

Perspectiva crítica de la valoración judicial de la conducta de la parte en el proceso*

Jorge Isaac González Carvajal**

La tutela degli interessi di parte è il solo elemento essenziale del processo, punto di partenza e punto di arrivo. Tutto il resto è, dal punto di vista strettamente tecnico, accessorio e secondario. Invertite le posizioni, fate dell'interesse collettivo il fine del processo, l'interesse di parte non trova più dove collocarsi, e siete costretti a fare anche di esso di esso un interesse collettivo, cioè praticamente ad abolirlo.

Salvatore Satta

Introducción [\[arriba\]](#)

Dentro de las tendencias procesales actuales en Latinoamérica, se encuentra muy vigente en doctrina, jurisprudencia y legislación la discusión acerca del tipo de modelo de proceso que debe adoptarse, en este sentido, no sin resistencia, se ha argumentado a favor de un modelo procesal colaboracionista o solidario, donde se da preponderancia, como corolario del principio de moralidad, al llamado deber de colaboración procesal (particularmente en materia probatoria) de las partes para con el juez. Y a su vez, de éste, entre otras consecuencias, se argumenta sobre la posibilidad de valorar judicialmente la conducta procesal de las partes (o mejor de sus abogados).

Se afirma que la conducta procesal de las partes que contraría los imperativos abiertos e indeterminados que se deducen de la moralidad procesal (entre ellos la colaboración), puede llegar a transformarse en elemento de convicción para que el juez decida el fondo de la causa, bien como elemento corroborante de prueba o como un elemento suficiente para la acreditación/desacreditación de los hechos controvertidos, participando, además, en la categoría de sanción a la parte que no colabora con la finalidad del proceso.

En atención al poder general que se le otorga al juez, bien por vía normativa (norma expresa[1]) o bien por vía de construcción de normas[2] (inexpresas[3]). Todo esto, a nuestro parecer, bajo una falta de rigor y racionalidad[4] en cuanto al contexto donde se utiliza este tipo de tesis: el proceso.

Para desarrollar las ideas que nos convocan creemos necesario señalar qué entendemos por proceso, pues de ello dependerá la línea argumentativa de este trabajo. Y en este sentido, entendemos que el proceso es método, específicamente un «medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en perfecto pie de igualdad (para descartar el uso de la fuerza) ante un tercero (que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente) que heterocompondrá el litigio si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición»[5].

La idea dialéctica del proceso como medio o método de debate, permite una claridad previa para iniciar una discusión sobre temas controversiales. La prueba es uno de esos temas, más aun cuando se la relaciona con la conducta de las partes dentro de este método (el proceso). Sin desconocer que el proceso genera una relación jurídica (von Bülow), así como también situaciones jurídicas

(Goldschmidt), decir que el proceso es un método de debate dialéctico, en el sentido antes enunciado, permite una claridad previa para su estudio.

Como método se manifiesta con rigor y para que siga siendo lo que está llamado a ser debe observar principios. Para que el proceso pueda ser identificado como una categoría jurídica única e irrepetible de cualquier otra forma que exista de solucionar conflictos, se hace menester «formular principios necesarios para lograrlo [lo que] implica tanto como trazar líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema»[6].

La buena fe procesal, entendida como principio (principio de moralidad procesal), es a menudo justificada desde un concepto más amplio de buena fe, fundamentalmente desde aquel concepto del derecho privado e incluso, como una máxima que debe gobernar todo tipo de relación jurídica; por ejemplo señala Chiovenda que «lo mismo que cualquier relación jurídica o social, la relación procesal debe ser regida por la buena fe»[7].

La buena fe procesal es relacionada con el valor probatorio o de convicción de la conducta procesal de las partes, cuando este es el resultado de la violación al principio de moralidad (al deber de buena fe procesal, probidad, lealtad, deber de decir la verdad o deber de veracidad, de colaboración, etc.) infiriéndose, total o parcialmente de la conducta de una de las partes, alguna consecuencia determinante de la prueba y/o del resultado del proceso.

En los ordenamientos jurídicos Latinoamericanos y más allá, se ha regulado expresamente la posibilidad de valorar judicialmente la conducta de las partes. En ocasiones se parte de normas que prevén instituciones probatorias reconocidas en algunas legislaciones (v.gr. exhibición documental, inspecciones corporales) hasta supuestos normativos radicalmente diferentes y abiertos[8] que otorgan al juez la posibilidad de extraer convicción meritoria de la conducta de las partes, orientados por la violación del deber de colaboración y/o deber de buena fe procesal que no obstante la falta de determinación en la mayoría de los casos de los supuestos de hecho (específicos) de tales normas permiten ser fuente para la «inferencia» que arma el juez[9].

En Venezuela la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en los artículos 48 (norma ubicada en el Título IV, relativo a las partes) y 122 (norma ubicada en el Título VI, relativo a las pruebas, particularmente en Capítulo XII, relativo a los indicios y presunciones), permite al juez laboral «extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes, de sus apoderados o de los terceros»[10]. Y aunque no sea aun Ley en la República, el Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil de 2014, propuesto por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, establece expresamente una disposición normativa del género en el artículo 464 (norma ubicada en el Título III, relativo a las instrucción de la causa, particularmente en Capítulo VIII, relativo a los indicios y presunciones) que reza: «El juez o jueza puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que estas asuman en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez o jueza estarán debidamente fundamentadas en elementos de autos».

El Código de Procedimiento Civil venezolano vigente conserva la especificación de supuestos en los cuales una determinada conducta de las partes puede tener determinadas consecuencias probatorias[11], pero no incluye norma expresa general que permita extraer elementos de convicción de la conducta de las partes como lo hace la Ley de rito laboral (o el Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil), lo que no ha sido óbice para que la doctrina autoral argumente a favor de la existencia de una norma inexpressa que establece la posibilidad de extraer o deducir elementos de convicción de la conducta procesal de las partes por violación del principio de moralidad o buena fe procesal.

Con este ensayo desarrollamos una serie de argumentos que giran alrededor de estos dos temas fundamentales del proceso, a saber, la moralidad en el proceso y la valoración judicial de la conducta de las partes por ser contraria a aquella.

Adelantamos al amable lector que partimos de la idea y concepción de proceso como método de debate dialéctico y contradictorio, y de instrumento al servicio de la libertad en un marco procesal orientado por el sistema dispositivo y acusatorio, lo que significa entre otras cosas que las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, quedando en ellas impulsar y hacer andar cualquier actividad propia para confirmar sus respectivas afirmaciones, sin menoscabo del deber-poder de dirección formal que tiene el juez.

Partiendo de la premisa según la cual la actividad probatoria es actividad de parte, actividad cuyo impulso es imperativo del propio interés, considerar que los jueces pueden, con fundamento en norma expresa o inexpressa de carácter general, extraer elementos de convicción o conclusiones de la conducta de las partes por violación del principio de moralidad o buena fe procesal resulta, a nuestra manera de ver, incoherente con la anterior premisa; pues justificar la necesidad de mantener la regla moral del debate no puede significar necesariamente inferir, con base en norma general (expresa o inexpressa), elementos de convicción para resolver el fondo del asunto.

En este orden, la noción de carga procesal y particularmente de carga (o incumbencia) probatoria, constituye un tema fundamental para la correcta elaboración de un sistema procesal, su desarrollo y eficiente puesta en marcha en la parcela para la cual ha sido ideada, a saber, resolver conflictos.

Para llevar a cabo nuestra tarea desarrollamos en primer lugar el tema correspondiente a las partes procesales con intención de conocer el ámbito de aplicación subjetivo del poder del juez que se cuestiona, para además resaltar lo que se denominará irracionalidad pragmática o irrazonabilidad de dicho poder en relación con la garantía de asistencia letrada y el deber de defensa del abogado.

Sobre la base de la idea clara de parte procesal y abogados en el proceso, procuraremos una aproximación a una idea de proceso y esto nos llevará al estudio de los imperativos procesales de las partes y su importancia fundamental para toda estructura procesal.

Para luego desarrollar en específico cómo ha sido tratada en doctrina la valoración procesal de la conducta de las partes y sus manifestaciones. Finalmente, nuestras conclusiones orientadas por una valoración dispositiva del proceso, como método de debate, que no mecanismo de represión o sanción.

1. El concepto de parte procesal y la valoración judicial de la conducta de la parte [\[arriba\]](#)

Para nuestro desarrollo y a los fines de convenir en el uso exacto de las palabras con pretensiones científicas[12], asumimos un concepto formal (o procesal) de parte. En efecto, esta última concepción se separa de aquella que «identifica el concepto de parte con el de titular de la relación jurídica substancial»[13] y de aquella que distingue «entre sujeto de la acción y sujeto de la litis, porque el proceso se hace respecto de éste, pero con la intervención de aquel»[14]. El concepto que mejor explica el fenómeno procesal, es aquel de parte formal[15].

Señala Calamadrei que «la cualidad de parte se adquiere, con abstracción de toda referencia al derecho sustancial, por el solo hecho, de naturaleza exclusivamente procesal, de la proposición de la demanda ante el juez: la persona que propone la demanda, y la persona contra quien se propone, adquieren sin más, por este sólo hecho, la calidad de partes del proceso que con tal proposición se inicia; aunque la demanda sea infundada, improponible o inadmisibile (circunstancias todas ellas que podrán tener efecto sobre el contenido de la providencia), basta ella para hacer que surja la relación procesal cuyos sujetos son precisamente las partes»[16].

Asimismo Carnelutti indica que «la estructura del proceso contencioso permite entender por qué los que deben ser juzgados se llaman partes, que es un nombre extraño y un poco misterioso. ¿Qué tiene que ver con el proceso, y en general con el derecho, la noción de parte? La parte es el resultado de una división: el Prius de la parte es un todo que se divide. La noción de parte está, por tanto, vinculada a la discordia, que a su vez es el presupuesto psicológico del proceso; no habría ni litigios ni delitos si los hombres no se dividiesen»[17].

Continúa el autor señalando que «con estas reflexiones el nombre de parte aparece expresivo y feliz. Los litigantes son partes porque están divididos; si viviesen en paz formarían una unidad; pero también el delito, cuyo concepto está estrechamente vinculado al litigio, resulta de una división»[18].

Según la mayor parte de la doctrina autoral el concepto de parte tiene una significación procesal. Es parte aquella persona que interviene en el proceso, bien desde su inicio o se incorpora en alguna de sus fases, para plantear alguna pretensión o petición en nombre propio o mediante algún representante, enfrentada a otro(s) sujeto(s) de la relación jurídico-procesal. Es decir, son partes los sujetos de la pretensión. Quedan excluidos de este concepto sujetos necesarios como los jueces o árbitros, también otras personas que intervienen eventualmente en el proceso sin ningún interés, como testigos, expertos, depositarios, intérpretes y traductor, etc., y asimismo los representantes que hacen valer en juicio derechos e intereses ajenos.

Sobre los sujetos originarios de la pretensión es fácil reconocer su carácter de parte. Serán el demandante (o actor) y el demandado (o reo) identificados en la demanda (rectius: pretensión afirmada en la demanda), es decir, los sujetos de la pretensión procesal. Preocupa un poco más la condición de los sujetos sucesivos o intervinientes, que de común no son reconocidos como partes y se les llama terceros. Pero los terceros también tienen la condición de parte, pero con carácter derivado, no principal como el de actor o demandado. Independientemente de la condición de la intervención, aquellos terceros, que se convierten en partes procesales, son sujetos que pasan a integrar una particular condición en la relación

procesal, no como terceros imparciales e imparciales, sino como partes frente al todo de la discusión subjetiva que se plantea al tercero imparcial (juez).

Siendo así, es evidente que estos terceros, convertidos en partes procesales, quedan sujetos al proceso y a sus consecuencias jurídicas, y en este contexto, su conducta, teóricamente, podría ser valorada judicialmente.

La importancia de la delimitación del concepto de parte viene dada no sólo por las implicaciones sustanciales que produce la sentencia en la relación sustancial discutida, sino además por las consecuencias procesales (v.gr. costas, multas, etc.).

Pero también, y para nuestro interés, determinar un concepto de parte permite delimitar el ámbito subjetivo referido a quiénes son las personas cuya conducta podría ser estimada, a la luz del principio de moralidad procesal, a los fines de extraer una inferencia que influya o determine la suerte de la o las pretensiones objeto del proceso. En este sentido, se suele clasificar a la parte según sea originaria o sucesiva (o interviniente); principal, accesoria o adjunta; permanente o incidental; necesaria o voluntaria; simple o plural[19].

Ahora bien, por otra parte la particular importancia de aproximarnos a un concepto de parte, permite excluir (aunque sea obvio) a los patrocinantes, y no obstante esto, no sólo la conducta de las partes (originarias o sucesivas) se estudia como capaz de producir efectos en la resolución del conflicto, sino también la de sus apoderados o mandatarios.

1.1. El abogado en el proceso

A pesar de la existencia de representantes, siguen siendo partes «aquel contra quien se propone la demanda en nombre propio o en cuyo nombre se propone; o respectivamente aquel contra quien se propone la demanda»[20] y las partes sucesivas, en caso que exista intervención. Y es sobre la base de este concepto que está edificada, aparentemente, la norma relativa a la valoración judicial de la conducta de las partes. Decimos que aparentemente pues no se discrimina por lo general, que la parte está patrocinada por un profesional del derecho, que, en primer lugar, es un sujeto jurídico diferente a la parte, y en segundo lugar, en razón de su profesión debe observar normas deontológicas que condicionan su actuación cuando asume la defensa en juicio.

Esto significa sin lugar a dudas un elemento de irracionalidad, entendiendo que la racionalidad está dada por la coherencia del sistema normativo[21], y por irracionalidad «la ruptura de la lógica del ordenamiento jurídico entendido como sistema»[22], y que, como se verá infra, constituye a su vez un elemento de irracionalidad pragmática o de irrazonabilidad, que creemos no es tomado en cuenta al estudiar las normas que otorgan poder al juez para extraer elementos de convicción de la conducta de las partes por la violación del principio de moralidad.

Por más que las normas sancionen expresamente la conducta de las partes en litigio mediante su valor probatorio, la actuación de los abogados debe distinguirse, pues la realidad normativa nos indica que conducta de la parte es en rigor de verdad conducta de su abogado pues en la mayoría de los casos la participación en el proceso del profesional letrado es imprescindible, en virtud la necesidad de capacidad de postulación para v.gr. postular pretensiones, capacidad

que solo ostentan los abogados (o procuradores [en los sistemas que conservan esta figura][23]), además por constituir la participación y patrocinio del abogado en juicio manifestación inmediata de la garantía constitucional de asistencia letrada. Así pues, resulta casi peregrino que una de las partes gestione personalmente y por sí misma el trámite procesal, haciéndolo necesariamente a través de un profesional del derecho.

1.2. La capacidad de postulación ¿conducta de la parte o conducta de su abogado?

Señala Rengel-Romberg que «de la capacidad de ser parte y de la capacidad procesal, se distingue la capacidad de postulación (ius postulandi). Una parte puede tener la capacidad procesal y carecer sin embargo de la facultad de gestionar por sí misma los actos de un proceso concreto y en un Tribunal determinado [...] La capacidad de postulación puede definirse pues, como la facultad que corresponde a los abogados para realizar actos procesales con eficacia jurídica, en calidad de partes, representantes o asistentes de las partes»[24].

En Venezuela la asistencia letrada en juicio es una exigencia prevista en el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil, norma que debe ser coordinada con los artículos 3 y 4 de Ley de Abogados.

Así pues, la dirección técnica de los procesos se deja librada a la responsabilidad de abogados, que por lo general obran como apoderados y eventualmente asistiendo apud acta a la parte. Rara vez es la propia parte quien gestiona alguna diligencia procesal[25].

Esto trae un necesario cuestionamiento a lo que regularmente se argumenta con relación al principio de moralidad procesal y la conducta procesal de las partes en el proceso. Esto es, que la conducta de las partes no es siempre (o casi nunca) conducta de las partes sino de sus abogados apoderados o asistentes, pues son éstos quienes actúan en el proceso y tienen la dirección técnica de la defensa de sus patrocinados o asistidos. Y reiteramos, que rara vez la parte actuará personalmente en el proceso, simplemente porque no tiene capacidad de postulación. En el diálogo entre jueces y abogados que representa Calamandrei en una de sus obras, uno de los interlocutores (el Juez pesimista) señala con relación al valor probatorio de la conducta de las partes que «conducta de partes quiere decir conducta de los defensores»[26].

En la mayoría de los casos la conducta procesal sujeta a juicio por violación o no del deber de moralidad será la de abogados y no la de sus defendidos[27], pues son aquellos quienes ejercen la defensa técnica, eligen la estrategia y modo de actuación en el proceso, y lo que es más importante a los efectos de los actos jurídicos procesales, la exteriorizan.

Con esto pretendemos sincerar cualquier debate que pretenda hacer una teoría probática o valorativa de la conducta de las partes, entendido el concepto de parte como lo hemos entendido supra, en tanto y en cuanto las partes rara vez realizan actos procesales personalmente, no obstante que en virtud de la representación le sean imputables[28].

La anterior mención es importante, además, porque las normas deontológicas que rigen la profesión de abogar por otro no sólo prescriben deberes para con los

órganos públicos, sino que fundamentalmente prevén deberes para con los defendidos o patrocinados[29]. Deberes cuyo incumplimiento puede incluso llegar a significar la comisión de delitos castigados con pena privativa de libertad[30].

Nos referimos al delito de prevaricación, en sentido estricto y propio[31], previsto en el artículo 250 del Código Penal venezolano. Norma ésta que representa el supuesto más extremo de deslealtad profesional[32].

Desde las normas deontológicas se impone el deber a los abogados de decir la verdad, pero a su vez un deber de defensa del cliente que es, a su vez, garantía de defensa inviolable de éste (Art. 49. 1 de la Constitución). En el contexto del proceso aquel deber de decir la verdad se ve matizado por la dialécticidad del mismo, pues se defiende a la parte en un contexto de enfrentamiento.

Por una parte, existe la más clara convicción legal y deontológica de que ni siquiera en este contexto el abogado pueda hacer cualquier cosa para ganar el pleito, mucho menos que tenga derecho a mentir o a enredar los procesos[33], pero esto no significa que deba el abogado exponer a su patrocinado, quien ha confiado en él, a una derrota procesal[34]. El abogado cuenta (o debe contar) con una preparación profesional para brindar a su patrocinado, en el proceso, la solución que mejor convenga en derecho a éste. Así como utilizar todos los medios legales permitidos en beneficio de su patrocinado. Como señala Cipriani «no debería haber dudas de que, para los abogados, “barajar las cartas” no significa engañar o mentir, sino, más simplemente, ponerlos en un orden que pueda ser útil al propio cliente»[35].

El mismo autor señala que «un abogado un poco inteligente no sostiene nunca falsedades, ni cuando habla ni mucho menos cuando escribe, sino que se esfuerza siempre en encontrar el argumento correcto para poner al adversario en la esquina y tener el partido ganado»[36].

1.3. La lealtad del abogado con su defendido

El problema moral de la defensa debe ser analizado partiendo desde la lógica de las cosas. El abogado no debe defender todas las causas que se le propongan, pero cuando acepta la defensa y particularmente comparece en nombre de otro o asiste en el proceso, debe adaptarse tanto a la dinámica y estructura del mecanismo de discusión, como a las normas que rigen su profesión. Como señala Couture al comentar su 5º Mandamiento de la Abogacía, a saber, Sé Leal, ilustra:

Lo que sucede es que el abogado, una vez investigados los hechos y estudiado el derecho, acepta la causa y entonces se transforma de abogado a defensor.

Entonces sí, sus argumentos son ad probandum y su posición es terminante y se hace enérgico e intransigente en sus actitudes. Pero esto no ocurre por inmoralidad, sino por necesidad de la defensa. Antes de la aceptación de la defensa el abogado tiene libertad de decidir. Dice que sí y entonces su ley ya no es más la libertad, sino la de la lealtad.

Si el defensor fuera vacilante y escéptico después de haber aceptado la defensa, ya no sería defensor. La lucha judicial es lucha de aserciones y no de vacilaciones. La duda es para antes y no para después de haber aceptado la causa[37].

Esto mismo señala Cipriani cuando afirma que «el abogado, a lo más, puede no aceptar el encargo o renunciar al mandato, pero si acepta defender a quien se le encomienda, debe hacerlo con todas sus propias fuerzas y dentro de los límites que los autos se lo permitan»[38].

Y continúa señalando que «la habilidad del defensor, pues, no está en contar cuentos, sino en plantear tesis objetivamente o al menos aparentemente sostenibles, basándose en la lógica formal, en la doctrina, en la jurisprudencia y en cualquier otro argumento que pueda ser útil para poner en dificultad a la contraparte y convencer al juez del buen derecho de su asistido. El abogado, en efecto, para ganar las causas, debe persuadir al juez de la exactitud de sus propias tesis o, por lo menos, hacerle entender que su tesis es más exacta y más coherente que la del adversario; y no creo que lo lograría si se limitara a mentir»[39] .

Dejar la suerte de una pretensión librada a la valoración de la conducta procesal del abogado, significa no solo desconocer que abogado y parte no son uno, sino imponer, simple y llanamente, una sanción. Una sanción impuesta generalmente a un sujeto (la parte) por la actuación de otro (su abogado [e incluso por la actuación de otro tipo de representantes como los legales]) y esto de modo alguno tendrá que ver con la justicia, comprobación, acreditación o verdad de las pretensiones discutidas en juicio. Que se proscriba la mentira en juicio no significa renunciar el abogado a su deber de defensa en desprecio del inviolable derecho de defensa de la parte.

El derecho a la asistencia jurídica a que se refieren los artículos 49.1 de la Constitución venezolana y 8.2° a) y b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ve seriamente comprometido cuando la propia autonomía y actuación del abogado de una parte se ve condicionada con normas que pueden incluso sugerir, como deber del abogado, que su actuación sea contraria a los intereses de su representado. De manera que al tener en cuenta la aclaración del concepto de parte y el dato de la realidad normativa que indica que parte significa división del todo y que el patrocinio profesional obedece a la defensa de las partes en el proceso, esto nos lleva a hacer algunas consideraciones sobre el proceso y la dialecticidad.

2. La dialecticidad del proceso y las partes [\[arriba\]](#)

En el lenguaje ordinario se entiende por la voz proceso «acción de ir hacia delante» como «transcurso del tiempo» o «conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial»[40]. O como señala Redenti «la palabra “proceso”, en su acepción vulgar, sirve para indicar un fenómeno considerado en su desarrollo (así, se oirá hablar, por ejemplo, de un proceso morbozo, o de un proceso de fabricación, y en terreno más próximo al nuestro, del proceso de formación de un acto administrativo)»[41].

Para Bülow el proceso es una relación jurídica entre el tribunal y las partes, relación que además de pública es continua, avanza gradualmente y se desarrolla paso a paso[42], o según Chiovenda es proceso «el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria»[43].

Según Liebman se llama proceso a la actividad a través de la cual se desarrolla la actividad jurisdiccional, la cual se cumple con una serie coordinada de actos que se desarrollan en el tiempo y que tienden a la formación de un acto final, «de ahí la idea de proceder hacia una meta, y el nombre dado al conjunto de actos cuya existencia se produce en el ejercicio de la función»[44].

Los autores han debatido sobre la naturaleza jurídica del proceso[45]. Definido bien como relación jurídica triangular o como situación jurídica. Sin dejar de reconocer la idea de proceso como relación jurídica, se insiste en su dinamismo, en tanto y en cuanto regula un mecanismo jurídico en movimiento[46].

La complejidad de situaciones y actos convierten al proceso en un fenómeno dinámico, un fenómeno jurídico instrumental, manifiestamente autónomo de las situaciones o derechos sustanciales que en él se hacen valer[47], por lo que la evolución ha hecho necesario indicar que el proceso es más que una relación jurídica, figura, ésta, estática y por lo tanto inidónea para expresar el movimiento jurídico en el cual radica la realidad del proceso; que es en realidad una serie de relaciones en continua transformación durante el desenvolvimiento de las situaciones a través del ejercicio de los poderes[48]. Y «por lo tanto la figura de la relación jurídico procesal puede ser considerada hoy insuficiente para explicar el fenómeno jurídico procesal en su complejidad»[49].

2.1. El proceso como competencia o juego razonado

Resulta de gran interés destacar la opinión según la cual el proceso es una competencia o juego razonado. Piero Calamandrei, cuya obra ha tenido y aun tiene profunda influencia en la doctrina Latinoamérica y particularmente en Venezuela, señala que el proceso es una disciplina jurídica que regula el diálogo entre hombres y que las formas procesales «son una especie de metodología fijada por la ley para servir de guía a quien quiera pedir justicia: casi, podría decirse, el manual del litigante, que le enseña cómo se debe comportar con el juez para ser escuchado por éste. Así, las formas procesales al imponer un cierto orden y un cierto modo de expresión a las deducciones de las partes y al prohibir al juez que tenga en cuenta las defensas presentadas en formas diversas, aseguran el respeto del contradictorio y de la igualdad de las partes»[50].

Expresa que el proceso tiene un carácter dialéctico «en virtud del cual, el proceso se desarrolla como una lucha de acciones y reacciones, de ataques y de defensas, en la cual cada uno de los sujetos provoca, con la propia actividad, el movimiento de los otros sujetos, y espera, después de ellos un nuevo impulso para ponerse en movimiento a su vez»[51]. Esto le permite concebir al proceso como una relación continuada entre diversas personas.

Dice Calamandrei, al referirse a la tesis del proceso como situación jurídica de J. Goldschmidt defendida en el libro *Der Prozess als Rechtslage* (1925)[52], que «al releer hoy, a la distancia de más de veinte años, la nota que escribí sobre aquel libro a poco de aparecer, no me sentiría capaz de confirmar íntegramente las reservas que entonces me pareció poder expresar sobre la teoría de la situación jurídica [...] Creo que se puede permanecer fieles a la teoría tradicional de la relación procesal, que se refiere a la constitución externa del proceso, sin desconocer la validez fundamental de la teoría de Goldschmidt sobre la situación jurídica, la cual es importante sobre todo para aclarar las relaciones internas entre proceso y derecho sustancial, y para demostrar en qué modo el delicado mecanismo de la dialéctica procesal, que es el trámite necesario a través del cual

la ley abstracta se concreta en fallo judicial, opera de manera determinante sobre el contenido de la sentencia»[53].

Este carácter de juego razonado[54], se manifiesta en el principio de dialecticidad. Y así nos señala que «en esto consiste la táctica procesal, encomendada a la sagacidad y al sentido de responsabilidad de cada uno de los litigantes; aquí es donde está la habilidad del juego. Cada competidor, antes de dar un paso, debe tratar de prever, mediante un atento estudio, no sólo de la situación jurídica, sino también de la psicología del adversario y del juez, con qué reacciones responderá el antagonista a su movimiento»[55].

Carnelutti explica el proceso a partir del parangón que hay entre éste y una representación escénica o el juego deportivo, que radica en el drama que en ellos se vive, además que ambas tienen sus propias leyes (para su exteriorización)[56], más que un juego, afirma que el proceso es una competencia, quizá para no atribuirle falta de seriedad y el carácter lúdico que la expresión juego puede sugerir[57].

Para Carnelutti las reglas del juego no tienen otra razón de ser sino garantizar la victoria a quien la haya merecido «y preciso es saber lo que vale esa victoria para captar la importancia de las reglas y la necesidad de tener una idea de ellas»[58]. Y volviendo a un parangón entre los antiguos combates del Circo Máximo, donde se arriesgaba la vida, y el proceso civil, donde no se arriesga tanto o al menos se arriesgan otros valores aparentemente menos importantes, señala «sin embargo, la libertad vale más que la vida como lo sabe quien por ella rehúsa a la vida»[59].

El autor hace una referencia a la guerra legalizada como lo fue el duelo, antes del proceso, señalando que al pasar los tiempos los medios de combate se transformaron «y la relación entre vencer y tener la razón se invierte: no ya quien vence tiene la razón, sino que quien tiene la razón resulta vencedor»[60], manteniendo no obstante, como fenómeno, un contenido bélico si bien asimilable al juego en su estructura y parangonable a la guerra en su función.

2.2. el proceso como método de debate dialéctico frente a las corrientes de publicización

Debemos rescatar una idea presente en la mayoría de doctrina autorral, a saber, concebir al proceso como un método de debate para la resolución de conflictos y la tutela de bienes e intereses jurídicos y sobre todo el reconocer su dinamismo[61] y dialecticidad.

Por los momentos, reiteramos que la idea de proceso como método de debate dialéctico produce desde una perspectiva estática una relación triangular entre juez y partes (parte actora y parte demandada), donde aquel en su condición de autoridad tiene el deber de decidir el conflicto de intereses que la parte actora plantea y que el demandado resiste.

A su vez desde una perspectiva dinámica, se generan una serie de imperativos que pueden reducirse a tres categorías, a saber, deberes, obligaciones y cargas de los sujetos, que aparecen a medida que avanza la serie procedimental y dependiendo del accionar de los sujetos procesales. Estos imperativos deben ser coherentes y

suficientes para explicar las relaciones y/o situaciones que se generan en/entre los sujetos procesales.

Importante corriente de pensamiento procesal considera al proceso como un fenómeno social de interés público y cuya influencia ha sido determinante en la codificación procesal moderna[62], contraria a la conceptualización como contienda entre particulares, señalándose que ésta se encuentra superada pues el Estado no puede sólo garantizar la libertad del debate, el régimen de pruebas y la decisión judicial[63]; siendo necesaria que las partes sirvan al proceso.

A nuestro entender la realidad práctica que da vida al proceso no reconoce ni podrá reconocer desde una perspectiva práctica que las partes sirvan al proceso, pues ocurre que como señala Chioyenda «el proceso no sirve a una u otra parte: sirve a la parte que según el Juez, tenga razón»[64].

Resulta pues evidente que la dialecticidad del proceso hace de él un mecanismo de debate y contradicción, de manera que un proceso es proceso sólo si es dialéctico, colocando automáticamente a aquellos sujetos que en concreto se encuentran debatiendo (partes) en situaciones respecto a los esquemas de comportamientos previstos en las normas procesales, condicionando el resultado a la actuación efectiva de cada parte procesal.

Si como dice Cuenca el «proceso actúa siempre a posteriori y mediante él sólo se tiene una oportunidad para la reparación del daño», será la actividad de las partes, que frente a los esquemas de comportamiento previstos, podrá o no satisfacer sus pretensiones (o resistencias) y conseguir actuar y/u obtener la tutela de sus pretensiones. El proceso es, pues, método de debate dialéctico para resolver conflictos concretos, no mecanismo político o moralizador.

2.3. Una distinción necesaria: Deberes, obligaciones y cargas procesales

Por una parte, si se entiende que el tema relativo al principio de moralidad o buena fe procesal es estudiado desde la enunciación de un deber general de moralidad, resulta importante distinguir cuándo estamos frente a un deber, frente a una carga o frente a una obligación[65]. Por otra parte, teniendo clara la diferencia, conviene recordar la función de la carga procesal[66].

Los imperativos jurídicos procesales, vale decir, las situaciones jurídicas de desventaja en sede procesal, han sido divididos en deberes, obligaciones y cargas. Son deberes «aquellos instituidos en interés de la comunidad; obligaciones, aquellos instituidos en interés del acreedor; cargas, aquellos que se determinan en razón de nuestro propio interés»[67].

El mismo Couture define los deberes procesales como «aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad. En ciertas oportunidades, esos deberes se refieren a las partes mismas, como son, p. ej., los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso»[68].

Como indica Couture «los deberes procesales, como en general los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y de las cargas, de ejecución forzosa. La efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sea de carácter físico o personal,

como el arresto del testigo que se rehúsa a asistir a declarar; ya sean de carácter pecuniario, como la multa impuesta al perito que no presenta su dictamen; ya sea de carácter funcional, como la pérdida, la postergación o la suspensión del empleo. Estas sanciones son formas de coacción moral o intimidación. En verdad no hay forma material de hacer cumplir por la fuerza esta clase de deberes»[69].

Para Couture «son obligaciones procesales aquellas prestaciones impuestas a las partes con ocasión del proceso. Si bien algunos autores niegan la existencia de obligaciones procesales, no puede dejarse de reconocer que, reiteradamente, la experiencia jurídica nos coloca frente a imperativos de esta índole. La más acentuada de las obligaciones procesales es la que surge de la condena en costas. En nuestro concepto existe además una responsabilidad procesal, derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. El daño que se cause con ese abuso, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condena en costas. La condena en costas constituye una forma de imponer, por acto judicial, una obligación cuya naturaleza procesal parece muy difícil de desconocer»[70]. Señala el autor otras obligaciones procesales derivadas de actos dispositivos, tales como el allanamiento a la demanda o el desistimiento y obligaciones económicas frente al Erario, derivada de los tributos que se pagan con ocasión del proceso.

En cuanto a la carga procesal Couture señala que «puede definirse como 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»[71].

La noción de carga se diferencia claramente del derecho, en tanto que el derecho a realizar un acto de procedimiento es una facultad que la ley otorga al litigante en su beneficio (facultad de contestar la demanda, de producir prueba, de alegar de bien probado), la carga es una conminación o compulsión a ejercer el derecho[72].

Según Couture la carga funciona á double face, por un lado «el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar: en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo como el riesgo de no contestar, de no probar y de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones»[73].

Por su parte se señala que la carga es opuesta a la obligación; pues la obligación es un vínculo impuesto a la voluntad, que se acentúa por la circunstancia de que existe una libertad jurídica para cumplir o no cumplir, pero la actitud de no cumplimiento deriva en consecuencias perjudiciales. Más específicamente «mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un interés ajeno (el del acreedor), en la carga el vínculo está impuesto por un interés propio»[74].

La diferencia entre la carga y la obligación reside en las consecuencias que derivan de sus respectivos incumplimientos, mientras que la obligación insatisfecha crea un derecho a favor del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación incumplida, en la carga insatisfecha sólo nace un perjuicio para el que debe asumir la conducta establecida en la ley.

Por otra parte, a la obligación insatisfecha corresponde la responsabilidad subjetiva o voluntaria, mientras que a la carga insatisfecha corresponde, normalmente, la responsabilidad objetiva derivada de la inactividad, produciendo el efecto previsto, *ope legis*[75], en la mayoría de los casos, aun sin la voluntad del adversario y sin constituir ningún derecho para éste[76].

2.3.1. Importancia de la distinción entre carga, obligación y deberes procesales frente a las normas que permiten la valoración judicial de la conducta de las partes. Un ejemplo paradigmático: la exhibición documental

Es pues evidente que hay una clara diferencia entre carga, deber y obligación procesales. Diferencia fundamental para entender el tema de la valoración judicial de la conducta procesal de las partes (que se presenta, en principio, como consecuencia de la violación de un deber [moralidad o buena fe procesales ex artículo 170 del Código de Procedimiento Civil venezolano, y expresamente sancionado en los artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo], ergo, como una sanción).

Así pues, la diferencia entre carga, deber y obligación procesales debe ser tomada en cuenta:

- 1) para identificar las consecuencias derivadas de la violación de la moralidad o buena fe procesal, como violaciones a un deber (no de una obligación, ni de una carga) y,
- 2) para clasificar ciertas normas que son incluidas en el supuesto catálogo de normas que son manifestación del deber de moralidad o buena fe procesal, como casos que se identifican y funcionan propiamente como supuestos de cargas procesales y no de deberes u obligaciones.

Este es el caso v.gr., de la exhibición documental prevista en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela[77]. La disposición normativa establece:

La parte que deba servirse de un documento que según su manifestación, se halle en poder de su adversario podrá pedir su exhibición.

A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario.

El Tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro de un plazo que le señalará bajo apercibimiento.

Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento.

Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo

sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen.

El supuesto normativo (*actio ad exhibendum*) es un mecanismo o, como señala Rivera Morales, un «recurso que tienen las partes para traer una prueba que pueda influir en la decisión»[78]; mecanismo procesal que genera una carga procesal (no un deber ni una obligación) con consecuencias determinadas por el legislador, y que si bien admite la valoración de la conducta de las partes (últ. ap) cuando autoriza al juez a «sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas» las presunciones (*rectius*: conclusiones) que su prudente arbitrio le aconseje, se trata de un mecanismo que funciona o es movido por el concepto de carga procesal.

De manera que relacionar normas de este género (exhibición documental o sometimiento a inspecciones) con el deber de moralidad (o de colaboración) no parece correcto, pues atienden, más que a la valoración de una prueba, a mecanismos procesales que se sirven de la carga por razones de conveniencia, particularmente por facilidad, proximidad y posibilidad de acceso a la prueba, para traerlas al proceso.

No se trata de un imperativo que surja por deber de colaboración (manifestación del principio de moralidad) sino una carga procesal impuesta a una de las partes, con consecuencias procesales por su no levantamiento[79] (lo mismo ocurre con los artículos 448 y 505 del Código de Procedimiento Civil, artículo 210 Código Civil y con el artículo 13 de la Ley de Procedimiento Marítimo[80]). Y en efecto, según estas normas el juez valora la conducta de las partes pero a partir del concepto de carga procesal.

Se trata pues de cargas procesales, no de deberes ni de obligaciones[81]. Se habla de carga imperfecta, cuando se otorga al juez el poder de seleccionar y de determinar las consecuencias del comportamiento de la parte que se niegue a presentar el documento o a someterse a la inspección (por ello se trata propiamente de carga [que no deber] de colaboración) [82]. Tanto en este caso como en el caso en el cual las consecuencias son establecidas expresamente por el legislador, estamos en presencia de una carga procesal. Es decir, un imperativo del propio interés de la parte apercibida de colaborar que puede acarrearle, en caso de no levantar la carga, consecuencias perjudiciales.

2.3.2. Función de la carga procesal

Teniendo en cuenta la diferencia antes anotada, resulta importante recordar que en el sistema procesal venezolano la noción de carga, particularmente, de carga probatoria tiene la particularidad de dar sentido al carácter dialéctico del proceso (Arts. 506 c.p.c Ven, 1.354 C. civ Ven, 72 l.o.p.t.r.a).

La carga de la prueba, y el proceso como competencia o juego razonado, impone a aquel gravado con aquella el imperativo de levantarla.

La determinación de quién es el sujeto procesal gravado con la carga de la prueba (y quién correrá el riesgo de la falta de prueba) será establecida por la naturaleza de los hechos planteados por las partes en sus respectivas instancias: la parte demandante en su demanda (*rectius*: pretensión) expondrá el hecho o hechos constitutivos que la fundamentan y sobre ella recaerá la carga de su prueba, y la

parte demandada con su resistencia a la pretensión podrá negar genéricamente la existencia del hecho constitutivo alegado (v.gr. como es posible hacerlo en el procedimiento civil venezolano, mientras que en el procedimiento laboral deberá el demandado [tiene la carga] especificar los hechos que admite o rechaza [arg. Art. 135 Ley Orgánica Procesal del Trabajo]) en cuyo caso, en principio, la carga probatoria permanecerá en hombros de la parte actora; mientras que si el demandado frente al hecho o los hechos constitutivos alega hechos impeditivos, modificativos o extintivos, asumirá, en principio, la carga probatoria de éstos[83].

El propio Código de rito civil venezolano establece en su artículo 254: «Los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciarán a favor del demandado, y, en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor, prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma». Es una regla de juzgamiento clara y sin lugar a dudas muy valiosa en el sistema procesal venezolano, y junto a las normas relativas a la carga probatoria deben ser instrumento indispensable del juez para juzgar los asuntos sometidos a su competencia.

A mayor abundamiento, el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil venezolano establece que: «En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes» (Nemo iudex sine actore), mientras que el artículo 243.5° eiusdem prescribe que: «Toda sentencia debe contener: [...] 5°. Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia», y por su parte el artículo 12 del Código de rito civil reconoce que: «Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados».

La interpretación sistemática de estas normas permite deducir con meridiana claridad que en el proceso civil venezolano las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, en un marco procesal orientado por el sistema dispositivo y acusatorio, quedando en ellas impulsar y hacer andar cualquier actividad propia para confirmar los presupuestos de hecho (controvertidos) de la norma que invocan como favorable. La actividad probatoria es actividad de parte, cuyo impulso es imperativo del propio interés (carga). Con esto queremos advertir que la prueba en el sistema procesal venezolano (particularmente el civil), debe ajustarse a estas reglas, tanto de distribución de la carga probatoria, como las reglas de juzgamiento.

Aquellas permiten no sólo determinar la suerte del debate en caso de ausencia de prueba, sino también advierten, con antelación y previsibilidad, la posición que cada parte tiene dentro del proceso (y frente a una específica situación procesal) y qué o cuáles (afirmaciones de) hechos (controvertidos), o mejor, qué o cuáles presupuestos de hecho (controvertidos) de la norma aplicable deben ser probados y por quién, y cuáles las consecuencias de la ausencia de prueba.

En este sentido señala Alvarado Velloso que «el tema en tratamiento relativo a la incumbencia probatoria -que habitualmente se estudia con el nombre de carga de la prueba- no es en sí mismo un tema propio de la prueba procesal sino que es, en esencia, una clara regla de juzgamiento dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de convicción acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto»[84].

Ahora bien, todo el tema relativo a la carga de prueba y las reglas de juzgamiento condicionan sin lugar a dudas la conducta de las partes en el proceso. Esto pues, quien no tiene la carga probatoria (p.ej. el demandado, frente al demandante que no ha logrado probar o confirmar el hecho constitutivo de su pretensión) no debe (técnicamente) levantar carga alguna (aunque puede, sí, asumir ofrecer pruebas, dependiendo de la estrategia procesal elegida), ni mucho menos sufrir consecuencias por la falta de actividad o incumplimiento de aquella.

Tampoco debe esa parte sufrir una desmejora en su condición procesal por faltar (su abogado o defensor) a algún deber relacionado con el principio de moralidad (p.ej. el llamado deber de colaboración), es decir, perder el pleito, una prueba, o que por aquello se invierta la carga probatoria en su contra.

Creemos, pues, que la correcta diferenciación entre las nociones de carga, deber y obligación en el proceso es necesaria para cualquier aproximación al tema de la moralidad de la conducta procesal de las partes, lo que permite identificar situaciones que frecuentemente son tratadas como violaciones de deberes procesales derivados del principio de moralidad, siendo en rigor de verdad manifestaciones de cargas procesales.

3. Valoración judicial de la conducta de las partes [\[arriba\]](#)

El proceso, no obstante su carácter dialéctico, no debe servir para multiplicar el conflicto que esta llamado a resolver, se justifica pues que se prescriban comportamientos de las partes y sus patrocinados que sean contrarios a la finalidad del proceso, estableciendo reglas en los Códigos, bajo la denominación de reglas de lealtad, probidad, buena fe procesal[85].

Así mismo se atribuye al juez el poder de prevenir o sancionar de oficio o a petición de parte, las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes (v.gr. arts 17 y 170 c.p.c Ven).

Esto no sólo desde el Código de Procedimiento Civil, pues, por ejemplo, el legislador procesal laboral venezolano (Ley Orgánica Procesal del Trabajo) dio amplios poderes y facultades discrecionales a los jueces para prevenir y sancionar la conducta de las partes contrarias al deber de lealtad y probidad.

El artículo 48, que además de ser una reproducción de los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, otorga al juez el poder de extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes que sea contraria al deber moralidad[86], de sus apoderados o de los terceros y ordena oficiar lo conducente a los organismos competentes (es decir, los colegios profesionales), a fin de que se establezcan las responsabilidades legales a que haya lugar; hace deudor de daños y

perjuicios a la parte, el apoderado o los terceros que se comporten con temeridad o mala fe; además de ser estos sujetos pasibles de multas, cuya falta de pago puede generar privación de libertad (sin recurso alguno)[87].

Por su parte, el artículo 122 de la ley procesal laboral otorga al juez (o mejor, reitera) el poder (previsto en el art. 48) de extraer conclusiones de la conducta procesal de las partes cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o en general lo que la ley califica como “otras actitudes de obstrucción”, imponiendo el deber legal que las conclusiones del juez estén debidamente fundamentadas[88].

También el Código Orgánico Procesal Penal regula la moralidad o buena fe procesal. Esto es coherente, sin lugar a dudas, con la idea misma de proceso. Esto es, que el proceso cómo método debe seguir pautas, no sólo formales (normas procedimentales), sino que regulen, al menos implícitamente, la actitud ética de sus intervinientes. Si con él se pretende ofrecer un instrumento republicano para resolver conflictos debe hacerse bajo cierta ética, que asume el nombre de principio de moralidad procesal o buena fe procesal.

La existencia de un principio normativo que postula la exigencia de moralidad en el debate procesal, es sancionada generalmente con consecuencias jurídicas. Bien las normas así lo disponen o la doctrina jurisprudencial y autoral así lo han interpretado. Las consecuencias jurídicas van desde multas, imposición de costas, resarcimiento de daños, nulidad, la inadmisibilidad, la preclusión, etc.[89].

Como señala Argüello «las consecuencias en materia de las responsabilidades derivadas del proceso, para los intervinientes: partes, apoderados, terceros, se mueve entre las posiciones doctrinales del principio de la buena fe procesal y la teoría del abuso del derecho en el proceso. Dentro del proceso, al igual que en cualquier ámbito de las relaciones humanas reguladas con la intervención de las normas jurídicas, se dan frecuentemente conductas contrarias a la ley, que son de diferente naturaleza y gravedad, desde las provistas de dolo, hasta las imbuidas de culpa: leve o grave»[90].

Señala el autor que «en el proceso, esas conductas contrarias a sus regulaciones son reprochables mediante seis consecuencias a saber: a) Inadmisibilidad y nulidad de los actos procesales. b) La responsabilidad endógena, es decir, la aplicable por el juez como director del proceso, para con las partes, terceros, apoderados, poderdante, abogados asistentes, auxiliares, mediante la potestad preventiva, apercibimientos, multas. c) La responsabilidad administrativa exógena, esto es la reprimida por los Tribunales Disciplinarios de los Colegios de Abogados, mediante la remisión de las copias de la actuación contraria a la ética por parte del profesional del Derecho, acordada por el Tribunal. d) La responsabilidad civil contractual, devenida de la relación entre el abogado y su mandante o poderdante. e) La responsabilidad extracontractual, que deviene de las actuaciones en el proceso de las partes, sus apoderados o poderdantes, terceros intervinientes, por el ejercicio abusivo con o en el proceso, f) la responsabilidad penal»[91].

En Venezuela una de las consecuencias que de la violación de la exigencia de buena fe procesal deriva, es la valoración judicial de la conducta de las partes, por lo general, en perjuicio de quien actúa en contra del principio de moralidad procesal. Esta última consecuencia está claramente establecida en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículos 48 y 122. Sin embargo, en el proceso civil no

encontramos disposición normativa similar, lo que no ha sido óbice para que la doctrina arribe a la misma conclusión. Tal como mencionamos supra en el Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil preparado por la Sala de Casación Civil y aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional, encontramos una norma del género, a saber, el artículo 494.

En este sentido señala Duque Corredor que «en nuestro sistema jurídico, en el proceso laboral, es un principio general que la conducta de las partes contraria a los deberes de lealtad y probidad procesales, es un elemento de convicción para la decisión que debe dictar el juez. Y, que en materia procesal civil, por el contrario, se atribuye a esa conducta el valor probatorio de un indicio desfavorable, que se puede desprender, solo respecto de determinadas pruebas, una presunción contraria a las partes que falten a sus deberes de veracidad y de colaboración con la justicia, a que se refieren los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil»[92].

Continúa el autor señalando que «lo anterior significa que la actitud de las partes en el proceso es un elemento de convicción para la procedencia de sus pretensiones. Tal es la importancia de esta conclusión, que aun a falta de texto expreso, en el proceso moderno se atribuye a la conducta procesal de las partes un valor, como argumento de prueba, por ejemplo, como indicio, o como un elemento de valoración del material probatorio. En nuestro sistema procesal civil pudiera pensarse que domina el criterio de atribuirle específicamente el carácter de elemento de valoración de la prueba, con relación a algunas pruebas, y, que, por el contrario, en materia laboral, priva el criterio general de asignarle el carácter de elemento decisorio. Puede asentarse, pues, que lo cierto, desde un punto de vista o de otro, es que la conducta de las partes en el proceso contrarias al deber de lealtad y probidad procesales al deber de colaboración en materia de pruebas, tiene un valor negativo»[93].

Para el autor en el proceso civil venezolano, a pesar de no existir normas como las previstas en la Ley Procesal del Trabajo, es posible admitir que la valoración de la conducta de las partes puede hacerse como elemento de convicción o elemento de valoración de prueba[94].

Por su parte Bello Tabares señala al respecto que «en nuestro sistema procesal civil, no existe una norma jurídica expresa que regule y otorgue el carácter de indicio a la conducta de las partes, lo cual sí es regulado en materia laboral, especialmente en el artículo 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, siendo que en forma tímida el legislador civil, en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, castiga la conducta obstruccionista pero le da el carácter de presunción, lo cual es el error de confundir la presunción con el indicio según lo hemos indicado» [95].

Es así como se establece la regla de valoración judicial de la conducta procesal de las partes por contrariar el principio de moralidad o buena fe procesal. Como ocurre en el ordenamiento jurídico venezolano, la(s) norma(s) que prevé(n) esta posibilidad o poder del juez (Artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) no tipifica(n) expresamente qué conductas son contrarias al principio de moralidad y por tanto pasibles de valoración por parte del juez.

De manera que aparte de la existencia de la indeterminación del criterio de valoración de estos hechos, existe una propia indeterminación del hecho que permite al juez extraer elementos de convicción de la conducta. No obstante ha

sido labor de la doctrina diseñar parámetros de identificación de la conducta procesal contraria al principio de moralidad.

Para Quintero, si se observa que la conducta «se descarrila con el propósito oscuro de servir a intereses desviados de la finalidad procesal, entramos en que ese sentido exteriorizado se valora con fines sancionatorios y se encuadra entonces, en las zonas de abuso del proceso, que tanta connotación ha asumido en nuestra jurisprudencia constitucional, y que puede provocar, sea a través de una petición incidental o principal nuláfica, o un recurso de invalidación o revisión mediante la deducción de una pretensión de amparo constitucional, en la nulidad del acto o de la sentencia obtenida en forma irregular». Para Quintero al comportamiento abusivo, además de atribuírsele efectos anulatorios y otros, como multas y reparaciones de daños y perjuicios, «puede asumir, en el contexto de las pruebas, la relevancia para alcanzar una justa decisión».

Quintero analiza el artículo 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, los artículos 177.1 y 177.3 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, para luego señalar, respecto al deber del juzgador, que:

Según lo expuesto, constituye, entonces, un deber insoslayable del juez, en cumplimiento del interés público inmerso en el proceso, valorar la conducta asumida por las partes, tanto antes, como durante, el desarrollo del proceso y calificarla, en términos de eficacia probatoria, cuando se trata no sólo de negativa a colaborar con la producción de la masa probatoria.

Extiende Quintero el ámbito de aplicación de la valoración probatorio de la conducta de las partes, no sólo a la fase probatoria, pudiendo el comportamiento mendaz, oclusivo, omisivo y obstruccionista verificarse en cualquier etapa del proceso y «servir de clave al juez para deducir en su contra argumentos probatorios».

Tanto la ocultación de la verdad - continúa la autora - o su desviación o intencional calificación errada en la demanda, puede ser un indicio de la falta de fundamentos de la pretensión «con un mayor relieve cuando la producción de los medios de persuasión acompañados por la parte contraria demuestre su falsedad». Señalando asimismo que la falta de apreciación por el juez puede constituir un vicio de silencio de prueba.

Al disertar Quintero sobre el valor de convicción de la conducta de las partes, entre las opiniones que le otorgan valor probatorio como elemento corroborante de prueba no suficiente por sí sola y la que le atribuye la posibilidad, por su sola virtualidad, de constituir un indicio capaz de convencer al juez, se adhiere a esta última tesis.

Y concluye alertando a los jueces sobre el deber que tienen de valorar la conducta de las partes, cuando éstas constituyen hechos indiciarios que lleven al establecimiento de otros hechos vinculados con el tema del proceso, deber originado en el significado publicista del proceso «que los obliga a escudriñar la verdad en el proceso para llegar a una justicia concreta en el caso».

Asimismo alerta Quintero a los justiciables y a sus apoderados que toda conducta exteriorizada (sea activa u omisiva) tiene huella en el proceso «y que debe,

independientemente de la relevancia lógica que tiene en el razonamiento del juez la prueba de indicios y presunciones, ceñirse a la regla principio de colaboración con la justicia, en base al principio de probidad, como un deber cívico, social y de solidaridad humana».

Para parte de la doctrina autoral la valoración probatoria de la conducta de las partes encuentra justificación en la publicización del proceso, del nuevo rol del juez y su mayor discrecionalidad. Y se señala que el fin de esta tesis es «promover la moralización del proceso y el cumplimiento de los deberes de las partes y de los jueces dentro del marco de la ley, de los principios que las informan y también de las posibilidades reales de los tribunales de la época»[96].

Se señala así que «habiendo sido desplazado el esquema del juez espectador, y a la luz del principio de la sana crítica racional, se expandieron las facultades probatorias de las partes, y de valoración por parte del juzgador. Ante este panorama, la valoración de la conducta de que las partes exteriorizan en el proceso se abrió camino casi por generación espontánea -como la vida misma-, pues el juez que apreciaba el modo de conducirse en el proceso, por parte de los litigantes, naturalmente podía extraer: o bien indicios, o bien argumentos a la hora de la valoración probatoria»[97]. Así, el espíritu de la Ley es enaltecer estos valores, a través de la moralidad procesal[98].

3.1. Las normas jurídicas sobre moralidad procesal o buena fe procesal: Normas en blanco, conceptos válvula y/o cláusulas generales y la valoración judicial de la conducta de las partes

Ahora bien, surge un problema al intentar trazar límites exactos al llamado principio de moralidad o buena fe procesal y las normas que expresan, y más concretamente, qué conducta específica debe exigirse a las partes sobre la base de dicho principio. Desde esta perspectiva se habla de deber de decir la verdad, de lealtad, de probidad, buena fe, deber de colaboración, no obstrucción, litis temerarias o abusivas, tácticas dilatorias, abuso procesal[99], fraude procesal; se habla frecuentemente de temeridad, unas veces como conciencia de la propia sinrazón, otras veces como sinónimo de violación del principio de buena fe.

Lo cierto es que no existe una delimitación conceptual, pues en la mayoría de los casos se trata de conceptos válvula, cláusulas generales, expresiones elásticas y/o normas en blanco que dificultan convenir en el alcance y sentido, al menos ideal, de los términos que se usan para describir en sentido positivo cuál debe ser la conducta debida en juicio[100]. A su vez, la buena fe como principio, por su natural indeterminación, permite sea adaptada a cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente a la heterointegración con la moral social o a la moral ideal[101].

Esto sin duda afecta la eficaz aplicación y observancia de las normas en cuestión, y, creemos, sirve para fundamentar interpretaciones abiertas que dejan un amplio margen integrativo a los jueces. Esto sin perjuicio de que existan disposiciones claras y cerradas que ofrecen previsibilidad y seguridad a los ciudadanos en cuanto a su aplicación y alcance[102].

Aquel defecto de esos imperativos abiertos resultaría baladí si la apreciación del juez no tuviera una consecuencia inmediata, más sí cuando se otorgan al juez

potestades extraordinarias para la apreciación de esas conductas, se torna en situación peligrosa e insegura para el litigante.

Tal es el caso de las normas (y criterios) que establecen genéricamente la posibilidad de extraer elementos de convicción de la conducta de las partes, por violación del mentado principio de moralidad procesal.

En este sentido Chiovenda señala «pero no es siempre prácticamente útil que el derecho provea con sanciones al castigo del que se conduce con mala fe en el proceso, porque al querer reprimir con normas generales (de dudosa eficacia) al litigante doloso, fácilmente menoscabaría también la libertad del litigante de buena fe, mientras que remitiendo al juez también por regla general, su represión concedería un excesivo arbitrio al magistrado. Así, nuestra ley no contiene, por ejemplo, una prohibición genérica y expresa de afirmar cosas falsas en juicio, dejando al cuidado recíproco de las partes la mejor aseguración de la verdad de las respectivas afirmaciones»[103].

Señala Scialoja que «el problema de impedir con sanciones penales las litis temerarias es uno de los problemas más delicados, y también de los más difíciles, de toda legislación (y se puede decir que ninguna de ellas ha llegado a resolverlo plenamente), pues hay que evitar dos excesos igualmente perjudiciales. Por una parte, el legislador debe remediar los graves inconvenientes de los múltiples juicios y del espíritu litigioso de los ciudadanos; por otra parte la litis no es más que la sanción de las disposiciones del derecho; es necesario pues que se pueda litigar y hasta que se pueda litigar fácilmente, para que el derecho no pierda toda eficacia práctica, para que sea aplicable. Hay una especie de contradicción entre estos dos fines, de donde deriva la dificultad para resolver el problema»[104].

3.2. *Naturaleza jurídica*

En el contexto de nuestra investigación, la valoración judicial de la conducta de las partes se construye como una consecuencia de la violación del deber de moralidad o de buena fe procesal, sin embargo, aquella (la valoración de la conducta de las partes) tiene para la doctrina un ámbito de aplicación y alcance mucho más amplio[105].

La doctrina no es conteste respecto a la naturaleza jurídica de la valoración judicial de la conducta de la parte, sin embargo predomina aquella que estudia el fenómeno bajo una perspectiva probatoria.

En Venezuela para Quintero, adhiriéndose a doctrina mayoritaria en materia, el comportamiento de las partes tiene naturaleza jurídica indiciaria y «de ello se deduce que se eleva la apreciación de la conducta de las partes a la categoría de fuente de prueba de la cual derivar elementos de convicción para el juzgador».

Para Rengel-Romberg «el nuevo código, en el Libro Segundo (del Procedimiento Ordinario) Título II (de la Instrucción de la Causa) Capítulo IX (de las Reproducciones, copias y experimentos) Art. 505 CPC, no emplea la expresión “argumento de prueba” pero establece que cuando se trata de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias, que requieran la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el juez la intimará a prestarla, y si a pesar de ello continuare sus resistencia, dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, “pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la

prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto”. Pero si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, autoriza al juez a disponer que se deje sin efecto la diligencia, “pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje”»[106].

Más adelante señala el autor «como se ve, en el primer caso, la ley toma en cuenta el comportamiento de la parte en juicio: negativa a colaborar en la prueba; pero autoriza al juez a interpretar (rectius: presumir) la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto; y en el segundo, autoriza al juez a sacar (rectius: inferir) de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje; por lo cual, en ambos casos se está en el campo de las presunciones hominis»[107].

Para Duque Corredor la valoración judicial de la conducta de las partes tiene naturaleza tanto argumentativa como probatoria al resaltar que «la conducta de las partes puede ser un motivo de argumentación o valor probatorio», no obstante darle preponderancia a su significancia probatoria al decir que «en nuestro proceso civil, al atribuirse a la mala fe y temeridad procesales la naturaleza de una presunción “homines”, es decir, que puede y debe extraer el juez, por la violación de los deberes procesales señalados, permite concluir que el comportamiento de las partes tiene eficacia probatoria [...] Por otra parte, según el texto del artículo 510 de nuestro Código Civil [se refiere el autor al Código de rito], los indicios pueden surgir de cualquier acto procesal y dentro de ellos, por supuesto, de la actitud de las partes»[108]. Continúa el autor: «Es por tanto, un “dato presuntivo”, extraído de otras pruebas o de otros actos procesales, por lo que no es una prueba autónoma»[109].

Para Rivera Morales la conducta de las partes puede ser tomada como indicio a valorar por el juez señalando que «en el Código de Procedimiento Civil venezolano en los artículos 448 in fine (en la prueba de cotejo si se negare a firmar en presencia del juez se le tendrá por reconocido el instrumento) y 505 que contempla que la negativa a colaborar puede interpretarse como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, no obstante, se deja a salvo el pudor humano cuando se trate de inspecciones corporales, pues, queda al prudente arbitrio del juez las presunciones que pueda sacar. En la práctica forense, en franca violación de la sustantividad del proceso, se presentan fraudes a la administración de justicia, bien sea simulando un litigio, bien un comportamiento obstaculizador u otras actividades que desvirtúan la finalidad del proceso [...] La conducta desplegada por las partes en el proceso jurisdiccional pueden ser tomados o considerados por el operador de justicia, como indicios o argumentos de pruebas que puedan demostrar hechos controvertidos en el proceso»[110].

Señala el autor que «la conducta procesal de las partes desarrollada en el proceso jurisdiccional, puede servir como un indicio a su favor o en su contra, que pueden servir de prueba para demostrar el dolo o fraude procesal, la falta de controversia o litis entre las partes, el acuerdo o concierto -dolo o fraude colusivo- e incluso la verdadera voluntad que los motiva a incoar la acción y desarrollar el proceso»[111].

En otro lugar el autor señala que «en la legislación venezolana están los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil [...] Los jueces y las partes, con base en los artículos transcritos, tienen muchos elementos que pesquisar en el transcurso de la causa y desnudar la conducta impropia de las partes o de una de ellas. Puede observarse que existen herramientas procesales para evaluar la conducta procesal de las partes»[112].

Molina Galacia, cuya opinión debe contextualizarse en el análisis de la figura del fraude procesal, señala «otra lectura de la doctrina referida al fraude procesal, nos llevaría a establecer que, sobre la base de los precedentes jurisprudenciales antes citados, sus componentes normativos contenidos en los artículos 2, 26 y 257 de la Constitución y los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, a través de la figura del fraude procesal estamos asistiendo al reconocimiento de cómo la conducta procesal de las partes y/o sus apoderados puede constituir un elemento de prueba, que en el proceso de formación de la sentencia judicial puede ser valorado como elemento de convicción para determinar la existencia de un fraude procesal»[113].

Señala el autor, refiriéndose al análisis jurisprudencial del fraude procesal en Venezuela, que «los casos citados a propósito de la jurisprudencia sobre el fraude procesal, evidencian que la conducta asumida por las partes o sus apoderados en juicio, mediante la aplicación de los principios de lealtad, probidad, buena fe, transparencia y colaboración, que gravitan sobre los abogados como auxiliares del Sistema de Administración de Justicia, por lo que todas sus actuaciones estarán sometidas al ojo escrutador del juzgador, quien podrá apreciarla en el conjunto de elementos que le han de llevar a la formación de su convicción al juzgar el caso concreto. Si leemos detenidamente la jurisprudencia citada notaremos como los jueces de la Sala Constitucional estudian el comportamiento de las partes en el proceso, para obtener por vía de ilación, un motivo íntimo de convencimiento. El comportamiento de las partes sirve entonces como fuente o medio de prueba; precisamente como hecho que prueba otro hecho, se trata de un medio subsidiario, de naturaleza indiciaria. Es decir, los jueces utilizan de acuerdo con las reglas de la experiencia personal y dentro de los límites de la prudencia, su observación directa del modo como las partes se comportan en el proceso»[114].

También le da una perspectiva probatoria Zambrano para quien «en Venezuela la valoración de la conducta de las partes a través de la prueba indiciaria ha sido poco usada; encontramos algunas decisiones pero en lo que atañe al fraude procesal, sin embargo, dichas decisiones no manifiestan abiertamente que es de los indicios del comportamiento de las partes en el proceso que se llega a tal conclusión, razón por la cual debemos hacer énfasis en la construcción científica del indicio porque esto nos permitiría acceder a fallos más apegados a la verdad y la justicia. Lo que debe quedar claro, es el deber para el juez de valorar los indicios que se desprenden de la conducta procesal de las partes, sean estos a favor o en contra, porque ellos nos permiten obtener decisiones más ajustadas a la realidad, cumpliendo con el postulado de tener por norte la verdad»[115].

Para Argüello una de las consecuencias de la infracción del principio de la buena fe procesal consiste en la valoración intraprocesal de la conducta de las partes, valoración a la cual atribuye naturaleza probatoria. En efecto señala que «el comportamiento que adopte cualquiera de las partes, incluyendo el tercero, puede ser fuente continua de indicios susceptibles de fundamentar una presunción, es decir, adquiere valor probatorio [...] El Código indica, por ejemplo, como comportamiento malicioso, lo previsto en el artículo 156, sobre la actuación de la

parte a quien se ha solicitado la exhibición de los documentos, gacetas, libros o registros mencionados en el poder, y a falta de la exhibición de los documentos requeridos, da lugar a que el poder sea desechado y así lo hará constar el juez en el acta respectiva»[116].

Continúa el autor: «Asimismo el artículo 436 del Código Procesal, ya que si el documento no fuere exhibido en el plazo legal, y no aparezca en autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de este, se tendrán como ciertos, los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento. Esta norma aplica al caso de tercero a quien se le solicita la exhibición de documentos que se encuentran en su poder, a tenor de lo que estipula en el artículo 437 del Código de Procedimiento Civil»[117].

Para Bello Tabares la conducta procesal de las partes es fuente de prueba. Señala que «la conducta desplegadas por las partes en el proceso jurisdiccional, pueden ser tomados o considerados por el operador de justicia, como indicios o argumentos de prueba que pueden demostrar hechos controvertidos en el proceso, que pueden demostrar hechos sobre los cuales las personas no quieren dejar constancia para defraudar a las partes o a un tercero»[118].

Señala el autor en mención «ensayando una definición de la conducta procesal de la parte como fuente de prueba, podríamos decir que se trata de un hecho cierto y demostrado en el proceso -conducta endoprocesal- a través del cual, mediante una operación lógico-crítica, fundamentada en normas generales de la experiencia o en principios científicos y técnicos, pueden inducirse hechos desconocidos, es decir, que la conducta de las partes es fuente de prueba, pues produce un indicio endoprocesal. Luego, este indicio endoprocesal producto de la conducta de las partes -conducta omisiva, oclusiva, hesitativa o mendaz- el hecho cierto demostrado en el proceso, es decir, el indicio, será precisamente la conducta procesal de la parte que tienda a ocultar la verdad de los hechos para la solución justa de los conflictos; hecho este cierto y que ha sido producido en el decurso del proceso, lo cual nos motiva a expresar que no requiere ser llevado al conocimiento del operador de justicia mediante los medios probatorios, bastando su apreciación por el juzgador en forma oficiosa o su denuncia por la parte, que mediante un razonamiento lógico-crítico, fundamentado en las reglas de la experiencia o en principios científicos técnicos, inducen a un hecho desconocido, como lo será el fraude o dolo procesal»[119].

Intentemos dar una vuelta panorámica por la doctrina Hispanoamericana que ha sido la más proficua en admitir la figura. Doctrina que está dividida, en tanto y en cuanto para algunos la conducta de las partes en el proceso tiene una «virtualidad probatoria stricto sensu, mientras que para otros, inversamente, el comportamiento procesal de las partes sólo puede revestir el carácter de “fuente de convicción” o “elemento de convencimiento” o “medio de conocimiento”, sin tener por ello claro está, la naturaleza de una verdadera prueba judicial»[120].

Muñoz Sabaté define como indicio endoprocesal «aquél que se desprende de la conducta procesal de la parte y del cual pueden inferirse presunciones incriminativas (contra se) y con mayor precaución y moderación exculpatorias (pro se). Téngase en cuenta a este respecto que una de las fuentes más accesibles de indicios suele ser por naturaleza el propio proceso ya que las relaciones antagónicas que producen originan en los litigantes a modo de mecanismo de defensa psicológico, un estado de alertamiento que activa o reactiva todas las

vivencias del “caso” almacenadas en su corteza cerebral y reaccionan mediante las típicas respuestas adaptativas o de evasión para evitar un peligro. Por ejemplo: actitudes de encubrimiento de aquellos hechos que pudieran perjudicarles, o formas de expresión lógica y emocional incoherente o con una significativa tonalidad que permita una plausible discriminación»[121].

Para el autor en referencia los indicios endoprocesales no son argumentos de prueba, sino «verdaderas huellas del hecho histórico que han seguido para codificarse y descodificarse una ruta eminentemente neuropsíquica»[122]; es decir, que el indicio endoprocesal tiene un desarrollo neuropsíquico que permite comprender su hondura y a su vez sirve de razón diferencial con otros indicios.

Señala el autor «insertando ahora esta dinámica neuropsicológica en la esfera lógica inferencial, se nos aparece un fenómeno idéntico a la presunción si bien la huella del hecho histórico se inserta larvadamente en la corteza cerebral, que, no lo olvidemos, sigue siendo un espacio físico, aunque inaccesible a la percepción vulgar»[123].

De manera que para Muñoz Sabaté, el indicio endoprocesal es v.gr. un indicio que se diferencia de los indicios exoprocesales, por «dos razones fundamentales: porque se producen dentro del propio proceso, o en sus aledaños, y porque se producen indefectiblemente a través de la conducta de la parte que sufre un acoso dialéctico. La huella que se estampa es esa propia conducta y la causa de dicha estampación es el acoso»[124].

Devis Echandía bajo el título «el comportamiento de las partes en el proceso, como indicio probatorio» opina que «en varios lugares hemos insistido en la necesidad de que el juez civil, laboral, penal y de cualquier otro proceso, tenga en cuenta el comportamiento procesal de las partes como un indicio o un argumento de prueba, a su favor o en su contra, según el caso, cuya gravedad la debe apreciar aquel libremente. La doctrina contemporánea reclama esta facultad del juez unida a la de interrogar a las partes, como una de las conquistas más importantes del moderno proceso civil y en algunos países, como Alemania e Italia (C. de P. C., art. 116) y Colombia (C. de P. C., art. 249) se ha incluido expresamente en los Cs de P. C.»[125], y señala que «son muchos los casos en que la insinceridad y mala fe en el proceso permiten obtener, lógica y pragmáticamente, indicios adversos a los hechos que alega esa parte»[126].

Parra Quijano, refiriéndose al derogado Código de Procedimiento Civil colombiano señala que «el artículo 249 del C. de P.C. regla: El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes. En realidad, el artículo cumpliría mejor su finalidad si dijera: “El juez debe deducir indicios de la conducta procesal de las partes”, sin embargo, como no faltaría quienes dijeran que la forma empleada de “debe”, significaría que se le estuviera diciendo al juez que siempre, en todas las circunstancias, sin tener en cuenta qué generara el fenómeno estudiado, se empleó la fórmula indicada. Entendida la disposición en la forma anterior; el juez debe deducir de la conducta procesal de las partes, no para regresar al sistema de la tarifa legal, sino para darle énfasis y para luchar contra la deslealtad en el proceso»[127].

J. W. Peyrano al estudiar la valoración judicial de la conducta de la parte primero le atribuyó la calidad de fuente de convicción (1979)[128], y más tarde cambió de opinión admitiendo, con la doctrina mayoritaria, «que la conducta procesal sería un indicio»[129]. En el trabajo que acá se cita, el autor parece volver a la tesis

primera mencionada, esto es, la conducta procesal como fuente de convicción[130].

Mientras que para M. Peyrano, partiendo de la heterogeneidad de opiniones doctrinales, al tratar de identificarse la naturaleza jurídica existe «un intento por “forzar” el concepto de prueba judicial a los fines de que “tipifique” de alguna manera la herramienta en estudio dentro del sistema probatorio que conocemos»[131]. Para este autor al hablar de «valoración probatoria de la conducta procesal de las partes se ha restringido indebidamente a esta herramienta cuando en realidad la misma no constituye ni medio, ni fuente, ni argumento de prueba...»[132], siendo pues que para el autor el comportamiento procesal desplegado en un litigio no puede encasillarse ni en el concepto de “fuente”, “medio” o “argumento de prueba”.

Señala el autor que «nos parece que más bien deberíamos hablar simplemente de valoración judicial de la conducta procesal desplegada por las partes, quitando del medio la palabra “probatoria” que -entendemos- ha restringido injusta y erróneamente el ámbito de actuación de este instituto»[133], y será el principio de adquisición procesal «el que sirva de vehículo para “adquirir” para el proceso todas las alegaciones, actos u omisiones -relacionados o no con la prueba- desplegados por las partes en un proceso»[134], concluyendo que el juez puede tomarlo como elemento de convicción (atendiendo al contenido de la norma que comenta [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, artículo 163. inciso 5[135]]).

Para Balestro la conducta desarrollada en cualquiera de las etapas del juicio, tanto si proviene de las partes y sus abogados, como de los terceros involucrados de cierta manera en él, puede -y debe- ser objeto de valoración judicial en tanto resulte conducente a los fines públicos y privados del proceso»[136]. Para la autora en referencia la valoración judicial de la conducta procesal no tiene naturaleza de medio de prueba[137] y parece calificarla como una manifestación del principio de adquisición procesal, señalando «la conducta procesal “está allí”, sin necesidad de ofrecimiento, producción, aceptación, oposición o contralor. Simplemente es la materia prima de los actos jurídicos procesales»[138].

Para Acosta conducta procesal de las partes pasible de valoración «son aquellos comportamientos relevantes de las partes, exteriorizados en alguna secuencia del iter procesus (aun en los procesos incidentales, cautelares y previos a la interposición de la demanda) que, aunque no constituyan el tema de prueba, pueden ser considerados fuente y objeto de prueba indirecta, o elementos corroborantes de las pruebas producidas», indicando que no se trata de un concepto fijo ni estable «presentando como no distintiva su atención a la prueba» [139].

Para el autor en referencia no es de la esencia del comportamiento procesal su relación con los principios procesales de buena fe, lealtad y probidad, manifestando «entendemos que ello se da en muchísimas aplicaciones del instituto, pero, a nuestro modo de ver las cosas, no hace a la esencia del comportamiento procesal de las partes como concepto atinente a la prueba»[140].

Ahora bien, de la doctrina jurisprudencial venezolana se infiere que las decisiones que dictan los jueces con motivo de las conductas contrarias a la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión o el fraude procesal, o cualquier otro acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto

que se deben los litigantes tiene naturaleza sancionatoria. En este sentido, la Sala de Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1.310 dictada en fecha 30 de junio de 2006, caso Carmen Lucía González Ravelo señaló:

... la constante sociológica del juez es la de ser un factor de equilibrio en la comunidad en que vive, que el mismo "... promueve la lucha contra la desarmonía y la injusticia e impone un orden dinámico para la pervivencia del Derecho, como medio de instaurar la justicia...", como lo señala el procesalista argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni...

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo, aplicable al caso de autos, faculta al juez laboral para sancionar de manera enérgica las conductas contrarias a los principios de lealtad y probidad que asuman, no sólo las partes o sus apoderados, sino también terceros, durante el desarrollo del proceso...

...dichas sanciones forman parte de los poderes discrecionales del juez, necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones, por lo que en tal sentido, debe ser entendida como una decisión judicial, no como un acto administrativo, pues este se produce mediante la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria...

... deja establecido la Sala en esta oportunidad que aquellas decisiones dictadas por los jueces en materia laboral, en función judicial que impongan sanciones a las partes, sus apoderados o los terceros, con motivos de las conductas contrarias a la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión o el fraude procesal, o cualquier otro acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes, no son susceptibles de impugnación mediante recurso alguno, pues así lo prevé el artículo 48 eiusdem...[141].

No es baladí pues inscribir a este fenómeno en una especie del género sanción[142]. No por capricho, sino por la propia lectura de las normas que prevén la figura de la valoración de la conducta de la parte (v.gr. artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) y de la doctrina que fundamenta su existencia en el deber de moralidad (pues si desde la claridad de la distinción entre deber, obligación y carga, la moralidad implica un deber, su violación comporta naturalmente sanciones). Así las cosas, al tratarse de un deber, difícilmente pueda considerarse a la conducta de las partes (salvo en los casos del fraude procesal y de las normas que expresamente regulan, a través del tamiz del concepto de carga, la conducta de las partes en relación con un específico mecanismo o medio de prueba) como indicio (rectius: hecho indicador)[143].

Esto por dos razones:

1) En primer lugar, porque al ser la buena fe procesal un deber procesal, su estatuto implica diferencias con la carga, ergo, no pueden, o al menos no deberían, confundirse (como no puede confundirse la obligación con la carga procesal, ni aquella con el deber).

2) En segundo lugar, por la imposibilidad de adaptar la conducta de las partes al concepto de indicio.

Esto pues, según doctrina autoral para que el indicio tenga validez jurídica debe existir en autos plena prueba del hecho indicador.

En este sentido, señala Devis Echandia «puesto que el argumento probatorio que de esta prueba obtiene el juez, parte de la base de inducir un hecho desconocido de otro o de otros conocidos, es obvio que la prueba de estos debe aparecer completa y convincente en el proceso. Si no existe plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciarios, resulta ilógico inducir de estos la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga [...] Cuando en otros Códigos se dice que el indicio es un hecho conocido, del cual se deduce otro desconocido, implícitamente consagran el requisito de la prueba del primero. En todo caso, no hace falta norma legal que lo consagre, porque es obvio, por la naturaleza misma de la prueba»[144], señalando más adelante que resulta indiscutible «que tanto en los procesos civiles como en los procesos penales y de otra jurisdicción, cada hecho indicador debe aparecer plenamente demostrado, de tal manera que el juez no le quede duda sobre su existencia» y «no es necesario que el hecho indicador aparezca probado por un único medio; puede resultar su prueba de un conjunto diverso (testimonios, inspección, dictámenes de peritos, documentos y otros indicios; esto como complemento de aquellos, en el proceso civil nuestro). De un medio de prueba (como un documento o una confesión o inspección o de los mismos testigos), puedan resultar plenamente probados»[145].

En este mismo sentido Rivera Morales considera necesario «que las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido decretadas y practicadas o presentadas y admitidas en forma legal. Recordemos que la prueba debe estar sometida a reglas que garanticen el control y contradictorio de las partes. El indicio es una prueba que requiere estar probada y por lo tanto los medios que se usen no deben adolecer de nulidad, de manera que la forma como llegue al proceso debe ser conforme a la ley sin menoscabo del derecho a la defensa y con garantía del debido proceso»[146].

Cuando se habla de conducta procesal de la partes como elemento a valorar amparado en norma general, la misma no ingresa al proceso como prueba.

En este sentido, opina M. Peyrano, quien al referirse a la naturaleza jurídica de la valoración de la conducta de las partes: «De esta manera ¿cómo incluimos a la conducta procesal como “prueba” en un proceso, por cuál medio probatorio? ¿Podemos lisa y llanamente tomar como “prueba” una actitud desplegada en un proceso, incluso la cual en muchos casos puede ser involuntaria, es decir, sin ninguna intención de llevarle convencimiento alguno al juez actuante? ¿Podemos dentro del esquema probatorio que conocemos tomar como “prueba” de una de las partes su accionar procesal para luego valorarlo en su contra o en su favor, sin que incluso éste haya sido ofrecido, ni mucho menos controlado por la contraparte, y menos aún, producido voluntariamente como forma de acreditar o no ciertos hechos? ¿Pueden aceptarse como verdadera “prueba judicial” actos u omisiones que pueden registrarse en cualquier momento del proceso (dentro o fuera del período probatorio respectivo) y que directamente van a ser valorados en su caso por el juez en su sentencia? Entendemos sinceramente que no, so pena de violentar inmediatamente las reglas probatorias básicas que imperan en nuestro sistema procesal, afectando inclusive la garantía constitucional de debido proceso inserta en el artículo 18 de la Constitución»[147].

Así pues, no resulta coherente calificar, en general, a la conducta procesal de las partes como indicio (hecho indicador), pues se desatiende al concepto de indicio e

incluso al de prueba[148], que implica la necesidad y posibilidad de control y contradicción probatorio (de su regularidad procesal, validez, eficacia probatoria), ergo, al concepto mismo de debido proceso y derecho a la defensa. Y es que de conformidad con el artículo 49.1 de la Constitución, se trataría de una prueba nula, obtenida en violación del debido proceso, esto es, sin control y contracción de la parte contra quien surte efecto. Insistimos ocurre cosa diferente cuando se trata de casos en los cuáles, sobre el concepto de carga, se impone a alguna de las partes por norma expresa una determinada conducta (V.gr. inspección judicial u otras pruebas para las cuales se requiere la colaboración de las partes [Art. 505 del Código de Procedimiento Civil] o exhibición documental [Art. 436 eiusdem], etc).

3.2.1 Valoración judicial de la conducta de las partes como sanción ante la violación de un deber

Más coherente es calificar como sanción a la valoración judicial de la conducta de las partes cuando la misma es consecuencia de la violación de un deber. Esto implica la aplicación de toda la doctrina que establece la necesidad de establecer específicamente el tipo legal, como garantía de todo sistema que tutele derechos fundamentales, como acostumbra a sostener los penalistas. V.gr. La garantía prevista en el artículo 44.3 de la Constitución, según el cual: «La pena no puede trascender de la persona condenada», siendo que en los casos de la valoración de la conducta procesal de las partes, la mayoría de las veces por la actuación del abogado (quien actúa a su vez amparado en norma Constitucional y legal) se sanciona a otro (la parte que representa o asiste). Esto es, la sanción trasciende.

Además, se desconoce sin mayor alarma la norma constitucional prevista en el artículo 49.6 de la Constitución, según la cual: «Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes», pues la sanción es creada en cada caso por el juez cuando valora en contra de la parte su conducta procesal. Y de esto cabe recordar lo que enseñó Beccaria sobre la racionalización de la pena, a saber, que «solo la ley determine los casos en que un hombre es merecedor de la pena»[149].

En este sentido, si la valoración procesal de la conducta de las partes es, como sostenemos, una sanción, debe serle aplicable las pautas normativas y doctrinales propias del derecho sancionatorio. Por ejemplo, lo que Ferrajoli reconoce como elementos constitutivos de un modelo garantista, a saber, al convencionalismo penal y estricta legalidad (como primer elemento), donde a su vez identifica los principios que denomina de mera legalidad (dirigido al Juez) y de estricta legalidad (dirigido al legislador), de los que se infiere que el derecho penal (y en general, el sancionatorio) no admite “normas constitutivas” sino “normas regulativas” [150] sobre la base del adagio auctoritas, non veritas facit legem[151], siendo necesaria la identificación y determinación exacta por el legislador (con referencias empíricas y fácticas precisas) de los comportamientos empíricos sancionables (denotados como tales), no quedando pues al arbitrio del juez su determinación.

Lo que se relaciona directamente con la libertad como esfera intangible que garantiza que solo es punible (o sancionable) aquello expresamente prohibido, de manera que aquella conducta que no es exigida de manera concreta no puede ser sancionada, y con la igualdad jurídica ante la ley que se ve desconocida por “tipos subjetivos” sancionatorios y no objetivos[152].

Como segundo elemento de la epistemología garantista a ser considerado figura lo que denomina el autor cognoscitividad procesal y estricta jurisdiccionalidad, que

complementan al convencionalismo y legalidad mencionados con anterioridad, pues la conducta reprochable/sancionable debe poder ser sometida a prueba empírica (comprobación - no apodíctica) además que se debe evitar y reducir las valoraciones del juez a partir de normas en blanco[153]. Postula el autor excluir en el proceso (se refiere al penal, nosotros lo extendemos al derecho sancionatorio en general) en lo posible las valoraciones, siendo solo admisibles aserciones o negaciones (de hecho o de derecho) de las que sean predicables la verdad o la falsedad procesal. Invirtiendo para el elemento analizado la máxima hobbesiana Veritas, non auctoritas facit iudicium.

Y sobre la anterior premisa se postula una concepción cognoscitivista de la jurisdicción «junto a la convencionalista y empirista de la legislación de la que es complementaria»[154] que permite garantizar en primer lugar la certeza, y en segundo lugar la separación entre derecho y moral[155].

Frente a este modelo garantista, existen modelos autoritarios de diferentes manifestaciones que se configuran o fundamentan - según el autor - en una epistemología penal específica que llama inquisitiva o antigarantista y que «puede ser caracterizada a su vez conforme a dos aspectos o elementos, simétricamente opuestos a los dos requisitos más arriba ilustrados de la epistemología garantista»[156]; tales elementos antigarantistas se encuentran por un lado en las definiciones normativas que dan vida al sustancialismo penal y cognoscitivismo ético[157] (que tiene como antítesis al convencionalismo [penal] y estricta legalidad) que se reflejan en «una desvalorización del papel de la ley como criterio exclusivo y exhaustivo de definición de los hechos desviados»[158] mediante figuras (delictivas) elásticas e indeterminadas, «idóneas para connotar en términos vagos o valorativos modelos globales de desviación - como el escándalo público, el desacato, la propaganda o la asociación subversiva, la asociación de tipo mafioso, la ofensa a la moral familiar, y similares - en vez de denotar unívocamente supuestos típicos criminosos empíricamente determinables»[159].

Por el otro lado en la comprobación judicial que se manifiesta en el decisionismo judicial y subjetivismo inquisitivo (que tiene como antítesis al cognoscitivismo procesal y estricta jurisdiccionalidad) esto es, el carácter no cognoscitivo sino potestativo del juicio y de la irrogación de la pena[160], que se manifiesta como subjetividad, en dos formas: la primera, el carácter subjetivo del tema procesal que se enfoca «más que en hechos determinados en condiciones o cualidades personales», factor de subjetivación que genera una perversión inquisitiva del proceso, pues se dirige antes que a la comprobación de hechos objetivos, hacia el análisis de la persona juzgada; la segunda, el carácter subjetivo del juicio «que en ausencia de referencias fácticas exactamente determinadas, resulta basado en valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho» lo que degrada la verdad procesal de verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, a convencimiento íntimamente subjetivo y, por tanto, irrefutable del juzgador[161].

Según todo esto, el juicio penal (y así cualquier juicio que haga un juez), al igual que el ético y el estético[162] degenera en juicio “sin verdad”, tienen intrínseca naturaleza autoritaria y representan algo distinto a la jurisdicción (autoridad, administrativa o de gobierno) pues su característica es la discrecionalidad del juicio. Como dice el autor «... sólo es posible verificar empíricamente que se ha cometido un delito si antes una convención legal establece con exactitud qué hechos empíricos deben considerarse como delitos»[163].

Y todo lo anterior, cuya construcción inicialmente destinada al modelo penal se proyecta como una teoría general[164], tiene una relación necesaria con el poder general que se cuestiona en este trabajo, que para nosotros tiene naturaleza sancionatoria (ni probatoria, ni carga), y que a su vez es muestra auténtica de una situación paradójica, pues usando como instrumento a este tipo de poder discrecional y subjetivo esta orientación se inscribe en aquella que busca una “verdad objetiva o material” en el proceso. No mediante la comprobación de hechos sino por la valoración del comportamiento de las partes durante el proceso.

En definitiva, la valoración judicial de la conducta de las partes por la violación del deber de moralidad, es una consecuencia jurídica (sanción) que integra, de alguna forma, el silogismo sentencial entre un hecho móvil e indeterminado (violación del principio de moralidad calificado como deber) al cual se le imputa una consecuencia jurídica (sanción) también indeterminada.

3.3. Manifestaciones del fenómeno

Hemos subrayado que las manifestaciones del principio de moralidad suelen estar repletas de cláusulas generales y expresiones elásticas, que no regulan expresamente los supuestos de hecho que constituyen violación a dicho principio. Esto hace particularmente difícil el identificar los casos en que puede valorarse judicialmente la conducta de las partes por violar aquellos imperativos abiertos. Lo que a su vez revela otro elemento de irracionalidad de este poder general otorgado al juez. Mencionemos cómo la doctrina lo describe[165], no obstante nuestra propia denuncia de falta de criterios objetivos para tal tarea.

Para Duque Corredor los comportamientos a los cuales puede atribuirse valor de indicio por violación de los deberes de lealtad y probidad procesales y los deberes de veracidad, de colaboración en el desarrollo del proceso y de no obstaculización a que están sometidas las partes, serían:

1) Comportamiento “omisivo” «que comporta la violación del deber de colaborar para esclarecer la verdad, permite al juez valorarlo negativamente, porque la falta de diligencia en la etapa probatoria es una presunción contraria a las pretensiones de la parte reticente»[166].

Sobre la falta de colaboración la sentencia dictada por un tribunal venezolano, el Juzgado de Juicio de la Coordinación del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, de fecha 21 de marzo de 2012, caso Samuel Antonio Zavarse c/ Beneficiadora de Aves Barquisimeto C.A., estableció en un caso donde un trabajador demandó daños y perjuicios derivados de una enfermedad ocupacional y no compareció a realizarse las pruebas médicas ordenadas por el Tribunal, que esta circunstancia constituye una conducta omisiva en la búsqueda en la verdad, declarando en el caso específico (aunado a otras motivaciones) sin lugar la pretensión de indemnización[167].

2) Comportamiento “oclusivo” «por la violación del deber de no obstaculizar el proceso, que implica más la intención de la parte de bloquear el desarrollo normal del juicio que de obtener una decisión favorable a sus alegatos o defensas, constituye una presunción contraria»[168].

Se deduce un deber de esta naturaleza del artículo 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que permite extraer conclusiones con relación a la conducta de las

partes: «[...] cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción [...]».

3) Comportamiento “contradictorio” o conducta “hesitativa”[169], «cuando una prueba directa desmiente la negativa de la contestación de la demanda, puede constituir un grave indicio desfavorable a la defensa, por la violación del deber de veracidad[170].

4) Comportamiento “mendaz”, o de reiteradas patrañas, que implica la violación del deber de no ocultar o alterar la verdad de los hechos, tiene eficacia negativa, porque de la actitud de la parte que deliberadamente oculta la verdad al concurrir a juicio, razonadamente se puede sospechar que se siente culpable por el hecho que se atribuye[171].

5) El comportamiento “desleal” es «un indicio contrario a quien niega, por ejemplo, la paternidad, porque quien oculta parte de la verdad, se hace sospechoso de ocultarla toda»[172]. Para el autor la valoración del comportamiento procesal debe ser apreciado a la luz de las reglas de la lógica o de la experiencia personal y dentro de los límites de la sabia prudencia, es decir, conforme a las reglas de la sana crítica a que se refiere el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Señala el autor que «partiendo de pruebas o actos procesales existentes en el expediente, donde consten determinados hechos cuyo examen permiten configurar un supuesto de faltas o incumplimientos a los deberes de lealtad y probidad procesales o de temeridad o mala fe procesal, el Juez puede inferir una conclusión favorable o desfavorable a las partes que ha incurrido en ese comportamiento. Se trata, entonces, de conclusiones a las que llegan los Jueces respecto de las consecuencias jurídicas de esos hechos»[173].

Para Rivera Morales de la conducta de las partes puede obtenerse inferencias incriminativas o excriminativas «siendo que dentro de las primeras se encuentran: la omisiva, la oclusiva, la hesitativa y la mendaz. En las segundas, pueden estar la colaboración en la prueba, la facilidad de la prueba y la veracidad fundada»[174].

Señala Rivera Morales que «en las conductas que son incriminativas creemos que deben abarcarse diversos elementos, de tal manera, que no pueda convertirse en lesión al derecho a la defensa. Por ejemplo, habría que determinar en el caso de la conducta omisiva si efectivamente hay dolo tratándose de ocultar pruebas. Lo mismo en el caso de la conducta mendaz, deberá probarse que es oclusiva y que se oculta la verdad, pero por sí solas no pueden constituir elementos indiciarios. Por ejemplo, una persona para no comprometer el honor de otra persona (ha permanecido durante horas en un hotel) miente en su coartada expresando que estaba en otro sitio y se demuestra que nunca fue allá, se destruye su coartada mendaz, pero ello no prueba indicio que lo relacione con el hecho delictivo. Deben satisfacerse como indicamos ut supra las diversas sub-relaciones para que pueda ser tomado como indicio incriminatorio con relación al hecho delictivo de investigación»[175].

Continúa el autor señalando que «por otra parte, tenemos la conducta activa de las partes en el proceso, por ejemplo, demanda, convenimiento de la demanda, etc. En la experiencia venezolana pocos son los casos en que de alguna manera se

haya tomado en consideración la conducta procesal de las partes. Específicamente hay algunas decisiones en torno al fraude procesal. Por ejemplo, en decisión sobre caso de fraude procesal la Sala Constitucional si bien no manifestó en forma expresa que la conducta procesal de las partes es el elemento determinante del fraude procesal, del cual puede inferirse el dolo o fraude, bien sea específico o colusivo, ésta -la conducta de las partes- ha sido el elemento fundamental que ha llevado a la Sala a desenmascarar y declarar el dolo o fraude procesal, circunstancia esta que nos motiva a expresar, que en materia de dolo o fraude procesal, la conducta de las partes en el proceso resulta un valioso elemento que ofrece un argumento probatorio -indicio- del cual puede inferirse el hecho desconocido y oculto por las partes, con fines ilícitos y fraudulentos tendientes a sorprender la buena fe procesal de alguna de las partes o de un tercero, en beneficio de una de las partes o de un tercero, es decir, el fraude procesal»[176].

El autor se refiere a la sentencia N° 77 dictada en fecha 9 de marzo de 2000, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, caso José Alberto Zamora Quevedo, donde se declaró el fraude procesal bajo las siguientes consideraciones:

Ahora bien, resalta -entre otras cosas- que ambas partes convinieron igualmente, en que la publicación del cartel de remate del inmueble de la demanda, se hiciera en un único cartel y que se fijara como justiprecio la suma de noventa millones de bolívares, "...con la finalidad de hacer menos onerosa la presente ejecución...", así como también destaca el hecho de que al acto de remate no compareció ningún postor, sino únicamente el apoderado actor, quien ofreció la mitad del justiprecio, esto es, cuarenta y cinco millones de bolívares para que le fuera concedida la buena pro a su representada Amalia Zavatti Saje, como en efecto ocurrió. (Ver, folio 92 y vuelto). Dado lo que ocurrió lógico y natural es que la "deudora" diera en pago el inmueble a la acreedora extrajudicialmente, ya que no existía contención entre las partes, por lo que es de deducir que la dación en pago no ocurrió porque la vía utilizada buscaba otro fin, cual era el desahucio del inquilino.

Si ambas partes estaban de acuerdo en los hechos y el derecho, y por ello el convenimiento; no era necesario el remate, ya que la dación en pago del inmueble se podía hacer extrajudicialmente, sobre todo si tomamos en cuenta que la deudora fue allanando el camino para el remate, conviniendo no sólo en un único cartel, sino en el avalúo. Considera esta Sala que esa falta de contención significa que el proceso se utilizaba como instrumento a otros fines, los cuales objetivamente no eran otros que desalojar al inquilino mediante el artificio del embargo y la entrega material, en un juicio donde el parentesco del actor y demandado parece evidente Amalia Zavatti Saje y Sonia Saje De Zavatti.

Ello así, considera esta Sala que en el referido proceso, las partes actuaron con un manifiesto concierto, lo cual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, constituye una conducta contraria a la ética y probidad que deben guardar las partes en todo proceso, a fin de que con éste se cumpla la función de administrar justicia, y no se desvíe el proceso hacia fines perversos, como lo fue en el caso analizado, el desalojo de hecho del ciudadano José Alberto Zamora Quevedo, del inmueble que ocupaba como arrendatario.

En consecuencia, esta Sala por las razones de resguardo del orden público constitucional señaladas en este fallo, con fundamento en los artículos 11 y 17 del Código de Procedimiento Civil, procede a declarar inexistente el proceso relativo a la demanda incoada ante el Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de

Caracas, por los abogados Juvencio A. Sifontes y Elio E. Castrillo, actuando en representación de la ciudadana Amalia Zavatti Saje, contra la ciudadana Sonia Saje De Zavatti, por la cantidad de noventa y tres millones trescientos treinta y tres mil treinta y tres céntimos (Bs. 93.333.333,33). Así se decide.

El caso anterior representa un auténtico caso de fraude procesal, que representa una situación jurídica propiamente diferente a la valoración judicial de la conducta de las partes por violación del principio de moralidad procesal, pues en el fraude procesal se somete a juicio, efectivamente, como señala Rivera Morales, la conducta de las partes (pues forma parte de la causa petendi o título de la pretensión de fraude), ya que se juzga si aquella fue o no fraudulenta, es decir, la conducta de las partes es el objeto del proceso; pero cuando hablamos de forma genérica de la valoración procesal de la conducta de las partes para extraer elementos de convicción por violación de la moralidad procesal, nos referimos a un mecanismo para acreditar o desacreditar una pretensión (o una prueba) dentro de un proceso que no tiene como objeto de ese proceso, la conducta, sino otro hecho, que por vía de contingencia se ve acreditado o desacreditado por el comportamiento procesal de los sujetos procesales.

Continuando con la manifestación de las conductas procesales a ser valoradas, la doctrina que se expide sobre el tema señala respecto a la actuación del actor que «su conducta se dejará ver en los términos de la demanda, en la claridad de su pretensión, en el cumplimiento de las formas iniciales, en su esfuerzo por cumplir con las notificaciones de manera real y eficaz, en la coherencia de sus actos durante todo el juicio que lo ha decidido llevar adelante. Durante el período de prueba, las reglas estáticas le imponen cierta actividad ineludible. Pero, sin duda, una “actitud” de aportación -o facilitación- de pruebas cuya carga correspondería, según la clásica división de los hechos, al demandado, habla a favor del respeto por su parte al principio de colaboración. Contrariamente, una posición de excesiva pasividad en circunstancias de prueba difícil, por ejemplo, podría ser considerada negligencia, y poner en marcha algunas de las reglas dinámicas de la carga»[177].

Con relación al demandado, uno de los supuestos que pueden activar la valoración judicial de la conducta lo sería, para la autora citada, el «exceso de defensa»[178].

Señala que «los ejemplos abundan y como muestra veamos sino a aquel demandado que sólo comparece en el juicio y luego permanece inactivo hasta que, una vez dictada la sentencia definitiva, interpone recursos de nulidad y apelación contra la misma. O al que obstaculiza con zigzagueos sin sustento la producción de las pruebas. O al que interpone múltiples e infundados incidentes, encareciendo o alongando el juicio. O al que niega falazmente la autenticidad de una firma, rechaza una notificación por pieza postal...»[179], concluyendo que estas actuaciones no pueden resultar gratuitas a quien las comete.

Unas de las formas en que se manifiesta la valoración judicial de la conducta, según la doctrina que la sigue, es mediante la aplicación de las cargas dinámicas (o dinámica de las cargas) por falta al deber de colaboración, conducta que si bien «no en sí misma un medio probatorio, constituye el combustible que pone en marcha la dinámica de las cargas»[180], particularmente en los casos de prueba difícil.

3.4. Límites a la valoración judicial de la conducta de las partes

Con la finalidad de dejar claro cómo es concebido el instituto desde la doctrina que lo prohija, vale destacar que a la valoración judicial de la conducta de las partes se le imponen límites. En este sentido Zambrano indica que «lo que sí debe tratarse con sumo cuidado es la forma de valoración de los mencionados indicios porque en el proceso civil venezolano por su predominante forma escrita, podrían vulnerarse los principios de control y contradicción de la prueba porque el indicio entra al proceso en un hecho probado y que según el razonamiento del juez va a demostrar el hecho desconocido e indicante»[181].

En este sentido J.W. Peyrano, precisa imponer límites entre ellos «diferenciarlo del supuesto en el que lo que se pondera es el comportamiento extraprocesal de los litigantes» y asimismo «estar prevenido sobre posibles aplicaciones excesivas de la doctrina en análisis». Señala también, como una característica, más que un límite, que si bien la misma en la mayoría de las hipótesis «se tratará de una conducta procesal desarrollada por alguna de las partes, también - excepcionalmente, eso sí- puede darse el caso de que el proceder computable provenga de quien no es formalmente parte»[182].

El autor agrega como un asunto de límites, el que la valoración judicial de la conducta de las partes no siempre dará lugar a valoraciones judiciales desfavorables a sus autores pues puede «darse el supuesto de que un proceder litigioso sea objeto de una valoración judicial favorable a su autor, desde la perspectiva que venimos examinando; es decir, como una fuente de convicción judicial»[183].

Para Balestro «la conducta desarrollada por quienes se ven involucrados en un pleito puede y debe ser valorada por el juez, tanto positiva como negativamente»[184], en el mismo sentido M. Peyrano señala que puede jugar «como elemento corroborante de las pruebas producidas en el expediente, o bien, ante la ausencia total de material probatorio (como puede darse quizás en una acción de filiación o simulación), aplicarlo juntamente con las reglas de la carga de la prueba para condenar o absolver a las partes»[185].

También se agrega que queda excluidos del fenómeno de estudio los actos que ejecutan el juez y el resto de los integrantes del tribunal[186]. Por otra parte se presenta el dilema para la doctrina que acepta este instituto sobre si la misma tiene la virtualidad de ser capaz por sí sola permitir al juez decidir, supliendo las pruebas producidas o si por el contrario sirve para valorar las pruebas producidas[187].

3.5. Supuestos específicos de valoración judicial de la conducta de las partes

Como se señaló supra, el ordenamiento procesal venezolano regula casos, como el de la actio ad exhibendum, que son, sin lugar a dudas, manifestación mecanismos procesales que se sirven del concepto de carga procesal para traer a los autos alguna prueba[188], no de un deber ni de una obligación. De manera que relacionar estos fenómenos con el deber de moralidad no resulta correcto según nuestro entender, pues las mismas atienden al concepto de carga por razones de conveniencia, particularmente por facilidad y posibilidad de acceso a la prueba.

No se trata de un imperativo que surja por deber de colaboración (manifestación del principio de moralidad) sino una carga procesal impuesta a una de las partes al ponerse en marcha un mecanismo procesal específico, que establece consecuencias procesales por su no levantamiento (lo mismo ocurre con los artículos 448 y 505 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 13 de la Ley de Procedimiento Marítimo). Y en efecto, según estas normas el juez valora la conducta de las partes que, por el no levantamiento de una carga, genera una consecuencia jurídica.

Se trata pues de cargas procesales, no de deberes ni de obligaciones. En casos como el del artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, en su último aparte, así como el caso del último aparte del artículo 505 eiusdem, estamos en presencia de cargas imperfectas, esto es, que se le otorga al juez el poder seleccionar y de determinar las consecuencias del comportamiento de la parte que se niegue a presentar el documento o a someterse a la inspección. Tanto en este caso como en el caso en el cual las consecuencias son establecidas expresamente por el legislador, estamos en presencia del concepto de carga procesal. Es decir, un imperativo del propio interés de la parte apercibida de colaborar, que puede acarrearle, en caso de no levantar la carga (hecho negativo=indicio), consecuencias perjudiciales (presunción en su contra).

Particular interés encontramos en la norma prevista en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil:

Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto.

Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje.

En el caso de la norma anteriormente transcrita, no obstante utilizar el legislador la expresión colaboración material, la misma debe entenderse en el contexto de la norma y no como colaboración general-manifestación del deber de moralidad[189].

El contexto de la norma describe la situación en la cual la colaboración de una de las partes es necesaria, en el entendido de intervención o participación para ejecutar o evacuar una prueba. Sin su colaboración material la prueba no puede llevarse al proceso, razón por la cual el legislador prevé la posibilidad de que el juez, frente a la negativa de colaborar, imponga la carga a la parte cuya colaboración se requiere, intimándola (apercibiéndola) a que permita adquirir para el proceso la prueba, dándole un plazo (no obstante la norma no lo establezca) so pena de que se tengan como exactas «las afirmaciones de la parte contraria al respecto» (primer supuesto de la norma) o, en caso de pruebas sobre la persona humana, el juez infiera de «la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje» (segundo supuesto de la norma).

La norma en cuestión ha sido particularmente analizada en el contexto de la prueba de la paternidad en coordinación con el artículo 210 del Código Civil[190]. Así, la doctrina jurisprudencial, particularmente, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia estableció en sentencia N° 288 de fecha 16 de mayo de 2002, respecto al referido artículo 505 del Código de Procedimiento Civil y a la prueba de paternidad, lo siguiente:

[...] el Tribunal con vista en la actitud renuente del demandado a colaborar en la prueba, dejó sin efecto la diligencia y consideró que había una presunción legal iuris tantum de la prueba de paternidad y al no haber en autos prueba en contrario de la referida presunción legal, estimó que estaba plenamente comprobada la paternidad demandada y declaró con lugar la demanda y no confundió la presunción legal relativa a la que se refiere la norma con la presunción de hombre establecida en el artículo 1.399 del Código Civil, como señala el formalizante, por lo que sin duda el juez no incurrió en error de interpretación del artículo 210 del Código Civil y como consecuencia de ello, no puede prosperar la delación interpuesta[...]

La misma Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia RC N° 0094, de fecha 03 de mayo de 2000, caso: Toni Di Bonaventura expresamente señaló:

... Cuando la evacuación de la prueba depende de la voluntad de la persona sobre quien deba practicarse, no siendo posible forzarla al efecto, el Juez está autorizado por la norma del artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, en caso de negativa de la misma a la evacuación, para sacar presunciones que su prudente arbitrio le aconseje. Ello quiere decir que conforme a las circunstancias que rodeen la realización de la prueba y que puedan llegar a considerar no justificada la negativa, el Juez presumirá que el objetivo perseguido por la misma ha quedado demostrado, porque, aun cuando no ha querido el legislador dar carácter definitivo o determinante a esa presunción, no hay duda que a ello se propende como finalidad del dispositivo citado, el cual de otra manera carecería de sentido o efecto real. Por consiguiente, salvo que consideraciones sobre extremos o circunstancias que debe analizar y ponderar y que en sana crítica justifiquen la negativa, el Juez debe presumir el resultado de la prueba en el sentido señalado...

Asimismo, en el desarrollo de este mecanismo previsto en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, en un caso donde el demandado (y/o su apoderado) en inquisición de paternidad esquivó por diferentes mecanismos procesales la práctica de la prueba de Adn la Sala Constitucional señaló que:

... era un deber de la parte prestar su colaboración a los efectos de lograr los objetivos del proceso, razón por la que resulta lamentable que el demandado incluso su apoderado en juicio, lejos de estar pendiente de realizarse la prueba, haya realizado numerosos y constantes actuaciones en el expediente sin que alguna hubiese tenido como propósito favorecer la evacuación de la prueba de dicho medio probatorio; prueba de ello, es que, del mismo modo que ocurrió en la tramitación del proceso en el tribunal de la causa, luego de pronunciada la sentencia de la Sala de Casación Social, cuya revisión ocupa a esta Sala, y que ordenó la reposición de la causa al estado de que se realizara la notificación del demandado para la realización de la prueba de Adn, de acuerdo con la información suministrada por la Jueza Coordinadora del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional a esta instancia

judicial, la notificación del demandado ordenada por esa Sala no ha sido posible y, mientras tanto, el demandado ha planteado varias incidencias (incompetencia del tribunal, etc.)... (Vid. sent. n° 1235, 14/08/2012. Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Ana Victoria Uribe Flores. Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán).

En esta decisión, por ejemplo, se califica la actitud de la parte (y/o la de su apoderado), como una conducta censurable, poco proba, violatoria del orden público, de la buena fe procesal, del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, como una conducta nociva «que deriva de la apreciación de gran cantidad de escritos, de argumentos, de incidencias, de recursos con propósitos dilatorios», declarándose que el demandante abusó del proceso.

Consideró la Sala asimismo que debió aplicarse la norma prevista en el artículo 452 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que permite aplicar supletoriamente el artículo 48 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que habilita «extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes, de sus apoderados o de los terceros...» pues el demandado debió prestar su colaboración en la causa. Interpretación que hace la Sala sobre la base del principio de primacía de la realidad (Art. 450 j] de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

Como dato curioso, la Sala Constitucional, no obstante las consideraciones sobre la violación de la buena fe procesal, no ordenó oficiar a los organismos disciplinarios correspondientes, ni tampoco justifica los parámetros para extraer elementos de convicción de la conducta de las partes.

En todo caso, lo que queremos resaltar con el caso en ejemplo es que sobre la base del principio de moralidad se interpretan mecanismos probatorios que en rigor de verdad no tienen relación inmediata con la buena fe procesal o moralidad. Insistimos que son mecanismos que se fundamentan en la idea de necesidad de la prueba, disponibilidad y acceso a la misma; y es la norma de ley la que regula con suficiencia cómo traer al proceso la fuente de prueba, bajo apercibimiento dirigido a la persona que debe prestar la colaboración (carga de colaboración).

Sin lugar a dudas que en estos supuestos se valora la conducta de la parte, como un auténtico indicio generado en el contexto de un medio probatorio, pero no (o al menos no debería ser así) bajo la apreciación subjetiva de cada juez, sino bajo parámetros objetivos previstos en la ley. Esto es, por el no levantamiento de una carga. Es el concepto de carga el que debe aplicar acá, no el de deber (de colaboración). Es también evidente que hay en la norma de ley una intención racional de permitir y posibilitar se conozca la verdad.

Así por ejemplo, en un caso hipotético de inquisición de paternidad, de no generarse la carga en el demandado de someterse a una inspección en atención al mencionado artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, v.gr., por no haber sido promovida la prueba de experticia científica (Adn)[191] por la parte demandante, no podría hablarse sensatamente de un deber genérico de colaboración (pues todo proceso es dialéctico y contradictorio)[192].

Así las cosas, la valoración judicial de la conducta de las partes prevista en mecanismos probatorios es diferente a la valoración judicial de la conducta de las partes por violación del deber de moralidad o buena fe procesal.

Conclusión [\[arriba\]](#)

El temor a ser sancionado[193] por no decir la verdad, ser excesivamente “litigioso” en la defensa, no colaborar con la justicia, ser desleal o ímprobo, y en definitiva, el violar alguno de los deberes que se derivan del principio de moralidad procesal, puede considerarse como limitación indirecta a la actividad de defensa; que a nuestra manera de ver resulta en la mayoría de los casos poco razonable en el contexto donde opera dicha limitación: El proceso, donde dos partes se enfrentan en debate dialéctico[194].

Como hemos indicado existen elementos de irracionalidad en estas normas que otorgan al juez el poder de decidir la controversia tomando en cuenta la conducta de las partes contraria al principio de moralidad procesal, particularmente su vaguedad. En este sentido, se dice que cuando un hecho es analizado bajo una perspectiva valorativa estamos en presencia de la valoración normativa del hecho[195] y esta se produce cuando la norma no se define usando términos “descriptivos” o “fácticos”, o no sólo mediante estos términos, sino apoyándose en el uso de términos valorativos[196].

La actividad que hace el juez al valorar judicialmente la conducta de las partes por contrariar el principio de moralidad, puede calificarse dentro de aquella compleja categoría pues el juez, partiendo de un hecho indeterminado, la conducta de las partes, hace una valoración tomando en cuenta otro hecho no determinado y abierto v.gr. la violación del principio de moralidad. En este sentido, señala Taruffo que «decir que existe el hecho al que la norma atribuye determinadas consecuencias jurídicas significa realizar una enunciación compleja, ya que en realidad, está formada en dos enunciaciones: una de ellas afirma que el hecho ha ocurrido, la otra, que ese hecho tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración»[197]. Y con relación a la prueba de ese tipo de hecho complejo señala el mismo autor que «solo puede ser objeto de prueba la enunciación descriptiva referida a la existencia de una determinada ocurrencia, no así la enunciación valorativa que califica esa ocurrencia de una determinada forma»[198].

Este elemento de indeterminación objetiva presente en la valoración del hecho, se presenta en la mayoría de los casos de conducta contraria al principio de moralidad a través de lo que la doctrina llama «técnica de identificación indirecta, sobre la base de los efectos valorativos negativos (o -a veces- positivos) que “algo” produce»[199].

Señala Taruffo que esto es lo que sucede «siempre que se individualiza el supuesto de hecho en función de su “contrariedad” con un valor o un sistema de valores, como, por ejemplo, en el caso de los “actos contrarios a las buenas costumbres”, de las “conductas antisindicales”, etc. En casos como éstos, la individualización se hace sólo por referencia al criterio valorativo (las buenas costumbres, los derechos e intereses de las organizaciones sindicales), pero no hay identificación alguna, siquiera vaga, referente al “hecho” que puede ser valorado negativamente: en

realidad, cualquier “acto” puede ser contrario a las buenas costumbres y cualquier conducta puede ser antisindical»[200].

Tal como se señaló supra, la conducta de las partes dentro del proceso, que se manifiesta a través de actos procesales, no puede ser considerada como perteneciente a la categoría probatoria (salvo que se trate de conducta procesal realizada en el contexto de un mecanismo probatorio v.gr. exhibición documental, inspección u otras pruebas ex artículo 436 y 505 del Código de Procedimiento Civil o el mencionado caso del fraude procesal), de manera que este último señalamiento confirma que la valoración que haga el juez de la conducta procesal de las partes, que se diga violatoria de la moralidad procesal, escapa de la parcela probatoria del proceso para inscribirse fundamentalmente en un tipo de sanción.

Opina Unamuno que «las determinaciones de valor, no sólo no son nunca racionalizables, son antirracionales»[201], y en efecto las normas que prevén el fenómeno que se estudia, tal como se anticipó, son triplemente indeterminadas. En primer lugar, parten de conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales o normas en blanco (valoraciones positivas o negativas). En segundo lugar, porque los hechos que activan su aplicación son asimismo indeterminados. En tercer lugar, porque la consecuencia jurídica es igualmente indeterminada[202].

Y como señala Taruffo «cuanto mayor es la vaguedad del criterio de valoración (como sucede especialmente en los conceptos jurídicos indeterminados) mayor es también la indeterminación del hecho al que la norma es aplicable»[203].

La cuestión sería baladí si esas valoraciones fueran sólo ejercicios académicos sin consecuencias prácticas, pero sabemos que no es así, pues permiten al juez “fundar” su decisión sobre este tipo de valoraciones. Reiteramos que se trata de una sanción por la violación de un deber.

Por otra parte, admitir la valoración judicial de la conducta de las partes contraria a la moralidad como elemento de convicción para la decisión comporta una contradicción.

Esto pues, se parte, entre otros tópicos, de la necesidad de un deber de veracidad, cuya inobservancia acarrea o puede acarrear como sanción la pérdida de la prueba e incluso del litigio; pero acá se olvida alcanzar, precisamente, la verdad. Pues lo que se juzga es el comportamiento de las partes, y en la mayoría de los casos el comportamiento de sus abogados, y no la correspondencia de sus pretensiones o defensas con la verdad que se pretende establecer.

Se hace un salto inferencial, con poco o nada de lógica: quien no dice (o dice) la verdad o se comporta mal (o bien) debe ser sancionado (o premiado) con una inferencia (probatoria) o razonamiento judicial en su contra (o a su favor) que lo puede llevar a perder (o ganar) el pleito. Se juzga la verdad (!) a través de la intuición, reacciones individuales y apreciación subjetiva del juez acerca de la moralidad de la conducta en el proceso, y no la conducta anterior y fuera del proceso con relevancia jurídica que es precisamente el objeto del proceso y que debe ser traída al mismo a través de los medios probatorios correspondientes.

Utilicemos la misma lógica que Beccaria usó para cuestionar la tortura, salvando las distancias entre nuestro tema y aquel. En efecto, respecto a las contradicciones en el interrogatorio señala el autor: «El segundo motivo es la

tortura que se da a los supuestos culpables cuando en su interrogatorio caen en contradicciones; como si el temor de la pena, la incertidumbre del juicio, el aparato y la majestad del juez, la ignorancia común a casi todos los criminales y los inocentes, no debieran hacer caer probablemente en contradicción tanto al inocente que teme como al culpable que trata de encubrirse; como si las contradicciones frecuentes de los hombres cuando están tranquilos, no debieran multiplicarse en el ánimo turbado, completamente absorto por el pensamiento de salvarse del inminente peligro»[204].

Los jueces al decidir casos deben expresar los motivos de su decisión, esto es, racionalizarla (o justificarla). Muchos son los motivos que llevan al juez a tomar una decisión jurisdiccional (algunos inconfesables), y precisamente el control racional, que viene con el estudio de la motivación, tiende a eliminar sentencias basadas en motivos o móviles arbitrarios, tales como prejuicios, estados de ánimo, ideología y otras circunstancias subjetivas no racionalizables[205]. La valoración judicial de la conducta de las partes por violación del deber de moralidad, prevista en norma expresa o inexpressa, es pues una manera de aceptar que, en la mayoría de sus usos, se tomen decisiones basadas en motivos no racionalizables.

La conducta de las partes puede perfectamente ser utilizada por los abogados en su retórica para crear ánimo en los jueces, pero éstos no pueden basarse en aquella para justificar sus decisiones.

En el proceso venezolano la buena fe procesal debe ser entendida como un deber general de no actuar de mala fe, bien para con la contraparte, el juez o terceros y que se concreta en el deber de no mentir, no formular argumentos manifiestamente temerarios y no obstaculizar de manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento del proceso.

El proceso como método tiene reglas, que establecen quién debe probar y quién sufrir las consecuencias de no haber probado, así como reglas que imponen al juez aplicarlas atendiendo a la debida congruencia entre lo pedido (pretendido y resistido).

El reconocimiento que, desde el Código de Procedimiento Civil venezolano (por interpretación de doctrina autoral) y de leyes de rito especiales como la vigente Ley Orgánica Procesal Laboral venezolana (artículo 48 y 122), se hace al poder del juez que le permite extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes por violación del deber de moralidad, resulta que se inclina hacia soluciones incoherentes con el sistema procesal y la garantía del debido proceso.

Constituye p.,ej., violación del artículo 44.3 de la Constitución (prohibición de que las penas trasciendan) al sancionar, como regla, a una parte con la pérdida del pleito o de la prueba por la conducta de su abogado. Además, constituye violación directa del artículo 49.1 de la Constitución, pues al admitirse este tipo de institutos mediante el concepto de prueba, significa por vía de consecuencia admitir pruebas nulas, que no respetan el debido proceso, control y contradicción de la prueba. Constituye a su vez violación directa del artículo 49.6 de la Constitución, que garantiza el pilar garantista del nulla pœna sine lege, al sancionar conductas no definidas en supuestos de hechos previstos legalmente con anterioridad al hecho sancionado, con base en normas en blanco que tampoco

establecen las sanciones, bajo criterios indeterminados por la ley, y determinados por el juez según sea el caso.

En síntesis, la irracionalidad del poder otorgado al juez para extraer elementos de convicción de la conducta de las partes, se manifiesta al prohiar la propia irracionalidad del derecho, tanto lingüística (favoreciendo la vaguedad y la inseguridad) como pragmática (al prescribir en contra de la realidad de las cosas y particularmente de la realidad que justifica al proceso). En cuanto a la primera, se trata de un caso de indeterminación y vaguedad de normas sancionatorias, lo que produce una inmediata antinomia entre ellas y las garantías procesales constitucionales (principio de legalidad de la sanción); y en el mismo sentido, se produce una antinomia constitucional con las normas que prohíben que las penas trasciendan del sujeto sancionado, al sancionarse a la parte, por la conducta de su abogado, con la pérdida del litigio (o de la prueba). Lo que se relaciona inmediatamente con el segundo aspecto, a saber, la irracionalidad pragmática, pues se trata de normas que desconocen la complejidad procesal, el derecho de defensa y contradicción en el proceso y su manifestación a través de la asistencia letrada, que tiene fundamento, a su vez, en normas propias (deberes del abogado).

Encontramos, pues, una irracionalidad como incoherencia de estas normas, en el entendido que desconocen el contexto donde se pretenden aplicar, a saber, el proceso como método de debate dialéctico garantizado y prometido en la Constitución. Y se descubre una incoherencia con los propios fundamentos que inspiran a estas normas, pues ellas, lejos de alcanzar la verdad[206], tienen la potencialidad de favorecer la inseguridad y arbitrariedad jurisdiccional.

Notas [\[arriba\]](#)

** El presente escrito retoma y reelabora el texto de la ponencia presentada en el III Congreso de Derecho Procesal: "Constitución y reforma del Código de Procedimiento Civil" en Homenaje al Dr. Román José Duque Corredor, Valle de la Pascua, 30 y 31 de octubre de 2015, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Procesales del Estado Guárico.*

*** Universidad Católica Andrés Bello, Abogado y Especialista en Derecho Procesal. Universidad Nacional de Rosario, Argentina, Doctorando y Magíster Scientiarum en Derecho Procesal. Visiting scholar en la Università degli Studi di Padova, Italia. Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Diplomado de Docencia en Educación Superior. Profesor en Pre-Grado, Universidad Católica Andrés Bello y Post-grado, Universidad Central de Venezuela.*

[1] Nos referimos a los artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela. Al respecto véase Henríquez La Roche, Ricardo: El nuevo proceso laboral venezolano, Cejuz, Caracas, 2006, pp. 195-204 y 392-394.

[2] En este sentido, sobre la base de una norma expresa, a saber, el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en coordinación con otras normas expresas, v. gr. el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 26 (tutela judicial efectiva), 49 (debido proceso) y 257 (el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia) de la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela se infiere una norma inexpressa, a saber, que el juez civil debe/puede extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes contraria al principio de moralidad o buena fe procesal.

[3] Las normas inexpressas son «recabadas de las normas formuladas (o de una combinación de normas formuladas, o de una combinación de fragmentos de normas formuladas) mediante procedimientos argumentativos de diversa naturaleza, bien lógicos (p. ej. deductivos), o pseudo lógicos (por ejemplo, por vía de analogía)» Cfr. Guastini, Riccardo: *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 56, 427-434.

[4] El racionalismo, vocablo no entendido en modo unívoco, Vid. Ferrater Mora, José: *Diccionario de Filosofía*, 4ª ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1958, p. 1129, es utilizado en este trabajo fundamentalmente como «teoría según la cual la razón equiparada con el pensar o la facultad pensante es superior a la emoción y a la voluntad» Vid. Íd., p. 1127., en el entendido que en el proceso la facultad pensante (mejor dicho, decisoria) del juez está condicionada por características propias del método, que hacen necesario que la emoción y/o voluntad del juzgador queden fuera de los elementos que pueda legítimamente considerar para decidir; además incluimos referencia a la racionalidad como coherencia del sistema normativo (en funcionamiento). Y precisamente, las normas que cuestionamos en este trabajo favorecen el imperio de la emoción y voluntad (además de otros elementos no jurídicos) del juez en la toma de sus decisiones y la incoherencia con algunas normas del ordenamiento jurídico (p. ej. la no discriminación entre abogado y parte). Tampoco estudiamos el racionalismo que se estudia como característica del razonamiento o la argumentación judicial (al razonar o dar razones), es decir, como proceso intelectual, pues escapa de nuestro objeto de investigación, sobre lo cual puede verse Taruffo, Michele: *La motivación de la sentencia civil*, Trad. L. Córdova Vianello, Trotta, Madrid, 2011, pp. 201 ss., no obstante que «en el mundo del Derecho también hay razonamientos que necesitan de ciertas reglas para lograr sus fines y esto es racional» Cfr. Tosta, María Luisa: *Lo racional y lo irracional en el derecho*, Ucv, Caracas, 2009, p. 210., ni tampoco nos referimos a la racionalidad probatoria o principio de racionalidad de la prueba, Vid. Couture, Eduardo J: “Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1979, t. I, pp. 318 ss., al respecto véase también Rivera Morales, Rodrigo: *Actividad probatoria y valoración racional de la prueba*, Librería J. Rincón G, Barquisimeto-Venezuela, 2010, *passim.*, pues como se expondrá en el texto principal, se cuestiona el poder del juez per se (o las normas que atribuyen este poder), más allá (o mejor, antes) de la valoración probatoria. Entendemos que el poder general que se cuestiona privilegia, no la resolución de la controversia en atención las reglas del proceso, sino en atención a valoraciones subjetivas del juez (donde se inscriben prejuicios, ideologías, sentimientos y emociones). Lo que resulta contrario e incoherente a la idea de proceso como método de debate dialéctico e instrumento de justicia.

[5] Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Reimp., 1ª parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 259.

[6] Cfr. Íd. Sobre cuáles son los principios que rigen al proceso, la doctrina procesal no es conteste y es evidente que la toma de posición ideológica determina qué principios se incluyen como rectores del proceso, al respecto Vid. Couture, Eduardo J: *ob. ult. cit.*, pp. 292 ss., asimismo véase Cuenca, Humberto: *Derecho procesal civil. La competencia y otros temas*, 9ª ed., Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 2005, t. I, pp. 52-53, por ejemplo, en Venezuela la doctrina autoral considera como principios procesales a la oralidad y a la escritura, la intermediación o mediación, la concentración o el fraccionamiento, y como paradigma de principios procesal al denominado principio

dispositivo y al principio inquisitorio. Vid. Rengel-Romberg, Arístides: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987, Ex Libris, Caracas, 1991, t. I, pp. 33 ss. Para Alvarado Velloso tales líneas directivas (principios) son únicamente: principio de igualdad de las partes, principio de imparcialidad del juzgador, principio de transitoriedad del proceso, principio de eficacia de la serie procedimental y principio de moralidad procesal. V. Alvarado: ob. ult. cit., pp. 260-262. Sobre los diversos conceptos de principios jurídicos véase Bobbio, Norberto: "Principi generali di diritto", en Saggi sulla scienza giuridica, Giappichelli, Torino, 2011, p. 98., así como Guastini: ob. cit., pp. 75 ss., siendo nuestro interés resaltar en esta sede que la doctrina procesal es conteste en identificar a la moralidad o buena fe procesal, como un principio del derecho procesal.

[7] Cfr. Chiovenda, Giuseppe, Principios de derecho procesal civil, 3ª ed., Trad. J. Casais y Santaló, Reus, Madrid, 1977, II, p. 211., sin embargo, la lectura completa de la opinión del autor es crítica, líneas después que afirma lo citado en el texto principal.

[8] Es el caso del artículo 162. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, del artículo 241 del Código General del Proceso de Colombia, del artículo 56 del Código Procesal Civil de Paraguay, del artículo 282 del Código Procesal Civil de Perú, del artículo 142. 2 de Código General del Proceso de Uruguay y los artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en Venezuela. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica establece en su artículo 177.3., que la falta de colaboración de una parte en la práctica de una prueba permite al juez confirmar la exactitud de la afirmación de la parte contraria. Probablemente el antecedente de normas de este género se encuentre en el parágrafo 2°, del artículo 116 Codice di procedura civile italiano de 1942, que debe ser entendido como un supuesto especial que regula la posibilidad del juez de inferir argumentos de prueba del comportamiento de las partes en el proceso, entendido como un verdadero neologismo jurídico, cf. Taruffo, Michele: La prova nel processo civile, Giuffrè, 2012, pp. 1116 ss. En sentido similar la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 en su artículo 307 regula el efecto procesal del silencio del litigante.

[9] Incluso se han construido interpretaciones particularistas sobre la significación de ciertos actos procesales y sus efectos (nos referimos al planteamiento de la excepción procesal de arbitraje en Venezuela, que según sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela n° 1067/2010, caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A c/ Oceanlink Offshore III AS, publicada en Gaceta Oficial n° 39.561 de 26 de noviembre de 2010, debe hacerse a través de la excepción de falta de jurisdicción, siendo necesario, además, que el juez haga «un examen respecto de si las conductas procesales de las partes en disputa expresan una indiscutible orientación de someterse a arbitraje»). Al respecto véase nuestro trabajo "Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de jurisdicción cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral" en Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, N° 3, 2014, pp. 315 ss.

[10] En Venezuela encontramos antecedentes normativos que imponen deberes de lealtad y probidad en procedimientos administrativos, como la derogada Ley de Costos y Precios Justos de 2011, que establece en el artículo 49.5: «Los procedimientos contemplados en el presente Capítulo se rigen, entre otros, por los siguientes principios: ... Omissis... 5. Lealtad y probidad procesal: Los interesados, interesadas, sus apoderados, apoderadas, abogados y abogadas deben actuar en el procedimiento con lealtad y probidad. En este sentido, se podrán extraer conclusiones en relación al interesado o interesada atendiendo a la conducta que éste asuma en el procedimiento, especialmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios

probatorios o con otras conductas de obstrucción. Dichas conclusiones deben estar debidamente fundamentadas».

[11] Es el caso, p .ej., del artículo 505 del Código de rito civil, que establece: «Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto. Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje».

[12] En efecto la multivocidad de una palabra lleva a diferentes significados, lo que conduce a su vez a la ambigüedad. Vid. Álvarez Gardiol, Ariel: Lecciones de epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las ciencias jurídicas, Unl, Santa Fe, 2004, pp. 59-60.

[13] Cfr. Alsina, Hugo: Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1982, t. I, p. 277. También Alvarado Velloso, Adolfo: Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Reimp., 2ª parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pp. 86-87.

[14] Vid. Alsina: ob. ult. cit., p. 277.

[15] V. Borjas, Arminio: Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano, 5ª ed., Librería Piñango, Caracas, 1979, t. I, p. 105, Cuenca, Derecho procesal civil. La competencia y otros temas, cit. pp. 318-321, Rengel-Romberg, Arístides: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987, Ex Libris, Caracas, 1991, t. II, p. 9. Ortiz-Ortiz, Rafael: Teoría General del Proceso, 2ª ed., Frónesis, Caracas, 2004, p. 491, Alvarado: ob. cit., p. 87, Couture, Eduardo: Vocabulario Jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 443, Véscovi, Enrique: Teoría general del proceso, Temis, Bogotá, 1984, p. 186, Alsina: ob. ult. cit., p. 278, Devis Echandia, Hernando: Compendio de Derecho Procesal, 10ª ed., abc, Bogotá, 1985, t. I, p. 225, Morales Molina, Hernando: Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, 11ª ed., abc, Bogotá, 1991, p. 225, Redenti, Enrico: Derecho Procesal Civil, Trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1957, t. I, p. 151, Chiovenda, ob. cit., pp. 6-7. V. También Chiovenda, Giuseppe: Instituciones de Derecho Procesal Civil, Trad. E. Gómez Orbaneja y R. Greco, Valletta, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 204. Liebman, Enrico Tullio: Manual de derecho procesal civil, Trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1980, p. 66, Mandrioli, Crisanto: Corso di Diritto Processuale Civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali, 8º ed., Giappichelli, Torino, 2010, t.I, pp. 179-180, Montero Aroca, Juan et al: Derecho jurisdiccional II. Proceso civil, 18º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 56 ss.

[16] Cfr. Calamandrei, Piero: Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código, 2ª ed., Trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1973, vol. II, p. 297.

[17] Cfr. Carnelutti, Francesco: Cómo se hace un proceso, Trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Temis, Bogotá-Colombia, 2007, p. 44.

[18] Cfr. Íd.

[19] Vid. Alvarado: ob. ult. cit., pp. 93-94.

[20] Cfr. Mandrioli: ob. cit., p. 182.

[21] Cfr. Zagrebelsky, Gustavo: Principio y votos. El Tribunal Constitucional y la política, Trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2008, p. 75.

[22] Cfr. Íd.

[23] En ordenamientos como el inglés, se puede hacer un parangón con la división

de trabajo entre abogados y procuradores que conocemos en Latinoamérica, con su aparentemente correspondiente inglés Barrister y Solicitor, que en rigor de verdad tiene muchas particularidades y diferencias, pero cuya diferencia fundamental radica particularmente en los rights of audience o derechos de audiencia. V. Roca López, Miquel y Caldin, Hugh: El arbitraje Marítimo en Londres, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 23 ss.

[24] Cfr. Rengel-Romberg: ob. ult. cit., p. 21. Véase también Alvarado: ob. cit., p. 92.

[25] En Venezuela tal es el caso del amparo constitucional, según establece el artículo 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Asimismo, para el juicio breve previsto en el artículo 882 del Código de Procedimiento Civil; o el beneficio de litigar sin gastos previsto en el artículo 175 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

[26] Cfr. Calamandrei, Piero: Las buenas relaciones entre jueces y abogados, Leyer, Bogotá, 2005, p. 74.

[27] Cfr. Montero Aroca, Juan: “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, en Aa.Vv., Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Coord. J. Montero Aroca, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 337-338. Para Muñoz Sabaté, Luis: Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Temis, Bogotá, 1997, p. 458., «otra consideración a efectuar es la referente al grado de subjetivización de la conducta procesal, habida cuenta de que no en pocas ocasiones dicha conducta se debe al abogado o procurador de la parte y no a ella misma. Existen sin embargo unas reglas de juego que conviene respetar. El mandante (en este caso el litigante) asume la responsabilidad de los actos efectuados por su mandatario, ya que en cierto modo se presume que los fines de ambos son coincidentes en que la estrategia probatoria del técnico se estructura en función de los medios históricos de que dispone el cliente».

[28] En este sentido se señala que «cuando se habla de abuso del proceso cometido por una parte, usualmente hay una inclinación a usar una fuerte simplificación que puede ocultar la naturaleza del fenómeno. En realidad, puede suceder que un abuso sea atribuido a la parte personalmente, cuando es precisamente la parte quien es responsable del comportamiento abusivo, o al menos cuando el abogado ha actuado sobre la base de instrucciones precisas y específicas dadas por el cliente. Es bien conocido, sin embargo, que en muchos casos el abogado dispone de un amplio margen de discrecionalidad en la decisión de las iniciativas procesales a tomar, y de las elecciones defensivas que parecen más convenientes a los intereses de su cliente. Muy a menudo, el autor real del acto o del comportamiento abusivo es el abogado y no el cliente, en la medida en que el abogado se encuentra en libertad de defender los intereses del cliente dentro del ámbito de su propia capacidad profesional». Cfr. Taruffo, Michele: “El abuso del proceso: perfiles comparados”, en Páginas sobre la justicia civil, Trad. M. Aramburo Calle, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 326.

[29] En otro lugar hacemos inventario de los deberes profesionales del abogado venezolano v. Angrisano Silva, Humberto J y González Carvajal, Jorge Isaac: “Algunas consideraciones sobre ética, honorarios y abogacía”, en Revista de Derecho. Tribunal Supremo de Justicia, N° 31, TSJ, Caracas, 2009, pp. 271-272.

[30] E incluso, en el mismo contexto procesal el abogado o patrocinante es potencialmente sujeto de sanciones, particularmente bajo el artículo 48 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Al respecto comenta Henríquez: ob. ult. cit., p. 204., que «son factibles los errores, las equivocaciones, y pensamos que la parte, el tercero interviniente o el abogado apoderado no serán juzgados con las garantías del debido proceso, cuando se les imponga multa o arresto substitutivo sin haber sido previamente oídos».

[31] Señala Carrara, Francesco, Programa de derecho criminal. Parte Especial, Trad. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1973, V. 7, pp. 140-141, que «la palabra prevaricato, derivada del verbo praevaricari (desviarse del camino recto), se emplea en tres significados distintos. A veces tiene un sentido lato y vulgar, y expresa cualquier aberración intelectual o moral del hombre; así Salomón prevaricó a la causa de las mujeres, y así alguno es enviado al manicomio porque prevaricó con la mente. En sentido jurídico tiene a veces un significado más amplio, y designa todo acto de un empleado público en que se aparte de los deberes de su cargo o use de este para un fin ilícito. Pero el sentido estricto y propio en que la doctrina y la jurisprudencia toman la palabra prevaricación o prevaricato, y que es el que se emplea en el presente título, expresa únicamente los abusos cometidos por los apoderados de los litigantes contra estos y contra la confianza que se les otorga. Por lo tanto, incurre en el delito que vamos a explicar, todo el que, al ejercer la profesión de defensor o apoderado de una de las partes, se pone de acuerdo con el adversario, con miras de lucro y en perjuicio de su propio cliente». Véase asimismo Grisanti Aveledo, Hernando y Grisanti Franceschi, Andrés: Manual de derecho penal. Parte especial, 13ª ed., Vadell Hermanos, Caracas, 2002, p. 743.

[32] Asimismo, en las Siete Partidas, en la Partida III, Título VI, Ley XV que se estableció: «Prevaricator, en latín tanto quiere decir en romance como abogado que ayuda falsamente a la parte por quien aboga, e señaladamente, cuando en paridad ayuda e aconseja a la parte contraria... tal abogado como este debe morir como alevoso... Otrosí decimos que cuando el abogado hiciera usar, a sabiendas, a la su parte de falsas cartas o de falsos testigos, que esa misma pena merece». Vid. Montero: ob. ult. cit., p. 337.

[33] Vid. Cipriani, Franco: “El abogado y la verdad”, en Aa.Vv., Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Coord. J. Montero Aroca, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 287. Ver Cipriani, Franco: “L’ avvocato e la verità”, en Il processo civile nello stato democratico, Saggi, Reimp., Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 135. Señala el autor: «Es pues cierto que los abogados, sobre los hechos objetivos, lejos de tener derecho a mentir, deben decir, cuando la conocen, la verdad».

[34] En este sentido señala Taruffo que «la moral social posiblemente asume que la gente debe decir la verdad, pero no parece concebible respecto de los abogados un deber general de decir de la verdad, y menos aun un deber de decir “toda” la verdad. A lo sumo, los abogados podrían estar obligados a no utilizar medios de prueba o declaraciones de otras personas cuya falsedad conocen, aunque esto no equivale a afirmar que tengan un deber moral de decir la verdad». Cfr. Taruffo, Michele: Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos, Trad. D. Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 58.

[35] Cfr. Cipriani: “El abogado...”, cit., p. 287.

[36] Cfr. Ib., p. 288.

[37] Cfr. Couture, Eduardo: Los mandamientos del Abogado, 15ª ed., Liber, Caracas, s/f, p. 41.

[38] Cfr. Cipriani: ob. ult. cit., p. 289.

[39] Cfr. Íd.

[40] Vid. Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española, 20ª ed., Madrid, 1984, t. II, p. 1107.

[41] Cfr. Redenti: ob. ult. cit., p. 87, Cfr. Calamandrei, Piero: Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código, 2ª ed., Trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1973, vol. I, p. 318, Couture, Eduardo: Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Reimp, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 122, devis: ob. ult. cit., p. 157.

[42] Vid. Bülow, Oskar von: La teoría de las excepciones procesales y los

presupuestos procesales, Trad. Rosas Lichtschein, El Foro, Buenos Aires, 2008, pp. 10-11.

[43] Cfr. Chiovenda: Instituciones de Derecho Procesal Civil, Trad. E. Gómez Orbaneja y R. Greco, Ed. Valletta, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 56.

[44] Vid. Liebman: ob. ult. cit., p. 25, Redenti: ob. cit., p. 87, Chiovenda: Instituciones..., cit., p. 72, Devis: ob. cit., pp. 157-158, Cuenca: Derecho procesal civil. La competencia y otros temas, cit., p. 199, Ortiz-Ortiz: ob. cit., p. 439.

[45] Cfr. Redenti: ob. cit., p. 115, Calamandrei: Instituciones de Derecho Procesal Civil..., cit., pp. 334-335, Liebman: ob. cit., p. 28, Couture: Fundamentos de Derecho Procesal Civil..., cit., p. 122. Ver también Couture, Eduardo: Exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Civil, Fas, Rosario, 2009, p. 72, Devis: ob. cit., p. 170.

[46] Cfr. Liebman: ob. ult. cit., p. 26. Señala el autor: «En el cual se encuentran y se desencuentran fuerzas jurídicas diversas, tendidas para conseguir sus propósitos, las cuales vienen delimitadas y disciplinadas en su nacimiento y en sus actividades y efectos». Así, señaló Goldschmidt que «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 determinado alcance. Los vínculos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente “relaciones jurídicas” (consideración “estática” del Derecho), esto es, 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 expectativas, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquellas son derechos en sentido procesal - el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada-, y las últimas -las cargas-, “imperativos del propio interés”, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones». Cfr. Goldschmidt, James: Derecho Procesal Civil, Trad. L. Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, p. 8. Véase también Couture: Fundamentos..., cit., p. 139, Mandrioli: ob. cit., p. 30.

[47] Cfr. Liebman: ob. ult. cit., p. 29.

[48] Cfr. Mandrioli: ob. ult. cit., pp. 32-33

[49] Cfr. Ib., pp. 33-34.

[50] Cfr. Calamandrei: Instituciones de Derecho Procesal Civil..., cit., p. 322.

[51] Cfr. Calamandrei: ob. ult. cit., p. 334. Véase del mismo autor “El proceso como juego”, en Estudios sobre el proceso civil, Trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1973, p. 263.

[52] Vid. Goldschmidt: ob. cit., pp. 7-8.

[53] Cfr. Calamandrei, Piero: “Un maestro del liberalismo procesal”, en Revista de Derecho Procesal, Dir. H. Alsina, Ediar, Argentina, 1951. Cuando menciona las reservas sobre el proceso como situación jurídica se refiere Calamandrei al ensayo escrito en 1927 titulado “Il processo come situazione giuridica”, en Rivista di diritto processuale civile, Cedam, Padova, 1927, pp. 219 ss. Vid. Chizzini, Augusto: “Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: Tre variazioni sul tema”, en Aa.Vv., Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 266. En otro lugar y en perfecta armonía con los argumentos transcritos, Calamandrei señala al referirse a la dialecticidad: «De esta dinamicidad dialéctica del proceso civil de tipo dispositivo se ha dado una inolvidable sistemática en la obra fundamental de James Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage: en la cual se configura el proceso, no como una relación jurídica unitaria, fuente de derechos y obligaciones (Prozessrechtsverhältnis), sino como una situación jurídica fluida y mutable, fuente de expectativas, posibilidades y cargas (Aussichten,

Möglichkeiten, Lasten), destinada a plasmarse según la varia sucesión de los actos procesales, cada uno de los cuales da al curso del procedimiento nuevas direcciones y abre a las partes nuevas perspectivas... Todo esto no destruye, entendámonos bien, la exactitud de la teoría de la relación procesal, en lo que atañe al núcleo central de ella, que es el deber del juez de proveer, y el correspondiente derecho de las partes, de conseguir que él provea; pero es cierto que el contenido concreto de esta obligación del juez se plasma dialécticamente en correspondencia con las situaciones jurídicas creadas por la actividad concurrente: según la variable puntuación, podríamos decir, de su juego». Calamandrei, Piero: "El proceso como juego", en Estudios sobre el proceso civil, Trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1973, pp. 266-267.

[54] Cfr. Calamandrei: ob. ult. cit., p. 264, «todo movimiento realizado por una parte abre a la parte contraria la posibilidad de realizar otro movimiento dirigido a contrarrestar los efectos del que lo precede y que podríamos decir, lo contiene en potencia», pues «cada movimiento de una parte crea para el adversario una serie de posibilidades, de las cuales puede ocurrir que resulte, si se mueve hábilmente, sacar provecho contrariamente a lo que su antagonista suponía»

[55] Cfr. Íd., Redenti: ob. cit., p. 115, Carnelutti, Francesco: Sistema de derecho procesal civil, Trad. Alcalá-Zamora y Castillo y S. Santis Melendo, Uteha, Buenos Aires, 1944, t. I, pp. 48 y 49.

[56] Vid. Carnelutti: Cómo se hace un proceso, cit., p. 5.

[57] Al respecto Carnelutti, Francesco, Giuoco e processo, en Rivista di diritto processuale, Cedam, Padova, 1951, p. 101 ss., quien en sentido crítico señala las diferencias entre juego y competencia, resaltando que: «il processo è una gara, ma non sempre una gara è un giuoco» p. 105.

[58] Cfr. Carnelutti: Cómo se hace un proceso, cit., p. 5

[59] Cfr. Carnelutti: ob. ult. cit., p. 6.

[60] Cfr. Íd.

[61] Cfr. Cuenca: Derecho procesal civil. La competencia y otros temas, cit., p. 199.

[62] Vid. Cappelletti, Mauro: "Ideologia nel diritto processuale", en Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 162 ss., del mismo autor Proceso, ideologías, sociedad, Trad. S. Sentís Melendo y T. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1974, passim, y La oralidad y las pruebas en el proceso civil, Trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1972, passim.

[63] Vid. Masciotra, Mario: La conducta procesal de las partes, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 14.

[64] Cfr. Chioyenda, Giuseppe: Instituciones de Derecho Procesal Civil, Trad. E. Gómez Orbaneja y R. Greco, Valletta, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 63, Calamandrei: "El proceso como juego", cit., p. 266, Cuenca: ob. ult. cit., p. 203, Montero: "Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal", cit., p. 345.

[65] Cfr. Picó I Junoy, Joan: El principio de la buena fe procesal, Bosch, España, p. 119-120. En este sentido Vid. Micheli, Gian Antonio, La carga de la prueba, Reimp., Trad. S. Sentís Melendo, Temis, Colombia, 2004, pp. 135-136.

[66] Para parte de la doctrina autoral el principio de buena fe procesal puede englobarse en todas y cada una de las categorías de cargas, obligaciones y deberes procesales dependiendo de las circunstancias, y su ámbito de aplicación alcanza a todo tipo de procedimiento, afectando a todo interviniente en el proceso «esto es, tanto a las partes como a los abogados, procuradores, testigos, peritos, etc.». Cfr. Picó: El principio de la buena fe procesal, cit., p. 118.

[67] Cfr. Couture: Fundamentos de Derecho Procesal Civil, cit., p. 209. Véase respecto a las situaciones jurídicas Barrios De Angelis, Dante: "Acción, excepción y jurisdicción", en Revista de Uruguay de Derecho Procesal, 4, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal/Fundación de Cultura Universitaria,

Montevideo, 1999, pp. 587 ss., del mismo autor Teoría del proceso, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2002, p. 134 ss.

[68] Cfr. Couture: ob. ult. cit., pp. 209-210.

[69] Cfr. Ib., p. 210.

[70] Cfr. Ib., pp. 210-211.

[71] Cfr. Ib., p. 211.

[72] Vid. Ib., p. 212.

[73] Cfr. íd.

[74] Cfr. Ib., pp. 212-213.

[75] Vid. Ib., p. 213. Véase también Montero: "Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal", cit., p. 339 y Alvarado Velloso, Adolfo: Sistema procesal. Garantía de la libertad, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 332.

[76] Para Montero la distinción entre carga, obligación y deber permite concluir que en la Ley de rito española no se ha impuesto a las partes obligaciones, sino simplemente deberes «y aunque debe distinguirse claramente entre lo que es un deber y lo que es una carga, por ejemplo cuando se trata del sometimiento a las pruebas biológicas». Cfr. Montero: ob. ult. cit., pp. 339-340. En nota nº 98 el autor señala: «Cuando el artículo 767.4 LEC dispone que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios, no está estableciendo un deber procesal sino inequívocamente una carga, pues el incumplimiento de ese pretendido deber no lleva aparejada una sanción sino una consecuencia procesal perjudicial que podría evitar realizando el acto. Si ese sometimiento a la prueba biológica se concibiera como una obligación de hacer se estaría nada menos que ante la posibilidad de que se exigiera coactivamente, lo cual no parece que sea defendido por nadie, aunque existe alguna sentencia del Tribunal Constitucional muy sospechosa; si se tratara de un deber el incumplimiento debería ser sancionado; al tratarse de una carga la ley se limita a disponer una consecuencia perjudicial para la parte al no "levantar" la carga; incluso podría recordarse la diferencia entre el artículo 767.4 y el 329.2 sobre la presentación de documentos poder de la parte contraria...».

[77] Sobre la exhibición documental en Venezuela véase Rivera Morales, Rodrigo: Las pruebas en el derecho venezolano. Civil, Penal, Oral, Agrario, Laboral y de lopna, Reimp, 6ª ed., Librería J. Rincón G, Barquisimeto-Venezuela, 2011, pp. 787 ss.

[78] Cfr. Ib., p. 788. Sobre los diversos supuestos normativos de la exhibición en Venezuela véase pp. 788-789. Véase también Cabrera Romero, Jesús Eduardo: La prueba ilegítima por inconstitucional, Homero, Caracas, 2012, pp. 942 ss.

[79] En este sentido Nieva Fenoll, Jordi: La valoración de la prueba, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 252, al referirse al silencio del litigante a la luz del artículo 307 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que sanciona la negativa, respuestas evasivas o inconcluyentes de una parte al declarar con el reconocimiento como ciertos de los hechos personales que le resulten perjudiciales, critica esta norma, destacando que la ley sanciona el silencio con la eventual pérdida del proceso, pero no sanciona que el litigante miente. Además identifica al supuesto normativo como una disposición que tiene «una naturaleza más próxima a la carga de la prueba que a la prueba legal, porque fijémonos en que en este caso el juez no está valorando un contenido probatorio, sino que está apreciando las consecuencias de una conducta del litigante, lo que es propio de la carga de la prueba. El juzgador, en realidad, tiene ante sí el vacío. Y la ley le sugiere que interprete ese vacío valorando la conducta de quien lo ha provocado. Ello es lo propio de una norma de carga de la prueba». Véase también Montero Aroca, Juan: La prueba en el proceso civil, 5ª ed., Aranzadi, España, 2007, p. 318. Opina en modo diferente Pereira

Campos, Santiago: “Moralidad, Veracidad y Colaboración: Su incidencia en el proceso civil contemporáneo (El Código Procesal Civil para Iberoamérica y la Experiencia de Código General del Proceso Uruguayo)”, en Aa.Vv., Estudios iberoamericanos de derecho procesal. Libro homenaje a José Gabriel Sarmiento Núñez, Coord. C. J. Sarmiento Sosa, Legis, Bogotá, 2005, p. 540 ss., para quien: «Específicamente con relación a la instrucción probatoria, el legislador atiende al principio de disponibilidad de los medios, para requerir de aquel sujeto que dispone de cierta prueba, su aporte al proceso; colocándole en situación de deber. No se trata simplemente de la carga de producir prueba, so pena de sufrir consecuencias desfavorables a su interés, sino que la colaboración exigida trasciende esa óptica individual y egoísta, para alcanzar la más general e intensa que corresponde a un deber jurídico de colaborar, con raigambre en los principios de buena fe y lealtad procesal».

[80] Al respecto véase Matheus G., Carlos A: “Régimen probatorio en el procedimiento marítimo”, en Aa.Vv., Análisis de 10 años de vigencia de las leyes marítimas venezolanas, Coord. L. Cova Arria, Acienpol-Ucv, Caracas, 2012, pp. 274 ss.

[81] No obstante calificada doctrina estima que normas de esta naturaleza son manifestación de un deber de colaboración, cuyo incumplimiento importa un hecho ilícito. Vid. Micheli: ob. ult. cit., p. 148.

[82] Sobre la crítica a la denominada carga imperfecta. Vid. Micheli: ob. cit., pp. 153-154.

[83] Sobre los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos véase Consolo, Claudio: *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, 2 ed., Giappichelli, Torino, 2012, pp. 219-220.

[84] Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo: *La incumbencia de la prueba (Quién debe probar)*, Unaula, Colombia, 2011, p. 28., en sentido similar véase Consolo: ob. ult. cit., pp. 220-221. Véase también Taruffo: *Simplemente la verdad*, cit., p. 62.

Parte de la doctrina argentina ofrece un enfoque diferente al que se expone en el texto principal sobre la noción de carga de la prueba, particularmente nos referimos a las llamadas cargas probatorias dinámicas. Véase al respecto. Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, Dir. J. W. Peyrano - Coord. J.W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, *passim*.

[85] Al respecto véase nuestro trabajo “Consideraciones generales sobre la buena fe procesal y el abuso procesal”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, N° 3, mayo 2015, IJ-LXXVIII-857, www.ijeditores.com.ar.

[86] Una norma del género no se encuentra presente en el Código de Procedimiento Civil vigente, lo que no ha sido óbice, como hemos mencionado en el texto, para que se argumente a favor de su aplicación (como norma inexpressa). Al respecto véase Duque Corredor, Román J.: “La conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción para la decisión del juez”, en www.iprocesalcolombovenzolano.org/doctrina, 24 de febrero 2013. A finales del año 2014 la Asamblea Nacional aprobó en primera discusión el texto del Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano, que acoge la posibilidad de extraer conclusiones de la conducta de las partes en su artículo 494: «El Juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas asuman en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas». Sobre este tema reenviamos a la obra Aa.Vv., *Valoración judicial de la conducta procesal*, Coord. D. F. Acosta - Dir. J. W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, *passim*.

[87] V. Id.

[88] El artículo 48 establece: «El Juez del Trabajo deberá tomar, de oficio o a

petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o sancionar la falta de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión, y el fraude procesal o cualquier otro acto contrario a la majestad de la Justicia y al respeto que se deben los litigantes. A tal efecto, el Juez podrá extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes, de sus apoderados o de los terceros y deberá oficiar lo conducente a los organismos jurisdiccionales competentes, a fin de que se establezcan las responsabilidades legales a que haya lugar. Parágrafo Primero: Las partes, sus apoderados o los terceros, que actúen, en el proceso con temeridad o mala fe, son responsables por los daños y perjuicios que causaren. Se presume, salvo prueba en contrario, que las partes, sus apoderados o los terceros, han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando: 1. Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas; 2. Alteren u omitan hechos esenciales a la causa, maliciosamente; 3. Obstaculicen, de una manera ostensible y reiterada, el desenvolvimiento normal del proceso. Parágrafo Segundo: En los supuestos anteriormente expuestos, el Juez podrá, motivadamente, imponer a las partes, sus apoderados o los terceros una multa equivalente a diez unidades tributarias (10 U.T), como mínimo y de sesenta unidades tributarias (60 U.T), como máximo, dependiendo de la gravedad de la falta. La multa se pagará en el lapso de tres (3) días hábiles siguientes a la resolución del Tribunal, por ante cualquier Oficina Receptora de Fondos Nacionales, para su ingreso en la Tesorería Nacional. Si la parte o las partes, sus apoderados o los terceros no pagare la multa en el lapso establecido, sufrirá un arresto domiciliario de hasta ocho (8) días a criterio del Juez. En todo caso, el multado podrá hacer cesar el arresto haciendo el pago correspondiente. Contra la decisión judicial que imponga las sanciones a que se refiere este artículo no se admitirá recurso alguno». Mientras que el artículo 122 de la Ley de rito laboral establece: «El Juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas». Al respecto véase Henríquez La Roche, Ricardo: El nuevo proceso laboral venezolano, Cejuz, Caracas, 2006, pp. 195-204 y 392-394.

[89] Vid. Taruffo: “El abuso...”, cit. p. 328-329.

[90] Vid. Argüello Landaeta, Israel: “Las responsabilidades derivadas del fraude procesal”, en Aa.Vv., Tendencias actuales del derecho procesal, Coord. J.M. Casal y M. Zerpa M., Ucab, Caracas, 2006, p. 293. Del autor véase también “El abuso de las facultades procesales”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, pp. 75 ss.

[91] Cfr. Argüello: “Las responsabilidades derivadas del fraude procesal”, cit., p. 294.

[92] Cfr. Duque: “La conducta...”, cit., p. 2. Continúa el autor: «De modo que esas conductas negativas se incluyen dentro de los indicios a que se contrae el artículo 510 eiusdem, que son aquellos hechos evidenciados en el proceso, que considerados por su gravedad, concordancia y convergencia entre sí y por su relación con las demás pruebas, permiten a los jueces inferir presunciones a favor o en contra de las partes».

[93] Cfr. lb., p. 3.

[94] Cfr. lb., pp. 5-6. En el mismo sentido vid. Micheli: ob. cit., p. 134.

[95] Cfr. Bello Tabares, Humberto: Tratado de derecho probatorio, Reimp. Paredes, Caracas, 2009, t. II, pp. 1034-1035.

[96] Cfr. Balestro Faure, Miryam, “La valoración judicial de la conducta en juicio”,

en Aa.Vv., Valoración judicial de la conducta procesal, Coord. D. F. Acosta - Dir. J. W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 32.

[97] Cfr. Acosta, Daniel Fernando: "La conducta procesal de las partes como concepto atinente a la prueba", en Aa.Vv., Valoración judicial de la conducta procesal, Coord. D. F. Acosta - Dir. J. W. Peyrano, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 78.

[98] Cfr. Beccaria, Cesare: De los delitos y las penas, Clásicos del Derecho, Librería El Foro, Buenos Aires, 2004, p. 53. Sobre el espíritu de la ley resulta oportuno recordar lo escrito por Beccaria hace un buen tiempo: «Cada hombre tiene su punto de vista, y cada hombre en tiempos diferentes tiene uno distinto. El espíritu de la ley, sería, pues, el resultado de la buena o mala lógica de un juez, de una buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre». Continúa el autor: «De ahí que veamos muchas veces cambiarse la suerte de un ciudadano en su tránsito por diversos tribunales, y ser la vida de los desdichados víctimas de falsos raciocinios o del ocasional fermento de los humores de un juez, que toma por legítima interpretación el vago resultado de toda aquella confusa serie de nociones que se le agitan en la mente. De aquí, que veamos ser castigados los mismos delitos por un mismo tribunal de modo diverso en diversos tiempos, todo ello por haber consultado no la constante y fija voz de la ley, sino la movediza inestabilidad de las interpretaciones».

[99] Vid. Taruffo, Michele: "Elementos para una definición de abuso del proceso", en Páginas sobre la justicia civil, Trad. M. Aramburo Calle, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 296-297. Del mismo autor "El abuso del proceso: perfiles comparados", en Páginas sobre la justicia civil, cit., pp. 321-322.

[100] Vid. Duque Corredor, Román J: La conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción para la decisión del juez", Fuente www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina, Fecha de consulta: 24 de julio 2011.

[101] Sobre la moral social y la moral ideal o crítica véase Guastini: ob. cit., p. 19.

[102] Uno de los casos típicos de actuación contraria al deber de moralidad es el previsto en el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil (Abstención de expresiones o conceptos injuriosos en los escritos [cuya máxima expresión está prevista en los artículos 133. 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y en el artículo 35. 6° de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los cuales establecen como causal de inadmisibilidad de la demanda el que la misma contenga conceptos irrespetuosos]), de igual forma la recusación infundada y las sanciones reguladas en el artículo 98 del Código de Procedimiento Civil, que establece: «Declarada sin lugar la recusación o inadmisibile o habiendo desistido de ella el recusante, pagará éste una multa, de dos mil bolívares si la causa de la recusación no fuere criminosa, y de cuatro mil bolívares si lo fuere. La multa se pagará en el término de tres días al Tribunal donde se intentó la recusación, el cual actuará de agente del Fisco Nacional para su ingreso en la Tesorería Nacional. Si el recusante no pagare la multa dentro de los tres días, sufrirá un arresto de quince días en el primer caso y de treinta días en el segundo caso. Si la causa de la recusación fuere criminosa, tendrá el recusado la acción penal correspondiente contra quien la haya propuesto, el cual podrá incurrir también en las costas causadas a la otra parte». Otro caso es el de la excepción de falta de jurisdicción o competencia declarada manifiestamente infundada prevista en el artículo 76 del Código de Procedimiento Civil: «La parte que haya promovido la regulación de la jurisdicción o de la competencia que resulte manifiestamente infundada, será condenada, por el Tribunal que decida, al pago de una multa que no será menor de un mil bolívares ni mayor de cinco mil. En

la misma pena incurrirá el Juez que haya dejado de enviar oportunamente al Tribunal que deba decidir, las actuaciones pertinentes, sin perjuicio de poder ser apremiado a cumplir tal deber por el Tribunal llamado a regular la competencia».

[103] Cfr. Chioyenda: Principios..., cit., p. 211.

[104] Cfr. Scialoja, Vittorio, Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos, Trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, Ejea, Buenos Aires, 1954, p. 273.

[105] Por ejemplo, parte de la doctrina autoral argentina señala que «el estudio del tema valor probatorio de la conducta procesal de las partes, o en su caso, de la inconducta, forma parte de un contenido mayor, cual es la forma en que vemos y entendemos las conductas sociales e individuales en general, las que luego se repiten en el proceso. Esas diferentes, heterogéneas y múltiples conductas que es posibles asumir en un proceso pueden ser atrapadas por diversos institutos jurídicos, como bien lo señala Acosta, a saber: la doctrina de los actos propios, la prueba de autocontradicción o intercadencia y los principios procesales de buena fe, lealtad y probidad; a los que bien pueden agregarse: la inconducta procesal o conducta temeraria o maliciosa, el abuso del derecho en el proceso y, por qué no, los supuestos que llevan a la aplicación de las cargas dinámicas probatorias». Cfr. Lépori White, Inés: “La conducta procesal de las partes y los medios de prueba”, en Aa.Vv., Valoración judicial de la conducta procesal, Coord. D. F. Acosta - Dir. J. W. Peyrano, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 141-142. Por su parte Muñoz: Técnica..., cit., p. 449., afirma que «la necesidad de esta diferenciación axiológica entre juicios éticos y los que podríamos llamar pragmáticos es una razón que muchas veces no se tiene en cuenta al tratar de la conducta procesal de la parte como elemento probatorio, y ello ocasiona sensibles confusiones no solo doctrinales sino prácticas».

[106] Vid. Rengel-Romberg, Arístides: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987, Organización Gráficas Capriles, Caracas, t. IV, 2003, p. 474. Sobre el concepto de “argumento de prueba” véase Taruffo, Michele: La prueba de los hechos, 3ª ed., Trad. J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2009, pp. 481-482. También Cappelletti, Mauro: La oralidad y las pruebas en el proceso civil, Trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1972, pp. 151-153.

[107] Vid. Rengel-Romberg: ob. ult. cit, p. 474.

[108] Cfr. Duque: “La conducta...”, cit., p. 6. La presunción que se deduce de la violación de la buena fe procesal, en los términos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, funciona como elemento a ser utilizado en una eventual pretensión de indemnización por daños y perjuicios.

[109] Vid. Ib., pp. 6-7.

[110] Cfr. Rivera: Actividad probatoria y valoración racional de la prueba, cit., pp. 414-415.

[111] Cfr. Rivera: Actividad..., cit., p. 416.

[112] Cfr. Rivera: Las pruebas en el derecho venezolano, cit., p. 394.

[113] Cfr. Molina Galicia, René, Reflexiones sobre una nueva visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial? 2ª ed., Paredes, Caracas, 2008, pp. 245-246.

[114] Cfr. Ib., p. 247.

[115] Cfr. Zambrano Moncada, Georgina, “Valoración de la conducta extraprocesal de las partes como prueba indiciaria en el proceso civil”, en Aa.Vv., Pruebas y oralidad en el proceso. VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal, Comp. R. Rivera Morales, Rincón, Barquisimeto-Venezuela, 2007, p. 92.

[116] Cfr. Argüello: “Las responsabilidades derivadas del fraude procesal”, cit., pp. 298-299.

[117] Cfr. Ib., p. 299.

[118] Cfr. Bello: Tratado de derecho probatorio, cit, p. 1031.

[119] Cfr. Bello: ob. ult. cit., p. 1034.

[120] Cfr. Peyrano, Marcos L: "La valoración de la conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal", en Aa.Vv., Valoración judicial de la conducta procesal, Coord. D. F. Acosta - Dir. J. W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pp. 45-46.

[121] Cfr. Muñoz Sabaté, Luís: Curso de probática judicial, La Ley, España, 2009, pp. 148- 149. Véase del mismo autor: Técnica..., cit., pp. 449-492.

[122] Cfr. Muñoz: Curso..., cit., p. 149. Nota al pie n° 286.

[123] Cfr. Ib., p. 150. En sentido general, sobre la interpretación de la expresión corporal, véase Cruces Díaz, Mirla Nereida: "¿Puede ser objeto abstracto de la prueba la interpretación de la expresión corporal?", en Revista de Derecho Probatorio, 15, Dir. J.E. Cabrera Romero, Homero, Caracas, 2009, pp. 167 ss.

[124] Cfr. Muñoz: ob. ult. cit., p. 152.

[125] Cfr. Devis Echandia, Hernando: Teoría general de la prueba judicial, 4ª ed., Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 1993, t. I, pp. 679-680.

[126] Cfr. Ib., p. 687.

[127] Cfr. Parra Quijano, Jairo: Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones, 5ª ed., Librería ediciones del profesional, Bogotá, 2005, t. IV, pp. 223- 224.

[128] Vid. Peyrano, Jorge W: "La conducta procesal como elemento de convicción favorable a su autor", en Aa.Vv., Valoración judicial de la conducta procesal, Coord. D. F. Acosta - Dir. J. W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 21. Señalando que «como se sabe toda prueba no es más que un modo de confirmar la existencia de hechos afirmados por las partes. A todas luces el comportamiento de los litigantes no viene a confirmar tal o cual hecho, su relevancia para la suerte del pleito es otra: ejercer influencia sobre el ánimo del juzgador, contribuyendo a formar su convicción. Se trata entonces de una fuente de convicción. Nada más ni nada menos».

[129] Íd. Vid. Kielmanovich, Jorge L.: Teoría de la prueba y medios probatorios, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 668.

[130] Vid. Peyrano, Jorge: ob. cit., pp. 21-22. Señala el autor «no tendríamos honestidad intelectual si no reconociéramos que estamos en trance de dar otra vuelta de tuerca (hacia atrás, esta vez) al asunto. Es que, verdaderamente, en algunas oportunidades la conducta procesal de alguno de los litigantes no deriva en que el tribunal tenga por probado tal o cual hecho o circunstancia, sino tan sólo en la formación de una convicción judicial apoyada en síntomas reveladores (con base cierta, que deberá invocar el tribunal interviniente) del lugar en el que están la razón y el Derecho [...] Pensamos que conviene repensar el punto, aunque todavía no tengamos una opinión definitiva acerca de tan antigua materia de debate, y ello, por más que la mayoría de las ponencias presentadas en el último certamen científico procesal nacional le asignaron el rol de indicio a la conducta procesal de la parte».

[131] Cfr. Peyrano, Marcos L: ob. ult. cit., pp. 48-49.

[132] Cfr. Íd. Continúa el autor: «De esta manera ¿cómo incluimos a la conducta procesal como "prueba" en un proceso, por cuál medio probatorio? ¿Podemos lisa y llanamente tomar como "prueba" una actitud desplegada en un proceso, incluso la cual en muchos casos puede ser involuntaria, es decir, sin ninguna intención de llevarle convencimiento alguno al juez actuante? ¿Podemos dentro del esquema probatorio que conocemos tomar como "prueba" de una de las partes su accionar procesal para luego valorarlo en su contra o en su favor, sin que incluso éste haya sido ofrecido, ni mucho menos controlado por la contraparte, y menos aún, producido voluntariamente como forma de acreditar o no ciertos hechos? ¿Pueden aceptarse como verdadera "prueba judicial" actos u omisiones que pueden registrarse en cualquier momento del proceso (dentro o fuera del período

probatorio respectivo) y que directamente van a ser valorados en su caso por el juez en su sentencia? Entendemos sinceramente que no, so pena de violentar inmediatamente las reglas probatorias básicas que imperan en nuestro sistema procesal, afectando inclusive la garantía constitucional de debido proceso inserta en el artículo 18 de la Constitución».

[133] Cfr. *ib.*, pp. 50-55.

[134] Cfr. *ib.*, p. 54. En este mismo sentido ver Cárdenas, Héctor H: “El valor probatorio de la conducta procesal de las partes frente a la garantía constitucional de la igualdad de la ley”, en *Aa.Vv.*, Valoración judicial de la conducta procesal, *cit.*, pp. 69-70.

[135] La norma es del tenor siguiente: «La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: [...] 5. [...] La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones». A través de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, Buenos Aires, Ediciones del País, 2009, p. 30.

[136] Cfr. Balestro: *ob. cit.*, p. 27.

[137] *Vid. ib.*, pp. 28-33. Aunque más adelante la autora parece admitir que la conducta de la parte puede dar lugar a un indicio.

[138] Cfr. *ib.*, p. 33.

[139] Cfr. Acosta: *ob. cit.*, p. 78.

[140] Cfr. *ib.*, p. 81.

[141] Es notoria la inconstitucionalidad de la norma (artículo 48 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) que niega recurso a los pronunciamientos que al respecto hagan los jueces. Sobre la inconstitucionalidad de la inimpugnabilidad de las decisiones que tomen los jueces según el mencionado artículo, véase el voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en sentencia n° 268/2006 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y también en sentencia n° 1310/2006 de la misma Sala.

[142] Sobre las sanciones que imponen los jueces, la Sala Constitucional en sentencia n° 1212 de 23 de junio de 2004, caso: Carlo Palli, estableció un procedimiento previo para la imposición de sanciones, en atención a su naturaleza disciplinaria y en indispensable protección al derecho a la defensa. La Sala en la decisión en cuestión declara: «En este sentido, debe tenerse en cuenta que, en tales casos, el supuesto infractor de conformidad con dichas normas, tiene derecho a que se le oiga para que se defienda, lo que involucra que se le notifique, aunque de inmediato, el procedimiento que se le seguirá; a disponer del tiempo, así sea breve, para su defensa y para el alegato, en su favor, de las pruebas que considere pertinentes, con salvaguarda, en todo momento, del derecho a la presunción de inocencia». La misma Sala Constitucional en sentencia n° 242 de 09 de abril de 2014, caso: Vincenzo Scarano, en el contexto del desacato en materia de amparo interpreta con carácter vinculante el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y las sanciones que dictan los jueces dentro del proceso.

[143] Sobre el indicio *Vid. Taruffo: La prueba...*, *cit.*, pp. 470-471, *vid. Devis: ob. ult. cit.*, pp. 601-602. *Parra: ob. cit.*, pp. 12-13. *Vid. Rivera: Las pruebas...*, *cit.*, pp. 349-350.

[144] Cfr. *Devis: ob. cit.*, p. 687.

[145] Cfr. *ib.*, pp. 636-637.

[146] Cfr. *Rivera: ob. ult. cit.*, p. 382-383. *Vid. Rengel-Romberg, Aristides: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987*, t. IV., Organización Gráficas Capriles, Caracas, 2003, p. 463. *Vid. Montero Aroca, Juan: La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., Aranzadi, España, 2007, p. 181.

[147] Cfr. *Peyrano, Marcos L: ob. cit.*, pp. 48-49.

[148] Cfr. Montero: ob. ult. cit., p. 59. Al respecto Sentís Melendo, Santiago: La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, Ejea, Buenos Aires, 1979, p. 12., afirma: «¿Qué es lo que ha de verificarse? Esto es: ¿qué se prueba? Aquí suele aumentarse la confusión. Porque no es raro, y hasta es lo corriente, que se nos diga: se prueban los hechos. No. Los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a hechos. La parte -siempre la parte; no el juez- formula afirmaciones; no viene a traerle al juez sus dudas sino su seguridad -real o ficticia- de lo que sabe; no viene a pedirle al juez que averigüe sino a decirle lo que ella ha averiguado; para que el juez constate, compruebe, verifique (ésta es la expresión exacta) si esas afirmaciones coinciden con la realidad», señalando también: «Y decimos: “Prueba es la verificación de afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia”. Así vemos que estamos en el proceso y que no podemos salirnos de él, porque lo que no está en los autos (en el proceso) no está en el mundo: quod non est in actis non est de hoc mundo... Omissis... Desde luego, se ha de tratar de afirmaciones porque ocurre que solamente por medio de las afirmaciones puede llegar a formularse una demanda y a plantearse una pretensión, ejercitándose la acción correspondiente», p. 76. Para Devis: ob. cit., p. 29., «en sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende las razones o motivos que sirven para llevarle a juez la certeza sobre los hechos; y por medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba)». Un concepto amplio de prueba y de indicio lo sostiene Muñoz: Técnica..., cit., p. 457., para quien «cualquier materia que vehiculiza un indicio (venga esa materia de fuera o de dentro de la litis) es un instrumento de prueba y ninguna semiótica puede prescindir de ella a pretexto de ser fiel a una ortodoxia normativa, hoy en trance de desaparecer de muchos ordenamientos».

[149] Cfr. Beccaria: ob. cit., p. 56.

[150] Vid. Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 9ª ed., Trad. P. Andrés Ibáñez et al, Trotta, Madrid, 2009, p. 35, es decir «no normas que crean o constituyen ipso iure las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino reglas de comportamiento que establecen una prohibición, es decir, una modalidad deóntica cuyo contenido no puede ser más que una acción respecto de la que sea alécticamente posible tanto la omisión como la comisión, una exigible y la otra no forzosa y, por tanto, imputable a la culpa o responsabilidad de su autor».

[151] Vid. Ib., p., 35., señala al respecto el autor: «no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal». Decía Hobbes que «... no es esta jurisprudencia o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón del Estado, nuestro hombre artificial, y sus mandamientos lo que constituye ley. Y siendo el Estado, en su representación una sola persona, no puede fácilmente surgir ninguna contradicción en las leyes; y cuando se produce, la misma razón es capaz, por interpretación o alteración, para eliminarla. En todas las Cortes de justicia es el soberano (que personifica al Estado) quien juzga. Los jueces subordinados deben tener en cuenta la razón que motivó a su soberano a instituir aquella ley, a la cual tiene que conformar su sentencia; sólo entonces es la sentencia de su soberano; de otro modo es la suya propia, y una sentencia injusta, en efecto». Cfr. Hobbes. Thomas: Leviatán o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil, Reimp, 2ª ed., Trad. M. Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, Argentina-México, 1992, p. 222.

[152] Vid. Ferrajoli: ob. cit., p., 36.

[153] Vid. Íd.

[154] Cfr. Ib., p., 37.

[155] Vid. Íd., p. 37. Señala el autor que «solo por convención jurídica, y no por

inmoralidad intrínseca o por anormalidad, es por lo que un determinado comportamiento constituye delito; y la condena de quien se ha probado es su responsable no es un juicio moral ni un diagnóstico sobre la naturaleza anormal o patológica del reo».

[156] Cfr. lb., p.41.

[157] Vid. lb., p. 42. Explica el autor que según el sustantivismo penal y cognoscitivismo ético «objeto de tratamiento penal no es tanto ni sólo el delito en cuanto formalmente previsto como tal por la ley, sino la desviación criminal en cuanto a sí misma inmoral o antisocial y más allá de ella, la persona del delincuente, de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente, suficiente pero no siempre necesaria para justificar el castigo».

[158] Cfr. lb., p.41.

[159] Cfr. lb., pp. 41-42.

[160] Para el autor que seguimos en el texto principal: «El decisionismo es el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas y en las técnicas conexas de prevención y de defensa social». Cfr. lb., p.41.

[161] Vid. lb., p. 43.

[162] «No motivado por juicios de hecho, esto es, aserciones verificables o refutables, sino por juicios de valor, no verificables ni refutables porque por su naturaleza no son verdaderos ni falsos; no basados en procedimientos cognoscitivos al menos tendencialmente y, por ello, expuestos a controles objetivos y racionales, sino en decisiones potestativas; no realizado mediante reglas de juego -como la carga de la prueba y el derecho de defensa- que garanticen la “verdad procesal”, sino confiado a la sabiduría de los jueces y a la “verdad sustancial” que ellos poseen». Cfr. lb., p.43.

[163] Cfr. lb., p. 44.

[164] Vid. lb., pp. 851-852.

[165] Vid. Muñoz: ob. cit., pp. 458 ss., quien afirma que la conducta de la parte como prueba indiciaria debe analizarse desde un enfoque pragmático y no ético pues «la prueba es un hecho amoral», afirmando, respecto a sus manifestaciones que «hemos de reconocer que en una materia como esta, jamás sistematizada por la doctrina, todo tratamiento y clasificación deben realizarse con suma cautela y a título meramente provisional», proponiendo una clasificación, que, en rigor, es la clasificación acogida por la doctrina, particularmente la venezolana, de indicios endoprocesales. Para Muñoz los indicios endoprocesales son exponenciales y conductuales, los primeros divididos a su vez en: normalidad, tono y coyuntura; y los segundos divididos en: conducta omisiva, conducta oclusiva, conducta hesitativa y conducta mendaz. Sin embargo, a pesar que la doctrina autoral acoge esta clasificación no hace la diferenciación entre juicios pragmáticos y éticos referida por Muñoz, quien señala que «si convertimos las apreciaciones morales en argumentos lógicos terminaremos siempre en un callejón sin salida porque el pleito es precisamente todo lo contrario a un fenómeno de moralidad», lb., p. 450.

[166] Cfr. Duque: ob. cit., p. 7. Vid. Muñoz: Curso..., cit., p. 150. Vid. Devis: ob. cit., pp. 682-683.

[167] Fuente: www.tsj.gov.ve. Consulta: octubre 2012.

[168] Cfr. Duque: ob. cit., p. 7.

[169] Vid. Devis: ob. cit., p. 683.

[170] Cfr. Duque: ob. cit., p. 7.

[171] Cfr. Íd.

[172] Cfr. lb., p. 8.

[173] Cfr. Íd. Para Duque la consecuencia o valoración que hace el juez puede ser tanto desfavorable como favorable a la parte. Señala el autor: «... así como la

falta a los principios de lealtad y probidad procesales tiene eficacia probatoria negativa en contra de la parte incurra en tales faltas, es posible concluir que en el proceso civil venezolano, también la conducta de las partes que se ajusten a esos patrones de conducta, en concordancia con otras pruebas convergentes, permiten extraer consecuencias favorables para quién actúe en forma leal en el proceso», p. 9.

[174] Cfr. Rivera: *Actividad...*, cit., p. 416. Vid. Devis: *Teoría...*, cit., p. 684.

[175] Cfr. Rivera: ob. ult. cit., p. 417.

[176] Cfr. *Íd.*

[177] Cfr. Balestro: ob. cit., p. 29.

[178] Cfr. *Íd.*

[179] Cfr. *Ib.*, p. 30.

[180] Cfr. Balestro: ob. cit., p. 41. Véase de la misma autora “La dinámica de las cargas probatorias. Un proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales” en *Aa.Vv.*, *Cargas probatorias dinámicas*, Coord. I. Lépori White - Dir. J. W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 19.

[181] Cfr. Zambrano: ob. cit., p. 92.

[182] Cfr. Peyrano, Jorge W: “La conducta procesal como elemento de convicción favorable a su autor”, en *Aa.Vv.*, *Valoración judicial de la conducta procesal*, Coord. D. F. Acosta - Dir. J. W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 19.

[183] Cfr. ob. cit., pp. 22- 23.

[184] Cfr. Balestro: ob. cit., p. 29.

[185] Cfr. Peyrano, Marcos L: ob. cit., p. 54.

[186] Vid. Balestro: ob. cit., p. 26.

[187] Vid. Cárdenas: ob. cit., p. 72.

[188] Vid. Nieva: ob. cit., pp. 251-252.

[189] Vid. Muñoz: ob. cit., p. 452.

[190] Establece la norma: «A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra». Respecto a la prueba científica véase Zambrano Franco, Flor, “La prueba científica en el proceso judicial venezolano”, en *Revista de Derecho de la Defensa Pública*, 1, *Defensa Pública*, Caracas, 2015, pp. 185 ss.

[191] No obstante, la parte final del artículo 31 del Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad establece: «... En los procedimientos de filiación el juez competente podrá ordenar con carácter obligatorio pruebas de filiación, biológica Ácido Desoxirribonucleico (Adn) y otras experticias pertinentes, las cuales deberán ser garantizadas gratuitamente por el Estado».

[192] Señala Alvarado Velloso que «conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa ética de la solidaridad entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total colaboración de una parte con la otra en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de conformación. A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que merece ser sepultada en el olvido» Cfr. Alvarado: *La incumbencia...*, cit., p. 28.

[193] Vid. Beccaria: ob. cit., p. 117. Señala el autor que «el temor a las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y engendra abundantes delitos». Mas adelante señala: «Si el soberano, con aparato y pompa, con la austeridad de sus preceptos, con permitir querellas -justas o injustas- de quien se crea oprimido, acostumbra a sus súbditos a temer más a los magistrados que a las leyes, estos se aprovecharán más de este temor, de lo que saldrá ganando la seguridad propia y la pública», p. 120.

[194] Resulta oportuno hacer referencia al conocido diálogo que representa Calamandrei, entre dos jueces (uno pesimista y otro optimista), dos abogados (uno pesimista y otro optimista), un teórico (que para Calamandrei, a pesar que dice cosas bastante juiciosas, es necesario restar cierta importancia a sus opiniones, porque su hábito profesional lo lleva fácilmente a sentar cátedra) y un filósofo (que tiene una breve intervención al final del diálogo). Discutiendo sobre el tema del comportamiento de las partes en el proceso se desarrolla el siguiente diálogo: «Juez Primero.- El nuevo código, en cambio, ha pensado lógicamente que para hacer respetar esta exigencia de lealtad podrá servir, más que cualquier amenaza y cualquier intimidación (que probablemente influiría sobre los abogados en sentido perfectamente contrario al esperado...), la eficacia moralizadora de los contactos personales directos entre el abogado y el juez. Cuando el defensor se vea sentado ante el juez instructor que le hablará de igual como un amigo, considerará como un compromiso de honor no traicionar con un comportamiento desleal a quien pone en él plena confianza: el respeto del juez le será sugerido, más que por la admonición escrita en el código, por el respeto a sí mismo y por su mismo amor propio. [...] Los abogados deberán, por otra parte, recordar que traicionando su deber de lealtad no harán un buen negocio. Hay en el nuevo código una cierta disposición que permite al juez obtener indicios para la decisión de la causa del modo en que las partes se comportarán en el nuevo proceso. Conducta de las partes quiere decir conducta de los defensores: los cuales, por consiguiente, harán bien en no olvidar que teniendo en juicio un comportamiento [...] (Como diré) demasiado abogadil, correrán el riesgo de indisponerse con el juez y de hacer un mal servicio a su cliente. Abogado Segundo.- ¿Existe verdaderamente en el nuevo código una disposición de esta especie? El Teórico.- Ciertamente: hay un artículo que literalmente concede al juez el poder de deducir argumentos de prueba del comportamiento de las partes en el proceso. Abogado Segundo.- ¡Pero éste es un poder más que homicida! Si un arma semejante se pone en la mano de un enfermo del hígado, la suerte de la causa se encontrará abandonada a merced de las fluctuaciones biliares del juzgador [...] La conducta de las partes y de los defensores vendrá a ser, en la valoración del juez, un juego de simpatías o repugnancias personales: ¿por qué no se prescribe, de una manera absoluta, que en todo proceso el juez instructor esté obligado a dar a los abogados una calificación en conducta, como se hace en el colegio? El Teórico.- Tú miras siempre las innovaciones bajo una luz de pesimismo, que te las hace aparecer como más peligrosas de lo que en realidad son. No hay duda que el poder concedido a los jueces de deducir elementos de convicción del comportamiento de las partes tiene sus peligros; y los jueces deberán habituarse a servirse de este poder con mucha cautela (vosotros sabéis, por lo demás, que los jueces se inclinan más bien a no usar de los poderes que tienen, que a arrogarse aquellos que no tienen...). Pero, en suma, esta disposición está hecha no para la gran mayoría de los abogados, sino para aquellos poquísimos que han creído hasta ahora que el sumo arte del defensor consiste en insidias y en las fintas. Para quitar crédito a estos maestros del fraude, a estos especialistas en esgrimas engañosas, el nuevo código ha hecho otra cosa mejor que fulminar prohibiciones y multas sin finalidad: se ha limitado a advertir a los defensores que en el nuevo proceso los embrollos no están prohibidos, pero que, empleándolos, se contribuye a entregar la causa vencida al adversario. Es fácil prever que el clima del nuevo proceso no favorecerá el desarrollo de aquella mala planta de los juicios que se llama maquiavelismo procesal: y que los abogados más embrollones cesarán de ser los más buscados por los clientes. De ahora en adelante, el arte del defensor se manifestará, sobre todo, en saber ganarse la confianza del juez: sus cualidades más preciadas serán, de ahora en adelante, aquellas virtudes morales que se resumen en una palabra: el carácter. Abogado Segundo.- Antes de separarnos, querría exponeros todavía una última duda que me

atormenta. Estamos en este momento todos de acuerdo, me parece, en reconocer que el nuevo proceso civil introducirá en las relaciones entre magistrados y abogados un cambio muy profundo, sobre todo en el sentido de que los contactos entre ellos se harán mucho más estrechos y más frecuentes. Pero ¿estáis desde luego seguros que todo esto servirá para reforzar el carácter de los profesionales, esto es, aquel sentimiento de dignidad y de altiva independencia moral que hasta ahora era el orgullo de los mejores de nosotros? Sí, como decís, la primera habilidad del defensor consistirá en conquistarse la estimación del juez ¿no es de temer que, poco a poco, el arte de los abogados se reduzca a ser una sistemática *captatio benevolentiae*, un refinado alarde de hipocresías hecho para ablandar a los magistrados y para conquistarse a cualquier precio sus favores? Abogado Primero.- La cuestión planteada me parece bastante sensata...Cfr. Calamandrei, Piero: Las buenas relaciones entre jueces y abogados, Leyer, Bogotá, 2005, pp. 74-77. Entiéndase que al abogado primero (abogado optimista) la cuestión planteada le parece bastante sensata, es decir, prudente y de buen juicio.

[195] Vid. Taruffo: La prueba..., cit., p. 128.

[196] Vid. Íd.

[197] Cfr. Ib., p. 129.

[198] Cfr. Íd.

[199] Cfr. Ib., p. 135.

[200] Cfr. Íd.

[201] Cfr. Unamuno, Miguel de, Del sentimiento trágico de la vida, Grandes Obras del Pensamiento, Losada, Buenos Aires, 2008, p. 63.

[202] Cfr. Taruffo: ob. cit., p. 136. Los problemas de los conceptos jurídicos indeterminados señala el autor «son particularmente complicados, porque incluso el significado fáctico (y no sólo el valorativo) de esos conceptos está particularmente indeterminado y es variable de un supuesto de hecho a otro». Nota de pie de página N° 141.

[203] Cfr. Ib., pp. 136-137. Señala Taruffo «el concepto jurídico indeterminado habitualmente está tan “abierto” desde el punto de vista de la individualización del hecho como desde el punto de vista de la individualización del criterio de valoración»

[204] Cfr. Beccaria: ob. cit., p. 67-68.

[205] Vid. Atienza, Manuel: Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, 2ª reimp., Unam, México, 2005, pp. 4-5.

[206] Vid. Ingraio, Giuseppe: La valutazione del comportamento delle parti nel processo tributario, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 62-63.