

Nombre y Apellido: Patricia Elizalde - Facultad de Derecho de la UBA

Eje temático: Derecho y ética - Título de la ponencia: “Banda de ladrones”

La pena privativa de la libertad puede ser analizada identificando los segmentos de la realidad que conforman aspectos jurídicos o aspectos morales. Me interesa analizarlo desde un punto de vista normativo como acto coactivo, es decir, aquéllos que suceden contra la voluntad de los individuos y tomando en cuenta que aun juzgándose su contenido como injusto, ello no resulta fundamento suficiente para no aceptar ese orden coactivo como un orden jurídico, si cumple con ciertos requisitos.

Kelsen sostuvo que: “la coacción del hombre por el hombre es, o bien un delito o bien una sanción”. En base a que la comunidad jurídica ostenta el monopolio de la coacción, podemos advertir que todo acto violento está prohibido, salvo que haya sido autorizado como sanción. Podemos definir entonces sanción, como la privación coactiva de un bien ordenada tanto por los tribunales como por organismos administrativos, según el caso.

Nos preguntamos entonces que acciones corresponde identificar como “privación de la libertad” en nuestro sistema jurídico en materia penal. En la actualidad, analizándolo desde su sentido subjetivo, se trata de un acto coactivo mediante el cual se encierra a una persona, se ejerce tortura física y psicológica, se la lesiona gravemente, se daña el patrimonio y, en muchos casos, se priva de la vida.

Tomando en cuenta que si fuera una sanción su sentido subjetivo debe coincidir con su sentido objetivo, según Kelsen: la coacción del hombre por el hombre es, o bien un delito o bien una sanción” cabe preguntarse: **¿Es la pena privativa de libertad que se impone en las sentencias el supuesto contemplado en la norma penal como sanción?**

1. Si los operadores del sistema consideran que el mal que se inflige es el autorizado por la norma, entonces están avalando el contenido fáctico de la aplicación de la pena dispuesta que, aunque contradice otras normas del sistema, ellos identifican e imponen como sanción. A la luz del sistema jurídico la sentencia no sería válida (el contenido de la sanción contradice otras normas del sistema), pero sería eficaz.

2. Si los operadores del sistema consideran que el mal que se inflige supera y excede la privación de libertad contenida en la sanción, entonces el sistema jurídico penal está avalando la pérdida de eficacia de las órdenes impartidas, permitiendo la ineficacia de la sentencia dictada. Se contaría con una sentencia válida, pero sería ineficaz (el juez está condenando a otra pena diferente a la ejecutada).

3. Si los operadores del sistema consideran que su función consiste en dictar una sentencia basada en derecho y que la sanción que aplicó está conceptualmente contenida en una norma válida del sistema sin importar qué pasa en el plano fáctico con la ejecución de la sentencia dictada, entonces estamos ante la peor opción porque atenta contra la validez y la eficacia del sistema jurídico todo.

Kelsen se preguntó si una banda de ladrones que guiaba sus actos según sus propias normas podía estatuir un sistema normativo coactivo, similar al de la comunidad jurídica del mismo territorio y concluyó que: Cuando las normas de un orden jurídico que estatuyen las sanciones en el dominio territorial en que una banda de ladrones actúa son fácticamente aplicadas a sus conductas contrarias a derecho, el orden jurídico es más efectivo que el orden coactivo constitutivo de la banda de ladrones y sólo así podemos determinar cuál es el derecho vigente en esa comunidad.

Entonces, si los operadores jurídicos permiten -por acción o por omisión- la existencia de un derecho paralelo dentro de las cárceles, me pregunto: ¿En nuestra comunidad jurídica tiene validez y eficacia el sistema jurídico penal o el de la banda de ladrones?.