

EL DECANTAMIENTO DEL POSITIVISMO JURÍDICO¹

(La necesidad del control operativo
del discurso jurídico penal)

Por JOSÉ MILTON PERALTA²

SUMARIO: 1) Introducción. 2) KELSEN, positivismo jurídico y dogmática. 2.1) La teoría pura. 2.2) Crítica a la teoría pura. 3) Repercusiones en materia penal. 3.1) La importancia de su trascendencia. 3.2) Aplicación. 3.3) Efectos del aislamiento. 4) La necesidad de una mirada crítica de la ley. 5) Propuesta. 5.1) Sistematización de la propuesta. 5.2) Etizar. 6) Conclusión.

1) Introducción

Con el presente trabajo simplemente pretendemos exponer la necesidad de adoptar una postura crítica en el análisis del derecho penal, que incluya como parte necesaria de su consideración datos de la realidad. Esta idea surge como oposición a aquellas teorías que en su análisis omiten considerar la fenomenología de la aplicación del poder punitivo, lo cual les impide, a nuestro criterio, merituar adecuadamente cómo cumple éste su función en la sociedad. Para ello estimamos necesario medir cotidianamente la operatividad real del sistema en la sociedad e introducir eso en los análisis dogmáticos.

No nos referimos a abandonar el punto de vista sistemático en la interpretación de las normas, conforme se viene haciendo, sino a sumarle a ésta, otro elemento más: los datos empíricos, desestimados por la doctrina penal tradicional más seguida en Córdoba, conforme la cual se puede llegar a una decisión “jurídicamente” justa al margen de que sea “realmente” así.

2.) KELSEN, positivismo jurídico y dogmática

Si bien la teoría pura del derecho de HANS KELSEN no constituye dogmática, ésta ha sido, sin duda, la base de la misma. Es decir, si bien la “teoría pura” esta destinada a regir cualquier derecho en cualquier tiempo y espacio a diferencia de la dogmática que analiza un derecho dado en un determinado tiempo y espacio determinado, ambos procesos son los vértices del mismo análisis.

Así es como dentro de las corrientes dogmáticas penales (tema de nuestro análisis) encontramos en un primer plano de evolución al positivismo jurídico, que es justamente lo que Kelsen desarrolló partiendo de la “norma hipotética fundamental”.

2.1) La Teoría Pura

¹ O Paleopositivismo, tal como la denominación utilizada por FERRAJOLI, LUIGI, en *Derechos y Garantías –La ley del más débil–*, Madrid, Trotá, 1999, p. 19.

² Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, adscrito a la cátedra de Derecho penal, parte general, en esa Facultad. E-mail: miltonjose75@hotmail.com.

KELSEN, desde una teoría idealista del conocimiento, parte de la base que la ciencia crea su objeto de estudio. Por ende, para él, el saber jurídico sólo es científico cuando ha conseguido un método exclusivo y distinto del de cualquier otra rama del conocimiento. Así, KELSEN discrimina la ciencia jurídica de otro tipo de conocimientos al afirmar que ésta no es una ciencia del ser, es decir, que no describe hechos, sino que es una ciencia normativa, esto es, una ciencia que describe prescripciones. Pero no cualquier clase de prescripciones, sino sólo aquellas que tienen carácter coactivo.

Así, este autor, mediante el principio de imputación, principio análogo al de causalidad en las leyes de la naturaleza (consistente en que a determinada condición –causa para las ciencias naturales-, le corresponde determinada consecuencia –efecto para las ciencias naturales-, que no es “necesaria” sino que debe producirse), aísla el objeto de conocimiento jurídico del resto del objeto de las ciencias naturales, y, mediante la coacción, aísla la norma jurídica de todo otro tipo de normas. Así, por ejemplo, afirma que la utilización del método sociológico, esto es, la observación experimental, para el estudio del derecho, no tiene sentido, dado que éste debe regirse sólo por la lógica.

En KELSEN, además, el contenido de las normas queda fuera del análisis de la ciencia jurídica, ya que él atiende únicamente al deber ser lógico de las mismas aislándolas de otros elementos como la moral, la política, la sociología o la historia³. Es decir, parte del presupuesto de una separación radical entre forma y contenido, entendiendo a éste como una cuestión política de la que el jurisconsulto debe estar ausente.

Es decir, que la metodología kelseniana se caracteriza por utilizar un método que separa de manera absoluta el “ser” y el “deber ser”, donde no interesa responder a la pregunta como debería ser el derecho, sino que sólo importa como es, excluyendo de él todo elemento extraño al mismo, esto es, todo elemento que no sea normativo.

KELSEN pretende así poder describir cualquier derecho con independencia del poder que lo sostiene. Adopta esta neutralidad axiológica con el objetivo expreso de no justificar cualquier poder político y, por ende, no estar al servicio de una ideología determinada.

2.2) Crítica a la Teoría Pura

Para cuestionar los efectos que produce este tipo de análisis normativo, nos vamos a enrolar en unos de los tipos de crítica que se le formulan a KELSEN, esto es, a las críticas externas a su trabajo (por oposición a las internas).

Esta crítica es de carácter ideológico y pretende demostrar que reducir la ciencia del derecho a una mera estructura lógica, ausente de toda concordancia con la sociedad, puede llevar a injustos en las decisiones al aplicar el derecho (en particular) y a desconocer su trascendencia empírica y, por ende, no poder comprobar si los fines que con su aplicación se proponen se realizan o no (en general).

Los defensores de KELSEN afirman que el hecho de que se delimiten ámbitos de validez y de valor en el derecho, no significa que sólo exista el problema de la validez y no el del valor, sino que éste perdura, pero fuera de la ciencia jurídica². Sin embargo, esta postura le impide a la ciencia jurídica, como tal, ver la relevancia del derecho en la construcción de la realidad social y la relevancia de la sociedad en la construcción del derecho, y, por ende, la torna incapaz de comprender por qué éste se produce y a que fin conduce.

Así, CALSAMIGLIA explica: “*Prescindir de las relaciones existentes entre forma y contenido, entre derecho y relaciones sociales, hace de la teoría pura una teoría parcial y limitada, porque con sus supuestos no puede explicar todo aquello que pretende*”⁴. Este fenómeno, afirma, “...podría empezar a explicarnos por qué el estudiante necesita un largo

³ CALSAMIGLIA, ALBERT, *Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica*, Barcelona-Caracas-México, Ariel, 1978, 2da. ed. p. 22.

⁴ CALSAMIGLIA, explicando a Norberto Bobbio, ob. cit., p.27.

*aprendizaje para ejercer su profesión y el desfase que se produce entre lo que pide la sociedad a la enseñanza superior y lo que ofrece ésta a la sociedad...*⁵. O, lo que es lo mismo, podría empezar a esclarecernos porqué el ciudadano común muchas veces no entiende las decisiones judiciales y sobre todo porqué, en una innumerable cantidad de casos, el juez o el abogado se ven obligados a explicar su resolución ante algún argumento atendible en contra, con la simple afirmación: “es porque la ley lo dice”, sin poder inscribir en su diálogo ningún tipo de argumento racional que explique la operatividad del sistema.

3) Repercusiones en materia penal

3.1) La importancia de su trascendencia

Este “desfase” del que hablamos entre la ciencia jurídica así entendida y la operatividad del derecho en la sociedad, tiene importantes consecuencias en todo el ámbito normativo jurídico, pero donde se visualizan los efectos más perniciosos es en el ámbito del derecho penal. Ello es así, puesto que allí es donde entran en consideración los derechos fundamentales del hombre, hoy positivizados en virtud de los tratados internacionales y elevados a rango constitucional a partir de la última reforma de nuestra carta magna. Los proyectos personales, la educación, la integridad física y psíquica y hasta la vida de las personas se ven afectados cuando el derecho penal interviene. Esto es, cuando impone, como respuesta a determinadas acciones atentatorias de algunos bienes jurídicos, sus graves consecuencias. El derecho penal prevé, a estos efectos, una reacción jurídica eminentemente punitiva, a diferencia de lo que sucede en el resto del ordenamiento, donde la finalidad es principalmente recomponedora.

Por todo ello es importante poder constatar si el proyecto que tiene el legislador, cuando programa su política criminal a tan alto costo, se realiza en su operatividad concreta. Es cierto que existen tipos penales que protegen derechos cuyo interés social es cuestionable (v. gr. pequeños hurtos a grandes empresas), pero también es verdad que hay otros que protegen intereses cuya relevancia social es admitida de manera prácticamente unánime (atentados contra la vida o los más graves contra integridad sexual). En este tipo de casos es fundamental que el juez cuente con un adecuado marco empírico, para saber si con sus resoluciones realmente está trabajando para el fin propuesto o si, por el contrario, no se logran esos objetivos o, incluso, si no se está causando aun más daño con la intervención punitiva⁶.

3.2) Aplicación

Partiendo de la base que la legislación penal tiene por objeto último la realización de los derechos humanos fundamentales, esto es, garantizar la autonomía personal, la participación en la organización social y la prestación de colaboración para la realización de los derechos de raíz liberal⁷, no podemos dejar de preguntarnos si ese entendimiento se compadece con la operatividad real del sistema. Para ello debemos incorporar datos fácticos, sociales, concretos, en forma tal que, cuando constatemos que en la realidad se invierte o separa notoriamente del valor proclamado en el dato legal, nos permita corregir el alcance de ese

⁵ CALSAMIGLIA. ob. cit. , p. 39.

⁶ CALSAMIGLIA, ob. cit., p.43.

⁷ 5 Por ejemplo, hoy la sociedad argentina afirma de manera casi unánime que la vida del nonato no debe ser disponible, lo cual está consagrado en nuestro código penal (arts. 85 y ss.). Sin embargo, el derecho penal no logra revertir con esa amenaza la cantidad de abortos cometidos, pero, sin embargo, sí provoca, indirectamente, muchas muertes de madres (generalmente pobres) que abortan en la clandestinidad sin una asistencia médica adecuada..

dato⁸. Un análisis donde la voluntad de la ley, “no tiene otra fuente que el total sistema del derecho vigente, que no es otra cosa que el complejo de la Constitución y de leyes, reglamentos y decretos sancionados como derecho positivo”⁹, sin referirse a la realidad circundante no permitirá que se constate si nuestros planes se realizan de acuerdo a lo programado.

Hay que tener en claro que, “una cosa es la meta propuesta y orientadora y otra el grado de realización de esa meta”. En este sentido, el dato de la realidad nunca puede ser considerado como una objeción, un obstáculo o un impedimento para elaborar o aplicar el derecho, sino todo lo contrario, resulta un elemento indispensable para lograr una “permanente dinámica correctiva”¹⁰.

De esto dan cuenta tanto penalistas como filósofos del derecho contemporáneo.

Así, FERRAJOLI indica que: “Una aproximación realista al derecho y al concreto funcionamiento de las instituciones jurídicas es absolutamente indispensable y previo si no se quiere caer en la opuesta y no menos difusa falacia, idealista y normativista, de quien confunde el derecho con la realidad, las normas con los hechos, los manuales de derecho con la descripción del efectivo funcionamiento del derecho mismo...”¹¹

3.3) Efectos del aislamiento

Si bien el Juez no puede dejar de aplicar la norma formalmente “válida”, previo contrastarla con la normativa constitucional, por una cuestión de certidumbre jurídica que nos permita predecir las consecuencias de nuestras acciones y así asegurarnos cierto ámbito de libertad, sí puede, reconociendo sus limitaciones, interpretarla y aplicarla de forma tal que asegure su mayor eficacia. Por ejemplo, si se analiza el contexto normativo penal (C.P. y leyes complementarias), se puede constatar que los delitos que generalmente cometen las personas menos preparadas tienen penas conminadas en abstracto más altas que otros¹², lo cual hace que estos delitos exijan generalmente prisión durante el proceso y, atento la magnitud de causas que se tramitan y que conforme un código judicial las causas “con preso” tienen prioridad sobre las otras, de hecho, se persiguen penalmente solamente a esta clase de individuos, dejando impune otro tipo de ilícitos, muchas veces mas graves. El atender a esto haría que la autoridad judicial encargada adopte una actitud cuidadosa a la hora de disponer la prisión preventiva por estos hechos y que interprete con mayor cautela las normas que se refieren a los peligros que para el proceso tienen otro tipo de ilícitos que generalmente se tramitan con el imputado en libertad¹³.

4) La necesidad de una mirada crítica de la ley

⁸ Cfr. BALCARCE, FABIÁN, “La antijuridicidad”, en LASCANO, CARLOS J. (h), *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Advocatus, 2000, t. II, p.113.

⁹ Ver al respecto ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1986, 5ta. ed., p. 130.

¹⁰ 8 NUÑEZ, RICARDO C. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Córdoba, Marcos Lerner, 1981, pp.92-93.

¹¹ 9 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, op. cit. p. 51. -

¹² Así, el robo en despoblado tiene una pena en abstracto de tres a diez años de prisión, mientras que una defraudación contra la administración pública –que solo puede cometer determinado tipo de sujetos, con determinada preparación- tiene una pena establecida de dos a seis años, con accesoria de inhabilitación si el autor es un empleado público.-

¹³ 12 Consideramos que la actitud de tramitar las causas con preso es ética, atento que la finalidad es que no hayan personas presas sin condena por un período indefinido de tiempo. Por ello lo que proponemos no es que se dejen de atender estas causas, sino que se evalúen los principios constitucionales y el C.P.P. de manera tal que se pueda de alguna manera atenuar el efecto aludido.

En otro orden, hay que destacar que el delito no es un ente real, sino un ente jurídico, que es establecido por una decisión legislativa, que decide que queda dentro del derecho penal y que no, a través de una ley. Esta decisión, si bien en primera instancia pudiera parecer acertada, luego de su devenir puede resultar que no es la instancia penal la ideal para tratarla o que debe ser tratada con otra intensidad, lo cual solo podrá descubrirse analizando su operatividad concreta.

Los legisladores son seres humanos y como tales son limitados e imperfectos y pueden equivocarse. Sus decisiones, en muchos casos, son apresuradas atento una determinada situación del país o como respuesta a determinados intereses electoralistas. Esta decisión, a veces no consensuada o meditada, puede provocar perjuicios imprevistos, por ej., porque sanciona con demasiada severidad hechos que no revisten ese carácter¹⁴.

En este tipo de situaciones, mientras tanto, seguimos usando estas leyes, y seguimos sancionando o dejando impune hechos mediante su uso. Si este es el caso, ese dato debe ser incorporado al análisis dogmático y lograr una interpretación de la norma lo más útil y justa posible. Hay que abandonar esa necesidad de justificar todo lo que el legislador “legaliza” y hay que comenzar a tener una mirada crítica del sistema, cuya base nos la va a dar tanto la Política Criminal como la Criminología, ya que es esta última la que le indica a la primera como va funcionando lo que ella previó¹⁵. Se trata, entonces, de elaborar un estudio y una práctica jurídico penal con una constante “*vía de acceso a la realidad como control permanente de acierto decisorio*”¹⁶ para así poder realizar estos “derechos fundamentales del hombre” que ya mencionamos.

5) Propuesta:

Lo que proponemos, como se dijo, es un discurso jurídico penal que adose a su completitud lógica, datos empíricos para elaborar su dogmática. Cuando ello se haga, es cuando se van a empezar a advertir más intensamente fenómenos tales como que la “cautelaridad” de la prisión preventiva, es en realidad una pena anticipada al igual que las muy mencionadas y sobrevaloradas medidas de seguridad. De esta manera también va a surgir la necesidad de que se tomen, al disponer este tipo de medidas (en contra de la peligrosidad procesal o sustancial), las mismas precauciones que cuando se condena (me refiero a los principios de lesividad, subsidiariedad, humanidad, mínima suficiencia, proporcionalidad y, en el caso de la prisión preventiva, el de culpabilidad). Asimismo, esto nos permitirá reconocer que el principio de “legalidad procesal” es absolutamente impracticable¹⁷ y, en consecuencia, nos hará pregonar por una deflación de tipos penales y por la elaboración de un criterio de oportunidad reglado, para evitar, en lo posible, la arbitrariedad que hoy puede ejercerse a la hora de elegir lo juzicable, en donde

¹⁴ Piénsese, por ejemplo, en el delito de tenencia de armas de guerra, que es considerado en su naturaleza como una contravención y que ha sido introducida en el código penal y cuya pena en abstracto oscila entre los tres y los seis años (art. 189 bis, cuarto párrafo del C.P.).

¹⁵ Primero habría que determinar que se entiende por Política Criminal. Si esta simplemente tiene por “finalidad adecuar la legislación penal a las necesidades de la defensa de la sociedad frente al delito, mediante la configuración del elenco de delitos, las penas y las medidas de seguridad” (Cfr. MARÍA DE LAS MERCEDES SUÁREZ, “El modelo integrado de ciencia penal”, en LASCANO, CARLOS J. (h), *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Advocatus, 2000, t. I, p. 61) o si, por el contrario, hace referencia a cualquier actividad realizada por el Estado con el fin de disminuir la afectación a bienes jurídicos, lo que tornaría difuso el límite con la Política Social y haría surgir el concepto de política penal, como último estrado de la política criminal.

¹⁶ Ver ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *En busca..., op. cit.*, p.30 y ss.

¹⁷ 15 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 192.

muchas veces lo fácil nos hace olvidar lo correcto, y mientras tanto hacer que ese principio de oportunidad que de hecho se ejerce tienda a ser lo más distributivo posible y que no se centre sobre determinados sectores sociales¹⁸.

Como otro ejemplo más de las innumerables situaciones que constituyen la operatividad de la programación legal, es importantísimo recalcar “la regresión que produce la prisión”, y su necesidad de limitarla al máximo. Ello también nos hará evaluar si es posible, en alguna medida, la realización de las finalidades de la prisión (resocialización) conforme al discurso jurídico-legislativo o si esto constituye una “utopía” no realizable¹⁹, máxime si se adhiere a la idea de que la función del derecho penal depende de la función de la pena.

5.1) Sistematización de la propuesta

Ahora bien, es necesario que la introducción de datos de la realidad al análisis dogmático sea completa y no solamente de los que convienen para el no-compromiso²⁰ y, asimismo, que sea sistematizada. Consideramos que ello solamente se puede lograr tomando en cuenta la información aportada por el saber criminológico acerca de la operatividad real de los sistemas penales y no con una simple apreciación personal de las situaciones que acaecen. Ello porque sino podríamos equivocarnos seriamente y además aumentaría nuestra inseguridad jurídica en el sentido que no podríamos si quiera llegar a estimar como va a actuar la autoridad judicial en el caso concreto²¹. Así, MARCÓ DEL PONT afirma: “...los estudios criminológicos contribuyen a encontrar la verdad para que se sustente una sentencia justa. De allí la importancia de que el juez no sea un mero aplicador de las normas sustantivas y procesales, sino que llegue también al conocimiento completo e integral del justiciable... ¿Cómo podría de otra manera fijar adecuadamente una pena?”²²

5.2) Etizar

De lo expuesto surge que estamos hablando de etizar la labor del jurista, como complementación de la ética del legislador al sancionar las leyes, para que aquél no responda cuando se le interroga sobre si su trabajo es ético o no: “no me importa si lo que hago es o no conforme a la ética, eso no lo decido yo sino la instancia que sanciona la ley; yo me limito a cumplir lo que ella me ordena”, respuesta frecuente en Nüremberg²³. Creemos que esto le otorgará más racionalidad a las respuestas judiciales ante los problemas

¹⁸ Quizá la judicatura podría adelantarse al legislador ilustrándose sobre los fundamentos y posibilidades que ofrece este principio de oportunidad y elaborar uno en sus recintos evitando la incongruencia de tramitar causas no tan relevantes en desmedro de otras que si lo son.

¹⁹ Resulta interesante la pregunta de ZAFFARONI ¿Qué ocurriría si con los datos de realidad de los actuales paradigmas criminológicos intentásemos enfrentar la construcción de una teoría de la pena conforme a las estructuras lógicas reales?, *En busca...*, op.cit p.199. Para adentrarnos a esta respuesta sería útil la lectura de la obra de NEUMAN, ELIAS y IRURZUN, VICTOR J., *La sociedad carcelaria*, Buenos Aires, Depalma, 1994., 4ta. ed. o la obra de KENT, JORGE, *La reasocialización de los penados. Un desafío del nuevo milenio*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, quien cree que el discurso es realizable. Para los que argumenten que ese objetivo es realizable con la cooperación del interno, podríamos decirles que prueben el método utilizado por las compañías comerciales llamado “Mystery Shopping o Clientes Incógnitos”, con los cuales las mencionadas obtienen información sobre lo que realmente esta pasando a nivel de servicio al cliente (atención al interno para nosotros) con la supervisión realizada por una persona especializada para ello que se hace pasar por un “cliente” (interno), evitando así la particular visión sesgada de los directivos y trabajadores de las empresas.

²⁰ ZAFFARONI, *En busca...* op. cit. , p. 84.

²¹ Decimos aumentar nuestra inseguridad jurídica porque en realidad nunca sabemos como puede llegar a sentenciar un juez –o autoridad judicial-, sino solamente podemos tener cierto grado de expectativa.

²² Cfr. *Criminología Latinoamericana*, San José, ILANUD e INACIP, LIL, 1983.-

²³ ZAFFARONI, *En busca...*, op. cit. p. 88.

concretos y nos evitará repetir con tanta frecuencia, cuando los legos nos interrogan sobre el por qué de determinadas resoluciones judiciales, respuestas inconsistentes.

Esto, como se percibirá, implica reconocer que la actividad de los operadores judiciales, como la de los doctrinarios, es una actividad ético-política, en el sentido de procurar hacer que las cosas operen conforme el discurso y, si ello no es posible, delatar esa situación e incorporarla al mismo para hacerlo así más honesto y evolutivo.

Consideramos, entonces, que la labor del jurista y del doctrinario no es meramente técnica o mecánica ausente de toda toma de posición, ya que como lo destaca CALSAMIGLIA *“Desde el momento en que le resulta necesario al intérprete de la norma, elegir entre varias interpretaciones igualmente posibles se introduce una decisión política en el análisis científico”*²⁴. Que tampoco consiste en tratar siempre de justificar todo lo que el legislador dispone, sino, en su caso, colaborar con este al notificarle que lo que propone no se realiza, ni se puede realizar en el plano práctico²⁵.

No cabe alarmarse por esta propuesta, dado que no vamos a abandonar, como se refirió en la introducción de este trabajo, ni la intrasistematicidad puramente legal como paso necesario para la seguridad jurídica, ni, por supuesto, los elementos garantísticos contenidos en nuestra Carta Magna, ya que consideramos que las garantías individuales siempre deben ser una límite insuperable para el utilitarismo social.

A este respecto FERRAJOLI, con un nuevo concepto de “validez” de la norma ha dicho: *“La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere el significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la constitución... De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma”*²⁶

6) Conclusión

Si bien en el pensamiento del KELSEN maduró la teoría pura del derecho no es la única ciencia que se ocupa del derecho, sino la única teoría normativa de carácter científico²⁷, creemos que este tipo de análisis sólo debe ser utilizado como una primera etapa a la hora de elaborar una dogmática jurídico penal “argentina” preservando así los principios de legalidad, de reserva y otros constitucionales, pero luego, una vez verificado esto, debe constatar su operatividad concreta según el caso sub análisis y su contexto histórico social, incorporar esto al discurso y así elaborar una dogmática completa y “real”.

Estudiar, profundizar y crear un saber criminológico latinoamericano o específicamente argentino, es la clave para la solución de estos planteos, dentro de lo que es el derecho penal. La Criminología es la que le indica a la política criminal (cualquiera sea el concepto que tengamos de esta) como funcionan sus programas y como mejorarlos, debiendo la segunda utilizar el derecho penal sólo como un instrumento para favorecer la coexistencia social y la realización de los derechos humanos, para que no nos quedemos: *“en los parámetros de lo fantástico o subreal”*²⁸.

Incluso hasta podríamos cambiar el concepto de eficacia Kelseniana (fuente de las llamadas críticas internas a su teoría), y decir que este concepto no depende solamente del

²⁴ Op. cit. p. 26.

²⁵ Así la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad de la provincia de Córdoba n° 8878 establece que para lograr la reinserción social del condenado se deberán disponer de “los medios de prevención y tratamiento educativo, laboral, asistencial y de cualquier otro carácter de que pueda disponerse en conformidad con los progresos de las ciencias sociales, criminológicas y penitenciarias”, lo cual en la práctica es irrealizable por la escasez de recursos, sin embargo hoy encarcelamos con este ilusorio argumento.

²⁶ Ob. cit. p. 26.

²⁷ CALSAMIGLIA, ob. cit. , p.19.

²⁸ Cfr. NEUMAN, ELÍAS, *Las penas de un penalista*, Buenos Aires, Lerner, 1976, p. 59.

acatamiento o aplicación de las normas jurídicas, sino también de que con ambas actividades logre la finalidad con que el legislador ha previsto la norma (realización de los derechos humanos fundamentales, en nuestro caso), lo que conforme al modelo de Estado social y democrático de derecho, como ya lo dijimos, implica fundamentalmente derechos a la autonomía, a la participación, y a la prestación²⁹.

²⁹ Cfr. FERRAJOLI, *op. cit.* en cuando a sus conceptos de “Vigencia” y “Validez” de las normas.