

ANEXO DOCUMENTAL:  
SEMINARIO SOBRE FUNDAMENTOS  
CONSTITUCIONALES DEL ESTADO<sup>1</sup> (AÑO II)  
2.<sup>a</sup> REUNIÓN ORDINARIA<sup>2</sup>



SEMINAR ON STATE CONSTITUTIONAL GROUNDS

Fecha de presentación: 15 de noviembre de 2015. Revisión: 28 de noviembre de 2015. Fecha de aceptación: 2 de diciembre de 2015.



DIÁLOGO SOBRE LA OBRA DE JULIO BERNARDO MAIER,  
“EL ORDEN JURÍDICO”

El presente texto es la versión escrita y adaptada<sup>3</sup> de la sexta reunión del ciclo “Seminario sobre Fundamentos Constitucionales del Estado”, en el marco de la Cátedra de RAÚL GUSTAVO FERREYRA, llevada a cabo el miércoles 15 de abril de 2015 en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires). Su tema es un diálogo sobre la obra de JULIO B. J. MAIER, “El orden jurídico”, mediante una exposi-

- 
- 1 Con la coordinación de JOHANNA MELLYNA ROMERO, doctoranda de esta Facultad.
  - 2 Auspiciada por el Círculo *Doxa* de la Ciudad de Buenos Aires; el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho, dirigido por el Prof. Dr. LEANDRO VERGARA; por el Departamento de Ciencias Sociales, dirigido por el Prof. Dr. RICARDO RABINOVICH BERKMAN y por el Ciclo “Dialogando desde el Sur”. Se agradece a todo el *staff* de la Oficina de Comunicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, coordinada por JUAN M. PAPAYANNIS.
  - 3 Resultado de la desgrabación realizada por ANA USSHER y corregida por PABLO ALI.

ción a cargo de JOSÉ EDUARDO SCHUH. La reunión, coordinada por el director del Seminario, RAÚL GUSTAVO FERREYRA, contó con la participación, como expositor invitado, del Prof. Dr. JULIO B. J. MAIER. La moderación estuvo a cargo de MARIANA GASBARRA DANIEL. El diálogo se encuentra enriquecido por las preguntas de quienes asistieron y las respuestas correspondientes a cargo de JOSÉ EDUARDO SCHUH y JULIO B. J. MAIER.

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: Bienvenidos a todos y todas. Estamos muy contentos de estar de nuevo reunidos en esta segunda edición del Seminario sobre Fundamentos Constitucionales del Estado, que es la actividad por excelencia que nosotros hemos aprendido de nuestros maestros. Esto se inició en el año 2004, de manera casi casual, con el Prof. GERMÁN BIDART CAMPOS. Sin embargo, no le pudimos dar la continuidad que queríamos: GERMÁN se murió y, al morir GERMÁN, nosotros no le pudimos dar los términos y los parámetros que deseábamos. El año pasado retomamos con una nueva carga energética, sobre todo a partir de las 32 nacionalidades que en este momento integran el Doctorado Intensivo de la Facultad de Derecho. Nosotros tenemos hoy una actividad que es absolutamente laica, pública, gratuita y solidaria. También quiero dejar en claro que, cuando se le presentó a la Decana de la Facultad de Derecho, MÓNICA PINTO, esta propuesta (con relación a que este ciclo se lleve adelante a partir de la cátedra que se encuentra a mi cargo, del Ciclo "Dialogando desde el Sur" y del ciclo del Doctorado Intensivo), la Decana no dudó, ni un solo minuto, en que el sitio para conversar algunos aspectos sobre la obra de JULIO BERNARDO MAIER era el Salón Rojo, no era ni el Aula Magna, ni el Verde, ni el Azul: era el Salón Rojo. Es decir, que nosotros, en este momento, estamos en el Salón Rojo porque MÓNICA decidió que nos reuniésemos acá.

¿Por qué JULIO MAIER? JULIO es una suerte de *rara avis* en el mundo del derecho. En principio, por la eminente formación jurídica que tiene (no todos hemos tenido el privilegio de nacer en Córdoba, donde él se formó). Además, ha realizado estudios en el extranjero y es una persona que ha tenido, como todos nosotros, una vida muy feliz, pero también ha tenido una vida infeliz. Entonces, cuando las personas, sobre todo los que nos dedicamos a la investigación, a la reflexión, a la dedicación, al pensamiento, a la enseñanza, al compartir con otro, vivimos situaciones que no son precisamente venturosas, nos sentimos

mal. Siempre recuerdo y menciono este gesto nobilísimo: se dice que GUSTAV RADBRUCH, que padecía una grave enfermedad, no pudo escribir sus últimos trabajos y parece que fue su mujer la que los copió al dictado, o alguno de sus discípulos; me parece uno de los actos de amor más grandes que pueden existir.

Hay otra razón poderosa por la cual JULIO MAIER está con nosotros: él es uno de los contados profesores de esta Facultad de Derecho, que yo conozco desde hace 40 años, que lee, traduce, entiende y comprende a todos los autores alemanes. JULIO se maneja de "primera mano" con los alemanes; no los cita por otra fuente, como hacemos nosotros que los citamos por otras fuentes. Es decir, toda la dogmática alemana en la obra de JULIO MAIER está traída directamente, específicamente de Alemania. JULIO tiene otra peculiaridad que lo hace todavía más valioso: no sólo ha sido juez, sino que ha sido abogado, y el hecho de ser abogado, para muchos de nosotros una actividad nobilísima que la hemos desarrollado (yo, por ejemplo, he sido toda mi vida abogado), hace que JULIO haya conocido las diferentes posibilidades que se situaban en una época en la que no abundaba ni Internet ni nada que se le pareciera, y en la que las obras jurídicas, quizás, se reducían a la obra de ALFREDO VÉLEZ MARICONDE u otros procesalistas. Él es oriundo de una provincia muy particular, de "avanzada" –no se me ocurre otra palabra–, porque ellos "avanzaron" de manera decidida en la reforma de los modelos procesales, hasta llegar a ideas novedosísimas que él, de seguro, va a mencionar.

JULIO MAIER no se encuentra en el final de su carrera, ni en el ocaso de su carrera; se encuentra en el mejor momento de su vida. Ha decidido, ha tomado por decisión (que es una decisión que yo admiro y que, ojalá, pueda tomarla algún día) dedicarse muchísimo más a las emociones que a las razones. JULIO no está desentendido del derecho, sino que está comprometido con todo ese mundo emocional. Todos los que hemos estudiado derecho en esta Facultad nos hemos nutrido de la obra de MAIER. Ahora bien, muy pocos han percibido, han tenido la capacidad, la sagacidad, la perspicacia para estudiar las primeras páginas, las primeras 75, 78 páginas de los *Fundamentos* de JULIO MAIER. Esto ha sido una peculiaridad, realmente una curiosidad, dado que en esas páginas MAIER, a diferencia de muchos, a diferencia del 98% de la dogmática jurídica, se presenta y dice: "éste es mi concepto de orden jurídico, y creo que el orden jurídico sirve para esto". Es una

obra absolutamente inusual, porque se trata de un procesalista penal; porque no le gusta, ni siquiera, que le digamos que el derecho procesal forma parte del derecho público; porque tampoco le gusta que le digamos que es penalista. Hay un montón de cosas que a JULIO no le gusta que nosotros le digamos, pero esto sí hay que decirlo, esto hay que reconocerlo, porque, desde la obra que hoy se analiza, publicada en 1990 o 1991 creo que por Hammurabi, él plantea decididamente su concepto de orden jurídico. ¿Qué más importante, entonces, para un jurista que plantear su noción capital sobre el orden jurídico?

En la última parte de su vida, JULIO es designado juez del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires. Muchas veces me pregunté si eso había sido bueno o había sido malo (quizás se lo vamos a escuchar decir a él, si le resultó bueno o le resultó malo). Al fin y al cabo, cuando alguien es designado juez de un Tribunal Superior de Justicia, lo máximo que puede hacer a lo largo de diez años podrán ser ocho, diez, doce sentencias, y discutir con sus colegas para ver cómo van a tratar las cuestiones. Ahora bien, es el único jurista en la Argentina que yo conozco, vivo, que dice que los jueces no producen normas individuales. Entonces, en una Facultad de Derecho, que se abre a las siete de la mañana y se cierra a las once de la noche, donde hay 21.000 alumnos en el grado, más de 5.000 en el posgrado (hay 26.000 personas) y casi 2.000 profesores repitiendo que los jueces producen normas individuales, es extraño encontrarnos con un jurista que dice: “señoras y señores, vamos a ponerle nombre a las cosas: si una norma es algo general, ¿cómo podemos llamar ‘norma individual’ a algo que realmente no es general?”.

Para ir redondeando, cabe aclarar que se encuentran presentes varias nacionalidades, no menos de diez. Hay jóvenes de Ecuador, de Bolivia, de Guatemala, de Brasil; también de Córdoba, quizás haya algún pampeano por ahí también. Hay gente de Fortaleza, de Curitiba, de Puerto Alegre, de Ceará, de Recife, de Minas Gerais, de Cuenca, de Quito, en fin, de todos lados. El motivo fundamental que nosotros privilegiamos es el siguiente: que la exposición, la disertación sobre la obra elegida, sobre el texto elegido, sea realizada por un doctorando de esta Facultad de Derecho elegido no por sorteo. La mitad de las personas que están acá vinieron especialmente para este acto; muchos han tomado la decisión de venir a la Argentina para participar

de este acto. JULIO me preguntaba: "¿qué es lo que tengo que decir?". Yo le decía: "JULIO, vos tenés que venir porque yo quiero que todos te conozcan, conozcan tu versación y conozcan tu erudición". Si acaso JULIO quiere considerar esto como un homenaje, puede tomarlo como un homenaje, porque es en realidad lo que queremos hacer. En todo caso, lo que nosotros queríamos era que él estuviese con nosotros y supiera lo que nosotros aprendimos de él y lo que podemos hacer con su obra. A muchos de nosotros nos gustaría, realmente, al llegar al momento de su vida, poder emular lo que él está haciendo. No más palabras.

Entonces, creo que esta enorme cantidad de méritos que tiene el Prof. JULIO MAIER hace que nosotros nos reunamos con él, que conozcamos de primera mano y que escuchemos esta sintética exposición, que va a realizar JOSÉ SCHUH, sobre el concepto del orden jurídico de JULIO MAIER. Hace seis meses que estamos preparando este evento, con el Prof. JOSÉ EDUARDO SCHUH, de Porto Alegre, que tiene un riquísimo y, por suerte, muy correcto español. Ha sido recientemente admitido por la Comisión de Doctorado y, aunque no es penalista, tampoco procesalista, es una persona que posee una enorme capacidad analítica y una profunda vocación por la Filosofía del Derecho. Lo más probable es que la inmensa mayoría de los que estamos aquí presentes tengamos una inclinación hacia la filosofía analítica.

La dinámica será la siguiente: JOSÉ hará la exposición y, luego de la exposición, naturalmente, escucharemos al Prof. MAIER. Se encuentra presente el Prof. LUCAS BETTENDORFF, a quien agradezco la generosidad de cedernos el Salón Rojo para este acto tan importante. Llevará adelante la moderación MARIANA DANIEL, llegada especialmente hoy a la mañana de Brasil para hacer la moderación de este evento. Le vamos a ceder, entonces, la palabra a JOSÉ SCHUH y luego sí, nos vamos a enriquecer y deleitar todos con las opiniones de JULIO MAIER, que de seguro se va a pelear con algo de lo que yo dije, porque es la personalidad natural de JULIO; todos lo conocemos. Algo que omití: no hay mérito académico que JULIO no haya alcanzado. En consecuencia, todos los que estamos acá presentes y que desintegramos todas nuestras vidas entre la razón y la emoción, porque creemos que a través de la razón podemos construir todos nuestros méritos académicos, debemos saber que JULIO ha logrado absolutamente todos los méritos

académicos. Hay pocos profesores en esta Facultad de Derecho que reúnan la cantidad de méritos académicos que tiene JULIO BERNARDO MAIER; hasta fue presidente de un juicio político de destitución de un Jefe de Gobierno; y, por esos avatares del destino, por esos avatares del destino de la República Argentina hasta podría integrar la Corte Suprema de la República (que ojalá suceda). MARIANA, adelante, la escuchamos.

MARIANA GASBARRA DANIEL: Buenas tardes a todos. Como el Prof. Dr. FERREYRA ya adelantó el 90% de todo lo que yo iba a hablar, sólo me queda agradecer a los que están acá para escuchar la charla de reflexiones jurídicas sobre el orden jurídico en la obra de JULIO BERNARDO MAIER. Haré la presentación del ponente doctorando, JOSÉ EDUARDO SCHUH, para que conozcan un poco de su vida académica. Pido permiso para hacer una breve lectura de su vida académica:

“SCHUH es brasileño; abogado recibido en la Pontificia Universidad Católica de Río Grande del Sur, Brasil, en 1985; especialista en Derecho Fiscal por el Instituto Brasileño de Estudios Fiscales –IEF–, en 2004; especialista en planificación fiscal y corporativa por la Asociación Paulista de Estudios Fiscales –APEF–, en 2007; admitido en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el año 2014; profesor ayudante de segunda de derecho constitucional de la cátedra del Dr. RAÚL GUSTAVO FERREYRA desde el año 2015; autor de numerosas producciones científicas en el área del derecho público; autor de capítulos de libros; autor de los libros *ICMS Lei complementar n.º 87/96 e IPI Questões Atuais*”.

Saludo también al Director del Seminario, Dr. RAÚL GUSTAVO FERREYRA, quien esta mañana estuvo coparticipando como ponente en la II Jornada Internacional, juntamente con el Dr. ALBERTO DALLA VIA, hablando del tema del Estado democrático y el control democrático. Seguramente, está conectado con el tema de la ponencia de hoy, que trata de la noción de derecho y que habla del orden jurídico a partir de la percepción del Dr. JULIO MAIER, quien presenta como raíz y razón de todas sus consideraciones científicas. Se trata de un concepto de derecho sintetizado en las sentencias de “producto cultural con contenido formal”, entendido “como un conjunto de normas vigentes en un tiempo y lugar determinados”, cuyo objeto es aclarar el sentido de la función práctica y de la función social como medio

de control social. Así que vamos a hablar de ontología jurídica, sobre todo ontología formal, que presenta la oportunidad de profundizar el conocimiento sobre el objeto de estudio del derecho, a partir de las indispensables lecciones del Dr. JULIO MAIER.

JOSÉ EDUARDO SCHUH: Gracias. Buenas tardes. Yo estoy con una tarea muy compleja que es analizar la obra, sobre todo la parte inicial de la obra *Derecho procesal penal*, de JULIO BERNARDO MAIER. Desde ya agradezco la distinción de permitir que yo haga ese análisis y pido perdón, maestro, pero voy a mencionar su nombre siempre por su apellido, por MAIER. No es una cuestión de falta de respeto, pero es necesario para que podamos adentrarnos en el tema de la cuestión. Antes de comenzar, tengo que agradecer a la Universidad de Buenos Aires por la acogida, por permitir este evento y mi participación y, sobre todo, por permitir mi ingreso en el doctorado y ahora en la función de docente. Sobre todo, quiero agradecer al Prof. RAÚL GUSTAVO FERREYRA y a todos los componentes de su cátedra, muchos aquí presentes, es un honor y un privilegio; a mis amigos doctorandos y a ustedes.

El profesor MAIER emprendió una cuestión trascendente, al menos para mí que, como dice el Prof. FERREYRA, tengo una apreciación muy relevante por la cuestión del derecho analítico: MAIER emprendió una definición de derecho, de orden jurídico y de norma jurídica antes de comenzar su gran obra. Y son esas definiciones las que garantizan la coherencia y la unidad de su obra. Esas cuestiones que MAIER presenta en el texto "El orden jurídico", analizado a continuación, son decisiones ontológicas que todo científico debería –pero muchos no hacen– tomar como condición inicial, pre inicial, de su obra, de cualquier estudio, de cualquier elemento de análisis jurídico y, sobre todo, de una tesis doctoral. Comienzo entonces con mi exposición.

Ontología jurídica: Reflexiones sobre el orden jurídico a partir de la obra de JULIO BERNARDO MAIER

## I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la ciencia del derecho, existen ciertas nociones que no tienen una definición pacífica. Entre ellas se encuentran, a pesar de su separación conceptual, las cuestiones relativas al contenido –y

una especial calidad de ese contenido, el ser vigente–, la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico. La toma de posición de un estudioso del derecho frente a las corrientes científicas en boga (o su innovación) representa la adopción de actitudes fundamentales en la construcción de una idea, doctrina o tesis coherente y sólida.

La obra de JULIO BERNARDO MAIER ofrece la oportunidad de profundizar en las categorías elementales del derecho y de su estudio y, por ende, en la determinación de premisas esenciales en un razonamiento jurídico consistente. El presente estudio se concentrará en el texto “El orden jurídico”, del libro *Derecho procesal penal*, tomo 1, “Fundamentos”, publicado en 1996. Allí MAIER sintetiza como raíz y razón de todas sus consideraciones científicas su concepto de derecho del siguiente modo: “el derecho es, por lo demás, un producto cultural, esto es, un resultado de la actividad humana” que tiene su “contenido formal” como “un ‘conjunto de normas vigentes en un tiempo y lugar determinados’”, cuya “única manera de comprender su objeto es aclarar su sentido, la función práctica (social) que cumple, el fin para el cual existe o es creado”; pues el “derecho sirve a su función, como medio de control social”.

Por lo tanto, siguiendo a NICOLA GUARINO (en su obra “Some Ontological Principles for Designing Upper Level Lexical Resources”), la ontología –sobre todo la “ontología formal”– presente en la doctrina de MAIER permite profundizar el conocimiento del objeto de su estudio: el derecho a partir de la investigación acerca de la teoría de las partes (“mereología”) y de la teoría del todo (“mereotopología”). De este modo, se podrán analizar las cuestiones relativas al fenómeno normativo, todas con fundamento en las indispensables lecciones de MAIER.

## II. LA MEREOLOGÍA DEL DERECHO: LA NORMA JURÍDICA

Un análisis ontológico no puede prescindir del estudio de las partes que componen un objeto dado y su funcionamiento. Para comprender esa entidad social y cultural que es el derecho, es fundamental responder a dos cuestiones: 1. ¿Qué factores indican que algo es parte de una cierta entidad?, y 2. ¿Hay diferentes especies de objetos-parte de una misma entidad? Respecto al derecho, hay consenso de que su

objeto-parte es la norma jurídica, la "unidad elemental del orden jurídico". Entonces, aquí se emprenderá una investigación mereológica de este elemento que compone el derecho.

### *A. La norma jurídica como norma general y abstracta*

MAIER define la norma jurídica del siguiente modo:

... un esquema abstracto que une una consecuencia jurídica a un comportamiento, que describe conceptualmente por sus notas características: es, así, una hipótesis de comportamiento futuro posible que determina su valor jurídico y que se dirige a la generalidad, a todos como posibles realizadores de acciones positivas y concretas (u omitentes de ella) abarcadas por ella, con el fin de inducir a los habitantes a comportarse de determinadas maneras y posibilitar que con su comportamiento logren determinadas pretensiones y se conecten con sentido en la vida de la relación [en comunidad].

Restringiendo el análisis de la definición a su aspecto normativo, se observa que MAIER propone la caracterización de la norma jurídica condicionada a la realización de las siguientes propiedades: abstracibilidad, generalidad, deonticidad y prospectividad. Según MAIER, sólo una norma que responda en forma afirmativa a esas propiedades tiene la propensión a ser denominada norma jurídica.

En primer lugar, MAIER asevera que la norma, para pertenecer a un orden jurídico, tiene que ser abstracta, es decir, "desvinculada de individuos particulares y de actos concretos", puesto que la norma tiene por objeto "una acción (final)" y se reviste de la "forma ideal". En otros términos, la norma jurídica debe ser dirigida "a todos quienes en algún momento y lugar –durante su vigencia– tienen capacidad para llevar a cabo acciones que ella prohíbe, manda o faculta a realizar para obtener ciertas consecuencias". El autor asevera que "la norma es, por necesidad, abstracta y, como tal, desvinculada de un caso o individuo en particular". Aduce que esa "necesidad" (propiedad esencial para la configuración de la norma como jurídica, calidad inmanente de la norma jurídica) impone la característica de que sólo la norma que introduzca motivaciones para la conducta de los individuos, con propensiones a su condicionamiento, ejerce una influencia que puede representar una "regla de cálculo" de las conductas de los ciudadanos.

En segundo lugar, la característica de generalidad no significa que no hay un destinatario para sus preceptos. La norma jurídica es dirigida de modo general “a todos aquellos que durante su vigencia reúnan” las condiciones en ella prescritas. Así es que la norma jurídica es necesariamente general, si bien MAIER admite que “existen reglas menos generales que otras, por el solo hecho de que estas ‘normas especiales’ [o menos generales] restringen el círculo de personas en las cuales puede concretarse el deber o la facultad” establecida en la norma. En otros términos, las normas pueden tener “un alcance más [o menos] amplio, pero sin desconocerse que aquí no se está aludiendo al mismo fenómeno que se menciona bajo la pregunta del destinatario, sino al número mayor o menor de personas o de situaciones que la regulación de la norma abarca”.

En tercer lugar, MAIER apunta el carácter deóntico como propiedad inherente de la norma jurídica, aseverando que el sentido de ese esquema abstracto surge de la unión que establece entre “una consecuencia jurídica a un comportamiento, que describe conceptualmente”. El autor acepta el carácter antinatural de una causalidad propia del derecho, puesto que es inaugurada por la norma jurídica, y, como efecto, sometida a una regla lógica particular, esto es, la inferencia implicacional. Sin embargo, MAIER rechaza el propósito único o predominantemente mandamental-sancionatorio del derecho o de la norma jurídica, expresado en las teorías monistas (teoría de los imperativos). Según él, el derecho (y la norma jurídica) admite consecuencias premiales, además de sanciones. Se percibe, con propiedad, que la coacción (o sanción) no es apuntada por MAIER como una de las propiedades que confiere el carácter de lo jurídico a las normas del sistema del derecho. Eso es inexorable, primero, porque hay normas jurídicas que prescinden de la sanción y todavía existen y son válidas; y, segundo, porque la propiedad de la coercitividad es del sistema, y no de la norma jurídica. Como bien afirma RAÚL GUSTAVO FERREYRA (en su obra *Notas sobre derecho constitucional y garantías*), “No hay mayores dificultades para reconocer que la coercibilidad es una propiedad del ordenamiento jurídico, y no el de la norma reputada de modo aislado”.

Por último, la norma jurídica ha de ser prospectiva, es decir, sólo es norma jurídica si describe conceptualmente “una hipótesis

de comportamiento futuro posible que determina su valor jurídico". MAIER justifica la necesaria prospectividad de un orden jurídico dado que su función práctica es "inducir a los habitantes a comportarse de determinada manera y [...] posibilitar que con su comportamiento logren determinadas pretensiones y se conecten con sentido en la vida de relación" social.

En síntesis, el iusfilósofo argentino asevera que la norma, revestida de las propiedades que la tornan jurídica o perteneciente a un determinado sistema jurídico, realiza un

esquema lógico [que] consiste en conectar la descripción abstracta de una clase de acciones u omisiones con alguna consecuencia jurídica; reglas que van dirigidas genéricamente al comportamiento futuro de todos aquellos que integran una sociedad bajo determinado orden jurídico, en un intento válido por proporcionales los parámetros valorativos que posibilitarán su acción futura dirigida a fines.

Por ende, las normas jurídicas

son esquemas hipotéticos dirigidos al único ámbito que pertenece al hombre –el mundo futuro y posible– que no es determinado férreamente de antemano por la causalidad natural, sino determinable por el hombre mediante su capacidad de proponerse fines, anticipar desarrollos y llevarlos a la práctica con mayor o menor aproximación.

Expresada en un modo imputativo o prescriptivo, la norma jurídica es el fundamento del deber ser de la lógica deóntica que permea la operación de un sistema del derecho.

### *B. La norma individual y concreta*

Según MAIER, a diferencia de la norma típicamente jurídica, la norma individual y concreta se resiente de las cuatro propiedades necesarias para su caracterización como jurídica. En otras palabras, no es abstracta, ni general, ni deóntica, ni prospectiva. Entonces, según esa conclusión inevitable, MAIER deduce que la norma individual y concreta

no menta una clase genérica de acciones de posible acaecimiento en el futuro, sino que reconstruye –cuando puede– una acción singular ya sucedida

que, con fundamento en un principio valorativo (una norma) acarrea una consecuencia determinada.

De este modo, MAIER comprende la norma individual y concreta como un acto exento de carácter prescriptivo –un acto jurídico, es verdad, pero sin la caracterización de una norma jurídica propiamente dicha–. El autor resalta que debe rechazarse la superposición entre “las condiciones de validez de un acto –la sentencia [el ejemplo clásico de norma individual y concreta]– con las condiciones en las que emerge un deber”, cuya realización sólo es posiblemente válida por medio de una norma general y abstracta.

MAIER asevera que

esta apreciable diferencia [entre las normas generales y abstractas e individuales y concretas] es la quiere ignorar la afirmación de la existencia de una ‘norma individual’, pues la teoría no significa aceptación convencional del término [...] sino que implica una afirmación categórica a partir de la cual se construye con resultados funestos.

Según su perspectiva, la norma individual (o singular), es una

decisión que aplica normas como fundamento de su solución [...] actos de aplicación del derecho –en especial las sentencias judiciales, pero también las decisiones de otros funcionarios que según reglas de competencia cumplen la misma función– constituyen normas –individuales– vinculantes (órdenes coactivas).

En definitiva, MAIER concluye que, no obstante pertenecer al orden jurídico (una “decisión por la que se aplica el derecho integra el orden jurídico o es un eslabón de él”), en razón de su exención de las propiedades esenciales de las normas jurídicas, la norma individual y concreta “no es una norma, ni posee sentido normativo, sino un hecho concreto, valorable, como otros, por referencia a normas”.

### *C. Los dos puntos de vista de la operación de las normas jurídicas: ex ante y ex post*

Es relevante cómo MAIER define su posición en cuanto a los dos puntos de vista de la operación de las normas jurídicas: *ex ante* y *ex post*.

Coherente con sus definiciones de derecho y norma jurídica, reconoce la imperiosa función motivante de esos dos institutos. Sostiene con propiedad:

"En el ámbito de la vida práctica, el hombre, para decidir si obra o omite obrar, necesita conocer tanto reglas del mundo físico como del mundo normativo". Si la acción humana (incluyendo la omisión) es comprendida como un proceso con sentido, y no sólo como una mera intervención muscular (o falta de intervención), es claro que ella debe ser programada para que conduzca a la meta deseada. Dando por supuesto el mundo de los conocimientos físicos (también referido a reglas y no a algo singular, concreto o real), la única forma de programar la acción futura, desde el punto de vista normativo, es referirla anticipadamente a reglas –normas– abstractas de comportamiento.

El sentido jurídico vehiculado por la norma jurídica, como presupone MAIER, ha de ser presentado como una regla de cálculo que permita al individuo (en cuanto destinatario general) valorar la conducta y decidir accionar (o omitir) de modo consciente respecto a la consecuencia implicada por la norma jurídica. Eso sólo es posible dada la antecendencia de la norma con relación a la conducta (prospectividad). En efecto, es la función motivante –perspectiva normativa *ex ante*– la que permite al individuo (en cuanto destinatario general de la norma jurídica) "conocer cuál es el valor y la consecuencia normativa que cabe esperar de la acción", sentido o "cálculo normativo", como apunta MAIER.

Al respecto, cabe citar una precisa sentencia de MAIER:

Normas son así, en principio, patrones de comportamiento (descripción de clases genéricas de acciones u omisiones) que se dirigen al mundo de lo *posible*, vale decir, desde el punto de vista que ahora tratamos, a la voluntad que gobierna las acciones reales o concretas que se desarrollarán en el futuro. Con ello, el mundo normativo y el derecho como una representación parcial de él, no se ubica en el plano de lo *ideal* absoluto, a la manera de la matemática o la lógica como ciencias puras; se trata, antes bien, de una *ciencia aplicada*, para la cual la *praxis* humana es lo único importante: la determinación valorativa concreta de acciones –u omisiones– aún no sucedidas, pero factibles de llevarse a cabo en el futuro.

Ahora bien, MAIER apunta otro punto de vista posible de la norma jurídica: la perspectiva *ex post* o función crítica. En esa perspectiva

normativa se emprende una mirada al derecho después de que la acción se llevó a cabo. MAIER resalta que tanto para la función crítica del derecho como para la perspectiva *ex ante* el “fenómeno es el mismo en esencia”, pero en la perspectiva *ex post* el sentido normativo pretendido por el derecho y por la norma jurídica son preservados sí o sí, usados “como metro al sistema del justiciable”. En otras palabras, aparece, ante la necesaria fundamentación por parte del autor del acto normativo crítico, “en normas preexistentes y no en su voluntad soberana, el vínculo de la decisión con la regla que rige el comportamiento de los ciudadanos”. En suma, para el cálculo normativo hay que tener un mismo parámetro, tanto en la perspectiva *ex ante* como en la *ex post*. Éste es el modo único de preservación de la coherencia sistémica: la conducta humana realizada bajo un valor dado o sentido establecido en norma jurídica sólo puede ser criticada (o juzgada) en perspectiva de ese mismo valor o sentido. En conclusión, si la función motivante permite el condicionamiento de la conducta de los humanos, la función crítica (perspectiva *ex post*) posibilita modificar estados indeseados por el orden jurídico.

MAIER observa:

Tanto la función motivante como la crítica de las normas –en realidad una única función observada desde dos ángulos diferentes– le permiten al derecho cumplir aquella que le es característica: ser *medio de control social*. Si se rechaza esta presentación del derecho, se renuncia también a una de las funciones más importantes que él cumple. Cualquier sistema jurídico se crea con la pretensión de que las personas se gobiernen por sus pautas de comportamiento, absteniéndose de llevar a cabo acciones prohibidas o llevando a cabo las mandadas, o bien valiéndose de sus reglas para modificar estados o situaciones en la vida de relación.

#### *D. Las diferentes clases de normas jurídicas*

Como el objeto a priori de la ciencia del derecho es el derecho puesto, no se puede negar la existencia de diferentes clases de normas jurídicas en los sistemas jurídicos. Constatando diferencias funcionales y estructurales entre normas jurídicas puestas, Maier apunta tres diferentes clases de normas: normas de deber, normas potestativas y normas especiales de permiso.

Las normas de deber

separan dos mundos de acciones posibles, el de lo obligatorio de aquél de la libertad jurídica, en tanto prohíben o mandan, maneras de establecer el deber que, si bien aparecen como fenómenos prácticos distintos (infracciones de acción o de omisión), teórica y funcionalmente representan lo mismo: *prohibir* una acción significa mandar no llevar a cabo [...] es decir, establecer el deber de no llevar a cabo, y *mandar* una acción significa prohibir su falta de ejecución [...], esto es, establecer el deber de llevarla a cabo. La estructura formal de este tipo de reglas es doble: la primera oración describe una situación que implica la exigencia –el *deber*– de comportarse de determinada manera (omitir u obrar); la segunda une el comportamiento contrario a una consecuencia jurídica, la sanción. Según se observa, estas reglas traslucen una exigencia y cumplen la función de inducir a los hombres a comportarse de determinada manera, en determinadas situaciones.

### En cambio, las normas potestativas

separan el submundo de la libertad jurídica, estableciendo cuáles acciones de las que pertenecen a él son jurídicamente valiosas –esto es, provocan una consecuencia jurídica– y, por descarte, cuáles de ellas son jurídicamente indiferentes. La estructura formal de este tipo de reglas sólo conecta un comportamiento determinado a un efecto o consecuencia jurídica predeterminada. Ellas cumplen la función de posibilitar la interrelación –válida y con sentido– de los hombres en sociedad para la satisfacción de determinadas pretensiones; desde el punto de vista subjetivo cumplen la función antes acordada estableciendo facultades (a veces llamadas competencia o capacidad, por referencia a situaciones específicas, tanto públicas como privadas).

Por lo tanto, MAIER niega, justificadamente, el esquema tradicional y superado de normas imperativas y de competencia, y define la unidad elemental del derecho como más que imperativos (apoyados o no por sanciones) y normas de competencia. En rigor, se trata de

reglas cuyo esquema lógico consiste en conectar la descripción abstracta de una clase de acciones u omisiones con alguna consecuencia jurídica; reglas que van dirigidas genéricamente al comportamiento futuro de todos aquellos que integran una sociedad bajo determinado orden jurídico, en un intento válido por proporcionales los parámetros valorativos que posibilitarán su acción futura dirigida a fines. Las normas, así, son esquemas hipotéticos dirigidos al único ámbito que le pertenece al hombre –el mundo futuro y posible–, que no es determinado férreamente de antemano por la causalidad natural, sino determinable por el hombre mediante su capacidad para proponerse fines, anticipar desarrollos finales y llevarlos a la práctica con mayor o menor aproximación.

En otra posición se ubican las normas especiales de permiso (justificantes). Éstas “fijan con más precisión la división entre el ámbito de lo obligatorio y el de la libertad jurídica, inhibiendo, en ciertos casos, el funcionamiento de una norma de deber”.

Las tres clases de normas apuntadas por MAIER desempeñan los roles esenciales para la definición de patrones de comportamiento jurídicamente valorables, por ese medio de control social hacia la paz que es el derecho.

### III. LA VIGENCIA Y LA VALIDEZ

La vigencia es una calidad de la norma perteneciente a un sistema jurídico dado. Esa propiedad, según MAIER, cuya naturaleza es intrasistémica, determina la pertenencia de una norma a un sistema jurídico dado, siempre y cuando se desvele su adecuación de los procedimientos de creación y su idoneidad ante el contenido material a la regla de creación de normas. Es decir, la idoneidad para producir los efectos singulares de la norma de naturaleza jurídica depende de su conformación a normas que establecen “quién (competencia o capacidad), cómo (procedimiento legislativo) y, eventualmente, con qué contenido limitado se puede sancionar o poner en vigor una regla jurídica”.

La vigencia y la validez surgen de un proceder típicamente normativo. MAIER presenta un concepto relativo de vigencia: “relativo a que otra norma incluya o excluya del sistema a aquella por la que preguntamos”, a través de una “cadena de subordinación” normativa. Así, presenta una dimensión “normativa” de la vigencia y de la validez de la norma jurídica, en oposición a una visión “realista”, es decir, que “apoya la vigencia del derecho en las decisiones de ciertos funcionarios, generalmente los que lo aplican (jueces)”.

Entonces, la norma jurídica vigente, en la doctrina “maieriana”, es la norma válida, o si se comprueba “que el acto que la instituye fue realizado conforme a las condiciones previstas para su validez”. La norma válida está apta a provocar los efectos jurídicos (consecuencias) que le son propios.

#### IV. MEREOTOPOLOGÍA DEL DERECHO: EL ORDEN JURÍDICO

La ontología formal, además del estudio de las partes que componen un objeto dado (mereología), impone el deber de investigación del todo, es decir, del objeto en su integridad tanto constitutiva como funcional u operativa. Esa es la función ontológica de la mereotopología aplicada al derecho.

Complementar la teoría de las partes con la investigación acerca de la integridad del objeto de estudio confiere plenitud a éste e importa en responder preguntas tales como las siguientes: ¿Qué cuenta como todo? ¿En qué sentido se conectan las partes de un todo? ¿Cuáles son las propiedades de esa relación de conexión? ¿Qué papel desempeñan las partes respecto al todo? ¿Qué es el todo cuando se encuentra aislado del ambiente? ¿Cuáles son sus límites (fronteras)?

La existencia simultánea de normas jurídicas válidas y vigentes de distintas funciones presupone la admisión de que ese conjunto de enunciados prescriptivos funciona como un sistema.

##### *El orden del derecho como un sistema*

A partir de los fundamentos *supra* transcritos, MAIER conceptualiza el orden jurídico como "el conjunto o sistema de normas vigentes en determinado tiempo y lugar". Ese concepto establece la necesidad de una determinación clara del

significado de sus elementos componentes, es decir, la unidad elemental que lo compone (la norma) y la cualidad esencial que permite verificar el contenido material (político) de un orden jurídico determinado (su vigencia).

Aquí se observa una conceptualización maieriana de índole normativa, positivista, cuya conclusión inevitable es que el orden jurídico es un conjunto o combinación de elementos con funciones distintas y complementarias tendientes a formar un todo complejo y unitario.

Denominar "sistema" al conjunto de normas que componen el derecho significa reconocer que el comportamiento y la interacción de sus elementos se dan de un modo organizado. Así, el análisis sistemático permite una representación que comprende no sólo el ob-

jeto en sí mismo (el orden jurídico), sino también sus componentes, con el propósito de destacar una cierta cantidad de informaciones y atributos sobre aquello que es representado. De este modo, permite estudios sobre las relaciones y reacciones externas e internas y la magnitud/amplitud de la entidad en el contexto de su existencia (medio ambiente).

En razón del carácter normativista, es posible aseverar que el orden jurídico, según MAIER, es un sistema normativamente cerrado, decurrente de su autocontinuación diferenciada del ambiente, pero cognitivamente abierto y de abertura referencial extrasistémica. Por consiguiente, el orden jurídico es un sistema “autopoiético”, dado que su carácter autorreferencial no se restringe sólo a su estructura, sino también a sus componentes. En palabras de NIKLAS LUHMANN, el orden jurídico maieriano es un sistema que “constituye los elementos que lo constituyen a través de los elementos de los cuales es constituido”.

La validez de la norma jurídica –y sus criterios y ordenaciones– desempeña un importante rol en el orden jurídico definido por MAIER, pues “las relaciones que se dan entre las normas de un sistema jurídico dinámico se verifican a partir de las determinaciones para la creación normativa previstas en un sistema jerárquicamente organizado”, como ha sido expresado por CARLA HUERTA OCHOA (en su libro *Conflictos normativos*). En este sentido, en la obra basilar de MAIER el conjunto de normas jurídicas válidas y vigentes en un tiempo y lugar dados constituye la mereotología jurídica, el orden jurídico, el “todo” del derecho.

Construir un modelo de sistema para el derecho significa destacar las relaciones e interacciones internas e instrumentales del derecho (como un todo y de sus partes). El derecho merece ser representado como un sistema en un doble sentido. Por un lado, desde el punto de sus interacciones internas, en razón de la evidente verticalización normativa (jerarquía instituida por la Constitución, como evidencia MAIER) y la horizontalización (relaciones adaptativas y coordinativas de especialidad entre sus objetos-parte, es decir, las normas de deber, potestativas y permisivas). Por otro lado, desde sus relaciones instrumentales, el relevo de la concretización de sus valores o, en otros términos, de la ordenación social por medio del condicionamiento de las

conductas humanas futuras, según el concepto de derecho establecido por el jurista en referencia. Cabe aclarar que en esta ponencia se ha preferido la expresión "ordenación social" en detrimento de aquella adoptada por MAIER, "control social". Esta predilección se justifica en el carácter prospectivo, organizativo y meramente condicionante del término "ordenación", elegido en función de la presente concepción del derecho como un orden de libertades (en contraposición a la antigua concepción de un orden estatal/real) derivada de las dos revoluciones copernicanas del derecho –la Magna Carta y la Constitución estadounidense–.

Es forzoso reconocer las diferencias funcionales entre las normas jurídicas que componen un ordenamiento jurídico. Las imperativas (normas de deber) "exhortan a los individuos a emprender u omitir ciertas acciones" y "delimitan el ámbito de lo jurídico y de lo antijurídico", ejerciendo la función de "regla de cálculo" comportamental, y, por contraposición, en su espectro negativo indican "el ámbito de la libertad jurídica". Las normas imperativas, junto con las potestativas e instrumentales, establecen un funcionamiento del orden jurídico de preservación de las libertades individuales, propio de las democracias. El derecho provee las "condiciones estructurales de la convivencia", en la precisa sentencia de BIDART CAMPOS (en su obra *Los equilibrios de la libertad*). Así es que, como sostiene BARUCH SPINOZA, el derecho (y la norma) es la matemática de la libertad.

Ese conjunto de funciones estructuralmente ordenado a partir de la norma fundante y de jerarquía superior (Constitución) opera como un sistema de ordenación social tendente a la paz. Este sistema busca condicionar las conductas humanas a través de normas prospectivas, abstractas y generales que conectan una conducta de realización deseada a la consecuencia establecida para su cumplimiento/incumplimiento (premio o sanción). Además, está dotado de capacidad de instrumentalización, operado por sujetos de previa competencia otorgada y según procedimientos definidos con antelación.

La sistematización del derecho, positivada en el orden jurídico positivo –"combinación de reglas", como apunta MAIER–, posibilita la comprensión de los destinatarios de la norma jurídica acerca de los valores pretendidos, expresados en las conductas juridizadas, maximizando el suceso de la empresa de búsqueda de la convivencia social pacífica.

## V. LA RESPUESTA DE MAIER A LA PREGUNTA ¿LOS JUECES CREAN DERECHO?

El estudio analítico del derecho emprendido por MAIER permite enfrentar la cuestión sobre la naturaleza de los actos producidos por los jueces en el campo de la aplicación del derecho; en otras palabras, la pregunta de si los jueces crean derecho. El rigor ontológico de la doctrina construida por MAIER, en su aspecto esencialmente normativista, como se ha visto, establece la premisa de que la norma jurídica válida, además de producida por una persona competente de conformidad con una previa autorización normativa, tiene las cualidades esenciales de ser abstracta, general, deóntica y prospectiva.

En este sentido, según MAIER, el acto de aplicación del derecho producido por los jueces es en verdad un hecho concreto limitado por su necesaria referencia a normas generales y abstractas, con sujetos determinados y una determinación particular; es decir, se trata de una norma individual y concreta. En la teoría maieriana la norma individual y concreta “no es una norma, ni posee sentido normativo, sino un hecho concreto, valorable, como otros, por referencia a normas”.

Teniendo en cuenta que la norma individual y concreta es un acto exento de carácter prescriptivo, un acto jurídico, pero sin la caracterización de una norma jurídica propiamente dicha, sino que producido por las condiciones resultantes de un deber funcional establecido en una norma jurídica, se encuentra ausente el carácter normativo del hecho concreto producido por los jueces. Por lo tanto, según MAIER, los jueces no producen normas jurídicas propiamente dichas. En otros términos, la doctrina de MAIER conduce a responder que los jueces no crean derecho.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Con un análisis que utiliza el criterio más adecuado para cada circunstancia del derecho como un todo, constituido por sus partes que lo constituyen, MAIER plantea un esquema comprensivo del orden jurídico como un sistema complejo y unitario compuesto de elementos funcionalmente distintos y coordinados. El orden jurídico para MAIER tiene naturaleza normativista, es una combinación ordenada

y coordinada de normas generales y abstractas, prospectivas y deónicas, formal y materialmente adecuadas a las reglas de producción normativa, clasificables, en conformidad con su contenido deónico, en normas de deber, normas potestativas y normas especiales de permiso (justificantes), cuya función es servir de control social a través del condicionamiento de las conductas regladas por las normas jurídicas.

La empresa ontológica emprendida por MAIER realiza dos funciones esenciales a la ciencia del derecho. Por un parte, en términos generales, presenta un modelo consistente y pormenorizado del orden jurídico (como un todo unitario y de sus partes). Por otra, específicamente, introduce las premisas fundamentales de toda la obra *Derecho procesal Penal*, doctrina jurídica de la más alta categoría, cuya coherencia y relevancia deben muchísimo a las premisas mayores pre-establecidas en su capítulo primero, "Fundamentos", objeto de este análisis.

Éstas han sido, entonces, las conclusiones que tengo para ofrecer. Agradezco muchísimo la atención y la paciencia de todos y todas y, sobre todo, de JULIO MAIER, quien muy gentilmente oyó mis posiciones. Muchas gracias.

MARIANA GASBARRA DANIEL: Felicitaciones al exponente JOSÉ EDUARDO SCHUH por realizar la ponencia en español. Vale la pena recordar a todos los seminaristas (hoy más de 400, de más de 30 Estados) que todos los documentos han sido distribuidos antes del inicio de este Seminario, por orden del escritor y Prof. GUSTAVO RAÚL FERREYRA. Entonces, antes de pasar a las palabras del Dr. JULIO MAIER, hago una breve presentación de su vida académica:

El Dr. JULIO MAIER es abogado recibido en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, en 1963. Especialista en filosofía jurídica, derecho penal y derecho procesal penal, por la Universidad de München como becario. Premio *Revista de Estudios Procesales* al mejor trabajo jurídico de las II Jornadas Procesales del Litoral (Corrientes, Argentina), en 1971. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, en 1972. Investigador en el Seminario de Filosofía Jurídica en la Universidad de Bonn, como becario de la Fundación Alexander von Humboldt, entre los años 1976 y 1978. Profesor titular consulto de derecho penal y procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, desde 2006. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal

y Miembro Honorario de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Condecorado con la Orden de mérito del Poder Judicial de Guatemala conferida por la Corte Suprema de Justicia de ese país, en 2004. Miembro de honor de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, Sociedad Cubana de Derecho Procesal, en 2006. Doctor *honoris causa* en Derecho de la Universidad privada Antenor Orrego, en Perú, en 2006. Premio Konex 2006, concedido por la Fundación Konex de la República Argentina, en humanidades, por ser una de las cinco mejores figuras de la última década de las humanidades argentinas en la disciplina derecho procesal, internacional e integración. Premio Fray Antón de Montesinos, concedido por el Colegio de Abogados de la República Dominicana como reconocimiento internacional al mérito jurídico, en el año 2007. Es uno de los jueces que formó parte del primer grupo de jueces que asumió en el Tribunal, después de la reforma constitucional argentina de 1994, que estableció como Ciudad Autónoma a la capital, la Ciudad de Buenos Aires. También es autor de numerosas obras jurídicas, como *Derecho procesal penal. Sujetos procesales*, y alrededor de más de 100 artículos sobre derecho procesal penal, derecho penal y filosofía jurídica en publicaciones argentinas, latinoamericanas y europeas.

Ahora damos la palabra al Dr. JULIO MAIER y puede disponer de tiempo que quiera, porque es un honor para nosotros escucharlo y saber lo que piensa.

JULIO BERNARDO MAIER: Seré muy breve. Primero, porque todas las cosas que de mí se han dicho acá no son verdad, realmente. Me siento muy honrado por las palabras que todos han dicho de mí y me gustaría no hablar tanto, para dar posibilidad a los demás que han asistido a que planteen sus problemas. En segundo lugar, nunca quise hacer algo que trascendiera cuando escribí ese capítulo. En verdad, sólo me quise plantear un problema para poder resolver lo que iba a escribir en el futuro. Y ese problema es sencillo, tal como lo dijo el profesor SCHUH: se trata de dar una opinión acerca de qué es el derecho. Es decir, de qué se trata cuando hablamos de derecho. La simple razón que yo en ese momento tenía frente a mí es que, por ejemplo, cuando yo le preguntaba a un estudiante de medicina qué era lo que él estudiaba o qué era lo que él hacía, más o menos me respondía bien, directamente. Cuando le preguntaba a un estudiante de ingeniería, según las diferentes especialidades de la ingeniería, también me respondía bien. Pero cuando le preguntaba a un estudiante de derecho, el estudiante de derecho, realmente, no se daba a entender acerca de qué estudiaba o qué era lo que él pretendía. Esto provocó en mí la ne-

cesidad de, antes de escribir, comenzar a contestar ciertas preguntas, pero comenzar a contestármelas solo. Nunca pensé que un auditorio como el de ustedes fuera a creer que esto era importante. Era sólo importante para mí. En tercer lugar, con el tiempo fui aprendiendo que lo que yo planteé en el capítulo que ha sido motivo de discusión es una determinada racionalidad del orden jurídico en el momento actual; no se trata de que siempre el orden jurídico o el derecho haya sido exactamente lo que yo digo o lo que alguien piensa que es hoy.

Con respecto a una de las observaciones que se ha hecho, quiero decir lo siguiente: "hay otros derechos, que pueden ser irracionales, y esos derechos son tan válidos como los otros". Históricamente ha habido ciertos derechos orientados hacia poderes que no son los democráticos y, no obstante ello, han sido derechos que han tenido su efecto. Razón por la cual, con el tiempo fui aprendiendo que no depende sólo de esto, en ese sentido que yo digo que es un producto cultural del ser humano, sino que estimo que lo primero que hay que dar es una definición política de en qué marco definiré el derecho; en qué marco histórico cultural voy a definir el derecho. Porque se lo puede definir en otro marco cultural, por ejemplo, antes de la creación del Estado Nación y, entonces, seguramente, diríamos o predicaríamos otra cosa del orden jurídico.

Me interesa responder, muy brevemente también, a las diferencias que el expositor ha tomado con respecto a mis afirmaciones. Yo creo que pueden ser correctas, eso lo apreciarán ustedes. Estoy de acuerdo en que, en el derecho actual, el control puede significar poder; y "poder" surge de una única fuente, que son los ciudadanos; pero no siempre ha sido así, ni hay necesidad, para el futuro, de definir al derecho de esa manera. Vaya a saber cómo lo definirán quienes nos sucedan a nosotros; no lo sabemos todavía. Me parece correcto que una de las definiciones del derecho sea seleccionar propiedades reales para establecer ciertas consecuencias que el ser humano debe saber con el fin de poder operar dentro de la sociedad en la que vive, con el fin de poder actuar dentro de la sociedad en la que vive. Y, eso sí, no voy a aceptar que los jueces dictan normas. O, mejor dicho, el doctor SCHUH ha planteado que no las dictan, pero que una norma individual tiene algún valor.

Cuando una norma quiere prohibir el homicidio, dice “no matarás” o “el que matare a otro –como dice el Código Penal argentino– estará sujeto a tal y cual pena”. El juez no dice eso, el juez dice: “A mató a B”, directamente, y, entonces, le aplico, en el mejor de los casos o en casi todos los casos (porque esto depende de la propia función del juez), una pena dentro de lo que me permite o amenaza el orden jurídico. Acá, en este problema de la conocida como “norma individual”, entra el tema de la constitucionalidad, muy en boga en nuestro país en este momento. Yo soy sincero: si bien creo que la Ley 48, en el año que fue dictada, fue una ley probablemente progresista, creo que hoy es todo lo contrario. La Ley 48 y las constituciones que le dan a todos los jueces la posibilidad de decirle al Parlamento: “esto que ustedes han determinado, por tal y cual mayoría, no rige”, me parecen una ridiculez. A mí me parece algo ridículo que los jueces argentinos, cualquiera sea su calidad, conforme al sistema que nosotros creemos tener, por lo menos, y creemos que es constitucional, tengan esta capacidad.

Yo pregunto: ¿es racional que alrededor de 10.000 o 15.000 jueces en la República Argentina tengan el poder de enmendarle la plana al Parlamento nacional, directamente, después de que el Parlamento nacional se ha pronunciado sobre determinada materia? No me parece racional. Razón por la cual yo postulo –y no quiero hablar más sobre esto– una derogación de la Ley 48 y una nueva ley sobre competencia de los órganos judiciales. No me parece correcto que todos los jueces tengan el poder. Parece que en la Constitución del Brasil –no quiero opinar sobre eso, porque no la conozco del todo bien– esto es real, es decir, la Constitución le concede a cada juez la posibilidad de declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad. ¿Cuántos jueces habrá en Brasil?, ¿80.000?, ¿100.000?, que pueden enmendar la opinión política del Congreso de la Nación cuando el Congreso de la Nación dice: “lo blanco es blanco”, o “lo blanco es negro”, inclusive si lo dice mal (porque no todas las reglas son reglas aceptadas por nosotros, ¿no es cierto?). No me parece que esto sea racional, es decir, el sistema que nosotros creemos tener, o tenemos, me parece un sistema totalmente irracional. Yo abogo, en algunos pobres “articulillos” en diarios (para que los puedan entender alguna otra persona), por que la solución es crear una competencia distinta, sobre todo para la Corte Suprema, y ver, de alguna manera, de tratar este problema de la constitucionalidad.

Si me llevan más a la realidad, yo no puedo creer que el Congreso de la Nación haya dictado reglas jurídicas con relación a un tema de regulación por él, incluso con una aprobación por mayoría abrumadora que incluyó a casi todos los partidos políticos, y hace cinco años que todavía, acá, en nuestro país, no sabemos si son constitucionales o inconstitucionales. Y que, a pesar de que la Corte las declaró constitucionales, los jueces parece que no quieren aceptarlas individualmente en sus sentencias. Para mí, un juez no es nada más que un operario, un obrero –si ustedes quieren– que tiene cierta función dentro del Estado; lo mismo que la tiene el chofer del colectivo o del tren que lo lleva desde Tigre hasta Retiro para que yo pueda venir hasta aquí. Por supuesto que yo no niego órdenes jurídicos que pueden partir, y tienen todo el derecho, de esas realidades, es decir, cuando tres sentencias de tales jueces digan (las tres, una tras otras) que tal norma es inconstitucional, pues esta norma queda derogada. Como lo ha dicho el expositor, el orden jurídico regula él mismo las condiciones de su validez, directamente. De tal manera que un orden jurídico que parta de esa base, puede no gustarme a mí pero, de todas maneras, es válido. Pero no es el caso argentino. En el caso argentino, la jurisprudencia no es una norma jurídica. Más todavía, y nosotros –también los brasileros, también los nicaragüenses– la comprendemos porque tenemos –como hace 700 u 800 años– una organización judicial que no es horizontal sino totalmente verticalizada. De tal manera que, por los recursos, en definitiva, quien dicta el derecho es el tribunal que está en la cúspide y, por eso, los jueces pueden ampararse en lo que dice ese tribunal para creer –sólo creer– que no cometen prevaricato. Ahora bien, para mí cometen prevaricato. Yo debo juzgar conforme a lo que yo creo que me dice la regla jurídica en el caso que yo tengo que decidir, lo otro es prevaricato. Alguien me contestó en esta Facultad la misma pregunta con una afirmación. Algo así como: “era consciente de que la ley abstracta, parlamentaria, indicaba una solución, una solución injusta a mi juicio, por lo que decidí, como juez, crear derecho, esto es, aplicar una solución distinta a aquella que creía injusta”. Pues esto es, precisamente, un prevaricato punible; ningún juez posee ese poder salomónico.

Sin embargo –entre nosotros hay que decir la verdad–, se cita la jurisprudencia y hasta se dice: “yo no estoy de acuerdo pero, como

esto lo ha dicho tal o cual Corte, prefiero adaptarme a esa solución". Yo no creo, en definitiva, que la norma jurídica individual cumpla otra misión que no sea el tornar práctico, en un caso concreto, lo que la regla abstracta indica; o intentar tornar práctico, en un caso concreto, aquello que la regla abstracta le dice; pero no que sirva como parámetro de juzgamientos futuros. Para eso sólo hay que, por lo menos, pensar en una organización judicial ordenada verticalmente. Ésta no es la única organización judicial existente; se puede pensar una organización judicial horizontalmente. Allí no discutimos tanto sobre los remedios en contra de las decisiones que alguien puede creer erróneas, sino que discutimos acerca de cuáles son la clase de jueces y la cantidad de jueces que necesitamos para que una decisión sea justa, digamos, dentro del orden jurídico.

Yo creo que esta discusión política es mucho más importante que comenzar a instalar recursos. Más todavía, me parece que uno de los problemas graves del orden jurídico –universalmente, no sólo para nosotros los argentinos– es el tiempo que duran los procesos. Con sólo el tiempo que duran –yo no sé en Brasil o en Nicaragua–, pero con el tiempo que duran en mi país (casi una década, digamos; una generación le pasa a la próxima el problema, directamente, para decidir), con ese tiempo –perdónenme la expresión– nos van a “echar a patadas” de esta Facultad y acá van a hacer cualquier otra cosa, porque no sirve para nada. El peor enemigo universal de la administración de justicia es, precisamente, el tiempo que necesita para decidir. Y en esto colabora ese sistema vertical que yo les he expresado. Si no existiera ese sistema vertical –yo no digo que sería rápido, la justicia necesita cierta lentitud–, pero tampoco llegaría a los extremos que hoy llega la administración de justicia.

Pues bien, yo les agradezco que hayan creído importante lo que yo he escrito pero, realmente, no lo escribí para eso. Lo escribí para solucionar una pregunta a mí mismo, una individual antes de poder seguir escribiendo sobre cosas mucho más sencillas.

MARIANA GASBARRA DANIEL: Muchísimas gracias, Dr. JULIO MAIER, por sus consideraciones sobre el tema, por sus proposiciones que nos ayudan a entender mejor todas las dudas. Quiero aclarar a los seminaristas aquí presentes que muchos de los artículos a los que hizo mención JULIO MAIER están disponibles en el sitio web del Diario *Página*

12, para los que quieran dedicarse a su lectura. Allí encontrarán más de 20 artículos disponibles. Queríamos, también, agradecer la presencia de la Dra. ALICIA PIERINI, quien está aquí en este momento. Abrimos, entonces, las preguntas al público para el expositor o para el Dr. JULIO MAIER, quienes responderán las dudas de los asistentes.

RODRIGO VISSOTTO JUNKES: Soy de Brasil. Primero, felicito a JOSÉ por la bellísima ponencia. Tengo una inquietud sobre las interpretaciones del texto del Dr. MAIER. JOSÉ SCHUH tomó claramente, el sistema jurídico como un sistema "autorreferente" y "autorreproductivo". ¿Esto quiere decir que es un sistema cerrado?

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: Perfecto. Segunda pregunta. Las vamos a ir anotando, así después las redondeamos.

SEMINARISTA DEL PÚBLICO: Dr. SCHUH, usted en sus divergencias amistosas –respetuosas con el Dr. MAIER–, en la primera no reconoce, como MAIER, al sistema judicial como un sistema coercitivo, como un sistema de control social sino, más bien, como un sistema de prevención. Le quería preguntar si esto es un manifiesto de su voluntad, si es desiderativo o si usted verdaderamente cree que la agencia judicial está por fuera de la gran agencia política.

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: Tercera pregunta. SEBASTIÁN TOLEDO, ¿a quién va dirigida?

SEBASTIÁN TOLEDO: Al Dr. MAIER. Mi nombre es SEBASTIÁN TOLEDO, adjunto de la cátedra. Dr. MAIER, creo que la aclaración que acaba de hacer, hacia el final de su exposición, para muchos de los que estamos aquí es un bálsamo de aire fresco. Pero la pregunta que me queda es ¿cómo tratamos una norma inválida que pertenece al sistema jurídico? Es decir, ¿abandonamos el sistema difuso? O, quizás, si no le entendí mal, ¿le damos un voto de mayor confianza a la horizontalidad, si no hubiera verticalidad? Pero, en el fondo, termina siendo, de todos modos, desconfiable. ¿Pasamos a un sistema concentrado? ¿Dónde ve usted el orden conductor? Porque, si no, ¿cómo convivimos con la norma inválida perteneciente al sistema jurídico? Sencillamente, ¿la dejamos, los jueces se la olvidan?

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: Bien, tenemos otra pregunta para el Dr. MAIER, de CAROLINA MACHADO, de Brasil.

CAROLINA MACHADO: Es una pregunta semejante a una que ya se ha hecho, respecto a los sistemas autorreferentes y a los sistemas que

se autogeneran. Hay una dificultad, para mí, en la autorreferencia sistemática cuando nosotros tenemos un presupuesto, que es un presupuesto democrático –dicho por ustedes, también–: ¿quién crea el derecho? Quien crea el derecho son los legisladores. Entonces, ¿cómo es la relación del derecho con la política cuando pensamos en sistemas autorreferentes, es decir, la relación entre derecho y política en la autorreferencia sistemática? ¿La política está en el derecho o afuera del derecho?

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: Perfecto. Una quinta pregunta dirigida al Prof. MAIER de parte de DIEGO DOLABJIAN, de Argentina.

DIEGO DOLABJIAN: Profesor, muchas gracias por compartir la actividad. La pregunta para el Prof. MAIER es algo que expuso SCHUH y que quisiera saber si usted lo ratifica o lo rectifica, en cuanto a la idea de que el derecho puede ser racional pero puede no serlo y, si no lo fuese, ¿sería derecho igual? Y, si esto es así, si existe algún contenido material o sustancial que necesariamente tendría que tener el derecho para ser reconocido como tal; o si tal cosa no existe y el derecho, cualquiera sea su contenido, sería derecho igual, incluso cualquier sistema normativo, aun cuando fuese irracional. ¿Existe algún contenido mínimo, de alguna naturaleza, que sea predicable respecto al derecho para que tenga o merezca esa distinción?

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: Perfecto. Entonces, tenemos cinco preguntas: dos dirigidas al Prof. SCHUH y tres dirigidas al Prof. MAIER. Por una cuestión expositiva, propongo que primero responda el Prof. SCHUH las preguntas que se le han hecho a él y que, después, el Prof. MAIER le responda a CAROLINA MACHADO, a DIEGO DOLABJIAN y a SEBASTIÁN TOLEDO. No sé si hay alguno más que quiera hacer alguna pregunta.

SEMINARISTA DEL PÚBLICO: Sí, para MAIER. Con relación a que el derecho es cultura, yo estoy totalmente de acuerdo. Ahora, es una pregunta –yo tengo un problema con eso, estoy muy “trabado” con eso–: allá por el 30, se podría decir que había como un gran malestar que se había definido y que la cultura atraviesa ese malestar, en Alemania; 30 años después, había como un carácter afirmativo en la cultura. Yo he visto esto como un problema porque para mí es cíclico y hay una vuelta al malestar en lo cultural; y después, en algún tiempo, habrá otro carácter afirmativo. A lo que voy es que yo estoy totalmente de

acuerdo en que los jueces no crean derecho; ahora, no podría decir de la misma manera que las sentencias de un Tribunal Superior no generen cierto punto de cultura –entendido “cultura” como derecho–. Entonces, en ese sentido, tengo como una suerte de tensión, o una problemática, porque me estaría haciendo repensar lo que afirmo como claro en un principio, es decir, que una norma de un juez es individual o de menor categoría. En ese sentido, eso se refleja en el fallo Tanus del Tribunal Superior.

JULIO BERNARDO MAIER: Yo te pregunto ahora, vamos a dialogar un poco: ¿por qué un Tribunal Superior tiene que tener muchos jueces?

SEMINARISTA DEL PÚBLICO: No, me refiero a la onda expansiva de la sentencia.

JULIO BERNARDO MAIER: Parece que vos decís que no estás de acuerdo cuando el juez es único, pero cuando proviene de un Tribunal Superior, que tiene varios jueces, pareciera que el que sean varios le da una “validez”, ¿no?

SEMINARISTA DEL PÚBLICO: Yo sólo me refiero a la idea de la decisión mayoritaria o minoritaria, no a la cantidad de sujetos.

JULIO BERNARDO MAIER: Entonces interpreté mal yo.

SEMINARISTA DEL PÚBLICO: Lo que digo es que, quizás, en ese sentido sí se me hace difícil graficarlo o entender que no sea como un conflicto cultural. Eso es una problemática mía.

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: Perfecto. Tenemos una última pregunta que estaba dando vueltas por ahí. ¿A quién va dirigida?

SEMINARISTA DEL PÚBLICO: Indistintamente a los dos expositores. Escuché, muy atentamente, la exposición de ambos y sobre todo me pareció el encuentro o la disidencia entre ambos –por lo menos la que me pareció más importante– es acerca del carácter de los pronunciamientos judiciales, como norma jurídica, o la posición del Dr. MAIER en cuanto a que no es una norma jurídica. En el caso de considerarse “norma jurídica”, el precedente judicial, en el caso constitucional argentino, ante sentencias contradictorias –esto es algo que yo veo siempre, desde el ejercicio profesional–, ante la existencia de sentencias contradictorias, si yo considero que el pronunciamiento judicial es una norma jurídica, ¿no se estaría afectando el principio de igualdad frente al derecho? Ésa es la consulta que yo quiero hacer. Muchas gracias.

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: Perfecto. De acuerdo, entonces, a la mecánica que hemos establecido desde el año pasado en el Seminario, han quedado cerradas las preguntas. Va a contestar primero el Prof. SCHUH y luego va a contestar el Prof. MAIER. Adelante Prof. SCHUH.

JOSÉ EDUARDO SCHUH: Primero intentaré contestar la pregunta de RODRIGO, sobre la cuestión de que es un sistema autorreferente y autorreproducido, si es cerrado o no. Mi posición, por una opción jurídica, es que sí. Los sistemas son normativamente cerrados, o sea, las normas de los sistemas, las informaciones, las instrucciones y los contenidos producidos en el ámbito de los demás sistemas sociales no producen cualquier efecto en los sistemas jurídicos, porque no constituyen normas. Sin embargo, es obvio que yo afirmé —conuerdo con el Prof. MAIER y con el Prof. FERREYRA— que el derecho es una tecnología social. Entonces, hay una abertura referencial cultural. El derecho se apropia de informaciones culturales de los otros sistemas para modificarse, para actualizarse, para mantenerse como sistema jurídico válido.

Y ahí, por ejemplo, me anticipo desde mi opinión, que ni siquiera fue solicitada, a la pregunta de CAROLINA: la política, formando parte de un sistema de relaciones de normas jurídicas, está en un ámbito pre jurídico, pero ya no en el ámbito jurídico. La política puede, sobre determinadas reglas, producir derecho y, en algunos momentos, con los parlamentos; sin embargo, la práctica política no tiene ninguna influencia directa en el derecho, salvo cuando es producida mediante las condiciones de producción de normas, definidas en el derecho y sobre límites materiales definidos en cada orden jurídico.

Con relación a la segunda pregunta, en ese punto no hay divergencia entre el Prof. MAIER y yo. MAIER concuerda y apunta, con una elegancia increíble, la cuestión de que el derecho sirve a propósitos premiales, o sea, la coerción no es propia ni de la norma jurídica ni del sistema como hipótesis única. La coerción es una propiedad del sistema jurídico, pero no es la única forma de motivación para llegar al fin, al medio de control u ordenación social. Pero a mí me parece que una cuestión es muy importante. Primero, que hay ejemplos de derecho premial. Yo actúo en el área tributaria, en los impuestos en Brasil, y nosotros tenemos una norma premial en términos de impuestos que se llama *Bônus de adimplimento tributário*. La empresa o

la persona que paga sus tributos siempre en la fecha correcta, que no tiene ningún retraso, gana un bono, un premio. Hay muchísimas otras normas premiales en el sistema jurídico brasileño y estoy seguro de que también las hay en el sistema jurídico argentino, colombiano, en todos los demás.

A mí me parece que el tema también parte de la siguiente cuestión fundamental: desde lo que yo llamo la primera revolución copernicana del derecho moderno (la Magna Carta, que este año cumple 800 años), se produce el cambio de que la autoridad empieza en la Carta Magna –muy sencillamente pero empieza– a salirse del rey y pasa para algunos ciudadanos. Después, con la segunda revolución copernicana, eso se consolida: la Constitución estadounidense, que incluso torna jurídica la democracia, es la primera carta que torna jurídica la democracia. Entonces, nosotros no estamos, todavía, actuando en conformidad con ese cambio, que ya tiene 800 años. Nosotros todavía nos ponemos en la posición de súbditos, con la cual yo no concuerdo. Yo leo, en un libro maravilloso, una posición de un autor muy importante y buenísimo –no cabe ninguna crítica a MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ–, pero él habla del ámbito del súbdito y del ámbito del poder. No, el poder que hoy en día llamamos “de Estado” no tiene *auctoritas*; tiene algunas potestades muy limitadas. Nosotros, como ciudadanos, no atendemos a ese comando y no percibimos esa pequeña cuestión.

No sé si respondí su pregunta completamente, pero antes me gustaría corregir un pequeño error mío: tengo que hacer dos agradecimientos muy expresos. El primero es para la persona que me presentó, MARIANA DANIEL, por su atención, por su dedicación; MARIANA realmente trabajó para este evento, vino especialmente para este evento. Y la otra persona es JOHANNA ROMERO, que también ha hecho esfuerzos muy importantes para que nosotros tengamos este evento. Yo estoy a disposición para aclarar lo que no haya quedado claro.

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: Muy bien, muchas gracias. Ahora es el turno de JULIO.

JULIO BERNARDO MAIER: El primer problema: nosotros estamos acostumbrados a lo que quien preguntó llamó “sistema difuso”. Propongo que utilicemos el idioma de una forma un poco más clara: el sistema difuso le concede a todo juez, a toda persona que es catalogada como juez según el orden jurídico en la Argentina, la posibilidad

de no aplicar una norma por creerla contraria a la Constitución. Esto es lo que a mí me parece directamente ridículo. Yo no sé cuánto jueces hay en la Argentina, pero seguro más de 10.000, contando todas las provincias. A mí me parece que 10.000 personas se pongan de acuerdo es imposible. Primero, no es así; unos dicen que sí, otros dicen que no, y eso lo hemos presenciado de la mano de problemas modernos. Se puede establecer otros sistemas, un sistema que si quieren llamémoslo “concentrado”; puede ser “desconcentrado” también. Pero en donde no todo juez tenga el poder de discutirle al Parlamento la validez de sus reglas. Mejor dicho, ni siquiera discutirle, prácticamente derogar la validez de la regla. Eso, unido al sistema de norma individual, para mí provoca un resultado que me da miedo, realmente. En España, por ejemplo, se acude al Tribunal Constitucional; pueden acudir los jueces pidiéndole que en el caso que tienen que fallar hay una norma que ellos creen es contraria a la Constitución y, por lo tanto, le piden al Tribunal Constitucional que así lo declare. Aquí, en la Argentina, estamos acostumbrados a declarar inconstitucional una norma. Esto nadie lo ha dicho, ni nuestra Constitución lo dice. Lo que hace un juez realmente, cuando tiene este poder, cuando tiene el poder de comparar una regla inferior con una regla superior en un sistema no horizontal, digamos, sino que hay una de rango superior y otra de rango inferior, lo que hace es contemplar el orden jurídico y decir qué regla va a aplicar; y, dentro de esa contemplación, decir: “no aplico ésta porque se contrapone a esta otra que es de rango superior”. Pero no puede –como hacen nuestros jueces, y no sólo nuestros jueces, nuestra Corte Suprema– declarar inconstitucional, porque esto no existe. Lo que tiene que declarar es qué derecho aplica, y, a veces, es necesario que en los fundamentos diga por qué no aplica tal otro. No confío en que todos los jueces, el que sea nombrado mañana diga exactamente lo mismo que el que tiene 30 años de experiencia, o que el juez de paz de Bell Ville en Córdoba tenga la posibilidad de decirle al Parlamento nacional: “no te obedezco y aquí no tienes que hacer, el que va a regular el problema voy a ser yo”.

Esto es cuestión de estudiarlo, no es sencillo tampoco, pero hay sistemas que conceden mayor racionalidad a la posibilidad de hacer funcionar este sistema de reglas superiores y reglas inferiores. Creo, por ejemplo, que nuestra Corte podría funcionar con competencia

dentro de ese problema, de tal manera que cuando alguien sostenga en un pleito que tal o cual ley es inconstitucional, ya sea antes o después (esto es cuestión de estudiarlo), sea la Corte la que diga si la regla, con respecto a la Constitución de la Nación (con respecto a la Constitución Provincial será otro el tribunal superior), diga si esa regla se opone a la Constitución Nacional o no se opone, y tiene que aplicarla obligatoriamente. Sólo para dar un ejemplo, hay mucho que pensar en esto y hay distintos sistemas que pueden evitar esta irracionalidad que consiste en que todos los jueces puedan opinar; no sólo opinar, sino quitarle validez a una regla que ha sido aprobada por una mayoría *X* en nuestro Parlamento nacional, que es, en principio, lo que le concede vigencia.

Con respecto a la segunda pregunta, yo no dudo en decir que el derecho tiene una influencia política. Precisamente, al decir que es un producto cultural, tiene una influencia política y, lo que quise decir, una gran influencia política. Esta influencia política es lo que determina validez y vigencia, y mucho más en un sistema democrático, cuando la composición del Parlamento y las reglas que dicen la validez de las leyes nos explican qué mayoría necesitamos para sancionar ciertas reglas o dejarlas sin efecto, derogarlas. Esto, me parece a mí, que es absolutamente correcto y por eso, precisamente, visto ya no desde la atalaya de alguien que observa en un minuto el orden jurídico, sino de alguien que lo observa históricamente, es lo que yo trato de definir cuando digo que es un producto cultural del ser humano. Lo deciden los seres humanos, a veces conforme a sistemas muy racionales, otras veces conforme a sistemas que no tienen nada de racional, o al menos no son racionales en el momento en el cual estamos hablando; pero siempre se trata de reglas. El derecho romano, por caso, responde a la cultura del Imperio romano en el momento de JUSTINIANO, y JUSTINIANO era un político y su Senado también era político, y opinaba por eso. Por eso es que el derecho es un producto de la cultura humana.

La tercera pregunta no la comprendí. Yo anoté sólo "contenido mínimo", "condición de validez". Me preguntó acerca de si universalmente esto es así. Puede que no, por ejemplo, los ingleses suelen decir que lo que aprueba la reina en el Parlamento es ley, y allí no tienen ninguna otra condición de validez que aquella de que la reina lo

apruebe en el Parlamento, nada más que esto. Lo que quiero significar es que han existido históricamente una enorme cantidad de sistemas jurídicos, y a eso me refería yo. Me acordaba cómo surgió lo que ustedes llaman “capítulo” y, realmente, fue una pregunta que yo mismo me hice, pero lo gracioso del caso es que nunca creí que iba a tener la extensión que tuvo; creí, simplemente, que podía responderla en no más de diez renglones, y formó parte de un libro. Ese libro inspiró después este capítulo; libro que, en realidad, fue escrito en alemán. En principio no fue un libro, sino una intervención en un seminario como éste, que se llamó “Crítica al monismo normativo”. Cuando yo quise publicar eso con ese título acá –me acuerdo– Depalma no me pegó una patada y me sacó de la librería porque, los que se acuerdan, estaba abajo, así que era difícil pegarte para que salieras para arriba.

Pero yo creo que, en principio, no hay ningún condicionamiento y el derecho mismo –y eso lo ha dicho el profesor SCHUH también– es el que se autocondiciona, cómo o cuáles son los presupuestos para que sus reglas tengan valor, directamente. Bueno, puede haber (y han existido en la historia) sistemas de organización social que no tienen las mismas condiciones que exigimos nosotros para una regla jurídica. Piense en el siglo XV, XVI, cuando el rey tenía la palabra y lo que él decía, también en la Corte, era derecho directamente. No sé si he contestado bien a la pregunta. Debe haber, si concursamos los Estados en el orden universal actualmente (yo, por supuesto, no conozco todo), pero supongo que los chinos tienen un sistema muy distinto al nuestro. No lo sé, no lo conozco, pero lo supongo, no sólo por la cantidad de habitantes que tienen (que casi es inimaginable), sino por el territorio que tienen y, me parece, que tienen que tener, seguramente, un sistema jurídico distinto que el nuestro.

Con respecto a la cuarta pregunta, yo nunca he considerado la sentencia de los tribunales superiores, y voy a dar un ejemplo porque creo que nos podemos comprender mejor. El delito de usurpación, en nuestro Código Penal de 1921 (después sufrió alguna modificación su texto), necesitaba de la violencia o del engaño, es decir, del fraude para ser consumado. Es decir, no era un simple “me apodero de tu inmueble”, sino “rompo la puerta y entro, o la ventana, y entro, y después no te dejo entrar más, o, de alguna manera, te engaño diciendo ‘mire, vengo a arreglar la estufa, y me quedo adentro’”. Pues bien, co-

mentaré el caso de un encargado de casa de renta –nosotros decimos, entre nosotros, “portero”–. A este señor de pronto el consorcio (o sea, la reunión de los propietarios de ese edificio por departamentos) lo deja cesante, y el señor con su familia se queda en la casa que le provee el consorcio y es acusado por usurpación. Esto es posible cuando el derecho mismo pone condición de que un Tribunal Superior, compuesto de tantos miembros, dicta una norma con carácter abstracto y general. Yo creo que lo mismo sucede cuando regulamos la actividad de un Parlamento, así que yo creo que es correcto y posible. Bueno, el caso me imponía a mí el intento de saber qué hacía. El juez de instrucción le aclaró que había este fallo que tenía estas virtudes y que, por lo tanto, lo tenía que apresar directamente, someter a prisión preventiva y que lo iban a condenar de tanto a tantos años de prisión. Cuando el señor que estaba ahí supo esto, le dijo: “muchísimas gracias por instruirme, yo no conocía esto, ni conozco el tribunal que usted dice”, y se fue de la casa junto con su familia. El asunto llegó, sin embargo, a tener que dictar sentencia, y yo creo que el antiguo delito de usurpación es comisible sólo por dos medios: por la fuerza, por la violencia o por el fraude, por engaño. Si ni una ni otra están presentes y el señor portero sólo se había quedado en la silla, nada más que esto, no hay usurpación, y el caso es un problema a resolver por otra rama del orden jurídico que es parte del derecho público, pero parte del derecho privado, por ejemplo, el derecho laboral o el derecho civil, acerca de cómo hago para que este señor abandone lo que yo mismo le he permitido ocupar. Y ahí tuve el problema en la práctica. “¿Qué hago?, ¿le obedezco al tribunal u obedezco lo que yo creo que dice la norma, directamente?”. Yo preferí esto segundo. Yo preferí y dije: “lo otro sería prevaricato”, y ahí tienen expuesto, más o menos, la idea que yo tengo sobre la labor de los jueces. Los jueces reclaman independencia, pero resulta que dicen: “yo pienso esto, pero, sin embargo, voy a decidir conforme a esto otro porque lo dijo PÉREZ allá en alguna sentencia”.

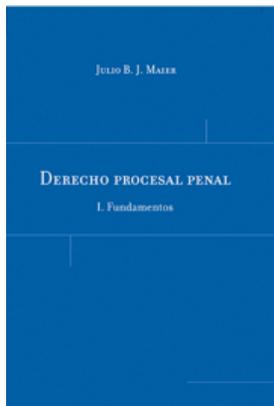
En cuanto a lo del precedente judicial, a mí me parece absolutamente legítimo que un derecho se funde en el precedente judicial. No me gusta, pero me parece legítimo. A mí no me gusta que los jueces dicten reglas; ojalá sean varios, o uno, o estén arriba en una Corte Suprema; no me gusta que los jueces dicten reglas, por eso no con-

sidero a la norma individual nada que obligue, en un sistema en que existe esta norma individual. Pero, claro, es posible que a la palabra de un juez, alguna regla le dé el valor de norma general, o de norma abstracta, de norma aplicable a cualquiera. Y yo esto no lo puedo discutir. No puedo impedirlo; no me gusta personalmente, que eso es otra cosa distinta. Pero considero legítimo que exista algún país en donde el mismo derecho aclare que las sentencias de los jueces conforman una norma general, o las sentencias de varios jueces, o varias sentencias de jueces repetidas en el tiempo. Sólo creo que éste no es el sistema que postula nuestra propia Constitución.

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: Quiero cerrar el evento con una consideración que había anotado de tipo doctrinario, pero en realidad cambiaré el título: es de naturaleza metafísica, como soy agnóstico impenitente, es de naturaleza metafísica y es un llamado de atención a todos los que estamos acá presentes. Se difunde por América Latina el positivismo jurisprudencial; hoy prácticamente para conocer la dimensión de los términos de las potestades gubernativas y de los derechos fundamentales, se acude a las sùmulas vinculantes o precedentes de los tribunales o cortes de justicia. Las personas que cuestionamos –no digamos duramente, no digamos suavemente, pero digamos férreamente– la discrecionalidad abierta del control jurisdiccional de constitucionalidad (y no me voy a comparar con JULIO pero somos, más o menos, él y yo), somos muy pocas. Entonces, a mí me llama realmente la atención que la crítica al control abierto, a la discrecionalidad jurisdiccional abierta en América Latina, que es más del 10% de la superficie del mundo, donde hay más de 600 millones de habitantes, esté formulada sólo por pocos pensadores que estén diciendo: “corresponde hacer una pausa, un nuevo debate crítico, porque da la impresión que desde la tesis auroral del MARQUÉS DE CONDORCET (1743-1794) (que fue el que inventó ese famosísimo teorema de agregación de las preferencias, la proposición o teorema sobre la mayoría) hasta ahora no se ha difundido ninguna idea mejor para la justificación o legitimación de que si tres levantan la mano para condenar y dos levantan para absolver, no hay ninguna diferencia de que si tres levantan la mano para nacionalizar el petróleo y dos levantan para decir que no”. Quiero decir que el acto de juzgar es objetivamente semejante al acto de legislar; una mayoría de legisladores

legisla del mismo modo que una mayoría de jueces juzga. La mayoría es el parámetro que contiene por igual a la legislación y a la jurisdicción. No hacen otra cosa jueces y legisladores; pensar que existe otro modelo objetivo es una aporía del pensamiento.

Se observa que la Facultad abre a las siete de la mañana, cierra a las once de la noche, vienen los profesores, enseñan los fallos de la Corte desde hace 162 años, y entonces, claro, esto se convierte en usinas reproductoras de discursos que no tengo, honestamente, una fórmula para cambiar. Lo único que sí puedo decir es que día tras día, minuto tras minuto, hora tras hora, cambio cada día más mis ideas acerca del control de constitucionalidad. Me inclino cada vez más al diálogo entre poderes o entre poderes y ciudadanía; sí al control, pero también sí al control sobre el control. Abandono la "borda del Titanic" jurisdiccionalista, porque choca con una democracia electoral y firmemente participativa.



*Esta obra del Prof. Dr. JULIO B. J. MAIER, singular y valiosa, se prolonga ya en una nutrida y productiva escuela que ha trascendido las fronteras del país y de América Latina.*

*En el tomo I, Fundamentos, Maier presenta el andamiaje constitucional y de los principios del proceso penal sobre el fondo de una minuciosa reconstrucción de su periplo histórico y ético, que excede en extensión, rigor y apoyatura bibliográfica, lo que suele ser habitual en las obras de carácter general.*

*Sumario: Capítulo I. El derecho procesal penal y su inserción en el orden jurídico. § 1. El orden jurídico. 2. El derecho procesal penal. 3. El derecho procesal penal y su vinculación con otras ramas jurídicas. 4. La ley procesal penal. Capítulo II. El derecho procesal penal como fenómeno cultural. § 5. El derecho procesal penal y su inserción en la historia política. § 6. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal penal argentino (principios relativos al procedimiento). § 7. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal penal argentino (principios relativos a la organización judicial). § 8. Principios políticos del derecho procesal penal argentino. Cartoné, 1996, 918 pp. 2.ª ed. actual. ISBN 987-99437-9-1. Cód. 016. Tomado de [[http://www.editoresdelpuerto.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=91:maier-julio-b-j--derecho-procesal-penal-t-i-fundamentos&catid=6:catalogo&Itemid=81](http://www.editoresdelpuerto.com/index.php?option=com_content&view=article&id=91:maier-julio-b-j--derecho-procesal-penal-t-i-fundamentos&catid=6:catalogo&Itemid=81)].*

