

IMPUTACIÓN PENAL Y CULPABILIDAD

Editor

ANDREA PERIN

Coordinador

IGNACIO E. ACKERMANN HORMAZÁBAL



Derecho

tirant lo blanch

Valencia, 2020

CULPABILIDAD Y JUSTICIA PROCEDIMENTAL

JUAN PABLO MAÑALICH R.*

1. La culpabilidad jurídico-penal como déficit reprochable de fidelidad al derecho

La vigencia de una norma se deja explicar como la conjunción de dos dimensiones susceptibles de ser analíticamente diferenciadas: la dimensión de su validez y la dimensión de su eficacia. Esta distinción es importante por el hecho de que, a diferencia de la eficacia de una norma de comportamiento, su validez cuenta como una *premisa* para la aplicación de la o las normas de sanción que refuerzan su vigencia. Esto presupone, a su vez, una comprensión «externista» (en oposición a «internista») del sentido en que una norma puede fungir como una razón para la acción: el hecho de que una persona cuente con una razón para ejecutar u omitir una acción no es conceptualmente dependiente del hecho de que esa persona exhiba o pudiera llegar a exhibir una disposición motivacional favorable a la ejecución o la omisión de una acción¹. En tal medida, la validez (institucional) de una norma no implica, ni asegura, su eficacia en el caso aislado.

La relevancia de la distinción así formulada se hace patente una vez que se advierte que, como contexto de razonamiento práctico, el derecho penal se encuentra definido por lo que Binding aptamente llamara una «psicología esotérica»². Mientras la psicología del sentido común tiende a asumir que, en el caso normal, una persona ejecuta u omite una acción por las

* Doctor en derecho, Universidad de Bonn. Profesor titular y director del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Dirección: Pío Nono 1, Providencia, Santiago, Chile. Correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl. Agradezco a Antonia Ascencio Yurac y Rafaela Correa Deisler, ayudantes *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales, por su ayuda en la revisión del texto.

¹ Al respecto MAÑALICH (2014a) pp. 17 y ss.; MAÑALICH (2017) pp. 190 y ss., con referencias ulteriores.

² BINDING (1914) pp. 3 y ss.

razones con las cuales cuenta para ejecutar u omitir esa acción, el derecho penal reconoce como su situación específica de pertinencia aquella en que el agente no omite o no ejecuta aquella acción para cuya omisión o ejecución cuenta con una razón (jurídicamente) protegida, constituida por la respectiva norma de comportamiento. Pues el contexto de aplicación de las normas de sanción penal queda determinado por la constatación de que la razón por la cual el agente tenía que omitir o ejecutar una acción no lo *motivó* a omitirla o ejecutarla, o en la terminología de Von Wright: que una razón objetivamente instituida no fue subjetivamente reconocida como vinculante por el agente³.

Con ello, el objeto del reproche jurídico-penal, vehiculizado a través de la correspondiente declaración judicial de culpabilidad expresada a través de una sentencia condenatoria, consiste en el hecho de que el agente no haya convertido la norma en motivo, a pesar de haber sido capaz de motivarse con arreglo a la norma, o bien —tratándose de una imputación extraordinaria— de asegurar su capacidad de motivarse con arreglo a la norma⁴. En la medida en que la aplicación de una norma de sanción penal opera sobre la premisa de que la respectiva norma de comportamiento *vale* como razón para la acción, para una eventual imputación de su quebrantamiento solo interesa la cuestión de si el destinatario habría podido dar seguimiento a la norma, bajo la hipótesis de una suficiente medida de fidelidad al derecho como disposición motivacional dominante. La consecuencia fundamental que se sigue de este punto de partida consiste en que la imputación jurídico-penal ha de ser modelada bajo la adopción de un principio de *contra-facticidad* de la imputación⁵, que se deja entender como una manifestación específica de la psicología esotérica del derecho.

Lo anterior se traduce en que los presupuestos de la imputación del quebrantamiento de una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada han de entenderse configurados bajo la premisa (contra-fáctica) de que el autor se *habría* motivado con arreglo a la norma en caso de haber sido capaz de ello. Así, la comprobación de la satisfacción de los presupuestos específicos sobre los cuales descansa esa capacidad conduce a una «falsación» de una hipótesis de fidelidad al derecho a su respecto. Esta «falsación» resulta en el reproche jurídico-penal de culpabilidad. Con ello, cuál haya sido la efectiva motivación del destinatario de la norma para haber infringido

³ Véase VON WRIGHT (1983) p. 54.

⁴ Véase MAÑALICH (2013a) pp. 5 y ss., 7 y ss.

⁵ MAÑALICH (2014a) pp. 23 y ss.

el deber, impuesto por esta, de omitir o ejecutar la respectiva acción, no debería tener relevancia alguna a la hora de establecer si puede imputársele su quebrantamiento, tal como ello es exigido por el mandato («kantiano») de la neutralidad del derecho⁶. (Cuestión distinta es que, una vez verificada la satisfacción de las condiciones de la imputabilidad del quebrantamiento de la norma, las razones que efectivamente explican el comportamiento del autor —esto es, «sus motivos»— puedan tener relevancia, en el nivel de referencia de la norma de sanción, para la determinación de la magnitud del reproche expresado en la pena impuesta sobre el autor⁷).

La capacidad de dar seguimiento a una norma, cuyo ejercicio deficiente puede ser objeto de un reproche jurídico-penal, se deja analizar como una capacidad intencional compleja y, más precisamente: como una capacidad de *intencionalidad recursiva*. El seguimiento de una norma depende del ejercicio de una capacidad de formarse y realizar intenciones relativas a intenciones, esto es, intenciones de segundo orden. Pues una persona solo sigue una norma en la medida en que *intencionalmente* omite o ejecuta la acción prohibida o requerida, según corresponda, realizando así la *intención* de adecuar su comportamiento a la norma. A modo de ejemplo: quien se abstiene de matar a otro, para así dar cumplimiento a su promesa previa de que ese día no ejecutaría acción alguna que requiriera algún esfuerzo físico, no presta seguimiento a la prohibición de matar a otro, a pesar de que su comportamiento sí se adecua a esa misma prohibición.

De ahí que la capacidad de dar seguimiento a una norma pueda descomponerse en dos capacidades más básicas: la capacidad de formarse y realizar la intención (de primer orden) de omitir o ejecutar una acción de cierto tipo, que cabe denominar —por vía de abreviatura— «capacidad de acción»; y la capacidad de formarse y realizar la intención (de segundo orden) de dar prioridad a esa intención de omitir o ejecutar tal acción *en virtud de* la norma que prohíbe o requiere acciones de ese tipo, que cabe denominar «capacidad de motivación»⁸.

Lo anterior parecería sugerir una reducción de la adscripción de culpabilidad a la constatación de la capacidad de motivación con arreglo a la

⁶ Fundamental KINDHÄUSER (2011) pp. 68 y ss.

⁷ Sobre el problema, véase PERALTA (2012) pp. 151 y ss., pp. 175 y ss., pp. 199 ss., defendiendo una posición proclive a reconocer a los motivos una función puramente heurística, en cuanto «indicios» de la inexistencia de una base objetiva para una posible reducción de la magnitud del injusto exhibido por el respectivo hecho punible.

⁸ En detalle MAÑALICH (2014a) pp. 23 y ss., con referencias ulteriores.

norma. Pero ello supondría pasar por alto la heterogeneidad de las reglas de imputación que, negativamente reformuladas, fijan condiciones de exclusión de la culpabilidad. En efecto, al interior del conjunto formado por éstas es posible reconocer dos subclases, a saber: aquellas que constituyen causas de *inculpabilidad*, por un lado, y aquellas que constituyen causas de *exculpación*, por otro⁹.

Como fundamentos o «causas» de inculpabilidad admiten ser reconstruidas aquellas reglas de imputación que fijan —característicamente: de modo negativo— los presupuestos mínimos de la capacidad de motivación con arreglo a una norma. Esto quiere decir, más precisamente, que las causas de inculpabilidad dan lugar a una exclusión de la imputación en el nivel de la culpabilidad, en atención a que —desde el punto de vista del derecho— el destinatario de la norma no está en posición de motivarse, en pos de su seguimiento, a omitir intencionalmente la acción prohibida o a ejecutar intencionalmente la acción requerida, según corresponda. Característico de una causa de inculpabilidad, así entendida, es una falla en alguna de las condiciones de las cuales depende que el destinatario de la norma sea capaz de formarse o realizar la intención (de segundo orden) de omitir o ejecutar intencionalmente la acción que la norma prohíbe o requiere.

Pero las reglas de exclusión de la imputación que pueden ser reconstruidas como fundamentos o «causas» de exculpación no se dejan entender del mismo modo¹⁰. Pues aquí ya no se trata de la fijación (reglada) de los presupuestos de la capacidad de motivación con arreglo a la norma, sino más bien de una demarcación de la *expectativa* de motivación con arreglo a la norma¹¹. La diferencia esencial radica en que la condición que inexorablemente ha de satisfacerse para que pueda tener lugar una exculpación (*stricto sensu*) es una condición que necesariamente tendría que fallar en caso de que se satisficieran los requisitos de alguna causa de inculpabilidad, a saber: «la posibilidad de tomar en cuenta las razones para la acción determinantes en la situación del hecho»¹². Así, mientras una causa de inculpabilidad opera excluyendo la culpabilidad en atención a un determinado déficit en la capacidad de razonamiento práctico que es presupuesto del seguimiento

⁹ Así ya MAÑALICH (2013a) pp. 9 y ss. En la terminología aquí favorecida, la expresión «causas de exclusión de la culpabilidad» designa el género, cuyas dos especies son designadas por las expresiones «causas de inculpabilidad» y «causas de exculpación».

¹⁰ Para lo que sigue, véase ya MAÑALICH (2013a) pp. 9 y ss., pp. 20 y ss.

¹¹ Véase KINDHÄUSER (1989) pp. 37 y ss.

¹² Así WÜFERL (2007) pp. 335 y ss., pp. 347 y ss.

de la norma respectiva, una causa de exculpación encuentra su presupuesto indisponible en la *subsistencia* de esa misma capacidad.

2. La fundamentación de la culpabilidad como operación de imputación

Con arreglo al análisis precedentemente ofrecido, la atribución de culpabilidad por un comportamiento que infringe un deber impuesto por una norma jurídico-penalmente reforzada admite ser entendida como una operación *de imputación*. Esta última noción necesita ser ulteriormente analizada en pos del esclarecimiento de las condiciones sustantivas y procedimentales de la legitimación de un reproche de culpabilidad.

Cabe partir reparando en que el término «imputación» exhibe un alto grado de parentesco semántico con términos cuyo uso más reconocible podemos reconducir al dominio de la contabilidad. Pues «imputar», tal como plásticamente lo sugiere su equivalente alemán (*zu-rechnen*), significa poner algo en la *cuenta* de alguien¹³. En la formulación de Berner: «Imputar quiere decir, como podemos decir provisionalmente: registrar algo objetivo en la cuenta de un sujeto»¹⁴. Para clarificar la metáfora así presentada, podemos tomar prestadas algunas herramientas conceptuales que nos ofrece Brandon, a propósito de su descripción de nuestras prácticas de atribución de compromisos doxásticos y compromisos prácticos —es decir, de creencias e intenciones— como prácticas de «registro-en-cuenta deóntico» (*deontic scorekeeping*)¹⁵. En la medida en que lo distintivo de una acción se halla en el hecho de que, ante su ejecución, es siempre potencialmente pertinente pe-

¹³ En este sentido ya FEINBERG (1970) pp. 124 y ss. Fundamental al respecto, HRUSCHKA (1976) pp. 13 y ss.; HRUSCHKA (2004) pp. 17 y ss. Para la distinción entre los conceptos de imputación ordinaria e imputación extraordinaria, véase HRUSCHKA (1988) pp. 274 y ss., pp. 313 y ss.; MAÑALICH (2009) pp. 67 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ (2008) pp. 13 y ss., pp. 32 y ss., con ulteriores referencias.

¹⁴ BERNER (1843) p. 39. Una documentada revisión de la evolución histórica del concepto de imputación en la tradición de la filosofía práctica y jurídica —cuyo primero hito es identificado con Aristóteles— se encuentra en HARDWIG (1957) pp. 11 y ss. En particular acerca de la concepción hegeliana de la imputación, así como de su recepción en el discurso de la dogmática jurídico-penal alemana, véase VON BUBNOFF (1966) pp. 36 y ss., pp. 52 y ss. De importancia al respecto, ya RADBRUCH (1967) pp. 85 y ss.

¹⁵ BRANDOM (1994) pp. 180 y ss., pp. 229 y ss.

dir u ofrecer razones, la ejecución de una acción es expresiva de la adopción —en primera persona— de un determinado compromiso práctico por parte del agente, lo cual se sigue de que la ejecución de una acción sirve de título o autorización para la atribución —en tercera persona— de un determinado compromiso práctico al agente¹⁶. Ello hace posible identificar el «lenguaje de la imputación» con un modo de uso del lenguaje que se caracteriza por *hacer explícitos* los compromisos prácticos susceptibles de ser atribuidos a un agente cualquiera, en la forma de una práctica de registro discursivo de los cargos y abonos que van constituyendo su respectivo «estado de cuenta».

Qué haya que entender por «cargo» y «abono» en este contexto, dependerá de cuál pueda ser el objetivo perseguido a través del correspondiente registro en cuenta. Esto se deja ilustrar a través de un análisis de la terminología favorecida por la doctrina de la *imputatio* de la tradición del derecho natural racional, que llegó a elaborar una reconstrucción general de la imputación como un juicio práctico de dos niveles¹⁷. En el primer nivel, se trata de la constitución de un suceso como el *hecho* de una persona, en el sentido de una *imputatio facti*; en el segundo nivel, en cambio, de la imputación de ese hecho —ya constituido como tal por vía de una *imputatio facti*— como un hecho meritorio o demeritorio, en el sentido de una *imputatio iuris*. Lo crucial es que esto último presupone ya un juzgamiento del «hecho» bajo un determinado estándar de comportamiento, en el sentido de una *applicatio legis ad factum*. Pues de cuál sea el estatus normativo del hecho dependerá que este pueda resultar imputable —en el nivel de la *imputatio iuris*— a título de mérito o demérito a su autor, esto es: en el sentido del abono de un «crédito» o del cargo de una «deuda», respectivamente, en la cuenta (normativa) del agente¹⁸. Y es recién este registro de un crédito o una deuda en la cuenta del agente lo que podría legitimar una reacción favorable o desfavorable a su respecto, como consecuencia asociada a la imputación, en la forma del otorgamiento de un premio o de la imposición de un castigo, según corresponda.

¹⁶ BRANDOM (1994) pp. 161 y ss., pp. 196 y ss.

¹⁷ Fundamental HRUSCHKA (1976) pp. 34 y ss.; HRUSCHKA (2005) pp. 30 y ss., pp. 34, pp. 79 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ (2008) pp. 25 y ss. Véase también STÜBINGER (2011) pp. 158 y ss.

¹⁸ Véase SÁNCHEZ-OSTIZ (2008) pp. 103 y ss.; también STÜBINGER (2011) pp. 160 y ss. No deja de ser interesante notar que el término alemán correspondiente a «deuda» —*Schuld*— también sea el correspondiente a «culpa».

Esta última distinción entre la operación del registro de una «deuda» y la habilitación a la consiguiente imposición de una sanción, tratándose de la *imputatio iuris* del quebrantamiento de un estándar de comportamiento, encuentra un paralelismo directo en el análisis de los estadios en que podría descomponerse el proceso de reacción discursiva ante una *performance* defectuosa o incorrecta de algún agente, ofrecido por Feinberg. Según este, esos tres estadios serían: (1) la constatación de la *performance* defectuosa en cuanto tal; (2) la adscripción —esencialmente derrotable— de esa *performance*, en la forma de un cargo en la cuenta del agente; y (3) la puesta-en-uso del registro así modificado, para hacer operativa alguna consecuencia susceptible de ser asociada a la adscripción de la *performance* en cuestión, entre las cuales ciertamente podría figurar una objetivación o materialización del reproche implicado en dicha adscripción, en la forma de la imposición de una sanción (más o menos) institucionalizada¹⁹.

Lo anterior vuelve suficientemente claro que imputar algo a alguien consiste en efectuar un acto de habla que exhibe una fuerza pragmática distintiva. Pero sería un error identificar esta fuerza pragmática o «ilocutiva» con la habilitación (formal o informal) a la materialización de una determinada consecuencia favorable o desfavorable para el sujeto pasivo de la imputación. Pues ello supondría, en términos de Kant, confundir el modo genérico de la *imputatio* («a secas») con el modo específico de la *imputatio iudicialia*²⁰. Precisamente aquí radica el defecto del análisis que Mackie elaborara en el marco de su revisión crítica del así llamado «adscriptivismo», célebremente articulado por Hart²¹.

Mackie sostiene que el así llamado «uso adscriptivo del lenguaje» no consistiría más que en la combinación de un componente descriptivo y un componente prescriptivo²². Su análisis se centra en uno de los ejemplos a los cuales Hart prestara mayor atención, en paralelo al caso de la adscripción de una acción, en la elaboración de su argumento a favor del adscriptivismo, a saber: el caso en que se afirma la satisfacción de las condiciones de existencia de un contrato²³. Según Mackie, cuando se sostiene que entre A y B existe un contrato, puede estar simplemente constatándose que se satisfacen las condiciones de las cuales depende que A y B hayan efectivamente celebrado un contrato (válido); pero también y ante todo, si quien lo

¹⁹ FEINBERG (1970) pp. 127 y ss.

²⁰ Al respecto, MAÑALICH (2012) pp. 678 y ss.

²¹ Véase MAÑALICH (2012) pp. 664 y ss., pp. 682 y ss.

²² MACKIE (1985) pp. 32 y ss.

²³ Véase HART (1949) pp. 174 y ss.

sostiene es un juez (*en cuanto* juez), puede estar dándose una instrucción a las partes (A y B), así como eventualmente a terceros, acerca de qué han de hacer o no hacer²⁴.

El argumento dista de ser concluyente. Ciertamente, no cabe poner en duda que el hecho de que entre A y B haya sido celebrado un contrato hace posible concluir, *ceteris paribus*, que de ello se siguen obligaciones para A o B. Pero esto no es algo que dependa de la fuerza pragmática de la afirmación de que el contrato en cuestión ha sido celebrado, sino más bien del contenido proposicional de esa afirmación. Pues trivialmente, lo que cuenta como un contrato queda (funcionalmente) definido por su eficacia generadora de obligaciones para quienes lo celebran. Esto no basta, sin embargo, para descartar que la fuerza pragmática característica de aquellos actos de habla que cuentan como instancias de uso adscriptivo del lenguaje sea en efecto una fuerza híbrida, susceptible de ser descompuesta en fuerzas ilocutivas más básicas. La pregunta es, más bien, cuáles pudieran ser esas fuerzas ilocutivas, una vez descartado —en contra del argumento de Mackie— el componente supuestamente prescriptivo.

La clave para responder esta pregunta aparece en la siguiente observación de Mackie, relativa a lo que sucede cuando un juez, en las circunstancias contextualmente apropiadas, afirma que A y B están vinculados por un contrato: el juez «está al mismo tiempo enunciando algo y convirtiendo su enunciado en verdadero»²⁵. El punto admite ser explicado como sigue. Es correcto reconocer en el uso adscriptivo del lenguaje una combinación de dos fuerzas ilocutivas susceptibles de ser analíticamente diferenciadas: la primera de ellas consiste en lo que Mackie identifica como la *enunciación* de algo, esto es, la fuerza pragmática característica de un acto de habla «asertivo»; la segunda, en lo que Mackie identifica como la *conversión* de lo enunciado en *verdadero*, lo cual se ajusta muy precisamente a la fuerza pragmática característica de un acto de habla «declarativo»²⁶.

Bajo la taxonomía propuesta por Searle, una *aserción* consiste en la afirmación de la verdad de una proposición; de ahí que semejante acto de habla exhiba una relación (unilateral) de ajuste en la dirección «habla-a-mundo», en términos tales que el «punto ilocutivo» de una aserción consistiría en que lo dicho se ajuste a (cómo son) los hechos²⁷. En cambio, una *decla-*

²⁴ MACKIE (1985) p. 33.

²⁵ MACKIE (1985) p. 33.

²⁶ Véase SEARLE (1979) pp. 12 y ss.

²⁷ Al respecto SEARLE (1979) pp. 3 y ss.

ración consiste en una determinada transformación —característicamente: institucional— del mundo, que determina que una proposición se convierta *eo ipso* en verdadera; de ahí que semejante acto de habla exhiba una relación (bilateral) de ajuste tanto en la dirección «habla-a-mundo» como en la dirección «mundo-a-habla». Esto quiere decir que la proposición que fija el contenido de la declaración *se convierte* en verdadera como resultado de la declaración²⁸.

Notablemente, Searle advierte que habría que reconocer una subclase de actos de habla declarativos, cuyos miembros se distinguirían por quedar asimismo incluidos en la clase de los actos asertivos²⁹. Esto último quiere decir que los actos de habla de esta clase quedan especificados por un punto ilocutivo (compuesto), que determina que la declaración en cuestión produzca el efecto de que la proposición que se corresponde con su contenido haya de ser *tratada como verdadera*, sin que esto responda la pregunta de si esa proposición es efectivamente verdadera. En este sentido, es distintivo de semejante «declaración asertiva» que a su respecto la relación de ajuste en la dirección habla-a-mundo, definitiva de una aserción, admita ser tematizada más allá de los confines de la relación de ajuste bilateral entre habla y mundo que fija el punto ilocutivo de toda declaración³⁰.

Es extremadamente importante que uno de los ejemplos que Searle ofrece de esta clase (híbrida) de acto de habla consista en la declaración de culpabilidad pronunciada por un tribunal que ejerce jurisdicción en lo penal. De acuerdo con la explicación recién bosquejada, ello significa lo siguiente: una persona que es declarada culpable por un tribunal, frente al cargo de un presunto hecho punible, ciertamente ve modificado su estatus jurídico como resultado de la declaración, en el sentido de que, una vez que la sentencia exhibe fuerza de cosa juzgada, esa persona puede ser tratada como culpable del hecho punible imputado; pero esto no logra volver impertinente la pregunta de si *efectivamente* esa persona es culpable de aquello que se le imputara. Dicho en otros términos: la declaración de que la persona acusada es culpable no es suficiente para responder la pregunta de si en efecto ella es culpable³¹. Con ello, el componente puramente asertivo de una declara-

²⁸ SEARLE (1979) pp. 16 y ss.; también SEARLE (2010) pp. 11 y ss.

²⁹ SEARLE (1979) pp. 19 y ss.

³⁰ SEARLE (1979) p. 20.

³¹ Así se deja entender la distinción, propuesta por Meixner, entre un concepto objetivo y un concepto subjetivo de imputación: en sentido objetivo, se trataría del uso del predicado (biposicional) «x ha de ser imputado a y», lo cual expresaría que algo ha de imputarse —en el sentido de que *es imputable*— a alguien; en

ción judicial de culpabilidad determina que la correspondiente imputación justamente no sea reducible a la declaración de que alguien ha incurrido en un comportamiento punible, lo cual sustenta la irreductible posibilidad de que la imputación en cuestión sea (factualmente) incorrecta, en la medida en que sea *falsa* la proposición cuya verdad es afirmada por el sujeto activo de la imputación.

3. El proceso penal como contexto de justicia procedimental imperfecta

El análisis de la estructura pragmático-lingüística de una declaración judicial de culpabilidad puede contribuir a esclarecer la cuestión de bajo qué condiciones y desde qué perspectiva puede responderse la pregunta por la justicia del resultado de un proceso penal (de cognición) que en efecto resulta en el pronunciamiento de una sentencia de término. A este respecto, tiene sentido asumir que el diseño de un modelo de proceso penal sometido al principio de culpabilidad hace de cada proceso particular ajustado al procedimiento así diseñado un caso de lo que John Rawls denominara «justicia procedimental imperfecta»³².

Esta categoría se corresponde con una de las dos variantes de lo que, sin distorsionar el punto de vista asumido por Rawls, cabe llamar «justicia procedimental impura». Definitorio de esta última categoría genérica es el hecho de que la justicia del resultado del proceso respectivo dependa de la satisfacción de un criterio sustantivo (de justicia), que es conceptualmente independiente de la estructura del procedimiento en cuestión. En tal medida, la relación que aquí se da entre la adecuación del proceso concreto al conjunto de exigencias definitorias del procedimiento, por un lado, y la justicia del resultado del proceso, por otro, sería instrumental, y así de naturaleza extrínseca. La inexistencia de semejante criterio sustantivo es lo distintivo, como contrapartida, de lo que Rawls denomina formas de «jus-

sentido subjetivo, en cambio, se trataría del uso del predicado (biposicional) «*x* es imputado a *y*», que expresa que a alguien («simplemente») se imputa algo. Véase MEIXNER (1994) pp. 479 y s. Que efectivamente *tenga lugar* una imputación («en sentido subjetivo») no garantiza, entonces, que *haya de tener lugar* una imputación («en sentido objetivo»).

³² RAWLS (1999) pp. 73 y ss. Al respecto, véase HÖRNLE (2004) pp. 176 y ss.; MAÑALICH (2010) pp. 147 y ss.; también MAÑALICH (2014b) pp. 399 y ss. En detalle sobre el problema, GRECO (2015) pp. 239 y ss., pp. 243 y ss.

ticia procedimental pura». La relación que aquí se da entre la adecuación del proceso concreto al procedimiento y la justicia del resultado de aquel es constitutiva, y así de naturaleza intrínseca³³. Y a su vez, la distinción, practicada al interior de la categoría de justicia procedimental impura, entre formas de justicia procedimental perfecta y formas de justicia procedimental imperfecta se construye sobre la pregunta de si el diseño del procedimiento asegura o no, respectivamente, la justicia (extrínseca) del resultado con arreglo al correspondiente criterio sustantivo³⁴.

Rawls mismo observaba que una forma paradigmática de justicia procedimental imperfecta se corresponde con el diseño de cualquier modelo de proceso penal sometido al principio de culpabilidad³⁵. Se trata, en primer lugar, de una forma de justicia procedimental *impura*, porque el principio de culpabilidad provee a lo menos un criterio sustantivo de cuya satisfacción depende que el resultado del respectivo proceso penal sea justo, a saber: «el imputado ha de ser declarado culpable si y solo si ha cometido el delito que se le imputa»³⁶. Y se trata, en segundo lugar, de una forma de justicia procedimental *imperfecta*, porque «parece imposible diseñar las reglas jurídicas de modo tal que ellas siempre lleven al resultado correcto»³⁷. En la medida en que la insatisfacción del criterio sustantivo de justicia determina la incorrección del resultado del proceso, la injusticia así configurada admite ser tematizada como constitutiva de un *error*, en el sentido de una discrepancia

³³ Al respecto, NEUMANN (1989) pp. 54 y ss.; también CELANO (2001) pp. 409 y ss. Sobre la distinción entre valor intrínseco y el valor instrumental atribuible a algún diseño procedimental, véase ya BAYÓN (2000) pp. 85 y ss.

³⁴ El análisis aquí esbozado ha sido ya exhaustivamente presentado en MAÑALICH (2020).

³⁵ Véase al respecto DUFF (1986) pp. 110 y ss. Como debería ser obvio, tal caracterización no es privativa de los modelos de proceso penal; véase ya FERRER (2012) p. 264.

³⁶ RAWLS (1999) p. 73. Nótese que, en contra de lo sostenido por ATRIA (2016) pp. 382 y ss., nota 4, ello no se ve afectado por el hecho de que la corrección, la legitimidad o la aceptabilidad del resultado de un proceso penal pueda depender, como lo advirtiera Rawls, de la realización de «otros fines del derecho». Pues eso solo significaría que el correspondiente criterio de justicia no es el único estándar con relevancia para evaluar normativamente el resultado alcanzado. Precisamente desde este punto de vista adquiere relevancia el discurso de la teoría de la justificación de la pena, tradicionalmente determinado por la rivalidad entre concepciones retribucionistas y concepciones prevencionistas, para el diseño del correspondiente modelo de proceso penal. Para el (mero) esbozo de un modelo de la primera clase, véase MAÑALICH (2010) pp. 45 y ss., con referencias ulteriores.

³⁷ RAWLS (1999) p. 75.

entre la declaración judicial de la satisfacción de los presupuestos fácticos y jurídicos de una condena y la efectiva falta de satisfacción de alguno o algunos de esos presupuestos, sin que ese error necesite descansar en algún déficit de corrección procedimental del proceso en cuestión³⁸. Justamente esto explica que la declaración judicial de la culpabilidad de la persona acusada exhiba el carácter de una declaración asertiva.

La exhaustividad del esquema clasificatorio sugerido por Rawls ha sido recientemente puesta en duda por Atria, según quien Rawls habría omitido tematizar la categoría que resultaría de combinar la inexistencia de un estándar de justicia extrínseco y la imposibilidad de diseñar un «procedimiento infalible», categoría que Atria propone identificar a través de la noción de una «justicia puramente procesal imperfecta»³⁹. Atria advierte que, a primera vista, la postulación de tal categoría parece no tener sentido alguno, pues la pregunta por la infalibilidad del procedimiento solo resulta pertinente si se dispone de algún parámetro, independiente del diseño de ese procedimiento, cuya satisfacción hubiera de ser asegurada o promovida por este. Con todo, Atria sugiere que esa categoría aparentemente desprovista de sentido identificaría «el tipo fundamental para entender las instituciones»⁴⁰.

El argumento ofrecido para sustentar esta última afirmación sugiere, empero, que la pretendida categoría es reducible a un género de situaciones en las cuales el correspondiente estándar de justicia, extrínseco al procedimiento, se encuentra especificado como un criterio unilateralmente negativo de justicia, esto es, en la forma de un criterio de mera *injusticia* sustantiva, cuya particularidad consiste en que la inversión de tal criterio no resulta en la formulación de un criterio positivo de justicia sustantiva. Precisamente tratándose de las situaciones que sirven de contexto a la observación de Atria, que involucran relaciones de intercambio contractual, es fácil advertir, por ejemplo, que las reglas sobre la así llamada «lesión enorme» desempeñan una función de esa índole: se trata de reglas que fijan criterios de reconocimiento de (crasa) injusticia conmutativa del intercambio en cuestión, sin

³⁸ Fundamental BINDING (1915) pp. 277 y ss., pp. 281 y ss.; véase también NEUMANN (1989) pp. 52 y ss., quien acertadamente identifica la justicia del resultado del proceso con «la realización del derecho penal material». Para un punto de vista enteramente coincidente, véase LAUDAN (2006) pp. 9 y ss.: «[...] errors, in my sense, have nothing to do with whether the system followed the rules [...] and everything to do with whether judicial outcomes convict the guilty and free the innocent».

³⁹ ATRIA (2016) pp. 381 y ss., con nota 3.

⁴⁰ ATRIA (2016) p. 382.

que a través de la inversión de esas reglas se obtengan criterios positivos de justicia conmutativa para el mismo intercambio⁴¹.

La observación precedente es importante para lo que aquí interesa, en cuanto lleva a la constatación de que el criterio sustantivo de cuya satisfacción depende la justicia o injusticia del resultado de un proceso penal tiene el carácter de un criterio no solo bivalente, sino asimismo bilateral. Su bivalencia se expresa en que el principio de culpabilidad determina la justicia de cualquiera de los dos resultados que, de manera conjuntamente exhaustiva y mutuamente excluyente, son susceptibles de ser alcanzados a través de la sentencia definitiva que pone término al proceso respectivo. Su bilateralidad, por su parte, se expresa en que el principio de culpabilidad determina tanto la justicia de una decisión (de condena o absolución) que satisface ese criterio sustantivo, como la injusticia de una decisión (de condena o absolución) que no lo satisface. La conjunción de la bivalencia y la bilateralidad del criterio se expresa en que valgan los siguientes dos pares de proposiciones: la condena de quien es culpable del hecho punible que se le imputa es sustantivamente justa, así como lo es la absolución (y por implicación: la no-condena) de quien es inocente del hecho imputado; y la condena de quien es inocente del hecho punible que se le imputa es sustantivamente injusta, así como lo es la absolución (y por implicación: la no-condena) de quien es culpable del hecho punible imputado. Esta es una implicación de que la verdad de la proposición que fija el contenido de la declaración judicial de culpabilidad no pueda quedar asegurada por la emisión —aun procedimentalmente «impecable»— de esa misma declaración.

4. Estándares de justicia sustantiva *versus* estándares de justicia procedimental

Ahora podemos ilustrar más detalladamente el esquema clasificatorio que sirve de contexto a la caracterización de los modelos más usuales de proceso penal como formas de justicia procedimental imperfecta. Para ello puede ser útil considerar, como contraste, el ejemplo de una pretendida for-

⁴¹ Con ello, la constatación de que el criterio unilateralmente negativo de justicia sustantiva se ve cumplido fundamenta la aserción de que el resultado alcanzado no es justo (cuya forma enunciativa sería la de una negación interna: «es verdad que no-*p*»), sin que ella pueda ser confundida con la aserción de que al resultado no se aplica un criterio de justicia sustantiva (cuya forma enunciativa sería la de una negación externa: «no es verdad que *p*»).

ma de justicia procedimental perfecta que Rawls mismo ofrece: «A number of men are to divide a cake: assuming that the fair division is an equal one, which procedure, if any, will give this outcome? Technicalities aside, the obvious solution is to have one man divide the cake and get the last piece, the others being allowed their pick before him. He will divide the cake equally, since in this way he assures for himself the largest share possible. [...] Of course, certain assumptions are made here, such as that the man selected can divide the cake equally, wants as large a piece as he can get, and so on. But we can ignore these details»⁴².

Aquí es fundamental reparar en que Rawls está sugiriendo que el seguimiento de la regla susceptible de ser formulada a través del enunciado «quien parte se lleva la última parte» (y a la que en lo que sigue me referiré como la regla «R») alcanzaría a asegurar la satisfacción del estándar de justicia distributiva, referido a la partición de la torta en cuestión, según el cual cada uno de los presentes debe recibir una porción de torta igual a la que recibe cada uno de los demás (y al cual me referiré como el estándar «E»)⁴³. Aun no problematizando el presupuesto psicológico sobre el cual parecería descansar la eficacia instrumental de R para el aseguramiento de la obtención de un resultado justo con arreglo a E, consistente en que quien deba efectuar la partición de la torta (a quien me referiré como el partidador «P») mostraría una disposición favorable a la promoción del propio interés que haría suficientemente probable un despliegue del máximo esfuerzo de su parte por alcanzar una partición igualitaria⁴⁴, cabe observar que la satisfacción del presupuesto operacional consistente en que P sea capaz de efectuar una partición igualitaria tampoco logra excluir la posibilidad de que la partición efectuada por P resulte injusta bajo E. Pues que P tenga esa capacidad consiste en que P exhiba una determinada propiedad disposicio-

⁴² RAWLS (1999) p. 74.

⁴³ Para un análisis de la estructura genérica de un juicio de corrección, entendido como un juicio que establece la existencia de una relación de ajuste entre el respectivo objeto del juicio y el parámetro o estándar bajo el cual el objeto es juzgado, véase CARBONELL (2017) pp. 5 y ss.

⁴⁴ Como es sabido, una moderada disposición a la promoción del auto-interés es explícitamente tematizada por Rawls como uno de los rasgos que exhibirían los participantes («las partes») en la deliberación desarrollada en la así llamada «posición original» en pos de la formulación de los principios de justicia (puramente procedimental) que definirían los arreglos constitutivos de la estructura básica de la sociedad política respectiva; véase RAWLS (1999) pp. 15 y ss., pp. 102 y ss.

nal, cuya atribución a P, empero, es compatible con que, en una ocasión particular cualquiera, P no logre realizar una partición igualitaria de la torta⁴⁵.

Con ello, y *pace* Rawls, el sometimiento de la partición de la torta a R no logra asegurar que el resultado de la partición satisfaga E. Esto sugiere que, en contra de lo sostenido por Rawls, la distinción pretendidamente binaria entre formas de justicia procedimental perfecta y formas de justicia procedimental imperfecta debería ser redefinida, más bien, como una diferenciación *gradual* al interior de la categoría de la justicia procedimental impura, según cuán probable sea la obtención de un resultado sustantivamente justo, bajo el estándar aplicable, a través del seguimiento de las reglas definitorias del procedimiento en cuestión. Con ello, mientras los conceptos de justicia procedimental pura e impura se comportan como conceptos propiamente clasificatorios, los conceptos de justicia procedimental perfecta e imperfecta adquieren, más bien, el carácter de conceptos ordenadores⁴⁶. Una ventaja de esta redefinición consiste en que ella hace más fácil advertir por qué, en general, el diseño del respectivo procedimiento podría incorporar mecanismos de justicia puramente procedimental para compensar, aun cuando «imperfectamente», la falta de satisfacción del correspondiente estándar sustantivo de justicia⁴⁷.

⁴⁵ Pues *mutatis mutandis*: el hecho de que X sea capaz de sumar —en el sentido de que X sabe cómo sumar— no se ve desafiado por el hecho de que, en una ocasión particular, X yerre al efectuar una suma. Para un muy refinado análisis de las conexiones existentes entre las nociones de «saber-cómo» y «ser-capaz-de», véase HACKER (2013) pp. 154 y ss., pp. 186 y ss.

⁴⁶ Fundamental para esta distinción, en clave jurídico-filosófica, ya RADBRUCH (1967) pp. 167 y ss., observando que los conceptos ordenadores se distinguen por expresar «propiedades graduables»; al respecto, véase también KINDHÄUSER (1984) pp. 469 y ss.

⁴⁷ Esto supone impugnar la afirmación de Celano, según la cual, desde el punto de vista jurídico, la distinción entre justicia procedimental imperfecta y justicia procedimental pura, en último término, colapsaría; véase CELANO (2001) pp. 411 y ss., pp. 418 y ss., quien centra su argumento en el problema representado por las así llamadas «normas irregulares», cuyo análisis lo lleva, en la senda de Kelsen, a concluir que, «[d]esde el punto de vista de una teoría nomodinámica del Derecho, pues, la situación está definida por los dos rasgos siguientes: no disponibilidad de un criterio independiente de corrección, y garantía de éxito del procedimiento de juicio» (p. 424). Aquí basta con observar, por un lado, que Celano parece pasar por alto que la tematización de «si hay un órgano competente para determinar, en ejecución de un procedimiento determinado», la satisfacción de las «condiciones necesarias para la producción de una consecuencia jurídica cualquiera» (p. 421), vuelve pertinente la pregunta de si el órgano en cuestión es en efecto competente

Volviendo al ejemplo propuesto por Rawls, ello es exactamente lo que ocurriría si, advirtiendo que nadie puede estar suficientemente seguro de que, de ser designado para ello, logrará realizar una partición igualitaria de la torta, los involucrados acordasen establecer una regla de sorteo para la designación del partidador. Si bajo la vigencia de esta regla adicional P en efecto no lograrse partir la torta de manera igualitaria, y ello llevase a que —en congruencia con el ya explicitado presupuesto psicológico— P recibiera una porción más pequeña que la que recibirían los demás, la caracterización de este resultado como justo no podría estar fundada en la satisfacción de E, sino más bien en que la falta de satisfacción de E se vería *compensada* por la satisfacción de un estándar de justicia procedimental pura.

Para lo que aquí interesa, es absolutamente fundamental no perder de vista que, en el caso recién considerado, el resultado alcanzado no deja de ser sustantivamente injusto. Esto importa en razón de que, como lo ilustra el régimen de la acción de revisión plasmado en el Código Procesal Penal (en adelante: «CPP»)⁴⁸, la injusticia sustantiva exhibida por una sentencia condenatoria no resulta compensable por la satisfacción de cualesquiera estándares de corrección procedimental⁴⁹. En tal medida, tales estándares no logran exhibir el carácter de estándares de justicia procedimental *pura*. La institucionalización de la preocupación por el aseguramiento de la justicia sustantiva del resultado del proceso explica, a su vez, que la eventual com-

y de si la determinación que llegue a adoptar acerca de la satisfacción de tales condiciones en efecto tiene lugar en ejecución del procedimiento previsto. Esto sugiere que la posibilidad de que llegue a ser producida una decisión que no logre ser jurídicamente impugnada —que es lo que Kelsen tomaba como premisa en la formulación de su argumento acerca de la «cláusula alternativa tácita»— no logra suprimir la pregunta acerca de la validez (jurídica) de esa decisión. Por otro lado, Celano yerra al asumir que la distinción entre la validez y la aplicabilidad de una norma —que contribuye a disolver el problema precedentemente planteado— habría de ser entendida en la forma de una distinción gradual (o cuantitativa) al interior de un continuo que se identificaría con el género de la «juridicidad» de una norma cualquiera (pp. 419 y ss.). Pues ello desconoce que el hecho de que una norma llegue a ser aplicada, de manera jurídicamente eficaz, no depende en lo absoluto de que esa norma pertenezca a algún sistema jurídico («estático») que integre la secuencia dinámica que se identifica con el orden jurídico de referencia; al respecto, véase NAVARRO - RODRÍGUEZ (2014) pp. 132 y ss., pp. 196 y ss. Para el esbozo de un argumento equivalente al aquí esgrimido, dirigido en contra de la «teoría jurídico-material de la cosa juzgada», véase NEUMANN (1989) pp. 63 y ss.

⁴⁸ En detalle al respecto, MAÑALICH (2020).

⁴⁹ Fundamental al respecto, HÖRNLE (2004) pp. 185 y ss., pp. 191 y ss., con especial énfasis en los así llamados mecanismos de «justicia consensual».

probación judicial de la satisfacción del principio de culpabilidad en cuanto criterio sustantivo de justicia no pueda tener lugar, procesalmente, sino bajo el presupuesto de que el proceso resultante en esa pretendida comprobación se ha ajustado a las reglas que configuran el procedimiento⁵⁰. Mas en contra de lo sugerido por Atria, ello no admite ser reformulado en el sentido de que el proceso penal no contaría como un contexto de justicia procedimental imperfecta, «porque no hay un criterio independiente de los procedimientos que nos permitan [sic] calificar en este sentido una sentencia como “justa” o “injusta”»⁵¹. Aquí se confunde la constatación (acertada) de que la satisfacción de las reglas que configuran el procedimiento es constitutiva de la *ocasión procesalmente legítima* para declarar la satisfacción del principio de culpabilidad en cuanto criterio sustantivo de justicia de una decisión de condena o absolución⁵², con la sugerencia (infundada) de que la satisfacción de esas mismas reglas sería sin más constitutiva de la justicia de la decisión de condena o absolución.

5. La valoración asimétrica del riesgo de injusticia del resultado del proceso

Para cerrar el análisis, es crucial detenerse en un dato impuesto por la regulación de la acción de revisión plasmada en el CPP. El dato regulativo en cuestión consiste en el hecho de que el mecanismo procesal de la revisión de sentencias penales se encuentre reservado para la posible anulación de sentencias condenatorias⁵³. Y esto se traduce en que, como contrapartida,

⁵⁰ Al respecto, ya BINDING (1915) pp. 277 y ss.; véase también NEUMANN (1989) pp. 67 y ss., quien analizando la plausibilidad del «modelo del juego» como alternativa teórica al «modelo del proceso como instrumento al servicio de la justicia», favorable a la disolución de «la conexión teleológica entre finalidad del procedimiento y reglas procedimentales», observaba que la satisfacción de las correspondientes exigencias de justicia procedimental solo podría ser entendida como una condición necesaria, pero no suficiente, de la justicia del resultado de un proceso penal. Acerca de la correspondiente noción de «corrección procesal», véase CARBONELL (2017) pp. 8 y ss.

⁵¹ ATRIA (2016) pp. 382 y ss., nota 4.

⁵² Acerca del principio de «exclusividad procesal» de la aplicación de la legislación penal, entendido como un corolario de la garantía de «juicio previo» establecida en el inc. 1º del art. 1º del CPP, véase DEL RÍO (2009) pp. 67 y ss.

⁵³ Para lo que sigue, en detalle ya MAÑALICH (2020) pp. 36 y ss.

una sentencia absolutoria en cuyo pronunciamiento pudiera culminar un proceso penal cualquiera no es susceptible de anulación por vía de revisión.

Esta institucionalización asimétrica, que está lejos de constituir una trivialidad desde el punto de vista del derecho comparado⁵⁴, se deja explicar como la consecuencia de que la regulación de la revisión hace reconocible la adopción legislativa de un principio de *valoración asimétrica del riesgo de injusticia* del resultado del proceso penal⁵⁵. Se trata aquí de un principio que informa el diseño del correspondiente modelo de proceso penal, en el sentido en que la expresión «principio» designa un estándar de corrección jurídica obtenido por vía de abducción a partir de estándares de menor abstracción, en los cuales dicho principio resulta «apoyado»⁵⁶. Planteando el punto según los anglicismos que hace suya la doctrina procesal contemporánea, el principio de la valoración asimétrica del riesgo de injusticia del resultado del proceso se expresa en que el diseño procesal penal valora como más grave el riesgo de un «falso positivo», esto es, el riesgo de que sea tenida por verdadera una hipótesis fáctica en efecto falsa, cuya validación judicial lleve a que sea condenada una persona que no es culpable del hecho punible que se le imputara, que el riesgo de un «falso negativo», esto es, el riesgo de que no sea tenida por verdadera una hipótesis fáctica en efecto

⁵⁴ Véase, por ejemplo, la regulación de la «revisión» (*Wiederaufnahme*) de un proceso concluido mediante un enjuiciamiento revestido de fuerza de cosa juzgada establecida en los §§ 359 de la Ordenanza Procesal Penal alemana, que explícitamente prevé, en su § 362, la posibilidad de una «revisión desfavorable al acusado», pudiendo la sentencia así revisada ser de naturaleza absolutoria; latamente al respecto, GRECO (2015) pp. 956 y ss. En contraste con ello, si bien a contar de la modificación del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, dispuesta por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, parecería que algunos de los motivos de revisión allí previstos pudieran ser insensibles a la variable del carácter condenatorio o absolutorio de la sentencia revisada, las reglas de los arts. 955 y 956, que definen quiénes tienen legitimación activa para su promoción e interposición, vuelven claro que la revisión solo procede *pro reo*; en referencia a la situación jurídica anterior a la ya referida modificación legal, véase VERNENGO (2015) pp. 71 y ss., pp. 84 y ss.

⁵⁵ Véase FERRER (2007) pp. 139 y ss., pp. 144 y ss.; fundamental al respecto LAUDAN (2006) pp. 29 y ss. En referencia al derecho chileno, ACCATINO (2011) pp. 484 y ss.; también VALENZUELA (2017) pp. 19 y ss., pp. 96 y ss.

⁵⁶ Sobre este método de identificación abductiva de principios implícitos, asociada a una forma de coherentismo iuspositivista, véase ALONSO (2018) pp. 70 y ss., pp. 77 y ss.

verdadera, cuya falta de validación judicial lleve a que sea absuelta una persona que es culpable del hecho punible que se le imputara⁵⁷.

No es en absoluto autoevidente qué pudiera sustentar la institucionalización de semejante sesgo. Sin que aquí sea posible acometer la respuesta a esta pregunta con el debido detenimiento, se impone constatar que la usual apelación a la seriedad de los «bienes en juego» para el acusado resulta enteramente insuficiente como pretendido fundamento del sesgo en cuestión. Pues incurre en un mero apriorismo quien —encandilado por la hoy ya mítica caracterización de la intervención penal como *ultima ratio*— asume que el menoscabo de uno o más bienes jurídicos del condenado, resultante de la irrogación del mal en la que consiste la ejecución de una determinada sanción penal, necesariamente habría de ser, siempre y en todo caso, más grave que el menoscabo susceptible de ser irrogado a través de la materialización de una consecuencia jurídica no revestida de significación penal⁵⁸.

⁵⁷ Véase FERRER (2007) p. 143, p. 148; fundamental al respecto LAUDAN (2006) pp. 10 y ss., distinguiendo entre errores consistentes en la condena de quien es efectivamente inocente y errores consistentes en la falta de condena de quien es efectivamente culpable. La formulación aquí ofrecida es preferible a la sugerida por ACCATINO (2011) p. 487, quien identifica el riesgo de un falso positivo con «el riesgo de que se declare probada una proposición falsa», en tanto que el riesgo de un falso negativo, con «el riesgo de que se declare no probada una proposición verdadera». Esto no resulta suficientemente preciso, en cuanto no especifica la conexión entre la proposición de cuya declaración como probada o no probada se trata y la decisión autoritativa fundamentada en la correspondiente «decisión sobre la prueba» (o decisión sobre qué proposiciones se tienen por probadas). Así por ejemplo, una persona podría ser injustamente condenada en razón de la validación, por parte del tribunal, de la (compleja) hipótesis fáctica de cuya corroboración dependería la justicia sustantiva de esa condena, siendo esa hipótesis en efecto falsa, habiendo el tribunal tenido por no probada una proposición (verdadera) que fundamentaba la operatividad de una eximente determinada. De acuerdo con la concepción más extendida, este sería un caso de un «falso positivo», al haber sido tenida por verdadera una hipótesis condenatoria en efecto falsa, a pesar de que para que esta haya sido tenida por verdadera fuera necesario que no se tuviera por verdadera la proposición cuya verificación habría resultado en la aplicación de la eximente. Para un claro reconocimiento de este aspecto del discurso acerca de los falsos positivos y los falsos negativos, véase LETELIER (2018) p. 212.

⁵⁸ Acertadamente FRISTER (2016) pp. 153 y ss.; véase también FERRER (2007) pp. 139 y ss. Acerca de cuán problemática resulta ser la tradicional postulación de un «principio de subsidiariedad» de la intervención penal, asociada a la caracterización de esta como una pretendida *ultima ratio* regulativa, véase MAÑALICH (2018a) pp. 64 y ss.

El único fundamento plausible para este sesgo jurídico-penal se encuentra en la propia fisonomía del principio de culpabilidad en cuanto estándar sustantivo de justicia, bajo el cual «la pena no puede ser legitimada como resultado de una mera ponderación de intereses, sino sólo con la consideración de que el ciudadano se ha hecho merecedor de la restricción de sus derechos precisamente intencionada a través de la punición»⁵⁹. Esto quiere decir que el principio de culpabilidad no funciona como un estándar de justicia *distributiva*, sino más bien como un estándar de justicia *retributiva*, con arreglo al cual la legitimación del reproche jurídico de culpabilidad materializado en la respectiva reacción punitiva depende críticamente de la sustentación de un juicio de merecimiento personalizado⁶⁰. De ahí que la punición de un inocente resulte retributivamente insoportable en un sentido en que la falta de punición de un culpable no lo es, precisamente porque (solo) en el primer caso llega a materializarse una reacción cuya injusticia retributiva la vuelve teleológicamente inauténtica⁶¹.

Es fácil comprobar que el modelo procesal penal establecido en el CPP se encuentra co-determinado por semejante principio de valoración asimétrica, si el foco se pone en el estándar de prueba formulado en su art. 340. Pues este hace suficiente la existencia de una «duda razonable» acerca de la verdad de las premisas fácticas de una posible decisión de condena para

⁵⁹ FRISTER (2016) pp. 154.

⁶⁰ Véase ya NEUMANN (1989) p. 53. En detalle, MAÑALICH (2018b) pp. 38 y ss., pp. 45 ss. Acerca de la irreductibilidad de la justificación retributiva de la punición a su eventual justificación distributiva, véase MAÑALICH (2014b) pp. 391 y ss., pp. 401 y ss., pp. 407 y ss. Ello se ve reflejado en el hecho de que ya la sola condena de un inocente irroga a este un menoscabo que es definitorio del contenido de injusto (objetivo) del delito de calumnia, sin que un menoscabo de esa índole sea irrogado a persona alguna cuando tiene lugar la absolución de un culpable.

⁶¹ Un desconocimiento de la asimetría así perfilada subyace al argumento a través del cual Oliver pretende sustentar la tesis de que, tanto bajo el derecho español como bajo el derecho chileno, el fundamento de una posible revisión lo proveería el principio de proporcionalidad en su dimensión de «prohibición de exceso»; véase OLIVER (2007) pp. 407 y ss., quien hace descansar críticamente esa tesis en la sugerencia de la falta de plausibilidad de invocar el principio de culpabilidad como estándar sustantivo de justicia como fundamento «si no se permite la revisión de absoluciones», pues esto determinaría que «pued[a]n existir muy injustas sentencias absolutorias firmes inalterables en el tiempo». Esto supone pasar por alto que la manera en que el principio de culpabilidad funciona como estándar de justicia del resultado del proceso lo vuelve compatible con el principio de valoración asimétrica del riesgo de una decisión (retributivamente) injusta.

la absolución del acusado⁶². A este respecto, es ilustrativo el contraste con aquellos modelos de proceso civil sometidos a un sistema de libre valoración de la prueba, que tienden a hacer suyo un estándar que, como el de la así llamada «preponderancia de evidencia», se distingue por expresar una valoración *simétrica* del riesgo de injusticia de la decisión consistente en acoger o rechazar la pretensión del demandante⁶³.

Precisamente el hecho de que los modelos de proceso civil tiendan a implementar semejante principio de valoración simétrica del riesgo de injusticia del resultado del proceso se muestra, en lo que aquí interesa, en que la regulación del mecanismo de la revisión plasmada en el Título XX del Libro III del Código de Procedimiento Civil haga procedente, configurándose alguna de las cuatro causales establecidas en su art. 810, la anulación de una «sentencia firme», con total independencia de si esta hubiera favorecido al demandante o al demandado. El hecho de que, en lugar de una solución simétrica, el CPP haga suya una solución asimétrica, determinante de la restricción del ámbito de operatividad del mecanismo de revisión a la posible anulación de sentencias condenatorias, es indicativo de una preocupación estandarizada ante la eventualidad de que llegue a adquirir fuerza de cosa juzgada una sentencia injustamente condenatoria.

⁶² Al respecto VALENZUELA (2017) pp. 85 y ss., pp. 94 y ss. Acerca de la genealogía del estándar en el contexto de la tradición del *common law*, así como de las difícilmente superables objeciones dirigidas en contra de su viabilidad como parámetro de decisión intersubjetivamente controlable, véase LAUDAN (2006) pp. 30 y ss. En cuanto a los inconvenientes asociados a la adopción de una interpretación subjetivista del estándar de prueba así formulado (favorecida por el tenor literal del art. 340 del CPP), véase ACCATINO (2011) pp. 489 y ss., pp. 495 y ss.

⁶³ Véase ACCATINO (2011) pp. 486 y ss.; fundamental al respecto, en el contexto de la discusión chilena, LARROUCAU (2012) pp. 789 y ss., quien defiende una propuesta diferenciadora, en atención a las particularidades de determinadas clases de asuntos litigiosos, que harían adecuada una alteración del estándar en cuestión. Para su institucionalización como el estándar de prueba que ha de regir, por defecto, en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio, véase LETELIER (2018) pp. 216 y ss., pp. 222 y ss., enfatizando su estatus como estándar «epistémicamente óptimo». Como ha mostrado BAYÓN (2009) p. 24, se trata aquí de un estándar que resulta ser «*mínimamente* sensible a la distribución del riesgo de error», que «no corrige [...] la asignación del mismo que resultaría de tener por probada la hipótesis con un grado de confirmación más alto, pero al menos *dirime* (no aleatoriamente) que parte está llamada a soportar el riesgo de error cuando las hipótesis rivales tienen el mismo grado de confirmación», en la medida en que se vea complementado por «las correspondientes reglas sobre la carga de la prueba».

No estaría de más concluir observando que el argumento así delineado para dar cuenta de la heterogeneidad de los regímenes de la revisión civil y la revisión penal, determinada por la valoración respectivamente simétrica y asimétrica del riesgo de un resultado sustantivamente injusto, se encuentra en las antípodas de las disquisiciones con las que Carnelutti pretendía sustentar su «aversión [...] a la cosa juzgada penal», que él no vacilaba en cifrar en su «convicción de que el delincuente es un enfermo»⁶⁴. Esto resulta tanto más notable si se advierte que Carnelutti precisamente reconocía en «aquella concepción de la pena fríamente retributiva que es la máscara pseudocientífica de la venganza» el genuino fundamento de «la pretendida intangibilidad de la cosa juzgada penal»⁶⁵. Si se deja a un lado el exabrupto consistente en confundir los conceptos de retribución y venganza, que pasa enteramente por alto el sentido en el cual la punición retributiva debe ser entendida como un artefacto institucional⁶⁶, solo cabe dar razón a Carnelutti: la mejor explicación del régimen al que se sujeta la fuerza de cosa de juzgada de una sentencia penalmente condenatoria la provee el principio de culpabilidad en cuanto soporte de un derecho penal retributivo.

Bibliografía citada

- ACCATINO, Daniela (2011): «Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 37, pp. 483-511.
- ALONSO, Juan Pablo (2018): «Principios implícitos y fuentes sociales del derecho», *DOXA*, Vol. 41, pp. 63-83.
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo, Marcial Pons.
- BAYÓN, Juan Carlos (2000): «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, núm. 1, pp. 65-94.
- BAYÓN, Juan Carlos (2009): «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», *Analisi e Diritto*, 2008, pp. 15-34.
- BERNER Albert Friedrich (1843): *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Fráncfort del Meno, Verlag Sauer & Auvermann (reimpresión de 1968).
- BINDING, Karl (1914): *Die Normen und ihre Übertretung*, Léipzig, Felix Meiner, 2ª ed., t. II.
- BINDING, Karl (1915): *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Múnich-Léipzig, Duncker & Humblot, t. II.
- BRANDOM, Robert (1994): *Making it Explicit*, Cambridge, Harvard University Press.

⁶⁴ CARNELUTTI (1961) p. 275.

⁶⁵ CARNELUTTI (1961) p. 280.

⁶⁶ Al respecto, véase MAÑALICH (2010) pp. 79 y ss., pp. 91 y ss.

- CARBONELL, Flavia (2017): «Elementos para un modelo de decisión judicial correcta», *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 27, pp. 1-35.
- CARNELUTTI, Francesco (1961): *Cuestiones sobre el proceso penal*, Santís Melendo, Santiago (trad.), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CELANO, Bruno (2001): «Justicia procedimental pura y teoría del derecho», *DOXA*, núm. 24, pp. 407-427.
- DEL RÍO, Carlos (2009): *Los poderes de decisión del juez penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- DUFF, Antony (1986): *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press.
- FEINBERG, Joel (1970): *Doing & Deserving*, Princeton, Princeton University Press.
- FERRER, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.
- FERRER, Jordi (2012): «El error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho», en LUQUE, Pau - RATTI, Giovanni B. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo, Marcial Pons, pp. 259-274.
- FRISTER, Helmut (2016): «Die Unschuldsumutung», en HERZOG, Felix *et al.*, *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte. Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, Berlín, Duncker & Humblot, pp. 149-163.
- GRECO, Luis (2015): *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Berlín, Duncker & Humblot.
- HACKER, P. M. S. (2013): *The Intellectual Powers. A Study of Human Nature*, Malden, Oxford y Chichester, Wiley-Blackwell.
- HARDWIG, Werner (1957): *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburgo, de Gruyter & Co.
- HART, H. L. A., (1949): «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49, pp. 171-94.
- HÖRNLE, Tatjana (2004): «Justice as Fairness: Ein Modell auch für das Strafverfahren?», *Rechtstheorie*, núm. 35, pp. 175-194.
- HRUSCHKA, Joachim (1976): *Strukturen der Zurechnung*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter.
- HRUSCHKA, Joachim (1988): *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlín, Walter de Gruyter, 2ª ed.
- HRUSCHKA Joachim (2004): «Zurechnung seit Pufendorf. Insbesondere die Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts», en KAUFMANN, Matthias - RENZIKOWSKI, Joachim (coords.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, pp. 17-27.
- HRUSCHKA, Joachim (2005): *Imputación y derecho penal*, Navarra, Thomson/Aranzadi.
- KINDHÄUSER, Urs (1984): «Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale», *Jura*, 1984, pp. 465-478.
- KINDHÄUSER, Urs (1989): *Gefährdung als Straftat*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann.
- KINDHÄUSER, Urs (2011): «Fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», en KINDHÄUSER, Urs - MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo y Buenos Aires, B de f, 2ª ed., pp. 67-114.

- LARROUCAU, Jorge (2012): «Hacia un estándar de prueba civil», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, núm. 3, pp. 783-802.
- LAUDAN, Larry (2006): *Truth, Error, and Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- LETÉLIER, Raúl (2018): «El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas», *Revista de Derecho*, Vol. 31, núm. 1, pp. 209-229.
- MACKIE, John Leslie (1985): *Persons and Values. Selected Papers II*, Oxford, Clarendon Press.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2009): *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010): *Terror, pena y amnistía*, Santiago, Flandes Indiano.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012): «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», *DOXA*, Vol. 35, pp. 663-690.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2013a): «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, núm. 1, <http://www.indret.com/pdf/944.pdf> (consulta: 11.05.2019).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014a): *Norma, causalidad y acción*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo, Marcial Pons.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014b): «Merecimiento, distribución y teodicea. El derecho penal en la teoría rawlsiana de la justicia», en Vv.AA., *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Santiago, Legal Publishing/Thomson Reuters, pp. 389-415.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2017): «Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff», *Discusiones*, Vol. XVII, pp. 167-219.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2018a): «El principalismo político-criminal como fetiche», *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 29, pp. 59-71.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2018b): *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Santiago, Thomson Reuters.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2020): «Justicia, procedimiento y acción de revisión. El principio de culpabilidad frente a la cosa juzgada», *Ius et Praxis*, año 26, núm. 1, pp. 28-56.
- MEIXNER, Uwe (1994): «Eine Explikation des Begriffs der Zurechnung», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Vol. 2, pp. 479-503.
- NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge Luis (2014): *Deontic Logic and Legal Systems*, Nueva York, Cambridge University Press.
- NEUMANN, Ulfrid (1989): «Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 101, pp. 52-74.
- OLIVER, Guillermo (2007): *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- PERALTA, José Milton (2012): *Motivos reprochables*, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons.
- RADBRUCH, Gustav (1967): *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, ed. de KAUFMANN, Arthur, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- RAWLS, John (1999): *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press, 2ª ed.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2008): *Imputación y teoría del delito*, Montevideo y Buenos Aires, B de f.

- SEARLE, John (1979): *Expression and Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SEARLE, John (2010): *Making the Social World*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press.
- STÜBINGER, Stephan (2011): «Von der alten Imputationen-Lehre zum klassischen Verbrechensbegriff - Ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Zurechnungsbegriffs», *Rechtswissenschaft*, Vol. 2, pp. 154-76.
- VALENZUELA, Jonatan (2017): *Hechos, pena y proceso*, Santiago, Rubicón.
- VERNENGO, Nancy (2015): La revisión de la sentencia firme en el proceso penal, tesis doctoral presentada en la Universidad de Barcelona, disponible en: <https://www.tesisenred.net/handle/10803/298301> (consulta: 09.05.2019).
- VON BUBNOFF, Eckhart (1966): *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1983): *Practical Reason*, Oxford, Basil Blackwell.
- WÜFERL, Christine (2007): «Die differentielle Natur der Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe», en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (coord.), *Jenseits des rechtstaatlichen Strafrechts*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, pp. 335-351.

Normas citadas

Código de Procedimiento Civil

Código Procesal Penal

Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España

Ordenanza Procesal Penal de la República Federal alemana