

## **Tensión entre las teorías de la pena y el poder: Menéndez, un caso ilustrativo.**

*Por Hedelsio Luis Román Villarroel\**

Sumario: I. Introducción. II. Marco legal: finalidad de la pena privativa de la libertad. II.a. Normas. II.b. Inutilidad de la pena. III. Tensión entre las teorías de la pena. III.a. La justificación de la pena privativa de la libertad en el caso. III.a.1. La prescripción penal. III.a.2. Distinción entre los presupuestos para la aplicación de pena y la finalidad. III.a.3. La prevención especial positiva desplazada por la prevención general positiva. III.b. Convivencia de ambas teorías. IV. Tensión entre las teorías de la pena y el poder. IV.a. La teoría de la prevención general positiva al servicio del poder. IV.b. Función simbólica de la pena-castigo en el caso. V. Conclusión. VI. Bibliografía. VI.a. Textos utilizados. VI.b. Sentencia.

### I) Introducción.

La presente ponencia se propone analizar el fallo “Menéndez”<sup>1</sup> expedido por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la ciudad de Córdoba con fecha 24 de julio de 2008 para obtener un concepto más acabado de cómo se articula la fundamentación de la justicia para aplicar la pena privativa de la libertad.

El castigo es un fenómeno social. Nada más adecuado entonces, que traer este caso judicial para distinguir en él las tensiones de poder que confluyen bajo la forma de argumento jurídico. El caso Menéndez constituye sólo un ejemplo ilustrativo de la tensión que se manifiesta entre las teorías de la pena y el poder.

Los objetivos son:

---

\* Abogado (U.N.C.). Adscripto a la cátedra de Derecho Penal II. E-mail: luisvillarroel\_hlr@hotmai.com

<sup>1</sup> “MENÉNDEZ Luciano Benjamín; RODRÍGUEZ Hermes Oscar; ACOSTA Jorge Exequiel; MANZANELLI Luis Alberto; VEGA Carlos Alberto; DIAZ Carlos Alberto; LARDONE Ricardo Alberto Ramón; PADOVAN Oreste Valentín p.ss.aa. Privación ilegítima de la libertad; imposición de tormentos agravados; homicidio agravado” (Expte. 40/M/2008). Trib. Oral en lo Crim. Fed. N° 1 de la ciudad de Córdoba. Sentencia N° 22/08, 24/07/2008.

1- Establecer si la finalidad de la pena consagrada en el art. 1º de la ley 24.660 puede ser dejada de lado y evaluar si en nuestro sistema penal conviven dos teorías de la pena en forma simultánea.

2- Tomar la debida distancia del contenido político que emana del presente caso para despojarlo de su aspecto emotivo, realizando un esfuerzo por distinguir las tensiones de intereses que confluyen para optar por una teoría en particular.

3- Demostrar si las teorías de la pena son capaces de absorber todos los casos merecedores de castigo penal.

4- Comprender si la finalidad que prometen las teorías de la pena puede darse, o por el contrario, si constituyen fórmulas dogmáticas que esconden otros fines.

5- Comprender como el poder, de base democrática, puede obtener alguna utilidad de la aplicación de la pena.

6- Determinar cuál es el valor simbólico del caso para el sistema democrático y la vigencia de los derechos humanos y si alguna teoría coadyuva en esta función.

II) Marco legal: finalidad de la pena privativa de la libertad.

II.a) Normas.

La República Argentina, como alternativa de política criminal se ha inclinado, en lo referente a la ejecución de la pena privativa de la libertad, por la teoría de la prevención especial positiva, consagrándola legalmente en el art. 1º de la ley 24.660, el cual reza: “la ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”. De esta manera se adecua la normativa legal interna a los distintos pactos internacionales ratificados por nuestro país que tienen jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Así el art. 5, apartado 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos dice: “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, en consonancia con ello, el art. 10, apartado 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores

delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

La política de la reinserción social, o la aplicación de las denominadas teorías “re” (al decir Zaffaroni: readaptación, reinserción, resocialización), pretende legitimar la pena buscando una finalidad útil hacia el futuro del condenado, no contentándose solamente con encontrar en el pasado los presupuestos necesarios para su aplicación. Otrora, sólo era menester responder a la pregunta ¿por qué castigar? Satisfaciéndose dicho interrogante con lo siguiente: se castiga al delincuente por el delito que ha cometido, mirando el pasado y sin esperar utilidad en el futuro. Ahora, producto del desarrollo humanista de las últimas décadas del siglo XX, se torna inviable una legitimación de la pena apoyada exclusivamente en una concepción *retributiva*; hoy es necesario contestar a la pregunta ¿para qué aplicar una pena? Es una clara orientación hacia el futuro<sup>2</sup>. Se intenta conseguir dos resultados de esto: primero, obtener un efecto útil de la ejecución de la pena, que sea valioso tanto para el condenado como para la sociedad; y segundo, modificar la ontología misma de la consecuencia de la comisión de un ilícito penal, ya no se impone un castigo, sino que su efecto es la imposición de un tratamiento.

#### II.b) Inutilidad de la pena.

No obstante la utilidad que se pretende extraer de la ejecución de la pena privativa de la libertad, lo cierto es, que sus efectos no se compadecen con los dogmáticamente declamados. Ello es así, porque la aplicación de la teoría de la prevención especial positiva no produce una readaptación de la persona para que sea socialmente útil y para que no vuelva a caer en el delito. Sino, muy por el contrario, y producto de una mala instrumentalización, la prisión como institución sobre el que se legitima todo el sistema penal, lejos de producir los fines esperados, es una verdadera “máquina de generar reincidentes”.

Lo formalmente adoptado como política legislativa para hacer frente al delito, esto es la norma, viene sufriendo una erosión tan feroz que ya nadie cree que la prisión pueda lograr los fines constitucionalmente reconocidos. Esta es una primera tensión que se genera como contradicción entre lo formal, o dogmáticamente aceptado; y lo material, o resultados

---

<sup>2</sup> Cfr. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena*. Barcelona, Editorial Bosch, 1998, p. 15.

obtenidos en la realidad del sistema. Es una tensión extrasistémica, fuera del derecho<sup>3</sup> (en el apartado IV se analizará la segunda tensión extrasistémica, entre las teorías de la pena y el poder).

### III) Tensión entre las teorías de la pena.

Como se explicó, todos sabemos que materialmente los fines legalmente declarados de la pena no se realizan: no existe rehabilitación posible. Esto genera una dicotomía entre el elemento formal del sistema (la norma y su interpretación) y el material (los resultados de la prisión).

El caso “Menéndez” reviste importancia porque el tribunal de mérito reconoce que los fines de la pena (prevención especial positiva) no se pueden producir, ni interesa si se producirán con la imposición de la pena privativa de la libertad. Sin embargo aplica una pena con una finalidad distinta a la legalmente aceptada, lo que constituye una dicotomía a nivel formal, dentro del campo dogmático, es una tensión entre las teorías de la pena que se disputan un espacio de justificación del castigo penal. Es una tensión intrasistémica, en el derecho, que en el caso se resuelve a favor de la teoría de la prevención general positiva.

Si bien, la reinserción social puede o no darse en la práctica penitenciaria, la decisión política ha sido tomada y lo fue por el órgano encargado para ello, el poder legislativo. Sin embargo, a primera vista sorprende, que el poder judicial, encargado de aplicar la ley, se permita reconocer en la pena una finalidad distinta a la legalmente consagrada, ya que de ser así se enervaría, de pronto, en gestor de políticas criminales y usurparía una competencia que no le corresponde al permitirse tomar una postura diferente en cuanto a la finalidad que debe cumplir la pena privativa de la libertad. Desde este punto de vista el caso “Menéndez” reviste atractivo académico, ya que preocupa saber cuál es la finalidad de la pena en nuestro sistema penal, o si al caso, existen dos o más finalidades que pueden alternarse según sea más adecuado al caso concreto. Lo esencial es responder al

---

<sup>3</sup> En este trabajo se utiliza la palabra sistema indistintamente, ya sea para referirse al sistema penal, esto es: el derecho, la institución carcelaria, la policía, tribunales, etc., o sea, todo elemento que pueda ser incluido como integrante del sistema de control formal punitivo; o para referirse al derecho y la doctrina como un sistema con unidad para ser contrapuesto a otros elementos. Cuando se hace referencia a tensiones intrasistémicas o extrasistémicas debe ser comprendido en relación con esta última conceptualización.

siguiente interrogante: ¿la finalidad de la pena es algo inmutable, o puede variar si la necesidad de castigar lo impone?

### III.a) La justificación de la pena privativa de la libertad en el caso.

En el caso, ante la eminente condena de los imputados, la defensa reclama la no efectivización de la pena, por carecer de utilidad, ya que han pasado más de 32 años del acaecimiento de los hechos que se juzgan y los imputados durante todo ese tiempo han demostrado desenvolver una conducta dentro de los cánones de la ley, según constancia de reincidencia.

Si la pena es definida y operativizada por la política criminal como la ejecución de un tratamiento destinado a reinsertar socialmente al autor penalmente responsable de un delito, desechándose de esta manera cualquier otra finalidad, como ser la mera causación de dolor (retribuir un mal con otro mal) o que el castigo cause un efecto *ejemplificante* para el resto de la sociedad, en principio, ninguno de los imputados la necesitaría. El paso del tiempo ha operado de tal suerte que la pena no ayudaría a restablecer la conducta de los delincuentes, ni tampoco a reinsertarlos socialmente. No se puede sostener que los mismos han permanecidos todo este tiempo fuera de la sociedad<sup>4</sup>, tornándose innecesario *reinsertarlos nuevamente*. Por lo tanto la imposición de una pena devendría inútil.

La particularidad de los casos en los que se investiga y juzga crímenes de *lesa humanidad* obliga la siguiente aclaración. El enjuiciamiento de la mayoría de ellos, sobretodo en nuestro país, se lleva a cabo mucho tiempo después de la comisión de los delitos, a causa que previo a su juzgamiento se deben reconfigurar las fuerzas políticas dispuestas a castigar dichos crímenes (ver apartado IV.a), lo que naturalmente lleva su tiempo. En miras de salvar esta dificultad los crímenes de *lesa humanidad* son imprescriptibles, en tanto la gravedad de los mismos mantiene viva la conmoción social y el interés del Estado en castigarlos.

#### III.a.1) La prescripción penal.

El instituto de la prescripción extingue la acción penal eliminando la punibilidad; halla su fundamento, como lo explica Carlos Julio Lascano (h), en que “*el paso de un prolongado periodo de tiempo luego de la comisión del delito (...) hace cesar el daño*

---

<sup>4</sup> “fuera de la sociedad”, en el sentido de mantener una conducta reñida con los normas legales.

*social, por lo que, ‘desaparecido el daño político, se torna inútil la reparación penal’. Se produce así el debilitamiento o la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales del delito en la sociedad, que ‘extingue la alarma social ante el delito y la correlativa exigencia de la sociedad de que se lo reprima, que es lo que constituye el fundamento político de la pena’*”<sup>5</sup>, citando a Francesco Carrara y a Ricardo C. Nuñez respectivamente. Esto se puede explicar desde una perspectiva eminentemente social, ahora bien, si lo contrastamos con la finalidad preventiva especial positiva constitucionalmente consagrada de la pena, se vislumbra dos cosas:

1- La acción penal se asienta sobre la sociedad (interés social), mientras que la aplicación de la pena privativa de libertad se ve legitimada *preponderantemente* en su capacidad de readaptación del individuo, esto es, se asienta en el individuo.

2- Desde esta perspectiva (prevención especial positiva), Carlos Julio Lascano (h) dice: “*el derecho penal no debe actuar sobre quien ha logrado su reinserción social avalada por su abstención de delinquir durante un largo tiempo, porque ha desaparecido la necesidad de la pena*”<sup>6</sup>. Sin embargo, (ver apartado IV) la necesidad de castigar (aplicar una pena) puede mantenerse incólume por razones sociales, de poder y simbólica, sin reparar en la idoneidad de reinserción del individuo objeto de la pena.

Toda regla tiene su excepción. La necesidad de castigar no ha desaparecido y los intereses sociales que disolvieron la barrera de la prescripción penal, pronto se expandieron a la finalidad de la pena, homogeneizando tanto el fundamento de la ausencia de prescripción como la necesidad de aplicar pena en un *interés social*.

### III.a.2) Distinción entre los presupuestos para la aplicación de pena y la finalidad.

En primer lugar, el tribunal señala que no se debe confundir los presupuestos de aplicación de la pena con la finalidad de la ejecución de la pena de prisión, dice: “*como es sabido, los presupuestos para la aplicación de una pena consisten en la comisión de un injusto reprochable o bien, desde otros lineamientos teóricos en la comisión de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Verificados estos supuestos, el juez aplicará la pena que corresponda al delito atribuido. El problema de la resocialización no guarda*

---

<sup>5</sup> LASCANO (H), Carlos J. “La punibilidad”. *Derecho Penal. Parte general*. Córdoba, Editorial Advocatus, 2002, p. 610.

<sup>6</sup> LASCANO (H), Carlos J. *ob. cit.* p. 610.

*relación con ello, sino con un objetivo o finalidad pretendida, tras la aplicación de la pena de prisión, frente al momento de la ejecución de la misma*<sup>7</sup>. La finalidad de la pena en nuestro sistema constitucional, lejos de ser una finalidad pretendida, justifica y legitima todo el sistema penal, y no sólo la imposición de la pena misma. Por lo tanto se eleva en presupuesto del sistema penal, ya que el sistema penal individualiza a los responsables del delito justamente para sancionarlos y obtener con ello un efecto útil. Sin embargo, no cabe duda de que los imputados merecen ser sancionados, lo que importa es analizar el fundamento de la pena que se emplea para constatar que tan variable puede ser su finalidad en casos como el presente.

III.a.3) La prevención especial positiva desplazada por la prevención general positiva.

El tribunal de mérito se vio obligado a desplazar la teoría de la prevención especial positiva apartándose de la letra de ley, para dar cabida a la teoría de la prevención general positiva y, de esta manera, dotar de un argumento jurídico suficiente a la aplicación del necesario castigo. En este intento, el tribunal dejó al descubierto la verdadera función que cumple la pena al verse incapaz de valerse de la norma para fundar su sentencia.

Donde la ley no distingue el tribunal si lo hace, y dice: *“en cuanto a la prevención general y especial positivas, aún cuando pudieran analizarse cuestiones de prevención, en el momento de la imposición de pena deben primar cuestiones de prevención general por sobre cuestiones de prevención especial, las que por el contrario tendrán primacía al momento de su ejecución”*<sup>8</sup>, estableciendo una especie de regla de gobierno y subordinación entre las teorías de la pena que, por supuesto no tiene asidero legal alguno. Parece ser que las teorías de la pena se intercalan alternativamente para llenar las lagunas del castigo penal que deja al descubierto alguna otra teoría. Con esta interpretación cualquiera podría confundirse y pensar que el principio angular de la finalidad de la pena privativa de la libertad esta determinado o gobernado por la prevención general positiva, mientras que la prevención especial positiva cumple una función de relleno en la mayor cantidad de casos que le sea posible.

---

<sup>7</sup> “MENÉNDEZ Luciano Benjamín... *ob. cit.*, tercera cuestión planteada, p. 244.

<sup>8</sup> “MENÉNDEZ Luciano Benjamín... *ob. cit.*, tercera cuestión planteada, p. 245.

En la teoría de la prevención general positiva se encuentra el fundamento oportuno para la aplicación de la pena, y así dice el tribunal citando a Claus Roxin: “*la necesidad de prevención general se desprende y se justifica plenamente como un modo de mantener y recobrar la confianza en el Estado de Derecho, cuando la comunidad observa que a un sujeto que comete hechos de mucha gravedad, se le aplica la pena correspondiente, produciendo también un efecto de pacificación que se realiza cuando la conciencia jurídica se tranquiliza y se considera solucionado el conflicto social ocasionado por le autor*”<sup>9</sup>. Así las verdaderas funciones de la pena se asoman, tímidas, pero claramente definidas. Cuando se utiliza la misma técnica de poder (en su especie de argumento teórico-jurídico) para explicar y dotar de legitimidad a la pena en conflictos tal diversos como el robo, las lesiones, etc., que por lo general recae en personas pobres y vulnerables, no existe empacho en *corregirlos*, propiciando su *reinserción social* por medio de un tratamiento (prevención especial positiva) bajo el resguardo de la normativa constitucional. Pero, cuando lo que se intenta justificar es la pena a criminales de *lesa humanidad* (como corresponde), las teorías que tradicionalmente justificaron el castigo a los *corregibles* se muestran ridículas. Es evidente que tarde o temprano esta teorización debe flaquear y buscarse nuevos rumbos distractivos que esconden que la pena es un castigo cuyo objeto, como todo castigo, es causar dolor y nada más... saciando un sentimiento de venganza<sup>10</sup>.

### III.b) Convivencia de ambas teorías.

El fenómeno social del castigo penal es tan amplio que las teorías dogmáticas se ven incapacitadas de abarcarlo en toda su extensión. Cuando se pondera un sector, como ser el individuo, paralelamente, se deja sin atención al sector opuesto, la sociedad; cuando se atiende al sujeto infractor, paralelamente se desatiende la fe que tiene la comunidad en la norma quebrantada.

---

<sup>9</sup> “MENÉNDEZ Luciano Benjamín... *ob. cit.*, tercera cuestión planteada, p. 245.

<sup>10</sup> “El acto criminal viola sentimientos y emociones profundamente arraigados en la mayoría de los miembros de una sociedad –escandaliza sus conciencias sanas-, y esta violación provoca una fuerte reacción psicológica incluso en los que no están directamente involucrados. Produce una sensación de violencia, furia, indignación, y un deseo intenso de venganza”. GARLAND, David. *El castigo y la solidaridad social*. D. F. México, Editorial Siglo XXI, 1999, p. 47.

Cuando se opta por una concepción de la pena, paralelamente se renuncia a proteger el campo de cobertura de otra teoría. Si nuestro sistema legal pretende corregir por medio de un tratamiento a los infractores de la norma propiciando su reinserción social, puede ser fatal, para el principio de igualdad, que cuando este fin, *prima facie*, devenga inútil, se adopte otra finalidad de la pena sin más. La pena no puede en una sociedad democrática cubrir finalidades ambivalentes dependiendo de las condiciones personales del condenado (entraríamos en un derecho penal de autor). Sin embargo, existe la posibilidad de que el sistema (en un término amplio) como válvula de reaseguro, en ocasiones excepcionalísimas, adscriba a una teoría cuya función sea, como lo explica Zulita Fellini, en “*declarar y afirmar valores y reglas sociales, y de reforzar su validez, contribuyendo así a la integración del grupo social en torno a aquéllos y al restablecimiento de la confianza institucional menoscabada por la percepción de las transgresiones al orden jurídico*”<sup>11</sup>. Lo que si se relaciona como en el presente caso en la gravedad de los hechos cometidos (crímenes de *lesa humanidad* y actos destinados a la destrucción de las instituciones democráticas) nos colocar nuevamente en un derecho penal de hecho. Sin embargo, el criterio debe ser por demás estricto. La justificación de la imposición de una pena por el Estado responde a fines y objetivos que es imposible desvincular del momento de su aplicación<sup>12</sup>.

Sin embargo, Zulita Fellini sostiene, sin hacer las distinciones de los párrafos precedentes, que es posible conjugar la prevención especial positiva con la prevención general positiva, en tanto el art. 1 de la ley 24.660 se compadece con estos fines ya que tiene por objeto la internalización de normas jurídicas y, de esta manera, se aseguraría la vigencia de las mismas<sup>13</sup>.

No obstante ello, la teoría de la pena que se adopte (como postura dogmática) queda relegada a un plano secundario o dependiente de la función simbólica que el castigo penal pretende cumplir en el caso (ver apartado IV.b), así, la teoría que más se compadezca,

---

<sup>11</sup> FELLINI, Zulita. “¿Derecho penitenciario o derecho de ejecución penal?”. *Derecho de ejecución penal*. Zulita Fellini (dirección). Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2006, p. 33.

<sup>12</sup> A pesar, de que el tribunal sostenga que la finalidad de la pena debe darse exclusivamente al momento de la ejecución de la misma y que nada tiene que ver dicha finalidad con el momento de la aplicación de la misma (ver apartado III.a.3).

<sup>13</sup> FELLINI, Zulita. *ob. cit.*, p. 41.

como discurso, con este efecto primará sobre cualquier otra, independientemente de las disquisiciones teóricas que se puedan desarrollar.

#### IV) Tensión entre las teorías de la pena y el poder.

Se ha explicado una relación de tensión intrasistémica en la esfera de la dogmática penal, ahora se explicará una tensión extrasistémica, sólo distinguible si se observa la relación desde fuera del derecho, esto es, el servicio que le prestan las teorías de la pena a la nueva configuración de poder y los efectos simbólicos que emanan del castigo penal.

#### IV.a) La teoría de la prevención general positiva al servicio del poder.

El tribunal desconoce a la teoría de la prevención especial positiva como principio y la coloca en un plano secundario o subordinado a la prevención general positiva, ya que esta última, es preponderante por atender a los altos fines de cohesión social y fortalecimiento del orden moral imperante. Así, las teorías de la pena se transforman en una fórmula vacua que sirven de herramienta justificadora del castigo como fin declarado pero atienden por igual a cualquier configuración de poder que desee valerse de ellas. No importa si justifican el castigo penal de una sociedad democrática o dictatorial, son fórmulas de maquillaje, puestas a fundar el castigo sin hesitación ni compromisos ideológicos. Los esfuerzos, se avocan a desideologizar la administración de justicia, a normalizar la práctica penal, tornándola impersonal mediante la burocratización que esconde las reacciones emotivas de la sociedad<sup>14</sup>.

La presión se despliega sobre las teorías de la pena, particularmente sobre la teoría de la prevención especial positiva que es desplazada por la general positiva. La cuál es llamada a cumplir la misión justificante de una verdad dominante que desmitifique el saber

---

<sup>14</sup> Garland explicado el pensamiento de Weber, expresa: “el ‘profesionalismo’ y la ‘objetividad’ son cuestión de grado, y tienden a hacerse más pronunciados en la medida en que la organización del castigo se aproxima más al aspecto burocrático. [...] La interpolación de un proceso burocrático entre las emociones reactivas de la sociedad y el castigo real del transgresor suelen considerarse como un índice del refinamiento y del grado de civismo alcanzado por la justicia penal”. Cfr. GARLAND, David. *ob. cit.*, p. 217.

*acientífico* (o popular) para obtener un producto esterilizado de parcialidades y desligado de apasionamientos<sup>15</sup>.

La nueva configuración de poder (de base democrática) para fortalecer su idiosincracia y al Estado de Derecho como bien supremo se vale del proceso judicial, y en el mismo, evoca su lógica de poder para producir verdad, en un claro contraste con la vieja configuración de poder que se castiga: el tribunal y la fiscalía representan al Estado de Derecho, el cual se erige como un Estado desdoblado, que por un lado acusa, y por el otro asegura un pronunciamiento justo y neutral. La parte acusadora se diferencia de la parte juzgadora; durante el denominado proceso de reorganización nacional, en cambio, el Estado abarcaba ambas funciones en forma arbitraria<sup>16</sup>.

Emile Durkheim entiende que en las sociedades primitivas la *forma* del castigo es más intensa mientras que en las sociedades más avanzadas y sobre todo las contemporáneas la intensidad cede frente a la rigurosidad, constancia y permanencia en la administración del castigo, abdicando en la espectacularidad del mismo pero acentuando su técnica en consonancia con determinados fines<sup>17</sup>. La esencia del castigo, tanto en la sociedad primitiva como en la avanzada es la misma: la venganza, “*la pasión constituye el alma de*

---

<sup>15</sup> “En un pasaje de su teoría de la justicia, Rawls afirma que atento a que no conocemos de antemano como fueron los hechos, la imparcialidad del proceso es la única garantía de que el resultado, cualquiera sea éste, será justo. En esta proposición, aparentemente con un sentido de protección de quien es sometido a proceso, se oculta esta idea del ritual y de la fuerza regularizadora del proceso y del castigo. El castigo juega cuando hay que restablecer el orden cuando el proceso determinó que el mismo había sido alterado. Ambas instituciones se afirman en lo simbólico”. VILLAR, Mario A. “Derecho penal y castigo, el mito del eterno retorno”. *Derecho de ejecución penal*. Zulita Fellini (dirección). Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2006, p. 55.

<sup>16</sup> Cfr. KAUFMAN, Ester. “El ritual jurídico en el juicio a los ex comandantes. La desnaturalización de lo cotidiano”. En Rosa Guber, *El salvaje metropolitano*. Buenos Aires, Editorial Legasa, apartado 8.

<sup>17</sup> “En las sociedades modernas es necesario observar con mayor atención el funcionamiento de esta pasión vengativa en los actos punitivos, ya que dichas emociones se niegan oficialmente y son desplazadas por preocupaciones de carácter más reflexivo y utilitario”. GARLAND, David. *ob. cit.*, p. 48. Así, Foucault sostiene que la profesionalización del castigo se ha convertido en una técnica del arte de las correcciones, que dentro de la prisión se manifiesta en una microfísica del poder que se canaliza en la disciplina como una anatomía política del detalle. Cfr. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Ed. Siglo XXI. Pág. III.

*la pena, y la venganza la motivación primordial que subyace en los actos punitivos*<sup>18</sup>. Esto último, torna interesante el caso bajo análisis porque esta pasión que menciona el autor citado –la esencia de la pena- se esconde generalmente tras administración metódica y sutil del castigo. Pero aquí se intentó dos cosas:

Primero, obtener intensidad en el castigo, lo que se demuestra en las explicaciones del tribunal, y al intentarse esto, paralelamente se dejó al descubierto la esencia del castigo: causar dolor al culpable, sin poderse amparar en el pretexto resocializador. Lo que se ve avalado por el reclamo de cárcel efectiva a Menéndez, rechazándose la alternativa de prisión domiciliaria porque no se compadece con la *intensidad* que merece el castigo.

Segundo, el efecto simbólico de la pena que evoca el triunfo de la democracia sobre la dictadura y el fortalecimiento de una nueva configuración de poder (ver apartado IV.b), que sólo puede ser aprehendido por los miembros de la sociedad cuando es subrayado el castigo por medio de la intensidad, como lo explicará (más adelante) Durkheim.

Para Jakobs *“la pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación”*<sup>19</sup>. ¿Pero cuál es ese mensaje en el presente caso? La reafirmación de la *democracia* como valor *colectivo cohesionante*. Este valor supremo explica la necesidad de castigar aún después de tan alongado lapso de tiempo transcurrido, en este sentido explica Durkheim: *“cuanto más respeto se tiene por algo [democracia, Estado de Derecho], más horrible es una falta de respeto [golpe de Estado y posterior terrorismo de Estado]. El mismo acto que, dirigido contra un igual es meramente reprehensible, se vuelve impío cuando concierne a un ser superior a nosotros, el horror que inspira solamente puede ser atemperado con la represión violenta. Los fieles normalmente deben someterse a múltiples privaciones para complacer a sus dioses y mantenerse en contacto regular con ellos. ¿A qué privaciones entonces tendrían que someterse cuando los han afrentado? Aún cuando haya fuertes sentimientos de piedad hacia el culpable, ese sentimiento no contrabalancea la indignación levantada por el acto*

---

<sup>18</sup> GARLAND, David. *ob. cit.*, p. 48.

<sup>19</sup> JAKOBS, Günther. “Sobre la teoría de la pena”. *Cuadernos de conferencias y artículos N° 16*. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Universidad de Externado Colombia. Colombia, 1998, p.33.

*de sacrilegio*”<sup>20</sup>. El mensaje de la sentencia es claro: estamos ante un valor colectivo cohesionante que es un bien supremo de nuestra sociedad, su atentado merece un castigo intenso que asegure el orden moral imperante, colocándolo en el mismo plano que ocupara la religión para Durkheim.

#### IV.b) Función simbólica de la pena-castigo en el caso.

El caso “Menéndez” obliga a desnaturalizar la cotidianeidad del ritual jurídico. Cuando se somete a juicio un fragmento de la historia política, el proceso judicial pierde su ordinaria aptitud de “reproducir” las representaciones sociales bajo fórmulas jurídicas, tornándose extraordinario; ya no reproduce normalmente el control formal punitivo, sino que “transforma” la materia juzgada, de discurso político a discurso jurídico, dotándola paralelamente de una nueva significación histórica de la verdad<sup>21</sup>.

Ester Kaufmann, citando a De Matta, nos dice que: *“el ritual es el momento extraordinario que permite [...] colocar en foco un aspecto de la realidad y, por su intermedio, cambiar su significado cotidiano o incluso, otorgarle un nuevo significado. Todo aquello que se eleva y ‘coloca en foco’ mediante la dramatización, es descolocado y adquiere así, un nuevo significado”*<sup>22</sup>. La autora citada en un inédito opúsculo en el que describe el poder simbólico que encerró el juicio a los ex comandantes de la junta militar, nos explica que el proceso judicial estaba destinado a convertirse en un ritual de cambio, en donde bajo la argumentación desideologizada y despolitizada del proceso transformase la realidad a la par que se consagrara un nuevo orden; así dice: *“Ello significa modificar el esquema de distribución de poder vigente hasta 1983, demostrando que el poder debe circunscribirse a regulaciones legales, por sobre cualquier otra consideración. Este punto fue precisamente lo que debía quedar representado a lo largo del juicio y de su ordenamiento ritual. Por eso, el ritual jurídico en que se juzgó a las tres primeras juntas de la dictadura militar estaba concebido como un ritual de cambio. Este propósito no se*

---

<sup>20</sup> DURKHEIM, Emile. “Dos leyes de la evolución penal”. *Delito y sociedad. Revista de ciencias sociales*. p. 86.

<sup>21</sup> “El ritual jurídico constituye precisamente un ámbito donde se operan mecanismos de individualización, transformación y resignificación de las identidades sociales y políticas. Estos mecanismos participan en el reconocimiento mutuo de los individuos y en la formación de expresiones contendientes sobre la verdad”. KAUFMAN, Ester. *ob. cit.*, apartado. 3.

<sup>22</sup> KAUFMAN, Ester. *ob. cit.*, apartado 4.

*cumpliría solamente por el mero hecho de convocar a un juicio sino, complementariamente, por el modo en que el ritual jurídico representó, para la sociedad toda (juicio oral y público), ese nuevo orden que intentaba consagrar”<sup>23</sup>.*

Desde esta perspectiva, interrogarse sobre cuál es la finalidad dogmática de la pena deviene baladí. El castigo penal es utilizado para trazar nuevos límites en el campo de lo permitido y lo prohibido al no dejar impune tanto el golpe, como el terrorismo de Estado<sup>24</sup>, la pena aplicada a los condenados por crímenes de *lesa humanidad* viene a llenar un objetivo simbólico: el fortalecimiento de una configuración de poder de base democrática y la proclamación de vigencia de los derechos humanos.

El fin de la pena es dogmáticamente variable y tergiversable, en tanto el castigo como fenómeno social complejo contiene un espectro de funciones de imposible abstracción por cualquier teoría de la pena. El poder simbólico con el que se impregna el fallo produce una tensión en las teorías de la pena que las tornan estériles y secundarias. Se destaca mediante la aplicación de un castigo intenso<sup>25</sup> cual es la configuración de poder que debe ser fortalecida.

La teoría de la prevención general positiva tiene un fuerte componente de ritual, la autocomprobación social, la fe en el derecho y el restablecimiento de la norma son en sí la determinación del mal en el sujeto y que el bien –el derecho- resulta triunfante. La teoría de la prevención general positiva supera a las demás teorías, pues pretende ser atemporal; el castigo no guarda relación con el tiempo, no mira al pasado como la retribución, no mira al futuro como la prevención general negativa, no mira tampoco a la persona en el pasado o en el futuro como la prevención especial, sólo mira al sistema, sus bienes y valores fundamentales<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> KAUFMAN, Ester. *ob. cit.*, apartado 8. El juicio a los comandantes de la junta militar, por el contexto en el que se desarrolló, encarnó un ritual de cambio; el presente caso, en vista del actual contexto político, constituyó un ritual de fortalecimiento de las instituciones democráticas y de la vigencia de los derechos humanos al eliminar todo atisbo de impunidad y consagrar simbólicamente su vigencia mediante al imposición de una pena-castigo.

<sup>24</sup> Lo que contrasta con la impunidad de los golpes de Estado de 1930, 1955 y 1966.

<sup>25</sup> Por ello, no es suficiente con la condena, sino que se debe aplicar “cárcel efectiva” (intensidad en palabras de Durkheim), y desecharse la prisión domiciliaria.

<sup>26</sup> Cfr. VILLAR, Mario A. *ob. cit.*, pp. 55 y 56.

No importa cual sea el argumento jurídico racional esgrimido por el tribunal de mérito, lo esencial, es que se desate la violencia del castigo como resultante de ese argumento para subrayar con ello el repudio que genera el terrorismo de Estado. Esta función cumple el proceso penal y la teoría de la prevención general positiva otorga su argumento propiciatorio. La tensión extrasistémica se resuelve a favor de esta última teoría por dos factores:

1- Tiene la capacidad de acompañar esta alta finalidad dotándolo de un adecuado argumento jurídico racional.

2- La teoría de la prevención especial positiva, a pesar de ser nuestro principio rector en cuanto la finalidad que deber cumplir la pena, se muestra incapaz de convalidar el proceso de resignificación<sup>27</sup>.

La impunidad de estos crímenes es peligrosa para una sociedad que pretende participar democráticamente en la vida política; en este sentido, tal bien debe ser consagrado en norma fundamental, así, siguiendo los lineamientos de Jakobs, si se tratara al infractor de la norma como un normal, en consecuencia, el significado de su conducta es definido como normal, entonces: la norma sufre erosión<sup>28</sup>. Por ello al aplicarse una pena, el sistema penal produce una inconsciente convalidación simbólica de los valores democráticos.

#### V) Conclusión.

“Menéndez” es un caso ilustrativo que pone en crisis el sistema penal en oportunidad de justificar el castigo administrado por la comisión de delitos. Se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1- Desde el derecho el único principio angular que rige la finalidad de la pena privativa de la libertad es la resocialización social (teoría de la prevención especial positiva).

---

<sup>27</sup> “El sistema penal es como un espejo y, como tal, tiene ese doble aspecto; es una creación humana que, por un lado, sirve para que la sociedad se mire y pueda preservarse a través de la amenaza penal y la concreción en castigo de la misma y, por el otro, como el reflejo nunca es idéntico al objeto que refleja, produce cambios en la sociedad; en cierta forma crea una conciencia determinada del objeto. Ha expresado Montaigne: ‘la semejanza no hace tanto lo uno como la diferencia hace lo otro’”. VILLAR, Mario A. *ob. cit.*, p.47.

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther. *ob. cit.*, p. 16.

2- Desde la práctica penitenciaria se colige que la finalidad legalmente declamada no se efectiviza, bajo el pretexto de deficiencias en su instrumentalización, pero en el fondo se encubre que la función de la prisión es castigar y no resocializar.

3- El tribunal establece una regla de gobierno de la teoría de la prevención general positiva sobre la prevención especial positiva, ya que para el caso, la pena tiene por finalidad fortalecer valores fundamentales (v.gr. Estado de Derecho) que los acusados habían vulnerado y de esta manera la sociedad recobraría su confianza en ellos.

4- En ciertos casos excepcionalísimos se puede prescindir de la finalidad de reinserción social, sin dañar el principio de igualdad, para dar paso a la finalidad de restablecimiento del orden moral imperante y fortalecimiento de los valores colectivos, sin que implique una violación a los derechos humanos ya que dicha pena tiene como meta fortalecer su vigencia ante la gravedad de los hechos cometidos.

5- Las teorías de la pena son fórmulas vacuas que, bajo la apariencia de un saber confiable y plenamente desarrollado, sirven a cualquier configuración de poder. Son articuladas siempre que su finalidad coincida con los intereses del poder, cumplen el rol de dotar de justificación al castigo y de esta manera obtener un resultado científico (la verdad) como producto de un razonamiento jurídico formal al amparo del proceso judicial.

6- Mediante la aplicación de una pena se fortalece una configuración de poder de base democrática y se proclama la vigencia de los derechos humanos.

7- Se desnaturaliza la cotidianeidad del proceso judicial convirtiéndolo en un rito de resignificación simbólica que evoca el triunfo de la democracia sobre la dictadura.

8- La teoría de la prevención general positiva tiene un fuerte componente ritual, de autocomprobación social y de ratificación del derecho. Es una teoría atemporal que pone el acento en la vigencia de los valores que resguarda.

9- El castigo penal es un fenómeno social amplio que no puede ser abarcado en su completitud por una teoría, siempre se dejarán espacios vacíos no comprendidos en su real dimensión.

## VI) Bibliografía.

### VI.a) Textos utilizados.

1- DURKHEIM, Emile. “Dos leyes de la evolución penal”. *Delito y sociedad. Revista de ciencias sociales*.

2- FELLINI, Zulita. “¿Derecho penitenciario o derecho de ejecución penal?”. *Derecho de ejecución penal*. Zulita Fellini (dirección). Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2006.

3- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Editorial Siglo XXI, 1984.

4- GARLAND, David. *El castigo y la solidaridad social*. D. F. México, Editorial Siglo XXI, 1999.

5- JAKOBS, Günther. “Sobre la teoría de la pena”. *Cuadernos de conferencias y artículos N° 16*. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Universidad de Externado Colombia. Colombia, 1998.

6- KAUFMAN, Ester. “El ritual jurídico en el juicio a los ex comandantes. La desnaturalización de lo cotidiano”. En Rosa Guber, *El salvaje metropolitano*. Buenos Aires, Editorial Legasa.

7- LASCANO (H), Carlos J. “La punibilidad”. *Derecho Penal. Parte general*. Córdoba, Editorial Advocatus, 2002.

8- RIVERA BEIRAS, Iñaki. *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena*. Barcelona, Editorial Bosch, 1998.

9- VILLAR, Mario A. “Derecho penal y castigo, el mito del eterno retorno”. *Derecho de ejecución penal*. Zulita Fellini (dirección). Buenos Aires, Editorial Hammurabi. 2006.

#### VI.b) Sentencia.

1- “MENÉNDEZ Luciano Benjamín; RODRÍGUEZ Hermes Oscar; ACOSTA Jorge Exequiel; MANZANELLI Luis Alberto; VEGA Carlos Alberto; DIAZ Carlos Alberto; LARDONE Ricardo Alberto Ramón; PADOVAN Oreste Valentín p.ss.aa. Privación ilegítima de la libertad; imposición de tormentos agravados; homicidio agravado” (Expte. 40/M/2008), Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la ciudad de Córdoba. Sentencia N° 22/08, 24/07/2008.