



¿Son punibles las decisiones de los jueces (y por extensión: las de los funcionarios judiciales)?

Por **Julio Maier**

Un conjunto de episodios judiciales recientes habilita al autor a plantear la necesidad de establecer la autoridad de la ley, o sea del poder del Congreso de la Nación, por sobre las decisiones de los jueces. Para ello, propone que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes sea suprimido y reemplazado por un tribunal nacional federal que asegure la unidad de la administración de justicia.

1.

La pregunta merece varias aclaraciones. La primera reside en que el juez es una persona y, como tal, esto es, “como cualquier hijo de vecino” (ciudadano o habitante), puede cometer —algunos solo como partícipe— cualquier delito del Código Penal. Más aún, algunos delitos —llamados especiales— solo pueden ser cometidos, como autores, por jueces (ver *prevaricato*, CP, artículo 269 y ss.). Parece que este significado de la pregunta no merece mayor aclaración. Los jueces pueden matar, hurtar, estafar, privar ilegítimamente de la libertad, someter a sevicias, tormentos, torturas y malos tratos o tratos degradantes, etc.

Pero la prensa común, los mismos jueces y cierto *establishment* jurídico y judicial han sostenido, en ocasiones, que los jueces no pueden ser sometidos a juicio por delitos o por mal ejercicio de sus funciones —cualesquiera que fueren esos juicios, incluso el político para su destitución— por las opiniones que vierten en sus decisiones. Y esto ya merece una pequeña aclaración. Nadie es, en principio, perseguible judicialmente por una opinión favorable o desfavorable hacia otra persona o respecto de alguna situación,

mientras se refiera a aquello que forma parte de lo público, por ejemplo acerca de lo que yo indicaré en este pequeño artículo, precisamente *de opinión*. Los jueces tampoco. Ellos pueden tener su propia idea política, o deportiva, o posición ideológica a favor o en contra de ciertos valores o disvalores, o de una persona o de una situación determinada, también “como cualquier hijo de vecino” (libertad de opinión), más allá del recato exigible a su profesión. El problema recién comienza cuando la opinión se refiere a la justificación de la decisión, a tomar una decisión en un pleito o asunto judicial, sea esta interlocutoria —interna del procedimiento— o definitiva —sentencia—. Del mismo modo, la opinión del árbitro de fútbol, por identificación con el equipo de sus amores o sus desamores, o acerca de cuál de los dos enfrentados debe o debió ganar el partido por ser mejor equipo que el rival, en nada parece desmerecer su opinión, pero otra cosa es cuando ella influye o determina una solución en la puja que le toca arbitrar: allí el reglamento vigente implica que una mano “intencional” dentro del área es penal, sin importar el color ni los merecimientos del equipo al que pertenece el jugador respectivo para la decisión del árbitro. Dicho sea de paso: los juegos deportivos o reglamentados son, desde hace tiempo, buenos ejemplos para el razonamiento correcto en materia jurídica, quizás porque su reglamento es neutro o sin referencia a valores desde el punto de vista normativo social.¹ De tal modo, tanto la acción de decidir un asunto judicial como la omisión de decidirlo pueden provocar un daño y, desde el punto de vista penal, constituir el comportamiento típico definidor de un delito.

2.

Existen numerosos ejemplos que simplifican el conocimiento de estas afirmaciones. El juez que extrae un arma y mata a una persona sin justificación alguna o el que somete a un condenado a la pena de muerte, inexistente en nuestro derecho, y la ejecuta, por sí o por intermedio de otro, el verdugo, comete el delito de homicidio; el que evita pasar por la caja de un comercio alguna mercancía escondida entre sus ropas, comete un hurto, lo mismo que aquel que decomisa un bien del autor de un delito en su beneficio conociendo que el bien decomisado no es ni elemento ni producto del delito imputado o que la imputación es injusta o, al menos, no confirmada

¹ Ver Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción Carrió, Genaro, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 51; ver también Maier, Julio B. J., *La función normativa de la nulidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2ª edición, 2013, p. 123.



por sentencia firme, es un delincuente, un ladrón —más allá de toda discusión sobre su encuadre jurídico—. Sin ir más lejos, es claro que el juez que no dirime el asunto a decidir en el tiempo previsto por la ley, la corrompe, esto es, comete al menos una falta grave, que solo podrá justificar en caso de imposibilidad material de realizar la acción. El juez que no libera a un detenido preventivo o a un condenado que ya ha cumplido prisionero el plazo máximo que la ley manda, o que lo encarcela ilegítimamente, comete al menos el delito de prevaricato (art. 270, CP) y el de privación ilegítima de libertad (arts. 141, 143, incs. 1º, 2º y 6º, y art. 144 bis, inc. 1º, CP).² El juez que, en conocimiento de una enfermedad maligna del prisionero, que no puede ser atendida correctamente en la enfermería de la cárcel, impide que lo trasladen a un establecimiento médico competente para atender esa enfermedad del modo indicado por la ciencia médica, y el enfermo muere o queda lesionado en su salud por ello, comete el delito de homicidio o de lesiones (arts. 79, 89 y ss., CP), en su caso, o de omisión de auxilio (art. 106 y ss., CP), según ordene positivamente que no lo atiendan u omita toda decisión conservando la prisión que sufre el enfermo (hay quienes estiman que la omisión de auxilio es la forma que adopta en nuestro derecho penal el delito de homicidio o lesiones por omisión).³

El juez que no dirime el asunto a decidir en el tiempo previsto por la ley, la corrompe, esto es, comete al menos una falta grave, que solo podrá justificar en caso de imposibilidad material de realizar la acción.

Se ha dicho recientemente que un ex ministro del poder ejecutivo nacional, fue privado de la posibilidad de viajar a los Estados Unidos para seguir su tratamiento médico por una enfermedad grave. Aquel país no expidió la visa de ingreso para ese menester en razón del proceso que sufría en Argentina y de la decisión de prisión preventiva fundada en el hecho de haber sido funcionario de un gobierno anterior (la llamada vulgarmente “doctrina Irurzun”). Cuando los jueces argentinos corrigieron esa condición, para que pudiera viajar, ya era tarde para proseguir el tratamiento interrumpido,

2 No deseo interpretar —ni discutir— ahora los textos de los artículos mencionados del CP. En todo caso, conforme al grado de las penas que él amenaza, en comparación a otras por delitos más “comunes”, me conducen a insistir en que el CP estuvo hecho a la medida de la profesión jurídica y, sobre todo, de los jueces y funcionarios judiciales.

3 Tampoco corresponde interpretar y discutir ahora —ni lo pretendemos— problemas de la autoría mediata, incluso por medio de competencias funcionales o aparatos de poder.



aspecto que provocó, según algunos relatan, la “aceleración de su muerte” o, de otra manera dicho, la “abreviación de su vida”, dos eufemismos para indicar la frase “provocación de su muerte”, esto es, para afirmar, al menos desde un atalaya objetivo —sin alusión a los conocimientos de los intervinientes—, la definición abstracta y típica de un homicidio.

También ejemplo de nuestros días es la prisión de Milagro Sala —a la que invoco por todos los prisioneros de la organización Túpac Amaru a fuer de sintético—, ya que al artículo no le interesan detalles, menos los puramente jurídicos—, prisión juzgada por varios oficios internacionales competentes como ilegítima y, por ende, reclamantes de su libertad ante el Estado argentino, que no cumplió con esas decisiones, ni las hizo cumplir a la autonomía provincial mediante los medios que la propia Constitución Nacional le concede. De allí se obtiene con seguridad el conocimiento real: los jueces que la someten a prisión conocen su ilegitimidad. Y ello implica, como en el caso anterior, no solo la privación ilegítima de la libertad, sino, también, en concurso ideal con ella, el delito de prevaricato. Tampoco aquí interesa demasiado, para lo que pretende demostrar este artículo, la plena discusión jurídica, interesante en otro nivel, acerca de la autoría y la participación. Lo cierto es que al Código Penal argentino (en su artículo 45), tal discusión le importa poco, pues amenaza con la misma pena al llamado autor, a quien participa necesariamente en su acción u omisión y a quien lo instiga a cometer el delito (crea el dolo en cabeza del autor).

3.

Por prurito académico me detendré un instante en destacar ciertos debates a los que la ciencia jurídica les ha dado importancia suma, pero que aquí —según mi opinión, ya anticipada en notas al pie— carecen de una importancia mayúscula, esto es, no implicarían de modo alguno, sean resueltos como se resuelvan, la eliminación de la necesidad de someter a investigación y a juicio el comportamiento de ciertos funcionarios judiciales. En primer lugar —según también lo anticipé (periódico *Página/12*, 10/1/2017)— declaro no conocer con seguridad los detalles del caso Timerman, citado como ejemplo, razón por la cual carezco de la posibilidad de afirmar el dolo, de indagar el conocimiento que los jueces que determinaron la prisión tenían acerca de la imposibilidad, por carencia de la visa necesaria, de ingresar a los EE. UU. para proseguir el tratamiento de su enfermedad, proceso que determinó la finalización del tratamiento



médico y, con ella, la “anticipación” de su muerte, según se afirma. Parece de sentido común el hecho de que, en algún momento, como sucede para nosotros —ciudadanos “comunes” sin el deber ni el poder de decisión—, los jueces que intervinieron en el caso tuvieron acceso al conocimiento de la realidad. Vale la pena aclarar que, si conocían de antemano la imposibilidad jurídica de ingresar para continuar el tratamiento médico, ellos responden como autores. Voy a dejar de lado aquí, por falta de interés, la valoración de los funcionarios de los EE. UU. que no concedieron la visa, con preferencia de la opción de evitar el ingreso de habitantes con malos antecedentes al país frente a la vida del enfermo, que solo ingresaba para continuar un tratamiento médico vital. Por lo demás, no es necesario para el propósito de esta opinión el debate acerca de si se trata de autores mediatos (por utilización de la sujeción que crea un aparato de poder competente para la realización de decisiones sobre la fuerza pública, organizado verticalmente). El otro problema fáctico, de haber desconocido los jueces en un comienzo la prohibición de ingreso, consiste en saber cuándo lo supieron y cuándo reaccionaron para dejar de lado la condición que obstaculizaba el ingreso al país extranjero en relación con la imposibilidad de proseguir el tratamiento que condujo al ex ministro a la muerte. Por supuesto, es importante saber cómo lo trataron frente a su enfermedad, supuesto sobre el cual ha sido determinante la trágica exposición de su letrada, Dra. Graciana Peñafort,⁴ pues no podemos olvidar que los malos tratos, humillantes y degradantes también son ilícitos (Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 1984 —entró en vigor en 1987—, en especial definición del art. 1; CP, 144 bis, incs. 2º y 3º, y 144 ter). Todo ello asegura también la necesidad de una investigación acerca del comportamiento de los jueces que determinaron la imposibilidad de asistencia del enfermo, en fin, la preferencia del procedimiento penal a la vida o la salud del supuesto transgresor.

El otro caso, el de Milagro Sala, es más lineal, por ello más burdo, y no presenta, a mi juicio, aristas tan discutibles desde el punto de vista jurídico ni fáctico. Los jueces que la someten a prisión conocen la ilegitimidad de la medida, sobre la cual se han expedido no solo juristas argentinos de nivel, sino, además y sobre todo, organismos de derecho internacional competentes en la materia y reconocidos por el Estado

4 Ver el periódico *Página/12* del 2/1/2019, “En defensa de la memoria de Timerman”, donde aparecen los datos relativos a esta cuestión en tuits de su defensora, y al día siguiente, 3/1/2019, la nota de Ailín Bullentini, “El poder judicial debe ser más humano”.



argentino como tales en convenciones y tratados a los que estamos adheridos sin reserva —incluso por la propia CN, art. 75, inc. 22º y 24º)—, esto es, cuyas decisiones y su ejecución constituyen deberes del Estado nacional, parte de la convención o tratado. La carencia de ejecución de esas decisiones no solo imputa a los jueces que las ignoraron, sino, sobre todo, a los jefes de gobierno de ambos Estados, provincial y nacional, que las desobedecieron con argumentos insólitos para quien es miembro de esa convención, aun cuando a ellos les pareciera incorrecta frente al caso la decisión de los organismos internacionales. No cabe la menor duda acerca de que quien preside el gobierno nacional debió requerir la intervención de la provincia involucrada, obligada a afianzar la justicia y sancionada con su intervención federal, ausente o contrapuesto por sus jueces o su gobierno ese deber (CN, Preámbulo y arts. 5 y 6), y que la omisión debió determinar el juicio político en contra de las autoridades que colaboraron con ese comportamiento, en este caso por omisión del “buen” comportamiento en el ejercicio de su función (CN, arts. 53, 59 y 60, al menos para los principales funcionarios federales). Para nada se vincula a ello el hecho de la falta de coacción por parte del derecho internacional, primitivo en ese aspecto, pues las normas tienen aún razón de ser en ausencia de un aparato coercitivo desarrollado para castigar lo declarado ilícito.⁵

Existen, a mi juicio, más ejemplos de merecimiento de investigación de la conducta de los jueces y funcionarios judiciales en materia penal. Piénsese en el caso del joven Rafael Nahuel y la reciente decisión acerca de las imputaciones de las fuerzas federales que reprimieron hasta matarlo, en la investigación llevada a cabo por la desaparición y muerte del joven Maldonado y en tantas otras decisiones que no conozco en detalle. Empero, a guisa de ejemplo, basta con lo ya anunciado.

4.

Si algo ha logrado este gobierno es convencerme acerca de que el Derecho no constituye un parámetro eficiente acerca del respeto de los gobernantes por las reglas institucionales y, entre ellas, por los derechos de los habitantes. También me ha convencido acerca de que el derecho no funciona como límite eficiente alguno para el comportamiento de

⁵ Ya lo explicaba así en escritos míos de juventud: *La función normativa de la nulidad*, op. cit., p. 134; ver también, par. 4, p. 117 y ss.



quienes persiguen y juzgan. Más allá de que creo que el ser humano no es idóneo para juzgar a sus semejantes,⁶ este gobierno y sus ramificaciones parlamentarias han terminado por convencerme de que es preciso modificar nuestras instituciones judiciales básicas para adecuarlas a este presente y usar mejor las reglas jurídicas que definen nuestra inserción como nación soberana y democrática. Por de pronto, no parece que la pomposa *independencia judicial* que se pregona funde un *poder* de la República, como proclama la propia Constitución. En verdad, la definición de ese excelso nombre reza: los jueces son independientes de todo poder del Estado —esto es, no deben ser presionados por las opiniones del ejecutivo o del legislativo frente a un caso (*independencia externa*)—, pero están *sujetos a la autoridad de la ley*, esto es, a la decisión de política pública del poder legislativo, obligatoria para ellos, razón por la cual ese último sí merece ser así conocido, como *poder* del Estado, en los comienzos de la República

**Más allá de que creo
que el ser humano no
es idóneo para juzgar
a sus semejantes,
este gobierno y
sus ramificaciones
parlamentarias
han terminado por
convencerme de que
es preciso modificar
nuestras instituciones
judiciales básicas para
adecuarlas a este
presente y usar mejor
las reglas jurídicas
que definen nuestra
inserción como nación
soberana y democrática.**

moderna, en cuanto Asamblea general de representantes del pueblo de la nación. Ello funda, por una parte, la identificación de quién da las órdenes, malas o buenas, para el sistema republicano —sin duda el parlamento o la asamblea nacional— y, por la otra, lo que yo llamaría, sin ostentación, principio de *libertad de decisión* de los integrantes del tribunal que juzga, sean ellos profesionales y permanentes o accidentales (jurados). Tal principio debería tener una definición unívoca en la ley fundamental y demuestra, a mi juicio, que la decisión del parlamento —poder legislativo del Estado— mediante la ley es determinante para el oficio de juez. El desconocimiento de la regla parlamentaria en una decisión judicial funda el delito de prevaricato. Solo por esta razón no deberíamos aprobar el llamado sistema “difuso” para el control de constitucionalidad, que permite a cualquier juez no aplicar la regla legislativa, parlamentaria, por sostenerla írrita según la Constitución. Esa debería ser la misión, precisamente, de nuestra Corte

6 Jesús, Evangelio según San Mateo, 7:1.



Suprema en el ámbito federal, cuyo papel institucional, organización y procedimiento fue tergiversado, en primer lugar, por la célebre ley nro. 48 y sus reformas posteriores y, en segundo lugar, por atribuciones que la misma práctica judicial fue introduciendo. Urge modificar el sistema. Sería conveniente, también, de *lege ferenda*, pensar en este único tribunal federal y constitucional por antonomasia⁷ y en un método distinto de elección de sus jueces. Tal afirmación deja a las provincias, que hoy en día cubren todo el territorio del país, la instauración de los tribunales de mérito, aquellos que verifican los hechos y aplican la ley parlamentaria. Quizás con alguna variante y a pesar de su ahorro de ideas y palabras, creo que la unidad de la administración de justicia nacional constituyó el sistema que Alberdi pensó en sus *Bases*.⁸

Otro imperativo democrático de una nueva CN en el ámbito judicial debe ser la finalización del sistema de organización *vertical*. La *horizontalidad* de la organización judicial implica la necesidad de suprimir el sistema de delegación por el cual los llamados tribunales superiores delegan autoridad en los inferiores, pero conservan intacto todo el poder de decidir al controlar la decisión, con lo cual la llamada “independencia interna” —en verdad, cercenamiento vertical de la libertad de decisión de los jueces— es prácticamente inexistente.⁹ Ello implica también un cambio racional en el sistema de control de la decisión de los tribunales, aspecto sobre el cual no puedo extenderme aquí.¹⁰ Unas pocas transformaciones sustanciales de la realidad jurídica quizás sirva para remolestar el triste papel que cumplen hoy los tribunales mal llamados “de justicia”.

7 Algunos postulan, con razón, la existencia de tribunales de casación federales, cuya misión sería fijar la interpretación correcta de las leyes para las que, según la CN, tiene competencia legislativa solo el parlamento nacional.

8 Ver Maier, Julio B. J., “Organización judicial y democracia representativa”, III, 1 (escrito para el Congreso de Derecho Procesal de Río Hondo, Santiago del Estero; desconozco si fue publicado y, en caso afirmativo, en qué revista o libro, pero puede leerse, resumido, en *Voces en el Fénix*, nro. 63, bajo el título de “Poder Judicial y democracia”). Allí consta mi interpretación sobre las célebre *Bases* de Alberdi, origen de la Constitución de 1853 que todavía nos rige.

9 Al punto de que los propios jueces, en ocasiones a regañadientes y de modo confeso, pese a tener su opinión propia sobre la solución del caso, aplican la interpretación expuesta por un tribunal superior, a mi juicio un caso claro de prevaricato, llamado entre nosotros “jurisprudencia”.

10 Cfr. Maier, Julio B. J., “Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales”, en *Contextos*, revista del Seminario de Derecho público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nro. 2.

