

Capítulo 3

Valoración judicial de la conducta de las partes

SUMARIO: 1. Valoración judicial de la conducta de las partes 2. Naturaleza jurídica 2.1. Valoración judicial de la conducta de las partes como sanción ante la violación de un deber 2.2. Del abuso del derecho al abuso del (o en el) proceso 2.3. Fraude procesal 2.4. Observancia de la norma procesal 2.5. Doctrina de los actos propios 3. Supuestos específicos de valoración judicial de la conducta de las partes 4. Límites a la valoración judicial de la conducta de las partes 5. Manifestaciones del fenómeno

1. VALORACIÓN JUDICIAL DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES

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.⁴⁰⁸.

Como señala ARGÜELLO LANDAETA, «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

⁴⁰⁸ Vid. TARUFFO: «El abuso...», pp. 328 y 329.

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»⁴⁰⁹.

Agrega 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»⁴¹⁰.

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

⁴⁰⁹ ARGÜELLO LANDAETA: ob. cit., p. 293.

⁴¹⁰ *Ibíd.*, p. 294.

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»⁴¹¹.

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»⁴¹².

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. Así, señala «que teniendo

⁴¹¹ DUQUE CORREDOR: «La conducta...», 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».

⁴¹² *Ibíd.*, p. 3.

presente estas normas y los artículos 436 y 505, *eiusdem*, y el artículo 210, del Código Civil, entre otras, es posible afirmar que el proceso civil venezolano, al igual que en el laboral, la actitud de las partes en los procesos pueden constituir un elemento de convicción y un elemento de valoración de prueba. En otras palabras, que la conducta de las partes puede ser motivo de argumentación y de valoración probatorio (...) Soy pues del criterio, que en el proceso civil venezolano el valor de la actitud de las partes como indicio o como elemento de convicción, se deriva de la consagración como principio general del proceso de los principios la lealtad y probidad procesales y de los deberes procesales generales de veracidad, de no promover pruebas inútiles o innecesarias y el de no omitir o alterar maliciosamente los hechos esenciales a la causa y el de no obstaculizar de manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso. Y, que la consagración específica como valor negativo, para la apreciación de determinadas pruebas, como en el caso de la falta de colaboración para la realización de inspecciones, reproducciones o pericias, no es sino la demostración de la existencia del criterio general de atribuir al comportamiento de las partes valoración de prueba»⁴¹³.

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»⁴¹⁴.

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.

⁴¹³ *Ibíd.*, pp. 5 y 6. En el mismo sentido *vid.* MICHELI: *ob. cit.*, p. 134.

⁴¹⁴ BELLO TABARES, Humberto E. T: *Tratado de derecho probatorio*, Reimp. Ed. Paredes, Caracas, 2009, t. II, pp. 1034 y 1035.

Como ocurre en el ordenamiento jurídico venezolano, las normas que prevén esta posibilidad o poder del juez (artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) no tipifican 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 TIRADO, 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». Añade QUINTERO TIRADO, 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»⁴¹⁵.

QUINTERO TIRADO 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

⁴¹⁵ QUINTERO TIRADO: ob. cit., *passim*.

proceso y calificarla, en términos de eficacia probatoria, cuando se trata no solo de negativa a colaborar con la producción de la masa probatoria.

Extiende QUINTERO TIRADO el ámbito de aplicación de la valoración probatoria de la conducta de las partes, no solo a la fase probatoria, pudiendo el comportamiento *mentaz, 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 TIRADO 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 estas 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»⁴¹⁶.

Asimismo, alerta QUINTERO TIRADO 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

⁴¹⁶ Ídem.

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»⁴¹⁷.

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»⁴¹⁸.

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»⁴¹⁹. Así, el espíritu de la Ley es enaltecer estos valores, a través de la moralidad procesal⁴²⁰.

⁴¹⁷ Ídem.

⁴¹⁸ Cfr. BALESTRO: ob. cit., p. 32.

⁴¹⁹ 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*, Rubinzal-Culzoni, D. F. Acosta, coord. y J. W. Peyrano, director, Santa Fe, 2005, p. 78.

⁴²⁰ Cfr. BECCARIA: ob. cit., 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

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 amplio⁴²¹.

El estudio que nos convoca se desarrolla sobre la teoría que otorga valor probatorio a la conducta de las partes como una consecuencia de la violación del deber de moralidad o de buena fe procesal, y es sobre la base de estas circunstancias que se desarrollan nuestras ideas.

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».

⁴²¹ 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*, Rubinzal-Culzoni, D. F. Acosta, coord. y J. W. Peyrano, director, Santa Fe, 2005, pp. 141 y 142. Por su parte, MUÑOZ SABATÉ: *Técnica...*, 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».

Pero para entender el fenómeno es necesario trazar las líneas que dan forma al instituto, y sobre la base de esta actividad es necesario, pues, establecer a qué categoría jurídica pertenece la valoración judicial de la conducta de las partes, y específicamente aquella que se produce por violación del deber de moralidad, si a la parcela probatoria del derecho procesal, a la argumentación judicial, a una especie de sanción o a una categoría autónoma. La doctrina no es conteste; sin embargo, predomina aquella que estudia el fenómeno bajo una perspectiva probatoria.

En Venezuela, para QUINTERO TIRADO, adhiriéndose a doctrina sobre el tema, 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»⁴²².

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, 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 esta 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 esta 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»⁴²³.

⁴²² QUINTERO TIRADO: ob. cit., *passim*.

⁴²³ 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: *La prueba...*, pp. 481 y 482. También CAPPELLETTI, Mauro: *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, EJEA, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, pp. 151 y 153.

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*»⁴²⁴.

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»⁴²⁵. 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»⁴²⁶.

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 coitejo si se negare a firmar en presencia del juez se le tendrá por reconocido

⁴²⁴ RENGEL-ROMBERG: ob. cit., p. 474.

⁴²⁵ DUQUE CORREDOR: «La conducta...», 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.

⁴²⁶ *Ibid.*, pp. 6 y 7.

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»⁴²⁷.

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»⁴²⁸.

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»⁴²⁹.

MOLINA GALICIA, cuya opinión debe contextualizarse en el análisis de la figura del fraude procesal, señala: «otra lectura de la doctrina referida al

⁴²⁷ RIVERA MORALES: *Actividad...*, pp. 414 y 415. *Cfr.* RIVERA MORALES: *Las pruebas...*, pp. 390 y 391.

⁴²⁸ RIVERA MORALES: *Actividad...*, p. 416. *Cfr.* RIVERA MORALES: *Las pruebas...*, p. 391.

⁴²⁹ *Ibíd.*, p. 394.

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 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»⁴³⁰.

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 cómo 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»⁴³¹.

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

⁴³⁰ MOLINA GALICIA: *Reflexiones...*, pp. 245 y 246.

⁴³¹ *Ibíd.*, p. 247.

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»⁴³².

Para ARGÜELLO LANDAETA, 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»⁴³³.

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

⁴³² ZAMBRANO: ob. cit., p. 92.

⁴³³ ARGÜELLO LANDAETA: ob. cit., pp. 298 y 299.

documentos que se encuentran en su poder, a tenor de lo que estipula en el artículo 437 del Código de Procedimiento Civil»⁴³⁴.

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»⁴³⁵.

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 principio 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 curso del proceso, lo cual nos motiva a expresar que no requiere ser llevado al conocimiento del operador de justicia mediante los medios probatorios, basando 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»⁴³⁶.

⁴³⁴ *Ibíd.*, p. 299.

⁴³⁵ BELLO TABARES: *ob. cit.*, p. 1031.

⁴³⁶ *Ibíd.*, p. 1034.

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 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 solo 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»⁴³⁷.

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 excriminativas (*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»⁴³⁸.

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»⁴³⁹; es decir, que el indicio endoprocesal tiene un desarrollo neuropsíquico que

⁴³⁷ Cfr. PEYRANO, Marcos: «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*, Rubinzal-Culzoni, D. F. Acosta, coord. y J. W. Peyrano, director, Santa Fe, 2005, pp. 45 y 46.

⁴³⁸ MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Curso de probática judicial*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 148 y 149. Véase del mismo autor: *Técnica...*, pp. 449-492.

⁴³⁹ Cfr. MUÑOZ SABATÉ: *Curso...*, p. 149, nota 286.

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»⁴⁴⁰.

De manera que, para MUÑOZ SABATÉ, el indicio endoprocésal es v. gr. un indicio que se diferencia de los indicios exoprocésales, 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»⁴⁴¹.

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.»⁴⁴², y señala que «son muchos los casos en que la insinceridad y mala

⁴⁴⁰ *Ibid.*, 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 AA. VV., *Revista de Derecho Probatorio*, N.º 15, Ed. Homero, Caracas, 2009, pp. 167 y ss.

⁴⁴¹ *Cfr.* MUÑOZ SABATÉ: *ob. cit.*, p. 152.

⁴⁴² DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, 4.ª, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 1993, t. I, pp. 679 y 680.

fe en el proceso permiten obtener, lógica y pragmáticamente, indicios adversos a los hechos que alega esa parte»⁴⁴³.

PARRA QUIJANO, refiriéndose al derogado Código de Procedimiento Civil colombiano, señala que «el artículo 249 del CPC 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 que 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»⁴⁴⁴.

Refiriéndose el autor al caso de la falta de contestación de la demanda, opina que «no es un regreso, como ya se dijo, a la tarifa legal sino una enfatización, una, si se quiere ayuda, un apoyo al juez, pero a la vez una obligación de éste de inducir-deducir indicios del comportamiento o conducta de los demandados al contestar la demanda; inclusive, la contestación de la demanda permitirá al juez estudioso y cuidadoso, saber cómo entiende el demandado el manejo del proceso y le permitirá, en la sentencia, tener como indicios graves, dentro del cuadro de las pruebas en general, las afirmaciones contrarias a la realidad hechas por el demandado. Ejemplo: Si el señor J, quien investiga la paternidad afirma que su madre, la señora Z, por la época de su concepción tuvo relaciones con el señor N, será o no indicio grave que si tuvo esas relaciones y además demostración de mala fe, que el demandado a través de abogado conteste: A mi poderdante no le consta. ¿Qué respuesta es esa? ¿Esa respuesta es seria? En el mismo supuesto, cuando el demandante afirma que su señora madre tuvo relaciones

⁴⁴³ *Ibíd.*, p. 687.

⁴⁴⁴ PARRA QUIJANO, Jairo: *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, 5.^a, Librería ediciones del profesional, Bogotá, 2005, t. IV, pp. 223 y 224.

sexuales con el demandado, si éste al contestar la demanda niega esas relaciones y durante el proceso se le prueba que sí tuvo esas relaciones sexuales, ese es indicio grave que tuvo relaciones sexuales por la época de la concepción. ¿Por qué niega las relaciones habiéndolas tenido? ¿Cuál es la razón? Es tiempo de abandonar ese apego a las doctrinas puras, sin efectividad y sin vigencia en la vida real. ¿Será un atentado a la doctrina pura decir que no contestar la demanda es un indicio grave, pero de una gran utilidad, de un gran sentido práctico? ¿Será acaso normal un diálogo (que lo debe ser el proceso) en donde uno de los que participa sea mudo? ¿Será diálogo honesto cuando uno afirma supuestos y el otro elude? ¿Será diálogo cuando uno dice la verdad y el otro miente? ¿Fundamentalmente un diálogo reglado por el legislador y dirigido en concreto por el juez, puede serlo en las circunstancias preguntadas?»⁴⁴⁵ Concluye el autor indicando que «el manejo de la conducta de las partes como indicios, convierte al juez en protagonista e inmaculador del proceso»⁴⁴⁶.

PEYRANO, al estudiar la valoración judicial de la conducta de la parte, primero le atribuyó la calidad de fuente de convicción (1979)⁴⁴⁷, y más tarde cambió de opinión admitiendo, con la doctrina mayoritaria, «que la conducta procesal sería un indicio»⁴⁴⁸. En el trabajo que acá se cita, el autor parece volver a la tesis primera mencionada, esto es, la conducta procesal como fuente de convicción⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ *Ibíd.*, p. 224.

⁴⁴⁶ *Ibíd.*, p. 226.

⁴⁴⁷ *Vid.* PEYRANO, Jorge W.: «La conducta procesal como elemento de convicción favorable a su autor», en AA. VV., *Valoración judicial de la conducta procesal*, Rubinzal-Culzoni, D. F. Acosta, coord. y J. W. Peyrano, director, 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».

⁴⁴⁸ *Ídem.* *Vid.* KIELMANOVICH, Jorge L.: *Teoría de la prueba y medios probatorios*, 4.ª, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 668.

⁴⁴⁹ *Vid.* PEYRANO: «La conducta procesal...», pp. 21 y 22, señala «no tendríamos honestidad intelectual si no reconociéramos que estamos en trance de dar otra

Mientras que para Marcos 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»⁴⁵⁰. 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...»⁴⁵¹, 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».

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 solo 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».

⁴⁵⁰ PEYRANO: «La valoración...», pp. 48 y 49.

⁴⁵¹ Ídem. 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».

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»⁴⁵², 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»⁴⁵³, 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 163.5⁴⁵⁴).

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»⁴⁵⁵. Para la autora en referencia, la valoración judicial de la conducta procesal no tiene naturaleza de medio de prueba⁴⁵⁶ y parece calificarla como una manifestación del principio de adquisición procesal, al señalar: «la conducta procesal “está allí”, sin necesidad de ofrecimiento,

⁴⁵² *Ibíd.*, pp. 50-55.

⁴⁵³ *Ibíd.*, 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*, Rubinzal-Culzoni, D. F. Acosta, coord. y J. W. Peyrano, director, Santa Fe, 2005, pp. 69 y 70.

⁴⁵⁴ 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*, Ediciones del País, Buenos Aires, 2009, p. 30.

⁴⁵⁵ BALESTRO: *ob. cit.*, p. 27.

⁴⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 28-33. Aunque más adelante la autora parece admitir que la conducta de la parte puede dar lugar a un indicio.

producción, aceptación, oposición o contralor. Simplemente es la materia prima de los actos jurídicos procesales»⁴⁵⁷.

Para autores como 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 atenuancia a la prueba»⁴⁵⁸.

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, al manifestar: «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»⁴⁵⁹.

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 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

⁴⁵⁷ *Ibíd.*, p. 33.

⁴⁵⁸ ACOSTA: *ob. cit.*, p. 78.

⁴⁵⁹ *Ibíd.*, p. 81.

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 solo 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*...⁴⁶⁰.

No es baladí, pues, inscribir a este fenómeno en una especie del género sanción⁴⁶¹. No por capricho, sino por la propia lectura de las normas que

⁴⁶⁰ *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 1310, del 30-06-06. 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 TSJ/SC, sent. N.º 268/2006 y también sent. N.º 1310/2006 de la misma Sala.

⁴⁶¹ Sobre las sanciones que imponen los jueces, TSJ/SC, sent. N.º 1212, del 23-06-04, 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

prevén la figura (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 procesal⁴⁶² 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)⁴⁶³. Esto por dos razones:

- i. 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*).
- ii. 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 ECHANDÍA: «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

pertinentes, con salvaguarda, en todo momento, del derecho a la presunción de inocencia». La misma Sala Constitucional en sent. N.º 242, del 09-04-14, 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.

⁴⁶² Según se verá en el texto principal *infra*, en caso de fraude procesal la conducta de las partes forma parte de la *causa petendi* del objeto del proceso (entendido como *pretensión*).

⁴⁶³ Sobre el indicio *vid.* TARUFFO: *La prueba...*, pp. 470 y 471; DEVIS ECHANDÍA: *ob. cit.*, pp. 601 y 602; PARRA QUIJANO: *ob. cit.*, pp. 12 y 13; RIVERA MORALES: *Las pruebas...*, pp. 349 y 350.

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»⁴⁶⁴, 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»⁴⁶⁵.

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»⁴⁶⁶.

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.

⁴⁶⁴ DEVIS ECHANDÍA: ob. cit., p. 687.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, pp. 636 y 637.

⁴⁶⁶ RIVERA MORALES: ob. cit., pp. 382 y 383. *Vid.* RENGEL-ROMBERG, Arístides: *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano según el nuevo Código de 1987*, t. IV, Organización Gráficas Capriles, Caracas, 2003, p. 463; MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, 5.^a, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 181.

En este sentido, opina Marcos 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»⁴⁶⁷.

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 prueba⁴⁶⁸, que implica la necesidad y posibilidad de control y contradicción probatorio (de su regularidad procesal,

⁴⁶⁷ PEYRANO: «La valoración...», pp. 48 y 49.

⁴⁶⁸ MONTERO AROCA: ob. cit., p. 59. Al respecto SENTIS 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

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.–.

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

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* (...) 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 ECHANDÍA: 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 SABATÉ: *Técnica...*, 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».

sistema que tutele derechos fundamentales, como acostumbran 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»⁴⁶⁹.

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»⁴⁷⁰ sobre la base del adagio

⁴⁶⁹ BECCARIA: ob. cit., p. 56.

⁴⁷⁰ FERRAJOLI: ob. cit., 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».

⁴⁷¹ *Ibíd.*, p. 35, señala al respecto el autor: «no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino solo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno

*auctoritas, non veritas facit legem*⁴⁷¹, 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 objetivos⁴⁷².

Como segundo elemento de la epistemología garantista a ser considerado figura lo que denomina el autor «cognoscitivismo 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 blanco⁴⁷³. 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*.

relevancia penal». Decía HOBBS 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; solo entonces es la sentencia de su soberano; de otro modo es la suya propia, y una sentencia injusta, en efecto». Cfr. HOBBS. Thomas: *Leviatán o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil*, Reimp, 2.^a, Fondo de Cultura Económica, trad. M. Sánchez Sarto, Buenos Aires-México D. F., 1992, p. 222.

⁴⁷² Vid. FERRAJOLI: ob. cit., p. 36.

⁴⁷³ Ídem.

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»⁴⁷⁴ que permite garantizar, en primer lugar, la certeza y, en segundo lugar, la separación entre derecho y moral⁴⁷⁵.

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»⁴⁷⁶; tales elementos antigarantistas se encuentran, por un lado, en las definiciones normativas que dan vida al sustancialismo penal y cognoscitivismos éticos⁴⁷⁷ –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»⁴⁷⁸ 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»⁴⁷⁹.

⁴⁷⁴ *Ibíd.*, p. 37.

⁴⁷⁵ *Ídem*, 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».

⁴⁷⁶ *Ibíd.*, p. 41.

⁴⁷⁷ *Ibíd.*, p. 42. Explica el autor que, según el sustantivismo penal y cognoscitivismos éticos, «objeto de tratamiento penal no es tanto ni solo 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».

⁴⁷⁸ *Ibíd.*, p. 41.

⁴⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 41 y 42.

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 pena⁴⁸⁰, 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 juzgador⁴⁸¹.

Según todo esto, el juicio penal (y así cualquier juicio que haga un juez), al igual que el ético y el estético⁴⁸², 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: «... solo 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»⁴⁸³.

⁴⁸⁰ 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», *ibíd.*, p. 41.

⁴⁸¹ *Ibíd.*, p. 43.

⁴⁸² *Ibíd.*, p. 43, «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».

⁴⁸³ *Ibíd.*, p. 44.

Y todo lo anterior, cuya construcción inicialmente destinada al modelo penal se proyecta como una teoría general⁴⁸⁴, 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.

Ahora bien, hay situaciones que pueden asimilarse a la valoración judicial de la conducta de las partes por violación del deber de moralidad por ser también consecuencias jurídicas, con fundamento similar, pero que no pueden identificarse con aquella. Tal es el caso de la resolución que declara el abuso de derecho procesal, la que declara el fraude procesal, la ineficacia de un acto procesal, la doctrina de los propios actos (en el proceso) y los supuestos específicos de valoración judicial de la conducta de las partes. Todas son consecuencias jurídicas que afectan a las partes en el marco de un proceso, que pueden fundamentarse o no en la violación del deber de buena fe o principio de moralidad, pero hay que distinguirlas de la valoración procesal de la conducta de las partes violatoria del deber de moralidad.

2.2. *Del abuso del derecho al abuso del (o en el) proceso*

Se utiliza acá la expresión *abuso de derecho* en el sentido estricto que deriva del Derecho privado y no en el sentido que en algunas ocasiones se le da,

⁴⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 851 y 852.

como sinónimo de mala fe o deslealtad procesal, y diferenciándose a su vez del fraude. El abuso de derecho es el ejercicio anormal y perjudicial de un derecho determinado⁴⁸⁵. Para MONTERO AROCA, «el abuso de derecho tiene contornos propios, incluso en el ámbito procesal, pues también en éste debe partirse de la existencia de un derecho subjetivo claro e indiscutido y del ejercicio del mismo de modo que se cause un daño o perjuicio a otras personas, sin por ello alcanzar beneficio o ventaja alguna de las que son inherentes a la titularidad de ese derecho subjetivo»⁴⁸⁶.

En este sentido, señala TARUFFO: «Surge entonces, en el interior de la generalísima categoría de los comportamientos ilícitos, una distinción de orden subjetivo: solo quien es titular de una situación jurídica subjetiva activa puede abusar de ella, mientras que quien no se encuentra en esta posición, comete ilícitos de distinta naturaleza no reconducibles al concepto de abuso»⁴⁸⁷.

TARUFFO distingue entre abuso de la tutela jurisdiccional (o abuso del proceso) y abuso de instrumentos procesales (o abuso en el proceso)⁴⁸⁸,

⁴⁸⁵ Véase por todos DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III. Obligaciones*, RVLJ, Caracas, 2017, pp. 70, 191, 281, 581, 642, particularmente pp. 681 y ss., de la misma autora «El daño moral en las personas incorporales: improcedencia de la prueba *in re ipsa*», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 6, Caracas, 2016, pp. 59-63 y DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria y VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «El abuso del derecho. Un estudio tres autores», en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 8, Caracas, 2017, pp. 515 y ss. Así como GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac y ZORZETTO, Silvia, «Razonabilidad, abuso del derecho y argumentación jurídica», en AA. VV., *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, ACIENPOL, Caracas, 2015, t. v, pp. 3540 y ss., y más recientemente GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac: «El abuso procesal», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 10-II, Caracas, 2018, pp. 505 y ss.

⁴⁸⁶ MONTERO AROCA: «Sobre...», p. 340, nota 99. Sobre el abuso de derecho véase ALTERINI, Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto: «Abuso del derecho», en AA. VV., *Enciclopedia de responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 37.

⁴⁸⁷ TARUFFO: «Elementos...», p. 297.

⁴⁸⁸ Vid. TARUFFO: «El abuso...», p. 322. Vid. BELESIO, Juliana y GASPARI, Marisa G.: «Reflexiones sobre el abuso en materia procesal», en AA. VV., *Abuso procesal*,

aclorando que se abusa de una situación jurídica subjetiva activa de la cual se es titular; lo que significa que solo «se puede abusar de lo que se tiene derecho a hacer, no de lo que no se puede hacer»⁴⁸⁹.

Para el autor, «no es abuso toda violación de reglas procesales, sino solo el ejercicio impropio, incorrecto o distorsionado de una situación procesal activa de la que es titular el autor del comportamiento abusivo», debiendo tenerse presente que calificar como abusivo el ejercicio de un derecho suele ser difícil, pues implica afectar o comprimir excesivamente las posibilidades de ejercicio de ese derecho, mucho más cuando dicho ejercicio está cubierto por una garantía de orden constitucional, por lo que no parece infundado el temor de limitar indebidamente el ejercicio pleno de garantías que no han alcanzado todo su potencial⁴⁹⁰.

Señala que el «abuso puede definirse como el empleo de un remedio procesal para la consecución de un fin que no pertenece a dicho remedio, dado que no cabe dentro de los objetivos a cuya obtención está dirigido»; para el autor, un elemento que hace a la diferencia específica del abuso consiste en la *impropiedad* del objetivo que se pretende alcanzar con el instrumento procesal que se usa o que dicho objetivo no esté dentro de los «típicos» del instrumento procesal usado. Además de ser impropio el objetivo, la calificación de este debe ser negativa, debe existir intención de perseguir fines perjudiciales y dañosos para alguien y que las consecuencias negativas se produzcan realmente en contra del sujeto que se ha pretendido afectar⁴⁹¹. Este daño, según el autor, puede no solo ir dirigido a un sujeto, sino contra del carácter instrumental del proceso, esto es, «en función del perjuicio que acarrea al desarrollo solícito y ordenado del proceso»⁴⁹², concepción esta última que depende de la axiología procesal bajo la cual se conciba al proceso.

Rubinzal-Culzoni, D. F. Acosta, coord. y J. W. Peyrano, director, Buenos Aires, 2006, p. 18.

⁴⁸⁹ TARUFFO: «Elementos...», p. 297.

⁴⁹⁰ *Ibíd.*, p. 298.

⁴⁹¹ *Ibíd.*, pp. 303-306.

⁴⁹² *Ibíd.*, p. 307.

El abuso procesal podría ser entendido como una categoría especial del abuso de derecho, con características particulares y propias que lo definen, pues se presenta en un contexto *procesal*; recordemos que el contexto procesal es la dialéctica y el enfrentamiento. Respecto a la relación entre abuso de derecho y mala fe, MONTERO AROCA señala que «parece claro que siendo teóricamente posible el abuso de un derecho de naturaleza procesal y en el proceso, en la práctica será raro que se produzcan supuestos evidentes del mismo, que no será fácil distinguir del deber de buena fe o, mejor, de la prohibición de actuar de mala fe»⁴⁹³.

En el *leading case* sobre fraude procesal, la Sala Constitucional distingue la figura del fraude procesal del abuso de derecho. Entendiendo que el primero:

Es el concierto entre varias personas para fingir juicios, o situaciones dentro de ellos, lo que caracteriza al fraude colusivo, siendo él una figura propia, y a su vez es diferente a otra anomalía procesal, cual es el abuso de derecho, que consiste en demandar reiteradamente sin derecho alguno a una o más personas, con el solo fin de hostigarla con la profusión de demandas, especie de terrorismo judicial que igualmente debe ser reprimido, por ser contrario al artículo 17 citado...⁴⁹⁴.

La doctrina autoral venezolana califica al abuso de derecho en el proceso como una forma de fraude procesal⁴⁹⁵ y el mismo sentido la Sala Constitucional⁴⁹⁶ al referirse a la institución de la radicación, en el contexto de la paralización indefinida del proceso, señaló:

Este último supuesto, que persigue impedir la paralización indefinida de los procesos, no solo debe funcionar con relación a las recusaciones, inhibiciones o excusas de los jueces, sino con toda actividad procesal que no

⁴⁹³ MONTERO AROCA: ob. cit., p. 340, nota 99.

⁴⁹⁴ TSJ/SC, sent. del 04-08-00, caso: Intana C. A.

⁴⁹⁵ Vid. RIVERA MORALES, Rodrigo: *Nulidades procesales, penales y civiles*, 2.ª, Librería J. Rincón, Barquisimeto, 2011, pp. 908 y 909.

⁴⁹⁶ TSJ/SC, sent. N.º 1329, del 20-06-02.

pueda ser manejada por los jueces y que convierta al proceso, no en un instrumento para la declaración del derecho, sino todo lo contrario, que nunca pueda sentenciarse el fondo, o que nunca lo sentenciado pueda hacerse efectivo (...) Para esta Sala, es inconcebible que la justicia de fondo no pueda administrarse porque entre incidencias de toda índole, más recusaciones, inhibiciones, declaratorias de incompetencia, etc., en un proceso, no logre avanzar hacia su resolución definitiva, a pesar de que los Códigos prefijan oportunidades procesales para las peticiones, y señalan los trámites que han de darse a cada una. Fuera de los actos procesales que atienden a peticiones determinadas, que señalan las leyes, no hay otros, a menos que se acuda al artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, el cual previene incidencias por causas muy concretas. No está pensado el proceso, para que se llene de peticiones, fuera de las expresamente previstas en la ley, y para que esas peticiones no previstas, formen un laberinto que impida el avance del proceso. Los jueces no pueden permitir tal situación, que es por demás ilegal y que atenta contra el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, *ya que el abuso de los derechos procesales no es más que un tipo de fraude procesal*, y las peticiones inoportunas deben ser declaradas inadmisibles de inmediato. Cuando los jueces de primera y segunda instancia que conocen de una causa, no puedan corregir la dilación indefinida proveniente de peticiones abusivas, ellos no pueden administrar justicia, y no lo están haciendo; máxime, cuando esos jueces en defensa del orden público y las buenas costumbres, pueden de oficio dictar las providencias que saneen el proceso, tal como lo facilita el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil...

En Venezuela, el abuso de derecho está consagrado normativamente en el artículo 1185 del Código Civil así: «El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho». Para parte de la doctrina civilista venezolana, el abuso de derecho «es actuar de mala fe, con dolo, violando los fines inmediatos del correspondiente derecho

subjetivo, y no un criterio que implique indagar sobre una cuestión tan abstracta como es la finalidad social de los derechos subjetivos»⁴⁹⁷.

Para la doctrina que se comenta, el abuso de derecho no constituye una fuente autónoma de obligaciones⁴⁹⁸. Así PITTIER SUCRE señala que:

Podemos concluir que el art. 1185 CC contiene dos supuestos de responsabilidad extracontractual por hecho ilícito, la culpa en sentido clásico de su encabezamiento (conducta *contra legem*) y la consagración del principio conocido como abuso de derecho en su aparte único, en cuyo caso trata del daño producido en el ejercicio de un derecho (...) Estos dos supuestos están comprendidos en un concepto amplio de culpa y en consecuencia, ambas situaciones nos encontramos frente a un hecho ilícito⁴⁹⁹.

Entiende el autor en comentario que el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil prevé un supuesto de hecho relativo al abuso de derecho en el proceso, pues «el párrafo único establece la responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad y mala fe. Ésta es la violación de la buena fe, que obliga a toda persona a comportarse con lealtad, con honestidad, en la confianza que inspiramos a los demás de actuar sin malicia; a nuestro juicio, éste es el mismo concepto de buena fe a que se refiere el artículo 1185 CC en su aparte único»⁵⁰⁰.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial del Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado la autonomía del abuso de derecho como fuente de obligaciones:

⁴⁹⁷ Cfr. PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de obligaciones. Derecho Civil III*, UCAB, Caracas, 2011, t. III, p. 1153.

⁴⁹⁸ *Ibíd.*, p. 1150.

⁴⁹⁹ *Ibíd.*, p. 1155.

⁵⁰⁰ *Ibíd.*, p. 1150.

Ahora bien, la figura que la doctrina y la jurisprudencia conciben como «abuso de derecho» se encuentra recogida en la parte final del artículo 1185 del Código Civil, que se refiere al exceso en que se puede incurrir, en el ejercicio de un derecho, por mala fe o por violación de la finalidad social que se persiga. Asimismo, el artículo 1185 del Código Civil, establece lo siguiente: «El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho». En fundamento a la norma anteriormente transcrita, no existe culpa ni responsabilidad civil, *cuando se ejerce un derecho sin abuso*, aunque se cause un daño; de manera que el ejercicio de un derecho no resulta abusivo, sino cuando hay mala fe o violación del objeto por el cual se otorgó ese derecho. Del último párrafo del artículo 1185 del Código Civil, se desprende que el ejercicio de un derecho no acarrea responsabilidad cuando su titular actúa de buena fe y en armonía con la finalidad social del derecho. En tal sentido, este Máximo Tribunal ha establecido que, para que el ejercicio de un derecho «... engendre responsabilidad civil (...) debe haberse actuado en forma abusiva, pues tratándose del ejercicio facultativo de un derecho (...) solo si se procediere de mala fe o si se excediese el particular en el uso de esa facultad (...) solo en este caso, lógicamente, podría darse entonces la posibilidad legal de indemnización...» (sentencia del 13 de agosto de 1987 de la Sala Político-Administrativa). Haciendo una apreciación integral del artículo anteriormente citado, se contemplan dos situaciones completamente distintas y naturalmente se fijan los elementos que diferencian la una de la otra. El primer párrafo del artículo corresponde a una de esas situaciones en la que se trata de probar que el daño causado fue producto de un hecho intencional, negligente o imprudente de otro, lo cual pareciera sencillo y hasta elemental. En cambio, el segundo caso que corresponde al último párrafo del artículo en el que se sostiene: «debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual ha sido conferido ese derecho»; presenta una situación grave y

hasta complicada que representa un delicado y complejo problema jurídico, el cual se refiere a: «precisar cuando se ha hecho uso racional de un derecho, y cuando se ha abusado del mismo» o cuando el ejercicio de ese derecho excede «los límites fijados por la buena fe o por el objeto por el cual ha sido conferido ese derecho». Por lo tanto, el artículo 1185 del Código Civil, contempla dos situaciones jurídicas totalmente distintas: cuando se procede sin ningún derecho y cuando se abusa del derecho. Por consiguiente, ajustado lo anterior al caso bajo decisión, la recurrida estaba obligada a resolver a cual de las dos hipótesis analizadas corresponde el caso de autos, analizando los argumentos en los cuales la actora sustenta la producción del daño reclamado, con el propósito de determinar su existencia para que el hecho ilícito produzca entonces sus efectos normales, como es la obligación de reparar⁵⁰¹.

La doctrina autoral venezolana ha señalado que «tenemos que la consecuencia del abuso del derecho es entonces la reparación del daño causado, el cual debe ser acordado a través de una reparación en especie o compensatoria, esto es, mediante una prestación por equivalente, como puede ser una entrega dineraria»⁵⁰².

El concepto de abuso de derecho en Venezuela está estrechamente ligado a la buena fe, pues la fuente que lo consagra prevé como supuesto la actuación de un derecho fuera de los límites de la buena fe (el otro supuesto es cuando se excede el ejercicio de un derecho por el objeto en vista del cual ha sido conferido). Creemos que la aplicación de la figura al ejercicio de los derechos procesales debe partir de esta misma norma (art. 1185 del Código Civil), pues no hay norma de rito que establezca la figura del abuso del proceso o abuso en el proceso. Para nosotros, el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil no regula el abuso del proceso o de un derecho procesal, pero puede servir de parámetro para conocer cuándo se abusa de una situación activa (v. gr., la recusación temeraria —fuera de los límites de la buena fe— o el

⁵⁰¹ TSJ/SCC, sent. N.º 363, del 16-11-01.

⁵⁰² *Cfr.* VELANDIA: ob. cit., p. 581.

planteamiento de la falta de jurisdicción propuesta con el fin de retardar el proceso –actuación que no se condice con el fin para el cual fue concedido ese derecho–). Ahora bien, la identificación del abuso del proceso resulta elemento constitutivo para el planteamiento de una pretensión (diferente a la controvertida) de reparación del daño causado por el agente a la víctima.

No siendo nuestra intención adentrarnos en el tema, nos interesa rescatar que la consecuencia jurídica del ejercicio abusivo de un derecho configura presupuesto de existencia de una obligación para quién abusa del derecho (titular del mismo y agente o sujeto activo del daño) a favor de quien se ve afectado por el abuso (víctima del daño), dando a este último, derecho a ser indemnizado por los daños que le produjo aquel. Aparece así que el abuso de un derecho genera una obligación. Esta es la consecuencia.

Creemos importante señalarlo, pues el abuso del proceso o de derechos *procesales* tiene solo relación aparente con la valoración judicial de la conducta de las partes por violación del principio de moralidad, ya que esta funciona, fundamentalmente, como sanción a un deber violado que se traduce en la valoración desfavorable al sancionado, realizada por el juez en su sentencia. Tienen por tanto naturaleza jurídica diferente: Una es una obligación o fuente de obligaciones generadas en o con el proceso, la otra una consecuencia-sanción por la violación de un deber.

2.3. *Fraude procesal*

El fraude y la buena fe o moralidad procesal son corrientemente tratados en forma conjunta, de hecho, en el Código de Procedimiento Civil venezolano, artículo 17, así como en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículo 48, los mencionan de manera conjunta. Así, señala VELANDIA, por ejemplo, que «el Código Procesal venezolano, al igual que la mayoría de las legislaciones adjetivas del continente, no contiene una norma expresa sobre fraude procesal, sino que, como dijimos, lo contempla explícitamente a través del principio de lealtad y probidad procesal, a que se contraen los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil. Además de este Código, hay normas

gremiales y éticas que vinculan al profesional del derecho con el mencionado principio y prevén sanciones por su transgresión»⁵⁰³.

En este sentido, el fraude procesal y la valoración procesal de la conducta de la parte es frecuentemente estudiado de modo conjunto, siendo el fraude fundamento para la desestimación de la pretensión. Así señala DUQUE CORREDOR «que por ejemplo, si en el proceso se consuma un fraude procesal, su comprobación por el juez es un elemento suficiente para desestimar los respectivos alegatos de las partes»⁵⁰⁴.

La configuración del fraude procesal en Venezuela ha sido tratado por la Sala Constitucional en sentencias referidas al caso: Intana C. A.⁵⁰⁵.

Estas decisiones identifican al dolo procesal como género de actuación que abarca *la colusión*⁵⁰⁶, *el fraude (strictu sensu)*⁵⁰⁷, *la simulación*⁵⁰⁸ y *el abuso del derecho*⁵⁰⁹. La Sala Constitucional entiende al fraude procesal como una categoría propia y particular, proyectada hacia el proceso, como forma concreta de categorías con las cuales se conecta, a saber, el fraude a la ley y la simulación, que se puede presentar en procesos en marcha o ya finalizados. Esta decisión utiliza como sinónimos fraude procesal y el dolo. Define la Sala Constitucional el *fraude procesal*:

... como las maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, o por medio de éste, destinados, mediante el engaño a la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos procesales, a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero...

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 589.

⁵⁰⁴ *Cfr.* DUQUE CORREDOR: ob. cit., p. 5.

⁵⁰⁵ *Vid.* TSJ/SC, sent. N.ºs 908/2000, 909/2000 y 910/2000.

⁵⁰⁶ *Vid.* RIVERA MORALES: *Nulidades...*, p. 905.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 906.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 905.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 908.

El fraude procesal según la Sala Constitucional, admite varias formas, entre ellas, el dolo o fraude procesal específico (*strictu sensu*) y la colusión. Señala la Sala:

... Estas maquinaciones y artificios pueden ser realizados unilateralmente por un litigante, lo que constituye el dolo procesal *strictu sensu*, o por el concierto de dos o más sujetos procesales, caso en que surge la colusión; y pueden perseguir la utilización del proceso como instrumento ajeno a sus fines de dirimir controversias o de crear determinadas situaciones jurídicas (como ocurre en el proceso no contencioso), y mediante la apariencia procedimental lograr un efecto determinado; o perjudicar concretamente a una de las partes dentro del proceso, impidiendo se administre justicia correctamente...

Pero, además, en esta decisión se identifica otra forma de fraude que consiste en «el forjamiento de una inexistente litis entre partes, con el fin de crear un proceso dirigido a obtener fallos o medidas cautelares en detrimento de una de las partes, de terceros ajenos al mismo, lo que constituye *la simulación procesal*». La sentencia identifica también el fraude mediante varios procesos, que puede incluso asumir la forma del delito de estafa o prevaricación (cuando proviene del apoderado de una de las partes), señalando que:

... El fraude procesal puede tener lugar dentro de un proceso, o mediante la creación de varios juicios, en apariencia independientes, que se van desarrollando para formar con todos ellos una unidad fraudulenta, dirigida a que en una o varias causas la víctima quede indefensa o disminuida en su derecho, aunque los procesos aparezcan desligados entre sí, con diversas partes y objetos, que hasta podrían impedir su acumulación. Se trata de varias personas concertadas entre sí que demandan consecutiva o coetáneamente a otra, y que fingen oposición de intereses, o intereses distintos, pero que en realidad conforman una unidad de acción; fingimiento que igualmente puede ocurrir dentro de una causa, si el actor demanda junto a la víctima, a quienes se hallan en colusión con él...

En cuanto a las vías para atacar el fraude procesal genérico (o como lo denomina la Sala: dolo procesal), indica que se puede hacer bien mediante acción principal (procedimiento ordinario *ex* artículo 338 del Código de Procedimiento Civil) o incidente dentro del proceso donde tiene lugar, si ello fuere posible; estando la pretensión destinada a obtener nulidades y no indemnizaciones. En este sentido, RIVERA MORALES señala que «cualquiera que sea la forma de manifestarse el fraude procesal y que se transforme en cosa juzgada “fraudulenta” apareja grandes problemas, sobre todo cuando la misma se extiende o pueda extenderse a terceros. Por ello, en cualquiera de sus manifestaciones tiene que ser combatida, anulando el acto o el juicio según sea el caso»⁵¹⁰.

La sentencia que se comenta admite también que la nulidad sea obtenida a través de procedimiento de invalidación (*ex* artículo 328 del Código de Procedimiento Civil, cuyas causales son taxativas⁵¹¹) e incluso a través del recurso de revisión penal. Indica la Sala que la vía idónea para sustanciar el fraude procesal cometido mediante varios procesos es el juicio ordinario; asimismo, cuando se trata litis inexistentes o simuladas en las cuales se ha producido cosa juzgada, y donde no cabe la invalidación, la vía es, o el amparo constitucional o la acción de simulación prevista en el artículo 1281 del Código Civil. Siendo incluso posible la revisión constitucional.

Ahora bien, no existe unanimidad en cuanto a las vías procesales para plantear una pretensión de fraude, existiendo sentencias que admiten la vía del amparo constitucional⁵¹², mientras que otras más recientes estiman

⁵¹⁰ *Ibíd.*, p. 905.

⁵¹¹ *Vid.* DUQUE SÁNCHEZ, José Román: «La lealtad en el proceso», *Comentarios jurídicos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1982, p. 121, donde se hace referencia a la invalidación como mecanismo para controlar el «fraude procesal».

⁵¹² En otras sentencias no se discrimina cuáles son los mecanismos procesales idóneos para sustanciar una pretensión de fraude procesal. Por ejemplo, TSJ/SC, sent. N.º 292/2009, mediante la cual se establece el criterio atributivo de competencia para conocer de los amparos en los que se denuncie el fraude procesal, la Sala toma

al amparo constitucional como vía excepcional⁵¹³. En todo caso, según la doctrina jurisprudencial de la Sala, el fraude (genérico) implica una violación del deber *lealtad y probidad*⁵¹⁴.

como vía idónea, entendiéndose genérica, al amparo constitucional como mecanismo para conocer una pretensión de fraude procesal, al margen de que sea endoprocesal o no, o sea fraude colusivo o no. Así la Sala señala: «... Partiendo de ello, se debe señalar que el criterio atributivo de competencia para conocer de los amparos en los que se denuncie fraude procesal tuvo en la jurisprudencia de esta Sala dos grandes distinciones. En la primera de ellas, se fijó el criterio atendiendo a quiénes eran los accionados, es decir, si el amparo se le imputa solo a particulares no se está en presencia de un amparo contra sentencia sino de un amparo contra particulares, indistintamente de que su estimación apareje la declaratoria de inexistencia del juicio simulado. En ese caso, el competente para conocer del amparo es el mismo juez que tramita el juicio. En cambio si el fraude además de a las partes se le atribuye al Juez el amparo debe conocerlo el Tribunal Superior al que tramitó el juicio que con anuencia del juez supuestamente se simuló (*vid.* TSJ/SC, sent. N.º 2604/2004). La segunda distinción atendió a si el juicio fue o no resuelto mediante sentencia definitiva, así no se haya señalado a los jueces como colusionados. En caso de que el juicio donde se fraguó el supuesto fraude procesal cuenta con sentencia definitiva, el amparo que se interponga contra dicho fraude debe ser conocido por el Juzgado Superior a aquel que dictó el fallo, siguiendo la regla competencial que dispone el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales». *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 2431/2003; en caso contrario, aplica las reglas descritas en el párrafo precedente. El hecho es que no se trata de distinciones que se excluyen, antes más, se complementan en tres escenarios: a. si el fraude se le imputa solo a las partes y en el juicio no se ha dictado sentencia definitiva, el amparo constitucional interpuesto lo conoce el mismo juez de la causa principal, así la pretensión implique la nulidad del juicio; b. si el fraude se le imputa solo a las partes pero en el juicio se ha dictado sentencia definitiva la acción de amparo constitucional lo conoce el Juzgado Superior correspondiente; y c. si el fraude se le imputa al juez y a las partes el amparo lo conoce el Juez Superior correspondiente, indistintamente de que se haya dictado o no sentencia definitiva».

⁵¹³ *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 1208, del 14-08-12: «... ha sido criterio reiterado de esta Sala Constitucional estimar que en principio, la acción de amparo constitucional no es la vía idónea para atacar los presuntos fraudes procesales acontecidos en el desarrollo de un proceso judicial, toda vez que la demostración de este tipo de anomalías procesales requieren de una etapa probatoria y de un debate contradictorio, que escapa del ámbito de aplicación del proceso de amparo en virtud de la brevedad de cognición del mismo. No obstante ello, si del expediente surgen elementos de

Por otra parte, la doctrina autoral suele hacer diferencias entre fraude en el proceso y fraude procesal⁵¹⁵. El fraude en el proceso tendría «por objeto burlar la eficacia de una norma procesal, y que viene a ser el equivalente del fraude de ley»⁵¹⁶, mientras que el fraude por el proceso (o fraude procesal) sucede cuando se «pretende vulnerar el ordenamiento jurídico valiéndose del proceso. Suele tener un carácter bilateral, e intenta utilizar el proceso como mecanismo para perjudicar a terceros mediante la creación de una sentencia firme con eficacia de cosa juzgada»⁵¹⁷, o proceder a la ejecución del bien perteneciente a un tercero con el fin de privárselo fraudulentamente. Así, nos encontramos con los litigios en los que por vía del allanamiento o la admisión de hechos, la manipulación de pruebas, el desistimiento, etc., se logra un pronunciamiento judicial que, adquiriendo la autoridad de cosa juzgada, equivale a provocar el nacimiento, la transmisión o la extinción de derechos, cuando legalmente no hubieran podido obtenerse tales resultados⁵¹⁸.

El fraude procesal si bien tiene estrecha relación con la mala fe no debe confundirse necesariamente con esta ni con el principio de moralidad procesal. En este sentido, MONTERO AROCA, con argumentos aplicables

convicción que demuestren fehacientemente la utilización del proceso judicial para fines distintos a los legalmente establecidos, el juez constitucional en resguardo del orden público procesal puede pasar a conocer y resolver la denuncia de fraude procesal. Se trata de una excepción al principio general de improcedencia de este tipo de solicitudes en sede constitucional, por lo que su tramitación debe resultar de la convicción por parte del juez de la existencia de irregularidades en el trámite de una determinada causa, sin que sea necesario para su demostración un debate probatorio y la evaluación de pruebas propias de la acción por fraude procesal. ...».

⁵¹⁴ Vid. RIVERA MORALES: ob. cit., pp. 886 y 887.

⁵¹⁵ Vid. PICÓ I JUNOY: *El Principio...*, p. 107.

⁵¹⁶ *Ibíd.*, p. 108.

⁵¹⁷ *Ibíd.*, p. 109.

⁵¹⁸ Ídem. Señala el autor: «De igual modo, nos encontramos este tipo de fraude cuando el proceso se utiliza con fines distintos a los que le son propios, como por ejemplo, con el exclusivo fin de impedir la aplicación de los plazos de prescripción de las acciones o delitos hasta que el propio litigante fraudulento lo estime oportuno».

al caso venezolano, señala que «el fraude a la ley, se entiende ley procesal, tampoco debe confundirse con el deber de buena fe, pues aquél presupone la utilización de una norma, al amparo de la cual se realiza un acto, para evitar la aplicación de otra norma que es la procedente»⁵¹⁹.

Para nuestro interés, consideramos que el *fraude procesal* no puede ser materia de estudio en el tema de la valoración judicial de la conducta de las partes por violación del deber de moralidad, pues con la declaratoria de aquel no se busca constituir fuente de convicción o de prueba para la decisión de una pretensión que se ventila en un proceso en curso⁵²⁰, sino que ella misma (la conducta fraudulenta) será el título o *causa petendi* de una pretensión (incidental o principal), que será objeto de un proceso (principal o incidental), objeto de prueba y de una decisión judicial que se pronuncie sobre su procedencia. Pretensión que busca, en principio y por antonomasia, la *nullidad* de la actuación procesal fraudulenta y sus efectos. Tampoco se

⁵¹⁹ MONTERO AROCA: «Sobre...», p. 341, nota 100. En el mismo sentido PICÓ I JUNOY: ob. cit., p. 107, señala: «En cualquier caso, la diferencia básica entre la mala fe y el fraude de ley radica en que en este último caso estamos en presencia de dos normas: la de cobertura, esto es, la que pretende aplicarse, y la realmente aplicable, que es la que intenta evitarse de forma fraudulenta», citando a GONZÁLEZ PÉREZ quien señala: «Se atenta contra la buena fe al ejercitar un derecho nacido con arreglo a la norma aplicable; se incurre en fraude de ley al intentar el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable».

⁵²⁰ Aunque para parte de la doctrina es posible desestimar una pretensión por existencia de fraude. Vid. DUQUE CORREDOR: «La conducta...», p. 5; señala: «De modo, que por ejemplo, si en el proceso se consuma un fraude procesal, su comprobación por el juez es un elemento suficiente para desestimar los respectivos alegatos de las partes». Nosotros creemos que hay que partir de una distinción: la pretensión fraudulenta *per se* es improcedente, pues no es jurídicamente tutelable (bien porque se base en hechos inexistentes –inexistencia de controversia– o pretenda evadir el orden jurídico); tampoco debe asimilarse este caso a aquel en el cual una parte pretenda materializar o materialice una actuación procesal fraudulenta *en* el proceso, en cuyo caso la actuación debe ser *anulada* y eventualmente sancionado la parte que le dé lugar si acaso incurre en una sanción –penal (art. 110 Ley Orgánica del Poder Judicial) o disciplinaria–, pero de modo alguno esto debe llevarnos, en este último caso, a concluir que por ello deba este sujeto perder el pleito.

puede confundir el *fraude procesal* con el *abuso procesal*, pues este parte del ejercicio de un derecho subjetivo *determinado, claro e indiscutido*.

Por lo tanto, debe separarse el estudio de la conducta fraudulenta, que proscribe «la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento»⁵²¹, de la valoración de la conducta procesal de las partes por violación del deber de moralidad o de buena fe procesal.

2.4. *Observancia de la norma procesal*

Señala MONTERO AROCA que «el sometimiento a las normas procesales y las consecuencias de su inobservancia es algo muy distinto del pretendido deber de buena fe y la imposición de una sanción por incumplimiento. El proceso civil tiene, como es obvio, una regulación procedimental en la que cada trámite tiene un contenido determinado, de modo que si la parte no realiza el acto, o no lo realiza del modo previsto en la ley, la consecuencia no es la imposición de una sanción sino la pérdida del trámite»⁵²².

En este sentido, PICÓ I JUNOY señala una serie normas y supuestos del ordenamiento procesal español cuya inobservancia puede acarrear la violación del principio de buena fe procesal⁵²³; afirmación que es criticada por MONTERO AROCA al señalar que «en todos estos supuestos no se impone a la parte que realice una conducta determinada ni se le conmina con una sanción para el caso de que no la realice. Se trata sencillamente de que la parte tiene, en un acto procesal, que cumplir con lo que la ley dispone y el incumplimiento, tanto si hace como si no hace, da lugar a la consecuencia prevista en esa misma ley. Nada que ver con la buena fe, a riesgo de entender que el incumplimiento de las reglas legales, incluidas las meramente

⁵²¹ Vid. PICÓ I JUNOY: ob. cit., p. 107.

⁵²² MONTERO AROCA: ob. cit., p. 341.

⁵²³ PICÓ I JUNOY: ob. cit., p. 130.

procedimentales, supone siempre una infracción del deber de buena fe, con lo que el ámbito de ésta sería desmesurado»⁵²⁴.

Nos hemos permitido citar la doctrina anterior, que no obstante estar fundada en el ordenamiento jurídico español, por su rigor científico puede ser aplicada a la circunstancia normativa venezolana. Esto, pues el proceso civil venezolano está fundado en dos reglas fundamentales (denominadas principios), a saber, la preclusión procesal y la legalidad de los actos procesales, lo que se traduce en la afirmación unánime de que el procedimiento civil venezolano se base en un orden consecutivo legal con fases de preclusión.

Esto implica que para la validez y eficacia de los actos procesales es necesario el cumplimiento de las formas que prevé el Código de rito (legalidad de las formas *ex* artículo 7 del Código de Procedimiento Civil) dentro de los tiempos relativos a cada fase del *iter* procesal. Hacer una actuación fuera de lapso o no cumplir la forma prevista, acarrea, normalmente, la ineficacia del acto. Esto es, no eslabona la fase o actuación procesal para la cual aquella fue prevista. Por ejemplo, quien ejerce el recurso ordinario de apelación en forma diferente a la prevista en el artículo 292 del Código de Procedimiento Civil o después del lapso establecido en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, corre con la suerte de la ineficacia de ese acto procesal.

Esto significa que quien no observa una norma procesal (por falta de rigor formal, extemporaneidad, etc.), no por ello debe ser calificada su actuación como contraria al principio de moralidad, sino sencillamente la actuación no produce el efecto previsto en la ley.

2.5. *Doctrina de los actos propios*

Señala la doctrina que «a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta»⁵²⁵. PICÓ I JUNOY opina que «la conducta

⁵²⁴ MONTERO AROCA: ob. cit., p. 343.

⁵²⁵ Cfr. ALTERINI, Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto: «Actos propios», en AA. VV., *Enciclopedia de responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 231.

observada por una persona en un determinado momento puede vincularle, restringiendo sus posibles actuaciones posteriores, que serán inadmisibles cuando pretenda hacer valer un derecho en contra de su propia conducta previamente realizada, traicionando así la confianza que terceros hayan podido depositar en él»⁵²⁶.

La actuación contraria a actuaciones anteriores en el proceso si bien, por lo general, puede ser reconducida bajo la figura de la preclusión procesal e incluso bajo la figura de la convalidación o renuncia tácita *ex* artículo 203 del Código de rito civil venezolano, en ocasiones puede también ser enfocada bajo la doctrina de los actos propios, p. ej., cuando se plantea en un cuaderno o pieza separada del cuaderno o pieza principal de un expediente judicial, un cuestionamiento no efectuado en la pieza principal (impugnación de la representación de los abogados), dicho planteamiento resulta a todas luces desleal y contradictorio con la no impugnación oportuna en la pieza o cuaderno principal de la causa, que implica el reconocimiento de la representación.

La doctrina de los actos propios tiene una gran utilidad práctica para la retórica de los abogados con fines de persuadir al juez, pero no puede ser motivo para que este, insistimos, considere en su decisión que quien actúe de esta forma no tenga razón o tenga menos razón en el pleito⁵²⁷.

⁵²⁶ PICÓ I JUNOY: ob. cit., p. 130.

⁵²⁷ La figura de los actos propios ha sido utilizada en forma no muy clara por TSJ/SC, sent. N.º 342, del 19-03-12, donde se declaró: «... Ahora bien, en cuanto a los límites que corresponde al caso que nos ocupa, tenemos en primer lugar el agravio, que dispone que la parte recurrente impugnará solo lo que le es desfavorable, esta limitación, tiene su asidero legal contenido en el encabezamiento del artículo 436 del Código Orgánico Procesal Penal (antiguo 429), que señala “Las partes solo podrán impugnar las decisiones que les sean desfavorables...” asimismo ocurre en materia Civil, cuando establece el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil que: “No podrá apelar de ninguna providencia o sentencia la parte a quien en ella se le hubiera concedido todo cuanto hubiere pedido...”. Así las cosas, para la admisión de cualquier medio ordinario o extraordinario de impugnación el juez debe verificar, antes de la evaluación del fondo de lo apelado, si la decisión le fue desfavorable

3. 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 prueba⁵²⁸, 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 prueba⁵²⁹. 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, con el artículo 13 de la Ley de Procedimiento Marítimo y con el artículo 210 del Código Civil⁵³⁰). 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.

y ello se evidencia de la incongruencia entre lo peticionado por el recurrente y la sentencia recurrida, ya que en caso contrario la apelación devendría inadmisibile. Adicionalmente, encontramos que la apelación está también limitada a lo que la doctrina conoce como “los actos propios”, que conlleva que las partes no pueden apelar de sus propios actos, por ello, la pretensión en la apelación contraria con la propia conducta debe ser desestimada».

⁵²⁸ Vid. NIEVA FENOLL: ob. cit., pp. 251 y 252.

⁵²⁹ Sobre el derecho a la prueba, véase por todos YANNUZZI RODRÍGUEZ, Salvador R.: «El derecho a la prueba en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela», *XXXVII Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Constitución, proceso, pruebas y reforma procesal*, IEJEL, Barquisimeto, 2012, pp. 137 y ss.

⁵³⁰ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLEN: «Notas sobre el artículo 210...», pp. 147 y ss., así como VARELA CÁCERES: «El principio de unidad...», pp. 258 y ss.

Se trata pues de *cargas procesales*, no de deberes ni de obligaciones⁵³¹. 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

⁵³¹ No obstante calificada doctrina estima que normas de esta naturaleza son manifestación de un deber de colaboración, cuyo incumplimiento comporta un hecho ilícito. *Vid.* MICHELI: ob. cit., p. 148. Una opinión diferente *vid.* MONTERO AROCA: *La prueba...*, pp. 460 y 461.

el contexto de la norma y no como *colaboración general*-manifestación del *deber* de moralidad⁵³². 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 Civil⁵³³. Así, la doctrina jurisprudencial, particularmente, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia estableció 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

⁵³² *Vid.* MUÑOZ SABATÉ: ob. cit., p. 452.

⁵³³ 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».

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...⁵³⁴.

La misma Sala de Casación Social 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...⁵³⁵.

Asimismo, en el desarrollo de este mecanismo previsto en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, en un caso donde el demandado (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

⁵³⁴ Vid. TSJ/SCS, sent. N.º 288, del 16-05-02.

⁵³⁵ Vid. TSJ/SCS, sent. N.º 94, del 03-05-00.

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.)...⁵³⁶.

En esta decisión, por ejemplo, se califica la actitud de la *parte* (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. Ponderando como prevalente el derecho a la identidad biológica (artículos 56 y 78 de la Constitución) sobre el debido proceso y derecho a la defensa.

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).

⁵³⁶ Vid. TSJ/SC, sent. N.º 1235, 14-08-12.

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 razonadamente 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.

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)⁵³⁷ por

⁵³⁷ No obstante, la parte final del artículo 31 del Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 773, del 20-09-07) 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».

la parte demandante, no podría hablarse sensatamente de un deber genérico de colaboración (pues todo proceso es dialéctico y contradictorio)⁵³⁸.

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.

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»⁵³⁹.

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

⁵³⁸ Señala ALVARADO VELLOSO: *La incumbencia...*, p. 28, 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».

⁵³⁹ ZAMBRANO: ob. cit., p. 92.

las partes, también –excepcionalmente, eso sí– puede darse el caso de que el proceder computable provenga de quien no es formalmente parte»⁵⁴⁰.

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»⁵⁴¹.

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»⁵⁴²; en el mismo sentido, Marcos 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»⁵⁴³.

También se agrega que queda excluidos del fenómeno de estudio los actos que ejecutan el juez y el resto de los integrantes del tribunal⁵⁴⁴. 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 producidas⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ PEYRANO, Jorge W.: «La conducta procesal como elemento de convicción favorable a su autor», en AA. VV., *Valoración judicial de la conducta procesal*, Rubinzal-Culzoni, D. F. Acosta, coord. y J. W. Peyrano, director, Santa Fe, 2005, p. 19.

⁵⁴¹ *Ibid.*, pp. 22 y 23.

⁵⁴² BALESTRO: *ob. cit.*, p. 29.

⁵⁴³ PEYRANO: «La valoración...», p. 54.

⁵⁴⁴ *Vid.* BALESTRO: *ob. cit.*, p. 26.

⁵⁴⁵ *Vid.* CÁRDENAS: *ob. cit.*, p. 72.

5. MANIFESTACIONES DEL FENÓMENO

Ya hemos subrayado cómo 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 describe⁵⁴⁶, 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:

- i. 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

⁵⁴⁶ Vid. MUÑOZ SABATÉ: ob. cit., pp. 458 y 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 de que la doctrina autoral acoge esta clasificación, no hace la diferenciación entre juicios pragmáticos y éticos referida por MUÑOZ SABATÉ, 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», *ibíd.*, p. 450.

contraria a las pretensiones de la parte reticente»⁵⁴⁷. 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, 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 indemnización⁵⁴⁸.

ii. 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»⁵⁴⁹. 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...*».

iii. Comportamiento «contradictorio» o conducta «hesitativa»⁵⁵⁰, «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»⁵⁵¹.

iv. 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

⁵⁴⁷ DUQUE CORREDOR: ob. cit., p. 7. Vid. MUÑOZ SABATÉ: *Curso...*, p. 150; DEVIS ECHANDÍA: ob. cit., pp. 682 y 683.

⁵⁴⁸ Decisión del 21-03-12, caso Samuel Antonio Zavarse vs. Beneficiadora de Aves Barquisimeto C. A., www.tsj.gov.ve.

⁵⁴⁹ DUQUE CORREDOR: ob. cit., p. 7.

⁵⁵⁰ Vid. DEVIS ECHANDÍA: ob. cit., p. 683.

⁵⁵¹ Cfr. DUQUE CORREDOR: ob. cit., p. 7.

oculta la verdad al concurrir a juicio, razonadamente se puede sospechar que se siente culpable por el hecho que se atribuye⁵⁵².

v. 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»⁵⁵³. 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»⁵⁵⁴.

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»⁵⁵⁵.

⁵⁵² Ídem.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁵⁴ Ídem. Para DUQUE CORREDOR: *ob. cit.*, p. 9, la consecuencia o valoración que hace el juez puede ser tanto desfavorable como *favorable* a la parte, señala: «... 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».

⁵⁵⁵ RIVERA MORALES: *Actividad...*, p. 416. *Vid.* DEVIS ECHANDÍA: *Teoría...*, p. 684.

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»⁵⁵⁶.

Continúa el autor señalando que «por otra parte, tenemos la conducta activa de las partes en el proceso, por ejemplo, demanda, convenio 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»⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ RIVERA MORALES: ob. cit., p. 417.

⁵⁵⁷ Ídem.

El autor se refiere a la sentencia N° 77/2000 de la Sala Constitucional⁵⁵⁸, donde se declaró el fraude procesal bajo las siguientes consideraciones:

... 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 (...) 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 solo 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 (...) 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 (...) del inmueble que

⁵⁵⁸ Vid. TSJ/SC, sent. N.º 77, del 09-03-00.

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...

El caso anterior representa un auténtico caso de fraude procesal, que, como señalamos *supra*, 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 (que es parte de la *causa petendi* o título de la pretensión de fraude), pues 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, 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 otra pretensión, que por vía de contingencia se ve acreditada o desacreditada 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 formar 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»⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹ Cfr. BALESTRO: ob. cit., p. 29.

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»⁵⁶⁰. Señala que «los ejemplos abundan y como muestra veamos, sino a aquel demandado que solo 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...»⁵⁶¹, 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»⁵⁶², particularmente en los casos de prueba difícil.

⁵⁶⁰ Ídem.

⁵⁶¹ *Ibíd.*, p. 30.

⁵⁶² *Ibíd.*, 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*, Rubinzal-Culzoni, D. F. Acosta, coord. y J. W. Peyrano, director, Santa Fe, 2004, p. 19.