

Nolite iudicare
Comentarios de actualidad penal independientes y críticos

Segunda Temporada
Episodio I

La peste, la ley y la ciencia

Por Daniel R. Pastor



Nolite iudicare

Comentarios de actualidad penal independientes y críticos

Por Daniel R. Pastor

Segunda Temporada

Episodio 1:

La peste, la ley y la ciencia*

Danza macabra

Durante la actual pandemia causada por el virus SARS-CoV-2 que ocasiona la enfermedad conocida como Covid-19 (**Coronavirus disease 2019**), **A**, a pesar del confinamiento obligatorio dispuesto por las autoridades, asiste a una cena de cuatro amigos (**A**, **B**, **C** y **D**) en la casa de uno de ellos (**B**). Durante la cena no toman entre sí ninguna medida de cuidado frente al virus. **A** convive con su pareja **O**, una enfermera que trabaja todos los días en un hospital que atiende personas contagiadas con SARS-CoV-2. **A**, antes de salir para la cena, no tiene síntomas de la enfermedad, pero sabe, como todo el mundo, que hay personas infectadas que no presentan síntomas en los primeros días posteriores al contagio y que incluso podrían sufrir todo el recorrido de esa enfermedad asintomáticos. Sabe también que los infectados sin síntomas de todos modos podrían contagiar a los demás.

Al día siguiente **A** comienza a tener cierto malestar, tos y algo de fiebre. A las 48 horas la fiebre es muy alta. Atendido por médicos, es sometido a un estudio por el cual se determina que está infectado con el virus de la Covid-19. Analizada su pareja **O** se establece que también está infectada. Cinco días después de aquella cena, **B**, el dueño de la casa de la reunión, presenta varios de los síntomas de la enfermedad, la cual efectivamente sufre, tal como se comprobó al ser asistido por el sistema de salud. Informadas las autoridades sanitarias de la realización de ese encuentro, someten a la prueba de la enfermedad también a **C** y **D**, los otros dos cenadores. Ambos estaban infectados. Los cuatro fueron aislados, lo mismo que **O**, la pareja de **A**, quien sin embargo en ningún momento presentó síntomas. En su lugar de trabajo, ni ella ni el resto del personal resultaban sometidos a exámenes rutinarios para detectar posibles contagios en sujetos altamente expuestos al virus.

A, **B** e incluso posteriormente **C** requirieron ser ingresados en un hospital. **D** quedó confinado en su casa y no presentó síntoma alguno, mostrando, al igual

* El autor agradece a Martín Haissiner por la lectura del manuscrito, las correcciones y sugerencias, pero sobre todo por las acertadas críticas que permiten que el texto haya alcanzado un equilibrio que refleje, sobre esta cuestión tan dramática, no solo puntos de vista diferentes, sino, antes bien, los diversos intereses que influyen en los sesgos que padece un viejo respecto de los que afronta un joven.

que la pareja de **A**, anticuerpos contra la enfermedad a unas dos semanas. **A** sufrió un curso apenas grave de la enfermedad y se recuperó totalmente a las tres semanas.

B, el organizador de la cena, tuvo una evolución de mayor gravedad y se determinó la necesidad imperiosa de brindarle cuidados intensivos, en especial, respiración mecánicamente asistida. El médico **E**, responsable de la unidad correspondiente, tuvo que resolver, ante la disponibilidad de sitio para un solo paciente más, si ingresaba a ese servicio a **B** o a **F**, otro enfermo de Covid-19 que simultáneamente requería ese tipo de tratamiento. Si bien los patrones de triaje usuales parecían inclinar la decisión, con el margen breve de evaluación posible ante la urgencia, en favor de **B**, **E** resolvió otorgar la cama a **F**, por la razón determinante de que **B** se había autoexpuesto inopinadamente al contagio. **B** falleció al día siguiente y **F**, tras dos semanas de tratamiento intensivo, se recuperó.

La situación de **C**, a los diez días de estar ingresado en el hospital, también se agravó y enfrentó al médico **G** al mismo dilema de disponer de una sola cama en cuidados intensivos para **C** o para **H**, enfermo de Covid-19, con la misma gravedad, cuya situación imponía igualmente la terapia intensiva. Por medio de un análisis inevitablemente rápido de los patrones del triaje, **G** otorgó a **C** la última cama disponible con respirador mecánico en la unidad. **C** se recuperó y **H**, murió.

La persona competente del Poder Judicial argentino abrió una investigación penal acerca de todo lo sucedido. Su desarrollo probatorio determinó categóricamente que, en los hechos del caso, **O**, la pareja de **A**, fue el paciente cero del cual se contagiaron, a través de **A**, todos los demás protagonistas de esta historia. Asimismo, se verificó que en el hospital en el cual trabajaba **O** no se hacían exámenes regulares de posible contagio al personal, salvo si presentaban síntomas de la enfermedad. También se verificó que las autoridades subestimaron expresamente una pandemia que ya estaba causando estragos en otros países y no implementaron a tiempo políticas sanitarias y sociales para prevenir la difusión de la enfermedad, como tampoco obtuvieron los elementos para examinar masivamente a la población en busca de infectados que, sin saberlo, estuvieran contagiando a los demás, para aislarlos totalmente.

*La ley: un rompecabezas de normas
en el laberinto de la jurisprudencia*

“Covid-19 en tiempos de Covid-19” podría haber sido el título de estas reflexiones, el único quizá todavía inédito para un texto que relacione la pandemia con algún otro aspecto de la vida real o del mundo de las ideas¹.

¹ Burucúa indicó que ya son suficientes los trabajos que vinculan la enfermedad Covid-19 con esto y aquello: “Parece casi imposible no haberse topado con todo lo decible acerca de la pandemia, hasta en los pliegues más insignificantes del asunto, pero tal vez no haya leído aún lo suficiente, no me haya atraído alguna brizna de racionalidad en cuya captura ando, no me haya indignado ni hartado todavía lo bastante la receta de mis colegas intelectuales sobre la necesidad de pensarlo todo de nuevo a partir de la expansión del coronavirus” (Burucúa, José Emilio: “Pandemia moderna y piedad antigua: que nos devuelvan la milenaria humanidad con nuestros enfermos y muertos” (disponible en <https://www.infobae.com/cultura/2020/05/25/>

Dado que todo intelectual que se precie tiene que publicar algo sobre el tema, aquí me encuentran, fatigando el teclado en pleno confinamiento.

El tema de la serie *Nolite iudicare*, que con este episodio inicia su segunda temporada, me obliga, por fortuna, a restringir el enfoque jurídico de este trabajo a los avatares de la ley penal y a sus vicisitudes ante los tribunales de esa competencia, aunque mucho de lo que aquí apenas si se plantea pueda llegar a ser, si ya en general lo fuera, atinado también para otras ramas del orden jurídico y de la organización judicial, especialmente para el derecho constitucional.

Tratar el caso expuesto simulando que es el objeto de una controversia judicial de la realidad argentina es algo muy complicado. Ello se debe, ante todo, pero no únicamente, al método de trabajo del legislador penal, que desde la última década del siglo pasado solo tuvo una mala idea tras otra. Y se debe también al modo en que operan discrecionalmente los tribunales penales con su *judicialismo despótico*, basados en su mero capricho —tal vez estimulados por la mala legislación—, desatados por completo de todo vínculo con las normas, sobre todo de las pocas buenas que hay, sin observar ni la lógica ni la coherencia y sin respeto tampoco por las pruebas, reemplazadas alevosamente por la *íntima conveniencia judicial* en la afirmación de la plataforma fáctica de los casos².

Lo que sobra es irracionalidad. Si no, ¿por qué motivo un país con un sistema penal arruinado, que no funciona para las personas físicas, decide extenderlo a las jurídicas? Si las cárceles están colapsadas, los reclusos hacinados, todos sus derechos fundamentales violados, ¿por qué razón se crean nuevos delitos, se aumentan las penas de los existentes, se imponen judicialmente sanciones de duración más prolongada, se prodigan prisiones preventivas y se reducen las salidas anticipadas de los condenados? ¿Por qué, exenta de toda moderación, la jurisprudencia convirtió el caso fortuito en imprudencia, esta en dolo eventual y este en directo? ¿Cómo fue que los jueces, último bastión de los derechos fundamentales, no ven que la reglamentación del delito de enriquecimiento ilícito es groseramente inconstitucional? ¿Por qué convivieron medio siglo, en un sistema de ley clara y precisa, con el misterio de la "secuela del juicio" para descubrir entre los cientos de actos del proceso, usando la magia judicial, el que interrumpe la prescripción? ¿A quién se le pudo ocurrir aumentar el número de figuras delictivas si los hechos no pueden ser juzgados más que en juicios sumamente fragmentados a razón de una sesión cada tanto y con procesos de duración manifiestamente indebida? ¿Con qué razones se puede justificar el castigo del lavado de activos en un país que está permanentemente incentivando amplios y generosos blanqueos de capitales? La falta de respeto por la razón jurídica es, en efecto, la única explicación disponible.

pandemia-moderna-y-piedad-antigua-que-nos-devuelvan-la-milenaria-humanidad-con-nuestros-enfermos-y-muertos/).

² Tengo dicho reiteradamente que las normas penales son de una cantidad inabarcable, una nueva por semana, confusas, ambiguas e incomprensibles. Incomprensibles especialmente por el estado de las cárceles, que violan rotundamente los derechos fundamentales de los detenidos a no ser sometidos a condiciones inhumanas y degradantes de encierro. Prisiones argentinas que, Covid-19 mediante, pueden estar pasando de ser campos de concentración a ser campos de exterminio.

Con esa música sonando en el pozo de la orquesta hay que enfrentarse a todos los enredos penales del caso. Pero aquí me limitaré a exponer solo el efecto más amplio de las acciones humanas en el marco de esta pandemia y a formular nada más que interrogantes sobre el tratamiento que la ley penal parece ofrecer, en general, para esta realidad, y, en particular, para los comportamientos concretos de los personajes involucrados en una causa judicial de laboratorio.

Pero, dado que el escribir sobre esto (o aquello) implica siempre que algo hay que decir, al menos puedo mostrar, como si fuera un rastro a seguir para resolver los asuntos penales de la comedia de equívocos que es el caso, una comprobación robusta: *quien se pone en contacto con otros, en una pandemia como esta, puede enfermar; y morir o matar; o matar y morir. Y lo sabe*. Dicho con otras palabras, relacionarse estrechamente con otros, cuando es evitable y debe serlo, implica un ejercicio de la libertad potencialmente destructivo para quien lo hace y para los demás.

Un contratiempo notable que esta pandemia le impone al programa penal de procesamiento de casos se percibe en una doble incertidumbre. Desde el punto de vista procesal no se sabe con precisión, en la mayoría de los hechos, quién, cuándo y cómo contagió a quién. Desde la perspectiva sustantiva, la dinámica de la Covid-19 no permite conocer con seguridad por qué algunas personas muy expuestas al virus se contagian y otras no, por qué algunos enfermos ni se enteran de serlo mientras que otros pasan la patología con efectos leves, algunos graves y hay quienes mueren³. Las dificultades para la imputación quedan a la vista. Un reino de la confusión que está reproducido en el vodevil del comienzo. Un desconcierto aumentado por la práctica didáctica de llamar por un letra a los personajes del asunto. No es una crueldad del autor al lector, es un estímulo que obliga a concentrarse mucho más en el caso para poder tratarlo y quizás resolverlo.

No sabemos muy bien si, en caso de que todas las personas permanecieran confinadas hasta que recibieran una vacuna efectiva contra el virus, existiera un tratamiento eficaz o se hubiera producido la denominada *inmunidad de rebaño*⁴, se evitarían enfermos y muertos a causa de esta enfermedad. Claro es que algo así resulta inviable. Con un confinamiento obligatorio, aunque no sea total, pero sí estricto (con la posibilidad de circulación, aunque con extremos cuidados, de las personas que prestan servicios comunitarios indispensables), no podemos estar seguros de que el número de infectados y de fallecimientos,

³ Ver, indispensablemente, Esteve Pardo, José: *La apelación a la ciencia en el Gobierno y la gestión de la crisis de la Covid-19*, en Revista de Derecho Público: Teoría y Método, Vol. 2, Madrid, 2020, p. 35 y ss.

⁴ A quienes lean esto les resultará muy fácil reconocer lo bien que me cae esta expresión. Según una publicación de la Oficina de Transferencia de Resultados de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid, la “inmunidad de rebaño, también conocida como inmunidad colectiva o de grupo, se da cuando un número suficiente de individuos están protegidos frente a una determinada infección y actúan como cortafuegos impidiendo que el agente alcance a los que no están protegidos... en el caso de la infección por coronavirus, al no disponer de vacunas, la esperanza es que con el tiempo llegue a haber tantos individuos que ya han superado la infección (de forma clínica o subclínica) que el virus no encuentre fácilmente personas susceptibles a las que infectar, por lo que se cortaría la transmisión” (ver <https://www.ucm.es/otri/noticias-que-es-la-inmunidad-de-rebano-y-por-que-reino-unido-cree-que-puede-funcionar>). Aunque para entonces podría ser abrumador el número de decesos.

en efecto, fuera más acotado⁵. Sin confinamiento, o con un *confinamiento para irresponsables*, podría haber un holocausto, por el virus, para personas de avanzada edad y pacientes de otras patologías graves⁶, porque parece enunciado, aunque no con toda seguridad, que la Covid-19 se ceba con viejos y enfermos. Si es así, podría producirse una masacre para estas personas. ¿Dónde estaría el equilibrio para preservar vidas restringiendo libertad y, por cierto, aniquilando la subsistencia material de un enorme número de personas? Imposible saberlo.

En el caso, **O**, la pareja de **A**, propagó la enfermedad a este y él, a **B**, **C** y **D**. Difícilmente el derecho penal se pueda meter con ella, pero, no obstante, ¿no podría ser imputada por alguna forma de participación en el hecho de **A** y sus consecuencias? ¿Era garante de que este no se pusiera en contacto estrecho y descuidado con otras personas? Su situación frente a la ley penal, ¿cambia si no rigiera un confinamiento normativo que obligaba a **A** a no salir de su domicilio injustificadamente?

La ausencia de control periódico a los profesionales de la salud para determinar si se han infectado, no efectuada a su personal por el establecimiento sanitario en el que se desempeña **O** ¿puede desatar alguna pesadilla judicial de índole punitiva para los responsables?

A, que se movió fuera del riesgo permitido⁷, parece haber incurrido en el tipo previsto en el art. 202 del CP. ¿O en el del art. 203? Los demás cenadores, **B**, **C** y **D**, ¿solo lesionaron el art. 205? ¿**B** incluso? ¿O también contribuyeron de un modo penalmente relevante, cada uno de ellos, a que **A** propagara la epidemia a los otros dos asistentes al encuentro? Algo es obvio: cualquiera que sea, la responsabilidad penal de **B** resultó extinguida.

En una realidad judicial que diluye todos los límites penales tampoco el principio de ley especial goza de buena inmunidad, por lo cual alguien podría pensar que **A** cometió homicidio simple, doloso (art. 79) ¿o imprudente (art. 84)? ¿O su siembra mortal fue una mera obra de los dioses? A lo sumo una lesión del art. 205. ¿Y, si cometió homicidio (art. 79 o art. 84), ¿cuántos? En ese caso, ¿cómo concurren? El concurso modifica drásticamente las

⁵ “El virus no ha dado señales de que vaya a desaparecer: estaremos en esta era pandémica por mucho tiempo, probablemente un año o más. Los cubrebocas, el distanciamiento social, lavarse las manos compulsivamente, el alejamiento doloroso de amigos y familiares, todas esas medidas siguen siendo la mayor esperanza de mantenernos a salvo, y lo seguirán siendo durante algún tiempo” (Grady, Denise: “¿Cuánto tiempo puede continuar esta situación?”, disponible en <https://www.infobae.com/america/the-new-york-times/2020/06/03/seis-meses-de-lucha-contra-el-coronavirus-todo-lo-que-sabemos-hoy-del-covid-19/>).

⁶ Alerta sobre un *genocidio* de mayores y enfermos García Lema, Alberto: "Covid 19: la Constitución privilegia el derecho a la vida y a la salud, lo cual excluye la teoría de la «inmunidad de rebaño»" (disponible en <https://www.lanuevarepublica.com.ar/2020/05/10/covid-19-la-constitucion-privilegia-el-derecho-a-la-vida-y-a-la-salud-lo-cual-excluye-la-teoria-de-la-inmunidad-de-rebano/>). En España el gobierno tuvo que intervenir para neutralizar un protocolo sanitario que “establecía límites claros para el traslado hospitalario de gente mayor, así como la no aplicación de respiradores a mayores de 75 años” (ver <https://conversesacatalunya.cat/es/el-gobierno-espanol-prohibe-el-triaje-por-edad-que-aplicaba-el-servicio-de-emergencias-sanitarias-de-cataluna-en-la-atencion-a-los-enfermos-graves/>).

⁷ Sobre esta pandemia y la decisión, en contextos de incertidumbre científica, sobre riesgo permitido, gestión de riesgos y tratamiento de las responsabilidades derivadas, ver Esteve Pardo, *op. cit.*, p. 38.

consecuencias pues el número de muertos pasa de ser indiferente en el país 202/203 a ser un potente amplificador del castigo en la nación 79/84. Parece evidente que quien transmite el virus pierde el control de los resultados, sobre todo con esta enfermedad, pero no se puede, sin embargo, dejar de problematizar acerca de si es relevante penalmente esa pérdida del dominio. ¿Podría haber responsabilidad de **A** por tentativa de homicidio respecto de **D**? ¿O también acerca de **B**, pues quizá el médico **E** desvió el curso causal? Y, entonces, ¿**E** se hizo punible por matar a **B**? ¿Homicidio o abandono de persona? ¿Importa el hecho de que así salvó a **F**? ¿Debe ser castigado por homicidio, por su parte, el médico **G**, debido a la muerte de **H**?⁸ ¿O responde de ella **A**, por haber contagiado a **C** que privó de tratamiento probablemente salvador a **H**? ¿Los amigos de la cena ¿no se auto-pusieron en peligro? ¿consintieron un potencial contagio? ¿O, al menos, no son imaginables otros problemas de imputación o de participación por la forma en que se comportaron?

¿Acierta quien sentencia que actúa con el dolo propio del art. 202 quien al propagar una enfermedad mata, mientras que rige el dolo del art. 79 para aquel que mata por medio de la propagación de una enfermedad? Utilizando palabras más cultas, comparados el tipo subjetivo del art. 79 con el del art. 202, ¿quién es más sutil? Lo mismo sucede con la imprudencia típica de quien por descuido mata al propagar una epidemia (art. 84), respecto de aquel que por negligencia propaga una enfermedad que mata (art. 203). Siempre, como ya se expresó, que sea derrotable el argumento de la ley especial.

El caso, pensado como hecho verdadero de la realidad argentina, puesto en conexión con las demandas punitivas de la sociedad, su amplificación por los *mass media* y la cálida recepción que estas tienen en el mundo de los negocios de las autoridades judiciales, parece pronosticar respuestas punitivamente muy intensas. Resulta inimaginable, obviamente, que los tribunales de lo penal vayan a permitir que quede impune un comportamiento como el de **A**, quien sabía que su conviviente pasaba muchas horas por día expuesta a un posible contagio, sabía que la enfermedad puede transcurrir sin síntomas, sabía que un enfermo asintomático también contagia⁹, sabía que sin aislamiento o, en

⁸ Acerca de triaje y derecho penal ver Hilgendorf, Eric: *Recomendaciones de triaje* (sic) en la crisis del coronavirus: no molestar a los médicos con cuestiones jurídicas, en Revista En Letra: Derecho Penal, 6 de mayo de 2020, disponible en https://d9025994-995c-4520-993b-e78b54b81027.filesusr.com/ugd/9db90b_6c8b95_ddcba44f2fa5074f9da5f425b6.pdf; y Blanco, Luis G.: “Triage, selección de pacientes, directrices éticas y... ¿delitos? Un análisis de situación ante la pandemia del COVID-19”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/06/doctrina48954.pdf>.

⁹ “Cerca del 35 por ciento de las personas infectadas no presentan ningún síntoma” (Grady, Denise: “¿Cuánto tiempo puede continuar esta situación?”, disponible en <https://www.infobae.com/america/the-new-york-times/2020/06/03/seis-meses-de-lucha-contra-el-coronavirus-todo-lo-que-sabemos-hoy-del-covid-19/>). Para mayor complejidad, es discutido incluso si los infectados asintomáticos contagian o no: “La principal forma de propagación de la COVID-19 es a través de las gotículas respiratorias expelidas por alguien que tose o que tiene otros síntomas como fiebre o cansancio. Muchas personas con Covid-19 presentan solo síntomas leves. Esto es particularmente cierto en las primeras etapas de la enfermedad. Es posible contagiarse de alguien que solamente tenga una tos leve y no se sienta enfermo. Según algunas informaciones, las personas sin síntomas pueden transmitir el virus. Aún no se sabe con qué frecuencia ocurre. La OMS está estudiando las investigaciones en curso sobre esta cuestión y seguirá informando sobre las conclusiones que se vayan

todo caso, sin distanciamiento, es difícil que no contagie a otros un infectado, y sabía que contagiar a otro puede matar. Sería difícil que, en nuestro mercado penal, con la imprudencia alcance. El dolo eventual estaría en el aire. Y tal vez hasta se pueda argumentar que es lo correcto. No lo sé¹⁰. O, al menos, no de un modo libre de dudas.

Quizá la afirmación del dolo eventual de matar sea el último confin en la extensión subjetivamente típica del art. 202, mientras que si el dolo es ya directo el autor quedará atrapado por el cono de luz del tipo subjetivo del art. 79. Pero tampoco lo sé con seguridad¹¹.

Son advertibles, entonces, graves problemas de imputación, dilemas en el ámbito del conflicto de deberes, cuestiones difíciles de subsunción de acciones y de su concurso, en un cortejo fúnebre de figuras penales: violar la cuarentena, propagar una epidemia, matar a otros, lesionarlos, dolosa o descuidadamente, desobedecer normas, resistirse a las autoridades, incumplir deberes, abandonar personas, etc.

Entretanto, ¿sería posible considerar contrario a la constitución el confinamiento? ¿Con qué argumento? (Piénsese en el ASPO dispuesto por el gobierno argentino¹²). ¿Basta un decreto para que las personas queden privadas de su libertad ambulatoria? ¿O se requiere de una ley? O, incluso, ¿no debería existir, para cada persona confinada, una orden escrita de juez competente? Y, al revés, ¿pueden ser responsabilizadas penalmente las autoridades por no haber cerrado el país antes? ¿Por no haber adoptado un confinamiento más estricto? ¿Por no controlar su ejecución debidamente? ¿Por no haber adquirido con tiempo pruebas suficientes para detectar contagios? ¿Por no haber reforzado las instalaciones sanitarias y mejorado la situación del personal, tanto respecto de los instrumentos de trabajo y protección como en lo

obteniendo" (información disponible en <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>).

¹⁰ Una posición penalmente moderada ofrecen Donnes, Antonella, Haissiner, Martín D., Montiel, Juan Pablo y Quincose Vilalta, Andrea en su trabajo "Sobre los instrumentos de política criminal utilizados en el manejo de la crisis sanitaria provocada por la enfermedad Covid-19", Dictamen 1/2020 de la Sección Derecho Penal del Instituto de Estudios Legislativos (IDEL) de la Federación de Colegios Públicos de Abogados (FACA), disponible, aunque la redacción parezca indicar otra cosa, en <http://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%2043/dictamen-derecho-del-trabajo-y-seguridad-social.html>. En ese documento se sostiene, respecto del dolo típico de la figura del art. 202 del CP, que "podría tenerse por verificado el dolo eventual cuando, pese a no estar diagnosticada, la persona en cuestión presente síntomas compatibles con la enfermedad y, pese a ello, interactúa socialmente con normalidad sin adoptar medidas evitadoras de contagio". Sin embargo, las características del SARS-CoV-19 y la posible existencia de infectados asintomáticos, pero que contagian, podría fundar ese deber de evitación y el dolo eventual, quizá incluso si el agente no tiene síntomas, especialmente en la situación de alguien como **A**, que estaba de manera cotidiana tan expuesto a infectarse.

¹¹ Admirable, una vez más, la conceptualización de esta angustia ante la inseguridad científica, Esteve Pardo, *op. cit.*, p. 36 y s., al indicar que trabajamos con un modelo de derecho, "todo un sistema jurídico, atado a las certezas, tal como impone su paradigma de seguridad jurídica, y orientado todo él a la decisión".

¹² La cuestión es tratada en todos sus alcances por Donnes, Antonella, Haissiner, Martín D., Montiel, Juan Pablo y Quincose Vilalta, Andrea en el dictamen citado en la nota anterior. Ver también Esteve Pardo, *op. cit.*, p. 49, para quien cada prórroga del confinamiento, u otras medidas de sujeción especial restrictivas de la libertad, "nos aleja un poco más de la órbita constitucional".

relativo a las remuneraciones? ¿Hasta dónde puede el Estado poner límite a la libertad de algunos para salvar la vida de otros? Y otro dolor de cabeza que el castigo penal de la violación del aislamiento trae aparejado: los tipos penales en blanco.

Finalmente, ¿es razonable que el derecho penal se ocupe de situaciones como estas? Y, en caso de respuesta afirmativa, ¿puede hacerlo razonablemente?¹³

Como dijo Alan Parsons, *there are no answers, only questions*. Ello se debe a que solo una cosa no tengo, y son las soluciones correctas, sin objeciones, para las preguntas que plantea el caso. Tengo nada más que problemas desnudos¹⁴.

Y al libreto de ópera wagneriana del caso le falta todavía el acto procesal. Transcurrieron ya más de ciento veinte días, y quizá sean más aún, con los tribunales penales con asiento en la ciudad de Buenos Aires operando en su mínima expresión, mayormente cerrados a cal y canto. El gran movimiento de masas que requieren nuestras prácticas burocráticas de lo judicial, tan atrasadas intelectual y tecnológicamente, es una invitación para que el virus se haga una fiesta. Por eso el justificado cierre de los tribunales y la reducción de su desempeño a expresiones mínimas y de urgencia, determinadas por la dinámica de la propia pandemia, como la intensificación de la criminalidad de subsistencia y los hechos masivos de violación del aislamiento¹⁵. Sigue su producción, por supuesto, la fábrica de prisiones preventivas innecesarias, decididas más por razones de partido que procesales¹⁶. Poca actividad judicial que, de todos modos, da muchísimo trabajo; y poco resultado, pues es justamente el Estado digitalmente prehistórico del sistema penal lo que

¹³ Las noticias informan de la constitución en Italia de un comité de familiares de fallecidos por la pandemia que pretenden justicia penal "para los 16.000 muertos en Lombardía y los 35.000 en Italia" (ver la nota de Nunzia Locatelli "«Epidemia y homicidio culposo»: italianos irán al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para buscar justicia para los muertos por el coronavirus", disponible en <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/06/13/epidemia-y-homicidio-culposo-italianos-iran-al-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-para-buscar-justicia-para-los-muertos-por-el-coronavirus/> (las citas que siguen también son de esa nota). Este colectivo se denomina *Noi Denunceremo* (nosotros denunciaremos) y según su líder, Luca Fusco, los enfermos fueron abandonados a sí mismos, sin permitir a sus familiares ningún contacto con los internados, sin ninguna asistencia a los enfermos que quedaron en sus domicilios: "Hemos sido sacrificados. Todas estas historias se transformaron en denuncias que hace tres días se presentaron a la Fiscalía de Bérgamo, fue nuestro D-Day, el día de la denuncia. La región o el gobierno tendrán que hacerse cargo y darnos una respuesta". Ver la página oficial del *Comité Noi Denunceremo* (<https://www.noidenunceremo.it>), en la cual se reclama *verdad y justicia* para las víctimas de la Covid-19. Es algo que, ya se sabe, se extenderá por todo el mundo, como la pandemia.

¹⁴ Después de todo, quien ama el conocimiento, "es un ser que se hace preguntas que en última instancia no puede responder" (Eilenberger, Wolfram: *Tiempo de magos. La gran década de la filosofía (1919 - 1929)*, Buenos Aires, 2019, p. 26).

¹⁵ Ver Schiopetto, Santiago: *Cambio de paradigma procesal a raíz del COVID-19. ¿El sentido común y la dogmática penal respetan el aislamiento social preventivo obligatorio o van de la mano?*, disponible en https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=e9a8984a47e0e90a3878b94d12643ef4&hash_t=898e92e91f1ef85c48ca798585acf249. En este trabajo está contabilizado el desmesurado aumento de tareas de los funcionarios judiciales encargados de los casos de violación injustificada del aislamiento.

¹⁶ Y así la aborrecida justicia federal, de a ratos o en ciertas zonas, vuelve a ser maravillosa.

dificulta las tareas, lo mismo que la necesaria exageración de los cuidados en los actos que exigen indispensablemente la presencia de personas¹⁷.

Hay tareas desarrolladas en forma remota, sin duda, y el Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires, llamada autónoma por su propia Constitución, está muy adelantado con respecto al nacional y cuenta con procesos totalmente digitalizados, claro que la calidad, también jurídica, de los juicios orales y públicos efectuados a distancia solo puede ser baja y decepcionante, confrontada con las razones básicas que fundamentan un tipo de escenificación, hoy abolida, en la que debe ser desarrollada esta práctica para que alcance el resultado que pretenden sus principios regulatorios, en particular los de inmediación y concentración¹⁸.

Actualmente, los tribunales penales estén cerrados al público, es casi nula la continuación de los juicios penales, que es el momento central del proceso, y el tiempo no pasa para el poder judicial (no transcurren los plazos). La comprobación interesante es que no se los echa de menos demasiado, salvo alguna víctima, salvo algún justiciable, salvo en los establecimientos comerciales de los abogados. Decisivo es esto: *el Estado no considera realmente que la jurisdicción penal sea esencial*. Esa es la verdad, otra cosa son las declamaciones. Es un hecho definitorio para calificar a Argentina como un *Estado de papel*, como lo hacen expresamente Acemoglu y Robinson¹⁹. Los días de trabajo procesal abierto del Poder Judicial en lo que va de 2020 han sido menos de 40 en la ciudad de Buenos Aires. Un poder público está mayormente inactivo. Y uno que digitalmente está en la edad de piedra. O estaba, porque de un día para el otro se implementó la firma digital, cuya sencilla introducción no era el empeño de nadie en el Poder Judicial de la Nación, como tampoco lo era el expediente digital; todos progresos que molestan al poder, especialmente en ambientes que buscan ocultar las arbitrariedades lo más que se pueda.

Esto demuestra lo desconfiable que son las instituciones públicas de Argentina y la ausencia de una política democrática más sólida con capacidad para resolver las controversias racionalmente, para lo cual es imprescindible una jurisdicción que sirva para hacer cumplir las leyes y controlar la violencia y la contraviolencia. La pandemia enseña que si la jurisdicción penal puede ser tan reducida ahora, sin demasiados inconvenientes, ¿por qué no estrecharla del mismo modo cuando todo haya pasado? Por una vez sería loable que la excepción se transforme en regla y la emergencia, en permanencia. Es un

¹⁷ Ver Rosenkrantz, Carlos: "El Poder Judicial no abandonó sus responsabilidades", disponible en <https://www.lanacion.com.ar/politica/el-poder-judicial-no-abandono-sus-responsabilidades-nid2379506>.

¹⁸ Aún con una aplicación adecuada de tecnología existen momentos del proceso penal, tal como lo estructura el sistema de valores jurídico-políticos vigente, que, como el juicio oral y público, no pueden ser realizados más que presencialmente, por definición, al menos hasta que tengamos un modelo mejor de enjuiciamiento penal de calidad. Actualmente la técnica virtual aplicada por los tribunales penales argentinos inauguró una nueva autopista para el proverbial e incontentable abuso de autoridad en las prácticas judiciales, tal como lo prueban los trabajos de Cafferata Nores, José: *De los "estrados tribunálicos" a los "estrados cibernéticos": el covid 19 y el "cyberjuicio"*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/06/doctrina49039.pdf>; y Rusconi, Maximiliano: *Del lawfare a las condenas virtuales: la vergüenza en "ventanitas"*, disponible en <https://identidadcolectiva.com.ar/del-lawfare-a-las-condenas-virtuales-la-verguenza-en-ventanitas/>.

¹⁹ Acemoglu, Daron y Robinson, James A.: *El pasillo estrecho*, Barcelona, 2019, p. 427 y ss.

experimento que está funcionando en la actualidad, con la renta de haberse restringido —no eliminado— la arbitrariedad y los abusos de poder. Faltaría reducir proporcionalmente los gastos. Se alcanzaría por esta vía, al fin, el sueño de un régimen de castigos mínimos, el del sistema penal pandémico. De esta larga feria judicial del fuero penal algo tiene que quedar claro: no es posible que todo vuelva a ser como era antes de la pandemia. Lo irrelevante quedó al descubierto. Deshagámonos definitivamente de ello.

La peste y la ciencia

Todo lo expuesto hasta aquí ha sido mi movida de apertura para entablar con los lectores, que lo deseen, una partida que juzgo tan necesaria como entretenida. Les toca mover a aquellos que quieran sumarse al juego. Muchas de las preguntas les resultarán elementales. A quienes así lo vean, toda mi admiración y mi respeto. Mientras tanto, los casos ya están bajo las cada vez más lentas muelas de los tribunales, ahora virtuales. Pensemos entre todos en la generación de conocimientos científicos que permitan a las autoridades procesar los hechos con razonabilidad jurídica, con apego a la ley y a los derechos fundamentales, y vinculados a las pruebas. Para así cumplir el sueño de Welzel de alejar el trabajo judicial, lo más que se pueda, del acaso y la arbitrariedad.

Hay una relación, una encrucijada. Las ciencias de la vida ofrecerán una solución para la peste. En este momento no lo están consiguiendo. Pero lo harán. La política, en cambio, tendrá mayores dificultades, aun a mediano plazo, para solventar satisfactoriamente la reacción estatal a producir para atacar todos los problemas que la pandemia lleve a los tribunales²⁰. El régimen del castigo penal no logrará hacerlo por sí mismo. Solo mostrará, una vez más, su impertinencia estructural para enfrentar circunstancias extraordinarias. ¡Si no puede con las ordinarias!

La conexión entra la peste y la ciencia proporciona también enseñanzas anecdóticas y legendarias.

Pericles, estratega de Atenas rodeado de gloria, fue el autor, según Tucídides²¹, de la mayor oda a la Democracia de la antigüedad. Un discurso muy sugerente, a pesar de que su existencia es hoy puesta en duda por algunos, y sus palabras cuestionadas, por otros, con los ojos del presente. Fue una oración fúnebre dedicada a los muertos del primer año de la Guerra del Peloponeso, un conflicto fratricida que terminó con la edad de oro de la civilización griega y llevó a la abolición de la Democracia en Atenas. En su transcurso la ciudad fue sitiada por Esparta y sus aliados, se desató una peste propiamente virulenta (retratada también por Tucídides²²), que se aprovechó del hacinamiento masivo dentro de las murallas, y Pericles murió por esa causa. Su discurso fúnebre fue premonitorio. Para sus camaradas, para él mismo y para la Democracia

²⁰ "Hace ya tiempo que la ciencia está muy lejos del paradigma de las certezas y la seguridad, que todavía se mantiene en el Derecho" (Esteve Pardo, *op. cit.*, p. 37).

²¹ Tucídides, *Historia de la guerra del Peloponeso* (siglo V antes de la era común), Libro II (citado por la versión de Ed. Crítica, traducida por Francisco Rodríguez Adrados, Barcelona, 2013).

²² *Ibid.*

ateniense. La lección de ciencia política reza: la Democracia no está instalada para siempre, quienes no la cuidan como se debe, la pierden.

En 1349 la peste negra se llevó a William de Ockham, pero no se pudo llevar su trabajo, que anticipó el Renacimiento, la Ilustración y proyectó el Estado de derecho moderno²³. Desde entonces quedó claro, hasta hoy, que bastan solo cinco minutos en el poder para que quien lo detenta comience a ejercerlo abusivamente²⁴. Esta enseñanza nos dice, entonces, que hay que limitar drásticamente también el poder de castigar, por medio de normas efectivas, y no dejarlo durar en las mismas manos mucho más que unos figurados cuatro minutos con 59 segundos²⁵.

Quiso el destino que para Isaac Newton la peste fuera ocasión. Confinado en una casa familiar de campo, lejos de Cambridge, para evitar la peste bubónica que en 1665 y 1666 diezaba la población de las ciudades (Londres fue devastada), descansaba de sus tareas bajo un manzano, sin abandonar sus reflexiones, cuando un fruto se desprendió del árbol y lo hirió de alguna gravedad. Gracias a ello el universo consiguió conocerse a sí mismo como nunca antes lo había hecho²⁶.

Si, desde antiguo, las artes y las ciencias marchan juntas, de Freddie Mercury (1946-1991) se puede decir que, de su arte, era un científico. Murió a causa de otra peste. Una para la cual años después la ciencia encontró tratamiento y hoy ya nadie se muere por eso. Tarda la ciencia, pero consigue soluciones para sus problemas. Algún día procederá así también la ciencia del derecho²⁷ en su desvelo por mejorar las prácticas judiciales del castigo penal.

Y en plena pandemia se nos murió Julio Maier (1939-2020), un científico cabal, orgullo de la universidad argentina, que toda su vida académica bregó por mejorar el ejercicio de la jurisdicción penal. Nos brindó códigos y tratados, nos legó progresos ya irreversibles (prisión preventiva restringida, recurso amplio contra la sentencia, investigación preliminar a cargo de la fiscalía) y nos dejó allanado el camino para conseguir lo que falta: juicio por jurados, organización judicial horizontal, proscripción del recurso contra absoluciones. Su ejemplo de estudio serio, riguroso y sin intereses subyacentes es lo que debemos seguir para honrarlo en el recuerdo.

²³ Especialmente interesante es su obra *Sobre el gobierno tiránico del Papa*, escrita entre 1339 y 1340.

²⁴ "Dale a un hombre un mínimo privilegio sobre sus semejantes y lo usará al máximo, por naturaleza y por miedo a perderlo" (Santamaría, Pedro: *El ateniense*, Madrid, 2019, p. 234).

²⁵ Ver Haissiner, Martín y Pastor, Daniel: *Hacia la duración limitada del oficio judicial*, en Revista En Letra: Derecho Penal, Año IV, Número 7, p. 110 y ss. (disponible en https://d9025994-995c-4520-993b-e78b54b81027.filesusr.com/ugd/e7bffd_94bbe0bbc07b45b9987082fef2603d9b.pdf).

²⁶ Ver berrueta, Julen: "La cuarentena de Isaac Newton: el confinamiento que propició la teoría de la gravedad" (disponible en https://www.elespanol.com/cultura/historia/20200412/cuarentena-isaac-newton-confinamiento-propicio-teoria-gravedad/477952808_0.html); Sánchez Ron, José M.: "Newton y la peste" (disponible en <https://elcultural.com/newton-y-la-peste>).

²⁷ Esteve Pardo, a partir de la situación tan contradictoria y compleja en la que nos colocó la pandemia, destaca "el creciente desfase de los tiempos de la ciencia y el Derecho, al menos el Derecho en el que nos hemos formado y en el que seguimos instalados" (*op. cit.*, p. 36). Y agrega que "los tiempos de la ciencia difieren ostensiblemente de los que son propios del Derecho, sobre todo porque a la ciencia no le corresponde decidir", mientras que los tribunales sí deben decidir en los plazos fijados por la legislación (*op. cit.*, p. 37).

Como dice una popular saga de Hollywood, el futuro no está escrito. Para morir hay siempre un mar de causas suficientes buscando encontrarse con la única que es necesaria: estar vivos. Pero hoy la peste estrechó esa vinculación como nunca. Por si acaso, quiero dejar escrito, mis queridas y queridos colegas, que fue un privilegio compartir con ustedes ideas y pasiones, dar todos los debates que dimos y beber todas las copas que bebimos. Lo uno, y lo otro, siempre con moderación. Hasta que llegue la hora, sigamos, entonces, atreviéndonos a saber, a producir nuevo conocimiento y transmitirlo²⁸. También la peste nos da lecciones.

²⁸ Con el plan también, como propone Esteve Pardo, *op. cit.*, p. 49 y s., de reinstaurar la conexión entre ciencia y derecho.