

“Se ha logrado hacerle entender al hombre
que, si vive, es sólo por gracia de los poderosos.
Mejor dedicarse a tomar café y a cazar mariposas.
A quien ama la res pública se le mutilará la mano.”
(Czeslaw Milosz, Consejos, en *Ciudad sin Nombre*, 1969)

Intervención ante la Comisión de acusación constitucional al ex ministro de Salud, Sr. Jaime
Mañalich

30.09.2020

Fernando Londoño M.

Académico, Universidad Diego Portales

- Itinerario presentación: dos claves de lectura
 - General (político-jurídica)
 - Sancionadora (específicamente penal)
 - Causalidad hipotética: ¿cómo habría cambiado el mundo de haberse actuado conforme a lo esperable?
 - ¿Con qué grado de concreción ha de ofrecerse ese juicio? ¿Si se hace N no se enferman X, Y, Z, “con nombre y apellido?”
 - El problema del “enjambre causal”
 - ¿Y qué es aquí lo esperable? ¿Lo que ya podía preverse al tiempo de los hechos (T1) o lo que viene a saberse después (T2)?
 - Imprudencia: infracción al debido cuidado objetivo
 - El problema de la “objetivación” del debido cuidado en tiempos de inédita pandemia

1. Comprensión general

- Tensión Política-Derecho: ¿Cuánto hay aquí de Política y cuánto de Derecho?
 - Laxitud política (tendencialmente favorable a la acusación, si cuenta con los votos...)
 - Estrechez jurídica (tendencialmente favorable a la defensa)
 - Analogía futbolística
- ¿Es posible separar del todo ambos extremos?
 - ¿La política (ciegamente) sometida a reglas o el derecho (caprichosamente) instrumentalizado políticamente? ¿Nos movemos realmente entre estos dos polos extremos?
 - **El sentido “político”** (liberal-igualitario) de una acusación constitucional: “ninguna autoridad está por sobre la ley”
 - Liberarnos del poder descontrolado, por un lado, afirmando por el otro la igualdad de estatus ante el Derecho, como ciudadanos (como personas, en definitiva)
 - Funcionalidad democrática anti-caudillista (F. Zúñiga, 2006)
 - Su funcionalidad en el marco de regímenes de gobierno (presidencialismo / parlamentarismo)

- Paradójicamente, esta esencial función política no se cumple sin el debido homenaje al Derecho
 - De otro modo carece de eficacia simbólica-comunicativa: ¿qué se dice cuando se dice que alguien está siendo o ha sido acusado constitucionalmente?
 - ¿Que 10 diputados no estiman al ex ministro o que una mayoría de parlamentarios sí lo apoya o no lo apoya?
 - Modelo de “confianza” [*sfiducia*] (pero sin valencia jurídico-sancionadora)
 - ¿Ficción o realidad? Lo cierto es que se le asume como “puesto ahí” (estatuido/Constitución), dotado de relativa objetividad. Un algo en parte “indisponible” a la dinámica puramente política (entendida bajo una lógica mecánica de fuerzas en pugna por el poder)
 - Las funciones del Derecho: domesticación de la fuerza, racionalización, estabilidad y vinculación intergeneracional; hacia la “paz permanente” (aquella posible, siempre limitada en el aquí y el ahora)
 - En tensión: pues una *estabilidad* groseramente inicua malamente puede favorecer la paz social
 - El resultado es una comprensión de la acusación constitucional (de la acción política acusatoria) conforme al modelo de un **marco o contorno de reglas**

- Piénsese en un perímetro o cerco vallado: así, la responsabilidad constitucional habrá de recaer sobre el personero político (aquí un ex ministro) que se salte el vallado, que lo sobrepase, que lo vulnere.
 - De nuevo: nadie está por sobre el Derecho
- Ingenuidad: ¿Un vallado completamente “estático”?
 - La pugna *en* el Derecho... ampliar o contraer el cerco...
 - La relativa objetividad-inmovilidad; la relativa porosidad/movilidad del vallado (en un marco de juego interpretativo)
 - ¿Subjetivismo? ¿Voluntarismo? Hermenéutica y *tradición* (en sentido débil): **punto 2**
- **¿Y si todo esto no fuese nada más que “política”?** (pero entendida como *razonabilidad práctica* con miras al interés de la *polis*; y no como sola voluntad de poder o conteo de votos)
 - Las particularidades del Estado de excepción (decreto 104)
 - La imprevisión y la necesidad de delegación (la lógica del art. 318)
 - El legislativo (prospección desde el pasado). El ejecutivo en el presente-dinámico.
 - Colisión de intereses (vida/salud; libertad; vida económica-trabajo)
 - Reenvío

2. Comprensión sancionadora-penal

- La pregunta por la hermenéutica sancionadora (cfr. F. Zúñiga, 2006). ¿Cómo se ve el asunto desde la hermenéutica penal?
 - Causalidad e imprudencia
- Sujeción estrecha a la ley (tipicidad penal) y al hecho en toda su concreción (lesividad y culpabilidad)
 - El carácter muy concreto (rasante) de la imputación penal. Modelo ascendente de responsabilidad
 - La relativa resistencia de la lógica estadística y de “los grandes números”
- Contra la ingenuidad: modelo descendiente (top-down). Contextos normativamente organizados y dominio de la causalidad “desde arriba”
 - Responsabilidad desde la empresa (responsabilidad por el producto, etc.) y desde el Estado o ente público (por la dirección del aparato estatal, etc.)
 - ¿Significa esto que la imputación sea fácilmente plausible?
 - La comparación con el caso Tsunami

- El enjambre causal (incalculabilidad) del caso en cuestión (su diferencia con el caso Tsunami):
 - Unidad causal / Multiplicidad causal
 - Distinto grado de dominabilidad
 - Distinta incidencia de la injerencia de los ciudadanos
 - La norma del tipo de incendio (historia del 474 CP)
- Causalidad hipotética: demostrar que respecto de X, Y o Z habría hecho una diferencia una actuación distinta (una por cierto más ajustada al *debido cuidado objetivo*)
 - El problema de la distancia espacial y temporal
 - Interacciones múltiples e indescifrables
 - Incalculabilidad de las hipótesis: ¿qué habría hecho X, Y, Z, de haber sabido N?
 - Estándar de seguridad/convicción

- Pues en derecho no se puede hablar de “causalidad en voladizo”, sin un determinado contexto normativo
 - Para que la pregunta por la causalidad sea jurídicamente relevante, no basta con acreditar relaciones causales naturalísticas o “empíricas”: ¿son acaso los padres de un dictador los responsables causales de las muertes provocadas por el hijo?
 - ¿Serán los parlamentarios responsables por efectos lesivos de determinadas leyes, de determinados nombramientos o delegaciones?

- ¿Qué estándar para la culpa?
 - El problema de la culpa sin marco normativo, “en campo abierto”: “El ejercicio de la discrecionalidad genera responsabilidad penal sólo cuando en la decisión se haya alterado groseramente el orden de los valores-fin cuya ponderación explica la concesión de aquel poder discrecional” (cfr. Palazzo, CJN, 2020)
- Falta al **debido cuidado objetivo**:
 - ¿Cuál es al día de hoy? Mejor, ¿cuál era a abril-junio de 2020?
 - El riesgo de incurrir en un injusto anacronismo en la determinación del estándar aplicable
 - Por de pronto, y sin entrar al fondo, la adopción de medidas tempranas, ya desde enero de 2020
 - ¿Previsibilidad? El escenario mundial
 - Los costos (y riesgos) de un “cierre total”. Precariedad de la vida en Chile
 - En todo caso: el punto de la libertad ambulatoria, siempre delicado
 - Dinámica del presente (límites de la previsibilidad)

- ¿Competencia por el mundo?
 - La acusación constitucional como mecanismo para “hacer descender” a una autoridad que se ha puesto sobre el Derecho.
 - Pero para ello haría falta imputarle una dominabilidad *sobrehumana*: algo así como una “competencia por el mundo”.
 - Paradoja: para acusarlo (*descenderlo* a la tierra de los ciudadanos) se crea una ficción (*elevarlo* muy por sobre el poder de cualquier autoridad)
- La expansión de la culpa y la reducción del caso fortuito (la búsqueda de responsables humanos a toda costa): cfr. Silva Sánchez, *La Expansión*, 2001.
 - ¿Racionalismo o cacería de brujas?
- Los riesgos sistemáticos de tal comprensión
- Czeslaw Milosz, *Consejos* (cfr. encabezado de la presentación)