

LA CARGA PROCESAL Y EL DINAMISMO DE LA NORMA PROCEDIMENTAL**THE PROCESSING LOAD AND THE DYNAMISM OF THE PROCEDURAL STANDARD***Gustavo Adrián Calvino¹*

Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Procesal
 Universidad Nacional de Rosario
 gcalvino@gmail.com
 Argentina

Recibido: 19 de junio de 2017

Aceptado: 11 de setiembre de 2017

SUMARIO

- Introducción: las denominadas cargas procesales y su autonomía conceptual
- La carga procesal en la teoría de James Goldschmidt
- Francesco Carnelutti y las cargas procesales
- Otros aportes doctrinarios sobre la carga procesal
- Hacia una noción de carga procesal que considere la peculiaridad de la norma procedimental: el dinamismo
- Conclusiones

RESUMEN

Las cargas procesales que emergen como actividades propias de las partes en el proceso jurisdiccional se tornan como el género originario de la carga probatoria; aquéllas encuentran su conceptualización a partir de los pensamientos de Goldschmidt y Carnelutti.

La doctrina se ha ocupado de las cargas procesales basando parte de la discusión en si se trata de una facultad o de una obligación; sin embargo, la controversia queda saldada a partir de la observación de la dinámica propia de la norma procedimental y su estructura, de donde surge el carácter consecuencial que genera la conducta de cada una de las partes.

Es precisamente ese dinamismo el que permite a la parte optar por una conducta positiva o de omisión donde se materializa el derecho de defensa en juicio.

PALABRAS CLAVE

Carga procesal, carga de la prueba, norma dinámica, derecho de defensa en juicio

ABSTRACT

The procedural charges that arise as activities of the parties in the jurisdictional process become like the original gender of the burden of proof; these are in the conceptualization of the thoughts of Goldschmidt and Carnelutti.

The doctrine has treated procedural charges by basing the part of the discussion itself and is a faculty of an obligation; however, the controversy arises from the observation of the dynamics of the procedural norm and its structure, from which arises the consecutive character that generates the conduct of each one of the parties. It is precisely this dynamism that allows the party to opt for a positive behavior of the omission in which the right to defense in the trial materializes.

KEY WORDS

Procedural burden, burden of proof, dynamic norm, right to defense in court.

¹ Profesor adjunto regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), profesor Adjunto Nivel 2 de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Buenos Aires) y docente investigador de la Corporación Universitaria Remington de Medellín. Este artículo es producto de la investigación «La carga de la prueba: reglas objetivas y teorías dinámicas». Su influencia en el régimen del nuevo CGP colombiano, financiado por la Corporación Universitaria Remington. Investigador principal: Gustavo Adrián Calvino; coinvestigador: Jovanny Boss Agudelo.

INTRODUCCIÓN: LAS DENOMINADAS CARGAS PROCESALES Y SU AUTONOMÍA CONCEPTUAL

La observancia de ciertas cargas derivadas de la propia actividad que desenvuelven las partes procesales conforme un procedimiento se ha dado, pragmáticamente, con ancestral anticipación a que se haya perfilado, primero una denominación más o menos singular del fenómeno en el lenguaje jurídico y luego una conceptualización relativamente peculiar que las diferenciara de otras ideas confundidas hasta entonces. Las partes contaban con la alternativa de contestar demanda, oponer excepciones, ofrecer y producir pruebas, presentar alegatos o, por el contrario, no hacer nada de ello mucho tiempo antes de que se hablara de carga procesal.

Sus antiguas manifestaciones se verifican en el derecho romano y germánico, basados inicialmente en la idea del juicio como sometimiento voluntario de los litigantes a un juez. Con ello hubo que asegurar la presencia del demandado, aunque no muy precisamente como un deber o como una obligación, y siempre estableciendo sanciones para impelerlo coactivamente a comparecer (Montero Aroca, 2011, p. 115).

Más adelante, la idea de carga era algo difuminada todavía, pero ya vinculada a la incumbencia probatoria, el *onus probandi*, la *necessitas probandi* o el cargo de la prueba. Pese a tratarse de una especie del género denominado *carga procesal*, la carga de la prueba es la más estudiada, atendida y trascendente de todas las de su clase. En ella se percibe tanto la necesidad de contar con una guía de conducta para las partes que requieren conocer de antemano lo que les corresponde probar en un proceso determinado, como el serio inconveniente que debe resolver el juzgador ante la falta de prueba de algún hecho controvertido.

Desde la aplicación en el mundo de la realidad procesal, y pese a la prolongada confusión con los deberes y las obligaciones, se fue propagando poco a poco la utilización del sintagma *carga de la prueba* -impulsado por su arraigo en la doctrina alemana ya en el siglo XIX-. Ya hacia 1925 despuntaron los reconocidos intentos de James Goldschmidt -y enseguida los de Francesco Carnelutti- tendientes a darle cierta autonomía conceptual

y general a la llamada carga procesal. Ambos, cada uno a su modo, renegaron de la bastante arraigada tendencia de aceptar, sin más, la noción de obligación en el proceso.

LA CARGA PROCESAL EN LA TEORÍA DE JAMES GOLDSCHMIDT

El legado de James Goldschmidt más recordado y repetido es, sin dudas, su enseñanza acerca del concepto de *carga procesal*. Aunque, en realidad, ello constituye el ápice que se inserta en una teoría mucho más amplia, polémica y compleja que supo sostener: el proceso como *situación jurídica*, que brota de su libro publicado en Berlín en 1925 titulado *Der prozess als rechtslage: eine kritik des prozessualen denkens*.

La visión del proceso como una relación jurídica se abre paso con firmeza a partir de la obra de Von Bülow publicada en 1868, *Die lehre von den prozessenreden und die prozessvoraussetzungen*, hallando apoyo lejano en algunas pinceladas de Hegel (1968, p. 189). Pero, pese a contar con notables seguidores como Wach y Chiovenda entre sus partidarios, afloraron diferencias que tornan algo imprecisa la idea y sin quererlo hasta preparan el terreno a sus opositores.

Así, aparece en la primera década del siglo XX el precursor trabajo de Wilhelm Kisch (1932, p. 21) -negando que en el proceso existan obligaciones, pues en él se verifican estados de ligamen-, y que sería el antecedente remoto de la ulterior obra de James Goldschmidt a la que nos referimos.

El profesor de Berlín arriba a una configuración de las cargas en el proceso como situaciones que ameritan determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. A continuación, acuña su reiteradísima definición -siempre según la traducción del catedrático de la Universidad de Zaragoza Prieto Castro- que transmite de este modo Aparte de esto, sólo existen en el proceso «cargas», es decir, situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. Con otras palabras, se trata de «Imperativos del propio interés». Las cargas procesales se hallan en una estrecha relación con las «posibilidades»

procesales, puesto que toda «posibilidad» impone a las partes la carga de ser diligente para evitar su pérdida. El que puede, debe; la ocasión obliga (es decir, grava) y la más grave culpa frente a sí mismo, es la de haber perdido la ocasión. (Goldschmidt, 1936, p. 203).

Para comprender a cabalidad la noción de carga procesal que esboza Goldschmidt debemos remitirnos a su concepción del proceso como una situación jurídica. Considerando que el derecho procesal civil es *derecho justiciario* que participa de las características del derecho público, rescata que generalmente se admite que solo se origina la relación procesal cuando son satisfechos los *presupuestos procesales*. Sin embargo, embiste Goldschmidt sobre el contenido de la relación procesal aduciendo que en ello domina la oscuridad más absoluta, por lo que su concepto resulta infructuoso: A los litigantes no les alcanza ninguna obligación de naturaleza procesal, y la *obligación de fallar* que se atribuye al Tribunal -que no debe confundirse con el deber concreto del Estado de otorgar protección jurídica al demandante- es una manifestación de la relación política del ciudadano con el Estado. En consecuencia, los presupuestos procesales no son del proceso, sino que son presupuestos o requisitos previos de la sentencia de fondo sobre los que se resuelve en el proceso (*ibidem*, pp. 7-8). Expone también que el derecho puede concebirse como un conjunto de imperativos o como una serie de normas que han de ser aplicadas por el juez; esta última concepción es la adecuada para el *derecho justiciario* y, por ende, para el derecho procesal civil.

Entonces, las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial. De esta forma se observa que los vínculos jurídicos que de aquí nacen entre las partes no son propiamente relaciones jurídicas -consideración estática del derecho-; tampoco son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino *situaciones jurídicas* -consideración dinámica del derecho- (*ibidem*, p. 8).

Para el profesor berlinés estas situaciones jurídicas son expectativas y esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una

palabra, se trata de expectativas, posibilidades y cargas. Solo aquellas son derechos en sentido procesal y las últimas -las cargas-, imperativos del propio interés, que ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones (*ibidem*, p. 8).

Finaliza aclarando que la situación jurídica -concepto debido a Kohler, quien lo acepta extensivamente para el derecho civil (Aragnoneses Alonso, 1960, p. 191)- se diferencia de la relación jurídica no solo por su contenido, sino también porque depende de la evidencia (no de la existencia) y, muy especialmente, de la prueba de sus presupuestos, ya que designa la situación en que la parte se encuentra respecto a su derecho material cuando lo hace valer procesalmente (*ibidem*, pp. 8-9).

Es contundente la crítica que formula Barrios de Ángelis (2005, pp.17-18 y 119), primordialmente por la obsesión de Goldschmidt de arremeter contra la relación, señalándole un error sistemático y otro ontológico. El primero consiste en confundir el proceso con la situación jurídica sustancial, el derecho subjetivo; el segundo es desconocer la condición inescindible de la situación y la relación jurídica, al intentar sustituir una por otra. En similar sintonía, Alsina (1952, pp. 11-12) reconoce la relevancia del aporte de Goldschmidt, aunque no concuerda en que procesalmente el concepto de situación jurídica excluya de forma automática al de relación, pues necesariamente se compatibilizan.

Una férrea oposición a la teoría de Goldschmidt presentó Briseño Sierra (1969, III, pp. 35-36) quien, tras marcar la confusión entre proceso y procedimiento en que incurre el autor alemán -entre otros cuestionamientos-, endilga que el concepto de carga es inaceptable y que es inexacto que el objeto del proceso sea la cosa juzgada, pues en verdad es algo que no cambia y es único: el debate. Según el jurista mexicano, si bien esta teoría no ha logrado una adhesión considerable entre los autores, sí ha logrado que sus descripciones y terminología -sobre todo la de cargas- sean aplicadas aun por los adeptos a la tesis del proceso como relación jurídica, pese a que parte de un error al negar la existencia de verdaderos derechos y deberes procesales (*ibidem*, III, pp. 40-41). Esto desemboca en una exhibición estática del proceso, justamente todo lo contrario a lo pretendido por Goldschmidt. Hasta en el término *situación* se

halla la impropiedad para una frecuencia móvil, continuada; el proceso es lo contrario a estar situado (*ibidem*, III, p. 50).

Las opiniones recordadas son un pequeño muestrario de las muchas voces que objetan la teoría del proceso como situación jurídica de la manera terminante y extrema en que la presenta Goldschmidt. No obstante, vale destacar que algunos autores la consideran como un complemento que no descarta las relaciones jurídicas procesales. Al no desconocerse la existencia en el proceso de *obligaciones* que se verifican en su plano horizontal -como la de pagar costas a la contraparte- y de *deberes* en su plano vertical -como el del juez de dictar una resolución dentro de un plazo-, se aceptan las *cargas* en el plano insular (Alvarado Velloso, 2010, pp. 189-190), con lo que necesariamente las teorías de la relación y de la situación jurídicas dejan de ser excluyentes para, de algún modo, compatibilizarse.

Vale indicar que la conmixción de distintas perspectivas sobre las que se edifican ideas acerca de una supuesta naturaleza jurídica que posee el proceso no representa una base lo suficientemente firme como para apoyar conceptos importantes para la disciplina. En esto radica la debilidad exhibida en los distintos intentos para definir el concepto de carga, que por otra parte no se hacen eco de la trascendente distinción entre proceso y procedimiento ni reparan en la peculiaridad que exhibe toda norma procedimental.

FRANCESCO CARNELUTTI Y LAS CARGAS PROCESALES

Es conveniente que al relevar la opinión sobre un tema procesal del prolífico Francesco Carnelutti (1879-1965) no se la haga extensiva al resto de su obra, pues a lo largo de una muy dilatada vida académica ha ido abandonando y hasta contradiciendo algunas de sus teorías. Hasta el propio maestro milanés considera en la introducción a la segunda edición italiana de *La prova civile* que sus posiciones nunca son firmes, por lo que admite ser un escritor sobremanera incómodo (Carnelutti, 2000, p. XIII).

En la obra antes mencionada no se ocupa de las cargas procesales en general. Apenas si desliza algo atinente a la carga de la prueba confrontándola con la carga de la afirmación, señalando que solo aquella puede ser

distribuida, porque el interés en la fijación del hecho incierto es recíproco cuando en esta es unilateral (*ibidem*, p. 14). En el apartado dedicado a la fijación formal del hecho controvertido, la relaciona con el hecho que es desconocido porque el juez tiene prohibido aplicar su saber privado. Además, aclara que las reglas sobre carga de la prueba sirven precisamente para regular la fijación de los hechos controvertidos desconocidos para el juez (*ibidem*, p. 21). Recordemos que este libro fue concluido por un joven Carnelutti en 1914 y publicado al año siguiente.

Pasó más de una década —y la aparición del trabajo de James Goldschmidt— para que empiece a intensificar su atención por la temática de la carga procesal. De encuadrarla en la clasificación de las situaciones jurídicas en la primera edición de su *Teoria generale del diritto*, pasa a integrarla en la segunda edición en la de las relaciones jurídicas. Sus ideas estaban algo más asentadas para la quinta edición de *Instituciones*, en la que parece considerar el proceso como relación jurídica (Carnelutti, 1959. I, p. 291) entendiéndolo que para garantizarle la aportación que proviene de las partes, y en particular de su actividad, están constituidas respecto de ellas relaciones jurídicas procesales, activas o pasivas (*ibidem*, I, p. 312).

Según el autor, las relaciones jurídicas activas deben distinguirse de los derechos subjetivos, pues su problema se vincula con el poder que debe reconocérsele a la parte para que el impulso de su interés pueda resultar verdaderamente eficaz en orden a la promoción y al desarrollo del proceso. Por lo tanto, el estudio de las relaciones jurídicas activas de las partes debe considerar las nociones de *potestad* y de *facultad* (*ibidem*, I, p. 314). En cambio, el problema de las relaciones jurídicas pasivas se presenta ligado al *deber*, que conviene imponer a la parte a fin de que, cuando su aportación al proceso pueda implicar el sacrificio de su interés, no haya que faltar a ella. Ya no se trata del simple reconocimiento de una obligación procesal de la parte que antiguamente agotaba el campo de la relación pasiva y se confundía con ella, sino que también hay que tomar en cuenta los otros conceptos de *carga* y de *sujeción* (*ibidem*, I, pp. 314-315).

Al conectar las relaciones jurídicas procesales pasivas con la imposición de un *deber* a la

parte, es más difícil formar un cabal concepto de carga procesal, que también es colocada por Carnelutti entre las relaciones pasivas, al turno que la intenta escindir de la noción de obligación. En este contexto introduce el concepto de *carga procesal* describiéndolo como la fuerza que suministra el interés en litigio para el movimiento del proceso que puede ser contrabalaceada por otros intereses de la misma parte en conflicto con él (*ibidem*, I, p. 331). A nuestro juicio, el acierto es la vinculación entre carga procesal y movimiento del proceso o, mejor expresado, con la dinámica procedimental que mueve el proceso.

No obstante, a continuación añade que para proponer al juez la demanda es necesario que la parte invierta tiempo y dinero; de aquí el peligro de que se abstenga esperando de una iniciativa distinta de la suya a fin de gozar el beneficio sin experimentar el sacrificio. Entonces, para evitar la abstención debe cortarse aquella esperanza, de manera que la parte no pueda contar, para obtener ciertos resultados procesales, más que consigo misma (*ibidem*, pp. 331-332).

Dejando de lado el motor eminentemente económico que ve Carnelutti en la carga procesal -que en verdad es solo uno de sus factores pero no el único-, las sombras sobre su idea caen enseguida, pues reconoce que la carga procesal es también para la parte un *deber*; pero no el mismo deber que se resuelve en la obligación, y por eso se lo denomina de forma diferente. Consciente de la perplejidad que puede ocasionar su explicación, remite a la teoría general para hallar la diferencia entre carga, deber y obligación, aunque adelanta alguna separación entre estas figuras:

obligación es subordinación de un interés del obligado a un interés ajeno impuesto por medio de la sanción; carga es la subordinación de uno o más intereses del que sufre la carga a otro interés suyo impuesto haciendo de ella una condición para la obtención de dicho interés (ibidem, I, p. 332).

La carga procesal queda así deslindada aceptablemente de la obligación, pero ello no es suficiente para desprenderla del deber y lograr su definitiva autonomía conceptual.

En suma, si se trata de escoger tanto de Goldschmidt como de Carnelutti el aporte de mayor relieve que cada uno ha dejado a la posteridad para el estudio de las cargas procesales, nos parece que la búsqueda no tiene que apuntarse hacia resultados concretos de sus investigaciones, sino hacia alguna enseñanza orientadora. En esta dirección, es digno destacar que aquel logró subir a escena la necesidad imperiosa de llenar el vacío conceptual de una figura utilizada desde tiempos antiguos —circunscripta hasta el siglo XIX a la actividad probatoria—, y este, la de vincularla con lo que se denomina *dinámica procesal*.

OTROS APORTES DOCTRINARIOS SOBRE LA CARGA PROCESAL

Quedaron atrás las teorías que comprenden la carga procesal dentro de las obligaciones -a las que adhieren, entre otros, Zitelman y Ascarelli—, las insinuaciones de vincularla con un poder-deber puesto para proteger un interés público —sostenida por Resta (Micheli, 1989, pp. 67-76)- y su definición como un deber libre -Brunetti (*ibidem*, pp. 56-67)- a quien se opuso Carnelutti (2000, p. 218). En su lugar varios autores aceptan como punto de partida lo que se evidencia con frecuencia en la actividad procedimental desplegada en el proceso: la parte asume la carga si lo desea. Se la analiza, entonces, como una facultad o potestad que se tiene para actuar en beneficio propio.

El famoso proverbio de Goldschmidt no demoró en ser atacado por su flanco débil: se advierte que la definición de la carga procesal como *imperativo* del propio interés no refleja con exactitud el fenómeno, pues se dirige hacia la coacción cuando, en realidad, en la carga existe una esfera de libertad donde la parte dispone o tiene la iniciativa guiada quizá por su propio interés, ámbito en el que algunos autores de renombre creyeron encontrarse con una facultad y hasta una facultad-carga. (Silva Melero, 1963, p. 91)

Estas críticas influyeron en una persona tan ligada al profesor de Berlín en sus últimos meses de vida como Couture, quien fue depurando su definición de carga procesal, aunque sin dejar de ligarla a las situaciones jurídicas. Ya en la tercera edición de sus *Fundamentos* propone establecer como carga procesal a una situación jurídica instituida en la ley, consistente en el

requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él (Couture, 1958, p. 211).

Sobria es la observación brindada por uno de los autores latinoamericanos que más se han ocupado de estudiar las distintas ideas sobre carga procesal: Devis Echandía. El procesalista colombiano entiende que ya no se considera la carga como un acto necesario ni como un imperativo, pues no es deber hacer, sino una simple posibilidad de obrar libremente, sin coacción ni sanción. Por ende, el resultado desfavorable de la *inobservancia* -término que prefiere al de incumplimiento, pues este se ciñe más a las obligaciones- no es considerado como una sanción ni siquiera económica, sino como el efecto natural de la aplicación de la norma positiva que establece la carga (Devis Echandía, 2011, I, p. 391).

Siguiendo esta línea crítica de la carga como imperativo, algunos doctrinarios discuten la ubicación de las cargas procesales en la categoría de relación jurídica pasiva o activa, a la par que resalen los conceptos que brindan Rosenberg y Micheli. El primero sostiene que para saber si la actividad de las partes, consistente en la afirmación y la prueba de los hechos que corresponden a su carga de la certeza, es un derecho o una simple necesidad práctica, una carga, el planteo debe hacerse en torno a la carga subjetiva de la prueba, que es la que provoca aquella actividad. Por consiguiente, si bien la cuestión tiene valor secundario para la doctrina de la carga de la prueba, en relación con el problema general de los deberes de las partes en el proceso civil, la cuestión gana en importancia e interés (Rosenberg, 1956, p. 49).

Descartando que la actividad afirmadora y probatoria de las partes pueda ser considerada como un deber o un derecho, entiende que ellas se esfuerzan por afirmar y probar los hechos que necesitan ser averiguados, pero no lo hacen por ningún otro imperativo que aquel que les impone su propio interés en triunfar (*ibidem*, p. 49). No se trata de un derecho ni de un deber, sino solo de la posibilidad de efectuar determinados actos (*ibidem*, p. 53). En consecuencia, concluye que la actividad afirmadora y probadora de las partes se manifiesta como emanación del interés natural que tienen en el éxito del proceso como una

necesidad práctica sin cuya satisfacción las partes lo perderían (*ibidem*, p. 56).

Se desprende de estas ideas que Rosenberg no comulga con quienes consideran la carga procesal como un imperativo, pues la explica como una actividad movida por una *necesidad práctica* -y no jurídica- de ganar el pleito que no le genera a otro sujeto ningún derecho correlativo de exigir su cumplimiento.

Casi sin contradecirlo y transitando un sendero similar, Micheli encara el estudio de la carga en la teoría general del derecho y también se ocupa de diferenciar los conceptos de carga y de obligación en el sentido de que en algunos casos la norma jurídica fija la conducta que debe observarse cuando un sujeto quiere obtener un resultado jurídicamente relevante. De allí que -agrega- en tales hipótesis es necesario un determinado comportamiento del sujeto para que se alcance el fin jurídico. Ese sujeto es libre de organizar su propia conducta como mejor le parezca, incluso eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma (Micheli, 1989, p. 54). Por consiguiente, la no observancia de esta norma no conduce a una sanción jurídica, sino solo a una sanción económica. A la par, la no obtención de aquel fin conducirá a una situación de desventaja para el sujeto titular del interés tutelado (*ibidem*, pp. 54-55).

Para el profesor italiano en cita la obligación, en cambio, se caracteriza por un vínculo impuesto a la voluntad del obligado por un interés ajeno; la violación de ese vínculo importa una ilicitud, en cuanto se trata de un mandato que no deja al obligado en libertad de elección. En sustancia la norma o bien indica una conducta que debe ser observada en interés ajeno -eventualmente bajo pena de sanción jurídica- o bien una conducta que debe ser observada por el interesado si quiere obtener un fin (*ibidem*, p. 55).

La distinción entre carga y deber aparece luego de examinar la propuesta de Brunetti, que tiende a reducir la obligación a lo que denomina *deber libre*, reconociendo que con ella se ha dado un paso determinando que ambas nociones son heterogéneas: la primera indica una *necesidad jurídica* de cierto comportamiento establecido por una norma, por lo general en orden a la satisfacción de un interés de un sujeto, al que se le concede un correlativo poder individual; la segunda marca la *necesidad práctica* de que el titular de un

determinado poder lo ejercite cuando quiera obtener un efecto a favor propio (*ibidem*, pp. 59-60). A continuación, reproduciendo palabras de Carnelutti, acepta asimilar la carga con la facultad, pues cuando el único medio para conseguir un resultado favorable es el ejercicio de un poder por parte del interesado, tal poder se convierte en una carga (*ibidem*, pp. 60-61). Completa la idea recordando que, mientras el deber presupone un mandato legal -de manera que la violación de aquel implica la violación de este y, por consiguiente, una ilicitud-, la carga presupone también un mandato legal condicionado a la voluntad del sujeto, de manera que la inobservancia de la carga está prevista como lícita por el mismo mandato (*ibidem*, pp. 61-62).

Sustentado en lo anterior, Micheli pasa a describir el fenómeno de la carga con estas palabras: la ley, en determinados casos, atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición -necesaria y suficiente- para la obtención de un efecto jurídico, considerado favorable para dicho sujeto. Aclara además que en tales supuestos se habla de la integración de la hipótesis jurídica mediante las actividades del sujeto, al cual el orden jurídico atribuye tal poder, cuyo ejercicio representa el único medio para alcanzar el fin jurídico previsto (*ibidem*, p. 76).

Aproximándose a la carga procesal, afirma que, para hacer valer en juicio los propios derechos, se le atribuyen a las partes poderes procesales de contenido diverso, tendientes a producir un determinado resultado jurídico: el pronunciamiento de una providencia jurisdiccional. A su turno, la naturaleza instrumental de tales poderes hace que su ejercicio dependa de la entidad de los intereses hechos valer. Consideraciones de contingente política legislativa determinarán el ámbito dentro del cual los expresados intereses hayan de considerarse motores esenciales del proceso concreto (*ibidem*, pp. 82-83).

Tras un prolongado discurso, finalmente Micheli se pregunta sobre el efectivo significado de la noción de carga procesal estimando que debe buscarse en el criterio de *auto-responsabilidad procesal*, el cual constituye en cierto sentido el fundamento de toda la dinámica procesal. Concluye que es conveniente determinar dentro de qué límites se confieren a las partes poderes procesales. Lo importante es diferenciar aquellas actividades lícitas calificadas por el ejercicio de

un poder procesal, de las actividades meramente lícitas que no son idóneas para establecer una situación de sujeción y, por ende, también para concretar el deber del juez de proveer (*ibidem*, pp. 92-93).

En el desarrollo de Micheli sobre la carga -que la inserta en la teoría general del derecho a la vez que le reconoce su mayor aplicación en el derecho procesal- se nota la influencia de Carnelutti, que lo lleva a admitir que el sujeto cuenta con un ámbito de libertad frente a la norma-. También demuestra preocupación por su autonomía conceptual deslindándola de otras figuras, dándole un carácter de relación jurídica activa como poder de la parte, que no es objeto de coacción ni de sanción, y no se torna exigible por otra persona.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo toma partido criticando a Goldschmidt y a Carnelutti, quienes, en su opinión, no aciertan al explicar las cargas procesales. Además, señala que si el proceso y la acción son consecuencia de la prohibición estatal de emplear la autodefensa, sea cual fuere la naturaleza jurídica atribuible a la acción, presenta caracteres de *carga jurídica*, siendo extraño que a procesalistas de la talla de Goldschmidt y de Carnelutti, en cuyos libros tanto relieve alcanza el mencionado concepto, les haya pasado inadvertido ese fundamental aspecto (Alcalá-Zamora y Castillo, 1992, I, 332).

A partir de lo anterior, sostiene que si por carga entendemos *imperativos del propio interés* para prevenir un perjuicio, o bien *una facultad cuyo ejercicio es necesario para la consecución de un interés*, y si el Estado prohíbe, *v. gr.*, al acreedor apoderarse de bienes del deudor para cobrar su crédito, e incluso si se prohíbe a sí mismo el castigo directo de los delincuentes en virtud del principio *nullum crimen nulla poena sine previa lege et iudicio* pese a ser dueño de la potestad punitiva, es indudable que, como regla, el único camino que deja expedito para resolver el litigio o conflicto surgido -o, en otros términos, para que el interés lesionado obtenga satisfacción- es acudir ante los tribunales de justicia deduciendo ante ellos la correspondiente pretensión (*ibidem*, I, 332).

La apreciación del catedrático español no logra conmovernos, pues únicamente aporta una visión estatista del fenómeno sin considerar aspectos de relevancia como el carácter

dinámico de la norma procedimental y su relación con las cargas.

Como tributo a su laborioso estudio, finalizamos el recorrido con palabras de Devis Echandía (2011, I, p. 401):

Podemos definir la carga como un poder o una facultad (en sentido amplio) de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.

Por nuestra parte, coincidimos con varias de las autorizadas opiniones antes recordadas en cuanto a que la carga tiene su punto de partida en el ámbito de libertad de la persona que decide si la asume o no, cuyo carácter lícito la sitúa fuera del círculo de la coacción con prescindencia de la conducta que despliegue el sujeto. No obstante, entendemos que, luego del llamado de James Goldschmidt a intensificar el estudio de la carga procesal para desarrollar su análisis desde la teoría general del derecho, se la arranca del campo procesal -donde se viene manifestando cotidianamente desde tiempos remotos- y, ya como carga a secas, se la deposita en un terreno puramente especulativo. Una vez trasplantada fuera de su hábitat, los mayores esfuerzos se consumen al diferenciarla de otras figuras y pasar los exámenes por el tamiz de la norma jurídica estática para luego devolver el producto a su lugar de origen. Aun así, el fenómeno no parece desenvolverse en la realidad exactamente como se lo explica. Y si bien se advierte en alguna medida la vinculación de la carga con el dinamismo del proceso, no se consideran las particularidades propias de la norma procedimental dinámica que presenta diferente estructura. De este modo, no se ha preparado un concepto de *carga* atendiendo a lo *procedimental* y a lo *procesal* que busque detectar sus notas distintivas a fin de reconocerle su propia identidad.

Para avanzar en el sentido indicado debemos analizar el aspecto dinámico de la norma procedimental teniendo muy en cuenta la distinción conceptual basal entre proceso -como método de debate- y procedimiento -simple conexión de conductas de dos sujetos- (Calvinho, 2012, pp. 121-145).

HACIA UNA NOCIÓN DE CARGA PROCESAL QUE CONSIDERE LA PECULIARIDAD DE LA NORMA PROCEDIMENTAL: EL DINAMISMO

Sin pretender incursionar aquí en un estudio integral de la norma jurídica, pero dando crédito a que, quizá por vivir inmersos en la vorágine, las utilizamos sin imponernos demasiados cuestionamientos existenciales acerca de ellas, al menos en esta ocasión debemos detenernos a observar si las normas que empleamos en los procedimientos en general, y en el procedimiento procesal en especial, no tienen alguna característica o propiedad que las distinga de las demás.

Hasta el momento, casi no se ha indagado en este aspecto previo al examen de las cargas procesales. Lejos de desanimarnos, y apoyándonos en que la idea fundamental y el sentido teórico del derecho procesal es el dinamismo de su normatividad (Briseño Sierra, 1969, II, p. 165), tomaremos algunas de las enseñanzas del maestro Alvarado Velloso (2009) sobre las normas jurídicas perfiladas a desentrañar los caracteres particulares de la norma procedimental.

Para el profesor rosarino, la juridificación de cualquier fenómeno fáctico inexorablemente producirá tres tipos de norma: determinativas, estáticas y dinámicas. Las normas determinativas definen términos básicos o prometen nuevas normas -y así, son las que establecen cómo se fija la competencia o aseguran un derecho que debe ser reglamentado luego-. Las normas estáticas, en cambio, ostentan en su contenido una estructura disyuntiva (Alvarado Velloso, 2009, I, pp. 52-53).

En esta estructura disyuntiva aparece normada una conducta -que debe ser cumplida por sus destinatarios- y, al mismo tiempo, una sanción -para aplicar en caso de incumplimiento del mandato-. Habitualmente, la norma es de cumplimiento espontáneo y, ocurrido ello, la relación se agota. Empero, a veces no se cumple, lo que conduce al legislador a normar para ambas hipótesis (*ibidem*, I, p. 53).

Muy distinta es la norma dinámica, pues al tener como característica específica la generación de actividades en cadena, su estructura es diferente: No es disyuntiva, sino continuada consecencialmente. Por lo tanto, a partir

de una conducta de un sujeto, se encadena imperativamente una secuencia de conductas de otro u otros sujetos. El dinamismo está contenido en la norma misma, sin necesidad de recurrir a la actividad material que se cumple en cada caso concreto (*ibidem*, I, p. 54).

Cumplida la conducta inicial, ya no se verifica en lo sucesivo el *deber ser* sino el *ser*, ya que cada alternativa que plantea la norma dinámica prevé una actividad -o conducta positiva- y una inactividad -o, mejor expresado, conducta de omisión, pues con la inactividad también se está expresando una conducta-.

Lo recién expuesto puede comprenderse mejor frente a la fórmula lógica de la norma dinámica: dado A, es B o no B; si es B, es B1 o no B1; si es B1, es B2 o no B2; si es B2, es B3 o no B3; y así sucesivamente (*ibidem*, I, p. 59). Este esquema consecucional se aplica a todo el procedimiento propiamente dicho o al procedimiento procesal imprimiéndole dinamismo.

El procedimiento -que opera en la materialidad- hace las veces de motor del proceso -que, al ser concepto, forma parte de lo inteligible-, porque el dinamismo de la norma procedimental lleva al destinatario a dirigirse de una conexión de conductas a la siguiente. Esto implica que, inexorablemente, deba conocerse *a priori* la secuencia o transitividad de las conexiones de conductas, o sea, el procedimiento (Briseño Sierra, 1969, II, p. 168). Por consiguiente, debe existir un programa normativo donde estén previstas las mencionadas conexiones. Hay que tener presente que el procedimiento excede al concepto de proceso, de tal modo que existen meros procedimientos y procedimientos procesales.

Si ahora retornamos a la estructura de la norma dinámica procedimental, debemos detenernos en esa previsión de conducta positiva o de omisión que puede desarrollarse como consecuencia de otra conducta anterior o, en otras palabras, en que la transitividad de conductas debe incluir la posibilidad de una actividad y de una inactividad. De lo contrario, todo procedimiento encontraría un escollo insalvable ante una conducta de omisión, con lo que se le impediría cumplir su fin, que es el dictado de una resolución. Llevado lo anterior al procedimiento procesal, rara vez se contestaría una demanda, pues la incomparecencia del

demandado le aseguraría directamente no ser condenado jamás en ese juicio.

En ese dinamismo, en esa transitividad, el sujeto se enfrenta a alternativas procedimentales propias de la estructura apuntada que requieren la previsión tanto de una conducta positiva como de una de omisión. Ahí aparece la *carga* en el procedimiento: dado A, es B -que es la conducta positiva- o no B -conducta de omisión-. El sujeto es quien decide libremente si asume uno u otro comportamiento, a partir del cual progresará la cadena consecucional de conexiones. Expresado de otro modo, el dinamismo procedimental como una sucesión ordenada a lo largo de sus secuencias, en ciertas ocasiones presenta al sujeto la opción de asumir voluntariamente una conducta positiva o una conducta de omisión. En verdad, la posibilidad de *levantar* la carga o no se presenta ante el dilema de decidir entre un comportamiento u otro, y solo podrá ser observada en el caso de llevar adelante una conducta positiva compleja, que requiere ciertas actividades necesariamente consecuentes para alcanzar su fin.

Basta traer un ejemplo de frecuente verificación pragmática para ilustrar la explicación anterior. Cuando existe una afirmación de alguna de las partes en el proceso que, por cualquiera de las variantes posibles adquiere el *status* de dato necesitado de prueba, quien efectuó aquella afirmación se enfrenta a dos opciones que presenta la propia dinámica de la norma procedimental procesal, entre las que elegirá según los móviles que lo inspiran. Por consiguiente, ante la bifurcación del camino su trayectoria avanzará por uno u otro ramal según se incline por: a) desplegar una conducta positiva que se manifiesta a partir de la aportación de fuentes y medios de prueba y que se consumará con la realización de una actividad posterior, que es la práctica de los medios ofrecidos; o b) abstenerse de efectuar todo ello.

Como puede apreciarse, en uno u otro caso el dinamismo propio de la norma procedimental será el encargado del avance del trámite con prescindencia de la conducta asumida por la parte. Empero, al optar por asumir la carga procesal es necesario desarrollar una serie de actividades que estrictamente se vinculan con el ejercicio del derecho de defensa y no -como se suele señalar a menudo- con un supuesto deseo de ganar el pleito, un interés propio o un beneficio

que, de no observarse, acarrea consecuencias desfavorables a la parte que no la levantó. Esta visión, esgrimida por muchos autores, exhibe un corte utilitarista en cuanto entiende a la carga procesal simplemente como un provecho, una ganancia o un lucro -y vale ahora recordar la referencia de Carnelutti (1959, I, pp. 331-332) seguida por eminentes procesalistas enfocándose en su aspecto económico y desentendiéndose de la realidad procesal. Basta para desvanecer a esta generalizada posición oponerle los numerosos y frecuentes casos donde, pese a que la parte observa puntual y puntillosamente todas las cargas procesales y su actividad consecuente, es derrotada -porque no logra confirmar lo que ha afirmado-, o cuando se rechazan las pretensiones contra el rebelde o contumaz -que sale airoso sin haber asumido ninguna carga-.

El divorcio entre la teoría y la praxis debe superarse, sobre todo, haciendo aterrizar a aquella en lo concreto. Lo expuesto denota que es apresurado asimilar la observancia de la carga directamente a un beneficio o ventaja que se obtiene en el resultado de la sentencia o con una mejor situación de la parte en el proceso. Adviértase que aquella ventaja puede provenir de la aplicación de una simple regla procedimental como la de adquisición probatoria, tras lo actuado por la contraparte.

En tanto, y desde el horizonte eminentemente procesal, las cargas procesales se sitúan en lo insular y se entroncan con el ejercicio del derecho de defensa en juicio al punto que, incluso, muchas veces son asumidas o no respondiendo a una estrategia previamente delineada por la parte, considerando varios factores. Es entre estos muchos elementos donde pueden aparecer algunos atinentes al interés o deseo de obtener una ventaja. Pero esta circunstancia es contingente, pues no implica que la carga pase a responder solamente a aquellos factores desprendiéndose del derecho de defensa en juicio. Piénsese en las innumerables hipótesis donde la parte demandada -que en su fuero íntimo reconoce la pretensión del actor- opone negativas y excepciones ejerciendo su derecho de defensa, con la primordial intención de dilatar el dictado de la sentencia a fin de postergar el cumplimiento de una obligación.

Ampliando lo anterior, repárese en que el litigante decide libremente en su oportunidad

por una u otra de las opciones que contempla la norma procedimental dinámica, expresando una conducta voluntaria como parte del derrotero que insume el ejercicio del derecho de defensa en juicio. Como se subrayó, cuando esta selección se manifiesta a través de una conducta positiva, requiere de una actividad posterior que cumpla con los requisitos temporales, espaciales y formales para dotarla de contenido. Y cuando la conducta es de omisión, si bien no es necesaria actividad posterior relacionada con la carga procesal no asumida, no desaparece el vínculo con la defensa en juicio, pues la decisión también puede llegar a responder a una estrategia procesal y ser una manera de ejercer el derecho de defensa -v. gr., no proponer cierta fuente de prueba no ofrecida por la contraria ante el temor de que la producción del medio la favorezca-. Hete aquí un contraejemplo para quienes sostienen que la carga procesal es un imperativo del propio interés, porque en este caso la parte resguarda su interés, justamente, optando por no levantar la carga.

CONCLUSIONES

El ejercicio del derecho de defensa en juicio -contemplado bajo el prisma de la garantía del proceso- es alcanzado por pautas normativas procedimentales a las que debe adecuarse. Es en ese plano procedimental consecencial del proceso donde la parte enfrenta la posibilidad de asumir o no ciertas cargas procesales determinantes en el ulterior desarrollo de la actividad y repercutirán en medida importante en el efectivo ejercicio del derecho de defensa. De cara a la disyuntiva, la parte expresa una conducta voluntaria a efectos de optar por una de las alternativas que brinda la norma procedimental dinámica para el ejercicio de su derecho de defensa en juicio. Y en el caso de manifestar una conducta positiva, debe preocuparse por hilvanar actividades posteriores que la apuntalen.

Queda claro, pues, que la carga procesal no es correlativa en puridad a un pretendido propio interés de una parte que en un juicio puede asumirlas todas y perderlo, o no hacerlo con ninguna y ganarlo. Porque, en definitiva, entendemos que la *carga procesal* es la conducta voluntaria que expresa en el proceso la parte ante las alternativas que contempla la norma dinámica procedimental -y la eventual actividad consecuente que despliega cuando

la conducta manifestada es positiva- en el marco del ejercicio de su derecho de defensa en juicio, que produce una consecuencia jurídica determinada.

Explorando un poco más, tenemos que aceptar que el origen de la carga marca a fuego su carácter procedimental, ya que su nota distintiva viene dada por la conducta voluntaria que se expresa ante las alternativas de la peculiar norma dinámica procedimental. Ya dentro de este género cabe distinguir la carga procesal de la carga procedimental propiamente dicha. La diferencia entre una y otra se enlaza con su distinto objeto: el debate en la trilateral estructura procesal, la simple conexión de conductas en la bilateralidad procedimental (Calvinho, 2012, pp. 135 y 144-145). En consecuencia, la carga procesal queda vinculada al derecho de defensa en juicio al asumirse en el marco del debate procesal, mientras que la mera carga procedimental se inserta y asume en el ámbito de una conexión de conductas entre peticionante y autoridad. La *carga procedimental propiamente dicha*, pues, no es otra cosa que la conducta voluntaria expresada por el peticionante frente a las alternativas que suministra la norma dinámica procedimental, incluyendo eventual actividad consecuyente -si manifiesta conducta positiva- en el marco del simple procedimiento, y que produce cierta consecuencia jurídica.

REFERENCIAS

- Alsina, H. (1952). La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra el concepto de relación jurídica. *Revista de Derecho Procesal*, Año X, Primer Trimestre, N.º 1, pp. 1, Hugo Alsina (dir.), Ediar, Buenos Aires.
- Alcalá-Zamora y Castillo, N. (1992). *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, (1ª reimp.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F.
- Alvarado, A. (2009). *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- Alvarado, A. (2010). *Lecciones de derecho procesal civil, compendio del libro Sistema procesal: garantía de la libertad adaptado a la legislación procesal de la Capital Federal y de la provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvinho*, La Ley, Buenos Aires.
- Aragoneses, P. (1960). *Proceso y derecho procesal*. Madrid: Aguilar.
- Barrios de Ángelis, D. (2005). *Teoría del proceso* (2ª ed.), BdeF, Buenos Aires.
- Briseño, H. (1969). *Derecho procesal*, Cárdenas, México D.F.
- Calvinho, G. (2012). *El proceso con derechos humanos, método de debate y garantía frente al poder*, Universidad del Rosario, Bogotá.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil*, trad. de la 5ª ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- Carnelutti, F. (2000). *La prueba civil*, trad. de la 2ª ed. italiana de 1947 por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Depalma, Buenos Aires.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed. póstumo, Roque Depalma, Buenos Aires.
- Devis, H. (2011). *Teoría general de la prueba judicial*, 6ª ed., Temis, Bogotá.
- Goldschmidt, J. (1936). *Derecho procesal Civil*, trad. de la 2ª ed. alemana por Leonardo Prieto Castro, Labor, Barcelona.
- Hegel, G. (1968). *Filosofía del derecho*, trad. de Angélica Mendoza de Montero, 5ª ed., Claridad, Buenos Aires.
- Kisch, W. (1932). *Elementos de derecho procesal civil*, trad. de Leonardo Prieto Castro, Revista de Derecho Privado, Madrid.
- Micheli, G. (1989). *La carga de la prueba*, trad. por Santiago Sentís Melendo, Temis, Bogotá.
- Montero, J. (2011). *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., Civitas, Pamplona.
- Rosenberg, L. (1956). *La carga de la prueba*, trad. de la 3ª ed. alemana por Ernesto Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- Silva, V. (1963). La prueba procesal, tomo I, teoría general, primera parte, principios fundamentales. *Revista de Derecho Privado*, Madrid.