariamos hablando de una globalización de los mercados". Después de explicar la visión de Ohmae, cuyo concepto de globalización nos llevaría a la desaparición del estado-nación. Adda nos explica la teoría de Alain Touraine quien plantea una diferencia en mundialización y globalización. Además, señala que la importancia "del fenómeno de la globalización reside no tanto en que pueda suponer el triunfo universal del capitalismo como en que pueda suponer la emergencia de un mercado mundial autoregulado. La globalización supone una profunda inflexión en las relaciones de fuerza entre los mercados y los estados, entre las leyes de la acumulación del capital y las leyes de nuestras sociedades". [Énfasis Nuestro]. En CAMINO, Vicente. *Globalización*. País Vasco, España, San Sebastián, Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, pp. 9 y 10, 2000.

³¹² CAPELLA, Juan Ramón. "La crisis del Estado de bienestar". En Enrique Olivas, *Problemas de legitimación del Estado Social*. Madrid, Editorial Trotta, p. 182, 1991.

³¹³ Tal como la concibieron los teóricos de la Ilustración o los padres de la Revolución Americana.

realidades socioeconómicas y políticas en la era de la globalización.³¹⁴ En Occidente, años antes a la caída del muro de Berlín y la posterior desintegración de lo que se conoció como la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), en que emergió la revolución social más trascendente del siglo XX (la rusa de 1917), ya se discutía la *crisis* del sistema capitalista. Por lo mismo, los teóricos consideraron que se hacía necesario lo que David Osborne y Ted Gaebler, llamaron una *Reinvención del [de los] Gobierno[s]*;³¹⁵ luego de coincidir con las tesis de Peter Druker, contenidas en su libro *The age of discontinuity*, ellos pronosticaron la bancarrota de los gobiernos burocráticos del Estado social o del Estado benefactor. Propusieron como alternativa un gobierno de corte empresarial, “más como un cambio inevitable que una moda pasajera”.³¹⁶

Dichos autores llegaron a formular esas tesis luego de verificar —en la sociedad americana— que los sistemas de asistencia sanitaria, medio ambiente, estaban en crisis y que los trabajadores americanos necesitaban mejor educación y capacitación. Constataron la “crisis” de la unidad familiar, todo lo cual hacía necesario un cambio de dirección o un viraje de 180 grados al centralismo estatal y a la influencia del Estado en la estructuración de la economía de mercado. Los políticos y los académicos ligados al poder llegaron a un consenso en lo que los teóricos han dado en denominar el fracaso del Estado benefactor o del Estado social de Derecho. Plantearon como alternativa al “viejo”

³¹⁴ Octavio Ianni escribe: “Hay metáforas así como expresiones descriptivas e interpretativas fundamentadas que mezclan combinadamente por la bibliografía [conceptos] sobre globalización: Economía-Mundo, sistema-mundo, *shopping centerglobal*, *disneylandia global*, nueva división internacional del trabajo, moneda global, ciudad global, capitalismo global, mundo sin fronteras, tecnocosmos, planeta tierra,... fin de la historia”. Metáforas como se le puede conocer en el mundo del conocimiento o en el plano de las ideas. En IANNI, Octavio. *Teorías de la globalización*. 2.^a edición, México, España, Siglo XXI Editores, pp. 4 y 5, 1997.

³¹⁵ OSBORNE, David y Ted Gaeber. *La reinvención del Gobierno*. Barcelona, Editorial Paidos, Buenos Aires, México, 1994.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 441.

modelo de gobierno burocrático uno "de corte empresarial": con un gobierno activo en lugar de un gobierno burocrático.³¹⁷

El gobierno tenía que *reformarse* para lograr una mejor *eficacia*.³¹⁸ Las instituciones gubernamentales, a partir de entonces, sufrieron radicales cambios acordes con el nuevo modelo de gobierno empresarial propuesto para las sociedades dentro del sistema económico-político capitalista. En el campo del derecho penal y la criminología la administración de justicia penal no podía ser ajena a esos cambios cualitativos.

En el modelo globalizado el papel de los Estados, el asignado a los Estados, de ser simples gestores de los intereses económicos globales exige el mantenimiento del *orden y la disciplina social* en sus respectivos ámbitos territoriales. Además, con contundencia —otros los denominan mano dura, mano dura contra el crimen— en la medida que tales intereses no consiguen integrar económica y, sobre todo, ideológicamente a sus respectivas poblaciones.

³¹⁷ Estos autores escribieron: "Los mercados son a la actividad económica y social lo que los ordenadores —computadoras— son a la información: utilizando los precios como el principal mecanismo, envían y reciben señales casi de un modo instantáneo, procesando millones de entradas *eficazmente* y permitiendo a millones de personas tomar decisiones por sí mismos". *Op. cit.*, p. 389.

³¹⁸ El concepto eficacia no es un concepto de Derecho. Ha sido incorporado al Derecho por la Economía. Así, Carmen Herrero dice: "Los economistas tenemos la 'costumbre' de valorar las decisiones de política económica tomando en consideración algunos elementos que tienen que ver con la *eficiencia*, o *funcionamiento óptimo del sistema*. Y entendemos tal eficiencia en dos aspectos distintos: a) *eficiencia económica* (nos preocupa que el sistema no desaproveche oportunidades), y b) *eficiencia informacional* (nos preocupa que las decisiones políticas puedan ser puestas en práctica a bajo coste). Aparte de los dos elementos de eficiencia mencionados, es claro que hay otros dos elementos importantes que considerar a la hora de valorar las decisiones gubernamentales: c) *Respeto a las libertades individuales*, y d) *Justicia* (o equidad).

La defensa a ultranza de la libertad individual subyace a las bases filosóficas del liberalismo económico. En este sentido el liberalismo considera que el respeto a las libertades individuales es tal vez el más importante entre los valores mencionados y el primero que hay que garantizar. La idea fundamental que defienden los liberalistas descansa en suponer *que nadie conoce mejor que el propio individuo qué es lo bueno para sí mismo* y, por lo tanto, la única misión del Gobierno consiste en la defensa de los derechos individuales sin realizar ningún tipo de intervención en la actividad económica". En HERRERO, Carmen. "Racionalidad individual-irracionalidad social". En DOXA. Revista de Filosofía N.º 13. Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, España, pp. 49-67, 1993. El modelo económico de expansión del mercado a escala global exigía a su vez una reforma en el ámbito institucional-estatal; se había iniciado la era del neoliberalismo.

Normalmente lo que sucede es que la concentración de capital por las estrategias globalizadoras, amplían la población marginada o queda fuera de esas estrategias, incrementándose en el mundo globalizado, incluido Europa, los problemas de disciplina social con la incorporación de los trabajadores emigrantes.³¹⁹ A esto se debe agregar las grandes amenazas a la sociedad y del Estado, de nuestros tiempos, tales como el terrorismo, las drogas, el crimen organizado, la contaminación ambiental, el tráfico de armas y de arsenal químico; se ha argumentado, coincidentemente, que para enfrentarlos eficazmente hay que hacerlo a través de un “Estado de Derecho, fuerte”.³²⁰ Estado *fuerte* que supuso un cambio cualitativo en el concepto de la justicia. Este hecho produjo en las realidades cotidianas de los estados desarrollados y del Tercer Mundo un recorte sistemático de los derechos fundamentales e individuales, privilegiando así la defensa del Estado como guardián de la seguridad ciudadana o del orden público, en detrimento de los derechos y garantías de los individuos frente a los excesos del Estado.

Así el derecho penal democrático, de las sociedades democráticas — si se quiere— tradicionales, está cediendo paso a las sociedades democráticas autoritarias o de las sociedades democráticas neoliberales. En este Periodo pasó a hegemonizar la filosofía del nuevo derecho penal, los defensores de la ley y el orden, pero con una nueva terminología: seguridad ciudadana y seguridad del Estado. Hay autores que equiparan los conceptos de seguridad ciudadana con orden público. No es lo mismo que seguridad jurídica, como magistralmente lo expone Hassemer.

³¹⁹ MUÑAGORRI, Ignacio, sugerencias y críticas a este trabajo. Vía fax.

³²⁰ HASSEMER, Winfried. *Critica al Derecho penal de hoy*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc SRL, traducción de Patricia S. Ziffer, p. 79, 1995.

Citando a Hassemer podemos decir:

"Así como la justicia se encuentra respecto de la seguridad jurídica en una contraposición de principio, lo mismo ocurre con la formalidad de la justicia y la eficiencia del Derecho penal³²¹ y del procedimiento penal".³²² [Énfasis nuestro.]

Este mismo autor sostiene que:

"Que en el ámbito doctrinal, especialmente de la doctrina administrativa se entiende, generalmente, que los conceptos de seguridad pública y seguridad ciudadana representan contenidos similares con perfiles más adecuados a la actividad policial que el 'viejo' concepto de orden público, cuyos límites diferenciados vendrían perfilados por la jurisprudencia que cita: 'Se considera el orden público un concepto jurídicamente indeterminado equivalente a estado de normalidad que, por tanto, puede ser alterado desde diversos frentes, siendo la resultante de varios factores, entre los que se encuentra la seguridad, la tranquilidad, la moralidad y la salubridad ciudadana.... Es decir, que el adjetivo 'ciudadana' es de aplicación al resto de los sustantivos y por consiguiente la seguridad ciudadana aparece también como componente del orden público. Si bien se exige en esta sentencia: 'como expresión de alteración del orden público, la existencia de la seguridad ciudadana' ...la seguridad ciudadana no se limita a la esfera estrictamente personal sino que alcanza a los bienes y derechos personales, 'rebasa los confines reglamentarios de la actividad peligrosa para entrar de lleno en el ámbito represor de la alteración del orden público ya de suyo no limitado a conductas turbulentas sino comprensivo

³²¹ Se está refiriendo a q. Se está refiriendo a que todo ciudadano tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personal, que no hay que confundirla con la seguridad ciudadana, que es otra cosa. Véase la interpretación que al respecto hace Ignacio Muñagorri sobre el mismo contenido textual en la Constitución Española (Art. 17.1) y lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 15 del 21 de enero de 1986. En MUÑAGORRI, Ignacio. "Del Estado protector a la autoprotección del Estado. ¿Hacia una nueva codificación?". En I. Muñagorri Laguia (Edit.) *OÑATI PROCEEDINGS N.º 18. "Protección de la Seguridad Ciudadana"*. A Publication of The Oñati International Institute for the Sociology of Law, p. 304, 1996.

³²² HASSEMER, *op. cit.*

igualmente de situaciones de peligro o riesgo efectivo', Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de noviembre de 1988]".³²³

En esa dirección las medidas de eficiencia han apuntado en la dirección del recorte de derechos fundamentales de naturaleza sustantiva o procesal en contra del(los) imputado(s). Es decir, va más allá de lo que conocemos como derecho penal y derecho procesal penal *democrático y liberal*, dando paso a un derecho democrático autoritario o democrático [neo]liberal con su modelo económico de predilección: la economía de mercado.³²⁴ Hoy se puede aseverar que un fantasma cualitativamente distinto (al del socialismo) recorre el mundo, el fantasma del neoliberalismo y su tipo de gobierno democrático con economía de mercado,³²⁵ es la era del neto predominio de las tesis neoliberales.³²⁶ Esta realidad se extiende a todas las instituciones del Estado y de los gobiernos. Los planes, programas, metas, objetivos institucionales, para con la sociedad que tienen que ser adecuadas hacia una mejor eficiencia.

³²³ I. MUÑAGORRI, *Ibid.*

³²⁴ CABALLERO HARRIET, *Estado, derecho y...*, p. 20, dice: "En definitiva y, solamente puede hablarse de una única soberanía, entendida como poder superior, absoluta, ilimitada, a imagen y semejanza al Dios medieval que es la [economía] del mercado, especie de orden "supramundano", que determina el orden del mundo terrenal en el que el Estado cumple el papel de "vigilante nocturno". El resultado de todo esto, finalmente, es que, después de quinientos años, "el temor a la voluntad de Dios, se ha convertido en el temor a las consecuencias no deseadas de la voluntad del mercado". En suma en la era neoliberal hay una transmutación de conceptos y de valores. El concepto soberanía rousseauiano no existe nunca más, está vaciado de contenido. Igual tenemos que decir con el concepto de separación de poderes, cuando ni el legislativo, ni el ejecutivo, ni el judicial regulan las relaciones internas de sus sociedades, sino que están para obedecer el mandato de las burocracias-tecnocráticas de los organismos internacionales que son el instrumento de gobierno de las grandes transnacionales. No entender esta realidad es como estar ciegos en el reino de la "nueva Ilustración". No podemos seguir cabalgando con el mismo caballo, urge, modificar nuestra manera de ver el mundo actual. [Énfasis Nuestro].

³²⁵ Tres variables serán claves para entender este período en las sociedades de nuestros tiempos: el consumo, el individualismo y la eficiencia de individuos, empresarios, sociedad y el Estado. Aquellas variables estarán presentes cuando estudiemos la seguridad personal, la seguridad ciudadana y fenómenos como la criminalidad.

³²⁶ Visto como un salto dialéctico del capitalismo, luego del ocaso del keynesianismo, sobre el particular Montes nos dirá: "Las concepciones neoliberales se impusieron rotundamente a lo largo de la década de los ochenta como resultado del fracaso de los últimos intentos por resolver la crisis por la vía de la política expansiva y lo que significó la llegada al poder de los conservadores Reagan, en Estados Unidos, y Thatcher en Gran Bretaña como contraofensiva global, que acabaron con arrastrar al resto de los gobiernos con independencia de sus ideologías. La política que surge de esas concepciones se aplica tanto en cada uno de los países considerados aisladamente como en el conjunto de la economía mundial, cumpliendo en ambos casos el papel de favorecer a los sectores dominantes del capital y potenciándose sus efectos por ese carácter adquirido de doctrina universal". En MONTES, Pedro. *El desorden neoliberal*. 2.^a edición, Madrid, Editorial Trotta, pp. 26-27, 1996.

Control Social, Neoliberalismo y Derecho penal

E l Estado, en tanto fuerza coercitiva, ordena y reordena la legalidad.

Con sus acciones burocráticas y policiacas promueve intereses que no son siempre los de la colectividad ciudadana, sino los de los sectores sociales económicamente privilegiados. Esto, a su vez, va en detrimento de aquellos sectores sociales que quedan estigmatizados como resultado de sus estrategias represivas, lo que muchas veces neutraliza los mecanismos que tienen éstos para defenderse de los excesos del Estado.

No olvidemos que el derecho penal liberal, del siglo XIX, durante la Ilustración fue "un instrumento de conservación de las condiciones fundamentales de vida de una sociedad que proclamaba la máxima libertad individual".³²⁷ El individuo, en su relación con el Estado, es la parte más débil. Históricamente, luego de feroces luchas y muchos sacrificios las sociedades han conseguido que el Estado les reconozca a los ciudadanos derechos y garantías fundamentales, amparados constitucionalmente.³²⁸

El liberalismo levantó como banderas de la revolución americana y francesa el principio de la igualdad, que en el plano jurídico se expresó "en la pretendida igualdad de las personas ante la ley, la eficacia disuasoria de las penas y sus posibilidades como factor de reinserción social, etc.". ³²⁹

³²⁷ MANTOVANI. "El siglo XIX y las ciencias criminales". FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Culpabilidad y teoría del delito*. 1.^a edición, Montevideo, Buenos Aires, Julio César Faira (Edit.), p. 47, 1995.

³²⁸ Estos derechos en la sociedad moderna son fruto de dos grandes revoluciones, la francesa y la norteamericana. Véase FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, pp. 33-90, Cap. I, "El derecho como sistema de garantías, Cap. II, 'Derechos fundamentales', 'De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona'. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales*.

³²⁹ FAIRA, *op. cit.*, p. 48.

Manuel Calvo García, nos dirá que:

*"La ideología liberal creía posible conciliar libertad y seguridad. Quizá por eso se concebía el papel del Estado como el de un mero guardián del orden público.... El **entramado represivo del derecho** estaría encaminado a proteger el contenido mínimo de los fundamentos del orden social natural según las reglas 'espontáneas' de juego. Éstas determinan las leyes de la razón económica y establecen los procedimientos y las condiciones necesarias para mantenerlo coactivamente. La realización plena de los ideales del individualismo y la seguridad implican la consideración del derecho y de todos los mecanismos que promueven las funciones, incluida la aplicación del derecho, como instrumentos dotados de **racionalidad formal**. Surge, así, un sistema de control social basado en los criterios de **racionalidad formal** y **seguridad jurídica**, un derecho compuesto por normas prohibitivas, obligaciones de no hacer, reforzadas por sanciones de carácter negativo. Un modelo de control social basado en la 'tipificación' mediante leyes en sentido estricto de las conductas sancionables, para proteger los principios de legalidad y seguridad jurídica; 'forma', para proteger los valores de libertad individual y seguridad personal: presunción de inocencia, etc. Un modelo coherente, en definitiva, con la atribución al Estado de funciones meramente negativas, de mero árbitro del juego social. Debía dejar hacer sin tomar iniciativas sociales ni económicas. O mejor dicho, tomar las iniciativas necesarias para garantizar la plena realización de las leyes "naturales" del orden social. Las transformaciones del Estado y la revolución del derecho, sin embargo, han corrido por otras sendas.*

Hoy por hoy se ve como algo 'natura' la intervención del Estado con el fin de regular jurídicamente y controlar las formas espontáneas de la vida social, sobre todo cuando el Estado actúa para gestionar políticas orientadas a corregir y compensar los profundos desequilibrios que

genera el desarrollo capitalista y a controlar las situaciones más alarmantes de riesgo social.”³³⁰ [Énfasis nuestro.]

Es preciso aclarar que el autor distingue entre lo que es *Estado social*, en el que la intervención tiene como objetivo regular jurídicamente las formas espontáneas de la vida social [neoliberalismo, en su primera etapa el liberalismo clásico] y el *Estado de bienestar*, en el cual la intervención tiene como *objetivo prioritario* la realización de derechos distributivos y asistenciales.³³¹ Conviene aquí hacer una cita —aunque extensa— de uno de los actores claves del neoliberalismo George Soros —en tanto financista activo en las bolsas de valores del mundo capitalista y global del Primer Mundo—, él dice:

“El fundamentalismo del mercado es el responsable de que el sistema capitalista global carezca de solidez y sea insostenible... el fundamentalismo del mercado es hoy en día una amenaza mayor para la sociedad abierta que cualquier ideología totalitaria... el desarrollo de la economía global no ha coincidido con el desarrollo de una sociedad global. La unidad básica de la vida política y social sigue siendo el estado-nación.... Creo que los fracasos del mecanismo del mercado son insignificantes en comparación con el fracaso de lo que llamo el sector no mercado de la sociedad. Cuando hablo del sector no mercado de la sociedad, me refiero a los intereses colectivos de la sociedad, los valores sociales que se expresan a través de los mercados. Hay personas que cuestionan la existencia misma de tales intereses colectivos. La sociedad sostienen, está formada por individuos, y sus intereses se expresan mejor a través de las decisiones como actores del mercado.... Ni que decir tiene que esta visión es falsa.... Debemos distinguir entre elaborar las reglas y actuar conforme a las reglas. La elaboración de reglas supone decisiones colectivas, o política [el Estado]. El acatamiento de las reglas supone decisiones individuales, o comportamiento del mercado.... El

³³⁰ CALVO GARCÍA, Manuel. “Políticas de seguridad y transformaciones del derecho”. En I. Muñagorri Laguia (Edit.) *OÑATI PROCEEDINGS N.º 18. “Protección de la Seguridad Ciudadana”*. Publication of Oñati International Institute for the Sociology of Law, pp. 97-98, 1995.

³³¹ *Ibid.*, p. 100.

capitalismo necesita a la democracia como contrapeso porque el sistema capitalista por sí sólo no muestra tendencia alguna al equilibrio."³³²

Nótese que Soros lo que persigue con esta crítica al neoliberalismo fundamentalista es el perfeccionamiento del neoliberalismo, no su sustitución por otro modelo, el social, por ejemplo. Él es uno de los apóstoles del neoliberalismo sólo que se ha percatado de los límites del modelo y que de no corregirse a tiempo pueden ocurrir consecuencias sociales y políticas imprevisibles.

Si a lo anterior le agregamos que en la realidad cotidiana de hoy el Estado de la modernidad ha prodigado y prodiga un trato desigual o discriminatorio a sus funcionarios que cometan delitos frente al resto de la ciudadanía.³³³ En tanto que para el resto de la ciudadanía el sistema

³³² SOROS, George. *La crisis del capitalismo global, la sociedad abierta en peligro*. 1.^a edición, Barcelona, Editorial Plaza Janés, pp. 21-32, 1999. Soros refiriéndose críticamente al fundamentalismo del mercado dice: "Entre las funciones que no pueden ni deben ser gobernadas globalmente por las fuerzas del mercado se cuentan muchas de las cosas más importantes de la vida humana, ejemplo los valores morales, hasta las relaciones familiares y los logros sociales y estéticos e intelectuales. Sin embargo, el fundamentalismo del mercado no ceja en su empeño de extender su dominio a estos campos, en forma de imperialismo ideológico. Según el fundamentalismo del mercado, todas las actividades oscilan y las interacciones humanas deben considerarse relaciones transaccionales y contractuales y valorarse en función de un único y común denominador, el dinero. Las actividades deben ser reguladas, en la medida de lo posible, por nada más intrusivo que la invisible mano de la competencia para maximizar los beneficios. Las incursiones de la ideología del mercado en campos muy distintos de los negocios y la economía tienen efectos sociales destructivos y desmoralizadores. Pero el fundamentalismo del mercado es tan poderoso hoy que cualquier fuerza política que ose resistir es motejada de sentimental, ilógica e ingenua". *Ibid.*, p. 28. ¡No se le moteja, se le persigue, se le encarcela, se le liquida, se le desaparece, Sr. Soros!

³³³ Recogiendo una sugerencia del profesor Ignacio Muñagorri, aquí debo decir que hay que distinguir en lo referente a la legislación española —no siempre es así en los países del Tercer Mundo, como veremos infra— cuando el funcionario comete un delito (una acción u omisión punible) común, valiéndose de su condición de funcionario público, la pena aquí será más grave que cuando comete un delito de función, en su condición de funcionario público.

Un buen ejemplo es el que nos sugiere. En las relaciones entre los particulares, una detención ilegal conlleva más pena que un ataque a la libertad individual realizada por funcionario público, o contra los derechos fundamentales del detenido, cuando el funcionario actúa como tal, como funcionario, en el curso de una investigación. Si actúa como particular, su conducta será más grave que la de los particulares no funcionarios.

GRANADOS PEÑA, Jaime E. *Código penal de Puerto Rico*. San Juan Puerto Rico, Editorial Forum, 1994. Parte especial, Sección séptima, los artículos pertinentes sobre restricciones ilegales a la libertad que los tipifica como delitos menos graves.

En el caso de Perú constatamos que la Constitución de 1980, establecía: "las declaraciones obtenidas por la violencia —en los procesos penales— carecen de valor. Quien la emplee incurre en *responsabilidad penal*", la nueva Constitución del Gobierno de Fujimori de 1993, luego de cerrar el Poder Legislativo en abril de 1992, y ser aprobada por una legislatura afin a Fujimori, la nueva Constitución de 1993 dice: "... las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor. Quien la emplee incurre en *responsabilidad*". Desapareció la palabra penal, les concedió inmunidad a los funcionarios policiales que en los procesos penales obtuvieren

penal es de enorme violencia selectiva, se estigmatiza o estereotipa a los sectores más deprimidos económica y socialmente de la población como potencialmente criminales. En otras palabras, las normas penales se aplican de manera desigual, en el sistema penal. O sea, la igualdad formal ante la ley, es eso una igualdad formal, la realidad es lacerante para las poblaciones deprimidas o pobres contra quienes se dirige el sistema penal en general.

Recientemente en Perú como consecuencia del descubrimiento de acciones y omisiones punibles —prevista en el Código Penal peruano— se hicieron denuncias penales por delitos como corrupción de funcionarios públicos, apropiación ilegal agravada, tráfico de drogas, tráfico de influencias, lavado de dinero, etc., a funcionarios públicos como: jueces del Tribunal Supremo, jueces de Primera Instancia, funcionarios del Ministerio Público —fiscales— de todos los niveles, generales del Ejército, Marina, Aviación y de las Fuerzas Policiales u oficiales de la más alta graduación, periodistas, políticos, propietarios de medios de comunicación como la TV y medios periodísticos, artistas, representantes del Poder Legislativo, Ministros del Poder Ejecutivo, el Primer Ejecutivo, miembros de los servicios de inteligencia nacional, líderes políticos, alcaldes. A pesar de que la legalidad formal dice que todos somos iguales ante la ley —civil y penal— en los casos mencionados los jueces del sistema penal al aplicar la ley penal a estos delincuentes de “cuello blanco” sólo tomaron medidas cautelares, éstas fueron: detención domiciliaria, —la prensa ha informado sin vigilancia policial—, restricciones para salir al extranjero o gozar de libertad incondicional; en los casos en que se les ha privado de la libertad lo

declaraciones (confesiones) por la violencia, la coacción o la intimidación. La violencia en los procesos penales, a partir de 1992, se ha institucionalizado en Perú. Esto no quiere decir que antes no existía esta violencia institucional, ocurre que ahora, se hace de manera impune y legalmente con un Derecho neoliberal, se argumentará: pero democrático —Fujimori no ha sido el mejor ejemplo para defender un sistema democrático de gobierno.

están haciendo en un establecimiento penal para primarios y gozando de todos los derechos penitenciarios, pese que a muchos de ellos se les puede calificar su comportamiento delictivo como de Traición a la Patria, de violación de los derechos humanos o de terroristas de Estado, genocidio.

El sistema penal con estos delincuentes es, y está siendo, benevolente dispensándoles de manera real u objetiva un tratamiento discriminatorio y desigual. Este comportamiento institucionalizado de uno de los llamados poderes del Estado hace que se deslegitime este Gobierno de Transición o el Estado de Derecho, minando de ese modo el Estado democrático liberal clásico.

En los países del Tercer Mundo los derechos individuales aunque existen *formalmente* en sus constituciones todos los días son conculcados por los funcionarios encargados de aplicar los derechos fundamentales.³³⁴ En los países altamente desarrollados los derechos fundamentales cada día están siendo limitados y en algunos casos hasta se ha llegado a su conculcación total;³³⁵ ejemplos los tenemos en Alemania, Italia, Francia, España. En los tres primeros están los precedentes de la ley española de Protección de la Seguridad Ciudadana 1/1992 del 21 de febrero, la Ley de Orden Público de 1959; hasta antes de la ley de 1992 (Protección de la Seguridad Ciudadana) en España no se conocía disposición procesal penal alguna o legal que

³³⁴ En el caso del Perú cuando estudiemos más adelante la legislación antiterrorista veremos cómo los derechos y principios fundamentales democráticos de un Estado de Derecho no existen o se aplican —se aplicaron— de manera discriminatoria y desigual.

³³⁵ En Alemania y el País Vasco, y en España, en general, por ejemplo, se han dictado dispositivos de vigilancia a la totalidad de la población mediante el sistema de videocámaras en las calles, violándose el derecho a la intimidad. Con anterioridad de su aplicación en toda la sociedad civil, ya el sistema los había incorporado dentro de empresas no como medidas de seguridad, sino como un medio para una mejor productividad por parte de los trabajadores asalariados. En el caso de la sociedad civil el pretexto ha sido dar seguridad a la ciudadanía ante el “incremento” de la criminalidad o del terrorismo. En la contradicción de defensa de los derechos individuales y la seguridad del Estado, el Estado se decide por ésta. Se trueca el derecho a la libertad individual —intimidad— por el de seguridad.

permitiese a los miembros de las fuerzas y cuerpos seguridad del Estado llevar a cabo "retenciones", que son diligencias de identificación, en el caso de España, como hemos dicho su fuente de inspiración ha sido la legislación paralela alemana e italiana (acompañamiento coactivo).

La medida de identificación en dependencias policiales supone una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona y que por ellos ha de ser considerada como una modalidad de privación de la libertad, sería uno de los casos a los que se refiere el art. 17.1 de la Constitución Española, que textualmente dice: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo (tiene cuatro epígrafes) y en los casos y en las formas previstas en la ley".

Todo el proceso de identificación, en España, debe hacerse conforme con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de noviembre de 1993, que es una de las denominadas "Sentencias Inter-pretativas". Esta sentencia considera también que la última expresión del art. 17.1. de la Constitución Española no apodera al legislador para establecer libre de todo vínculo cualquier supuesto de detención, arresto, o medidas análogas. A partir de aquí establece cómo deben realizarse las diligencias de identificación, el requerimiento no podrá dirigirse a cualquier persona, sino sólo a las no identificadas de las que razonable y fundamentalmente pueda *presumirse* que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal o que hayan incurrido en infracción administrativa. Esta matización procede del art. 20 de la LOPSC, señala que el requerimiento para ser identificados en comisaría se dará cuando sea necesario para impedir la comisión de un delito o de una falta con el objeto de sancionar una infracción (administrativa).

Otro requisito es que se tiene que realizar de manera inmediata y sin dilación alguna, esto es, no puede ser indefinida, ni ilimitada en su duración. Debe informarse debidamente al requerido de que se trata de una diligencia de identificación; la norma no permite interrogar o investigar a la persona sobre otros extremos distintos a la identificación. Se trata, como ha podido observarse en actos típicamente administrativos de tipo policial, de actos prepenales ocurridos en las calles y que constituyen ilícito —administrativos. Por lo tanto, el ciudadano común y corriente carece en esta primera etapa del proceso que es la identificación, de las garantías formales del procedimiento penal y que suponen intervenciones del Poder Ejecutivo ante conducta que no teniendo la relevancia de los delitos, pueden ser prohibidas por vía administrativa (ejemplo: la mera tenencia de sustancias calificadas como drogas ilegales, aunque sea para consumo propio o el mero consumo en lugares públicos, o la omisión de comunicar, cuestión de trámite, a la autoridad administrativa de la celebración de una manifestación).

Estas legislaciones europeas en países del Primer Mundo “responden a la idea, desgraciadamente generalizada en los países pertenecientes a la fase del capitalismo tardío, consistente en la creación de una legislación que *transforma lo excepcional en normal* y la ‘seguridad jurídica o seguridad del estado’ en seguridad ciudadana”.³³⁶

Sobre este concepto Ignacio Muñagorri Laguia dirá, luego de hacer un ejercicio hermenéutico del término, que:

“...que entender por ‘seguridad ciudadana’, denominación que considero **especial, oscura y peligrosa** por la imprecisión de sus contornos

³³⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “‘Desprotección’ de la Libertad y Seguridad Personal”. En I. Muñagorri Laguia (Edit.) *OÑATI PROCEEDINGS N.º 18. “Protección de la Seguridad Ciudadana”*. A Publication of the Oñati Institute for the Sociology of Law, pp. 339-339, 1995.

*y, unido a la impresión, por su flexibilidad como cláusula que habilite de manera indeterminada para intervenciones restrictivas o anuladoras de derechos y libertades.*³³⁷ [Énfasis Nuestro].

Todos los días se aplica en el sistema de nuestros tribunales un derecho penal y procesal dogmático rigurosamente formalista o normativista que no toma en cuenta para nada la lacerante realidad.

³³⁸ Los jueces —en los sistemas penales del Tercer Mundo—³³⁹ son la expresión concreta de los dioses del Olimpo. Se creen dueños y señores de la vida, la libertad y el patrimonio de los hombres. ¡Hay de aquellos ilusos que se atrevan a criticarlos o a desoírlos!

La independencia del Poder Judicial en las sociedades democráticas dirigidas —el Perú de Fujimori fue una de ellas— es una ilusión. El accionar de la maquinaria y la normatividad del sistema judicial respondieron a directrices políticas de sus respectivos gobiernos antes que a los valores de justicia o equidad. Pero, igual accionar tienen los políticos y los gobernantes en otras latitudes.

Las normas de control para los actos de estos funcionarios públicos por el Estado son casi inexistentes.³⁴⁰

³³⁷ MUÑAGORRI, Ignacio. "Del Estado protector a la autoprotección del Estado. ¿Hacia una nueva codificación?". En I. Muñagorri Laguia (Edit.) *OÑATI PROCEEDINGS* N.º 18. "Protección de la Seguridad Ciudadana". A Publication of The Oñati International Institute for the Sociology of Law, p. 303, 1996.

³³⁸ De esto somos responsables los académicos que hemos separado el estudio del delito y del crimen en dos ramas del derecho, si se quiere, en dos ramas científicas el derecho penal (estudio del delito a nivel formal: legalidad, certeza jurídica, taxatividad, no vaguedad, prohibición de la analogía, etc.), y por otro camino la criminología (el estudio de las causas del delito, las antropológicas, etnológicas, económicas, sociales, políticas, psicológicas, etc.). Esta modalidad de compartimentación del conocimiento no ha favorecido a los más desamparados, los ha condenado —antes de haber cometido una transgresión al sistema legal—. Ha sido y es la forma de imponer una ideología. Ya es tiempo de que los estudios críticos en cada una de las ramas del derecho nos lleven a hacer estudios multidisciplinarios para entender los fenómenos jurídicos que no tienen únicamente una explicación en la norma jurídica sino en la lacerante y dura realidad. El maestro y Dr. Eduardo Vázquez Bote, francés (en Puerto Rico), dice a sus alumnos "la cochina realidad".

³³⁹ Con honrosas excepciones.

³⁴⁰ Los delitos comunes cometidos por los funcionarios públicos de los gobiernos de democracia dirigida gozan de deliberada impunidad. Casos por delitos como tráfico de drogas, de armas, de influencias; corrupción de funcionarios, asesinatos, genocidio y torturas son archivados por el Ministerio Público, en tanto los denunciados son el ex jefe del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) o es el hermano, el Ministro [Secretario] de Estado, el Presidente de la República. Perú es un ejemplo reciente, según dan cuenta los cables internacionales. Ver:

La corrupción cada día gana nuevos adeptos en este tipo de sistema donde la prepotencia, el abuso y la arbitrariedad es política cotidiana. En tanto que por otro lado, los problemas sociales no atendidos por el Estado democrático incrementan las filas de desocupados, enfermos, menesterosos que son el “ejército” del que se nutren las grandes bandas organizadas que tienen ramificaciones globales como el narcotráfico, la trata de blancas, el tráfico de órganos humanos. A los que tenemos que agregar la casi nula eficacia del sistema penal e investigativo en la persecución del delito de tráfico de armas y los delitos de “cuello blanco” (quiebras de asociaciones mutuales en los Estados Unidos, bancos en todo el mundo, adulteración de alimentos humanos con productos industriales para animales, etc.). Por eso nuestra aseveración de que en tanto el Estado democrático no resuelva estas contradicciones dentro de la sociedad el fenómeno de la delincuencia ordinaria y extraordinaria, común o política, irá en aumento. En este escenario la vigencia de las libertades fundamentales protegidas constitucionalmente, cada día se restringen peligrosamente en detrimento de los individuos frente al Estado.

En las sociedades desarrolladas el fenómeno es igual, sólo que mejor maquillado. El profesor Garro, refiriéndose a la sociedad hegemónica de nuestros tiempos, dirá:

“En 1979 La Corte [Suprema de Los Estados Unidos] había decidido que la policía carecía de facultades para requisar el equipaje de un automóvil sin contar con una orden judicial, o sin que exista una razón justificada... (Arkansas v. Sanders)³⁴¹

SILVA SERNAQUÉ, Santos Alfonso. *Reflexiones penales y criminológicas*. Título II, “La impunidad de los delitos de Estado, crónica de un caso craso de violación de derechos humanos en Perú”. Puerto Rico, Editorial Barco de Papel, Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Mayagüez, pp. 86-130, 1997.

³⁴¹ *Arkansas v. Sanders*, 442 U.S. 753 (1979).

En su actual composición la corte ha dicho que la policía se encuentra facultada a requisar el equipaje de un automóvil sin necesidad de orden judicial, siendo suficiente comprobar que la policía tiene “razones justificadas para creer”³⁴² de que el equipaje contiene objetos de contrabando (*California v. Acevedo*).³⁴³ La corte había expresado en un caso decidido en 1967 que toda confesión obtenida bajo coerción constituye *un error* de procedimiento de naturaleza “*esencial*” susceptible por tanto de invalidar el procedimiento³⁴⁴ (*Chapman v. California*). En su actual composición, la mayoría de los miembros de la Corte comparten la opinión de que la confesión obtenida por métodos coercitivos *no constituye necesariamente un error esencial* y puede ser utilizada para condenar a una persona en la medida que *exista prueba independiente que corrobore lo revelado* en dicha confesión (*Arizona v. Fulminante*)³⁴⁵.³⁴⁶

Un recurso que por excelencia tienen los ciudadanos en las sociedades democráticas —en las sociedades altamente desarrolladas y las del Tercer Mundo— contra los excesos del Estado es el recurso de *habeas corpus*. Su uso en Puerto Rico³⁴⁷ es prácticamente inexistente en los Tribunales de Justicia debido al exceso de formalismos³⁴⁸ y por la falta

³⁴² En el derecho puerorriqueno es el equivalente a *motivo fundado*.

³⁴³ *California v. Acevedo* 500 U.S. 111 S. Ct. (1982) 114

³⁴⁴ Suprimir totalmente esta prueba por violar el debido proceso de ley, la declaración había sido obtenida por medios ilícitos como la coacción, la intimidación, la violencia o por tortura. Cuando estudiemos las leyes antiterroristas en el Perú veremos que la tortura está institucionalizada.

³⁴⁵ *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991).

³⁴⁶ GARRO, Alejandro M. “Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte”. En *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Volumen 50, Perú, Imprenta de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, pp. 130-131, 1993.

Éstos son casos típicos para demostrar que en las sociedades desarrolladas los derechos fundamentales, también, están en franco retroceso. La eficacia que se busca aquí es el resultado, imponer una pena que pueda intimidar al sujeto o a los *potenciales* sujetos que han cometido un delito o que puedan cometer un delito a disuadirlos para no (volver) hacerlo en el futuro.

³⁴⁷ Puerto Rico sigue siendo una colonia de los Estados Unidos en pleno siglo XXI.

³⁴⁸ En Puerto Rico el *habeas corpus* tiene rango constitucional (Art. II, Sec. 13 de la constitución), pero al reglamentarlo minuciosamente, de ser un recurso extraordinario o de naturaleza perentoria se ha convertido en uno de naturaleza dilatorio. De allí que nos parece desafortunada la decisión adoptada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso de Ortiz Serrano v. Alcaide Penitenciaria Estatal de Río Piedras, 131 D.P.R. 849 (1992), donde se dice: que el recurso de *habeas corpus* es un remedio extraordinario, por tanto, “tienen

de una real cultura para hacer defensa por parte de los abogados en los tribunales. En éstos se privilegian los preacuerdos, que es una modalidad procesal penal en la que las partes fiscalía y defensa acuerdan la aceptación de culpabilidad por un delito menor por parte del acusado. Si este acuerdo es aceptado por el juez se da por terminado el proceso sin juicio y se procede a sentenciar al acusado. Es, sí se quiere, una modalidad para poner en práctica el principio de economía procesal con graves consecuencias para un reo primario, si acepta el preacuerdo por conveniencia del sistema penal o del abogado, siendo que es inocente. Esta práctica judicial es en los tribunales penales de Puerto Rico superior al 95% del total de casos penales. Muchas de las veces los acusados, personas pobres mal asesorados o por presión del sistema, aceptan responsabilidad penal por un delito menor sin tomar debido conocimiento que en una próxima oportunidad de incurrir en un nuevo delito, su condición no será de primario, sino de reincidente y la pena será mayor. La consecuencia práctica de este procedimiento es que el sistema carcelario o penitenciario sufre de hacinamiento.

En Perú en el Periodo 1990-2000 (sobre este tema se ampliará más adelante cuando estudiemos los delitos de terrorismo y de Traición a la Patria) veremos cómo en las poblaciones declaradas en *estado de emergencia* y aun en aquéllas donde no se había declarado dicha situación excepcional, el recurso de *habeas corpus* fue inexistente. Esto se dio debido a que tuvimos un sistema judicial dependiente de las

que agotarse todos los remedios ordinarios disponibles antes de acudir a este recurso" que está en franca contradicción con el texto constitucional citado el cual dice: "El auto de *habeas corpus* será concedido con rapidez y libre de costas". Pero claro, aquí la doctrina vigente en Puerto es tan sólo caja de resonancia de lo que dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Cleman v. Thompson*. De ese modo se niega la tradición jurídica de este recurso que es de neta tradición del *common law*, que dió origen en 1679 en Inglaterra al Acta titulada "Ley para asegurar mejor la libertad al súbdito y prevenir su deportación a ultramar", que es lo que popularmente se le conoce como el recurso de *habeas corpus*. Véase, además, 34 L.P.R.A. (Leyes de Puerto Rico anotadas), Sec. 1741-1780.

decisiones políticas del ejecutivo.³⁴⁹ La preocupación del fujimorismo fue implementar eficazmente una política represiva antiterrorista que *posibilitare una paz y un orden indispensables para la venida de los capitales extranjeros.* Y de ese modo otorgar garantías indispensables a los organismos financieros mundiales. El derecho penal general y especial se pusieron al servicio de la política y de la economía, igual lo hizo el sistema de justicia criminal. El sistema judicial careció de independencia, éste abdicó de su jurisdicción a favor de la jurisdicción militar. O sea, en el Perú de Fujimori no se aplicó nunca la doctrina del Conde de Montesquieu sobre la separación de poderes. No existieron plenas libertades democráticas.

Las libertades que el Estado de Fujimori quería que se practiquen eran aquellas libertades cónsonas con los objetivos del Estado autoritario o de la dictadura cívico-militar que había gobernado el país hasta noviembre del 2000. La *disidencia* si hacía uso de las libertades fundamentales era *violentamente acallada*, los líderes eran acusados de terroristas y de ese modo sin ningún derecho era puesto a disposición de la policía política del régimen, quien se encargaba de preparar el atestado policial. Este documento era prueba plena para, posteriormente, sentenciar a cadena perpetua por delito de terrorismo en un proceso sin ningún tipo de garantías procesales penales reconocidas por la Constitución de 1980, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos de la

³⁴⁹ El texto constitucional (1993) art. 200 dice: "Son garantías constitucionales: 1. La acción de *habeas corpus* que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario a persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos". Este texto constitucional no rigió en dos terceras partes del territorio peruano en tanto estaban como *zona de emergencia*. La autoridad prevaleciente en dichas zonas territoriales fue la autoridad militar [con un fuero jurisdiccional castrense], los juzgados civiles estaban sometidos a esa jurisdicción. En esos lugares no hubo Estado de Derecho, ni tampoco gobierno democrático. Esto demuestra que el Gobierno de Fujimori que se decía democrático lo era formalmente; pero, que en realidad fue una verdadera *dictadura* de una cúpula cívico-militar. En Perú con este gobierno fue inexistente la independencia del Poder Judicial. El Ejecutivo controlaba el Sistema Judicial mediante el Consejo de Coordinación Judicial el cual estaba jefaturado por un ex marino quien siguió directivas del Ejecutivo y no del Poder Judicial (Ley 26623). Recientemente este dispositivo ha sido derogado con el advenimiento de un Gobierno de Transición que está convocando a elecciones generales para el 8 de abril del 2001.

Organización de Estados Americanos, de las Naciones Unidas y todos los convenios pertinentes. Ésta era una modalidad eficaz para acallar a cualquier oposición peligrosa para la estabilidad del régimen.

En el ámbito gubernamental el aparato del Estado fue radicalmente reformado en función del nuevo proyecto político-económico que se había implantado *a fortiori* en el Perú desde 1990 hasta el 2000. Constitucionalmente el Ejecutivo del fujimorismo fue de claro predominio presidencial. Ésta fue la base para que la cúpula Fujimori-Gobierno Militar regule, oriente, dirija el gobierno sin ningún tipo de freno o limitación, ni institucional ni ciudadano. Esto fue más notorio luego de abril de 1992, después del autogolpe. John Crabtree dicho al respecto:

"La Constitución de 1979 (80) suponía un poder ejecutivo fuerte. Bajo Belaúnde y García (los cuales tuvieron mayoría en el Congreso), el Poder Legislativo y el Poder Judicial demostraron ser flexibles a la voluntad del Ejecutivo. Durante sus primeros años en el poder, Fujimori y Cambio 90 carecieron de mayoría en el Congreso (1990-1992). No obstante la agrupación derechista FREDEMO, el grupo mayor en el Congreso, apoyó la mayor parte de las políticas económicas de Fujimori, las cuales eran consistentes con su propia perspectiva. Un área donde hubo menos armonía fue en la relación entre el gobierno [poder legislativo] y el Ejército, lo cual era visto con sospecha por el Congreso. A finales de 1991 y a principios de 1992 el parlamento empezó a mostrar cierta resistencia a los deseos del gobierno de conceder nuevos poderes de mayor alcance al Ejército, aparentemente para ayudar en la lucha contra la subversión. El autogolpe de Fujimori de abril de 1992, cuando arbitrariamente cerró el Congreso y despidió a la Corte Suprema, tiene que ser considerado en ese con texto. La Constitución de 1993, fue aprobada por un nuevo Congreso con una mayoría en favor de Fujimori,

*reforzó los poderes del Ejecutivo con relación al Legislativo y el Poder Judicial.*³⁵⁰ [Énfasis Nuestro].

La sociedad civil como contrapartida, dada la nueva situación, como fuerza viva fue prácticamente inexistente.³⁵¹ Fujimori gobernó para las transnacionales; Drago Kisic refiriéndose al crecimiento económico de los primeros años del Gobierno de Fujimori, dijo al respecto:

*"Junto con la disminución de la inflación, el considerable crecimiento observado en la tasa de inversión (de 16% del PBI en 1990 a 24% en 1995) es uno de los hechos macroeconómicos más importantes en lo que va de la década. Esta mayor inversión, que en definitiva es la que hace ahora posible mayores tasas de crecimiento, no ha sido financiada en forma significativa por el ahorro doméstico, el cual ha permanecido bajo justamente por los problemas de crecimiento de la economía en la década de los ochenta. El acceso irrestricto a fuentes de financiamiento externo y la igualdad de condiciones impuestas a la inversión extranjera directa han hecho posible la expansión de la inversión interna en estos primeros años del proceso."*³⁵²

No se trató, en consecuencia, de inversiones para un desarrollo autosostenido e independiente, sino todo lo contrario, ligado a los intereses de la banca y de las finanzas internacionales asentadas en el Primer Mundo.

³⁵⁰ CRABTREE, John. "Neopopulismo y el fenómeno Fujimori". En John Crabtree y Jim Thomas, *El Perú de Fujimori*. Instituto de Estudios Peruanos (IEP), Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, p. 61, julio de 1999. [Énfasis Nuestro].

³⁵¹ Recientemente, a propósito de la postulación de Fujimori para una tercer mandato, grandes sectores populares, clase media —estudiantes principalmente— y la oligarquía de nuevo tipo están ganando las calles en protestas masivas. El último proceso electoral fue jaqueado por organismo internacionales que lo calificaron de ilegítimo. La crisis ha sido tal que el día 16 de setiembre del 2000 Fujimori anunció a la prensa internacional que convocaría a nuevas elecciones en el más breve plazo y que él no sería candidato. El mes de noviembre renunció, desde Tokio, a la Presidencia de la República y ahora a fines de noviembre del 2000 tenemos un nuevo presidente y un gobierno de transición que estará supervisando las elecciones generales del 8 de abril del 2001. Lo que precipitó estos acontecimientos fue el descubrimiento de actos de corrupción en las más altas esferas de gobierno y entre los hombres del presidente que lo arrastraban por acción o por omisión en los delitos que se les imputa por un procurador y una fiscalía independiente.

³⁵² KISIC, Drago. "Privatizaciones, inversiones y sostenibilidad de la economía peruana". En John Crabtree y Jim Thomas, *El Perú de Fujimori*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos (IEP), Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, pp. 95-96, 1999.

Por otro lado, *la política pública estuvo al servicio de la eficacia y la productividad del Estado para pagar la deuda pública*. Javier Iguñiz opina sobre este tema:

*"La confianza del gobierno en el capital extranjero y su dependencia respecto a él se manifestaron en 1990, cuando el gobierno tomó la decisión unilateral de comenzar a pagar la deuda externa. Durante este Periodo, las instituciones multi-laterales, como el FMI, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo jugaron un papel clave en las estrategias adoptadas para estabilizar y liberalizar la economía. La celeridad con que se autorizaron incentivos para promover la inversión extranjera fue sólo otro indicador de la importancia del apoyo económico internacional para sostener al gobierno y sus políticas."*³⁵³ [Énfasis nuestro.]

Fue en consecuencia, uno de los gobiernos favoritos de los organismos financieros internacionales.

Nosotros sostenemos refiriéndonos al gobierno de Fujimori:

"Ante el descrédito internacional de dictaduras militares del tipo Pinochet fue necesario que los grandes organismo de crédito y de las finanzas internacionales crearan un modelo político alternativo cívico-militar en la que el centro de las decisiones fuera una cúpula cuyo eje fueran los jefes de las Fuerzas Armadas (terrestre, naval y aérea) y policiales como de sus respectivos servicios de inteligencia y un grupo reducido de civiles, de preferencia un grupo privilegiado de familias económicas (13 ó 15 en Perú) con un Gobierno hecho para satisfacer sus centenarios intereses."

Este tipo de gobiernos o Estados con democracias dirigidos los organismos financieros internacionales los conoce como *gobiernos fuertes*, en oposición a los *gobiernos débiles* que no son confiables en la

³⁵³ IGUÍÑIZ, *op. cit.*, p. 19.

banca internacional. Veamos lo que dice el Banco Mundial, cito a Roberto Chote de *Financial Time*:

"los países pobres altamente endeudados han sufrido un lento crecimiento económico y un pobre rendimiento de exportación en años recientes".

Este autor cita textualmente al Banco Mundial en su informe *Global Development Finance*, 1997, de la siguiente manera:

*"Este pobre rendimiento se le puede atribuir, en su mayor parte, a disturbios civiles, **un gobierno débil** y a problemas estructurales con raíces bien profundas, incluyendo una infraestructura física en abandono, nutrición y servicios de salud inadecuados, una población activa no cualificada e **instituciones débiles**. El gobierno de Fujimori fue así una criatura ideal de los organismos de crédito internacionales."*³⁵⁴

Hoy podemos aseverar que el sistema democrático-republicano y el Estado de Derecho en las sociedades neoliberales está deslegitimándose. Un ex presidente Latinoamericano ha dicho:

*"Se conjuga en un mismo discurso y —lo que es peor— **en un mismo ejercicio del poder, formas híbridas de democracia y autoritarismo, libertades públicas y ajuricidad, neocapitalismo y patrimonialismo con reminiscencias feudales** y un modelo social monstruoso que reniega de todo principio de solidaridad."*³⁵⁵ [Énfasis Nuestro].

Las acciones de estos tipos de gobiernos en el mundo y en Latinoamérica son acciones de eficacia y de resultados para dotar a la sociedad de un "orden" necesario para adecuar la economía a los nuevos retos de la globalización. La democracia constitucional que

³⁵⁴ Chote, Robert, en *Financial Time*, Atrapados por la pobreza, el nuevo día, Sección negocios del domingo, 1 de junio de 1997, pp. 12 y 13. Citado por SILVA SENARQUÉ, Santos Alfonso. *Reflexiones penales y...*, p.5.

³⁵⁵ ALFONSÍN, Raúl. "A la búsqueda de modelos viables". Diario *El Nuevo Día. Revista Domingo*, San Juan Puerto Rico, 13 de julio, p. 14, 1997.

nosotros conocemos teóricamente, en la práctica, es inexistente. En Perú ha existido un Estado autoritario con una democracia autoritaria. En las sociedades del llamado Tercer Mundo —Perú incluido— la economía de mercado no ha resuelto los problemas centrales de las sociedades latinoamericanas pese a que existe un esfuerzo por modernizar el Estado a través de gobiernos con concepción empresarial. Los gobierno de Argentina, con de la Rúa, y el de Fujimori, antes de su desaforo por conducta inmoral en noviembre del 2000, han sido una demostración de que los problemas sociales se han agravado a extremos. En el caso de la sociedad argentina más del 50% de la población está en los niveles de pobreza; en el caso de Perú, es superior al 65%, incluyendo 25% en extrema pobreza, con ingresos inferiores a US\$ 1,10 diarios. Aquí es oportuno citar al ex secretario general de las Naciones Unidas:

*"La ética del mundo moderno ha subrayado la **dignidad** del individuo, la **igualdad** de los estados y la **necesidad de respetar los principios universales de justicia** pero la realidad es muchas veces diferente.... La globalización en buena parte un fenómeno económico, no ha logrado llegar a todos los pueblos. Muchos han sido excluidos, incapaces de obtener acceso a la prosperidad que ofrece."*

Al mismo tiempo *la economía de mercado [neoliberalismo]*, que es el motor de este movimiento, está conduciendo por su propia lógica, a gran cantidad de personas, tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo, a una pobreza y desesperación cada vez más profundas.³⁵⁶ [Énfasis Nuestro].

³⁵⁶ BOUTROS BOUTROS-GHALI. "Vista larga a la matanza en los países pobres". Diario *El Nuevo Día*. San Juan, Puerto Rico, p. 56, martes 13 de febrero de 1996. Un ejemplo es Perú. Veamos: Según cifras oficiales hoy se conoce que "10.5 millones de peruanos (45%) viven bajo el límite de la pobreza de US\$ 1.75 (dólares) por día; pero, además, casi el 20% de la población (4.5 millones) están condenados a extrema pobreza, es decir, que carecen de US\$1.10 (dólares) al día para cubrir una dieta mínima". Antonio Raluy de Agence France-Press, publicado en *El Nuevo Día* el 25 de enero de 1997, p. 39. Si sumamos, tenemos 65% de la población peruana en situación de pobreza que la hace una sociedad explosiva. La comunidad financiera internacional tiene que tomar debida nota de esta gravísima situación económica y social en el Perú. David Scott Palmer,

Sobre lo mismo González Faus opina, citando a Jesús Albarracín:

“...la principal característica de la economía de mercado es que su objetivo principal no es producir bienes y servicios para satisfacer las necesidades humanas, sino mercancías para ser vendidas y obtener un beneficio. Desde una óptica (no ya cristiana sino simplemente humana), que sostiene que los derechos primarios de los pobres son más sagrados que los derechos (secundarios o terciarios) de los poderosos, hay aquí una grave deficiencia que no es sólo ética, sino que acaba siendo también económica.”³⁵⁷

Es obvio que en este tipo de sociedades los presupuestos o principios de derechos penal sustantivo y procesal penal de un derecho penal democrático han sido inexistentes.³⁵⁸ La *disuasión* social en cuanto a políticas anticrimen, en esta clase de gobiernos autoritarios, ha sido y es para los sectores pobres y marginados y no para toda la población en general. Por otro lado, en los sistemas penales los códigos penales, las leyes penales especiales y toda la norma-tividad procesal penal y penitenciaria *son sólo parte* del problema. Se debe tener en cuenta estos aspectos para la comprensión de un *sistema penal* democrático que se le llega a equiparar, por los Estados neoliberales, en su desesperado afán de disciplinar a la sociedad civil con el llamado *sistema de seguridad ciudadana*.

profesor de ciencias políticas de la Universidad de Boston quien es especialista en Latino América, refiriéndose a la situación de la embajada japonesa —secuestro de líderes políticos, empresariales y del gobierno por un grupo guerrillero— dirigiéndose al Gobierno de Fujimori dijo: “But you can't hope to eliminate guerrilla groups until you give people hope, and then you have to follow through.” New York Times, 29 de diciembre de 1996, p. 6, By: Carvin Sims. El profesor Scott enfatiza, en el mismo artículo, cuando dice: “The takeover of the Japanese residence give pause to free marketers who have implemented economic liberalizations without a human face”.

³⁵⁷ GONZÁLEZ FAUS, José Ignacio. *“Las cuatro deficiencias del mercado. Reflexión cultural sobre la crisis de la economía”*. A.P.C. Conference, Sociedad Peruana, 3 de octubre de 1995, vía Internet.

³⁵⁸ SILVA SERNAQUÉ, *op. cit.*

Los sistemas penales, de seguridad ciudadana y el derecho penal como medios de control social en el neoliberalismo³⁵⁹

Sistema penal y seguridad ciudadana, si entendemos esta última en un sentido estricto, de mayor felicidad para los individuos concretos de una sociedad; ambos conceptos no son términos necesariamente correlativos.... El sistema penal resulta disfuncional *teórica, política y socialmente*. *Sólo recae casi siempre sobre una determinada capa de la población; sus mecanismos unilaterales, tanto en la generación de la norma como en su aplicación, no encuentran clara legitimación.*³⁶⁰ *Tampoco —el sistema penal— ofrece vías reales de solución a los problemas con que se enfrentan en la mayoría de los casos los miembros de una sociedad*".³⁶¹ [Énfasis Nuestro].

³⁵⁹ Véase *OÑATI PROCEEDINGS* N.º 18...; *OÑATI PROCEEDINGS* N.º 10...; *OÑATI PROCEEDINGS* N.º 17...; OÑATI INSTITUTE FOR THE SOCIOLOGY OF LAW. "State and societal reactions to terrorism". En *OÑATI PEPERS* N.º 3. Edited by Fernando Reinares. A Publication of the Oñati Institute for the Sociology of Law, 1997. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. "Criminología crítica e controllo sociales en America". En *Dei delitti e delle pene. Revista di studi sociali, storici e giuridici sulla questioni criminale*. Anno I, n.º 3, settembre-dicembre, 1983. FERRAJOLLI, Luigi. "L'imputato come nemico: un topoi della giustizia dell'emergenza". En *Dei delitti e delle pene. Revista di studi sociali, storici e giuridici sulla questioni criminale*. Anno I, n.º 3, settembre-dicembre, 1983. BARATTA, Alessandro. "La politica criminale e il diritto penale della costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato della scienze penali". En *Revista dei delitti e delle pene* 3/98, Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione criminale quadriennale. Anno V, n.º 3 (seconda serie), settembre-dicembre-1998, Edizione Scientifiche Italiane. FERRAJOLLI, Luigi. "Garantismo e delito penale". En *Dei delitti e delle pene. Revista di studi sociali, storici e giuridici sulla questioni criminale*. Anno V, n.º 3 (seconda serie) settembre-dicembre, 1998. PAVARINI, Massimo. Per un delito penale mínimo: "in the books" o "in the fact"? En *Dei delitti e delle pene. Revista di studi sociali, storici e giuridici sulla questioni criminale*. Anno V, n.º 3 (segunda serie) settembre-dicembre, 1998. BARATTA, Alessandro. "Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)". En Ricardo C. Núñez (Edit.), *Doctrina penal, teoría y práctica en las ciencias penales*. Revista trimestral, año 10, octubre-diciembre 1987.

³⁶⁰ Ya hemos expuesto que aunque formalmente el sistema jurídico de un país puede establecer que todos somos iguales ante la ley, principio que tiene rango, incluso, constitucional en las constituciones actuales de los países occidentales, pero en su aplicación y ejecución hay una marcada discriminación —penaliza a los más desposeídos de un país— de la norma que la desligitima.

³⁶¹ HULSMAN, Louk y J. Bernat de Celis. *Sistema penal y Seguridad Ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona, Ariel Derecho, pp. 7-8, 1984. Siguiendo a este autor definimos seguridad ciudadana, en sentido estricto, como las políticas del Estado dirigidas a lograr la mayor felicidad de los individuos concretos de una sociedad. Y sistema penal, en sentido estricto, como los mecanismos institucionales del Estado encargados de la producción y ejecución de las normas de control social en las que se tienen como centros de estudio el delito y al delincuente, ajustando el dogma conceptual a las cambiantes situaciones sociales en las que la criminología crítica ayuda a su mejor comprensión y ubicación.

Por otro lado no es fácil establecer el concepto de control social, hay muchos. Abarca cualquier cosa que *garantice el orden social*, puede ser el sistema educativo, que no sólo educa sino enseña buena conducta, el sistema sanitario y asistencial del Estado, el sistema penal y o cualquier otro sistema de organización política. Resultando así que el "Control Social más que un concepto es *una disciplina* cuyo objeto es la sociedad en general".³⁶² Así, será parte del estudio del control social la fuente de generación de normas por las instituciones del Estado. Muchas de las veces sólo tienen como objetivo la defensa del orden establecido, no están diseñadas las normas jurídicas —necesariamente— para beneficiar a los sectores subalternos de la sociedad civil, sino a las necesidades de defensa del propio Estado y de los sectores en el poder.

El sistema penal en tanto una imbricación del Estado, como ha quedado dicho, es un medio o instrumento de control social, lo mismo será en lo concerniente a la seguridad ciudadana hoy tan de boga en nuestra sociedad en cuando se entienden interrelacionadas. Algunos teóricos sostienen que en la interrelación del *sistema penal y la seguridad ciudadana, se puede caer en el extremo, que sólo se puede dar dicha interrelación si hay orden público, si hay seguridad del Estado...* en esta concepción hoy dominante, *el sistema penal resulta un sistema de coerción del Estado y para el Estado; por eso el individuo pierde su personalidad.*

Se institucionaliza el sistema, y *en realidad ni el autor del delito, ni la víctima cuentan*, de allí que por mucho que se intenten reformas, ya en razón del autor, mediante la reinserción social, o respecto de la víctima, mediante vías de reparación, siempre el sistema resulta ineficaz con

³⁶² BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 4.^a edición aumentada, corregida y puesta al día, primera reimpresión 1994, Barcelona, Ediciones PPU, 1994.

relación a los individuos; y ello es lógico, pues el sistema no los considera a ellos sino *únicamente* al Estado. En las sociedades demoliberales tradicionales el sistema penal fue enfocado con las mejores tradiciones del derecho penal democrático. Esto es, con la vigencia plena de derechos fundamentales como el de legalidad, taxatividad, prohibición de la analogía penal, irretroactividad de la ley penal, presunción de inocencia del reo, los procesos penales justos, públicos, con el debido proceso de ley, principio de "judicialidad" (o de legalidad en el proceso penal).

Los estudios doctrinarios del derecho penal y el de los sistemas judiciales en las sociedades democráticas de Occidente contemporáneo han tenido como columna vertebral el principio de legalidad y no el de "arbitrariedad" de la construcción del delito por el sistema judicial. Por ejemplo, alegando una interpretación de la ley penal, ello constituiría un exceso del Poder, una arbitrariedad, propias de sociedades no democráticas. En nuestro sistema penal de las sociedades de occidente con modelos políticos democráticos, por ejemplo está prohibida la analogía penal por vía judicial.

Los conceptos, doctrinas y principios del derecho penal democrático liberal clásico que hemos enunciado los van a respetar el Estado benefactor o de bienestar y el Estado liberal clásico. Como hemos visto en forma supra, y lo veremos en forma infra, en las sociedades neoliberales tales derechos que han sido y son conquistas sociales de la humanidad paulatinamente se están restringiendo hasta desaparecer. Se justifica argumentando la defensa de la seguridad ciudadana y la seguridad del Estado en detrimento de las libertades ciudadanas o de la libertad en general. De ahí que en las sociedades donde se cuestiona la gobernabilidad del Estado benefactor y donde se ha propuesto la

sustitución de esa clase de Estado por uno más eficiente [neoliberal], la orientación de los estudios del derecho penal y de los sistemas penales y de seguridad ciudadana retoman, desarrollando al máximo, y en nuevas condiciones, el concepto de “delincuente peligroso” (teoría del positivismo clásico) reservando para esta clase de delincuentes las penas más severas.

Los académicos y defensores de esta corriente persiguen justificar teóricamente “proteger” a la sociedad y a los individuos de esta clase de delincuentes. Para ellos el centro de atención será —es—, en consecuencia, la sociedad y el Estado no el ser humano individual (delincuente, trasgresor, desviado). Ésta es, a nuestro entender, una variante del positivismo en versión neoliberal y sus seguidores se van a agrupar en nuestra opinión en la que denomino nueva Escuela de Defensa Social.³⁶³ Esta corriente de pensamiento es —a nuestro juicio— la predilecta para los sistemas de gobierno donde el caos, el desorden, la ingobernabilidad, se alega, es va en detrimento *de un Estado fuerte* que propugne el crecimiento de la economía en la era de la globalidad.

El concepto clave de sus teorizaciones va a ser la descripción del concepto “peligroso(s)”.³⁶⁴ Se trata de un concepto subjetivo que descansa en las mentes de los grupos dominantes o las élites de poder de una sociedad determinada. Dicha concepción viola el Principio de Legalidad, que exige precisión o certeza en la descripción del delito y la ejecución de una acción u omisión punible realizada de manera

³⁶³ Guillermo Portilla Contreras es un crítico severo a esta corriente de pensamiento. Cuando hace el estudio de la ley francesa que sirvió de precedente a la Ley Española de Protección Ciudadana N.º 1 del 21 de febrero de 1992, dice: “la ‘excepcionalidad’... se convierte en la regla que contribuye, a través de la ampliación de los plazos de investigaciones preliminares sin presencia judicial y en ausencia de los derechos de las defensa”. En pie de página anota el autor: “En la misma línea, Pradel manifiesta que ello es así porque el mismo código apela a ‘la necesidad de defensa social’, se priva a alguien de la libertad, a fin de evitar la huída o la destrucción de las pruebas” [Droit penal, tomo II, Procedure penale, Cujas, 1976, p. 191]”. En OÑATI/PROCEEDINGS N.º 18, p. 355. “Desprotección de la Libertad y Seguridad Personal en la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”.

³⁶⁴ SOLER, *op. cit.*, pp. 9-14.

intencional o culposa por un sujeto o ser humano. Es pues una de las mejores garantías contra la arbitrariedad del Estado y el centro del fundamento del derecho penal liberal. El concepto peligroso abre las puertas a la vaguedad y a la analogía. Estos principios han sido expresamente desterrados del derecho penal democrático de nuestros días y de sociedades donde impera el Estado de Derecho, perfiles que son más bien de sociedades autoritarias o totalitarias; ejemplo lo fue Chile de Augusto Pinochet,³⁶⁵ y en el Perú el gobierno cívico-militar de la década de 1990-2000. En su tiempo de la sociedad nazi, fascista y comunista.

¿Quién conceptúa lo peligroso?, ¿cuál es el fundamento científico en el que se sustenta la calificación de peligroso? ¿No es demasiado riesgoso para una sociedad democrática concederle al Estado la atribución unilateral de determinar el alcance o los límites de lo peligroso del comportamiento de sus ciudadanos? ¿Será un comportamiento peligroso el criticar con fundamento a nuestros gobernantes [libertad de expresión]? ¿Se restringirá el derecho a la libertad, bajo la tesis de la necesidad apremiante del Estado para proteger su interés en detrimento de derechos ciudadanos, tipificando determinados actos como comportamientos delictuosos a partir de una apreciación subjetiva de peligrosidad por el Estado? ¿Cuál es el límite de la facultad del Estado para tipificar y penar? ¿Es posible sacrificar principios como el de que todos somos iguales ante la ley a favor de la defensa del Estado, por

³⁶⁵ A la fecha, mayo de 1999, se le está procesando por delitos de genocidio, secuestro y tortura, muerte y otros delitos menores por un juez español. Se pidió su repatriación, pero el Gobierno Británico autorizó su regreso a Chile por razones de salud. En setiembre del 2000 se le ha privado del privilegio de Senador Vitalicio y la Justicia chilena, en diciembre del 2000 ha dictado auto de procesamiento penal por una serie de delitos comunes y de derechos humanos. Tiene pendiente más de 160 denuncias penales. Esto está demostrando una independencia del Poder Judicial. Los militares han solicitado que se reúna de emergencia el Consejo de Seguridad Nacional para protestar sobre este hecho que atenta contra uno de sus líderes en la década de los 70. El presidente a decidido citarlos sólo después que el Poder Judicial resuelva una recurso de amparo presentado por los abogados de Pinochet. Difícil es el camino de la democracia real en América Latina. Al publicarse este libro Pinochet se encuentra libre lo que demuestra la fragilidad del sistema judicial en Chile.

razones de seguridad pública o seguridad nacional? ¿Acaso la vulneración de los derechos fundamentales de las sociedades democráticas no significa la derrota en la práctica de una sistema democrático en aras de la eficiencia y la seguridad o lo que es lo mismo de dictaduras con careta democrática? Son preguntas que debemos formularnos cuando discutamos estas teorías cuando se trata de implementar un sistema penal y de *seguridad ciudadana* en nuestros países.

Dependiendo de la postura que adoptemos sobre el tema propuesto, como interrogantes podemos estar defendiendo la sociedad democrática liberal [en su versión de Estado benefactor], o a un Estado neoliberal que postula la versión de la restricción del Estado a la de simple guardián del sistema o de atención del Estado de aquellas necesidades que la empresa privada no pudiera atender. Por ejemplo, la producción de normas legales que no podrá hacer el ente privado. El Estado neoliberal ha surgido en franca lucha contra el Estado benefactor, o de providencia, para postular su destrucción o limitación a la mínima expresión. Se alegó que el crecimiento desmesurado del Estado [burocracia estatal] y sus políticas "sociales" han sido las causas de las *crisis* presupuestarias de los gobiernos; que sus desaciertos (del Estado benefactor) en administración pública desalentaron la inversión y la iniciativa privada, por lo que los nuevos líderes políticos en el mundo y Latinoamérica están abogando porque el Estado saque las manos de la economía y de la sociedad, quedando éstas bajo la gerencia de los administradores corporativos e inversionistas privados. Van más allá, se sostiene que los bienes del Estado se deben rematar al mejor postor privado —así lo han hecho—, dado que este sector puede incorporar nuevas tecnologías al proceso productivo y con sus conocimientos gerenciales puede reflotar empresas ineficientes hoy —se dice— en

estado de quiebra. La mayoría de las propiedades del Estado, cuyos servicios son más costosos, si se ponen en manos privadas pueden ser usadas más eficientemente y en consecuencia podrán beneficiar mejor a los consumidores. Estos teóricos neoliberales elevan a la categoría de dogma el hecho que el mercado regule los precios de los servicios y mercancías, agregan que, el sector privado tiene más y mejor iniciativa empresarial que el Estado. Además, indica que son mejores administradores y que, por tanto, pueden minimizar los costos del servicio o de las mercancías y maximizar los beneficios en favor de la sociedad, que así tendría más trabajo, más seguridad, más bienestar.³⁶⁶ Y en lo referente a la política el Estado debe reducirse a la mínima expresión.

El pensamiento neoliberal no es sólo un pensamiento económico, es primordialmente un sistema político. Sus objetivos, así como su reproducción, exigen un discurso y una práctica política que niega lo político. En realidad, sostiene que los condicionantes económico-internacionales determinan *un camino único* a seguir, independientemente de la orientación política que gobierne. Siguiendo un tipo de determinismo económico, se supone que las políticas neoliberales son las *únicas posibles*, postura que es aceptada con excesiva frecuencia incluso por sectores de izquierda europea o estadounidense. Esta 'desaparición' de lo político, sin embargo, está

³⁶⁶ Recientemente como en el segundo semestre del 2000 ya se sabe que el modelo alternativo neoliberal está en franco retroceso debido al fracaso de su política económica que ha acelerado las brechas de la pobreza y de la riqueza en las naciones desarrolladas y del Tercer Mundo. Los procedimientos de privatización han demostrado ser medios para el enriquecimiento de algunos sectores en detrimento de los países. Aerolíneas Argentinas (en Latinoamérica), una de las empresas más rentables que fue privatizada, hoy tiene una de las deudas más cuantiosas debido a la gestión de las manos privadas. Es el más reciente ejemplo para demotrar que la prédica neoliberal no es lo que dicen los teóricos. Esto, por lo demás, explicaría las movilizaciones antineoliberales de Seattle, Praga y Porto Alegre que se están produciendo en los países cuando se reúnen los organismos financieros internacionales como La Organización Mundial de Comercio, El Fondo Monetario Mundial y El Banco Mundial. Se podrá argumentar que estas movilizaciones son minoritarias en el plano global; pero, no se podrá negar su transcendencia y su repercusión en los medios de comunicación mundial para educar en la resistencia pacífica contra el neoliberalismo y sus buques insignias: el Fondo Monetario Internacional (FMI), El Banco Mundial (BM), La Organización Mundial del Comercio (OMC), en el ámbito global.

creando una crisis de gobernabilidad sin precedentes en el mundo occidental".³⁶⁷

Todo lo cual explica la tendencia actual de nuestros legisladores, en el caso del Perú, que es la de coincidencia plena con el modelo neoliberal de una economía de mercado. En Perú se aplica el modelo neoliberal desde la década de los 80, pero desde la década de los 90 se ha hecho de manera brutal, como lo explicaremos, más ampliamente en el capítulo tercero de este libro. En este modelo de sociedad el sistema penal, necesariamente, incluye actos legislativos conducentes al endurecimiento de las penas para "delincuentes considerados peligrosos", (que puede ser cualquier ciudadano común), así como a criminalizarlo todo. Por otro lado, el recorte presupuestario en el sistema penitenciario público está produciendo hacinamientos penitenciarios nunca antes vistos para justificar luego la privatización de los establecimientos penales. En este escenario debemos siempre tener presente lo que ha dicho el Tribunal Supremo de Puerto Rico, citando al Tribunal Supremo de los Estados Unidos:

*"Por bueno que sea el guardián, siempre existe el problema de quien lo vigila. **Quis custodiet custodiem.** Cuando se descuidan los medios, cuando se disminuyen los derechos fundamentales a nombre de un ansiado orden, lo que viene a perecer al cabo es la libertad y con ello la democracia que se quiso defender. (Frankfurter.) *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332, (1943), *Pueblo v. Lebrón*, 108 D.P.R. 324, 328 (1979). "*

³⁶⁷ NAVARRO, *op. cit.*, p. 21. Esta crisis de gobernabilidad hoy se expresa como una catástrofe política en el Perú de fines del 2000 a abril del 2001. El Estado, la clase política, los partidos, la dirigencia empresarial en la banca, la empresa periodística, la construcción, los servicios, mandos militares, el poder judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Procuraduría del Estado, el Legislativo, el Ejecutivo, los servicios de inteligencia, todo, absolutamente todo ha sido objeto de corrupción. Hoy en Perú se puede afirmar que la crisis de gobernabilidad está asociada con la corrupción como sistema e institucionizado en todos los niveles del Estado. Todo lo cual, como es fácil comprender, ha despreciado el Estado democrático y a sus instituciones.

Sostenemos que en tanto no se resuelvan los problemas estructurales de los países, latinoamericanos por ejemplo, subsistirán las bases para el incremento de la delincuencia (el terrorismo, el narcotráfico, el tráfico de armas, el tráfico de blancas, el tráfico de órganos humanos, lavado de dinero del narcotráfico y de otros delitos organizados, por ejemplo). Esta clase de delito, excepto las de terrorismo, merece poca atención del Estado para su represión efectiva, por eso aunque estén criminalizados existen pocos procesos penales trascendentales para penar de manera efectiva a estos delincuentes de "cuello blanco". No obstante, no dejamos de admitir que los tiempos han cambiado y que hay que hacer ajustes en el modelo de gobernabilidad.

Control social, realidad criminológica y planteamientos alternativos

Juan Bustos Ramírez nos dirá al respecto:

*"... la llamada cuestión o fenómeno **criminal** se entiende no como algo puramente individual o social, sino en primer lugar como una **construcción** desde **el control**, entendido éste **como una forma de organización concreta del poder**. En este sentido esta problemática está ligada a la historia de la lucha del ciudadano frente al poder y control del Estado por sus garantías y derechos de sus bienes e intereses (la víctima es ciudadano, lo que se olvida en algunos planteamientos radicales).*

En otras palabras esta lucha implica que toda fundamentación del control ha de constituirse al mismo tiempo en su límite. Fundamentar la construcción de un determinado delito y con ello el control del Estado ha de significar también poner límites con relación a su ejercicio sobre el ciudadano. La fundamentación no se basta a sí misma, no se legitima, si al mismo tiempo no es un límite de control. Es el control del control. Por eso el ciudadano, además, deberá estar en posibilidad de revisar toda la

fundamentación como los límites al control y con ello su legitimación.

Pero esta revisión al poder y control del Estado no es sólo con relación al aparato, a la sociedad política, sino también a la sociedad civil, pues hasta ella se extiende ese poder control que es expresión del sistema en su conjunto.... Hoy la cuestión criminal no pasa por la supresión del aparato del Estado y del sistema penal, como su forma concreta, lo cual es una irreabilidad (y por ello sería sólo encubrir o disfrazar el problema), sino en reducirlo al mínimo en cuanto control, hacerlo efectivamente igualitario y someterlo constantemente a revisión crítica".³⁶⁸

Consecuentemente, el estudio de la criminalidad, del derecho penal, del sistema penal, penitenciario y judicial de un país no puede ser concebido de una manera abstracta, subjetiva, en los laboratorios de los académicos alejados de la realidad social, del estudio del poder, de la política, la economía, la historia. Si fuera así correríamos el peligro de ser teóricos asépticos y constructores de teorías y doctrinas que no responden a la cotidianidad del fenómeno criminal por ejemplo, o pretender desligar el estudio del crimen y del delito y de éstos con la realidad procesal o de todo con la coyuntura histórica que vive la humanidad o nuestros pueblos.

Criminalmente, hoy tenemos una realidad delictiva no vista en la centuria precedente que comenzó a aparecer *masivamente* luego de la década de los sesenta. Las modalidades delictivas de este siglo se dan en el área de la ingeniería de sistemas: robo, hurto, estafas, interferencias, mal uso de sistemas de información a través de computadoras (ordenadores), violación al derecho de la intimidad, a la libertad de expresión, etc.; en el crimen organizado, la internacionalización de bandas organizadas de narcotraficantes, lavado (blanqueo) de dinero multimillonario, cuentas cifradas fraudulentas; o de procedencia ilícita;

³⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, *Contro social y...*, pp. 11-12.

diversas modalidades de juegos de azar; delitos que ponen en peligro la seguridad de los países como el tráfico ilícito de armas; en el cuerpo y la salud, el tráfico de órganos humanos;³⁶⁹ delitos de lesa humanidad, como por ejemplo en Bosnia Herzegovina, Argentina, Uruguay, Chile, Perú, mediante la violación de los derechos humanos; delitos contra las libertades civiles tales como los delitos por los excesos y por brutalidad policial y la restricción de las libertades individuales; en lo estatal, la corrupción de funcionarios públicos, el uso delictivo de los fondos públicos, apropiación privada de bienes públicos, el tráfico de influencias; la manipulación genética, en los laboratorios a través de la ingeniería genética; delitos contra el medio ambiente: aguas, bosques, aire, tierras, flora y fauna; uso ilegal de sustancias radioactivas o tóxicas para la vida humana o del ambiente; el terrorismo, en sus diversas modalidades, contra las personas, la propiedad privada, la propiedad pública; el terrorismo de Estado contra las personas y la propiedad privada. Éstos son, entre otros, actos y hechos que tienen necesariamente que ser estudiados para hacer planteamientos serios de reforma en los sistemas penales y de gobernabilidad legítima en las sociedades, en nuestro caso, especialmente en las latinoamericanas, y en particular en Perú.

En varias de estas modalidades delictivas se encuentran —lo que se ha dado en denominar por los académicos— los delincuentes de “cuello blanco”, corrupción —en sus más infinitas formas en las más altas esferas del gobierno— con gran influencia en nuestros actuales estados democráticos de derecho. En estudios futuros para mejorar nuestro sistema democrático en un Estado de Derecho, en lo referente a política pública en el campo penal, procesal penal y penitenciario, se tienen que

³⁶⁹ Según datos de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS se ha convertido en una actividad más del crimen organizado.

recoger las mejores tradiciones del derecho penal, derecho procesal penal y penitenciario comparado. Se deben tener en cuenta principalmente las que defienden los derechos democráticos fundamentales y humanos contenidos en los tratados internacionales tanto de las Naciones Unidas, como de la Organización de los Estados Americanos.

Somos partidarios de que en los nuevos sistemas normativos que se tengan que instrumentalizar se incorpore de manera más expeditiva y efectiva el recurso de *habeas corpus*,³⁷⁰ de conformidad con la mejor tradición del sistema jurídico del *common law*, que es de donde proviene este recurso. Además, se deben tener en cuenta los convenios internacionales sobre derechos humanos para detener los abusos del Estado, en particular, de sus funcionarios públicos. Y se incorpore el recurso de amparo (recurso que protege las violaciones ilegales de los demás derechos fundamentales) como freno a los excesos del guardián o del Estado.

Por otro lado, delitos de contenido netamente moral como la bigamia, la sodomía entre personas adultas psicológicamente responsables, se deben penalizar severamente cuando están envueltos

³⁷⁰ En el Derecho inglés (*common law*) se le conocía como el Gran Auto. Era utilizado para reforzar la libertad de las personas y se convirtió en el freno contra los abusos del Poder Ejecutivo y de los señores de la nobleza. Se garantizó, posteriormente, este recurso constitucionalmente por su importancia en la defensa del derecho a la libertad de las personas. En 1679 en Inglaterra se dictó el Acta titulada "Ley para asegurar mejor libertad al súbdito y prevenir su deportación a ultramar", que es lo que popularmente se le conoce como la acción de *habeas corpus* y que se le consideró, desde entonces, como la segunda Carta Magna de la sociedad inglesa. Esta ley contenía la pena de *inhabilitación* del funcionario de su cargo que hubiera violado el derecho a la libertad de cualquier ciudadano. Este recurso, de naturaleza constitucional en nuestros tiempos, aparece en las constituciones de los Estados Unidos de Norteamérica, México, España, Puerto Rico y casi todas las constituciones modernas contienen este recurso extraordinario. En Puerto Rico, una colonia de los Estados Unidos, el *habeas corpus* tiene rango constitucional; pero, como ya se dijo, al reglamentarlo minuciosamente, de ser un recurso de naturaleza perentoria se ha convertido en un derecho de naturaleza dilatorio. De ahí que nos parece desafortunada la decisión adoptada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, en el Caso *Ortiz Serrano v. Alcaide, Penitenciaria Estatal de Río Piedras*, 131 D.P.R. 849 (1992), donde se dice: que el *habeas corpus* es un remedio extraordinario, por tanto, "tienen que agotarse todos los remedios ordinarios disponibles antes de acudir a este recurso". Véase, el Artículo II, Sec. I3 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, 34 L.P.R.A. Sec. 1741-1780 o que es lo mismo el Código de Enjuiciamiento Criminal, y 39 C.J. S. Sec. 2.

menores de edad y/o personas restringidas en sus capacidades volitivas; la prostitución, asimismo, debe ser suprimida de los ordenamientos penales si es que en verdad queremos estar de acuerdo con las corrientes de pensamiento más avanzado de nuestro tiempo. Sobre el particular dice Claus Roxin:

*"Puede estimarse que la mayoría de la población considera inmorales las prácticas homosexuales, el intercambio de parejas o las revistas pornográficas. Pero tales conductas no pueden ser castigadas con una pena cuando tienen lugar entre adultos y con el consentimiento de todos los que toman parte en el asunto, pues en tal caso no suponen una alteración de la convivencia pacífica."*³⁷¹

En lo que concierne a las sustancias psicoactivantes, los países reaccionan de manera diferente: unos condenan penalmente el uso y el tráfico de drogas; otros sólo hacen entrar en el sistema penal el tráfico, con exclusión del consumo personal; otros no hacen entrar en el ámbito penal sino las drogas llamadas 'duras', excluyendo las que se llaman 'suaves'....³⁷² Estos planteamientos, de naturaleza sustantiva, en cuanto al sistema penal tienen que ser tomados en cuenta si es que no queremos divorciarnos del pensamiento penal contemporáneo, aunque claro está se trata de planteamientos doctrinales hechos en sociedades más democráticas, más liberales *en stricto sensu* y no tan conservadoras. No hacerlo así implicará tomar un distanciamiento mayor entre lo que es la moral social y la ciencia del Derecho penal.

Una política más humana en la dirección propuesta implica a su vez una participación más activa de la sociedad en el sistema penal, democratizando nuestras instituciones estatales que ahora padecen de una seria crisis de legitimidad. Podemos, si queremos, descongestionar

³⁷¹ ROXIN, C. et al. *Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*. 1.^a edición, España, Editorial Ariel, p. 21, 1989.

³⁷² HULSMAN, *op. cit.*, p. 86 ss.

los establecimientos carcelarios modificar nuestro sistema penal en cuanto al tratamiento de los delitos y la ejecución de las penas en nuestros sistemas mediante los estudios más recientes. Es urgente cambiar la dirección del enfoque del sistema penal y penitenciario hacia un enfoque rehabilitador y humanista, es decir, uno que tenga en cuenta al ser humano transgresor como expresión de una realidad social concreta. La delincuencia no se explica por sí misma. El derecho penal por sí solo no explica el delito, ni la criminología clásica puede ser el campo para la mejor comprensión de la realidad delictiva y criminal de la hora presente a la que nos hemos referido más arriba. Es necesario que el Estado admita su cuota de responsabilidad en el problema.

La criminalidad no es de transgresores versus el Estado. Es más compleja: se trata de una relación dialéctica entre individuo y sociedad o, mejor, individuo-sociedad versus Estado. Sólo si el Estado cambia la conceptualización respecto a la forma de visualizar la criminalidad se estarán creando las bases para que los actuales delitos tengan un nuevo tratamiento en que la sociedad, en su conjunto, se involucre en su diagnóstico y tratamiento. La compensación económica en ese nuevo sistema no debe ser descartada como mecanismo de tratamiento penal.³⁷³

Recordemos que antiguamente a los locos se les trataba mediante descargas eléctricas. Hoy esa práctica está desterrada totalmente del

³⁷³ El profesor peruano José Hurtado Pozo, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Fribourg (Suiza), en su ensayo "La pena de Multa" dice: "Si se observa la legislación penal y la práctica judicial de los países europeos se constata que la multa se ha convertido, junto a la privativa de la libertad, en uno de los pilares del sistema punitivo. Esta situación es el resultado de una larga revolución tendiente a humanizar, a hacer más eficaz y menos dañina la represión penal". En HURTADO POZO, José. "La pena de multa". En *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Volumen 50, Lima, Imprenta de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, p. 149, 1993. Es un magnífico ensayo de derecho comparado sobre el tema. Se puede alegar en oposición la impracticidad de dicha medida en los sectores más desfavorecidos económicamente. Pese a todo sigue siendo una opción viable. Sobre este tema hay bastante bibliografía en español.

tratamiento a los pacientes psiquiátricos.³⁷⁴ Así, por más de dos siglos las sociedades han ensayado el incremento de penas, privación de la libertad y de la vida como remedios contra la criminalidad. Los establecimientos carcelarios (como los viejos hospitales psiquiátricos) han demostrado no ser escuelas de rehabilitación sino centros superiores de capacitación para futuros delincuentes o desviados o transgresores penales. La represión siembra odio y violencia, no siembra amor, ni comprensión. ¿Cómo entonces queremos que un hombre privado de su libertad por un largo Periodo o sometido a procedimientos inquisitoriales, sea un sujeto pacífico y honorable cuando salga a las calles nuevamente si su vida ha estado inmersa constantemente en un círculo vicioso de violencia para sobrevivir? La realidad demuestra que nuestros sistemas penales han fracasado en la prevención de la criminalidad.

Los estudiosos de la nueva gobernabilidad tienen que entender que la solución al fenómeno de la criminalidad [de cualquier tipo] no radica en aumentar la represión. El sistema penal, hemos olvidado, trata a los seres humanos, en desgracia, como animales. La realidad nos demuestra que el ser humano, una vez que ingresa a un establecimiento penal, se convierte en un número (en aras de la eficiencia estadística administrativa para vigilarlo): se le cosifica.

Si reconceptualizamos esta vieja percepción y la sustituimos por una nueva que rescate al hombre transgresor de la triturante legalidad e institucionalidad del Estado o de los emocionalismos de la población y de la “opinión pública” (que se construye unilateralmente en los medios masivos de comunicación, radio, TV, periódicos, etc., a partir de los informes policiales o azuzando la morbosidad humana por los medios de

³⁷⁴ Recientemente he sido informado de que algunos centros psiquiátricos lo siguen usando para las depresiones severas. Lo que evidentemente es una práctica inhumana.

comunicación masiva). Podemos ensayar nuevos caminos para luchar mejor contra la criminalidad de nuestro tiempo. Y, a su vez, por esa vía, todavía, rescatar la posibilidad (remota, no por ello imposible) de legitimar un Estado de Derecho con libertades democráticas, en el ámbito penal una derecho penal democrático y un sistema de seguridad que conceda felicidad a la sociedad en general y no sólo a sectores privilegiados.

Debe terminar el uso del derecho penal como instrumento de represión contra el ser humano. Es preciso despenalizarlo y humanizarlo. Sólo de ese modo ayudaremos a que nuestra sociedad enfrente los retos del nuevo siglo. En las sociedades latinoamericanas y en Puerto Rico,³⁷⁵ como en las sociedades del Primer Mundo, este planteamiento puede ser y de hecho es una utopía, una ilusión e, incluso, una locura. Sin embargo, la dirección sugerida queda abonada por los estudios realizados del Derecho comparado.³⁷⁶

Principios de derechos penal democrático que deben preservarse en toda reforma

La sociedad democrática que conocemos ha sido el resultado del proceso histórico de la sociedad occidental. Los derechos fundamentales hoy reconocidos en casi todas las constituciones del mundo y de este hemisferio son el fruto de más de dos mil años de historia. Pese a estar *ad portas* del siglo XXI muchos derechos no se han concretado entre ellos los llamados derechos humanos. Somos

³⁷⁵ País caribeño (colonia de los Estados Unidos) donde residí mis últimos 7 años de exilio. País al que tanto le debo y a su gente, especialmente a mis discípulos; los llevaré en mi corazón hasta el fin de mis días.

³⁷⁶ HURTADO POZO, José. *La ley 'importada'. Recepción del Derecho penal en el Perú*. Lima, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad (CEDYS), pp. 149 a 173, 1979.

herederos de las dos grandes revoluciones, la americana de 1787 y la francesa de 1789 que consagraron los derechos y garantías para el hombre occidental.³⁷⁷ Debe tenerse en mente que la Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica se inspiraron en las revoluciones inglesas del siglo XVII y las ideas que posteriormente se dieron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789 en Francia.³⁷⁸ Estas dos últimas fueron resultado de las convulsiones sociales de la época, del pensamiento filosófico de lo que después se llamaría la Ilustración. Además, fueron expresiones concretas de las ideas promovidas por las utopías liberales que aparecían en el escenario histórico, como sepultureras de las ideas feudales de la época. Asimismo fueron revoluciones no sólo económicas, sociales y políticas sino, fundamentalmente, transformaciones en el campo del conocimiento y del pensamiento.

Se puede decir que en este Periodo histórico comenzó el fin de los principios y verdades universales, inmutables, eternas y absolutas propias de la era feudal que, no obstante, aún hoy dan señales ineludibles de su existencia en 'este paraíso terrenal'. Este Periodo histórico fue —sigue siendo—³⁷⁹ el de neto predominio de la razón como instrumento base del conocimiento y del pensamiento contemporáneo. En nuestros tiempos esos principios, teorías, doctrinas aparecen recogidas en convenios como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Asimismo aparecen en otros convenios internacionales de la Organización de las Naciones Unidas que contienen los Derechos y Garantías de Derecho penal, Procesal Penal y Penitenciario que toda

³⁷⁷ No obstante debo aclarar que siendo un ser humano que provengo de una cultura milenaria, estoy de acuerdo con los planteamientos centrales sobre la cultura de nuestro país llamado Perú que hace Víctor Carranza en *Globalización y crisis social en el Perú*. Lima, Instituto Francés de Estudios Andinos (IEFA), Universidad Ricardo Palma, Centro de Investigación, 2000.

³⁷⁸ SERRANO GEYLS, *op. cit.*, pp. 1-15. HENKIN *et al.* *International Law, Cases y Materials*. Minneapolis-St. Paul, West Publishing Co., 1987, pp. 381, 388, 490.

³⁷⁹ Los filósofos y académicos posmodernistas no estarán de acuerdo, por supuesto.

sociedad civil democráticamente organizada debe legislar, preservar y hacer valer en tanto derechos y garantías fundamentales de las naciones. Entre las leyes y tratados internacionales que tenemos que mantener y perfeccionar están los convenios internacionales de Naciones Unidas,³⁸⁰ de la Organización de Estados Americanos, como el Pacto de San José de 1969 o la Declaración Americana de Derechos Humanos.

Toda reforma de los sistemas penales y de seguridad ciudadana (desde nuestra perspectiva sugerida: bienestar para la totalidad de la población en igualdad de condiciones y no formal ni al servicio de la seguridad del Estado y de la seguridad nacional) deben mantener intactos los siguientes principios, derechos y garantías de derecho penal, procesal penal y penitenciario democráticos, ellos son:

- a. El principio de legalidad.
- b. La doctrina de la prohibición a la vaguedad.
- c. La exigencia del principio de la claridad y certeza de la norma penal. La 2 y la 3 son llamadas también, la doctrina de la taxatividad.
- d. La presunción de inocencia del reo.
- e. La prohibición del uso de la analogía en el derecho penal.
- f. La prohibición de la retroactividad de la ley penal, salvo si es más benigna en beneficio del reo, o sea, la expresa prohibición de las leyes *ex post facto*.³⁸¹
- g. La abolición de la pena de muerte.
- h. La prohibición de penas crueles e inhumanas.

³⁸⁰ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano". Washington D. C., Secretaría General, 1988. HENKIN, Louis; Richard Crawford Pugh; Oscar Schachter y Hans Smit. *Basic Documents Supplement to International Law, cases and materials*. 2.^a edición, St. Paul, West Publishing Company, 1987.

³⁸¹ Entiéndase como el principio de la irretroactividad de la ley penal.

- i. La vigencia plena del debido proceso de ley o legalidad del procedimiento.
- j. La igual protección de las leyes.
- k. La prohibición a los registros y allanamientos irrazonables o inviolabilidad del domicilio, bienes y libertad personal, salvo mandato judicial debidamente fundamentado y con precisión de lo que debe registrarse.
- l. El derecho a un juicio justo e imparcial en público.
- m. El derecho a juicio por jurado.
- n. Vigencia del derecho a la protección contra la doble exposición y no ser penado dos veces por los mismos hechos.
- o. Protección y vigencia del derecho a la cosa juzgada.
- p. Derecho a la debida y oportuna notificación acerca del cargo por el que se le investiga o procesa penalmente.
- q. Derecho a tener abogado de defensa.
- r. Derecho a permanecer callado y no autoincriminarse.
- s. Derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo en un juicio justo e imparcial.
- t. Derecho a ofrecer testigos o pruebas de descargo.
- u. Derecho a no sufrir pena sin un juicio legal.
- v. Derecho a juicio rápido, justo e imparcial.
- w. Derecho a la fianza y que no sea excesiva que garantice la concurrencia del reo al proceso penal.
- x. Derecho a no ser sentenciado sino con prueba indubitable.
- y. Derecho del reo a no ser sentado como testigo del fiscal.
- z. Derecho del reo para que ni el Fiscal ni nadie en el proceso penal comenten su silencio.

- aa. Debe preservarse el privilegio del reo a la confidencialidad de las conversaciones privadas con su abogado defensor.
- bb. Derecho del reo para una vez sentenciado, que el cumplimiento de la pena deba hacerse en unas condiciones decorosas y humanas en establecimientos penales que cumplan con los criterios que exigen los organismos internacionales.³⁸²

Resumiendo, estas doctrinas, principios y teorías expresan de manera concreta el pensamiento filosófico de las sociedades democráticas, del derecho penal y procesal penal democrático de nuestro tiempo. Además, son normas legales de carácter internacional, regional y nacional³⁸³ que deben ser preservadas, entre otras, en toda reforma del sistema penal, procesal, penitenciario y de seguridad ciudadana en que el código penal es una parte del engranaje del sistema penal y del sistema de seguridad ciudadana. Todo proceso de reinención del Estado neoliberal o de la nueva gobernabilidad no debe desechar estas tradiciones del sistema democrático liberal en aras de un Estado más eficaz.

³⁸² Véase ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Asamblea General. "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes". Nueva York, Departamento de Información Pública de Naciones Unidas, 1985.

³⁸³ Desde mediados de este siglo se puso en discusión la validez del nacionalismo. Sin embargo, es una realidad independientemente de los cuestionamientos políticos que pudieran haberse dado en la discusión de filósofos y sociólogos. Hoy resurge vigorosa en Europa y en el Oriente Medio, Asia Menor, África como reafirmación de identidad, de dignidad y de soberanía. Sin desconocer, claro está, la globalización de la economía, de la que resultan conglomerados como el Mercado Común Europeo, el Tratado de Libre Comercio, los mercados regionales, como el Merco Sur y el Pacto Andino, o de pueblos coloniales que se resisten a la transculturación, como Puerto Rico. Son realidades que no se pueden ocultar, ni negar y que, además, son "mercados del capitalismo".

Una particular visión del control social

Sergio Politoff nos dice al respecto:

"Es evidente que, si la alternativa al sistema penal debiera ser un aparato de control social de tipo psiquiátrico administrativo, curativo, enmendativo, reeducativo, fundado en la "peligrosidad" o la "antisociabilidad" (tal vez en la línea de Filippo Gramática), las consecuencias para la libertad serían... peores". Tomado de Huksman y B. de Celis.³⁸⁴

El profesor italiano Filippo Gramática³⁸⁵ sostenía que:

"La sociedad conforme a los principios normativos expresados por la peculiar forma legislativa del Estado, ve en el sujeto activo un ser antisocial. Debe el Estado defenderse independientemente del hecho cometido... de defenderse para salvaguardar la seguridad de los asociados en cuanto piensa que el sujeto puede suponer un elemento inadaptado o adverso al conjunto social y al orden jurídico actual.

... el derecho de la sociedad a defenderse no surge del hecho cometido, delito. Este es un derecho de la sociedad dirigido no al pasado, sino al futuro del autor, y vinculado, mejor aún dominado por el aludido "deber de socialización".³⁸⁶ [Énfasis Nuestro].

Filippo Gramática en el campo del derecho penal privilegia al Estado, no al individuo. Este autor equipara sistema penal con seguridad del Estado. Abandona el principio de legalidad el cual es columna vertebral de los sistemas democráticos liberales. Privilegia el concepto de

³⁸⁴ HULSMAN, Louk y J. Bernat de Celis, *op. cit.*, p. 139.

³⁸⁵ En este siglo tiene y ha tenido sus seguidores como Madureira de Pino, desde el año de 1939 *Primer Congreso Latino Americano de Criminología*. Actas, tomo I, p. 264. H. CARRILLO, *id.*, p. 184, creía que ya estaba descubierto. Sobre los nuevos métodos de predicción basados en "tablas de diagnóstico" según las técnicas de los Glueck, de Erwing Frey y de H. Mannheim, véase el valioso trabajo de López Rey. *Some Misconceptions in Contemporary Criminology en Essays in Criminal Science*. London, 1961. Traducido por R. Mathó Ragusci y publicado por la Revista Penal y Penitenciaria. Montevideo, Año I, N.º 3, 1963. "Que, a su vez tiene a sus predecesores en una monografía de GRISPINI, de 1920, del Proyecto Ferri de 1921 y de la teoría de éste sobre la llamada peligrosidad social, peligrosidad sin delito". SOLER, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

³⁸⁶ GRAMÁTICA, Filippo. *Principios de defensa social*. Madrid, Editorial Montecarlo, p. 73, 1974.

"peligrosidad" el cual contiene un fuerte ingrediente subjetivo y atenta de ese modo contra el principio de la certidumbre o taxatividad —que es parte del de legalidad— el cual debe prevalecer en las normas penales generales o especiales. Asimismo abre las puertas a la vaguedad (campo propicio para que se cometan los excesos de los estados totalitarios, dictatoriales o autoritarios vía la interpretación de la ley penal [analogía penal]), ingresando peligrosamente en la inconstitucionalidad de dichas normas, si es que se defiende un Estado democrático y liberal. Si la defensa es de un Estado neoliberal, dictatorial o totalitario, el modelo de Gramática encaja perfectamente.

¿Quién o quiénes definen la peligrosidad de las personas? ¿Quién persigue el crimen actualmente? ¿Será el Estado mediante oscuros funcionarios del Estado, el que califique la característica de los antisociales o de los delincuentes peligrosos? Definitivamente, todo el andamiaje de derechos y principios fundamentales expuestos, propios de sociedades liberales y democráticas, con esta escuela de pensamiento —en defensa de un sacro Estado neoliberal— es dejado de lado o si se mantiene formalmente su aplicabilidad es inoperante. En lo social, en aras de la creación de un nuevo modelo de gobernabilidad, no se pueden sacrificar los derechos fundamentales y los derechos humanos de las sociedades democráticas.

Los nuevos modelos de gobernabilidad no pueden sacrificar el modelo democrático de derecho por un modelo democrático autoritario de derecho. Es un reto abandonar el discurso fundamentalista neoliberal. El modelo neoliberal ha demostrado no ser eficiente para resolver los problemas estructurales de las sociedades desarrolladas y las menos desarrolladas o del Tercer Mundo. Por el contrario, su implementación a mediano y a largo plazo ha sido de nefastas

consecuencias,³⁸⁷ por lo menos para las sociedades como Argentina y Perú, recientemente, en tanto que se han acrecentado las brechas entre los que tienen más, que ahora son menos, y los que tienen menos que ahora son más.

El modelo de gobernabilidad, que estamos de acuerdo, no debe ser gigantesco ni burocrático en aras de la eficiencia, no por ello debe abandonar los programas sociales para la población más necesitada que en este tipo de sociedades es la que provee el ejército que se encuentra en los establecimientos penitenciarios juveniles y de adultos. Enfrentar el delito (derecho penal) y la criminalidad (estudio de las causas), las dos ciencias se deben interrelacionar dialécticamente; estudiarlas por separado puede llevarnos, como hasta ahora, a nefastas consecuencias. No olvidemos jamás que la realidad tiene aristas sociales, económicas y políticas vinculadas estrechamente al poder. Desconocerlas u obviárlas puede llevarnos a conclusiones equivocadas en el diagnóstico, prevención y solución del fenómeno delictual, criminal y/o transgresor penal.

La criminalidad es el resultado de una sociedad enferma. La sociedad civil, y no únicamente el Estado, tiene la obligación de hacer un diagnóstico científico de la enfermedad social que estamos seguros es de naturaleza estructural y no sólo coyuntural. Históricamente el Estado liberal o los gobiernos democráticos latinoamericanos, Perú en particular, no han cumplido todas sus promesas políticas en lo social. La crisis del Estado benefactor no puede ser reemplazado por un Estado neoliberal con menosprecio a los derechos humanos y libertades fundamentales o sin cara humana.

³⁸⁷ Véase NAVARRO, *op. cit.*

Implantar el neoliberalismo con una economía de mercado, sin tomar en cuenta la soberanía y la cultura de los pueblos [en aras de la globalización], puede crear nefastas condiciones y peligrosas situaciones para nuestros pueblos.³⁸⁸ De ahí que demandamos que la llamada delegación de la voluntad general (en el campo del derecho penal al Estado) tiene que ser restituida a sus titulares: la población civil organizada (la voluntad general organizada), como en los tiempos iniciales cuando el Estado, tal como lo conocemos hoy, no existía. Época en la que se privilegiaba la compensación económica y las transacciones entre la víctima y el victimario. Sólo así podremos reinventar un nuevo Estado (como también, el derecho penal y el derecho penitenciario) acorde con nuestros tiempos. Donde exista un sistema de justicia criminal, preventivo y no reactivo, y lo posean, inicialmente, la comunidad civil, las municipalidades, las organizaciones vecinales, es decir, la sociedad civil organizada y, en última instancia, los Estados.

Tenemos que atrevernos a despenalizar el derecho penal y por ese camino a descriminalizar nuestra sociedad. Sin embargo, estamos conscientes de que posiblemente sea aún temprano para que se acepte esta tesis de la despenalización del derecho penal en una sociedad como la de Perú de hoy en donde prevalece tanta confusión e irracionalismo en materia de gobernabilidad. Las reformas penales, judiciales y penitenciarias y de seguridad ciudadana no pueden ser producto de la improvisación ni de las reacciones coyunturales. Debe ser un trabajo serio, paciente y científico de los académicos y expertos en las distintas áreas del conocimiento que tienen que ver con el sistema penal

³⁸⁸ En el caso del Perú nuestras culturas quechua y aymara, nuestras etnias, más de cien en todo el territorio del país, sí fueron capaces de resistir al exterminio de la conquista y de la colonia española; no tengo ninguna duda de que seremos capaces de resistir [en sus múltiples variables pacíficas y no pacíficas, formales y no formales al exterminio del neoliberalismo. Una de las resistencias, dice Víctor Carranza y Francisco Caballero Harriet será [o debe ser] a través de nuestras culturas.

y la seguridad ciudadana, así como de toda la sociedad civil organizada, que cada día vive el fenómeno de la criminalidad.

En suma, la aplicación dialéctica a los fenómenos concretos o lo que es lo mismo la unidad de la teoría y la práctica. Una reforma razonable y viable en la sociedad y particularmente en el campo del derecho penal, procesal penal, penitenciario y judicial no debe ser fruto de unos meses de trabajo, ni tampoco de un pequeño grupo de personas afines ideológicamente. Los nuevos códigos penales que se formulen a partir de un nuevo modelo de gobernabilidad tienen que ser consensualmente construidos sobre la base de la justa valoración y de la rica diversidad de opiniones que existen en nuestras propias realidades. En otras latitudes, como Alemania y Holanda, sus sistemas penales y de seguridad ciudadana han sido fruto de las responsabilidades ética de sus gobernantes, profesionales, académicos y científicos, dándose un sistema de disposiciones jurídicas que contienen rigor científico y que ha sido consecuencia de consensos, conciliación de posiciones ideológicas y de escuelas de pensamiento.

Con este marco general ahora estudiaremos si el gobierno de Fujimori (1990-2000) ha sido un gobierno al servicio de los sectores más necesitados del país (campesinos y trabajadores manuales) o al servicio de la clase media o ha servido para fortalecer o no a una clase vinculada al capital financiero internacional. Además, indagaremos sobre cuál ha sido su actuación en el campo de la lucha antiterrorista. Pretendemos demostrar que el gobierno de Fujimori, o mejor dicho el gobierno autoritario (o dictadura) cívico-militar, respondió a los intereses de los grandes capitales extranjeros y *a fortiori* impuso un modelo liberal con economía de mercado en una realidad de economía dependiente que ha producido el ensanchamiento de las desigualdades económicas,

políticas, sociales y jurídicas de la hora presente. Al haber una confrontación radical de grupos subversivos contra el Estado, éste implementó una política antisubversiva que violaba tratados internacionales de derechos humanos con actos que bien pueden ser catalogados como crímenes: ejecuciones sin juicio *in situ*, secuestros, torturas, genocidio (bombardeos a poblaciones civiles), desaparecidos, detenciones arbitrarias, sentencias injustas, registros y allanamientos ilegales. Estos actos, entre otras razones, fueron el motivo para que en la década del 90 el saldo de muertos de la población civil, subversivos y personal militar haya totalizado más de 30, 000 y cerca de 6,000 desaparecidos, según fuentes de los organismos de derechos humanos.³⁸⁹ Se hizo necesaria una revisión profunda de la legislación y de las consecuencias de los actos de Estado (que algunos califican como terrorismo de Estado) para que sean esclarecidos y sus principales responsables puestos a disposición de un sistema judicial independiente para procesarlos por los delitos que se les impute. Veamos primero el marco económico-social y el programa del gobierno-cívico-militar; luego veremos la legislación y la política antisubversiva de este mismo gobierno.

³⁸⁹ El presidente de la Comisión de la Verdad, Dr. Salomón Lerner lo confirma en la entrevista que le hiciera Mariela Balbi en la revista *DOMINGO*, N.º 187, del 30 de diciembre del 2001, del diario La República, p. 15.