

LA DISCUSION ACERCA DE LA CARGA PROCESAL A LA LUZ DE SUS IMPLICANCIAS JURIDICAS¹

Julio César Pérez Vargas²
Abogado

La doctrina procesal ha discutido largamente acerca de la naturaleza jurídica de la carga de procesal. Dicha discusión, dice el doctor Julio César Pérez Vargas, no puede ser considerada estéril, por cuanto tiene implicancias concretas y tangibles que se observan en el proceso mismo. Por ello este autor retoma la discusión que ha ocupado a casi todos los maestros procesalistas, para confrontar sus argumentos con las consecuencias que dicho instituto acarrea en la práctica forense. Lo hace, por cierto, de manera analítica y ordenada, haciendo observaciones puntuales sobre cada una de las figuras jurídicas involucradas en este debate. A través de un estudio riguroso, el autor va construyendo conceptualmente la definición que considera más acertada para la importante figura de la carga procesal, de tal manera que su estudio concluye delimitando con claridad cómo debe entenderse correctamente dicho instituto.

Mucho se ha discutido sobre la existencia, validez y naturaleza jurídica de la carga procesal dentro del proceso en general. Algunos -los menos- han negado su existencia sosteniendo que ella se encuentra dentro de otros conceptos jurídicos (como la obligación o el poder); otros, en cambio, han sostenido que sólo tiene su razón al interior de la denominada situación jurídica (concepción dinámica del proceso según la Teoría de James Goldschmidt); los últimos alegan que esta figura jurídica se aplica en general al proceso judicial cualquiera sea la concepción que adoptemos.

Para tomar una posición es necesario establecer en primer lugar su funcionalidad al interior del proceso y en segundo lugar, determinar si el concepto contiene elementos que nos permitan concluir su existencia.

I. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS

Con el objeto de dar una idea de la carga procesal diversos autores han puesto de relieve las diferencias que existen entre ésta y otras figuras jurídicas. No hemos encontrado planteamientos que determi-

¹ Del 12 al 14 de Junio de 1995 se llevó a cabo en el Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú un Seminario Internacional de Derecho Procesal Civil a la que concurrió como principal expositor el doctor Hernando Devis Echendía. También concurrió en calidad de invitado el magistrado colombiano, Dr. Alfonso Guarín.

Precisamente en una de las exposiciones se produjo una interesante polémica entre el doctor Alfonso Guarín y el doctor Juan Monroy Galvez sobre la naturaleza jurídica de la carga procesal y su validez al interior de la relación jurídica procesal. Las posiciones fueron defendidas por ambas partes con brillantez y sólidos argumentos.

² La base de este trabajo se encuentra en el título I de nuestra tesis "La Carga de la Prueba en el Proceso Civil" que nos sirviera para optar el grado de bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1991. Ver, Avendaño, Juan Luis. "Reseña de Tesis". En: THEMIS-Revista de Derecho - Segunda Epoca No 23, pag. 120. El esquema ha sido sustancialmente cambiado, se han omitido algunos autores, se han agregado otros y se han hecho algunas modificaciones.

nen los caracteres genéricos ni específicos de este concepto. En cambio sí se advierte definiciones en las que implícitamente se reconoce determinados elementos.

1.1 Diferencias con la obligación

Dos han sido las teorías principales que se han elaborado respecto de la carga procesal. La primera es la de Goldschmidt; y la segunda, de Carnelutti.

Según la primera, las cargas representan imperativos del propio interés que surgen por "...la **necesidad** de prevenir un perjuicio procesal"³. Por la segunda, la carga "...es una facultad cuyo ejercicio es necesario para el logro de un **interés**"⁴ (el resaltado es nuestro).

Observamos que en ambas definiciones los elementos comunes son la necesidad y el interés. Estos, sin embargo, no son suficientes para determinar con claridad la autonomía conceptual de la carga; por cuanto estos mismos elementos (necesidad e interés) se encuentran también en la obligación.

La doctrina en general ha diferenciado la carga de la obligación precisando lo siguiente:

1. Mientras la carga implica la observancia de la norma respondiendo a un interés **propio**, en la obligación existe el deber de cumplir una prestación para un **interés ajeno**.
2. En la carga existe una **necesidad práctica** de observar una conducta señalada por la norma si es que se desea obtener un resultado útil, a diferencia de la obligación donde existe una **necesidad jurídica** de cumplir el mandato si es que no se desea experimentar las consecuencias (sanción) que derivan del incumplimiento de la norma.
3. Asimismo se sostiene que en la carga no se encuentra sanción (concepción jurídica) alguna; dicho en otras palabras: que en caso de inobservancia, existe una mera **sanción económica**; mientras que

en la obligación -en caso de incumplimiento- se verifica una **sanción jurídica**.

4. La doctrina también considera que la inobservancia de la carga está considerada por la norma como **lícita** y que el incumplimiento de la obligación está considerado como **ilícito**.

5. Diferenciando aún más los conceptos, se alega que la carga contiene una **alternativa** u opción, mientras que la obligación implica una **sujeción**.⁵

6. Por último se sostiene que esta alternativa implica en la carga una **libertad absoluta**, a diferencia de la obligación en donde existe una **libertad restringida**.⁶

Por lo general éstas han sido las diferencias puestas de manifiesto. Nosotros en cambio intentaremos estructurar los elementos de la carga y, por esa vía, llegar a una definición conceptual.

1.2 ¿Carga = Poder?

Lineas arriba sostuvimos que algunos autores han concebido la carga procesal como un poder jurídico. En efecto, ha sido Micheli quien ha sostenido que la iniciativa del litigante o la carga constituye un poder y que la carga procesal no puede tener un contenido y alcance mayor que el poder.

Este autor señala que lo que existe en la carga es el poder que tienen los litigantes para ejercitar una determinada conducta con el objeto de obtener un resultado útil. Creemos que la definición de la carga tiene otras variables y no se agota en el contenido del poder.⁷

II. LA CARGA EN EL PROCESO.

Un punto que resulta indispensable resolver para así llegar a una conclusión válida es determinar si la carga está siempre presente en el proceso, o si sólo responde a una de las teorías que pretenden explicar la naturaleza del proceso.

³ GOLDSCHMIDT, James. Teoría General del Proceso. Barcelona, Editorial Labor S.A., 1936, Pag.82

⁴ CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Union Tipográfica editorial Hispano Americana. 1944. Tomo I. pag. 65

⁵ ODERIGO, Mario A. Derecho Procesal Penal. Tomo I, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952, página 93, citado por SENTIS MELENDO, Santiago en Teoría y Práctica del Proceso, Editorial EJE, Buenos Aires, 1959, Tomo III, página 93.

⁶ SENTIS MELENDO, Santiago. Teoría y Práctica del Proceso, Editorial EJE, Buenos Aires, 1959, Tomo III, página 94

⁷ MICHELI, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, pag. 102

Esto nos lleva a indagar sobre la naturaleza jurídica del proceso. No existe duda de que una investigación sobre este tema rebasaría los límites de nuestro artículo. Basta con indicar que la doctrina en general ha discurrido siempre entre dos posiciones: la de considerar al proceso como situación jurídica (concepción dinámica del proceso según la teoría de James Goldschmidt) y otro sector que entiende que en el proceso se da una relación jurídica.⁸

2.1 La relación jurídica procesal

El Derecho en su conjunto tiene como uno de sus fines la regulación de las conductas sociales. Con tal propósito el Derecho coordina las conductas con el objeto de mantener la vigencia del ordenamiento legal; pero no se debe olvidar que esta coordinación responde a intereses distintos y contrapuestos, donde el Derecho hace prevalecer a unos y subordina a los otros.

Mientras la coordinación exista, ella se traducirá en una relación jurídica. Por tanto si toda coordinación implica dos intereses y si toda relación jurídica implica una coordinación, la relación contendrá dos lados en donde uno de ellos se encontrará en situación de supremacía mientras que el otro se encontrará en situación de subordinación.

Ahora bien, el proceso ha sido entendido como un conjunto de actos que sucediéndose en el tiempo uno a uno, tiene por finalidad reestablecer la paz cuando ésta ha sido quebrantada por la presencia de un conflicto determinado.

El proceso en términos generales podría entenderse como una pluralidad de actos que tienen por finalidad hacer efectiva la aplicación de una norma jurídica y en donde se vinculan personas que colaboran con dicho fin.⁹ Así tenemos, por un lado, al deman-

dante y al demandado, y por el otro, al Juez y a los auxiliares. La relación de todas estas personas implica vínculos jurídicos y la individualización de cada uno de estos actos procesales -en virtud de los cuales todas estas personas se relacionan entre sí- puede responder a diversas categorías.

Sin duda fue Von Bulow¹⁰ el primero en concebir el proceso en términos de relación jurídica. Autores como Alsina, Alcalá Zamora y Castillo¹¹, Eduardo Pallares y Chiovenda, entre otros, han seguido el mismo camino. Estos han sostenido que una de sus características, entre otras, es que su contenido es heterogéneo, referido a que en la relación jurídica procesal se pueden presentar derechos, obligaciones, cargas, poderes y facultades procesales. Luego, las conductas de las partes pueden ser tipificadas en alguna de las categorías mencionadas.

Pero es necesario advertir que la relación jurídica que se desarrolla en el proceso responde a otros presupuestos, aunque el criterio elemental se mantiene. Este parecer lo encontramos en Radbruch¹² quien ha sostenido que el proceso puede ser concebido como una "relación jurídica especial" distinta a la "relación jurídica material". Esta relación jurídica especial no depende de los presupuestos del derecho material, sino que responde a un conjunto normativo que tiene en sí mismo su razón de ser. Por ello -concluye- la relación jurídica procesal responde a otros requisitos, pero siempre será una relación jurídica.

Todos los autores están de acuerdo en que la carga forma parte de la relación jurídica, pero en lo que no existe un criterio uniforme es en el lugar donde debe ser ubicada. Así, mientras unos señalan que se encuentra en situación de subordinación (situación pasiva), otros sostienen que está en situación de supremacía (situación activa). También existen au-

⁸ Hemos encontrado una tercera concepción del proceso planteada por Lorenzo Carnelli quien apoyándose en la Teoría Ecológica del Derecho de Carlos Cossio sostiene que el proceso puede ser concebido como una estructura normativa; es decir concibe al proceso como norma aprehendiendo gnoseológicamente la conducta que se desarrolla en el proceso (civil). CARNELLI Lorenzo: "Carga Procesal" en enciclopedia jurídica Omeba. Driskill S.A., Buenos Aires, 1955, Tomo II, pag 716.

⁹ CARNELUTTI Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Traducción al castellano por Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídica Europa-América. Buenos Aires. 1956, Tomo I, pag. 21 y 22.

¹⁰ O. VON BULOW: "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales", pag. 1-2, Ejea. Bs. Aires, 1964, citado por SILVA VALLEJO, José Antonio en "Los Fundamentos científicos del Derecho Procesal". Themis, Revista de Derecho. Segunda Epoca. N. 14, 1989. Pag. 27.

¹¹ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO en "Advertencia Preliminar" a la traducción del Tratado de Derecho Procesal de Goldschmidt, por Prieto Castro citado por OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Relación Jurídica Procesal en Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV, Driskill S.A. Buenos Aires. Año 1977. Pag. 564.

¹² RADBRUCH G. Introducción a la Filosofía del Derecho. Brevarios Fondo de Cultura Económica. Año 1955, México. pag. 94.

tores que refieren que la carga no se encuentra ni en lo activo ni en lo pasivo, sino que responde a una situación neutra.¹³

2.2 El proceso como situación jurídica.

Ha sido Goldschmidt¹⁴ el principal defensor de la tesis de que el proceso es una situación jurídica y de que es equivocado concebirlo como una relación jurídica. Alega que el proceso no puede ser analizado como un conjunto de actos aislados. Según este autor en el proceso sólo se presentan expectativas, posibilidades y cargas.

Agrega que en el proceso se dan vínculos jurídicos que "...no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos sino situaciones jurídicas (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta jurídica que ha de producirse y, en ultimo término, del fallo judicial futuro..."¹⁵

Quienes así conciben el proceso indican que la carga es un "imperativo del propio interes".

III. UBICACION DE LA CARGA EN LA RELACION JURIDICA PROCESAL

Las teorías expuestas coinciden en señalar que en el proceso la carga se presenta como una figura autónoma y que goza de características propias. De manera que cualquiera que sea la posición que adoptemos en torno a la naturaleza del proceso, la carga como entidad autónoma siempre estará presente.

Sin embargo, para el desarrollo de nuestro trabajo, partimos del supuesto de que al interior del proceso se da una relación jurídica procesal. No toca ubicar ahora -si ello es posible- la carga dentro de esta relación.

Una de las características de la relación jurídica procesal es que es de tracto sucesivo, entendiendo por tal, el necesario desenvolvimiento de los actos procesales a fin de llegar a una sentencia. De manera que un proceso sólo podrá ser apreciado adecua-

damente en la medida que se le estudie en forma dinámica y no estática.

Para nosotros el proceso encierra relaciones que vinculan no sólo a las partes que tienen un interés en conflicto, sino que además se encuentra la presencia del Juez que como representante del Estado gobierna las relaciones entre los particulares. La presencia del Juez no puede ser pasiva sino, por el contrario, su intervención tiene que ser, en muchos casos, decisiva. Esto hace que al Juez se le otorgue un sinnúmero de facultades, poderes y derechos y por otro lado se le costrañe a cumplir obligaciones y deberes. De manera tal, que la intervención en un litigio (que se ventila en un proceso) no es privativa de las partes sino que tiene en su interior a una persona más: El Juez.

La relación que se da entre las partes y el Juez puede adoptar diversas formas. Así, tenemos que la relación de estos podrá estar dada en términos de Potestad-Sujeción; Facultad-Vínculo; o de Derecho-Deber, Poder/Carga-Sujeción.

Ahora bien, suele decirse que la Relación Jurídica está compuesta por dos situaciones jurídicas: por un lado, una situación activa (situación de supremacía), y por otro, una situación pasiva (situación de subordinación). Por eso Carnelutti ha sostenido que la situación jurídica es o el interés que se protege jurídicamente o el interés que está subordinado jurídicamente.

De esta forma, la situación se constituye en elemento de la relación. Esta relación jurídica se encuentra compuesta por dos situaciones que se combinan. Por un lado, la situación jurídica pasiva consistente en un interés subordinado, y por el otro lado, una situación jurídica activa consistente en un interés prevaleciente. Ambos intereses - esto es; el subordinado y el que prevalece - están amparados por una medida jurídica.¹⁶

3.1. ¿Está la carga dentro de la situación pasiva?

Para Carnelutti la situación jurídica activa se divide en derecho (subjetivo) y poder, **mientras que la**

¹³ CLARIA OLMEDO. Derecho Procesal. Tomo I. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1989. Pag. 173

¹⁴ GOLDSCHMIDT, James. op. cit. pagina 82.

¹⁵ GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil, Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona 1936. Editorial Labor, pag. 108 citado por PEYRANO Jorge, en Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas. Lima, Pag. 333.

¹⁶ CARNELLUTTI, Francesco. Sistema ...op. cit. Tomo I. Pag. 29

situación jurídica pasiva se divide en sujeción, carga y obligación. Agrega que estas tres últimas categorías responden a una noción más genérica que es el “deber hacer” cuyo elemento común es una necesidad que importa un sacrificio y en consecuencia la subordinación a un interés.

En cuanto a las categorías que se desarrollan en la situación jurídica pasiva conviene precisar sus diferencias. La primera que es la sujeción, alude a la necesidad de actuar, pero el querer o la voluntad son ineficaces; vale decir, no tiene margen de libertad. Las otras dos, o sea, la carga y la obligación, tienen en común el vínculo del querer; la diferencia se encuentra en el interés en beneficio de quien se produce el sacrificio. Por lo tanto, cuando haya un interés ajeno, existirá obligación y cuando el interés sea propio, existirá carga.¹⁷

Este autor entiende que la carga es una figura del deber, y este último concepto es concebido como ineficacia de la voluntad. Igualmente equipara la carga a la obligación dentro del concepto más amplio del deber.¹⁸ En resumen sostiene que la carga se encuentra en la situación jurídica pasiva.

Si aceptamos que la carga es una situación jurídica pasiva, tenemos que llegar a encontrar el término correlativo para así configurar la relación jurídica deseada, pero es precisamente en este punto en el que no vemos con marcada nitidez su correlato en la situación opuesta.

En el mismo sentido observa Carnelli, quien al describir la Teoría de Goldschmidt señala que “frente a la Carga no hay un derecho de la contraparte ni del Estado”¹⁹, igualmente Sentis Melendo refiere que si la Carga es entendida como una obligación faltaría el acreedor y si lo entendemos como derecho subjetivo faltaría el obligado.²⁰

Al no encontrar el término correlativo parecería que la carga no podría ser comprendida en la relación jurídica. Sin embargo, la carga puede ser contenida

en la relación jurídica si entendemos por ésta la coordinación de intereses contrapuestos, que no necesariamente corresponden a personas distintas, sino que tales intereses encontrados pueden residir en una sola parte.

Esto ha sido confirmado por Michelli quien al estudiar la Teoría de Carnelutti ha sostenido que en la carga la subordinación de un propio interés tiene lugar a propósito de otro interés personal del sujeto, mientras que en la obligación la subordinación del interés del obligado tiene lugar a propósito de un interés ajeno. Y agrega que de tratarse del primer caso, la subordinación de intereses entraría en la determinación psicológica para obrar; consecuentemente estaría comprendida dentro del ámbito del ejercicio del poder: de esta forma no constituiría una situación pasiva.²¹

En la misma línea encontramos a Sentis Melendo cuando señala que si la carga constituye una figura propia, no habrá necesidad de otro sujeto que posea un interés distinto, ya que el interés “que se ventila es sólo el propio y no el ajeno”²²

3.2 ¿Esta la carga procesal en la situación activa?

Cuando Carnelutti señala que la Carga representa una facultad cuyo ejercicio resulta necesario para la obtención de un interés propio admite que la carga no está sólo constituida por una necesidad desarrollada en interés propio; sino que acepta que su ejercicio representa una facultad.

Consideramos que para el ejercicio de una facultad es necesario que el Derecho le confiera un poder. De esto resulta que cada vez que una persona quiera ejercitar una carga deberá tener un Poder que le permita desembarazarse de la misma. Esto nos permite determinar que al lado de los elementos que ya hemos mencionado (necesidad e interés), pueden coexistir otros más, tales como la facultad y el otorgamiento de un poder. Ello no quiere decir

¹⁷ CARNELLUTTI, Francesco. Sistema ... op. cit. Tomo I, Pag. 66-67

¹⁸ CARNELLUTTI, Francesco. Teoría General. pag 233 citado por MICHELLI, Gian Antonio. op. cit. pag. 62 en nota a pie de página N° 9.

¹⁹ CARNELLI, Lorenzo. “Carga Procesal”...op. cit. Pag.711.

²⁰ SENTIS MELENDO, Santiago. Teoría y Práctica del Proceso ... op.cit.Pag.100

²¹ MICHELLE, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. op.cit. Pag. 71 en nota a pie de página N.24

²² SENTIS MELENDO, Santiago. Teoría y Práctica del Proceso. op. cit. Pag.100. Vease también DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. pag.402.

que los dos primeros elementos sean inútiles e innecesarios, sino que describir la carga en función de estos dos conceptos resulta insuficiente e implica no permitir describir esta entidad jurídica en su totalidad.

Los dos elementos citados; es decir, la facultad y el poder han servido de base a otros autores para calificar a la carga como una situación activa.

En efecto, ha sido Barrios de Angelis²³ quien ha sostenido que la carga representa una singularidad de todos los derechos subjetivos y que, por tanto, ella se encontraría incluida en la situación activa. Este autor destaca que el ejercicio de un derecho representa siempre un esfuerzo y que su no ejercicio representa siempre un riesgo, el mismo que es más notorio en el proceso.

A su vez, Michelli²⁴ señala que la carga tiene sus raíces en el concepto de poder; y que resulta más propio denominarla carga-poder, puesto que la carga no tiene un contenido mayor que el poder. Este autor agrega que cuando una parte tiene la carga de desarrollar una cierta actividad a fin de que el Juez tome en consideración su pretensión, lo que en el fondo se está indicando es el poder que tiene la parte para hacer valer su pretensión dentro del plazo y modo previsto por la ley procesal. Asimilar la carga al poder representa, según nuestro modo de ver, la descripción de tan sólo uno de sus elementos, ya que deja de lado los demás elementos que hemos mencionado, a pesar de que dicho elemento pueda constituirse como el principal.

Por último, Devis Echandia²⁵ indica que la carga debe ser incluida en la situación activa conjuntamente con la del derecho subjetivo y la potestad. Ésta (la carga) debe ser descrita como una facultad o poder, puesto que estas figuras representan su aspecto fundamental para el ejercicio de una actividad libre en beneficio propio. Afirma que esta posición es aceptada por Rosemberg, Michelli, Silva Melero, Sentis Melendo, Kish e Isidoro Eisner.

3.3. Nuestra opinión sobre su ubicación

Mientras un sector de la doctrina opina que la carga está contenida en la situación jurídica pasiva, otros consideran que la misma está incluida en la situa-

ción jurídica activa. En lo que sí están de acuerdo es que la carga constituye, al menos, un elemento de la relación jurídica.

Por nuestra parte creemos que la carga puede ser comprendida en la situación activa, ya que la misma contiene fundamentalmente un poder: no hay que perder de vista el hecho de que se desarrolla por una necesidad práctica de querer obtener un beneficio propio; la inacción produce consecuencias desfavorables.

IV. ELEMENTOS DE LA CARGA PROCESAL

4.1 Introducción

Creemos que la falta de claridad de esta figura jurídica se debe, como ya lo hemos anotado, a que la doctrina en general ha descrito este concepto estableciendo las diferencias que tiene con otras figuras jurídicas.

Por nuestro lado, consideramos que para su claridad conceptual es necesario precisar los elementos que se encuentran en la carga procesal, para por esta vía intentar -de ser ello posible- construir una figura jurídica autónoma.

4.2 Elementos

4.2.1. El Poder

En términos muy amplios se puede concebir el poder como la fuerza que tiene una persona para desarrollar una conducta determinada sin que nadie, a su vez, pueda restringir o limitar su accionar. Poder, sin embargo, no es sinónimo de desenfreno de la fuerza que posee el titular, sino que el mismo se encuentra limitado al interior del Derecho.

Esta limitación del poder está dada de acuerdo a como ella se presente. En efecto, este puede ser concebido de dos formas; la primera, como un poder libre; y la segunda, como un poder obligado.

El primero de ellos se presenta cuando el ordenamiento normativo otorga a un sujeto un poder a fin de conseguir un resultado útil y beneficioso para el titular; el segundo, se presenta cuando

²³ BARRIOS DE ANGELIS. Contribución al estudio de la Carga Procesal, publicado en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración año XLVI, N° 11, citado por SENTIS MELENDO, Santiago, en Teoría y Práctica del Proceso, op. cit. ... p. 90

²⁴ MICHELLI, Gian Antonio: op. cit. pag. 95 y ss.

²⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba. Buenos Aires, Ediciones Victor P. de Zavalia. Tomo I. Pag. 415.

el Derecho otorga un poder a un sujeto que se encuentra obligado a desarrollar una determinada conducta y sin cuya fuerza, en la que consiste el poder, no podría ejecutarla.

También puede sostenerse con Pugliatti que el poder comprende tanto el derecho subjetivo, como el poder-deber (poder en ejercicio de un interés ajeno). El poder se constituye como género.²⁶ A lo que habría que añadir que el poder comprende también la carga.

Creemos que la carga tiene como primer elemento el poder puesto que con el objeto de desembarazarse de ella (la carga) el Derecho otorga una fuerza a fin de desarrollar una conducta sin que nadie pueda impedirlo.

Por lo general la carga siempre ha sido concebida como una obligación, una necesidad o un tener que hacer algo, lo que ha traído como consecuencia que el poder que ella contiene haya quedado postergado: pero si se analiza con detenimiento observaremos que la carga tiene como elemento principal el poder, ya que no se entiende como una persona pueda evitar una consecuencia desfavorable, que la carga también contiene, si es que el Derecho no otorga el poder para evitarlo.

Ha sido Micheli quien ha sostenido que es bajo la noción de poder donde debe ser estudiada la carga, y que el poder se convierte en carga cuando la única forma de conseguir un resultado favorable sea ejerciendo precisamente dicho poder.²⁷ Según este autor el concepto de poder (carga) puede tener un significado, si es que se pone de relieve el aspecto fundamental del mismo, consistente en la libertad que tiene el interesado de ordenar su conducta con el propósito de conseguir un fin, el mismo que es considerado lícito por el derecho objetivo.

Para ello la ley otorga a un sujeto un poder para hacer actuar a una condición (necesaria y suficiente) con el fin de obtener un efecto jurídico, que es

considerado favorable para dicho sujeto. Se produce así una integración de la hipótesis jurídica mediante la actividad de un sujeto, poseedor de un poder que le ha sido otorgado por el Derecho, y cuyo ejercicio representa la única vía para alcanzar el resultado jurídico deseado.²⁸ Este poder así concebido adquiere gran importancia en el proceso, ya que a las partes se les atribuye poderes procesales de diverso contenido a fin de hacer valer sus derechos. Estos poderes tienden a conseguir un resultado jurídico consistente en una resolución judicial.

De esto se desprende que, tanto las partes como el Juez están en una situación de sujeción frente al poder del otro. Mas se debe precisar que mientras la parte tiene poderes para hacerlo valer frente a la contraparte y el Juez, este último tiene poderes que le permiten cumplir con los deberes que constitucionalmente le corresponden.²⁹

El poder supone una libertad por parte del agente y, a su vez, el poder puede estar procurado para la satisfacción de un interés ajeno o diverso (en cuyo caso el poder está otorgado para el cumplimiento de una obligación o un deber) o para la satisfacción de un interés propio. La conducta que desarrolla el titular de un poder que tiene por objeto la protección de un interés propio actúa también en un campo que se encuentra limitado "positivamente por el mismo fin que el poder está dirigido a alcanzar."³⁰ Si entendemos de esta forma el poder, tendremos la carga, o mejor dicho, un poder carga.

Los poderes-carga tienden a "configurar sucesivamente situaciones favorables a los respectivos titulares" y como estos poderes son de carácter instrumental ellos dependen de los intereses que se quiere hacer valer; por lo tanto el interés procesal de las partes está condicionado a los intereses que se pretende hacer valer ante el Juez.³¹ En la misma línea planteada en el punto anterior, esta concepción también admite que "el derecho subjetivo es susceptible de atenuarse en poder".³²

²⁶ PUGLIATTI. *Esacuzioni forzata e diritto sostanziale*. Milano, 1935, pag. 25 citado por MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 85 en nota a pie de página N° 59.

²⁷ MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 67.

²⁸ MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 85

²⁹ MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 95 y 96

³⁰ MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 83

³¹ MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 92

³² MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 97 en nota a pie de página N° 80

En la carga observamos que a las partes se les otorga determinados poderes y por otro lado encontramos a los poderes del Juez que están dirigidos al deber de juzgar en cada caso. La carga estará determinada por una valoración económica; vale decir por un juicio de conveniencia que puede ser fijado por reglas técnicas.

Otro autor (Giorgiani) ha sostenido que la carga se presenta cuando "el titular de un poder para realizar el interés para cuya tutela le ha sido concedido el poder, no sólo lo debe ejercer, sino (...) que podría observar una conducta distinta".³³

Esta posición es adoptada tanto por Micheli como por Devis Echandia quienes sostienen que la carga aparece más cerca de los poderes que de los deberes puesto que al no haber una ilicitud y, por ende, tampoco una sanción, sobresale la libertad en la que se encuentra el titular de la carga a quien se le atribuye un poder para ejecutar el acto; por tanto, el aspecto más relevante será el poder otorgado al agente de la carga.

Creemos por ello que no resulta muy válido asimilar esta figura a las nociones de obligación y sujeción, precisamente porque la carga por su carácter instrumental se traduce con mayor claridad en un poder que le es atribuido a alguien para conseguir un resultado útil. El ejercicio de este poder siempre dependerá de una decisión propia del interesado, donde no existe ninguna presión exterior que lo obligue o lo sujete.

En conclusión, podemos sostener que el poder representa el elemento más importante de la carga, y que para liberarse de ésta última el Derecho otorga una fuerza para desarrollar una conducta sin que nadie se pueda oponer a ello.

4.2.2. La Facultad

La facultad puede ser entendida como aquella posibilidad de llevar a cabo una determinada actividad

a ser desarrollada en el ámbito de la libertad del titular de la facultad. En palabras de Carnelutti, la facultad puede ser entendida como la posibilidad de actuar y obrar como uno quiere en el ámbito de la libertad. Esta posibilidad está condicionada a la voluntad del titular para actuar o no.³⁴

Sostiene -este autor- que entre facultad y derecho subjetivo existe analogía; pero la primera está referida a un interés considerado independientemente del conflicto, mientras que el segundo mira a un interés tutelado en el conflicto.

Ambos -agrega- tienen en común el que son manifestaciones de libertad: pero el derecho subjetivo se encuentra protegido por medio de una facultad, y ésta última está referida al uso o no del mandato que tiene a su disposición.³⁵

Si entendemos la facultad como la posibilidad de actuar en la esfera de la libertad, entonces, creemos que la carga contiene este elemento. En efecto, la carga supone la libertad de desarrollar una conducta para el beneficio de un interés propio. Por esa razón, Carnelutti ha sostenido que la carga "es una facultad cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés".³⁶

Sentis Melendo utiliza la distinción planteada por Carnelutti y sostiene que la facultad es un *agere licere* y el derecho subjetivo, un *jubere licere*, pero en ambos se encuentra un *licere*. Así, "en la facultad me es lícito hacerlo, *agere*; en el derecho me es lícito mandar, ordenar que otro haga, *jubere*". Por lo tanto, concluye "la carga es una facultad, pero no un derecho subjetivo".³⁷

En la misma dirección Saraceno ha sostenido que todas las cargas son facultades, pero que no todas las facultades son cargas.³⁸

Devis Echandía es del mismo parecer cuando sostiene que la carga no es un derecho subjetivo sino que "la carga permite ejecutar el acto (*agere licere* o

³³ GIORGIANI, Michele. La obligación. Barcelona, Bosh. Cas Editorial, 1955, pag. 28

³⁴ PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Decimosexta edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa S.A., Mexico 1984, pag. 366 quien cita a Carnelutti sin hacer referencia a la obra.

³⁵ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. op. cit. Pag. 63 y 64

³⁶ CARNELUTTI, Francesco, Op. cit. pag.65

³⁷ SENTIS MELENDO, Santiago, Revista de Derecho Procesal, Madrid. Octubre-Diciembre. 1964. pag. 9 y sig. citado por DEVIS ECHANDIA, Hernando en op.cit. pag.410.

³⁸ SARACENO. La Decisione sul fatto incerto en el proceso penale. Padova 1940 pag. 36 Citado por MICHELLI, Gian Antonio op.cit. pag. 67 en nota a pie de página N° 18

facultas agendi), pero no obligar a otro sujeto a que lo realice (no se trata, pues, de un *jubere licere*)” y más adelante agrega que “las cargas pueden corresponder (pero no siempre) al ejercicio voluntario de ciertos derechos subjetivos”; dicho en otras palabras, el contenido de la carga puede ser el ejercicio de un derecho subjetivo.

Consecuentemente, podemos concluir que la facultad es un elemento de la carga, ya que contiene la posibilidad de actuar en el campo de la libertad donde me es lícito desarrollar una conducta sin que nadie me obligue a llevar a cabo dicho acto.

4.2.3. La Actividad Libre

Bajo este concepto queremos comprender la actividad que se ejecuta sin responder a ningún estímulo de terceros, sino que es la propia apreciación personal la que prima para desarrollar una conducta. Pero las actividades que nos interesa destacar no son todas las que en general desarrolla el hombre, sino aquellas que, siendo libres, tienen relevancia jurídica (jurígenas).

Una distinción nos parece importante: la libertad y el Derecho no son términos que se contraponen o que se encuentran en sentidos opuestos; el Derecho si bien limita la libertad, “no la suprime, precisamente porque al limitarla, y en cuanto la limita, la garantiza”.³⁹ De ello se desprende que cuando el Derecho señala requisitos, prescribe formas y dispone plazos para ejecutar un acto -como es el caso de los actos que se verifican en el proceso- no puede por ello decirse que el titular se encuentra conminado a ejecutar dicho acto.

Ahora bien, en la carga no existe un vínculo que sujete a una persona frente a otra, sino que su conducta responde a su conveniencia, sin que nadie lo sujete. Por ello su inobservancia no puede ser considerada como ilícita. Ante la inexistencia de un vínculo la actividad contenida en la carga es libre; por ende, lícita.

En la carga procesal el justiciable goza de absoluta libertad para la ejecución del acto y por esa razón ninguna persona puede exigir el cumplimiento de una norma que contempla la carga. Distinto es el caso de la situación jurídica pasiva donde existe una sujeción jurídica y una coacción.

La doctrina también destaca que tanto las obligaciones como el deber pueden contener una prestación de no hacer, lo que no sucede en la carga, ya que ésta siempre estará referida a una prestación de hacer o de dar; vale decir, una conducta positiva.

En la carga, pues, no existe un vínculo jurídico que sujete al agente de la carga ya que su actividad responde a esa valoración económica que impulsa su obrar en el proceso, y es aquí donde se observa una actividad libre. Por esa razón, en la carga encontramos como un elemento esta actividad fundamentalmente libre que responde al propio estímulo y apreciación para llevar adelante un determinado acto.

4.2.4. El interés propio

El “interés” aisladamente considerado, ha servido como base para efectuar múltiples construcciones jurídicas. Carnelutti ha definido el concepto como una posición del hombre, o también una “...posición favorable a la satisfacción de una necesidad”.⁴⁰

La doctrina de manera uniforme acepta que el Derecho prescribe actividades que pueden ser ejecutadas para la satisfacción de un interés personal o para la satisfacción de un interés ajeno. Así, en la obligación y el deber, la actividad se ejecuta primordialmente en interés del acreedor, mientras que en la carga la actividad se ejecuta principalmente en interés de quien realiza el acto.

En la carga, el interés que sobresale es del justiciable que ejecuta el acto para beneficiarse con el resultado y por ello la carga se ejecuta para tutelar un interés propio que se “cumple exclusivamente en beneficio propio”.⁴¹

Así, cuando un sujeto desarrolle una actividad sin que nadie lo coacte y reciba un beneficio como resultado de su actuación se podrá afirmar válidamente que ella responde a un interés propio.

4.2.5. La autorresponsabilidad

Con este concepto queremos dar a entender las consecuencias desfavorables que recaen en el agente de la carga por su inacción o por no haber desarrollado la actividad objeto de la carga.

³⁹ CARNELUTTI, Francesco. op. cit. pag. 63

⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. Sistema...op. cit. pag. 11

⁴¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. pag. 417

Esta noción comprende la idea de una responsabilidad en la que incurre una parte por su inacción, pero sin que dicha responsabilidad encierre un ilícito. A ese respecto es necesario fijar los límites entre aquel comportamiento, que es manifestación de libertad, y aquél otro, que es impuesto por la norma. En el primer caso dicha conducta así como su inobservancia resultan lícitas, mientras que en el segundo caso el incumplimiento resulta ilícito.

Consideramos que no es conveniente describir las consecuencias desfavorables bajo el concepto de "sanción económica". En efecto, un sector de la doctrina ha considerado que la inobservancia de la carga conlleva una sanción económica, mientras que el incumplimiento de una obligación tiene como consecuencia una sanción jurídica. Pero este planteamiento colisiona con la extensión del poder -que está contenido en la norma- y que es otorgado al sujeto agente de la carga.

En ese sentido, estamos de acuerdo con Carnelutti cuando señala que la sanción implica una coacción, supuesto que no se ve en la inobservancia de la carga. Este autor define la coacción como "una acción dirigida contra una persona, es decir, una oposición a lo que ella haría por sí misma".⁴² Esta compulsión es incompatible con la libertad en la que se encuentra el agente de la carga.

Por esa razón consideramos que el concepto de autorresponsabilidad describe con mayor exactitud las consecuencias desfavorables, noción esta que fue precisada por Zittelman quien distinguió la responsabilidad frente a terceros de la responsabili-

dad frente a uno mismo. Ésta última se funda en una valoración económica ("que es el símbolo de la libertad reconocida al sujeto por la norma jurídica") y es la que recibe el nombre de autorresponsabilidad.⁴³

V. CONCLUSION:

La doctrina en general así como todas las concepciones del proceso (Relación Jurídica, Situación Jurídica, Estructura Normativa) han sostenido de manera uniforme que la carga como entidad autónoma está presente. La discusión -y probablemente la confusión- se ha originado en la ubicación de la carga en la relación jurídico procesal: Si se encuentra en situación de supremacía o de subordinación; o si acaso se trata de un elemento neutro.

Consideramos que lo anterior no es una discusión estéril. Si tenemos presentes los elementos que componen la carga procesal, entonces concluiremos que es una figura jurídica que describe una determinada conducta al interior del proceso y por ello su existencia no podrá ser negada. Probablemente la doctrina siga discutiendo sobre su ubicación en la relación jurídica; pero no podrán negar -por lo menos ahora- su existencia.

En un intento de definición sostenemos que la carga es un poder que tiene cualquier persona; poder que en el ejercicio de una facultad desarrolla una actividad libre que responde a su propio interés, y cuya abstención le acarrea a dicha persona consecuencias desfavorables (autorresponsabilidad).

⁴² CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Edit. Uthea, 1944, pag 49 citado por DEVISECHANDIA, Hernando, en op. cit. pag. 405.

⁴³ ZITTELMANN, Algen. Teil. Leipzig, 1901. Pag. 63, 77 citado por MICHELI, Gian Antonio. op. cit. pag. 77 en nota a pie de página N° 40.