

I.

PRÓLOGO

El doctor Santos Alfonso Silva Sernaqué me solicitó prologar su trabajo de investigación doctoral titulado *Control Social, Neoliberalismo y Derecho penal*. Su solicitud me honra y permite que continúe el diálogo que durante los años de elaboración de su investigación he mantenido con él y en el que tanto he aprendido. Seguiré, por tanto, aprendiendo con él a través de estas líneas. Así confirmaré, una vez más, que la “distancia geográfica” no ha impedido ni impide la cercanía y la puesta en común de reflexiones, compromisos intelectuales y propuestas político-jurídicas transformadoras en ese viejo empeño republicano de un mundo, unas sociedades y unas relaciones más libres entre los ciudadanos del mundo, relaciones más iguales y más fraternales. Mantener este ideal en estos tiempos que corren, parece que a veces vertiginosamente, no es un recurso de la ilusión que puede generar espejismos. Es más bien la confirmación, una y otra vez reiterada, de su necesidad. De la necesidad de seguir pensando sobre lo que ha sucedido y lo que sucede, no sólo para comprender el presente habitado por su memoria y ni siquiera tampoco sólo para construir el siempre inmediato futuro, sino para sentirse vivo para seguir atreviéndose a pensar como manera humana de comprometerse con la vida.

Cuando el lector recorra los diversos territorios y horizontes de esta obra podrá comprobar que éstos tienen una intensidad extraordinaria. No es casual, la causal causalidad, que el autor comience la primera parte de este trabajo por aquel momento de la modernidad, y de nuestra memoria, de la Revolución Francesa y que junto con su análisis plantee los orígenes del Estado peruano tras la colonización. De este modo comunica las lecturas políticas de ambos tiempos y espacios con la base material de la "forma Estado" desde las que extrae las diferencias. De un modo similar, en la segunda parte, después de la referencia a la revolución Americana, tan diferente de la francesa, y su posterior desarrollo en las distintas fases de acumulación, continúa el recorrido por la sociedad y el Estado peruano, la construcción y las transformaciones de sus espacios sociales e institucionales. Especialmente se refiere a la instrumentalización de los recursos con los que se va dotando al sistema penal para terminar con el análisis de las liberticidas prácticas institucionales en el Perú de finales del siglo XX. Se propone así modificaciones en todos los ámbitos de las instancias del control punitivo que los aproximen, formal y materialmente, a las exigencias imprescindibles del Estado de Derecho.

En toda la extensión de su trabajo, brevisimamente sintetizado en el párrafo anterior, el autor muestra no sólo ser un gran lector de la memoria colectiva, sino también un analista que se sumerge en ella y de ella desvela lo que hay más allá de las crónicas al uso. Y lo que seguramente es más importante, nada le resulta ajeno. No sólo es la curiosidad del investigador que observa, estudia, busca, contradice, descubre, vuelve a buscar, vuelve a descubrir y propone, sino que lo hace con una expresividad en la que encarna los problemas colectivos como propios. Por ello que la lectura de esta obra ofrezca no sólo análisis y reflexiones de momentos históricos, de sus temporalidades, de sus concatenaciones

y de su complejidad, sino que los ofrece con la seriedad y la decisión de quien no sólo sabe analizarlos sino también transmitirlos como experiencias colectivas en las que participa, invitando al lector a ser sujeto de ellas.

Quisiera sólo comentar tres cuestiones, se podrían tratar tantas, de la presente obra en este breve prólogo. Las tres cuestiones pueden comunicarse a su vez. La primera, de carácter general, tratará de un aspecto del esquema expositivo de la obra; la segunda relacionada a los comentarios que se recogen de la obra de Rousseau y sus aportaciones a la revolución Francesa y a la teoría política moderna. La tercera, por último, versará sobre las propuestas que el autor realiza con relación a la modificación del sistema de justicia penal.

Me ha parecido destacable que esta obra permita lecturas separadas y, a la vez, comunicables de lo histórico-político y de la doctrina del derecho. Lo jurídico-político, como ha señalado J.F. Lyotard al estudiar la crítica kantiana de la historia (J.F. LYOTARD. *El entusiasmo. Crítica kantiana de la historia*. 1987), posee las reglas del derecho, las reglas del juicio, los dogmas. En lo histórico-político la crítica que examina la validez de las pretensiones carece de reglas, decide, "juzga", reflexiona, descubre, explica y propone prácticas y fines. Aunque el derecho entre luego en uno de los campos de lo histórico-político entiendo que, como resultado de la reflexión crítica, permite ser comprendido también como propuesta crítica y no sólo doctrinal; como reflexión incluso respecto a lo justo y no sólo como condición o regla de evaluación ya establecida para un hecho nuevo, como hecho histórico y no sólo como valor.

Este primer comentario, recién apuntado, puede comunicarse con la segunda de las consideraciones. El autor atribuye un marcado

compromiso popular, revolucionario a las propuestas rousseauianas siguiendo los estudios del profesor J. Caballero Harriet. Es cierto, como ha ido mostrando A. Negri (NEGRI. *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas a la modernidad*. 1994) que la ideología del poder constituyente y la soberanía popular contenida en el concepto de "voluntad general" se convierten en práctica subversiva; pero, al mismo tiempo que este concepto es asumido por las masas populares, entre en crisis, es negado. Si para los "sansculottes" la soberanía reside directamente en el pueblo, no como principio formal sino como práctica; para la burguesía la "voluntad general" es la base abstracta de la soberanía que señala genéricamente al pueblo como sujeto de poder. En sentido similar sucede con el concepto igualdad y con la división de poderes que se recoge en el *Contrato Social*. La reivindicación de la igualdad, que es crítica del trabajo, al presentarse como declaración de igualdad política que alude al deseo de igualdad social y en cierto modo la presupone, des-encarna, sin embargo, la igualdad social y hace de ella una cuestión ideal, atemporal. Por eso la paradoja. La burguesía encuentra en Rousseau las bases de su construcción jurídica y, a la vez, la concepción rousseauiana de igualdad es un elemento del movimiento de masas que busca transformar la pretensión a la igualdad formal en petición de igualdad social; es en el uso de esa búsqueda cuando genera su propio planteamiento. La distinción entre el poder legislativo y el poder ejecutivo padecerá de similares contradicciones.

El poder soberano como "constitución ejecutiva de la legislación", poder soberano exclusivo, puede resolverse en la supremacía de uno sobre otro. Más allá de que el ejecutivo tenga la fuerza y la continuidad en el ejercicio del poder y el legislativo no posea directamente la fuerza y solo se exprese de modo intermitente, la continuidad del poder constituyente pasaría por la reapropiación de la representación.

Además de ello, las contradicciones entre la voluntad general y la representación se acompañan en Rosseau con la espontaneidad de la conciencia individual que, expresándose por el individuo, separa la voluntad general de la voluntad de las singularidades, destruyendo así la igualdad social que la igualdad política de la voluntad general parecía suponer y permite que en la constitución formal de la voluntad general la individualidad pueda presentarse como su base, pero en términos de normatividad jurídica.

En cualquier caso, junto con estas referencias al análisis de A. Negri sobre el pensamiento de Rousseau, si destacarse de éste y especialmente en la práctica del movimiento revolucionario francés, el individualismo radical, el individuo desde el punto de vista ético que como ha indicado J. Muguerza (MUGUERZA. *Desde la perplejidad*. Reimpresión, 1996) conecta con el individuo a cuya plenitud tiende para Marx la lucha contra cualquier forma de alienación.

La tercera cuestión irá referida a las propuestas del autor sobre las transformaciones necesarias en el derecho penal peruano, tanto sustantivo como material, que le permitan acomodarse a la voluntad democrática. Considero especialmente importante estas propuestas por la orientación que está tomando el derecho penal en la actualidad cuando se puede comprobar que las propuestas de la Ilustración, proclamadas como objetivos y límites de la intervención punitiva, no se confirman en la práctica. El derecho penal moderno, presentado por las propuestas ilustradas como un límite contra las reacciones privadas, vengativas, arbitrarias o desproporcionadas, se muestra en expansión constituyendo la pena privativa de la libertad, la cárcel, una muestra inocultable de la selectiva desproporción y arbitrariedad punitiva. La pretensión lisztiana del derecho penal como barrera infranqueable,

garantía de la política criminal, se ha visto desbordada cuando el criterio político de oportunidad es utilizado, incesantemente, por el legislador penal para la consecución de los más diversos objetivos políticos. El empeño por articular el derecho penal para la exclusiva protección preventiva de bienes jurídicos choca permanentemente con la desformalización de los bienes penalmente protegibles en un sistema de justicia penal eminentemente selectivo frente a la igualdad proclamada que tiende a adelantar cada vez más su intervención. El uso simbólico del derecho penal oculta su realidad material y reproduce, como ficción, los fines que se le atribuyen. De la anunciada seguridad jurídica, la certeza en el Derecho, el Código como garantía, el Derecho como horizonte para las relaciones sociales se ha pasado a la incertidumbre, a la incerteza, hábilmente utilizada, a su vez, para reafirmar la autoridad punitiva del Estado desde el Estado.

Frente a estos rasgos que el derecho penal viene mostrando en la actualidad, es decir, la insistencia en el mantenimiento de los límites formales y materiales que el principio de legalidad supone, y sus manifestaciones criminal, penal, procesal y de ejecución, en sus más amplios desarrollos teóricos y materiales. Asimismo se muestra la superación de la "excepcionalidad penal" que ha ido contaminando y pervirtiendo las instancias de control punitivo y a la misma cultura jurídica, se presentan como objetivos irrenunciables. Del mismo modo, irrenunciable es la permanente reflexión que merecen dichos contenidos no sólo para que se desvirtúen en enunciados vacíos de concepción práctica, sino para su mantenimiento y su siempre profundizable desarrollo, estando atento siempre, el estudioso y el ciudadano, a analizar sus contradicciones y a superar sus deficiencias. La seguridad de los derechos y no la "seguridad", sin más, sigue siendo una apuesta imprescindible. Igualmente la creación y la aplicación del Derecho en

clave de garantías son irrenunciables para que la participación, ese oscuro lugar de las democracias, en la toma de las decisiones colectivas pueda armonizar al sujeto que decide con los intereses, las necesidades del sujeto contenidas en la decisión.

Sirvan estos comentarios para seguir planteando problemas en el permanente diálogo con el autor y ahora, también, con el lector. En momentos en que la opinión libre se contrapone al pensamiento “único” o a la ausencia de pensamiento, la reflexión crítica frente a la desinformación, la desidencia frente a la normalización de la exclusión y de las formas de dominio, la palabra frente a los silencios sociales, esta obra supone un paso adelante en los empeños, anhelos, y compromisos antes expresados. Continuar y avanzar en ellos son los objetivos para lo cual esta obra del Dr. S.A. Silva Sernaqué ofrece herramientas que desvelan caminos transitables.

Ignacio Muñagorri Lagua

Universidad del País Vasco