

La Así Llamada Pretensión Punitiva

The Called Punitive Claim

Luis Miguel Gómez Gómez¹

Resumen

En el presente escrito, me propongo analizar la naturaleza jurídica de la llamada pretensión punitiva. Para tal fin, me valdré de la Teoría General del Derecho Procesal y de la Teoría General del Derecho; asimismo, echaré mano del pensamiento y de la obra de Francesco Carnelutti. Así, empezaré por analizar el derecho subjetivo y, luego, pasaré a estudiar la pretensión. Al final, concluiré que la llamada pretensión punitiva no es, en realidad, una pretensión procesal.

Palabras claves: Teoría General del Derecho, Pretensión Punitiva, Derecho Subjetivo, Estática, Dinámica.

Abstract

In the present document, I will discover the nature of the called punitive claim. For this purpose, I will lay hands of the General Theory of the Law and the General Theory of the Procedural Law; further, I will use the Francesco Carnelutti's work. Under this premise, I will begin analyzing the right and, then, I will ponder about the claim. Ultimately, I will conclude that the called punitive claim is not, really, a claim.

¹ Aspirante al título de abogado de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de las Universidad Pontificia Bolivariana en Medellín, Colombia. Correo electrónico: lmgogomez@hotmail.com. Cédula de Ciudadanía: 1.037.616.783 de Envigado. Integrante del Semillero de Investigación en Derecho Penal de tal Universidad. El presente texto es producto de dicho semillero de investigación.

Keywords: General Theory of the Law, Punitive Claim, Right, Static, Dynamic.

Sumario

1. Introducción. 2. El Método de Carnelutti. 3. La Estática. 4. La Dinámica. 5. Conclusión

1. Introducción

En el presente artículo me propongo dilucidar la naturaleza jurídica de la llamada pretensión punitiva: ¿es, en efecto, una pretensión procesal?² Para ello, a propósito de Seminario Internacional sobre Perspectivas y Retos del Proceso Penal: In memoriam Francesco Carnelutti, echaré mano de la obra de este gran jurista.

En línea de su pensamiento, trazaré dos horizontes fundamentales: en primer lugar, me valdré de la manera en que Carnelutti se acercó al Derecho, es decir, su método³ –la estática y la dinámica jurídicas–; método que conduce, en segundo lugar, al análisis, a través la Teoría General del Derecho Procesal, y a la síntesis⁴, por virtud de la Teoría General del Derecho:

2 Alguien podría preguntarse: ¿cuál es la relevancia de llamarla o no pretensión? Su importancia radica en la importancia misma del lenguaje para el pensamiento claro; de cara al derecho, el lenguaje es el instrumento del que se valen los abogados por excelencia:

“El estudiante de derecho se ve asaltado a veces por la idea de que no se está ocupando de cosas sino de palabras, que se ocupa de la forma y el tamaño de las fichas de un juego de logomaquia. Pero cuando se da plena cuenta de cómo estas palabras han pasado y pasan por dinero, no sólo por tontos y para tontos, sino por y para los espíritus más agudos, el estudiante de derecho recibe la impresión de que hay allí una tarea que merece ser hecha, siempre que se la haga con mérito.” (Chipman, 1909, p. VIII)

3 “En cuanto al acierto para descubrir tal regla, la ciencia enseña la vía de obrar que es lo que se llama el método.” (Carnelutti, 2011, p.2)

4 Borges (2007) explica la importancia de la síntesis con una maravillosa metáfora: “...En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, estos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el Tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él. Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Sigüientes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin Impiedad lo entregaron a las Inclemencias del Sol y los Inviernos.” (p. 265)

Mediante el análisis, los conceptos vienen a ser siempre más puros; mediante la síntesis siempre más ordenados. La pureza y el orden de los conceptos se condicionan recíprocamente; pueden ser ordenados mejor cuanto más puros sean y se dejan purificar tanto mejor cuanto mejor se hayan dejado ordenar (Carnelutti, 2011, p. 59).

Ahora, no es posible entender la pretensión procesal sin entender la acción; la evolución de la pretensión ha ido de la mano del progreso de la acción, así que esta también deberá estudiarse. Por razones de estática y dinámica jurídicas, según se ahondará más adelante, se abordará primero la acción, con el objeto de, posteriormente, descubrir la pretensión.

Se tratará, pues, de hallar el género derecho y el género pretensión, para luego corroborar si el llamado derecho de acción penal es, efectivamente, una especie del género derecho subjetivo y, de la mano, si la llamada pretensión punitiva es una especie del género pretensión. Con miras a lograr lo anterior, es preciso discurrir por los diversos sectores del Derecho⁵, de suerte que, al final, pueda hallarse la unidad en medio de toda esa multiplicidad; pueda hallarse, en suma, el género⁶.

Pues bien, dice Carnelutti (2011): “he cavado en la roca perdida de vista por la inteligencia humana y de donde debe salir algún nuevo escalón” (p. X). ¿Cuál es, entonces, la manera de proceder para poder construir nuevos escalones? La manera de proceder será, precisamente, el método: “Lo mejor que el maestro puede hacer es mostrar cómo trabaja. De esta manera, más pronto o más tarde, acaba por contemplarse a sí mismo en el trabajo, recreándose en él” (Carnelutti, 2003, p. 3).

⁵Dice Carnelutti (2011): “Así sucede también en el mundo del pensamiento. Ahí también, los doctos pretenden montar la guardia en el límite; pero no hay esfuerzo tan vano como ese” (p. 15). Y luego concluye: “La indicada división del Derecho civil, comercial, penal, administrativo, etc., se resuelve desgraciadamente en una restricción arbitraria del material experimental. (...) Probablemente el único remedio está en la coalición de varios sectores que puedan ir formando poco a poco la teoría general (...)” (p. 20)

⁶ Como lo indica Carnelutti (2011), es menester hallar el género y la especie: “Establecer, observando los objetos, sus analogías y diferencias, esto es, entresacar las cualidades comunes de las cualidades diversas, no serviría para nada si con las cualidades comunes no se fabricase un modelo que sirva de término de comparación para poner en un grupo los objetos similares y eliminar los objetos diversos, o también podría decirse para servir de caudillo del grupo. Este modelo o maniquí es lo que llamamos el género en contraposición de la especie.” (p. 53)

Según Carnelutti (2011), el problema del método es estudiado bajo el aspecto de la función y el aspecto de la estructura del Derecho (p. XII). Aquí nos ocuparemos solamente de la estructura, que se resuelve en el estudio de la estática y la dinámica del Derecho:

A su vez la cuestión *¿cómo está hecha la máquina?* Se resuelve en otras dos, la primera de las cuales se refiere a la máquina parada, y la segunda a la máquina en movimiento. Por eso, no solo la ciencia mecánica, sino también la ciencia jurídica, va ordenada en dos capítulos a los cuales sin vacilación se puede nombrar *estática y dinámica* del Derecho (...) la teoría de las *situaciones jurídicas*, y la teoría de los actos jurídicos, no son sino fruto de la observación del dato desde diversos puntos de vista (del sector estructural) (Carnelutti, 2011, p. 45 y 46).

2. El Método de Carnelutti: la Estática y la Dinámica Jurídicas

La importancia de la distinción entre las perspectivas estática y dinámica del Derecho ha sido resaltada no sólo por Carnelutti, sino también por juristas tan ilustres como Hans Kelsen⁷ y Riccardo Guastini⁸.

Tal manera de abordar el Derecho, debe advertirse desde ahora, nos permite hacer una distinción fundamental para el estudio de este, que suele ser invisible de lo obvia: una cosa son las normas jurídicas, otra la situación en que quedan los sujetos por virtud de las normas y otra los actos o hechos jurídicos, que lo son en tanto están calificados por una norma jurídica.

¿A qué se refiere, entonces, Carnelutti con que el Derecho debe estudiarse desde las perspectivas estática y dinámica? ¿Cómo llega a tal conclusión?

⁷ “Si adoptamos un punto de vista estático, es decir, si consideramos el orden jurídico únicamente en su forma completa o en estado de inmovilidad, advertiremos únicamente la existencia de las normas por las cuales los actos jurídicos se encuentran determinados. Si adoptamos, por otra parte, el punto de vista dinámico, y consideramos el proceso a través del cual el orden jurídico es creado y ejecutado, entonces sólo veremos los actos de creación y ejecución del derecho.” (Kelsen, 2014, p. 46)

⁸ Hace esta importante distinción para explicar el ordenamiento jurídico: habla de un punto de vista sincrónico y otro diacrónico del derecho (Guastini, 1999, p. 356 y s.s.).

Carnelutti parte de un supuesto: el objeto de estudio de los juristas, el Derecho, no ha sido fijado con precisión, por cuanto, de un lado, ha sido abordado sin abarcar los diferentes ámbitos de su realidad y, de otro, no se han determinado claramente los límites de tal objeto.

Antes bien, para estudiar una determinada porción de la realidad es preciso, en primer término, fijar con exactitud el objeto sobre el cual va a recaer el intelecto, aquel aspecto de la realidad sobre el que va a obrar el pensamiento⁹.

Pues bien, toda realidad está compuesta por tres aspectos, a saber, forma¹⁰, espacio y tiempo¹¹. Por su parte, las reacciones que la realidad produce sobre nuestro pensamiento, según el aspecto de aquella que se considere, son la calidad, la cantidad y la duración: calidad es la idoneidad de la realidad para determinar en nosotros sensaciones en su aspecto formal, cantidad la idoneidad para determinadas sensaciones en su aspecto espacial y duración la idoneidad para determinar sensaciones en su aspecto temporal (Carnelutti, 2003, p. 7).

Son, pues, la cantidad, la calidad y la duración las que nos periten fijar el objeto¹² de la realidad sobre la que se va a proyectar el pensamiento: “Objeto es una porción de la realidad delimitada por calidad, cantidad y duración” (Carnelutti, 2003, p. 7).

9 Con una metáfora, explica Carnelutti (2003): “El hombre escruta la realidad con la mirada, como hace en la noche, sobre el paisaje, un reflector. Mirar, a diferencia de ver, quiere decir proyectar, por los ojos, sobre la realidad, el rayo luminoso del pensamiento” (p. 3).

10 “La forma es, pues, un aspecto de la realidad; aquello por tanto, que de la realidad se revela, esto es, se ilumina, en cada percepción” (Carnelutti, 2003, p. 4).

11 “Considerando, pues, el trabajo del reflector, se observa que la multiplicidad de la instantánea se obtiene de dos maneras: el objetivo se mueve o está quieto; antes que de abrir y cerrar los ojos, se trata de girarlos o de fijarlos. (...) Moviendo la mirada se obtiene un aspecto de la realidad, al que se denomina espacio. Fijando la mirada se obtiene otro aspecto, al que se ha llamado tiempo” (Carnelutti, 2003, p. 5).

12 Se reitera, la fijación del objeto es fundamental, es el primer paso; primero se debe fijar el objeto para que este, y de paso su estudio, tenga límites “El objeto es el círculo luminoso que el reflector traza sobre el paisaje nocturno; alrededor, la sombra no tiene límite” (Carnelutti, 2003, p. 11).

Teniendo en cuenta lo anterior, fácilmente se concluye que el Derecho, por regla general, ha sido estudiado de manera parcializada: únicamente se ha considerado su aspecto formal. Explica Carnelutti (2003):

Así, por ejemplo, cuando hablamos de Derecho queriendo aludir a aquel complejo de fenómenos que constituyen la realidad jurídica, consideramos el resultado de una reducción formal de la realidad. Pero no se constituye así todavía un objeto, el cual resulta de la triple dimensión. Es decir, que para obtener el objeto, esto es, para dar el primer paso en el camino de la abstracción, se necesita que la realidad formalmente diferenciada se considere a la vez en el espacio y en el tiempo. En el sentido espacial surge la manifestación *estática* y se obtiene del objeto la segunda dimensión; en el sentido temporal, la manifestación se llama *dinámica* y se resuelve en fijar la tercera dimensión, completando así el objeto (p. 14 y 15).

De allí se desprende la importancia del estudio del Derecho desde las perspectivas estática y dinámica¹³, ambas necesarias para que se abarquen todos los aspectos de esa realidad a la que aludimos con la palabra Derecho; de lo contrario, será un estudio incompleto.

El análisis del Derecho, en síntesis, efectuado sobre los diversos aspectos de su realidad nos conduce al estudio de las situaciones jurídicas –estática– y los hechos jurídicos –dinámica–. “Al resultado de la manifestación estática (a la fotografía) le doy el nombre de *situación*; al de la dinámica (al cinematograma, que hoy se llama “*film*”), el de *hecho*” (Carnelutti, 2003, p. 16).

3. La Estática: las Situaciones Jurídicas

13 “Vulgarmente la manifestación estática es la que se obtiene dejando cualquier cosa quieta; la manifestación dinámica es la que se obtiene poniéndola en movimiento. O más propiamente se traducen como manifestación de la forma en el espacio y manifestación en el tiempo.

Estática y dinámica no son, pues, a su vez, más que un modo de ser del observador, no de la realidad. La realidad en sí, no es ni estática ni dinámica; sólo abstrayendo uno o varios objetos se genera la idea del movimiento y la quietud.” (Carnelutti, 2003, p. 15)

La perspectiva estática se obtiene del estudio de la manifestación espacial del derecho, dejando a un lado su manifestación temporal; dicho en otros términos, la dimensión estática supone un ejercicio de abstracción sobre la realidad jurídica (siempre en movimiento), en virtud del cual se le sustrae su dimensión temporal (dinámica) a fin de hallarlo en quietud.

Pues bien, siguiendo con la metáfora de Carnelutti (2003), la fotografía que se toma a esa parte de la realidad a la que se alude con la palabra derecho nos arroja un conjunto de personas y de cosas, denominamos genéricamente entes (p. 17). Tales entes, plasmados en la fotografía, no sólo pueden ser vistos individualmente, sino también en conjunto, es decir, vistos en relación: contemplado todo el paisaje. Son, así, ente y relación¹⁴ los dos elementos que constituyen la situación (Carnelutti, 2003, p. 17).

Ahora bien, de las dos clases de entes (personas y cosas) se desprenden, a su turno, varios tipos de relaciones: la de la persona con la cosa, que se denomina el *interés*, y una relación de segundo grado, trabada entre las personas mismas en vista de las cosas, que se traduce o bien en un conflicto de intereses o bien en la solidaridad.

La relación de primer grado, el interés, se explica a través de los conceptos de necesidad y de bien:

Esta tendencia a la combinación de un ente vivo con un ente complementario constituye una *necesidad*. La necesidad *se satisface* con la combinación. El ente apto para satisfacer la necesidad es un *bien* (...) La relación entre el ente que experimenta la necesidad y el apto para satisfacerla es el *interés* (Carnelutti, 2003, p. 49).

De otro lado, en las relaciones de segundo grado puede presentarse el conflicto de intereses, cuando, por oposición a la solidaridad, “la posición favorable a la satisfacción de una necesidad, más bien que implicar, excluya la posición favorable para la satisfacción de otra

¹⁴Carnelutti (2003) explica la relación, elemento esencial de la relación, de la siguiente manera: “Hablamos de relación para expresar la manera de ser recíproca de dos entes o, en general, de dos objetos; o más exactamente, de la reacción que determina en nosotros no tanto su existencia como su coexistencia.” (p. 22)

necesidad; esta posibilidad proviene de la limitación de los bienes en relación con las necesidades” (Carnelutti, 2003, p. 51).

Es ahí donde *nace el derecho*, mediando el conflicto de intereses y, de ese modo, trazando un puente entre la moral y la economía (Carnelutti, 2013, p. 20), con miras a evitar que los interesados recurran a la fuerza para hacer prevalecer el interés propio sobre el ajeno, con miras a evitar la violencia (Carnelutti, 2003, p. 54).

Pues bien, el derecho media el conflicto de intereses, y torna una simple relación en *jurídica*¹⁵. ¿Cómo ocurre? ¿Cómo una simple relación pasa a ser relación *jurídica*? Mediante las normas jurídicas materiales¹⁶.

En efecto, las normas jurídicas¹⁷ califican la relación, al conferirle prevalencia a uno de los intereses en conflicto¹⁸; de manera que arreglan directamente el conflicto intersubjetivo de intereses¹⁹ (Carnelutti, 2003, P. 74).

La situación, entonces, se torna jurídica en su totalidad (con sus dos elementos, ente y relación), en tanto queda comprendida en el supuesto de hecho de las normas jurídicas:

Lo indudable es que el llamado *supuesto* es un elemento *complejo* de la norma o del precepto. Efectivamente, no consta sólo de la determinación de un hecho material, sino ante todo, de una situación jurídica. El llamado supuesto *resulta, por tanto, de*

15 “El adjetivo “jurídico” corresponde al sustantivo “derecho” en la primera acepción (se denomina “jurídica” a toda cosa perteneciente al derecho objetivo o, en todo caso, relativa a él)” (Guastini, 1999, p. 180).

16 Como dice también Ferri (2001): “Las posiciones jurídicas subjetivas son siempre el reflejo del derecho objetivo, es decir, de normas jurídicas” (p. 58).

17 No sólo la ley, piénsese en todas las normas jurídicas materiales y, fundamentalmente, en las contractuales. En esta último caso, el Estado delega en las partes el poder de regular el conflicto (Carnelutti, 2003, p. 98 y s.s.).

18 A esto lo llama Carnelutti (2003) la imposición del precepto: “El precepto es la determinación de la conducta de cada uno de los interesados en el conflicto” (p. 68). Ahora bien, “Los medios de naturaleza diversa en que se resuelve la imposición del precepto, se denominan sanciones” (p. 65).

19 En el mismo sentido, Kelsen (2014) concluye lo siguiente: “Considerada la cuestión desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses y, por ende, conflictos de intereses. La solución de tales conflictos sólo puede lograrse por un orden que o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos.” (p. 15)

la combinación de una situación jurídica con un hecho material (Carnelutti, 2003, p. 229).

Volviendo sobre el conflicto de intereses, constituido por dos o más personas en relación con uno o varios bienes, dijimos que este se regula por las normas jurídicas, por el derecho, al conferirle prevalencia a uno de los intereses en conflicto: una de las personas de la situación queda en posibilidad jurídica de satisfacer su *necesidad* en relación con el *bien* de la vida. Como los bienes son limitados, la prevalencia del interés de uno de los sujetos de la situación, en caso de conflicto de intereses, excluirá el interés de la otra (u otras) persona(s) de la situación.

De lo anterior se sigue que, una vez impuesto el precepto o norma, una de las personas de la situación queda en una posición de ventaja, pues cuenta con la posibilidad jurídica de satisfacer su interés, y las demás quedan en posición de correlativa desventaja.

Ante tal dato experimental que nos arroja la realidad jurídica, la doctrina tradicional, a la que se adhieren dogmáticamente la inmensa mayoría de los juristas, sostiene que las personas que se encuentran en una posición de ventaja tienen un derecho subjetivo y que las personas en posición de desventaja tienen una correlativa obligación (o deber jurídico).

No obstante, dicha teoría es insuficiente; de hecho, según Carnelutti (2003, p. 201) y Hohfeld (2004, p. 47), confundir las especies derecho y deber, con su género –posición de ventaja y de desventaja, respectivamente– ha significado uno de los principales problemas para el avance de la ciencia del Derecho.

Corrigiendo el error en que incurre la doctrina tradicional, Carnelutti²⁰ y Hohfeld proponen un más amplio grupo de conceptos para aludir a diversas posiciones jurídicas de ventaja y

20 Carnelutti (2003) prefiere denominar a las posiciones jurídicas de ventaja y de desventaja, como poderes y deberes, respectivamente: “la relación regulada se explica como un conflicto de intereses, y el efecto de la reglamentación como una atribución a los interesados de un poder y un deber” (p. 206). Para evitar equívocos, seguiremos hablando aquí de posición de ventaja y de desventaja. Ello, por cuanto podría confundirse el deber (que en sentido estricto es una especie) con el deber, que llama Carnelutti como un género (posición jurídica de desventaja).

correlativa desventaja que aluden a realidades diferentes; realidades diferentes que merecen, por supuesto, conceptos diversos al simple binomio derecho- obligación.

A fin de lograr lo anterior, a su vez, Hohfeld, en su libro *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (2004)²¹, esboza un conjunto de conceptos mínimos que pueden explicar las diversas situaciones jurídicas²². Así, el jurista norteamericano plantea un grupo conceptos jurídicos, analizando sus opuestos y sus correlativos²³, según el siguiente esquema:

Opuestos	derecho (subjetivo)	privilegio	potestad	inmunidad
Jurídicos	no- derecho	deber	incompetencia	sujeción
Correlativos	derecho (subjetivo)	privilegio	potestad	inmunidad
Jurídicos	deber	no- derecho	sujeción	incompetencia

3.1. El Privilegio y el No- Derecho

21 Habla Hohfeld de conceptos jurídicos fundamentales; en efecto lo son, pues mediante los conceptos se ase la realidad, podemos captar un objeto de la realidad (en este caso, el derecho). Explica Carnelutti (2003) con una gran metáfora: “Volviendo, si la insistencia no resulta excesiva, a la imagen del inmenso y perenne río del cual el hombre saca agua sin parar, lo que introduce para extraer aquello que es posible extraer, es el concepto; y aquello que contiene cuando lo extrae, es el objeto, esto es, la realidad reducida en los límites del conocimiento” (p. 13).

22 En este trabajo, acogeremos su tesis (como se verá, por ser la más completa), sin perjuicio de complementarla a la luz de otros autores

23 Ciertamente, a una posición jurídica de ventaja corresponderá siempre una de correlativa de desventaja: “no hay poder sin deber ni deber sin poder por lo cual el poder del uno es el deber del otro, y viceversa” (Carnelutti, 2003, p. 181).

Dice Hohfeld (2004) en cuanto al privilegio²⁴, posición jurídica de ventaja, que “el sentido técnico *predominante* del término es, de modo análogo, el de negación de *deber jurídico*” (p. 64). Así, “un privilegio es la libertad de un individuo frente al derecho o la pretensión de otro” (p. 87).

Según el esquema anterior, al privilegio le corresponde correlativamente un no- derecho (posición jurídica de desventaja)²⁵, en tanto los otros sujetos de la relación no tienen derecho a interferir en el actuar del titular del privilegio, ya que este es libre de determinar su propia conducta.

3.2. El Derecho Subjetivo y el Deber Jurídico

El derecho subjetivo es el concepto del que más han abusado los juristas²⁶. En este sentido, expresa Hohfeld (2004):

Si reconocemos, como tenemos que hacerlo, el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra “derecho” (subjetivo) cabe preguntar qué indicio o pista hallamos en el lenguaje jurídico ordinario que sugiera una limitación de ella en la dirección de un significado definido y apropiado. Esa pista o indicio consiste en el “deber” correlativo, porque no cabe duda que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto “derecho” (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en “deber” como su correlativo invariable (p. 52).

24 En Colombia, los privilegios son la regla general en cuanto a la actuación de los particulares, de acuerdo con el artículo 6° de la Constitución Política.

25 Explica Hohfeld (2004) con un claro ejemplo: (p. 54 Hohfeld): “Así, el correlativo del derecho de X a que Y no entre en el inmueble del primero es el deber del segundo de no entrar; pero el correlativo del privilegio que tiene X de entrar es, de modo manifiesto, el “no- derecho” de Y a que X no entre” (p. 54). Ahora, García Máynez (1965) habla de la existencia de derechos de libertad (p. 215 y s.s.). Es más, habla de derechos a la propia conducta y derechos a la conducta ajena (p.198). Si bien está mal denominado (debería hablarse de privilegios y derechos, respectivamente), ello es prueba de que se alude a una realidad conceptual diferente, que debe ser tratada como tal.

26 Sobre la evolución del concepto de derecho subjetivo, García Máynez (1965, p. 186 y s.s.) hace un completo recuento.

En efecto, dice Guastini (1999): “El contenido de un derecho, en suma, no es más que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto” (p. 180)

De ello se desprende que el derecho subjetivo supone siempre la posibilidad (jurídica) de determinar la conducta del titular del deber correlativo²⁷, mientras que el privilegio alude a la posibilidad de determinar la propia conducta²⁸. Precisa Carnelutti (2011) que “La diferencia entre derecho subjetivo y facultad es, por consiguiente, fácil de trazar con auxilio de la diferencia entre el “*agere*” y el “*jubere*”: la facultad no rebasa la esfera del interés propio; el derecho subjetivo invade la esfera del interés ajeno.” (p. 194)

Para Carnelutti, el derecho subjetivo supone un mando, es decir, supone la creación de normas jurídicas²⁹. Según él, sobre quien se puede mandar recae una sumisión; por su parte, el poder de mandar dependerá de si es en el propio interés, caso en el que se tiene un derecho subjetivo, o si se manda en interés ajeno, caso en el que se tendrá una potestad (Carnelutti, 2011, p. 185 y s.s.). De esta manera, concluye Carnelutti (2011) que del ejercicio del derecho subjetivo procede la obligación, en tanto el ejercicio del derecho subjetivo supone un acto creador de normas jurídicas (p. 190)

Sin embargo, ello es equivocado. La corrección de dicho error, de la mano de Kelsen y Ferri³⁰, es fundamental. De acuerdo con Ferri (2001): “El derecho subjetivo es el producto,

27 Es acertada, sobre el deber jurídico, la posición de Chinchilla (2009, p. 49), quien en términos generales, después de hacer un análisis muy riguroso de los derechos subjetivos (incluso abordando a Hohfeld), acoge la terminología del derecho civil: el deber correlativo al derecho puede consistir en un dar, hacer o un no hacer.

28 Dice Kelsen (2014): “El uso lingüístico hace, pues, una distinción entre el derecho a la propia conducta y el derecho a la conducta ajena” (p. 87). Con Hohfeld, corregimos: en el primer caso se tendrá un privilegio, en el segundo derecho subjetivo.

29 Dice Carnelutti (1971): “El poder de mandar y el deber de obedecer expresan respectivamente una supraordenación y una subordinación del hombre respecto de otro hombre. Según que la supraordenación esté condicionada a la subordinación en el sentido de que al mandado le sea, a su vez, o al menos le pueda ser mandado que mande, se distingue el poder de mandar libre del poder vinculado. Al primero se le da el nombre tradicional de derecho subjetivo; el segundo está en el cuadro de las potestades.” (p. 17)

30 Como se verá, Ferri (2001), criticando a Carnelutti, dice que la autonomía privada es “Poder atribuido al individuo para la satisfacción de sus intereses (o incluso de los intereses ajenos), pero no derecho subjetivo” (p. 38).

el resultado, de normas existentes. Un derecho subjetivo puede existir sólo en cuanto exista un deber correspondiente, y éste, a su vez, presupone una norma.” (p. 238)

Ciertamente, el derecho subjetivo no es poder de crear normas jurídicas; al revés: por virtud de las normas jurídicas, creadas en ejercicio de una potestad (como se verá a continuación), surgen los derechos subjetivos y sus correlativos deberes. El derecho subjetivo existe, pues ya hay un derecho objetivo, norma jurídica creada, que faculta al titular del derecho subjetivo para determinar, efectivamente, la conducta del sujeto correlativamente obligado³¹.

En suma, si bien el que tiene un derecho subjetivo puede determinar la conducta ajena (en tanto es potencia de acto, como poder –posición de ventaja– que es), no lo hace creando una norma jurídica; la norma jurídica ya fue creada, como se verá, bien sea por una potestad pública o bien por la potestad privada; precisamente porque la norma ya está creada, alguien puede estar en una posición de ventaja, como ciertamente lo está el titular del derecho subjetivo³².

3.3. La Potestad y la Sujeción

Según Ferri (2001), la potestad “no es más que el poder de crear normas jurídicas de las que después derivan deberes y libertades; esto es, derechos subjetivos³³” (p. 200).

31Dice Kelsen (2014): “Cuando el derecho tiene carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, la conducta a que otro está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo de una persona presupone el deber jurídico de otra” (p. 87).

32Ferri (2001): “Parece claro, por lo tanto, que la formación del derecho objetivo y, por consiguiente, de los derechos subjetivos que se derivan de él, pertenece a una fase anterior al ejercicio de los mismos derechos subjetivos”(p. 39).

33 Se corrige, de conformidad con lo expuesto en este trabajo, que no son sólo derechos subjetivos.

Tal poder de crear normas jurídicas puede estar radicado en cabeza del Estado o de los particulares: en el primer caso, estaremos ante una potestad pública³⁴; en el segundo, ante una potestad privada³⁵. Este último tipo de potestad es denominada por Ferri autonomía privada³⁶ (también llamada autonomía de la voluntad).

Ahora bien, según lo expresa Hohfeld, el concepto correlativo al de la potestad es la sujeción. Al respecto, deben diferenciarse dos tipos de sujeciones: al precepto –a la norma jurídica– y a la sanción –a ser sancionado por virtud de la realización de un acto ilícito– (Carnelutti, 2003, p. 202 y 203). En la llamada sujeción al precepto no hay, en realidad, una sujeción correlativa a la potestad (Ferri, 2001, p. 240); sin embargo, en la sujeción a la sanción sí son correlativos los conceptos de potestad y sujeción³⁷. Así pues, la sujeción es entendida por Hohfeld (2004, p. 72) como una sumisión a la sanción (llamada también responsabilidad).

3.4. La Inmunidad y la Incompetencia

34 En relación con las potestades públicas, dice Ferri (2001): “Los límites que actúan en el campo de los poderes públicos (y en el de los poderes familiares, agrego) son límites positivos funcionales. Hay una esfera de disposición limitada positivamente en el sentido de que el fin está predeterminado y a él debe adecuarse todo acto de ejercicio del poder”(p. 289).

35 En las potestades privadas (Ferri, 2001): “En cambio, los límites de la actividad privada autónoma tienen siempre carácter negativo. No hay en la actividad privada negocial predeterminación legal de un fin” (p. 291). Asimismo, Guastini (1999) habla de la autonomía privada (p. 368). El concepto de potestades privadas también está latente en Hans Kelsen (2007).

36 La autonomía privada es (Ferri, 2001) “el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas” (p. 36).

37 En la sumisión al precepto no hay una correlativa potestad, de manera que esta potestad está por fuera de las relaciones jurídicas, pues las normas jurídicas son precisamente las que las califican; solo hay sujeciones al ordenamiento, solo existe sujeción una vez creada la norma. En la sumisión (sujeción) a la sanción, sí hay una potestad correlativa porque en esta sujeción, quien realiza un acto ilícito queda sujeto a la potestad sancionatoria sin que exista aún norma que lo sancione. En la sumisión al precepto, por el contrario, la sujeción se crea después de llevado a cabo el proveimiento o el negocio, y el destinatario queda sujeto a la norma únicamente una vez esta exista y se desvincule de su creador.

Explica Hohfeld (2004) que “una inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o “contralor” jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica” (p. 88). Por su parte, la incompetencia radica en carecer de tal potestad.

3.5. La Acción

La evolución de la Teoría General del Derecho Procesal ha ido de la mano de la evolución de la acción³⁸; largo camino ha debido recorrer la doctrina procesal³⁹ para concluir que la acción es un derecho subjetivo⁴⁰ abstracto⁴¹ y autónomo del respectivo derecho subjetivo material⁴², posición que hoy se acepta por los procesalistas sin mayores discusiones⁴³. En relación con tal concepción de la acción, expresa Carnelutti (1959):

El derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en la litis y por sujeto pasivo a la parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis y por sujeto pasivo al juez o, en

38 Dicen Quintero y Prieto (2008): “Se acomete ahora la tarea de recorrer el camino andado por la doctrina en torno al significado del derecho de acción, también porque paralelo al estudio de este concepto se fue estructurando el derecho procesal continental”(p. 304).

39 Al respecto, pueden consultarse, entre otros, Quintero Prieto (2008, p. 304 y s.s.) y Devis (2009, p. 181).

40 No obstante, se aclara que, en rigor, como dice Carnelutti en Derecho y Proceso (1950), el derecho de acción no es un simple derecho subjetivo (sería una visión reduccionista), sino que supone todo un entramado: es también una suma de derechos subjetivos, que siguen a su ejercicio inicial (p. 9).

41 Coinciden Quintero y Prieto (2008, p. 316) y Devis (2009, p. 192 y s.s.) en que Carnelutti fue el principal precursor de esta tesis.

42 Dice García Máynez (1965) en relación con la acción concebida como derecho autónomo: “El problema esencial fue planteado por vez primera en Alemania, cuando los procesalistas de ese país se preguntaron si el derecho de acción depende del substancial o es, por el contrario, facultad dotada de vida propia. Nació así la doctrina de la autonomía de la acción, que puede ser vista como el fruto más valioso de las discusiones sostenidas en los últimos tiempos acerca del concepto a que hemos venido refiriéndonos”(p. 230).

43 Dice García Máynez (1965): “De acuerdo con la teoría más generalmente aceptada por los procesalistas contemporáneos, el de acción es derecho distinto e independiente del substancial, o derecho a la prestación” (p. 233). Actualmente, ciertos procesalistas relacionan la acción con la tutela judicial efectiva (Quintero & Prieto, 2008, p. 301 y s.s.). Lo anterior, por supuesto, reafirma la teoría de que la acción es un derecho.

general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta (p. 315).

En efecto, a la acción, en tanto derecho subjetivo, corresponderá un deber correlativo⁴⁴: “La acción es en todo caso el correlativo del deber jurisdiccional y tiene por tanto índole pública, de linaje procesal” (Quintero & Prieto, 2008, p. 327).

La separación del derecho de acción respecto de los respectivos derechos materiales (sustanciales) se explica a la luz de la concepción estática y dinámica del ordenamiento jurídico (Carnelutti, 1950, p. 13): la acción no consiste en poner en ejercicio un derecho – como lo concebían los antiguos romanos–; por el contrario, la acción es un derecho independiente (estática jurídica) que se puede ejercer, poner en movimiento, por medio de la pretensión procesal (dinámica jurídica).

3.6. La Acción en el Derecho Penal

No hay claridad en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la llamada acción penal⁴⁵. Para algunos, trasladando los avances de la Teoría General del Proceso, la acción penal es también un derecho subjetivo (Quintero & Prieto, 2008, p. 332); entre ellos, se encuentra Carnelutti (1961), quien sostiene sobre la acción penal que “Es ésta una expresión simbólica para significar un *poder*, que se diría, como la acción de la parte es un *derecho al derecho*, un *derecho a la potestad*: en efecto, el ministerio público tiene el derecho de provocar del juez el ejercicio de la potestad” (p. 36).

Acierta Carnelutti en cuanto a que el ministerio público (en nuestro país, la Fiscalía) es quien puede provocar del juez penal el ejercicio de la potestad punitiva; pero ¿tiene el

44 Dice Carnelutti (1971): “(...) obligación de proveer según justicia sobre la demanda de la parte, esto es, la obligación correlativa al derecho de acción”(p. 134).

45 Hay quien dice, incluso, que es un acto jurídico (Espitia, 1998, p. 72). Si asumimos el análisis estático y dinámico del derecho, fácilmente nos daremos cuenta de que es un error.

ministerio público (Fiscalía en Colombia) un *derecho subjetivo* para provocar del juez penal el ejercicio de la potestad punitiva?

Si se analiza con detenimiento, a la luz de lo hasta aquí expuesto, debe concluirse que no: la acción en el Derecho penal, cuyo titular en nuestro medio es la Fiscalía, NO es un derecho subjetivo. Veamos:

Ejercer un derecho subjetivo constituye un privilegio, es decir, nadie tiene derecho (lo que equivale a tener un no- derecho) de exigir al titular del derecho subjetivo su ejercicio; en cambio, no ejercer un deber jurídico constituye un acto ilícito⁴⁶:

El no ejercicio de un poder⁴⁷ no es ir contra el derecho (...) Y, por el contrario, en la violación de una obligación es donde la situación jurídica encuentra su quiebra, en vez de su desarrollo (...) Por este motivo, y con el fin de designar aquella especie de acto intransitivo que se traduce en la violación de la obligación, más que la expresión de antijurídico es preferible la de *acto ilícito* (Carnelutti, 2003, p. 244 y 245).

Precisamente, el deber jurídico es tal, en tanto el comportamiento contrario a este constituye un acto ilícito. Con gran claridad explica Kelsen (2014):

Así pues, estar jurídicamente obligado a cierto comportamiento significa que la conducta contraria es antijurídica y que, como tal, representa la condición de una sanción establecida en la norma; o sea, estar jurídicamente obligado significa ser el sujeto potencial de un acto antijurídico, ser infractor en potencia (p. 69).

Pues bien, si la Fiscalía no ejerce la acción —es decir, no imputa, no acusa, entre otros actos, teniendo mérito para hacerlo—, ello constituirá un acto ilícito⁴⁸. ¿En qué acto ilícito incurre el fiscal que no realice los actos necesarios para iniciar e impulsar el proceso penal? Además

46 Es mejor hablar de acto ilícito que de acto antijurídico, toda vez que el acto ilícito también produce efectos jurídicos (Carnelutti, 2003, p. 245).

47 Recuérdese que Carnelutti entiende por poder cualquier posición jurídica de ventaja.

de cometer faltas disciplinarias, incurrirá en el delito de prevaricato por omisión (si su conducta es también antijurídica y culpable, por supuesto).

Así las cosas, la acción en el derecho penal es un deber jurídico, no un derecho subjetivo⁴⁹. Será preciso, entonces, hablar de deber de acción penal⁵⁰, cuyo derecho subjetivo correlativo se encuentra radicado en cabeza de toda la sociedad⁵¹.

A la conclusión a la que hemos llegado sobre la acción en el Derecho penal, acudiendo a la Teoría General del Derecho, es acorde con la Teoría General del Derecho Procesal. De acuerdo con esta última, para que la construcción teórica sobre la acción entendida como un derecho subjetivo autónomo sea coherente, es indispensable que este se conciba como un derecho abstracto⁵². A su turno, si el derecho de acción es un derecho abstracto, la

48 En esto se diferencia de no ejercer el real derecho de acción: “El impulso inicial del proceso como confiado a la parte, es, en cambio, una situación jurídica procesal que solo corresponde a la categoría de la facultad como situación neutra: un ser libre de hacer, una situación activa dependiente del derecho subjetivo con el que coexiste” (Quintero & Prieto, 2008, p. 328).

49 Siguiendo los planteamientos de Kelsen (2014), el derecho de acción es un derecho subjetivo (en derecho privado, por oposición al penal), y el particular es titular del mismo, toda vez que el ejercicio de ese derecho depende de la voluntad de su titular—en caso de que también sea titular del derecho material (es decir, que la pretensión procesal sea fundada y razonada)—. La eventual imposición de la sanción al responsable (*nemo iudex sine actore*), en últimas, es disponible; no está consagrada una sanción por no hacer efectiva la sanción civil, mediante el derecho de acción que ejerce el titular del derecho sustancial (por eso es un privilegio). En cambio, en penal, como la sanción por regla general no es disponible, la fiscalía no tiene un derecho en relación con el impulso del proceso, sino un deber; la sanción debe ser impuesta necesariamente. Dice Kelsen: (2014): “Al hacer depender la aplicación de la norma jurídica de la declaración de voluntad de cierto individuo, el legislador considera como decisivo el interés de éste” (p. 98). Y continúa “En este respecto, el derecho penal presenta una técnica opuesta. Un proceso penal no puede ser iniciado, por regla general, por personas cuyos intereses resultan directamente perjudicados en el delito. Comúnmente es la autoridad pública, un órgano de la comunidad, el facultado y, generalmente también, el obligado a ejercitar la acción indispensable” (p. 99).

50 Por lo demás, el artículo 250 de la Constitución Política, relativo a las funciones de la Fiscalía General de la Nación, está escrito en términos de deberes y obligaciones de la Fiscalía, al igual que el artículo 66 del Código de Procedimiento Penal.

51 Dice Kelsen (2014) “Sin embargo, el proceso penal tiene la misma forma o, al menos, la misma apariencia externa que el civil; éste presenta la de una contienda entre dos particulares, demandante y demandado; el proceso penal la de una controversia entre la comunidad jurídica, es decir, el Estado, representado por uno de sus órganos, y un particular, el acusado”. También decía Hobbes (2014): “Así en los Estados los particulares pueden perdonarse unos a otros sus deudas, pero no los robos u otras violencias que les perjudiquen: en efecto, la falta de pago de una deuda constituye una injuria para los interesados, pero el robo y la violencia son injurias hechas a la personalidad de un Estado” (p. 123).

legitimación en la causa⁵³ se colmará con la simple afirmación coincidente entre las partes en sentido procesal y en sentido material. Dice Carnelutti (1959) sobre la legitimación en la causa:

(...) la verdad es que la acción, así sea con efectos limitados, no compete ya a la parte (en sentido material), sino a quien asume ser parte, por lo cual aquello de que depende es la apariencia de ser sujeto de la litis o del negocio y, por tanto, dicha acción compete a cualquier ciudadano (p. 317).

No obstante, en el proceso penal la legitimación en la causa no se satisface con la simple apariencia de ser sujeto de la litis; por el contrario, para que la Fiscalía formule la imputación y, luego, la acusación, los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información legalmente obtenida deben conferir de manera previa, respectivamente, posibilidad⁵⁴ y probabilidad⁵⁵ de que la conducta delictiva existió y que el imputado o acusado es su autor o partícipe; debe haber, objetivamente, un aumento en los grados de conocimiento.

¿Por cuál razón, entonces, a la Fiscalía no le basta la afirmación coincidente para colmar la legitimación en la causa? Precisamente porque la acción en materia penal es un deber jurídico, no un derecho subjetivo. En el proceso civil basta la simple afirmación coincidente para que se cumpla la legitimación en la causa, por cuanto el actor es titular de un derecho subjetivo, el de acción, cuyo ejercicio –cumpliendo ciertas cargas– es suficiente para que se

52 Sobre la necesidad lógica de concebir la acción como derecho abstracto, por oposición a la petición de tutela concreta (sentencia favorable), explica Devis (2009): “Al condicionar la acción a la sentencia favorable se llega, lógicamente, a concluir que al negar el juez las pretensiones del actor, está negando la acción, lo que viene a ser inexacto, porque tan cierto es que la acción le corresponde, a pesar del insuceso, que merced a ella se produjo el proceso que lo llevó hasta el fin o sentencia” (p. 189).

53 Que, en realidad, es requisito de los actos jurídicos.

54 Dice Carnelutti (1961): “La imputación es el primer peldaño de la escalera. Cuando me he puesto a examinar bajo este aspecto el contenido, me ha parecido que pueda atribuírsele el carácter de un juicio de posibilidad, más bien que el de probabilidad” (p. 138).

55 El artículo 336 del Código de Procedimiento Penal exige el grado de “probabilidad de verdad” para acusar. “De hecho un caso es probable en cuanto el ánimo propende más a tenerle como cierto que a desconocerle tal carácter.” (Ellero, 1968, p. 14)

profiera sentencia. En cambio, en el proceso penal los grados de conocimiento deben ir aumentando, pues la Fiscalía no tiene un derecho subjetivo cuyo ejercicio permita, *per se*, la sentencia.

4. La Dinámica: los Hechos Jurídicos

La manifestación dinámica es aquella que surge de la dimensión temporal del Derecho (Carnelutti, 2003, p. 15). Era necesario, primeramente, abordar las situaciones jurídicas –la estática–, pues los hechos –la dinámica– constituyen su desenvolvimiento en el tiempo: “la manifestación temporal, que es la más compleja, supone que ya ha surgido, tanto la de la forma como la del espacio; es este un dato fundamental. (...) no se puede hacer cinematografía sin fotografía”(Carnelutti, 2003, p. 16).

Las posiciones jurídicas, al estar en estática, son potencia de acto⁵⁶, son posibilidad jurídica de hacer: “*el mecanismo del derecho consiste precisamente en hacer derivar una situación jurídica de otra*. Poder y deber⁵⁷ no son otra cosa que posibilidad de algo diferente de aquello que es” (Carnelutti, 2003, p. 222).

¿Por cuál razón las posiciones jurídicas son potencia de acto? ¿Por cuál razón pueden ser algo diferente de aquello que es? Por la estructura misma de las normas jurídicas: cuando el supuesto de hecho de la norma –compuesto por un hecho y una situación– se realiza mediante el hecho allí descrito, se produce, en clave de condición, el cambio prescrito como consecuencia jurídica. Ocurre, pues, en cuanto a los hechos (la dinámica), lo mismo que con las situaciones y las relaciones (estática): son jurídicos sólo en tanto las normas los califican⁵⁸. Explica Carnelutti (2003):

56 Dice Carnelutti (2003): “(...) una situación es jurídica en cuanto tiene poder para desenvolverse en el hecho jurídico” (p. 223).

57 Recuérdese que Carnelutti entiende por poder cualquier posición jurídica de ventaja y por deber cualquier posición jurídica de desventaja.

58 Como lo resalta también Kelsen (2014) “Un acto es jurídico en cuanto se encuentra determinado por una norma de derecho”(p. 46)

El hecho jurídico representa, pues, el modo de actuar del derecho⁵⁹. Para lograr su finalidad, las normas instrumentales o los mandos generales o particulares sólo pueden decir esto: dado un cierto hecho, se produce un cierto efecto. Por eso se compone de dos partes, denominadas *supuesto de hecho* (“*fattispecie*”) y *disposición* (“*statuizione*”) (p. 228).

Es, por ende, en virtud del hecho jurídico que se producen las consecuencias previstas en la disposición de la norma; dicho de otra manera, el hecho será jurídico, precisamente, siempre que al realizarse sea capaz –dependiendo de su fuerza⁶⁰ (Carnelutti, 2003, p. 41 y 223)– de producir efectos jurídicos⁶¹, esto es, de cambiar las situaciones jurídicas:

A esto atiende la disposición, la cual sólo consiste en atribuir una juridicidad distinta, esto es, un aspecto jurídico distinto, a la nueva situación material, o, en otras palabras, en hacer que la nueva situación material tenga una nueva situación jurídica. Es costumbre expresar esto diciendo que la disposición da efectos jurídicos al hecho material (Carnelutti, 2003, p. 230).

Pues bien, los hechos jurídicos se clasifican según sean dependientes o independientes de la voluntad del hombre (Carnelutti, 2003, p. 43): en el primer caso, se denominan actos jurídicos; en el segundo, hechos jurídicos en sentido estricto⁶².

4.1. Los Actos Jurídicos

59El Derecho tiene su propia vida: “También el derecho tiene su vida. Ya antes he advertido que vivir no quiere decir más que poseer en sí mismo la causa del cambio” (Carnelutti, 2003, p. 220)

60 Eso de la fuerza también está relacionado con lo que Hohfeld(2004) llama hechos operativos: “Los hechos operativos, constitutivos, causales o dispositivos son aquellos que, con arreglo de las normas jurídicas generales aplicables, bastan para modificar las relaciones jurídicas, esto es, para crear una relación nueva o extinguir una anterior, o para cumplir ambas funciones simultáneamente”(p. 41).

61 Dice García Máñez (1965): “Toda consecuencia de derecho hállese condicionada por una hipótesis que, al realizarse, la produce”(p. 186).

62 Dice Carnelutti (2003): “Con arreglo al lenguaje jurídico, los hechos voluntarios se denominan actos en cuanto agere denota precisamente el manifestarse del hombre como causa de un modo de ser de la realidad. A los hechos no voluntarios se da el simple nombre de hechos (...)”(p. 44).

Según lo expuesto en párrafos precedentes, las posiciones jurídicas son posibilidad jurídica de hacer. Por tal motivo, a cada posición de ventaja le corresponderá un acto jurídico por virtud del cual la respectiva posición es ejercida⁶³, es decir, deja de ser potencia y se traduce en acto; por su parte, los deberes jurídicos pueden ser atendidos o desatendidos⁶⁴, a su vez, a través de actos jurídicos. Veamos:

Los privilegios se ejercen mediante actos facultativos⁶⁵ (Guastini, 1999, p. 118); las potestades públicas, mediante los proveimientos (Carnelutti, 1944, p. 71); las potestades privadas, por medio de los negocios jurídicos (Ferri, 2001, p. 293), y los deberes jurídicos se atienden mediante actos debidos (Carnelutti, 2003, p. 246) y se desatienden a través de los actos ilícitos (Carnelutti, 2003, p. 244 y 245).

4.2. La Pretensión

Ahora bien, a efectos de aclarar la llamada pretensión punitiva, resulta particularmente relevante preguntarse por su supuesto género, el acto jurídico pretensión⁶⁶. Junto con un buen número de teóricos del Derecho⁶⁷, debe concluirse que la pretensión procesal es el acto jurídico por el que se ejerce un derecho subjetivo. Dice Couture (2002):

63 Salvo la inmunidad.

64 Las demás situaciones de desventaja no son susceptibles de ser atendidas o desatendidas.

65 Si bien es cierto que es difícil concebir cómo un acto facultativo puede producir efectos jurídicos, Ferri (2001) explica, con un claro ejemplo, la manera en que el acto facultativo tiene vocación productora de consecuencias jurídicas (p. 266).

66 La pretensión, efectivamente, es un acto jurídico: “Por eso la pretensión no es sólo un hecho, o más bien un acto, sino un acto jurídico” (Carnelutti, 2003, p. 283).

67 Dice Hohfeld (2004): “Si, tal como parece deseable, buscáramos un sinónimo para la palabra “derecho” (subjetivo) en este sentido limitado y propio, quizás la palabra “pretensión” (claim) resultaría ser la mejor” (p. 53). Y concluye “Un derecho es una pretensión afirmativa de un individuo contra otro (...)” (p. 87).

Dice también Guastini (1999): “Típicamente, un derecho subjetivo no es otra cosa que una pretensión conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que impone un deber (una obligación) correlativo. Tener un derecho subjetivo ante cierto sujeto significa poder pretender de ese sujeto un comportamiento dado y éste es el “contenido” del derecho subjetivo” (p. 180).

Asimismo, García Máynez (1965) habla de pretensor (p. 16).

La pretensión (Anspruchm, pretesa) es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica (p.59).

No obstante, Carnelutti considera que la pretensión es un acto jurídico que no se circunscribe únicamente al ejercicio del derecho subjetivo⁶⁸. Carnelutti sostiene lo anterior, basándose en que el ejercicio del derecho subjetivo constituye un acto normativo; así, para él, el negocio jurídico es el acto por el que se ejerce un derecho subjetivo. Ahora, según se abordó en este escrito, ello es equivocado: como lo sostiene Ferri⁶⁹, la existencia de la potestad privada supone que el negocio jurídico esté circunscrito al ejercicio de esta, pues aquel entraña un acto creador de normas jurídicas; el ejercicio del derecho subjetivo, en cambio, no supone un acto normativo.

Pues bien, la pretensión, dependiendo del derecho subjetivo ejercido, puede ser material⁷⁰ o procesal –esta última, ejercicio del derecho de acción–. Ambas especies suelen confundirse, en cuanto al ejercicio de la pretensión procesal se refiere, pero ello es un error. En la demanda judicial⁷¹, pueden concretarse tanto una pretensión material como una pretensión procesal; pero siguen siendo actos jurídicos independientes.

68 Dice Carnelutti (2003): “Si se quiere saber en cuál de las categorías de actos jurídicos va colocada la pretensión, es fácil dar la respuesta en el sentido de que su figura depende de la coordinación entre ella y la situación jurídica (simple), que en el conflicto de intereses, a que la pretensión se refiere, compete al agente: si, por ejemplo, la pretensión la suscita el propietario para la restitución del predio usurpado, manifiestamente se trata de un negocio jurídico, y si, por el contrario, se propusiera por el usurpador, sería un acto ilícito”(p. 283).

69 Dice Ferri (2001): “Una de las consecuencias más importantes del concepto de la autonomía privada que hemos adoptado consiste en la posibilidad que nos ofrece de señalar una neta distinción entre negocios jurídicos y actos jurídicos lícitos en sentido estricto: los primeros, a diferencia de los segundos, tienen un contenido normativo”(p. 49).

70 La pretensión material, naturalmente, puede ejercerse sin necesidad de ejercer la pretensión procesal, mediante la exigencia extrajudicial del cumplimiento del deber jurídico (de la obligación correlativa).

71 “No es que la pretensión sea la demanda judicial, sino que aquella está contenida en esta”(Devis, 2009, p. 560).

Ciertamente, para que un acto produzca efectos jurídicos debe cumplirse, entre otros requisitos⁷², la legitimación. De cara a la pretensión procesal, este requisito basta con la simple afirmación coincidente entre las partes en sentido procesal y en sentido material y, por eso, con esa mera afirmación el acto está llamado a producir efectos jurídicos tales como que el juez deba proveer.

Ahora bien, si en ejercicio de la pretensión procesal, también se pretende materialmente —es decir, hay una pretensión material subyacente a la pretensión procesal, en tanto se está legitimado materialmente—, este acto estará llamado a producir otros efectos jurídicos adicionales al de la simple pretensión procesal, tales como que la sentencia sea favorable al pretensor. Dirían, en este caso, los procesalistas que la pretensión es fundada⁷³ y razonada⁷⁴.

4.2. La Así Llamada Pretensión Punitiva

La mayoría de la doctrina sostiene, echando mano de los avances de la Teoría General del Derecho Procesal, que en el Derecho penal es predicable la existencia de una pretensión punitiva como ejercicio de la acción penal⁷⁵. Dicen Quintero y Prieto (2008):

La pretensión procesal penal es el acto de voluntad mediante el cual, un particular, un funcionario público o el Estado en general, pide la sanción o la medida de seguridad para un determinado imputado o acusado por razón de un hecho también determinado. (...) La pretensión punitiva no difiere del modelo clásico de pretensión (p. 357).

72 “Se llaman requisitos los caracteres que el hecho material debe ofrecer para que la situación jurídica inicial se convierta en la situación jurídica final” (Carnelutti, 2003, p. 257).

73 “De lo contrario se deduce que la pretensión procesal puede estar respaldada o no por un derecho, lo que significa que pueden existir pretensiones fundadas e infundadas” (Devis, 2009, p. 257).

74 Dice Carnelutti (1959): “Razón de la pretensión es su fundamento según el derecho” (p. 32).

75 Hablan de pretensión punitiva, entre otros, Roxin (2000, p. 6) y Molina (2012, p. 341). Por su parte, dice Carnelutti (1950): “Nosotros llamamos imputación a la formulación de la pretensión penal” (p. 192).

Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto en este trabajo, lo anterior es equivocado. Y ello por una sencilla razón: la acción penal no es un derecho subjetivo; luego, su ejercicio no constituye en una pretensión procesal.

5. Conclusión

Si la acción penal es un deber jurídico en cabeza de la Fiscalía, su ejercicio se materializará mediante un acto debido⁷⁶, y no mediante una pretensión. Son, pues, la imputación y la acusación actos debidos, pero ninguno de ellos pretensión.

Se equivoca, entonces, la doctrina al pretender encuadrar una supuesta pretensión procesal en los actos de imputación y acusación. Son estos actos que han de regirse por la naturaleza propia del Derecho penal; no a otra conclusión puede llegarse cuando el origen del proceso penal se halla en el delito, y no en el conflicto de intereses:

Delito y pena son, precisamente, como tantas veces lo hemos dicho, la cara y la cruz de una misma moneda; y a nadie se le ocurre sostener que sean autónomas entre sí la cara y la cruz; pero es verdad, sin embargo, que la moneda no se puede ver, simultáneamente, por la cara y por la cruz (Carnelutti, 1961, p. 16).

En suma, si bien los procesos civil y penal han de confluir en ciertos aspectos, no pueden desconocerse sus diferencias teóricas: si pretenden igualarse, sin reparar al respecto, sólo se estará retrasando el progreso del proceso penal.

⁷⁶“(…) acto debido, que consiste en el cumplimiento de una obligación” (Carnelutti, 2003, p. 246).

Referencias

- Borges, Jorge Luis. (2007). *Obras Completas*. Volumen II. *Del Rigor en La Ciencia*. Buenos Aires, Argentina: Emecé Editores S.A.
- Carnelutti, Francesco (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo I.(Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Editorial UTEHA.
- _____. (1950). *Lecciones Sobre el Proceso Penal*. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- _____. (1959). *Instituciones del Proceso Civil*, Tomo I.(Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- _____. (1961). *Cuestiones del Proceso Penal*. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- _____. (1971). *Derecho y Proceso*. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- _____. (1971). *Principios del Proceso Penal*. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- _____. (2003). *Teoría General del Derecho*. (Carlos G. Posada, Trad.). Granada, España: Editorial Comares.

- _____. (2011). *Metodología del Derecho*. (Ángel Ossorio, Trad.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- _____. (2013). *Cómo Nace el Derecho*. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Chinchilla, Tulio Elí. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Chipman Gray, John. (1909). *The Nature and Sources of the Law*. New York , EEUU: The Columbia University Press.
- Couture, Eduardo J. (2002). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: B. de F.
- Devis Echandía, Hernando. (2009). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Ellero, Pietro.(1968). *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Madrid, España: Instituto Editorial Reus S.A.
- Espitia Garzón, Fabio. (1998). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Ferri, Luigi. (2001). *La Autonomía Privada*. (Luis Sancho Mendizábal, Trad.). Granada, España: Editorial Comares.
- García Máynez, Eduardo. (1965). *Introducción al Estudio del Derecho*. México DF: Editorial Porrúa S.A.
- Guastini, Riccardo. (1999). *Distinguiendo*. (Jordi Ferrer Beltrán, Trad.). Barcelona, España: Editorial Gedisa.

- Hobbes, Thomas. (2014). *El Leviatán*. (Manuel Sánchez Sarto, Trad.). México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. (2004). *Los Conceptos Jurídicos Fundamentales* (Genaro R. Carrió, Trad.). Bogotá, Colombia: Distribuciones Fontamara S.A.
- Kelsen, Hans. (2007). *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*. (Eduardo García Máynez, Trad.). México DF: Ediciones Coyoacán.
- _____. (2014). *Teoría General del Derecho y del Estado*. (Eduardo García Máynez, Trad.). México DF: Editorial Universidad Autónoma de México.
- Molina López, Ricardo. (2012). *La Conformidad en el Proceso Penal*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio. (2008). *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Roxin, Claus. (2000). *Derecho Procesal Penal* (Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto S.R.L.