

Ilustración: Greta Molas

Una polémica con Roberto Gargarella

# EL DERECHO PENAL Y LA LUCHA DE CLASES

**MATÍAS MAIELLO**

Sociólogo, docente de la UBA.

En el marco del consenso burgués con el curso ajustador del kirchnerismo, la reciente presentación del anteproyecto del nuevo Código Penal ha servido de arena privilegiada para la disputa entre los diferentes sectores del oficialismo y de la oposición burguesa, desatando una verdadera competencia por quién se ubica más a la derecha en el escenario político.

Solo partiendo de esta realidad se puede entender que un anteproyecto de código que, por sobre los tintes progresistas, sostiene la criminalización de la protesta social, así como la penalización del aborto, que convivirá con la subsistencia de la privación de libertad sin sentencia firme (prisión preventiva) por la cual está preso el 70 % de la población carcelaria, etc., haya suscitado tanto encono por parte de la gran mayoría de los políticos burgueses y los grandes medios.

Más allá de la letra del anteproyecto, y muy lejos de la realidad del crimen organizado y sus

protagonistas explícitos –las fuerzas de “seguridad” comenzando por las policías provinciales en asociación ilícita con diferentes estratos del personal político de la burguesía–, el “debate” se centra en gran medida en el terreno de los “principios” generales, de los discursos para legitimar la política penal del Estado burgués.

Por un lado, los autores del código fundamentan la reforma en la necesaria “racionalidad” de la legislación y argumentan a favor de una misión “resocializadora” de la pena. Por otro lado, los adalides del discurso securitario sin tapujos de la “mano dura” utilizan demagógicamente el sufrimiento de las víctimas para fortalecer el aparato represivo del Estado burgués. Alrededor de estas alternativas se han pretendido delinear “campos” antagónicos y excluyentes, pero esta forma de presentar el problema no sobrepasa el nivel de los análisis superficiales.

Frente a estos supuestos “campos”, el jurista Roberto Gargarella ha planteado la necesidad de

concebir una tercera alternativa. “No nos tienen por qué forzar –decía– a elegir entre el perverso mundo del populismo penal que terminaron de moldear los Kirchner, y esta alternativa [en referencia al nuevo proyecto de Zaffaroni y cía., Ndr]. Hay terceras opciones, hay formas distintas de concebir un Código. Debe ser posible contar con Códigos discutidos democráticamente, superadores de la eterna pendulación elitismo-populismo”<sup>1</sup>.

Ahora bien, ¿a qué responde “la eterna pendulación” a la que hace referencia Gargarella? ¿Qué significa un derecho penal “democrático”? ¿Puede existir tal cosa? Al debate de estas cuestiones dedicamos el presente artículo.

## Las justificaciones del castigo y la crítica de Gargarella

Tomando como punto de partida el cuestionamiento a la legitimidad punitiva del Estado en contextos de amplia desigualdad social, Roberto

Gargarella ha desarrollado una crítica a los enfoques más influyentes en el derecho penal: a aquel que define como “bienestarismo” (o welfarismo) penal; al retributivismo; y a lo que llama, siguiendo a Anthony Bottoms, el “populismo penal”<sup>2</sup>.

El “bienestarismo” penal, que tuvo su apogeo durante los ‘60 y principios de los ‘70 del siglo XX, centra su interés, más que en la naturaleza de los crímenes, en el carácter del agresor y las vías para “reinsertarlo” en la sociedad. Podrían incluirse dentro de esta perspectiva algunas de las reformulaciones del anteproyecto de código penal de Zaffaroni y *cía.* Como balance histórico de esta corriente, Gargarella señala que:

...a pesar de sus motivaciones humanitarias y propósitos socialdemocráticos, las instituciones del bienestarismo penal terminaron violando sus compromisos más significativos, y afectando seriamente los intereses de los menos favorecidos. [...] Al aplicar principios utilitarios estrictos, los jueces tendieron a ser flexibles con los miembros de las clases más acomodadas, quienes –según asumió la justicia– tenían mayores posibilidades para “recuperarse” y “reintegrarse”, pero no con aquellas personas que provenían de un “contexto social degradado”...<sup>3</sup>

Frente a esto, tuvo lugar un resurgimiento de las teorías retributivas –la concepción de la pena como fin en sí mismo, como compensación del delito proporcional a su gravedad–. Este resurgir vino de la mano de la crítica a las políticas de “rehabilitación”, contra la discrecionalidad judicial, la discriminación racial y de clase, y por la igualdad del tratamiento ante los tribunales. Gargarella señala cómo en este caso, finalmente

...las mismas directrices que aseguraron las sentencias judiciales no discriminatorias contra los desfavorecidos, terminaron favoreciendo aún más tal discriminación. La gran mayoría de las directrices prohibieron a los jueces, directamente, “reducir las sanciones penales a partir de criterios como la educación, el trabajo o estatus familiar”<sup>4</sup>.

Por último, Gargarella critica el enfoque al que llama “populismo penal” que, basado en una utilización instrumental y superficial de la opinión pública, pone en el centro los deseos de las víctimas con la exigencia de penas mayores y más duras. Lo que se conoce popularmente como “mano dura”, en ascenso durante las últimas décadas, y mayoritaria entre los políticos burgueses, como se pudo ver, una vez más, en el reciente debate del anteproyecto.

La conclusión de Gargarella es que estos enfoques no hacen más que pendular entre el “elitismo” y el “populismo”, y son incapaces de dar una solución a las contradicciones del “derecho

moderno”, “entre su discurso inclusivo, su vocación liberal, o sus declamaciones igualitarias, y su realidad discriminatoria, clasista, sexista y racista”<sup>5</sup>.

Ahora bien, ¿la contradicción entre estas “declamaciones igualitarias y su realidad discriminatoria” responde a defectos de los diferentes enfoques y teorías, o los límites de estas teorías en realidad expresan de manera más o menos deformada las contradicciones que están en lo profundo de la estructura de la sociedad capitalista?

### La sanción de la desigualdad como esencia del derecho burgués

Aunque resultan acertados muchos de los señalamientos de Gargarella respecto del derrotero de las diversas corrientes del derecho penal, no puede llamar la atención que en la práctica, todas terminen perjudicando a los sectores provenientes del pueblo trabajador y especialmente a sus sectores más explotados. No es más que la consecuencia necesaria del carácter de clase del sistema penal y su función en la sociedad capitalista. Y aquí no se trata “simplismo”, “reduccionismo” o “teorías conspirativas”, sino de un ineludible punto de partida.

Según Gargarella, el problema consiste en que el derecho en determinadas circunstancias pierde su contenido igualitario y de esta forma comienza a servir a propósitos contrarios a aquellos que justificarían su existencia. A este tipo de situaciones las denomina de “alienación legal”. Haciendo referencia a Marx señala: “Se podría sostener para el derecho, entonces, lo que Karl Marx sostuvo para el trabajo, en cuanto a que ‘...el objeto que el trabajo produce, su producto, se enfrenta a él como un ser *extraño*, como un *poder independiente* del productor”<sup>6</sup>.

En estas situaciones de “alienación legal”, donde no son reconocidos derechos elementales (por ejemplo, derecho a la tierra, a la vivienda, etc.) y el sistema ha sido “distorsionado por el poder privado”, Gargarella cuestiona la legitimidad del derecho y sostiene que está justificada la resistencia. Sin embargo, el objetivo de este cuestionamiento para Gargarella sería conquistar una situación de “integración legal” donde aquellos sectores que sufren la “alienación legal” puedan ver al derecho “como propio”<sup>7</sup>.

Toda esta visión carece de un análisis crítico de la relación entre las formas jurídicas, las relaciones sociales de producción capitalista, el carácter de clase del Estado. No puede existir nada parecido a la “alienación legal” de la que habla Gargarella, por lo menos en el sentido que tiene este concepto en Marx. La legislación burguesa, incluido el derecho penal, no es algo propio sino que es efectivamente una “cosa extraña y hostil” al trabajador, y el Estado capitalista que la garantiza por la fuerza es efectivamente un “poder independiente” del trabajador que sirve para sostener la dominación de la burguesía.

Lo que existe, más en general, bajo la dominación del capital, no es la “alienación” del trabajador con una ley que nunca dictó, sino un “fetichismo jurídico” que, como contracara del “fetichismo de la mercancía”, Marx en *El Capital* dejó esbozado y fue desarrollado posteriormente por Pashukanis. El derecho constituye una relación social de la cual el trabajador es parte, no en tanto trabajador sino en tanto propietario igual a los demás, que recibe una “personalidad” atribuida jurídicamente y una “voluntad” presunta para ir al mercado a vender su mercancía fuerza de trabajo. Este “fetichismo jurídico” que nace de las entrañas de las relaciones sociales de producción capitalista es la base para ocultar la desigualdad real –en primer lugar entre explotadores y explotados– detrás de la igualdad formal de individuos que se presentan al mercado como propietarios de mercancías.

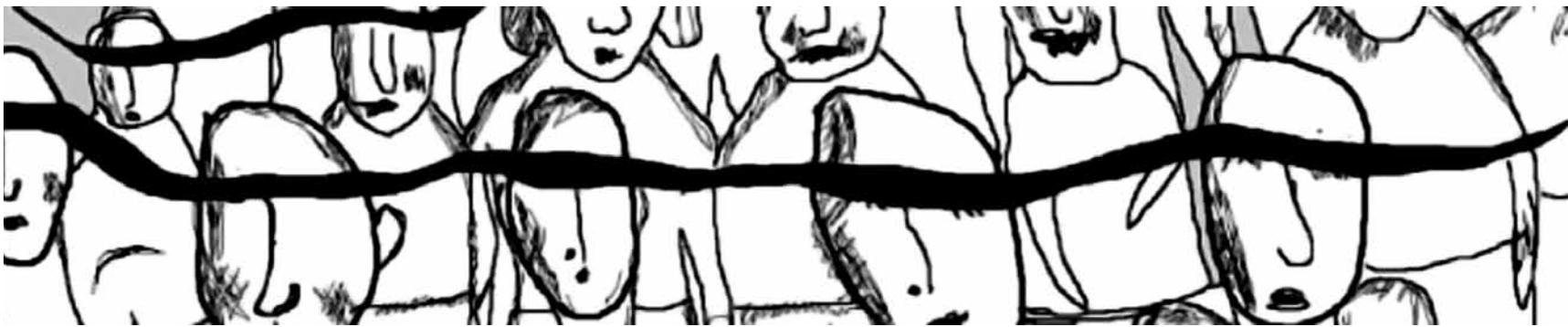
El derecho burgués nunca puede buscar el “igualitarismo” que le propone Gargarella, su función primaria es justamente sancionar la desigualdad real. Menos aún cuando hablamos de derecho penal, cuando “la jurisdicción penal no es solamente una encarnación de la forma jurídica abstracta, sino también una arma inmediata en la lucha de clases”<sup>8</sup>.

### ¿Un problema de enfoque o una cuestión de clase?

Evgeni Pashukanis, quien fuera uno de los más destacados autores del debate que se desarrolló a este respecto durante la revolución rusa luego de la toma del poder<sup>9</sup>, señalaba que:

Las teorías del derecho penal que deducen los principios de la política penal de los intereses de la sociedad en su conjunto son deformaciones conscientes o inconscientes de la realidad. La sociedad en su conjunto no existe si no en la imaginación de los juristas: no existen de hecho más que clases que tienen intereses contradictorios. Todo sistema histórico determinado de política penal lleva la marca de los intereses de la clase que lo han realizado<sup>10</sup>.

Desde este punto de vista, endilgarle a los enfoques retributivos en sí mismos –en cualquiera de sus variantes– el hecho de que “asegurando sentencias judiciales no discriminatorias contra los desfavorecidos, terminaron favoreciendo aún más esa discriminación”, es como pretender responsabilizar a la economía política clásica por el desarrollo de la explotación capitalista. El retributivismo, en su desarrollo bajo el sistema capitalista, no por casualidad es el criterio “objetivo” por excelencia, se trata de la traducción al derecho penal de los presupuestos básicos del derecho burgués en general: hacer abstracción de la división de la sociedad en clases postulando una igualdad formal para sancionar la desigualdad real.



Que las corrientes del tipo del “bienestarismo” penal tampoco puedan escapar del destino de fomentar la discriminación y la desigualdad tampoco es un problema de enfoque. El sistema penal no es una abstracción por fuera del capitalismo, el ofensor a lo sumo puede aspirar a retornar al punto de partida, a recobrar su “libertad” de enfrentarse como sujeto egoísta aislado a la sociedad capitalista tal cual es. Por otro lado, que todo aumento de la discrecionalidad judicial –más allá de las pretendidas intenciones– redunde en discriminación de clase, no es más que el resultado inexorable del carácter burgués del Estado.

Por último, el llamado “populismo penal”, lejos de ser un problema de “politización” del sistema penal en general como tiende a plantear Gargarella, se trata de una politización bien precisa donde la burguesía busca contrarrestar las falencias de su hegemonía con la exacerbación del rasgo distintivo del sistema penal en tanto “arma inmediata en la lucha de clases”.

### “Inclusión legal” o lucha de clases irreconciliables

Frente a los enfoques dominantes, Gargarella propone adoptar uno alternativo que parta de una concepción deliberativa de democracia (Habermas). A partir de los principios de “inclusividad” y de “deliberación”, propone superar aquella “eterna pendulación” entre una concepción elitista donde el derecho es cosa de expertos, y la demagogia punitiva.

Pero así como no es posible establecer principios de una política penal a partir de unos intereses de la sociedad en su conjunto que no existen en la realidad, la misma dificultad insalvable enfrenta la postulación de principios de “inclusividad” y “deliberación” por fuera del carácter de clase del Estado y de los intereses que está llamado a defender a través del derecho penal.

Cuando la clase trabajadora junto con los campesinos tomó el poder en la Revolución Rusa, encaró en forma verdaderamente radical aquellos problemas. No casualmente su punto de partida, plasmado en los “Principios rectores del derecho penal” de 1919 fue señalar al delito como hecho condicionado por, y producto de, la división de la sociedad en clases. Se concebía al derecho penal como un recurso provisional adoptado por la sociedad en la transición hasta que puedan superarse las divisiones de clase<sup>11</sup>.

La revolución, a partir de 1917 mismo, le dio un contenido preciso a la inclusividad y a la deliberación en el terreno del sistema judicial, en primer lugar, barriendo con toda la casta privilegiada de jueces y estableciendo en su lugar tribunales populares. Los jueces pasaron a ser

“**Este “fetichismo jurídico” que nace de las entrañas de las relaciones sociales de producción capitalista es la base para ocultar la desigualdad real.**”

electos y revocables. Cualquiera podía ser juez con las únicas condiciones de no emplear a otra persona con fines de lucro y contar con alguna experiencia en el trabajo político, en los sindicatos, comités de fábrica, etc., o tener alguna preparación teórica o práctica para ejercer la función. Por otro lado, la profesión de abogado dejó de tener el monopolio de la representación legal, cualquiera podía ser fiscal o defensor. Se estableció la figura de los “asesores populares”, los cuales eran elegidos en representación de los diferentes sectores de la comunidad. Su función era frenar cualquier arbitrariedad y para ello tenían la potestad de remover al presidente del tribunal. A su vez, se fundó la institución del “control judicial supremo” integrada por delegados de los tribunales locales, electos por no más de un año, que podía orientar las decisiones de los tribunales así como proponer enmiendas a la legislación<sup>12</sup>.

La desconfianza hacia el antiguo sistema de jueces profesionales, se reflejó también en la apelación a la “conciencia socialista de la justicia” de los tribunales populares. Esta audaz apelación a la espontaneidad de las masas, lejos de tener por consecuencia la “mano dura” que podría sugerir el prisma del “populismo penal” bajo la dominación burguesa, tuvo resultados alentadores que quedaron plasmados en las estadísticas de la época<sup>13</sup>.

Fue necesaria la dura experiencia de la guerra civil, el aislamiento internacional, y la derrota de la Oposición para que este camino se comenzara a desandar de la mano de la burocracia stalinista.

### La ilusión del “universalismo”

La “eterna pendulación entre el elitismo y el populismo” señalada por Gargarella no es más que un emergente necesario de la dominación de una minoría, la burguesía, por sobre las grandes mayorías de los trabajadores y el pueblo. No puede

ser superada sin subvertir este orden de cosas a través del único medio posible: la lucha de clases.

La ausencia de este punto de partida consideramos que es el gran límite de toda la crítica que desarrolla Gargarella a los enfoques oficiales. Se expresa también en la crítica que nos hace a quienes planteamos pena de cárcel para Pedraza y para todos los responsables del asesinato de Mariano Ferreyra, y para los perpetradores del genocidio de la dictadura. Gargarella aborda la cuestión como un problema de “justicia universal” en abstracto o, en su defecto, de “venganza”, pero para nosotros se trata de combates (defensivos) que son parte de una lucha más amplia por derrotar a la burguesía y sus agentes, y por la conquista del poder de los trabajadores.

No hay una justificación de la pena basada en los “intereses universales de la sociedad en su conjunto” porque el derecho mismo surge de la inexistencia de aquella “universidad” y de la división de la sociedad en clases con intereses irreconciliables. Este es, de fondo, el único punto de partida que permite desenmascarar en forma radical las falsas dicotomías entre los diferentes discursos legitimadores del poder punitivo del Estado burgués. ●

1. Roberto Gargarella, “Sí a la reforma (garantista) del Código Penal”, en [seminariogargarella.blogspot.com.ar](http://seminariogargarella.blogspot.com.ar).

2. Roberto Gargarella, “Justicia Penal y Justicia Social”, 2008, disponible en [seminariogargarella.blogspot.com.ar](http://seminariogargarella.blogspot.com.ar).

3. Ídem.

4. Ídem.

5. Roberto Gargarella, “Justicia penal-injusticia social. Respuesta a Anitua-Gaitán” en revista *Derecho y Barbarie*, Bs. As., agosto 2008.

6. Roberto Garagarella, “El derecho a la resistencia en situaciones de carencia extrema”, 2007, disponible en [seminariogargarella.blogspot.com.ar](http://seminariogargarella.blogspot.com.ar).

7. Ídem.

8. Evgeni Pashukanis, *Teoría general del derecho y marxismo*, Barcelona, Editorial Labor, 1976.

9. El propio Hans Kelsen, para atacar al marxismo, elaboró uno de los primeros compendios de estos debates en *La teoría comunista del derecho y La teoría política del bolchevismo*. Entre los trabajos más recientes se puede leer Michael Head, *Evgeny Pashukanis: a critical reappraisal* (2008), o Márcio Bilharino Naves, *Marxismo e direito* (2000).

10. Evgeni Pashukanis, ob. cit.

11. Cfr. E. H. Carr, *El socialismo en un solo país (1924-1926)*, Madrid, Alianza, 1985.

12. Cfr. Michael Head, *Evgeny Pashukanis: a critical reappraisal*, Routledge-Cavendish, Oxford, 2008.

13. Ídem.