

II.

INTRODUCCIÓN

*“... Por bueno que sea el guardián, siempre existe el problema de quién lo vigila. **Quis custodiet custodiem.** Cuando se descuidan los medios, cuando 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.”*

McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943). Frankfurter.

Control Social, Neoliberalismo y Derecho penal. Apuntes

Fundamentales para entender el Perú de hoy,¹ es una investigación, que pretende entender la realidad de nuestros tiempos de un modo multidisciplinario. El tema es —no tengo dudas que lo sea— irreverente para los estudiosos del derecho positivo, o por aquellos académicos que no desean la contaminación de la ciencia del Derecho con otras ciencias, aunque puedan ser afines. Sin embargo, estoy convencido de que la realidad es más rica que la teoría o el laboratorio.

Las normas o las disposiciones legales, sean dadas por el sistema judicial o por un sistema estatal específico, son el resultado de una inefable realidad concreta. Ellas expresan pasiones, emociones,

¹ Así se denomino también la tesis doctoral con la que recientemente, el 5 de diciembre del 2001 en la Universidad del País Vasco, Facultad de Derecho, acabo de defenderla y obtener el título de Doctor en Derecho.

intereses, en suma, *valores* de una realidad histórica de los pueblos que cada día hacen la creación humana más trascendente: *la cultura*. En años recientes he estado preocupado —intelectualmente— por verificar una conexión dialéctica entre el fenómeno económico, social y político con la disciplina que me emociona y me apasiona: el Derecho penal, pero al que le pongo siempre un apellido: *democrático*. Enseño esta ciencia en un sistema económico, social, político y jurídico determinado, en un período histórico determinado, la conexión de las disciplinas que estudian esta compleja realidad, entonces, no es casual, ni es producto tan sólo de un apasionamiento intelectual. Estoy en la búsqueda de un marco teórico que interrelacione o explique todo lo anterior. Este trabajo es un primer intento en esa dirección. Tiene sus imperfecciones, sus dudas, sus límites, sin embargo, nos hemos atrevido a formularlas y están expuestas a la crítica.

Peter Burkert, en *Sociología e Historia*, asevera que: “Los historiadores y los sociólogos no siempre son buenos vecinos. Sin duda son vecinos intelectuales en el sentido de que ambas disciplinas, junto con la antropología social, estudian las sociedades en su conjunto y todos los tipos de comportamiento humano”.² Aquella aseveración de la *no* buena amistad entre estudiosos de diversas áreas del conocimiento tiene y, de hecho, que preocupar. Nosotros no estudiamos el comportamiento, en tanto tal; el énfasis estará puesto en las *relaciones humanas, sociales* entre los individuos con el Estado o el Estado con los individuos en la realidad de nuestros tiempos: el neoliberalismo.

Pretendemos verificar cómo, en este período histórico del capitalismo, las libertades o derechos fundamentales están perdiendo cada día que pasa carta de ciudadanía y, paulatinamente, están siendo

² Burke, Peter. *Sociología e Historia*. Madrid, Alianza Editorial, 1987, p. 11.

reemplazadas por conceptos como el de seguridad y orden, en detrimento del paradigma de la *libertad* y el de *democracia*. Los neoliberales están resueltos a sentar y están sentando las bases de una democracia (a)social, (in)sensible, individualista [no solidaria] y autoritaria, lo que es una seria preocupación intelectual y de compromiso con nuestra realidad, preocupación legítima que ya tenía el Juez Supremo Federal de los Estados Unidos de América, Frankfurter en 1943.³ Esta realidad, que en los países del Tercer Mundo es más dramática, tiene también repercusiones en el Derecho penal, Derecho procesal penal y penitenciario democrático con legislaciones vagas. Esto produce el incremento de las penas, pérdida de beneficios carcelarios de los reos, cárceles de máxima seguridad en las que los sujetos dejan de ser seres humanos para ser cosificados y/o reducidos a un número en aras de una *eficiencia administrativa y burocrática*, imperando así en la sociedad de nuestros tiempos un Derecho penal antidemocrático y autoritario.

En resumen, en este trabajo pretendemos, en un ejercicio osado, contrastar el *paradigma de la libertad* fruto de la revolución Francesa versus el *paradigma de la seguridad y el orden* fruto de la etapa superior del capitalismo, el neoliberalismo y el impacto de este modelo societal de nuestros tiempos en el Derecho penal. Y esta ciencia, disciplina o campo del conocimiento, como un medio indiscutido de control social. Finalmente, cómo esta ciencia, disciplina o campo del conocimiento, se implementa en una sociedad concreta del Tercer Mundo: Perú, mi país de origen.

Se entenderán, entonces, mis razones, para estudiar el (con)texto (no sólo el texto como lo hacen los dogmáticos) apoyándome en otras

³ Cita que precede esta introducción.

disciplinas para encontrar una mejor explicación al comportamiento del Estado neoliberal y de sus instituciones en el período del 80-2000. Pero, para hacerlo he tenido que hacer un recorrido a través de la historia no oficial. La *historia*, sin ella comprender la sociología y el derecho de nuestros tiempos podría conducirnos a equivocaciones nefastas o unilaterales y en ese sentido (a)científicas —si todavía podemos usar esta expresión—, en una época de grandes convulsiones en el plano de las ideas o del conocimiento, o como la prefieren denominar los teóricos: una época de grandes cambios paradigmáticos.

El trabajo que presento contiene *bases teóricas fundamentales*, puntos de partida, [pre]supuestos teóricos, a fin de confirmar y/o modificar nuestra tesis de que en la era neoliberal la democracia representativa clásica está siendo archivada en los museos de historia. Y lo que en realidad vivimos todos los días es una democracia totalitaria o autoritaria, o como diría un documento del Servicio de Inteligencia de Perú: *Una democracia dirigida*, con gobiernos fuertes, de tipo gerencial, donde la *eficacia* es más importante que la *legitimidad y legalidad* del acto estatal.

Es la época del reino de la libertad, pero no de la libertad que conocemos (del Estado moderno), sino de la libertad del mercado (en un Estado posmoderno o neoliberal). La preocupación, la búsqueda, el compromiso con nuestra realidad concreta, nos obligó a estudiar de un modo general la interrelación del modo de producción imperante —el capitalismo— en sus vertientes: económico, social, político y su vinculación estrecha con el Derecho; y, muy particularmente, con el derecho penal, en el campo de los derechos y los principios fundamentales contenidos en las constituciones democráticas de casi todo el mundo occidental, constatando su transgresión sistemática y

permanente por la clase dirigente en el poder, convirtiéndose así en un derecho simbólico y no efectivo que sirva de freno y límite a los abusos del Estado y del poder.

Lo que ayer fue para el juez norteamericano Frankfurter una preocupación acerca de los límites y frenos al Estado por medio del derecho, hoy es la realidad de nuestros tiempos: el neoliberalismo que arroja a la humanidad occidental, como un jinete del Apocalipsis con sus dogmas, valores, principios. A nuestro entender están sepultando el viejo derecho surgido de la revolución Francesa y norteamericana, y éste está siendo reemplazado por “un nuevo derecho” basado en la *ley* y el *orden*, cuyo sustento material, en lo económico, es la economía de mercado, que es su corazón y espíritu, en el modelo de sociedad neoliberal en la que todo se flexibiliza. Los medios, frenos normativos, disminuyen o se restringen hasta su total extinción en estas sociedades o en estados de excepcionalidad, los derechos y principios fundamentales se sacrifican en nombre de un ansiado *orden*, en la que la *libertad* perece y con ello la *democracia* que se quiere (¿quizo?) defender. Hay un nuevo derecho, es el neoliberal y en él, el derecho penal neoliberal que aquí lo estudiamos, aplicado a una realidad global y, de un modo más puntual en la lacerante realidad llamada Perú. Pretende, este libro, ser tan sólo una modesta contribución inacabada, eso sí con un compromiso con la realidad histórica que nos ha tocado vivir.

La primera parte de este libro tiene el propósito de presentar, por un lado, el nacimiento, crecimiento y expansión de la primera etapa del capitalismo; estudiamos sus bases teóricas, filosóficas y valores, que a nuestro entender son las bases teóricas claves del neoliberalismo en una nueva etapa superior. Por otro lado, estudiamos el porqué en Perú el modelo de reproducción capitalista ha sido *inviable*. Mientras en Europa

se consolidaba un nuevo modelo político de gobernabilidad, una república democrática en franca lucha contra el absolutismo europeo y el *ansien régimen*, dio origen en límites territoriales determinados lo que hemos conocido —y aun hoy conocemos— como Estado-Nación. Esta propuesta societal fue y ha sido inviable en América Latina y, muy particularmente, en Perú. *El modelo semifeudal* (algunos teóricos usan la categoría precapitalista) de producción —heredada de la colonia— y *una oligarquía terrateniente* descendientes de los españoles fueron los principales obstáculos para que no se haya consolidado, en este período que va desde 1821 a la segunda década de 1900, el nuevo tipo de sociedad fruto de la Revolución Francesa y norteamericana el nuevo Estado-Nación, ni mucho menos un Estado Democrático de Derecho. De este modo se traicionaron los ideales del Libertador Simón Bolívar.

En la segunda parte estudiamos las grandes líneas de acción del nacimiento, crecimiento y desarrollo del capitalismo norteamericano y su esfera de influencia en América Latina y en Perú. En el caso del Perú, específicamente estudiaremos los ligeros cambios estructurales dentro de la sociedad. Pero, demostraremos que nuestro desarrollo no ha (había) respondido a un desarrollo y crecimiento económico, político y social *independiente*, sino que ha estado vinculado a la economía exterior (inglesa y francesa primero) y a la norteamericana (desde la década de los 20, aproximadamente, con mayor énfasis, en el siglo XX), en particular. Sostengo que la clase dirigente fue incapaz, en este período, de constituir una República Democrática, de dirigir la constitución de un verdadero Estado centralizado (Estado-Nación) que impusiese los grandes lineamientos de una economía que sentara las bases de una sociedad capitalista; como los viejos encomenderos, ellos unieron sus intereses con los grandes intereses del capitalismo-financiero foráneo. En consecuencia, no hemos tenido una burguesía nacional. Sólo hemos

reproducido y clonado caudillos que han cambiado de acuerdo a la coyuntura, el discurso populista, caudillista, asistencialista e incluso “nacionalista”. Todo ello imposibilitó la estructuración de un Estado Democrático de Derecho capaz de enfrentar el tercer milenio en óptimas condiciones y con perspectivas de futuro.

Hemos llegado al tercer milenio retrazados históricamente y sin posibilidad ninguna de liderar nada. Ésa es nuestra tragedia. Extendemos este estudio histórico, social, económico y político al período comprendido desde la década de los 30 hasta el final del gobierno de Alan García cuando se produce la elección de Alberto Fujimori (1990).

En la tercera parte de esta obra hacemos un estudio más exhaustivo de una legislación especial “excepcional”, en una sociedad neoliberal, típica del Tercer Mundo: Perú. El período será 1990 al 2000. En este período observaremos dos realidades, una típica del Tercer Mundo con una democracia atípica, en apariencia; pero, que es el modelo de democracia y gobernabilidad de nuestros tiempos: la democracia autoritaria. La otra realidad, en tanto que vinculada a la potencia más poderosa de nuestros tiempos es: la democrática.⁴ Entre estas dos realidades podría argumentarse —no sin fundamento— que no hay ninguna conexión entre una sociedad desarrollada y otra subdesarrollada (para usar una expresión sociológica de la década de los 60 y los 70); sin embargo, si observamos con detenimiento *prima facie* podemos encontrar las mismas características sociopolíticas, y si hacemos un estudio comparativo exhaustivo encontraremos que hay un hilo conductor entre estas dos sociedades, y lo hay, en la realidad económica, se tratan de sociedades con una economía de mercado neoliberal. En ambas sociedades la institucionalización política,

⁴ En aparente Estado de derecho.

valorativa, como normativa es que se trata de sociedades neoliberales vinculadas por el fenómeno de la globalización.

El estudio del Perú se centrará en la legislación antiterrorista y cómo ésta al privilegiar la doctrina de la seguridad interna convirtió a los ciudadanos comunes en *enemigos* del Estado. Todos fueron (son) *sospechosos* de cometer delitos contra la Patria o contra la seguridad del Estado o de cometer delitos de terrorismo. Fue el período en el cual el Perú ha sido más impactado por la violación o desaparición de los derechos y garantías fundamentales, en detrimento de la persona y del ciudadano. Fue el reino de la *seguridad* (estatal) la seguridad ciudadana —subsiste— en contra del derecho a la *libertad* de los individuos. En este período, como nunca antes, la violación de los derechos humanos gozó de la manifiesta complicidad del Estado, llevándolo a la manifiesta y deliberada impunidad por los delitos de lesa humanidad como genocidios, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, encarcelamientos y penas elavadísimas a personas inocentes, consecuencia de la aplicación de una legislación especial penal, procesal penal y penitenciaria de emergencia y por tanto excepcional. Esta legislación servía para enfrentar el terrorismo; pero, por otro lado al desarrollar sistemáticamente una guerra psicológica en la población civil facilitó el inmovilismo social, creó las condiciones materiales que garantizaron la puesta en práctica del modelo económico neoliberal, con nefastas consecuencias para la sociedad peruana y especialmente para los más pobres. Los pobres se hicieron más pobres y los ricos más ricos. La clase dirigente, no Fijumori y Montesinos solamente, fueron cómplices por acción y por omisión de esta situación.

Esta parte del libro explica teóricamente los riesgos para la sociedad norteamericana de imponer una legislación antiterrorista de excepción dentro de su territorio para con sus ciudadanos y con los extranjeros luego del nefasto atentado terrorista efectuado el 11 de septiembre en EE.UU. (Nueva York). Los académicos norteamericanos están alertando que la pérdida de la libertad, los derechos y garantías fundamentales de las personas y de los ciudadanos, con la implantación de tribunales militares, no son los mejores medios de lucha contra el terrorismo, o mejor, no son los mejores instrumentos para defender un Estado de Derecho y la Democracia. En ese sentido este libro es, también, una modesta contribución para la comprensión global del fenómeno del terrorismo.

Finalmente, haremos propuestas viables para la reconstrucción de un Estado de Derecho en democracia. Por eso digo que, no obstante todo lo que ha ocurrido en Perú, soy un convencido de que la democracia, aunque imperfecta, es para nuestras sociedades de occidente la única opción viable para una convivencia *social más humana y solidaria*, tan escasa en estos tiempos. El lector podrá sorprenderse cuando el discurso utiliza al sujeto plural (nosotros) y muy pocas veces al sujeto particular (yo). Y la explicación es sencilla, este libro de manera directa o indirecta es consecuencia de un trabajo solidario, de un equipo, entre los que se encuentran mis estudiantes de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos quienes cuando se dieron las condiciones para dedicarme a tiempo completo a escribir el texto final de esta investigación, estuvieron conmigo de múltiples formas; pero de excepcional valor para lograr el objetivo de producir este trabajo investigativo. No pongo sus nombres porque podría herir susceptibilidades, en tanto podría omitir a algunos de ellos.

Hay otros seres que en una época de individualismo extremo (hedonismo) sacaron a flote valores tan escasos en nuestros tiempos como la solidaridad humana, intelectual, social y, a veces económica, que fueron decisivos para culminar con esta obra; sus nombres no pueden omitirse y los escribo como un testimonio de reconocimiento público. Uno de ellos es el doctor y maestro vasco Ignacio Muñagorri Lagua, mi director en esta investigación doctoral. Desde el primer momento que nos conocimos logramos una empatía que con el tiempo se ha convertido en hermandad; ha sido un largo período de intercambio de ideas, de sugerencias, fueron aportes reales, observaciones sobre el texto, el contexto, la metodología, las fuentes. Sin su valiosa ayuda, probablemente, debo decirlo con total honestidad intelectual, no hubiera producido este libro, así que aquí también están las ideas del amigo, del colega, del académico, pero de cuyas ideas públicas, soy entero responsable. Él, además, me honra con un prólogo para este libro, que más puedo pedir. También merece un reconocimiento especial, en esa misma dirección la maestra vasca doctora María Ángeles Barrére Unzueta, quien al igual que Ignacio, leyó y releyó los sucesivos borradores de este trabajo investigativo e hizo incisivos cuestionamientos que tuvieron que ser absueltos en el nuevo texto.

Otro amigo excepcional ha sido, sin duda, el doctor y maestro entrañable Eduardo Vásquez Bote a quien le quité muchas horas de su sueño para que lea los borradores de este trabajo; él fue muy exigente en el método, la sintaxis, la coherencia, la lógica del texto y los aportes. Fue el hermano mayor en la experiencia intelectual investigativa, sin duda si hay un estilo en este trabajo ése es su aporte no sólo en el trabajo intelectual, sino en lo personal.

También quiero mencionar al amigo y maestro Francisco Caballero Harriet quien en las largas caminatas que hacíamos por la Playa de Boquerón (una paradisíaca playa en el Caribe, en Puerto Rico) me sugirió el contenido de este libro, primero como neoliberalismo y derecho penal; luego, con el transcurso del curso doctoral, la estructura fue cambiando de forma y de contenido. Las ideas matrices de la era neoliberal son de él, la *libertad* versus *seguridad*. Nosotros le agregamos el contenido que hoy posee el texto y el contexto. En este sentido, puedo decirlo de manera pública que soy su discípulo. Otro hombre excepcional, no obstante nuestras confrontaciones intelectuales, pero bondadosas y afectuosas, es el decano de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos⁵ Carlos Manuel Rivera Lugo. Él me dio la oportunidad de incorporarme, primero al grupo gestor del proyecto y, después, a la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, cuando me preparaba para revalidar mi título de abogado. Allí, desde el inicio, dicté la cátedra de Penal y Procesal Penal con total libertad de pensamiento, sin limitaciones de ningún tipo, sin censuras ni directas ni veladas. El profesor Carlos Manuel Rivera Lugo me prestó, desde siempre, su incondicional apoyo para mi crecimiento intelectual y gracias a esa realidad es que mis ideas maduraron, se consolidaron; me enseñó, conjuntamente con el grupo de profesores y profesoras, a revivir una utopía la cual parecía que podría no lograrse por los rigores que nos imponía la realidad del exilio y la particular situación colonial de Puerto Rico. No obstante, allí encontré el estímulo para seguir viviendo por mis viejas y hoy nuevas ideas de defender intransigentemente los derechos y las garantías fundamentales de la persona humana en sociedades democráticas en Estado de Derecho.

⁵ Ubicada en Mayagüez, Puerto Rico.

Guardo especial estima y reconocimiento al decano de la Facultad de derecho de la Universidad del País Vasco, doctor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas quien, en las estancias que hice en San Sebastián, me dio su respaldo y solidaridad incondicional. Además, guardo especial reconocimiento al personal de la biblioteca de la facultad de dicha universidad. Igual reconocimiento merecen mis compañeros y compañeras de la Biblioteca de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, en Mayagüez, Puerto Rico y del personal de la Biblioteca y Archivo del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Otñati, País Vasco, España.

No puedo olvidar a mi hermano latinoamericano, el profesor Carlos (Carlitos) del Valle quien con la generosidad que lo caracteriza financió parte de esta investigación con una beca de subsistencia y estancia, primero en Mayagüez y luego en San Juan Puerto Rico. Sus ideas dieron luz a algunas mías en esas largas tertulias de fines del año 2000. Finalmente, al sociólogo peruano Felipe García Carrasco quien me facilitó la información reciente y de los períodos de la historia del Perú; además leyó el primer manuscrito y me hizo las sugerencias pertinentes las mismas que fueron adicionadas a la estructura original.

Mi excepcional agradecimiento a mi Alma Máter, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y el Fondo Editorial de la misma en tanto la primera edición impresa se hizo en julio del 2002, en Lima, Perú.

Esta primera edición en CD-Rom ha sido posible gracias a la acogida que el nuevo Decano de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Mayagüez el Profesor Roberto Velez Colón, nos ha dado a través de la Editorial Barco de Papel, entidad que ha contado para la edición de la misma con la participación decisiva del estudiante de derecho

Edwin E. León Pérez, quien, principalmente, ha tenido el cuidado y la responsabilidad de esta primera edición en CD-Rom en Puerto Rico.

Mayagüez, Puerto Rico, 2 de agosto del 2003

Santos Alfonso Silva Sernaqué