

ENTREVISTA AL PROFESOR DOCTOR JULIO MAIER ¹

Lecciones y Ensayos: ¿Qué entiende usted por "Derecho"?

Julio Maier: La pregunta es recurrente, eso quiere decir que, desde el nacimiento del orden jurídico —no sólo el estatal, también anteriormente— se ha planteado y sigue planteándose, entre los teóricos y filósofos del derecho, y ellos han respondido a ello con más propiedad que yo. Uno de mis libros habla sobre ello y clasifica las respuestas que a esa pregunta se dieron.

En el mundo actual, comúnmente se define el Derecho como un conjunto o serie de normas que intentan reglar la conducta humana, desde varios puntos de vista, con el objeto de que una persona pueda calcular las consecuencias de su comportamiento futuro. Es decir, el orden jurídico funciona como una especie de regla de cálculo para mí, que soy quien necesita saber cuáles van a ser las consecuencias, como para los terceros, que también calculan mi comportamiento probable. A veces falla la regla de cálculo, como ocurre con el cálculo de todas las ciencias aplicadas. Le doy un ejemplo: yo le alquilo una casa a una persona, supongo que él va a pagar mensualmente el alquiler al que se ha comprometido y me va a devolver la casa en el momento previsto. Lo mismo pasa con un depósito, también esto falla a veces. Está fallando hoy y acá: cuando yo deposito dinero en los bancos, supongo que me lo van a devolver en el plazo que hemos previsto, pero cuando el cálculo falla hay una anomalía en el propio sistema. Pongo un ejemplo mucho más claro, porque se puede ver. Imagínense una esquina de Córdoba y 9 de Julio. Me fijo en el semáforo para ver si está permitido para mí cruzar la avenida y quien viene en sentido contrario, también lo hace, para poder ver si está permitido o prohibido atravesar la avenida y calcular qué es lo que yo voy a hacer. Si yo veo que la luz verde permite el paso a los que vienen en sentido de tránsito contrario puedo calcular que los autos van a cruzar la avenida Córdoba y, por lo tanto, yo no puedo cruzar. Bastaría un solo semáforo que yo pueda ver, para calcular ambas conductas. Esto es lo que hace, más o menos, la regla jurídica, en sí las luces verdes y rojas no son nada más que símbolos de permisión y de prohibición de las distintas categorías normativas que maneja el orden jurídico.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

LyÉ: ¿Qué buscaba usted en el Derecho cuando era estudiante? ¿Y qué encontró?

Maier: La verdad es que no lo puedo decir. La cuestión no es compleja, sino que, por lo contrario, es muy simple. Había estado interno durante toda la escuela, de tal manera que conocía bastante poco el mundo burocrático, es decir, conocía bastante poco cómo es el manejo de instituciones básicas: el Estado, hacer un trámite, un banco. Esas cosas eran desconocidas para mí; yo salía todos los domingos, y lo único que quería era jugar al fútbol. Yo era muy bueno en matemática, física, química, también en literatura, en historia era bastante buen estudiante. Pero sobresalía en las ciencias que pueden hoy llamarse duras; no en las ciencias blandas. El resultado de esto fue que me incliné a estudiar ingeniería química en Santa Fe. Todavía se estudia allí ingeniería química, pero en ese momento era la única universidad en la que se podía estudiar esa carrera. Probablemente porque mis padres no me dieron ninguna respuesta —yo era muy débil frente al mundo exterior—, al final me quedé en Córdoba.

Fue mi padre, el que me inscribió en la Facultad de Derecho, casi diría, sin autorización mía. Mi padre era abogado —no practicaba la profesión— era profesor de historia y geografía, pero me inscribió así como diciendo: "bueno, que vea un año". Probablemente, ellos tampoco hubieran podido dar una salida a mi inquietud, porque no tendrían dinero suficiente como para decir: "andate a Santa Fe a estudiar".

Lo cierto fue que así empecé Derecho, sin saber tan siquiera lo que era. Cuando empecé a estudiar "Introducción —al Derecho—", la primera materia que rendí, recuerdo que en el examen no podía abrir la boca y decir algo frente al tribunal, así que me hicieron descansar en una silla. Al cabo de media hora, cuarenta y cinco minutos, porque rindieron varios compañeros, recién ahí pude empezar a hablar. Nunca había rendido una materia hasta ese momento.

No me convenía. Seguí estudiando el Derecho, como una especie de novela, hasta que cursé Derecho Penal I. En ese entonces, estudiábamos por los libros de (Sebastián) Soler porque (Ricardo) Núñez no había escrito su Tratado. Tampoco (Carlos) Fontán Balestra y (Enrique) Bacigalupo, que era estudiante, tenía mi edad. Lo mismo (Eugenio Raúl) Zaffaroni, a quien conocí mucho tiempo después. Es decir, que era el único Tratado, había muchos libros anteriores, pero Soler era el que había empezado a hacer dogmática jurídica. La verdad es que allí me entusiasmé y le encontré cierta lógica al estudio del orden jurídico. Lo estudié durante todo el año. Coincidió con una huelga universitaria muy larga, que hubo entre el '58 y el '60, de todo un año. Se pudo rendir sólo en un turno, que se abrió a fin de año (antes no se rendía continuamente como ahora), más para los estudiantes extranjeros y de otras provincias. Pero pude anotarme en el examen y yo rendí Penal I que la había estudiado con entusiasmo todo ese año. La teoría general del delito me entusiasmó como forma lógica

y razonada de tratar un orden jurídico. Le escuché con el tiempo decir a Soler, acá en Buenos Aires, que a falta de una teoría del Derecho vigorosa, entre nosotros, la dogmática jurídica del derecho penal, desde la teoría del delito, había cumplido ese fin: una teoría general del Derecho.

Hoy mismo no sigo convencido de que el Derecho sea una gran cosa. Lo hago, porque ya es mi profesión y en mis años, ya no juveniles pero adolescentes, lo abací con bastante fuerza, pero me faltan pocos años de mi carrera docente en Derecho y pienso terminarlo pronto. Al mismo tiempo no sigo convencido sobre las bondades de estudiar Derecho. De hecho, mis chicos me preguntaban para entrar a la universidad y siempre, en mi casa, fui un crítico terrible de la carrera, y a ninguno de ellos se le dio por estudiarlo.

LyE: Respecto de su labor como juez, tanto aquí en la Ciudad de Buenos Aires, en Córdoba y en Alemania: ¿Cómo fueron estas experiencias y por qué es juez actualmente?

Maier: La mejor respuesta a esto es que yo no fui siempre juez, porque siempre fui académico, lo digo con cierto orgullo y sin egolatría alguna. Es decir, yo fui universitario: lo único que he hecho durante todos los días desde hace cuarenta y pico de años, casi cincuenta años. Desde el '56 estudié Derecho, no sólo en Córdoba, sino también en el extranjero. Luego fui docente universitario en Buenos Aires, hasta hoy en día. Fui siempre universitario: esto es lo que nunca dejé de hacer. Lo demás, ser juez, ser abogado (porque también ejercí la profesión durante casi veinte años), sólo fue una manera de atender económicamente a mi familia, porque los profesores universitarios no ganan, prácticamente, nada. Yo tengo cuarenta años de docencia universitaria y un sueldo de doscientos pesos, doscientos diez, creo ahora. El resultado es que siempre tuve que mantenerme trabajando en otros ámbitos. Durante veinte años, para hacer números redondos, pertenecí al Poder Judicial. Otros veinte años ejercí mi profesión de abogado. Esto es más o menos el resumen.

Es decir, lo que yo siempre fui de carrera, fue un universitario. Lo que hice para mantenerme y mantener a mi familia fue ejercer la profesión de modo práctico, porque la Universidad no da medios. Si la Universidad me hubiera pagado un sueldo relativamente razonable [de juez, aunque fuera un sueldo menor], yo probablemente nunca hubiera sido juez, ni hubiera ejercido mi profesión.

LyE: En referencia a este condicionamiento para ejercer en forma exclusiva la docencia ¿usted cree que es el único condicionamiento o existen a su criterio otros?

Maier: Hay muchos condicionamientos si uno compara con el ejercicio de la docencia en el extranjero. Yo he visitado universidades europeas, y conozco bien su funcionamiento, sobre todo en Alemania, pero también en Italia, España e Inglaterra y también EE.UU. El principal condicionamiento es económico: quienes estudiaron conmigo, hablo de aquellos que lo merecen, por

haber dedicado su juventud al estudio de una disciplina, no ganan absolutamente nada o ganan una suma ridícula.

Existen otros condicionamientos como la biblioteca, por ejemplo. No es posible que si no tenés un libro, la única opción sea conocer a un colega que pueda prestártelo, como conozco yo, por ejemplo, a Zaffaroni: caso de una biblioteca fantástica. Yo le puedo hablar y pedirle este o aquel libro. Es decir, esta situación de las bibliotecas, por ejemplo, condiciona terriblemente, sobre todo, el trabajo de investigación. Porque a la Universidad le corresponden dos tareas: una es la transmisión de conocimiento al alumno, la docencia. No es ésta para la que yo creo personalmente estar muy dotado. Por lo menos, a mí me gusta más la otra, estar sentado frente a una computadora como cuando ustedes llegaron; con mis libros y tratar de solucionar un caso jurídico. Para esto hacen falta ciertos medios materiales, no muchos, más hacen falta para la medicina. Pero se advierte que la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en los años cuarenta, estaba a la par de una biblioteca universal y hoy no se puede recuperar por más que se tomen las decisiones correctas —aun suponiendo que se tomen las decisiones correctas—, en algo así como cincuenta años, porque la enorme mayoría de los títulos están agotados. Así que sólo el tiempo hará que esos libros del período de sesenta años, en que se dejó de comprar queden desactualizados y por lo tanto sean inutilizables y otros los reemplacen científicamente.

Suponiendo que se tomen las decisiones correctas, es decir, que hoy comience un período bueno, recién dentro de algún tiempo van a existir condiciones para el investigador jurídico.

LyÉ: Por otro lado, éstos son problemas que se observan en general en todo el sistema educativo...

Maier: Sí, algo así pasa con los docentes, con los maestros. Todo el mundo cree que es cuestión de que un milagro suceda y de pronto les empiecen a pagar un sueldo bárbaro a los maestros. No es así. Yo tuve buenos maestros, porque tenían un sueldo con el cual podían vivir. Las maestras de mi época siempre se quedaban solteras. Las pobres no tenían hijos o tenían a todos los chicos de guardapolvo blanco: ellos eran sus hijos. De alguna manera, eran un poco la segunda madre, pero podían vivir con un sueldo. Yo recuerdo que para el día del alumno nos invitaban a sus casas, hacían un asado, por lo menos en Córdoba, le rompíamos toda la casa, nos divertíamos como unos chiquilines, pero nos aguantaban. La calidad que tuvo esa docencia no se puede recuperar en cuarenta o cincuenta años, porque los maestros ya están acostumbrados a otro ritmo, en el sentido de que cualquiera que le ofrezca un trabajo temporario de quince días les paga más, entonces piden licencia. Yo veo en las escuelas, a las que van los chicos de amigos míos, que no tienen profesor de matemática o de alguna otra materia o falta un mes que nunca recuperan.

Para instruir a una buena generación de maestros, como hacían antes los colegios normales, hacen falta treinta o cuarenta años. Con sólo pagar no se logra el mejoramiento deseado.

Nuestra Facultad de Derecho, hoy en día, si de pronto un milagro hiciera que a nosotros nos pagaran el sueldo de un juez, tampoco avanzaría demasiado: probablemente año tras año se iría notando un mejoramiento. Se apreciaría una mejora en algunas cuestiones, pero recién en treinta o cuarenta años se podría valorar si realmente el método dio resultado. Es decir, aunque se tomen las decisiones correctas no es posible para el próximo día empezar a funcionar correctamente. Ello se puede observar de la mano de los colegios normales, donde se formaban las maestras. El normal Carbó de Córdoba, que ahora es una ruina. Ni siquiera se lo conserva por su valor histórico. Habría, por lo menos, que revocalo un poco, hacer algo para que se mantenga, porque aún el edificio es histórico.

La escuela mía en Córdoba, también es un área histórica, se transformó en un shopping muy lindo, porque le dejaron la fachada de mi escuela y eso me la recuerda, pero por dentro es un shopping. Esas cosas no son fáciles de recuperar.

LyE: Entonces ¿por qué con esta cantidad de dificultades usted eligió y eligió ser profesor en la Universidad de Buenos Aires?

Maier: Mi vocación siempre estubo en la Universidad; que en mi país esa vocación no sirva económicamente para mucho, no quiere decir que no me haya dado la posibilidad de vivir bien. Eso se debe a que ella me permitió varias cosas.

Primero me dio una posibilidad intelectual muy grande. Yo creo que la Universidad, aun para aquel que no la termina, abre ciertas puertas; sobre todo la universidad estatal; que no las tiene el que no la visitó, al menos por un tiempo. La Universidad, por otra parte, educa intelectualmente, por lo tanto, yo no hubiera conocido a un montón de gente muy interesante si no hubiera ido a la Universidad.

Segundo, me permitió exponer, sea o no sea bueno, lo que yo quiero, mi propio alcance intelectual en mis libros, revelar mis opiniones, incluso generales, como sucede en este reportaje.

Tercero, me permitió conocer el mundo, sobre todo desde el punto de vista académico. Desde el punto de vista universitario, destacarme también no sólo en mi país, sino fuera de él.

Por último, también me dio la posibilidad de trabajar, no sólo en este tribunal². Al punto ello es así, que del hecho de haberme destacado en la Universidad dependió íntegramente mi vida. Yo recuerdo cuando me ascendieron a juez, siempre decían que era un teórico y que para la práctica no servía. La sentencia era ridícula, cualquiera que fuere el grado de su verdad. Lo cierto fue que

² Es referencia al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

mi educación universitaria me auxilió, incluso, para ejercer con éxito la profesión de abogado. Con el tiempo, varios de aquellos que eso decían tuvieron que rendir examen conmigo en la Universidad y yo los evalué, precisamente, por casos; yo no examino, ni lo hice nunca, un ejercicio de memoria. No lo hice después de ser nombrado profesor titular, ya que hacer sentar a un alumno, decirle que vomite tal libro o tal otro y yo quedarme escuchándolo me aburre y me duerme. Para eso, leo el libro, que es más fácil. Por lo demás, la profesión de un jurista consiste, básicamente, en resolver casos, así como la del médico en curar a un paciente: de nada nos serviría un médico que recite de memoria el mejor texto de anatomía, y de nada nos sirve un abogado que nos recite un texto de Derecho Civil, por importante o bueno que sea.

La Universidad me dio mucho. Lo que no me dio, ni me dará, es la posibilidad inmediata de vivir económicamente de ella. De hecho tuve que hacer algo más que la Universidad, pero esto no quiere decir que no me haya dado nada, todo lo contrario. Mi vida dependió íntegramente de la Universidad; posiblemente, no hubiera llegado a nada de otro modo. Yo no tengo actuación política alguna como para haber progresado en este país sin necesidad de la Universidad. Siempre me destacué en ella y estoy orgulloso de eso.

Yo recuerdo, cuando era un simple secretario —fui diez años secretario de un juzgado— no me ascendían, pese a que yo recuerdo haberle ganado a camaristas en los concursos de la Universidad. Esto me decía, primero, que el ámbito donde yo jugaba sólo dependía en gran medida de condiciones intelectuales. Por supuesto, también hay mucho de qué quejarme. Pero existían más posibilidades para aquellos que nos jugábamos por ese lado; yo estaba jugando bien el partido en una palabra. En cambio, no interesaban tanto las pertenencias políticas.

Gracias a la Universidad, hoy me invitan de Alemania, de Italia, de España y de toda Latinoamérica, por supuesto, pese a que lo único que conocen son mis trabajos universitarios y no mis sentencias. A veces no me creen que yo tengo que destinar la mayor parte de mi tiempo al cargo del tribunal.

La Universidad da mucho, aunque parezca que no lo da. Lo que no da es esa posibilidad directa, inmediata, de ir al supermercado y poder comprar los bienes necesarios para vivir hoy.

LyÉ: ¿Encuentra alguna diferencia entre esta universidad y la que conoció como alumno?

Maier: Yo viví una época de oro, cuando fui alumno de la Universidad. Recuerdo ahora a (Alberto) Binder, a quien he considerado discípulo mío en cierta manera, y él no tiene el mismo cariño que tengo yo por la Universidad, base de discusiones sin tiempo cuando vivíamos juntos en Guatemala. Él es más joven que yo y por ello estudiante de "otra Universidad", mejor dicho, de otro tiempo universitario, por lo cual, la Universidad no representa para él lo mismo que para mí la Facultad de Derecho de Córdoba. La Universidad que yo

viví en ese tiempo y la Universidad de Buenos Aires, se puede predicar lo mismo de ella, en la que era rector Risieri Frondizi —un intelectual de primera—, eran, al menos para nuestro ámbito, universidades de excelencia, que me dieron mucho. Esto no quiere decir que todos mis profesores valían, pero había cuatro o cinco que sí eran valiosos. Los nombres se los puedo dar: Ricardo Núñez, Alfredo Vélez Mariconde, Pedro León, quien hoy es presidente del Tribunal Superior de Córdoba, la señora Berta de Orchansky, entre otros. Es decir, había cuatro o cinco profesores de los que no me voy a olvidar nunca. De alguno de ellos, porque yo fui su asistente desde alumno, pero de todos ellos por la educación que me dieron y el cariño que me brindaron.

Realmente yo tuve la suerte de tener una Universidad de primera y no nombre a las extranjeras en las que me tocó estudiar.

Hoy no creo que esto sea lo mismo, ya que en esa Universidad a la que yo asistí no existían tabiques raros, como para ustedes ahora son los cursos de promoción sin exámenes. Era mucho más parecida a una Universidad europea.

Ahora, a mi juicio, la Universidad se ha complicado burocráticamente, por ejemplo, con la presencia de materias correlativas, en las que hay que dar una primera para poder rendir la otra, lo cual es directamente ridículo. El alumno es menos libre, yo era mucho más libre de fabricar mi propio futuro y programa.

La Universidad argentina hoy, en mi época también pero con un menor alcance, parte de la creencia de que el alumno es un idiota. Como tal, como idiota, el profesor tiene que ayudarlo, pues, de otra manera, fracasa; muchos de mis colegas e íntimos amigos de la Universidad piensan eso.

Por ejemplo, yo inventé para el postgrado un sistema, por el cual para obtener un título de especialista en derecho penal o especialista en otras áreas como derecho administrativo, había que dar un examen final. Era un examen prolongado en el tiempo con una serie de pequeñas evaluaciones. Las primeras eran por escrito sobre la base de casos, de tal manera que uno debía probar frente a un tribunal que realmente era un especialista en esa área. Así supongo lo tendrá que hacer un médico si quiere ser un especialista en cirugía del corazón. Él deberá operar corazones, frente a un tribunal que vea que no se mueran los pacientes o que alguno, por lo menos, no muera. Eso era lo que exigía yo. Yo no le tomaba parciales en cada materia, porque eso me parece una ridiculez. Exigía una prueba que rindiera el alumno de postgrado cuando se considerara apto, y estimara que había estudiado lo suficiente para darla, la cual, por supuesto, era prolongada en el tiempo, duraba cuatro o cinco meses. Esta prueba tenía cuatro o cinco de estos exámenes por casos y por último un riguroso examen oral ante todo el tribunal, que lo podía bombardear con ciertas preguntas y con casos también. Es decir, era mucho más libre en cuanto a su contenido. Esto no fue tolerado, claro. Yo mismo tomé examen por ese método y la gran mayoría no aprobó. Sólo aprobó un chico y con mala nota, pero hubo diez que rindieron conmigo.

El alumno se examinaba voluntariamente, es decir, el alumno decía: "quiero que me examinen" y probaba que cumplía con los requisitos previos. El examen era personalizado y exigente: el examinado era tratado como aquello que era: un profesional con intenciones de especializarse en un aspecto específico del orden jurídico. Un profesional responsable que afirmaba haber estudiado y probar ser especialista en un área de su profesión.

Tampoco las clases agotaban el contenido de la materia, algo, por lo demás, imposible. Se pretende en la Facultad agotar todos los contenidos de un ceden jurídico. Eso es imposible, además no sirve para nada, porque si así fuera la situación, tendríamos que volver a la Universidad cada vez que se reemplaza una ley porque dicha ley no la hemos estudiado, ¿no es cierto?

Pero, así se piensa acá y por supuesto cambiaron el método que había ideado para el postgrado. Lo modificaron e implementaron esos parciales que no conducen a nada, porque son exámenes que aprueban todos. Me decían mis colegas: "No, acá, para que estudien tenés que apurarlos". Por los exámenes, yo no doy más clases en el postgrado, ya que no estoy dispuesto a tomar un examen que no valga nada. También, me dicen: "No, hazles escribir una monografía". Tampoco puedo, es una mentira tonta la afirmación de que voy a corregir una monografía en un día.

Yo creo que la Universidad actual se ha complicado terriblemente en lo burocrático y ha evitado, en comparación a la que yo viví como Facultad, progresar.

Es irreal pensar que la Universidad de Buenos Aires puede tener cien profesores de derecho penal. La Universidad de Munich, por ejemplo, tiene dos o tres profesores de Derecho penal, con el título de Profesor. Ellos son quienes se encargan de formar a los doctorandos y a los próximos docentes. Me acuerdo que, cuando se volvió a la democracia en el '83, hubo una reunión de profesores, y alguien dijo: "Bueno, pero todos nosotros vamos a ganar los concursos, que ya hemos ganado". Yo le respondí: "¿Por qué? Eso sólo si se concursan los mismos cargos". Si yo fuera decano, concursaría uno o dos cargos y garantizaría que esos profesores fueran *full time*. Intentaría pagarles lo suficiente para que no tengan otras actividades y ellos serían los profesores de la materia. Los demás serían docentes libres o docentes contratados, si necesito, por el gran número de alumnos, pero nadie puede ofrecer cien profesores de derecho penal.

LyÉ: Continuando con lo que nos comentaba respecto de su experiencia como alumno, ¿cuál fue el profesor que lo marcó en su carrera?

Maier: Podría mencionar, de cuerpo presente y como profesor mío, a dos que estuvieron muy cerca mío, los dos muertos ya. Uno es Alfredo Vélez Mariconde y el otro es Ricardo Núñez, a quienes yo conocí durante mi tiempo de estudiante. También debo mencionar a Soler. Lo conocí aquí en la Universidad de Buenos Aires y le pedí que por favor me dejara ir a sus clases de doctorado.

De hecho, yo ya tenía el título de doctor de la Universidad de Córdoba y no pretendía otro en la Universidad de Buenos Aires.

Allí me encontré con muy buenos amigos, que me quedaron para toda la vida, el doctor (Leopoldo) Schiffrin, el doctor (Jaime) Malamud (Gotti) que estaban haciendo el doctorado y una de las materias obligatorias era la que dictaba Soler. Pero Soler me entró por los ojos, es decir, por la vista, ello quiere decir, por la lectura. Él ya no enseñaba en Córdoba y en aquella época yo lo conocí como alumno. Una vez vine a Buenos Aires representando al Centro de (Estudiantes de) Derecho con la misión de lograr que el profesor Soler, que iba a festejar el día del abogado en Córdoba, diera una conferencia para nosotros, los estudiantes de Derecho. Yo le pedí si nos podía dar una conferencia en el Centro de Estudiantes de Derecho sobre interpretación de la ley. Él me prometió que la iba a dar, fue a Córdoba y cumplió con su promesa. Pero mi conocimiento sobre él, se basa en sus libros.

LyÉ: ¿Qué obras jurídicas y qué obras literarias recomendaría?

Alguna vez dijo Umberto Eco que uno queda marcado para toda su vida por cuatro o cinco, o a lo sumo, diez libros. Esos diez libros se revelan en todas las notas que todo autor pone cada vez que escribe, la verdad es que uno sigue el esquema de esos diez libros para toda la vida, sigue ese razonamiento.

Los libros de Soler que más me influyeron fueron los referidos a la teoría del conocimiento jurídico, a la *Interpretación de la ley* publicado en España, otro libro sobre ontología jurídica que se llama *Las palabras de la ley* y, por último, puedo mencionar a *Ley, Historia y libertad*, uno más antiguo aún. Estos libros formaron mi pensamiento sobre qué es derecho, la primera pregunta que me hicieron.

Después, en materia procesal penal, que es a la que yo me dediqué más, fue Alfredo Vélez Maricón. A él sí lo conocí bien de cerca, cuando fui su ayudante-alumno. Estuve mis años de estudiante y algunos más aferrado a él. Su libro tuvo una enorme influencia sobre mí, mayor aún que el conocimiento que me transmitió oralmente. Yo me formé en esta materia con él.

En Derecho penal, al que yo no me dediqué tanto, pero al que también conocí, fue Armin Kauffman, discípulo de (Hans) Welzel, con quien estudié varios años en Alemania. Él escribió un libro cuyo nombre en castellano es *Teoría de las normas*, que me ayudó mucho en mi comprensión del orden jurídico.

A quienes no conocí, pese a que influyeron mucho sobre mí, fue a los positivistas: Kelsen, por un lado, y Hart, el inglés, por el otro lado. El *Concepto de Derecho* en Hart, y, básicamente los *Grundprobleme* de Kelsen, sirvieron para cimentar mis conocimientos sobre teoría del Derecho. Debo mencionar también la amistad con amigos de mi generación y aún más jóvenes, que me enseñaron, sobre todo, Derecho penal. Algunos ya he nombrado pero merecen especial mención, sobre todo porque representan la influencia "portefa" y el

buen trato que me brindó Buenos Aires: David Baigún, Enrique Bacigalupo y Marcelo Sancinetti, con quien a lo largo de años nos unió el hecho de interminables charlas jurídicas, que partían un día y terminaban bien entrado el próximo, por agotamiento.

Después hay ciertos libros que no están vinculados al Derecho, puramente literarios, que también lo marcan a uno. Voy a nombrar a uno solo, tampoco lo conocí a Herman Hesse, pero a *El lobo estepario* lo leí cuando era estudiante. Fue un libro regalado por mi actual esposa, cuando aún ni siquiera éramos novios. Es uno de los libros más importantes, realmente me marcó. Hay más dentro de la literatura argentina —como *Radiografía de la jampa*— y universal.

Ésta es una lista más o menos condensada de esos siete u ocho libros a los que uno siempre recurre, aunque no lo diga, y hasta sigue inconscientemente su esquema de pensamiento.

LyE: ¿Cuándo se sintió preparado para escribir su primer artículo y por cuál trabajo siente especial afecto?

Maior: El primer artículo me lo impuso Alfredo Vélez Mariconde. Yo era alumno todavía, no me había recibido. Existía un problema cuando Vélez Mariconde pertenecía al Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba y era al mismo tiempo docente universitario, profesor titular. El problema residía en que los jueces procesaban —ahora también— sin fundamentos. Es decir, una especie de voluntad omnímoda era ejercida por los jueces y no fundaban los autos por los cuales procesaban a las personas. Entonces, Vélez Mariconde me obligó a escribir un breve artículo. Sinceramente, yo no le tengo mucho cariño a ese trabajo, tan sólo lo aprecio por el hecho de que generaciones de estudiantes lo leyeron y me lo decían, cuando yo ya no vivía más en Córdoba. Me decían: "Usted es aquel machacho que escribió acerca del auto de procesamiento". Todos creían que yo tenía cien años. Está publicado en uno de los primeros Cuadernos de los Institutos, una publicación de la Facultad de Derecho cordobesa, donde todos los institutos publicaban, cada uno con un color diferente. Ése fue el primer artículo que escribí, lo hice un poco por obligación impuesta por aquel profesor con el que yo trabajaba como ayudante-alumno. Le aclaro que, en esa época, nos pagaban como ayudante-alumno, ya era ejercicio de la docencia (me lo acaban de certificar desde Córdoba).

Si yo tuviera que elegir algo de lo que he escrito, me inclino por el libro sobre la *Ficción normativa de la nulidad*. Así se llama en castellano, porque don Roque Dupalma, que todavía vivía, cuando vio el nombre que tenía en alemán: "Para una crítica del monismo normativo", me dijo "No, no, no, imposible. No lo va a leer nadie. Agréguele algo para que sirva en la práctica". El libro era pura teoría del Derecho. Entonces pensé, pensé y pensé y dije "puedo terminar un capítulo muy pequeño sobre las formas de aparición práctica de una parte del orden jurídico, que son las reglas que yo llamo potestativas, facultativas".

Yo concibo al orden jurídico como una pelota que contiene el universo de casos posibles. A esa pelota la corto por la mitad. La parte de arriba representa a las normas de deber, que son las vulgarmente llamadas normas. Por ejemplo, en el Derecho penal: "no matar". Existen las que crean la obligación de realizar una acción "ayuda al prójimo", o de no realizar una acción "no matarás" y normalmente imponen determinadas consecuencias jurídicas. Éstas son las que regularmente son llamadas normas y el monismo normativo casi siempre tiene a estas normas como básicas del orden jurídico.

En cambio, quien ve que el orden jurídico es un poco más complejo observa, como bien decía Binding, que hay además en el orden jurídico ciertas reglas que sólo son la forma de hacer que la parte de abajo de la pelota funcione con cierto sentido práctico en la vida.

Hay acciones que son indiferentes. Posiblemente esta acción que estamos cumpliendo, esta charla, sea indiferente, no tenga consecuencia alguna, ni para ustedes ni para mí. Mientras que si el artículo, por ejemplo, fuera abonado, ya tiene alguna consecuencia jurídica. Como el caso de Kissinger, que va visitando aeropuertos y para él dar una conferencia o responder a ciertas preguntas significa la obligación del otro de abonarle una suma de dinero.

Otro ejemplo sería el de testar. Por ejemplo, si yo quiero que un libro de éstos te pertenezca, después de mi muerte, tengo que instituirte como legatario de este libro. Yo puedo instituirte, pero no estoy obligado a hacerlo.

Ésas son las normas potestativas que, por supuesto, nos dicen qué tipo de acción debo cumplir para lograr cierta consecuencia jurídica, porque un testamento no es sólo la expresión de voluntad para después de mi muerte, sino que es la descripción de una acción. No cualquier acción es un testamento, así como no cualquier decisión de un juez es una sentencia, es decir, sentencia es sólo la decisión tomada después de un juicio, y la decisión que consta por escrito. Por ejemplo, si el juez le dice a la señora mientras está comiendo "Mañana lo voy a condenar a Pérez", Pérez no está condenado. Para hacerlo necesita escribir y firmar abajo de lo que escribe. Debe escribir de una determinada manera, tampoco puede hacerlo como le guste. No puede decir "Tiré la moneda y Pérez salió condenado", porque la sentencia no va a valer. Entonces, las normas potestativas son las que regulan estas acciones, que no generan obligación alguna pero que, valoradas por el orden jurídico, tienen consecuencias jurídicas. Es decir, no son acciones sin valor. Estas normas potestativas o facultativas constituyen otra de las posibilidades que tiene el orden jurídico para tomar calculable la vida de relación de las personas. Es decir, el orden jurídico es mucho más complejo que entenderlo en forma monista, como aquellas normas que conducen a una sanción, y hacer de todas las demás normas la descripción más fina del tipo de la sanción, como pretende Kelsen, por ejemplo.

A mí me parece que el orden jurídico es mucho más complejo y creo haberlo explicado en ese libro, que es, posiblemente, el que más quiero.

LyE: ¿Existe, a su criterio, un límite estricto entre derecho penal y derecho procesal penal?

Maior: Justamente fue Genaro Carrió quien planteó aquí la dificultad de expresar los límites conceptualmente. Genaro Carrió es otro de los estudiosos que más me influyó, quizás el que más lo hizo en Buenos Aires, sobre todo si se tiene en cuenta que yo no lo conocía antes de venir, con toda su polémica con Sebastián Soler, manifestada en una serie de libros como *Derecho y lenguaje*, por ejemplo. Él expresó, con razón, que no es posible afirmar un concepto límite preciso. Hay casos en que se sabe muy bien cuáles son los objetos incluidos, por ejemplo: en el nombre "mesa". Sabemos que eso es una mesa. También se sabe cuáles son los objetos no incluidos en el concepto. Sabemos que esto no es una mesa. Pero supongamos que esta mesa el día de mañana se rompe o por necesidad, la dan vuelta, le ponen unas rueditas y la utilizan para transportar libros o expedientes de un lado a otro. Es la misma mesa, pero ya dudáramos acerca de si la podemos llamar así, si la podemos incluir o excluir dentro del concepto "mesa", porque no cumple la función de una mesa.

Eso se me presentó, prácticamente, en un caso. Recuerdo que antes el Código Penal —ahora contiene una agravante del hurto y del robo similar, pero no idéntica— agravaba el hurto de automotor dejado en la vía pública. Por ese entonces había unos autos, que ustedes no conocen, pero en mi época eran con los que corrían los hermanos Gálvez y Fangio, les llamábamos "empanadas". Eran los modelos de Ford '39 y Chevrolet '39, coupé, modificados, cortados los guardabarros; todavía se ven algunos de ellos. Estas "empanadas" son ahora de colección. En referencia al caso, lo que ocurrió es que una de estas "empanadas" estaba asentada sobre las mazas, es decir, sin gomas. No tenía ni motor, ni parte de la transmisión, porque creo que faltaba el cardán y tampoco tenía manubrio. Pero la carrocería estaba íntegra y una persona vino con un guinche y se la llevó. Esa persona fue detenida, el automóvil estaba frenado a un taller mecánico, ya que la "empanada" era del tallerista. Lo que se preguntaba era si la circunstancia agravante operaba o no, sobre todo en razón de la interpretación restrictiva de la ley penal. Yo decidí que la función gobernaba el encuadramiento del objeto. El concepto de automotor implica que no funciona con tracción a sangre, es decir, que le sea posible impulsarse por medios mecánicos propios del aparato. Esto es lo básico de la palabra automotor.

Al contrario, la Cámara Criminal me revocó la sentencia y calificó la conducta del autor como hurto agravado, porque explicó que tenía forma de automóvil, y si tenía esa forma, debía ser un automóvil.

Las dos sentencias eran correctas, es decir, nadie va a poder decir nunca, con criterios de verdad, quien había interpretado bien o mal la ley. Sólo yo po-

día decir que a mí me parece más racional incluir o excluir por la función o a mí me parece más racional incluir o excluir por la forma. Carrió demostró que todo concepto posee una zona gris, imposible de delinear. Esto mismo ocurre en Derecho penal y en Derecho procesal penal, en donde hay una zona gris que no es posible delimitar exactamente. Tanto el Derecho procesal penal es dependiente del derecho penal —yo he dicho que es sirviente del Derecho penal, porque si no hubiera Derecho penal no tiene sentido la existencia del Derecho procesal penal—, como, asimismo, el Derecho penal es dependiente del Derecho procesal penal. Basta ver el Estatuto de la Corte Penal Internacional para advertir hasta qué punto es dependiente el Derecho penal de ese estatuto del proceso penal. En dicho ordenamiento es muy claro que domina el ámbito procesal penal y que sus instituciones toman dependiente a todo el Derecho penal que contiene el mismo estatuto.

LyÉ: A su criterio, ¿existe algún supuesto en el que se justificaria que el imputado pueda ser objeto de prueba?

Maier: Sí, en una enorme cantidad de supuestos. Yo discutía esto con (Carlos) Nino, porque él decía que el *nemo tenetur* (es decir, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo) abarcaba supuestos de prueba física del imputado y éste tenía derecho a negarse. Yo decía: "No tiene ningún derecho a negarse".

Los rastros de una acción delictiva quedan en el mundo y parte de él es nuestro propio físico, de tal manera que si lo que queremos es llevar a cabo, racionalmente, ciertas instituciones, no hay otra posibilidad que aprehender esos rastros que están en el cuerpo del imputado. Lo único que el imputado puede hacer libremente es dar o no información mediante su palabra oral y escrita, o por signos equivalentes que sean comprensibles. Es decir, cuando se produce una transmisión de conocimiento directo. Eso es lo que ampara el *nemo tenetur* y no otra cosa.

Pongamos un ejemplo. Olvidándonos de la adopción, la paternidad es establecida por el orden jurídico sobre la base de un criterio biológico. Las personas que han concebido a la criatura son papá y mamá. Si para saber quiénes concibieron al niño es necesario contar con piel o sangre para establecer el ADN entonces será posible coaccionar a las personas con el único límite de no desmejorar su salud. Algo parecido ocurre, por ejemplo, con la comprobación de la ebriedad para ciertas contravenciones o delitos. Si la ebriedad es algo que debe verificarse en el caso, se debe utilizar la coacción a través de los órganos públicos, aunque no lo desee el imputado, y siempre que no se desmejore su salud. Se puede obtener una pequeña muestra de sangre para poder observar microscópicamente cuál es el nivel de alcohol en sangre.

Se puede pensar en casos complicadísimos. Una vez yo intervine en uno, se trataba de un chico —víctima de un delito—, que tenía un balazo cerca del

corazón y el cual se sostenía que había sido disparado por la policía. Era riesgoso, según el médico, extraer el proyectil para luego compararlo con el arma; pero, al final, lo hicieron. Ahí el problema no era de ninguna manera la negativa de la persona imputada, sino que el problema era la salud de esa persona. Es materia de un dictamen médico verificar que esa medida no entraña riesgo para la salud o la vida, por supuesto. En conclusión, si no entraña riesgo para la salud y la vida, que son los límites, entonces se puede ordenar coactivamente.

Sin ir más lejos, por ejemplo, el reconocimiento en rueda de personas es, también, una prueba física: Cuando yo, que he sido robado, y le he visto la cara al autor del robo, puesto en una rueda de personas tengo que señalarlo. Lo que más puede hacer el ladrón es comportarse de manera ridícula, para evitar la rueda, y en todo caso, yo puedo decir: "compórtense todos igual, imítelo, actúen ridículamente; si él salta o se tira al suelo, hagan todos lo mismo". Pero el imputado no puede hacer otra cosa. Claro es que ciertas pruebas, que dependen mucho de la personalidad no podrán ser llevadas a cabo, pero sí pueden realizarse otras.

Por ejemplo, si se le imputa a un individuo la falsificación de un documento, se puede realizar un cuerpo de escritura para verificar si la grafía del documento coincide con la del imputado. Por supuesto que si él no quiere es imposible obtenerlo, porque yo no le puedo guiar la mano, no vamos a conseguir el trazo personal, como si él, voluntariamente, aceptara escribir. En caso de que se niegue a realizar el cuerpo de escritura, puedo secuestrar otros escritos del imputado, por ejemplo, cheques suscritos por él o cartas o actas de peticiones que ha hecho él en bancos o en clubes o donde fuera, para comparar las escrituras.

Entonces, yo creo que es posible utilizar la prueba física extraída del imputado. El *nemo tenetur* sólo ampara, básicamente, la posibilidad de transmisión directa del conocimiento entre el investigador, la persona que quiere averiguar algo, y el imputado, normalmente por medio de la palabra oral o escrita, y a veces por signos.

Yo escribí un dictamen para las Abuelas de Plaza de Mayo sobre la obligación de someterse a los exámenes³, a mí me parece ridícula la solución dada por la Cámara Civil. Ella ha dicho que: "en el caso en que se niegue, hay indicios en su contra que permiten afirmar que es su hijo". Yo digo: "¿Pero, en qué está fundada la paternidad, en un vínculo biológico o en un capricho mío al negarme a realizar el test de ADN?". A lo mejor, lo quiero como un hijo y entonces me niego para que me lo atribuyan, porque sé que si realizo el test, me va a dar negativo y no me lo van a poder atribuir nunca. Me parece ridículo, cuando una institución está fundada biológicamente, por ejemplo, la paternidad, que sea determinada por otro criterio como es la negativa a la autorización de una

³ Se refiere a los casos en que se pretende someter a exámenes médicos a jóvenes que presuntamente son hijos de padres desaparecidos en la última dictadura militar, para verificar su filiación.

prueba determinante y definitoria, a la que alguien no se quiere someter. Hoy es posible averiguar la paternidad biológica, antes no era posible, casi con un cien por ciento de efectividad. Es posible afirmar con una seguridad del cien por ciento, negativamente, que no es el hijo y casi con el cien por ciento de seguridad, positivamente, que es el hijo.

Si esa persona no quiere dar una muestra de sangre, hay que agarrarle el brazo y mediante un leve "pinchazo", que no le va a perjudicar la salud, se puede averiguar la paternidad. Les contaba, que yo para las Abuelas de Plaza de Mayo hice un pequeño escrito de tres páginas, en donde afirmaba que era obligatorio, tanto para aquel de quien se presume el parentesco (el abuelo) como para los chicos.

LjE: Esta posibilidad de considerar a la persona como objeto de prueba ¿tiene otros límites además del riesgo a la salud?

Maier: Sólo la salud y la vida. Yo no puedo arriesgar la vida o empeorar la salud por llevar adelante una persecución penal, esto no puedo hacerlo. Pero, si yo verifico con el dictamen correspondiente que va a quedar intacta la salud de la persona, puedo tener una injerencia en el cuerpo de la persona para verificar ciertos elementos importantes para el Derecho. El problema de la paternidad no es sólo un problema del Derecho penal, sino también del Derecho de familia. Creo que sólo la salud y la vida son los dos bienes jurídicos a preservar; al menos, frente a esta posibilidad, no me imagino otros. Por ejemplo, en el caso que yo te conté del chico que tenía un balazo cerca del corazón.

LjE: Es compatible la persecución penal internacional con el espíritu liberal de nuestra Constitución y, en general, con los postulados del minimalismo penal?

Maier: No creo que esté en contra de nuestra Constitución nacional. Es decir, los principios básicos que tiene el mismo Estatuto de Roma son propios de un derecho penal liberal; sin embargo, se pueden discutir algunas reglas, pero no lo vamos a hacer ahora. La regla del *ne bis in idem*, por ejemplo, es discutible.

Pareciera ser que esta persecución penal internacional y este juzgamiento internacional aparecen por ciertas desconfianzas en los órdenes jurídicos y en las jurisdicciones nacionales.

Esto se debe a que según la práctica, y nosotros somos un ejemplo también de ello, en los casos de crímenes graves muy extendidos o practicados a escala o cuando se producen en un proceso político, los Estados nacionales no reaccionan. No pueden o no quieren reaccionar contra ello, entonces salvan a los autores para evitar los problemas políticos internos. Esto parece estar en el fondo de toda esa cuestión. Por ejemplo, después de la Segunda Guerra Mundial sobrevino Nüremberg y Tokio. Ahora con la ex Yugoslavia y Ruanda, ocurre lo mismo, porque no tienen condiciones, o no pueden o no quieren investigar

la verdad, ni juzgar. Es: algunos casos los procesos sólo sirven para conseguir la impunidad para sus autores, y así obtener una especie de *bill* de indemnidad. En el fondo de este tema está presente este temor.

Pero hay que preguntarse: "¿Qué es peor?: el remedio o la enfermedad". Ésta es una de las cuestiones.

Segundo, el mismo temor de arbitrariedad, impunidad, parcialidad e injusticia existe en el propio Estatuto de Roma. El Estatuto lo contiene por dos puntos muy claramente. No han podido definir el crimen de agresión, no porque no sea posible definirlo, es muy sencillo determinarlo, incluso culturalmente. Han considerado que la determinación de los elementos del crimen de agresión es una de las tareas de la Asamblea de los Estados Partes, que funciona como un poder legislativo. Entonces ella tendrá que definir cuáles son los elementos. Lo que no han podido determinar son las condiciones que permiten la persecución del crimen de agresión.

No parece ser que el crimen de agresión sea lo mismo cuando lo comete un poderoso que cuando lo desarrolla un tarado o una persona que no tiene poder. Por ejemplo, para que quede más claro, en la Guerra de las Malvinas no tengo la menor duda de que los argentinos que la comenzaron hubieran sido condenados como autores de un crimen de agresión y creo que con razón. La Argentina agredió, en vez de hacer uso del método pacífico para solucionar conflictos, dijo "¡Buen día! Hoy me apropio de eso (las Islas Malvinas) y si tengo que matar a alguien lo hago". Vinieron los ingleses y hubo muchos muertos, más de nuestro lado, pero también del lado de ellos. La Guerra de las Malvinas hubiera sido caracterizada como guerra de agresión.

Estoy seguro de que la Guerra de Vietnam no hubiera sido caracterizada como una guerra de agresión. Si nos fijamos en lo que ocurre en Afganistán actualmente es un mejor ejemplo, todavía. Hay un concierto de países poderosos bélicamente, que va a bombardear a individuos que ni siquiera se pueden defender y con el escaso fundamento de buscar a una persona, a lo sumo dos. El fundamento es inadmisibles: eso de buscar a una persona que según ellos es el mal de los males o una especie de diablo e iniciar una especie de cruzada santa.

¿Por qué no hubiera sido caracterizado como agresión? Se quiere que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tenga en sus manos este crimen, a la manera de una instancia privada del derecho penal en nuestro orden jurídico penal. Hay ciertos delitos que no pueden ser investigados oficialmente por el Estado; la víctima debe autorizar que se investigue la violación, el ultraje al pudor, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima es el cónyuge. Acá el papel de la víctima lo desempeña el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En ese Consejo hay cinco países que tienen derecho a veto, y este derecho es absoluto. Esto quiere decir que con un solo veto se impide, en la práctica, la investigación del crimen y la decisión sobre él. De

tal manera, esos cinco países van a determinar cuándo existe o cuando no existe agresión.

LyE: Entonces, tal como está planteado en el Estatuto de Roma, la creación de una instancia penal en el ámbito internacional en vez de limitar permitiría la expansión del poder punitivo, no ya nacional, sino supranacional...

Maier: Exactamente, yo creo que la Corte Penal Internacional no va a frenar al poder punitivo, al contrario, lo que va a provocar es una expansión en el ámbito global con el transcurso de un tiempo que no puedo medir y que creo que no voy a poder ver. Puede ser un peligro, un peligro grave de expansión del poder punitivo en el ámbito global.

Ello equivale políticamente a seguir con el Derecho penal lo que ya es realidad en el ámbito nacional: un poder penal que afirme el poder económico, el poder social o el poder político.

LyE: Su respuesta nos lleva inevitablemente a preguntarle acerca del fin de la pena estatal. A su criterio ¿cumple actualmente algún fin?

Maier: La pena, en cierta medida, ha cumplido, justamente, la misión de afirmar el poder económico y político ya cuando se produce esa enorme transformación, una especie de revolución social, que significó la creación de los Estados nacionales frente a lo que eran los Estados vecinales. Allí es cuando aparece, en gran medida, la pena estatal por primera vez.

Ni el Derecho penal, ni la pena estatal, son instituciones que han existido siempre. Por lo menos, en la medida en que nosotros las conocemos. Yo me refiero a la sociedad que nosotros conocemos. También podemos decir que la policía, los tribunales penales, en el sentido en el que los conocemos, o los fiscales, tampoco han existido siempre, ya que son relativamente modernos.

La pena estatal responde a la creación del Estado como forma de organización social, en la cual todavía vivimos, reemplazando a la sociedad vecinal.

Las sociedades vecinales no solucionaban sus conflictos con la pena, sino que su principal forma de solución era, en lo posible, mantener en la paz de la comunidad a ambas personas —ofendido y ofensor—. Para ello, la herramienta principal que tenían era, precisamente, la composición del conflicto. Ambas personas terminaban el conflicto con un contrato en que lo componían. Gracias a ese contrato, ambos quedaban dentro de la protección de la paz comunitaria y por él establecían derechos y obligaciones recíprocos. La principal obligación del ofensor era reparar a su víctima. Éste era el método normal del sistema compositivo anterior a la aparición del Estado y de la pena estatal.

En el Estado moderno, la pena aparece como poder político antes que como institución jurídica, de acuerdo con lo que le dije anteriormente, para lograr sostener una organización social nueva —el Estado—, que produjo varias transformaciones políticas.

Dentro de la sociedad vecinal, los sujetos de derecho ejercían el poder político cotidianamente, entre otras cosas, administraban y juzgaban en conjunto. Hombres de armas o las personas que eran sujetos de derecho plenos se reunían en el foro, en la plaza pública, para resolver los problemas que tenía la comunidad y entre otras cosas también para administrar justicia (en el sentido actual). Si no triunfaba aquel método compositivo, el ofensor y el ofendido eran sometidos a un combate público, en presencia de las demás personas de la comunidad. Dicho combate era, al comienzo, por medios pacíficos, pero a medida que no se iba solucionando el problema, el juicio, por así decirlo, terminaba en un combate físico.

Nadie pretendía conocer la verdad acerca de lo que ocurrió, sino que se pretendía que uno ganara y el otro perdiera, de tal manera que, si había un ganador, el perdedor abandonara la paz comunitaria. Por eso, cada vez que uno perdía el juicio era librado a la venganza de cualquier miembro de esta sociedad vecinal. Lo que hacía normalmente era irse, y ello significaba un poco la muerte, en sentido civil, al menos.

Este sistema fue reemplazado por un sistema concentrado de poder político que transformó al sujeto de derecho en súbdito. El sujeto pasó a ser súbdito del rey, súbdito del Papa, súbdito del emperador o del príncipe; ya no tenía más derechos políticos y debía cumplir la ley del príncipe, y éste lo juzgaba y lo administraba.

Este derecho era escrito y heterónomo; normalmente, regía en territorios mucho más vastos que el de la comunidad vecinal y las personas pasan a ser anónimas, transformándose en un número como lo representa el DNI —Documento Nacional de Identidad—. Esto fue provocado por la gran cantidad de personas que se convirtieron en súbditos del monarca, lo cual impidió el conocimiento personal entre los componentes de una sociedad. La pena cumplió, desde este punto de vista, el papel de afirmar, resguardar y proteger las instituciones. En este sentido, la sufrían aquellos que atentaban contra el *status quo*, como le ocurrió a Galileo, a Bruno, a Juana de Arco, que fueron algunos de los casos de inquisición conocidos.

Luego, viene otra transformación de ese Estado. El Estado de derecho, yo siempre digo, es una especie de remezón del terremoto (cada mil años hay un terremoto, cada quinientos hay un remezón) que dejó el Estado nación; es decir, primero es el Iluminismo y después lo que quedó del Iluminismo, cuando comienza su discusión con el Antiguo Régimen. Es que no queda todo el Iluminismo, sino que el Estado de derecho es lo que subsiste del Iluminismo y lo que se conserva del Antiguo Régimen. Por eso se conserva, por ejemplo, el encarcelamiento preventivo, sin afectar el principio de inocencia; ya que no se pretende que, por el principio inocencia, no se deba tener presa a una persona durante el procedimiento penal, sino que tan sólo se pretende no aplicarle una pena cuando todavía no se la declaró culpable.

Lo que sí se termina es la justicia de gabinete, o sea la justicia del rey, la justicia delegada, la justicia que tiene que verificar y controlar dentro de un aparato burocrático. Se acaba, porque se intenta volver al juicio público-delante de los ciudadanos, un juicio por jurados. Esto se manifiesta tanto en la Revolución Francesa como en la Americana.

En conclusión, la función de la pena, en principio, es la de estabilizar la institución de una nueva organización social: el Estado, que concentra el poder político, al comienzo, en una sola persona, el monarca. Es una función puramente política, porque cuando es regulada por el Derecho, es decir, a partir del Iluminismo y del Estado de Derecho en adelante, cumple también la función de resguardar ciertos derechos básicos de los ciudadanos como son la vida, la integridad física, la libertad de decisión sexual, la propiedad, los derechos individuales; intenta resguardar a aquellos derechos de una manera violenta.

El sistema de justicia, me parece a mí, se va transformando en un sistema que impone la pena, pero un sistema que no necesariamente es muy civilizado, pues intenta proteger los derechos básicos de manera violenta. Pero, aún así, es más civilizado que la venganza personal que implicaba abandonar al poderío personal de cada uno de los integrantes de la sociedad al ofensor o al ofendido. Entonces, esta necesidad de establecer órganos, que mal o bien reduzcan el conflicto a una decisión estatal para impedir la venganza es otra de las funciones que cumple realmente la pena.

Sólo intelectualmente, es decir, sin comprobación empírica, se ha sostenido —y muchos lo creen así— que la pena cumple la misión de un sistema de premios y castigos, que es retribuir las acciones de cada persona. Creo que (Marcelo) Sancinetti, profesor de nuestra facultad, es partidario de esta función de la pena. Esto implica que se castigan las acciones malas de las personas y el Derecho intenta premiar, por otro lado, las acciones buenas. El Derecho penal es la parte del derecho que castiga las malas acciones y las omisiones, esto es, a quien no realiza la conducta mandada. Se ha afirmado que, además de esta forma de expiación, la pena cumple una función de prevención general, tanto positiva como negativa. En general, ambas se confunden con la seguridad común, esto es, con la seguridad general para que los bienes que portan las personas no sean lesionados o puestos en peligro.

En un sentido negativo, sostenido por Feuerbach, tenía la función de inducir temor a aquéllos que van a decidirse a cometer un delito, de manera tal que no lo cometan. Yo no creo que se cumpla en la práctica, al menos en gran medida, esa función.

En un sentido positivo afianza los bienes, los valores sobre los cuales se edifica una organización social. Tampoco creo demasiado en que la pena cumpla esta función. Este afianzamiento no depende tanto del castigo, sino, antes bien, de ciertas condiciones de la vida social como la educación y los valores

comprometidos en ella y la paz social, entre otros. Cuando las personas son sometidas a ciertas tensiones olvidan los valores que defienden comúnmente: ya ven lo que pasa cuando cualquiera tira una piedra contra una vidriera en una manifestación o en la cancha de fútbol.

También se ha sostenido la teoría de la prevención especial, la cual todavía se mantiene en las constituciones modernas, sobre todo en un sentido positivo, es decir, la que consiste en la reeducación o reinserción en la vida social de las personas que han delinquido. Es cuestionable en la práctica, porque ni aún en animales ha funcionado. Los animales que han nacido en los zoológicos, si son dejados en la selva, casi seguro que mueren, porque no saben defenderse y siempre les han dado de comer en la boca. A mi perra la tirás a la calle y seguro que en muy pocos días pierde kilos y kilos y termina muriendo mucho antes que estando en mi casa, donde recibe la comida en la boca.

Pero estas tres funciones, con las que se distingue el fin o la justificación de la pena, son sólo afirmadas de modo puramente intelectual. Nunca se ha pretendido que esas funciones sean verificadas en la realidad. Sólo se intenta dar una justificación moral a la pena.

Debo agregar que no es equiparable, a los fines de la retribución, cinco años de prisión con el robo de un automóvil: una y otra acción carecen de vínculos recíprocos que no sea la imputación jurídica.

Tampoco es justo que se afirmen ciertos valores sólo a fuerza de hierro o de palos. Si optáramos por eso tendríamos que matar a palos a los niños, por ejemplo.

Además, es dificultoso saber cómo puedo, mediante el encierro, sobre todo, reinserir a alguien, que fue excluido de la sociedad, en ella nuevamente.

Desde el punto de vista práctico, la pena parece cumplir dos funciones. Por un lado, estabiliza el sistema dado, es conservadora; en este sentido, todo el sistema penal lo es. Por el otro lado, evita la venganza privada, transforma el conflicto, es decir, funciona como mediadora en el conflicto. Transforma un conflicto entre ofensor y ofendido, en un conflicto entre el ofensor y el Estado, porque el ofensor no ha respetado las reglas que el Estado ha dictado.

En este último sentido evita cualquier reacción incivilizada frente al conflicto. Evita la venganza y la venganza abusiva, evita el "ojo por ojo, diente por diente" y aun el exceso, o sea: "dos ojos por uno". Yo creo que éstas son las funciones que tiene en la realidad la pena estatal.

LyE: Frente a la crisis de la justificación de la pena estatal...

Maier: Ésta vive en ella y la va a seguir viviendo el Derecho penal

LyE: La criminología, en este contexto, entonces ¿Tiene algún papel distinto al que cumplió en la década del '80 la criminología crítica?

Maier: Esta pregunta es extraña a mis conocimientos, sólo puedo decirlo como puede decirlo cualquiera. Yo no soy criminólogo, ni nunca me interesó mucho la criminología.

A mí me parece que la función básica de todas las criminologías —la orgánica, la empírica, la criminología sociológica, todas ellas— es, en primer lugar, presentar el sistema penal tal cual es en la realidad, es decir, alejado de su justificación intelectual. Observa fenómenos tales como la elección de las víctimas del sistema penal, en el sentido de que elige cuidadosamente sobre quién actúa. Es decir, que su labor es presentar estos problemas sobre la base de los grandes números del sistema penal explícitamente, no de la mano de un caso en particular.

Por otro lado, cumple una función de crítica del sistema penal, de manera tal de señalarle dónde funciona mal. Esta función de la criminología puede repercutir sobre el mismo sistema penal, sea material o formal, indicándole algunos cambios necesarios.

Ésta, yo creo, es la función básica, pero, ya les digo, no me animaría a discutirlo con un criminólogo, directamente. Es decir, creo que por una parte nos pone en claro cuál es la realidad del sistema penal, lo presenta al sistema no normativamente o, mejor dicho, sí normativamente, pero desde una normativa distinta que está relacionada con la presentación de los resultados prácticos del sistema penal en la realidad. Por ejemplo, es norma que el sistema penal siempre seleccione al más vulnerable y el más poderoso a la larga no cae dentro de él.

Hay un ochenta por ciento de encarcelados reales que se transforman en reincidentes. Es decir, que no hubieran sido reincidentes, si no hubieran sufrido la cárcel.

Segundo, se ocupa de la crítica desde muchos puntos de vista.

La criminología de base puramente empírica y estadística, por ejemplo, comprobó que los jueces usan una mínima proporción de las figuras delictivas que existen en un Código Penal. Hay figuras que no se han aplicado nunca, ni está en la mente de nadie aplicarlas, o al menos, sólo son utilizadas cuando los jueces quieren.

La criminología más despiadada es la de corte sociológico que en América latina ha dado lugar a una escuela llamada "criminología crítica".

Esta criminología se ocupa de remarcar aquellos resultados del sistema penal que evidencian su irrazonabilidad.

Estas dos funciones, presentar y criticar, son las que sostengo yo, pero un criminólogo posiblemente diga algo mucho mejor que yo sobre el papel de la criminología.

LyE: Cambiando de tema. Usted ha sido un gran impulsor de las reformas procesales penales que se han llevado a cabo en algunas de nuestras provincias

y en gran parte de los países americanos. En vista de estas experiencias: ¿Cuáles son las perspectivas de reforma del código ritual penal en el orden federal?

Mayer: Me decía (Winfried) Hassemmer, un profesor alemán y miembro del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que no son buenas épocas para ninguna reforma del Derecho penal o del Derecho procesal penal.

Hoy en día, creo que la gente lo que menos quiere es una reforma del sistema penal en el sentido que sería el indicado. Al contrario, lo que quiere es expandir el sistema penal y no dejarlo de lado. La gente tiene la idea de que el penalizar conductas y aplicar las sanciones en la realidad va a conducir a una sociedad en donde ese problema se acabe. Por ejemplo, si prohibiéramos ser pobre, no va a haber más pobres. Es decir, se saca el problema de su cabeza con el solo hecho de inventar la norma, o sea, que "No matarás" es lo mismo que decir "no va a haber homicidios". Es decir, confunde el efecto de la función normativa del Estado, o el efecto de una norma. Precisamente, si existe la norma jurídica es porque es posible empíricamente la realización de la conducta, por eso el orden jurídico la prohíbe.

Pero no son buenas épocas, la gente no se da cuenta, por ejemplo, de la enormidad que cuesta el sistema penal. Aproximadamente el sesenta por ciento del presupuesto del Ministerio de Justicia nacional se gasta en el mantenimiento del sistema penitenciario. Si a eso se le agrega la policía, los tribunales penales y todo lo demás, es enorme el costo.

Yo, en realidad, creo que no se presentarían problemas mayúsculos si abolimos el sistema penal. Ello resulta imposible, pero lo cierto es que cada vez que lo agrandamos implica un gasto mayor. El personal de una cárcel es superior al doble de los internos, por cada cien internos debe haber trescientos guardiacárceles, para la mañana, tarde y noche, porque una persona no puede trabajar más de ocho horas por día. Es decir, cuarenta horas a la semana con cinco días de trabajo. Así que es tremendo el gasto del sistema penal y los resultados de este gasto no son óptimos.

La gente no piensa, o piensa, ya te digo, con esta falacia normativa. Se cree que, bajo pena, por ejemplo, van a existir los dólares que los bancos no pueden devolver porque, al parecer, no los tienen —lo he escuchado en una manifestación—.

En definitiva, yo creo que no hay perspectivas demasiado grandes, por lo menos, de establecer de forma práctica la reforma. Por ejemplo, cumplir con la Constitución, hacer códigos más racionales y menos extensos, más comprensibles por todo el mundo, es decir, que estén dirigidos a todo el mundo. Los códigos tienen una enorme cantidad de artículos que los han hecho complejísimo, con problemas técnicos. Además, no son ni siquiera razonables para todo el mundo.

El movimiento reformista tiene impulsores optimistas, no como yo. Yo siempre fui un pesimista teórico y un gran optimista práctico. El Ministerio de Justicia quiere tener un modelo para cuando una provincia los consulte y pueden decir "acá está el modelo", y quiere unificar todos los códigos procesales penales en lo posible. Yo creo que se debería decidir por cumplir la Constitución, ya que ésta dice que el Congreso tiene que dictar una ley general para toda la Nación que establezca el juicio por jurados. Esto es lo mismo que decir que una enorme porción del Derecho procesal penal debe ser regulada por el Congreso en una ley nacional y que tiene límites concretos. No puede hacer cualquier ley: tiene que programar un juicio público y por jurados. Se debería decidir a cumplir con el mandato constitucional, pero no creo que esto sea posible.

Aquí en la ciudad —de Buenos Aires— yo redacto, con chicos de la Facultad, un código procesal penal relativo a una eventual transmisión de la justicia penal a la ciudad de Buenos Aires. Estos códigos están en marcha. Calculo que durante el año 2002 lo terminaremos si no seguimos con problemas políticos y económicos en el centro de la escena. Yo colaboro con ellos, pero realmente, desde el punto de vista teórico, soy pesimista: las condiciones no están dadas para que se cambie nada. Además, hay que reconocer que en el Derecho penal o en el Derecho procesal penal o en el Derecho constitucional nunca cumplimos las leyes cabalmente, siempre andamos modificándolas. Es decir, tenemos que traducir en forma práctica algo, antes de poder seguir reformando leyes. alguna vez tenemos que tratar de hacer algo como la gente, no puede ser que las instituciones no duren, que las leyes no duren, que se tenga que estar reformando continuamente todo, sin cumplir nada.

Yo creo que habría que ocuparse ahora y por un tiempo de una enorme transformación de la organización judicial. Si sólo centráramos el punto allí, sería más optimista. Claro que como esta reforma es más práctica que normativa, el problema lo vamos a tener con los operadores políticos reales. Los jueces, todos los burócratas de la justicia (los fiscales, los defensores oficiales, los empleados) se van a oponer y por cierto, también, los abogados. Los abogados, si bien no son parte de la burocracia en el sentido de que no dependen del Estado, son burocracia en otro sentido. Pertenecen al gremio de los administradores de la justicia, y es muy fácil saber por qué se van a oponer a esta transformación.

Por ejemplo, cuando los japoneses transformaron los relojes en una pequeña computadora, los relojeros suizos se suicidaron en masa. Primero hicieron todo lo posible para que esto no fuera permitido. Esto es porque a nadie le gusta que cuando uno ha aprendido a trabajar con ciertas herramientas, de pronto, tenga que cambiar su oficio, porque hay que aprender a trabajar con otras herramientas. Entonces los tenés a todos en contra. Yo creo que un cambio en la organización judicial es el más necesario y el más conveniente.

LyE: ¿Qué opinión le merece la reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires?

Majer: Desde el punto de vista teórico, no me gusta; desde el punto de vista político, tiene alguna virtud. La provincia de Buenos Aires, desde Rosas, no ha tenido nunca un sistema de justicia. Ahora mismo, en materia civil, es casi un imposible iniciar un juicio en la provincia de Buenos Aires, o mejor dicho, llegar al final; sólo muy pocos tienen la suerte de llegar al final. En la provincia de Buenos Aires es más fácil encargarse a la policía el cobro de un cheque —por supuesto por una parte de ese cheque— que iniciar un juicio o denunciar un cheque sin fondos. Esto produjo una enorme polución dentro de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, por el hecho de que ellos, en forma extrajudicial, se encargaban de cobrarlo. A veces venían y te decían que sólo se pudo cobrar la mitad, y era cierto. Ellos te cobraban el porcentaje de acuerdo con lo que habían recuperado. La provincia de Buenos Aires careció de sistema judicial: a Rosas no le interesó el sistema de justicia y de ahí para delante a ninguno de los gobernadores. En ese sentido, es una de las provincias más atrasadas. Pero, pese a que el código es malo, desde el punto de vista teórico, ha cumplido cierta labor. Se establece el juicio público en la provincia de Buenos Aires. Eso ya significa llevar a la gente a ver el juicio ante los tribunales, que la gente pueda de alguna manera, al menos, controlar la administración de justicia o ver cómo ella trabaja, por lo menos a través de los órganos de prensa que revelan cuáles son sus resultados. Esto es algo muy distinto a la justicia de gabinete, por más que esta justicia pública no sea perfecta. Anteriormente, nadie oía ni veía los juicios, totalmente ocultos detrás de un expediente, y, por lo tanto, nadie conocía la actividad de los tribunales y sus resultados, ni se podían comparar los resultados justos o injustos o valorarlos de alguna manera.

La organización judicial es desastrosa y por eso fracasa en la mayoría de los casos. La provincia de Buenos Aires tiene menos jueces por habitantes que La Rioja; ni siquiera por habitante, menos jueces en general, que La Rioja o que Córdoba. Así que esto tiene que cambiar rápidamente. La provincia de Buenos Aires no puede darse ese lujo. Es la provincia más rica de la República Argentina y una de las más atrasadas en el sentido judicial. La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires está destacada como paradigma de las resoluciones más conservadoras y atrasadas. Todavía sigue con ciertas interpretaciones del Derecho Penal que son inconcebibles, no sólo acá en la Capital Federal o en Córdoba, sino también en las provincias mucho más pobres. Por ejemplo, aquello de calificar el homicidio o el robo por la muerte de una persona por el sólo hecho de que alrededor del lugar, donde se produce el robo, alguien haya muerto. Pese a que la muerte se deba a que lo atropella un auto o lo mata un policía al repeler la acción, versión *vernácula* del *versari in re illicita*, principio contrario y opuesto al de culpabilidad, que gobierna el Derecho penal moderno.

LyE: ¿Considera que la modificación respecto de que el fiscal se encuentre al frente de la instrucción es uno de los puntos que tiene a favor esta reforma?

Maier: Sí, sin duda. Ya dije, algún papel renovador ha cumplido la reforma: ha mostrado un instituto que era totalmente desconocido en la provincia de Buenos Aires. Algún papel político ha cumplido, pero que la organización judicial es desastrosa, lo es. El código es un batido de varios proyectos que expresa una cosa en un lugar y todo lo contrario en el otro. Además, los institutos innovadores que tiene han sido programados con algún desconocimiento o tolerancia negativa por la mecánica del proceso penal. Por de pronto, desde el punto de vista teórico, pero también desde el práctico, será difícil alcanzar nunca una sentencia, con 4 ó 5 recursos posibles contra ella. Teóricamente, nunca se va a alcanzar una sentencia firme. Contra la sentencia firme existe el recurso de casación. Además del recurso de casación, el recurso de nulidad o de inaplicabilidad de ley ante la Corte de la Provincia de Buenos Aires. Después existe un cuarto recurso posible, que es el recurso extraordinario ante la corte federal, pero ésta ya ha dicho que primero tiene que decidirse en el ámbito local. No va a terminar nunca el procedimiento, se trata de un proceso sin final.

El Código contiene algunas contradicciones normativas. Hace ya algún tiempo di una conferencia en la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires sobre estas contradicciones, preceptos raros que parecían borrar con el codo lo que se había escrito con la mano y que, según se me ha dicho, han sido reparados, aun parcialmente, por diferentes leyes posteriores. El fiscal debía proceder informalmente a investigar los delitos y después lo obligaban a levantar actas de todo aquello que hiciera. Desde el punto de vista normativo, técnico, digamos, no es una buena ley; el Código de la Provincia de Buenos Aires tiene defectos graves. Desde el punto de vista político ha cumplido alguna función. Y la organización judicial es defectuosa: mientras no organicen mejor la institución judicial, va a seguir adoleciendo del mismo problema.

Pero en todo es conflictiva la provincia de Buenos Aires. Yo vivo en la provincia de Buenos Aires. No es comparable a la ciudad de Buenos Aires: acá existe policía para demandar ayuda, al menos para preguntarle dónde quedan las calles. En la provincia de Buenos Aires ni siquiera existe eso, vas por una calle y no encontrás un policía ni por casualidad. No existe la policía en la calle en la provincia de Buenos Aires; hoy pareciera que esa realidad quiere ser cambiada, pero falta mucho para que, realmente, cambie.

LyE: Usted afirma que la prisión preventiva puede ser justificada bajo ciertas condiciones que deben ser interpretadas restrictivamente. Ahora bien, ¿la posibilidad de que una persona sea privada de la libertad siempre que exista probabilidad de que se la condene por el delito endilgado y que la pena que le corresponda en dicho caso sea privativa de la libertad, no considera que se encuentra reñida con el principio de inocencia?

Mwier: Lo que se denomina entre nosotros, principio, estado o presunción de inocencia, establecido en nuestra Constitución nacional en el art. 18, dispone que nadie puede ser penado antes de determinado procedimiento previo que finalice en una condena y que ésta quede firme. Es decir, sin realizarse un juicio ante un tribunal que lo condene. Pero entonces, ¿cómo se justifica que haya personas que ante la posibilidad de ser condenados sufran la fuerza estatal, sobre todo la privación de la libertad, antes de que haya una sentencia condenatoria? Yo contesto que, en primer lugar, nunca el principio de inocencia, históricamente, se refirió a evitar del todo la privación de la libertad antes del procedimiento penal. El art. 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano —después de la Revolución Francesa— decía algo así como que se presume la inocencia de toda persona que no haya sido declarada culpable”, y seguía, “si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario/ para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”. O sea, que el texto prevé claramente la posibilidad de que una persona esté privada de su libertad durante el procedimiento. Claro que ésta es una autorización abierta, pero tampoco es un “piedra libre”. Nuestra propia Constitución nacional en el mismo art. 18, después de esa enfática declaración de que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, con lo cual, se podría decir que “nadie puede ser privado de su libertad”, contiene la posibilidad de que alguien sea arrestado, durante ese juicio, por orden de un juez competente. Así que no hace más que repetir la idea que la Ilustración, por un lado, y el liberalismo estadounidense, por otro, tenían de este “principio de inocencia” o “presunción de inocencia”. Sólo que no es un “piedra libre”: está sujeto a una serie de reglas muy fuertes de tal manera que no sea la regla la privación de libertad durante el procedimiento, como lo ha sido en Latinoamérica por muchísimos años, sino que, por el contrario, sea la excepción. La mayoría de las personas tienen que estar libres durante el procedimiento y sólo en caso de ser condenadas pueden ser privadas de su libertad. Para ello se postula, al mismo tiempo, varios —llamémosle— subprincipios, que determinan cuándo es posible que a una persona se la prive de libertad durante el procedimiento. El mismo texto del Código (Procesal Penal de la Nación) contiene el principio de excepcionalidad del encarcelamiento preventivo. Debemos tener en cuenta que, previamente, existe la necesidad formal de que el juez sea quien determine cuando una persona deba estar encarcelada durante el procedimiento o durante parte de él.

Las convenciones de derechos humanos han acentuado la idea de proporcionalidad. Ya se conocía la idea de proporcionalidad antes, porque, por ejemplo, aún con el antiguo Código de Procedimientos (en Materia Criminal) que contenía aquella regla de que las personas acusadas de delitos con pena privativa de la libertad sufrían prisión preventiva cuando se podía afirmar la pro-

habilidad de que eran autores de un delito, la misma jurisprudencia había dicho que en los casos de delitos no reprimidos con pena privativa de libertad no se podía, por un problema de proporcionalidad, disponer el encarcelamiento preventivo. La proporcionalidad después resultó aplicable cuando se preveía que la condena, pese a ser dictada, no se iba a ejecutar (condenación condicional) o cuando el encarcelamiento preventivo se había ejecutado en un periodo tan extenso que permitiría liberarlo en caso de ser condenado, y así empezaron a surgir diversas reglas de proporcionalidad para el manejo del encarcelamiento preventivo.

Yo creo que no hay forma de entender el encarcelamiento preventivo, sino entendiendo que la única justificación posible es la de obtener el resultado que se pretende del procedimiento. Si nosotros tenemos como un principio —hay países que no lo tienen o por lo menos no lo tienen totalmente— el hecho de que el acusado debe escuchar su propio juicio, es decir, no hay juicio contumacial, o sea, en rebeldía, para comprobar físicamente que puede defenderse, que él ha estado en la posibilidad de resistir la imputación que se le dirige; entonces la fuga, es decir, el no presentarse al procedimiento, o al debate en el juicio cuando se lo cita, es un problema grave, porque el procedimiento no se puede realizar: tiene que paralizarse en ese momento. Me estoy refiriendo al peligro de fuga concreto, no estoy hablando de un peligro de fuga abstracto. En conclusión, el peligro de fuga es uno de los justificativos del encarcelamiento. Si el reo se escapa de la sala de audiencias, no hay otra forma que retenerlo y obligarlo, a la fuerza, a estar presente en su propio juicio, o por lo menos, tenerlo en una sala próxima, si él no puede o no quiere asistir o se comporta de tal manera que no puede ser tolerado en la audiencia. Es decir, que debe comparecer al juicio y tener la posibilidad real y efectiva de resistir la imputación para que ese juicio sea eficaz y habilite la condena.

La otra situación que justifica el encarcelamiento preventivo es la de que se lleve a cabo el procedimiento para que cumpla con uno de sus fines, que es el de hallar la verdad. No sólo por un tiempo prolongado, sino a veces por muy poco tiempo es absolutamente imprescindible que el imputado no entorpezca la averiguación de la verdad. Esto sucedería, por ejemplo, si se ordenan allanamientos y el imputado puede libremente moverse por los ámbitos en donde se realizan y sacar papeles. Ello no es tolerable.

En general, el imputado puede entorpecer la averiguación de la verdad: por ejemplo, no se ha encontrado el arma con la cual se presume mataron a una persona. Es posible detenerlo al imputado hasta tanto se halle el arma, con el único fin de que él no la arroje a algún lado donde no la van a poder recuperar nunca más, por ejemplo, al mar, al río. Claro es que, al tiempo, cuando se abandona la búsqueda racional, el encarcelamiento ya no se justifica.

El cumplimiento de este fin permite la realización de lo que, para nosotros, significa la palabra "justicia", la cual es, prácticamente, un sinónimo de verdad, "verdad correspondencia". Es decir, nosotros no ejercemos una justicia de "Cadi", en donde la justicia se dirime por lo más conveniente, del tipo de los círculos de tiza de Brecht⁴. Seguimos una idea de justicia que respetamos en tanto se dirija a averiguar qué es lo que ha sucedido en el pasado, por lo menos, respecto de los elementos que resultan importantes según la ley, aunque esa reproducción no sea siempre un fiel reflejo de la realidad, porque no interesa todo el contexto histórico en el que la acción o la omisión se lleva a cabo. Como en cualquier estudio histórico, hay que reducir, simplificar y limitar la averiguación de la verdad. De todos modos, la justicia se orienta a conocer qué hecho ha sucedido en el pasado para poderlo juzgar. Cuando el imputado atenta contra eso, no hay otra forma de hacer justicia que evitar esa situación y permitir que se lo inmovilice.

Existen otros criterios de proporcionalidad. Por último, la clave de todo son las disposiciones que contiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos —también la Europea— que todavía no han sido bien desarrolladas. Estos instrumentos internacionales establecen el derecho a un juicio rápido o el derecho a que se resuelva, como dice nuestra Corte (Suprema de Justicia de la Nación), de manera expedita y pronta la situación de una persona sometida a un procedimiento penal, que como decía Bejing: "es un trozo de vida sin mucha algarabía y con muchos sabores". Hoy se habla de "pena de proceso" y por lo tanto estas convenciones han creado el derecho a ser juzgados rápidamente por tribunales imparciales —entre otras garantías— para quien está oficialmente imputado de haber cumplido con un comportamiento inadecuado según la ley penal, lo cual, probablemente, conduzca a esta persona a una condena y, consecuentemente, a la pena privativa de la libertad.

Yo creo que este principio todavía no ha sido bien estudiado por los juristas, por ninguno. Hoy la contribución de mi cátedra ha sido una tesis doctoral de Daniel Pastor que sé que ya ha sido aprobada y que, para dirimir ese título, falta únicamente su defensa. La tesis es sobre el derecho a un juicio rápido y qué significa esta expresión de los pactos internacionales sobre derechos humanos. Daniel Pastor tiene una tesis radical, ya que considera que, cuando el encarcelamiento preventivo supera un cierto límite de tiempo, es imposible seguir adelante con el procedimiento; debe sobreseerse, es decir, terminar con el análisis de si un comportamiento humano ha sido o no delictivo.

Pero el principio no ha sido del todo estudiado aún. Está comenzando a ser delimitado, no sólo por la jurisprudencia, sino también por la doctrina y por las

⁴ Se refiere a la obra "El círculo de tiza caucasiense" o "de Anberg" de Bertolt Brecht.

mismas leyes. Ésta es la idea de cómo el encarcelamiento preventivo puede compaginarse con el principio de inocencia.

LyE: ¿Estos presupuestos —el peligro de fuga y el entorpecimiento del proceso— pueden ser delimitados en forma objetiva?

Maier: Claro que se puede. Podemos discutir políticamente cuáles criterios son adecuados y cuáles no. Por ejemplo, se discute hoy más que nunca en nuestro país la situación de las personas que no tienen un domicilio fijo. Hoy en día, el problema de la desocupación y el hecho de que gran parte de la población viva en condiciones por debajo de los límites de pobreza, determina que una enorme cantidad de individuos no tenga un trabajo y un domicilio fijo para afirmar o para comprobar. Podemos discutir en cada lugar y en cada momento cuáles son estos criterios objetivos, pero existen. Es muy claro que existen: el otro día un señor banquero, imputado penalmente, estaba aboradando un avión para irse al extranjero y se lo impidieron⁵. Este señor intentaba fugarse, y su hermano lo logró.

Quizá, en el futuro, se evite el encarcelamiento preventivo por la adopción voluntaria de brazaletes de seguridad que indiquen con un sistema electrónico dónde se encuentra una persona. Otra forma para evitar el encarcelamiento preventivo es la privación de la libertad en el domicilio.

Hay una serie de criterios que podemos discutir puntualmente, pero que hay criterios objetivos, los hay. Por ejemplo, estar en un avión a punto de salir del país es un criterio objetivo. Por lo tanto, se podría decir que si el individuo tiene un pasaje de avión y, al mismo tiempo, está por embarcarse, pues hay derecho a detenerlo para que no se vaya. Hay presupuestos que son muy discutibles y algunos de ellos de muy ardua instrumentalización o difíciles de llevar a cabo. Por ejemplo, en la privación de la libertad domiciliaria, es difícil instrumentar que el individuo no se fugue por la puerta de atrás. Hay que destacar algún custodio y esto es caro. Bueno, modernamente se ha dicho que estas pulseras pueden darnos la idea de cuándo él incumple, por ejemplo, para alguien que tenga asignado un cierto ámbito territorial.

El problema es que la privación de la libertad, antes de la condena, es un medio terrible, porque el individuo pierde su ocupación laboral y su ámbito de vida familiar, si los tiene. Nadie va a mantener en una ocupación a un individuo existente, ni siquiera la propia justicia. Los casos más claros que hubo acá ocurrieron durante el proceso militar⁶, cuando los secretarios, y creo que defensores o fiscales fueron detenidos por el gobierno, y la Corte (Suprema de Justicia de la Nación) de aquel entonces dispuso su cesantía al no presentarse

⁵ Se refiere a José Rihou, quien fue detenido antes de abordar un avión, en el marco de una investigación judicial por lavado de dinero, y otra por subversión económica y fuga de capitales.

⁶ Se refiere al gobierno de facto de 1976 a 1983 asado denominado "Proceso de reorganización nacional".

a trabajar. Pero además de perder su trabajo, el individuo pierde también sus vínculos familiares, por lo difícil que resulta para los familiares seguir a una persona que está privada de su libertad. Si pasa más tiempo no sólo pierde sus vínculos, sino su ligazón sentimental con la familia, porque esta ligazón se conforma en la convivencia cotidiana...

Por eso mismo se ensayan alternativas al encarcelamiento preventivo con mínimas coacciones. Por ejemplo, aquel al que se lo custodia con elementos técnicos modernos.

Lo cierto es que los criterios objetivos existen. El hecho actual, que antes mencioné, me parece un criterio objetivo muy claro. El fulano estaba por tomar un avión hacia el extranjero y acá lo están juzgando, entonces le dijeron "No, señor. Usted no puede salir del país, porque lo están juzgando". Hoy se puede detectar esta grave sospecha de fuga. Siempre la técnica es tomada como una ayuda a la disminución de los derechos individuales. Sin embargo, nos puede ayudar a evitar el encarcelamiento preventivo o a disminuir sus efectos.

Costa Rica, que yo sepa, había logrado disminuir los encarcelamientos preventivos al diecisiete por ciento. Se utilizó la estadística más corriente —es posible que no sea correcta—, pero es la más común entre nosotros: medir en un día cuántos de los presos que hoy existen, por ejemplo, en la ciudad de Buenos Aires, son presos preventivos y cuántos son condenados. Entre nosotros la estadística arroja un mal resultado: sesenta o setenta por ciento de presos preventivos frente a un cuarenta o treinta por ciento de los condenados. En cambio, Costa Rica tenía el diecisiete por ciento de presos preventivos. Dicen que esa estadística no es correcta, porque hay muchos presos preventivos privados de libertad por escaso tiempo y que están incluidos en el único día que se toma la medición. El criterio, por supuesto, es discutible: todas las estadísticas parten de un punto de vista político. Se sabe que Costa Rica tiene menos presos preventivos que la Argentina, en gran medida, y eso significa que el principio de excepcionalidad del encarcelamiento preventivo y, con él, el principio de inocencia, funciona allí mejor que aquí.

LyE: ¿El concepto normativo de persona definido por el Código Civil puede ser aplicado respecto de las demás ramas del derecho?

Maier: Aclaremos, en principio, que yo no soy un experto en Derecho privado, ni en Derecho civil; por lo tanto, tampoco lo soy en la definición de lo que es persona. A mí me interesa sólo para saber a quién puedo aplicarle una pena y, según el sentido histórico que la palabra tiene, sólo puede aplicarse a las personas definidas como seres humanos. Cuando nosotros decimos que a las personas jurídicas se les puede aplicar pena, estamos extendiendo el concepto de pena más allá de su sentido histórico, ya que tradicionalmente no se les aplicaba y tampoco existieron desde siempre las personas jurídicas.

Hay que adaptar el concepto de sanción a las personas jurídicas. Por ejemplo, la pena de muerte de las personas físicas equivaldría a la pena de exclusión de la personalidad jurídica o terminación de la personalidad jurídica de las personas jurídicas. Todas las penas pecuniarias son posibles de aplicar. Se puede discutir si son realmente penas o sanciones, si el principio de culpabilidad interviene o no. Sobre esto hay muchos que han tomado parte en la disputa y algunos libros interesantes de autores argentinos.

Yo creo que el concepto de persona que ha elaborado el Código Civil es, en más o en menos, universal. Existen dos tipos de personas: las personas de existencia ideal, son aquellas personas colectivas o a veces no colectivas (la empresa individual), creadas por el orden jurídico, en el sentido de que no son visibles, que uno no las puede percibir por los sentidos, o sea, que son físicamente inexistentes. Por el otro lado tenemos a las otras personas de existencia visible o personas físicas, que son aquellas sobre las que recae la pregunta, así que dejemos la otra categoría afuera. Esta pregunta se vincula también con el fallo de anencefalia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹. En este caso, una mujer embarazada pedía la extracción de su propio fruto antes de tiempo, porque el feto era anencefálico según un dictamen médico. Ello quiere decir, en lenguaje vulgar, que, prácticamente, no tenía cabeza, le faltaban los dos hemisferios cerebrales, la calota craneana, y sólo se puede decir que tenía el tronco, que es básico para los actos reflejos. La medicina, hasta el día de hoy por lo menos, ha determinado, sobre la base de un gran número de casos, que estas personas no viven más que unas pocas horas fuera del seno materno.

Mi voto, posiblemente conocido por haber sido criticado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, decía algo sobre el Código Civil. Para construir el voto, yo contaba con veinticuatro horas, no llegaron a ser cuarenta y ocho horas, según creo. Por eso recurrí a todo lo que tenía a mano y a lo que pude: inclusive solicitar a amigos y a gente que me dieran material para poder leer, porque para mí era un caso único. No tenía sentido extender el plazo para el fallo, porque se transformaba, prácticamente, en abstracto, como ha sucedido en otros casos, en el sentido de que el chico nace y se muere antes de que la justicia decida definitivamente el caso.

Hay que tener en cuenta que la Comisión de Bioética del Hospital de la Ciudad², donde se llevaba adelante el seguimiento de este embarazo, había aconsejado el parto prematuro, es decir, la interrupción del embarazo, lo cual tenía como finalidad hacer nacer antes al feto, no quitarle la vida. Esta fue la principal cuestión que yo decidí en mi voto, aplicando el derecho penal, pese a

¹ Se refiere al fallo "T. S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo art. 14, CCBA", del 26 de diciembre de 2000.

² Se refiere al Hospital materno infantil "Ramón Sardi".

que no es justo que estas cuestiones comparezcan siempre frente al derecho penal. En realidad faltaba el dolo. El aborto es un delito doloso que consiste en la muerte del feto, ya sea por la expulsión del feto o en la matriz de la madre. También es aborto si agredo a la mujer hasta matar al feto. También es aborto, si yo le introduzco una aguja y mato al feto. Es decir, este dolo no existía, porque la muerte la sufría una persona que había vivido fuera del vientre materno y, además, sobrevenia por una causa que no se vinculaba con la acción que cumplían los médicos. Los médicos no iban a cumplir una función de destruir el feto, sino la de sacarlo con vida y él se iba a morir por una causa natural. No se agregaba ninguna causa: el feto moría por una mala conformación natural, directamente: estaba destinado a la muerte, al menos según los conocimientos científicos actuales. Así sucedió en el caso, por lo demás.

Respecto del concepto de persona, yo descubrí en la nota del art. 70 del CCiv. que Vélez Sársfield ya había dicho algo sobre esto. Parafraseando a Savigny, él había descubierto, a pesar de que la fórmula del Código Civil sigue al Derecho romano, se es persona desde el nacimiento, y los fetos tienen derechos sometidos a una condición, es decir, tienen derechos que preexisten al mismo nacimiento y que se consolidan si nace vivo. También había descubierto que los romanos conocían dos fetos anormales —los *monstrum* y los *prodigium*—, que no eran considerados con características humanas. Vélez Sársfield acota que es imposible saber cuáles eran los defectos de estos fetos por los cuales al nacer no los consideraban seres humanos, pero un ejemplo ha quedado claramente retrazado: cuando nacían sin cabeza. Éste es precisamente el caso que hoy se conoce como anencefalia. Los romanos, por lo tanto, conocían ya fetos anencefálicos y no es asombroso, ya que no es un problema moderno, es una malformación en la matriz de la madre. Lo que yo quise exponer ahí (mal comprendido, a mi juicio, por el presidente de la Corte Suprema) es que los romanos conocían este fenómeno y le negaban el carácter humano a los fetos anencefálicos.

Encontré cierto paralelismo con un artículo de un alto representante de la Iglesia brasilera, sosteniendo que el de los anencefálicos era el único caso de aborto permitido, porque ellos se encontraban dentro de una especie de subhumanos. Además, en la Carta Encíclica *Evangelium Vitae* (Juan Pablo II) se plantea el problema de las personas que han perdido su cerebro tanto por la lincucción de las células cerebrales, como por un accidente cerebral. Estos casos son relativamente similares al del anencefalo y son tratados por la encíclica en forma similar: se trata del problema de la eutanasia. Yo lo sufrí en carne propia con un amigo, a quien tuvimos que recomendarle que llamara al Incucuai⁹, donara los órganos y, lamentablemente, que desconectara a su señora de los aparatos que prolongaban artificialmente su vida. Además, hay un caso que yo co-

⁹ Se refiere al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante.

noci en San Isidro, donde la familia conservó por dos años a la mujer, manteniéndole la vida por medio de aparatos. Ella se había no sólo encogido, sino adoptado una posición fetal y hacia dos años que era prácticamente un vegetal y la familia solicitó judicialmente que le permitieran desconectar los aparatos, pero los médicos no querían hacerlo sin orden judicial. No sé como terminó el caso... Pero esto era aquello de lo que trataba esa encíclica. Hay algunos casos que no pueden ser calificados como eutanasia. Es decir, que el concepto de muerte hay que conformarlo. Antes era muy claro: la muerte era el paro cardíaco, o sea, cuando el corazón dejaba de enviar sangre al cerebro. Se sabía que en muy pocos minutos la falta de sangre en las células cerebrales terminaba con la vida, pero ahora no es tan sencillo el asunto. Yo fui operado del corazón y viví sin mi corazón por intermedio de una bomba y estoy acá todavía.

El resultado es que la propia ley de trasplantes de órganos¹⁸ menciona un procedimiento complicado, por el cual, a pesar de que la persona físicamente parezca un ser vivo, se establece que ha perdido esa calidad y pueden desconectarse los aparatos y certificarse la muerte, inclusive por el Incucaí.

A mí me pareció ver un paralelismo entre estos casos que no eran tratados en la encíclica como eutanasia, sino como evitación de mayores sufrimientos, y el de la anencefalia. Con lo cual se evita que sufran no sólo los que viven, sino sufrimientos del propio cuerpo, que ya no es una persona, en el sentido en que nosotros lo comprendemos.

Yo creo que esto es posible de construir fundado en la ley civil, ya que, en cierta manera, lo ha dicho. Como les digo, se tuvo que cambiar el concepto de muerte física, la ley de trasplante de órganos contiene una descripción muy clara de cómo se puede certificar la muerte, a pesar de que los órganos principales sigan funcionando (por ejemplo, el corazón o los pulmones) o se los pueda mantener en funcionamiento por medio de aparatos.

A mí me parece que se puede construir un concepto de persona que, en cierta manera, la ley civil argentina construye. Podemos discutir durante años de la mano de las palabras. En una respuesta anterior ya me había referido a una de las discusiones más interesantes que yo había conocido en Buenos Aires y que se había transformado para mí en libro de cabecera. Aquella discusión entre Soler y Genaro Carrió sobre las palabras de la ley. No hay duda de que el derecho es algo que se hace hoy —y antes también— con palabras y éstas no son exactas al transmitir ciertos conceptos. Todo concepto de alguna manera tiene muy claro el núcleo de cosas incluidas y el núcleo de objetos excluidos, pero hay una zona gris entre ambos, imposible de dirimir del todo y sólo susceptible de fundamento argumental razonable. Ésa es la contribución enorme de Genaro Carrió en esa polémica que nos enorgullece a los juristas argentinos, que es la

¹⁸ Se refiere a la ley 24.193.

polémica Soler-Carrió. A mí me parece que vamos a discutir y vamos a seguir discutiendo, pero no obstante ello, se pueden describir criterios objetivos para decir cuáles "personas" son "personas" y cuáles "personas" ya han dejado de ser "personas" y en cierta manera la ley argentina lo hace.

En cambio, en el caso de las molas —que yo también nombré— todo el mundo estaría de acuerdo en que son un tumor y no personas humanas. Es decir, en la matriz de la madre puede surgir un tumor, que no tenga nada que ver con un embarazo, con un huevo fecundado. Pero un poco más difícil es esa zona gris, y se hace más gris y son más intensas las dudas cuanto más se acerca a lo que nosotros concebimos como una persona humana perfecta. En este caso, la anencefalia es eso. Es una persona que no tiene hemisferio cerebral, que está condenada a morir a las pocas horas de haber nacido. El anencéfalo no tiene forma de subsistencia autónoma alguna, ya que antes de su nacimiento vive, por¹¹ que hay un aparato que lo mantiene: la propia madre. Tanto es así que en todos los demás casos, que no llegaron a ser fallados, murieron todos, y en este caso también murió escaso tiempo después del alumbramiento.

Para mí lo importante del caso y que no se dijo en los diarios de gran distribución fue la actuación judicial. Primero, la justicia actuó y con muy diferentes opiniones. La opinión del Juez de Primera Instancia (en lo Contencioso Administrativo y Tributario) era que no se podía interrumpir el embarazo. Se planteó el recurso de apelación y la Cámara por dos (votos) a uno confirmó la sentencia apelada con extensos fundamentos en largas sentencias. No era un caso sencillo desde el punto de vista político-jurídico, por cierto. No era fácil decidir. Luego, se planteó el recurso ante el Tribunal Superior de Justicia (de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), y hubo muchas discrepancias de opinión. El Asesor Tutelar pensaba que no debía autorizarse la interrupción del embarazo, y lo sostuvo hasta la Corte Suprema. En cambio, la persona que inició la acción de amparo, y el Ministerio Público, sostenían el derecho a interrumpir el embarazo. El Tribunal Superior de Justicia también discrepó —creo que el fallo tuvo cuatro votos aceptando la posición de la amparista y hubo un voto rechazando la acción—.

Además, no se olviden de que nosotros abreviamos el plazo legal del recurso extraordinario federal, lo cual, podría haber sido cuestionado desde el punto de vista de la legalidad. El recurso extraordinario no nos pertenece a nosotros sino a la Corte Suprema, pero nos metimos en la ley nacional¹¹ y le abreviamos el plazo. Es que si no lo abreviábamos a veinticuatro horas, de los diez días que se tiene para la interposición del recurso, no tenía ningún sentido lo que estaba pidiendo quien demandaba amparo. La Corte no dijo nada sobre esta abreviación del plazo y las partes también la aceptaron. El Asesor Tutelar re-

¹¹ Se refiere a la ley 48.

currió en el plazo de veinticuatro horas y los demás contestaron el traslado en esas veinticuatro horas. Creo que fue, en casi veinte años, el único caso de apertura de la feria judicial de la Corte Suprema. En este caso, se llamó a sus integrantes, de feria —sólo uno no vino—, y ocho votaron.

También en el sentido de que la Justicia puede responder aun ante urgencias, el caso merece ser estudiado. No tan sólo por la definición de lo que es persona o no es persona, sino por la posibilidad de que este caso se resolvió en días, cuando normalmente un recurso ante la Corte dura, aproximadamente, cuatro años.

Uno dice "el caso sirvió para algo". Es útil para demostrarnos a nosotros mismos que los procedimientos judiciales pueden ser efectivos. Se tiene la impresión de que, en los procedimientos judiciales, los jueces se lavan las manos, proceden como burocratas y profesionales que son. Tienen a hacer lo mismo que Pilatos y para lavarse las manos no hay nada mejor que el tiempo: uno deja pasar el tiempo y las cosas van pasando y ya no las recordamos. Hoy yo veo en los diarios algunos nombres y digo: "hace diez años no los tolerábamos y ahora son héroes". Esto ha sido lo que ha pasado en los demás casos; ninguno concluyó antes de finalizar el embarazo, a pesar de que la Corte Suprema igual decidió fallar. Lo hizo, sobre todo, como advertencia a los tribunales superiores de las provincias de que la mayoría de los miembros de la Corte aceptan la interrupción del embarazo en el caso de los anencefalos. En este caso, los votos son muy interesantes y se decidió que, a pesar de que la cuestión podría ser abstracta, porque el niño ya había nacido y muerto, no obstante correspondía pronunciarse sobre el problema. Hay que tener en cuenta el efecto de docencia que tienen los fallos de la Corte sobre los demás tribunales del país. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ¹² desconoció que había un derecho de la madre a interrumpir su embarazo, fundado en la preservación de su salud u otras razones. Entonces la Corte (Suprema de Justicia de la Nación), aún en un caso en donde el niño ya había fallecido, dictó sentencia.

A mí me parece que, desde el punto de vista procesal, para llamarlo de alguna manera —no material sobre el fondo de la cuestión—, el caso es muy importante. Demuestra cómo se puede ser eficiente, y que la Justicia no tiene por qué ser ineficiente. Se me dirá "es un sólo caso", pero demuestra que se puede ser eficiente. No hay trabas contra la eficiencia; lo que hay que determinar es cómo conformar la organización judicial, pero la organización judicial puede responder con eficiencia.

LyE: Profesor Maier, muchas gracias.

¹² Se refiere al fallo "B. A. Abortación judicial".