

LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Dr. Farith Suárez Valverde*
fsuarez@Poder-Judicial.go.cr

RESUMEN:

El tratamiento de la conducta procesal puede observarse a través de dos ópticas, el abuso del derecho pero también como elemento de convicción en la decisión de la cuestión en disputa. Las primeras afectan la moral y ética del proceso mientras que las segundas se tratan de conductas omisivas, obstructivas, hesitativa, y falaces en la recopilación probatoria o en los actos de alegación. En este artículo se abordan las conductas procesales que pueden constituir un elemento de convicción objeto de apreciación en la sentencia conforme lo regula el artículo 41.5 del nuevo Código Procesal Civil.

Palabras claves: conducta procesal - elemento de convicción - conductas omisivas - obstructivas - hesitativa - falaces - artículo 41.5 del nuevo Código Procesal Civil.

The procedural conduct of the parties in the new Code of Civil Procedure

ABSTRACT: *The treatment of the conduct in the judiciary process can be observed through two optics, the abuse but also as an element of conviction in the decision in dispute. The abuse affects the moral and ethical aspects of the process while the other one concern certain types of conducts as the omission, obstructive, hesitative, and fallacious conducts. This article is about the conducts that can constitute an element of conviction in the sentence as it regulates the article 41.5 of the new "Código Procesal Civil".*

Keywords: *conduct - judiciary process - element of conviction - omission - obstructive - hesitative - fallacious.*

* Abogado y notario con estudios en Administración de empresas en el Instituto Tecnológico de Costa Rica. Máster en administración y derecho de la empresa. Doctor en derecho con especialidad en derecho procesal y comercial. Facilitador: de la carrera de derecho en la Universidad Escuela Libre de Derecho, de la Escuela Judicial en los proyectos de formación inicial a personas juzgadoras y de especialidad civil y comercial, de los cursos de preparación de Juez y del nuevo Código Procesal Civil del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Juez del nuevo Tribunal Primero Colegiado de Primera Instancia de San José. Integrante de la Comisión de la Jurisdicción Civil y de la Comisión de Notificaciones del Poder Judicial. Miembro de la junta directiva de la Asociación Costarricense de la Judicatura. Actualmente labora como gestor para la implementación de la reforma procesal civil.

Este tema no es nuevo en el derecho comparado. Ha sido tendencia de los países incluir en las nuevas legislaciones procesales, normas cada vez más expresas tendientes a la regulación de la conducta procesal de las partes.

Puede abordarse este tipo de situaciones, desde dos puntos de vista¹, el primero de ellos encaminado a la transgresión de normas éticas o morales y la eventual respuesta que el ordenamiento jurídico brinda a estas, dígame al tratamiento del abuso procesal, pero también a los actos u omisiones de las partes y su efecto respecto a lo pretendido en el proceso, llámese al elemento de convicción para la decisión de la cuestión. Esta distinción se realiza doctrinalmente cuando se difiere de aquellas actividades de la parte que sean sujeto de valoración para el derecho sustantivo pretendido de otras que afectan el desarrollo del proceso. Sabaté² indica que las primeras se tratan de conductas omisivas, obstructivas y falaces en la recopilación probatoria o en los actos de alegación, y las segundas, a las referidas que afectan la moral y ética del proceso.

En la categoría del abuso procesal, el nuevo Código Procesal Civil tiene una variedad de normas que procuran disminuir o eliminar este tipo de conductas, llegan a establecer procedimientos y sanciones disciplinarias. En ese sentido, pueden observarse el artículo 2.3 que eleva a la categoría de principio la buena fe procesal³, el numeral 4.2 que reafirma como deberes de las partes y los intervinientes ajustar su conducta a "... la buena fe, a la probidad, al uso racional del sistema procesal, al respeto debido de los sujetos procesales y al deber de cooperación con la administración de justicia, evitando todo comportamiento malicioso, temerario, negligente, dilatorio, irrespetuoso o fraudulento..." y el 5.4 que regula el régimen disciplinario sobre las partes y sus abogados⁴.

Con distinción a las mencionadas, y sin dejar de lado que una conducta abusiva pueda constituir

al mismo tiempo un elemento de convicción para la persona juzgadora, se hallan las que serán el tema en estudio, aquellas conductas procesales que son objeto de apreciación en la sentencia al aportar indicios probatorios que cooperan en la solución del caso concreto. Este artículo no procura hacer leña del árbol caído; emitir un pronunciamiento contra del buen Código Procesal Civil que hasta el siete de octubre de dos mil dieciocho se encontrará vigente, más bien, se pretende reforzar el uso de un instituto que aunque existente en el mencionado cuerpo a través de distintas normas, no ha resultado tan visible y utilizado en la actualidad, pero que por la claridad en la que ahora se instituye en el nuevo código⁵ debe ser de alguna manera resaltado para obtener un aumento en su aplicabilidad.

La conducta procesal *Concepto*

Desde hace algún tiempo, doctrinarios venían apostando por la inclusión de la apreciación de la conducta de las partes como elemento de convicción para la persona juzgadora en las codificaciones procesales.⁶ El nuevo código se refiere de forma expresa a esta como consecuencia directa a la falta del deber de cooperación⁷.

El autor Muñoz Sabaté⁸; las define como "un acto o una serie de actos que no deben ser necesariamente afirmaciones (verbales o escritas, en definitiva un *dicere*) sino que también pueden constituir en un *agere*, como por ejemplo, el caso del procurador que habiendo diligenciado un exhorto deja transcurrir el término sin aportarlo debido a su resultado adverso."

La conducta procesal se trata de aquella posición activa o pasiva que una parte toma frente al proceso según su conveniencia y que puede proporcionar a la persona juzgadora de elementos objetivos de convicción que le permitan derivar de ellas presunciones sobre determinadas circunstancias.

Momentos en que se presenta

Encontraremos este tipo de conductas, en dos momentos, aquellas inmersas en los actos de alegación y proposición, referidas a las conductas plasmadas por las partes al demandar o contestar, como lo puede ser la falta de contestación de una demanda, u otras relacionadas propiamente con la prueba cuando existen omisiones al deber de colaboración, se dificulte la prueba o se mienta respecto a ella y se constituya en indicios confirmatorios del derecho pretendido, ya sea de forma incriminativa o bien excriminativa⁹.

La valoración de la conducta en los actos de alegación y proposición debe ser tratada con una óptica cuidadosa. El proceso judicial se compone de dos grandes fases, la primera cuya finalización es alcanzada cuando se “traba la litis”; es decir, al integrarse el contradictorio y queda fijado el tema en discusión, y la segunda donde se reproduce el acervo probatorio, se concluye y dicta el fallo. La falta cometida en la demanda o, incluso, aquella de la contestación, podrán ser subsanadas oportunamente mediante los medios legales correspondientes durante la primera fase; en caso contrario, junto con aquellas que se presentan en la segunda fase se constituirán como elementos a considerar en el fallo correspondiente. En esta segunda fase, estas apreciaciones se conformarán en lo que se ha denominado indicios endoprocesales¹⁰ los cuales pueden ser exponenciales o bien conductuales. En el primer caso, servirán para llamar la atención de la persona juzgadora pero que no incidirán en la decisión; en el segundo, se tratarán de aspectos a los cuales se les podrá otorgar un valor en la sentencia por incidir en la pretensión o su excepción.

Naturaleza jurídica

Respecto a su naturaleza jurídica y valor probatorio, gran parte de la doctrina se decanta por considerar la conducta procesal de las partes como fuente y objeto de prueba indirecta o elementos corroborantes de estas, otra como

elementos de convicción sin llegar a alcanzar la naturaleza de una verdadera prueba judicial; mas otra la considera medio y fuente probatoria.

Para poder comprender mejor estas discriminaciones, se requiere previamente reafirmar algunos conceptos jurídicos que configuran el eje mediante el cual giran estas tesis. Por ello, se incluye el siguiente apartado con un intento básico de algunas definiciones.

Concepto de prueba

Si diéramos un tratamiento extensivo¹¹ al principio de buena fe procesal, las partes no tendrían necesidad de acreditar ninguno de sus alegatos, pues, respecto al cuadro fáctico, el decir de una sería confirmado por la otra, reduciéndose la discusión en muchos de los casos a la aplicación y/o interpretación de las normas jurídicas.

Sin embargo, al existir intereses contrapuestos no es tan común tener pleitos donde las partes están conformes con lo fáctico, tienen sus puntos de vista y en ocasiones dispares visiones de lo acontecido. Para ello las normativas procesales establecen el deber probatorio y las cargas procesales, pues las alegaciones por sí mismas no resultan en muchos casos suficientes para obtener una resolución a favor, y se requieren por ende, de otras actividades que le permitan a la persona juzgadora alcanzar un grado aceptable de confirmación sobre las afirmaciones fácticas efectuadas, esto se logra con la prueba. Esto es así además por cuando al establecer el proceso las partes le presentan a la persona juzgadora una hipótesis, pero esta no sabe cómo ocurrió en realidad lo narrado, por lo que para poder llegar a conocerlo, requiere de interpósitas cuestiones desde donde se pueda conocer o inferir lo desconocido hasta ese momento, para ello se utiliza la prueba.

La prueba corresponde al elemento que se utiliza para demostrar la verdad o falsedad de una afirmación, es la acción pero al mismo tiempo el efecto de probar algo, el autor Montero Aroca

conceptualiza la prueba en dos sentidos: “Puede referirse a una actividad, como hemos dicho, pero también puede referirse a un resultado. Con alusión a la actividad puede decirse por ejemplo, “se está efectuando la prueba”, y respecto del resultado, siempre por ejemplo, “este hecho no se ha probado”¹².

Objeto de prueba

Cuando se habla de objeto de prueba, nos referimos a que puede ser probado, pero desde un punto de vista general, una noción objetiva y abstracta sobre lo que recae la prueba, aquí no existe delimitación teórica de esta, se trata de hechos en general¹³, que en ocasiones, pueden llevar a ser incluso para la acreditación del derecho.¹⁴ Se trata de “realidades que en general pueden ser probadas, con lo que se incluye todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva una consecuencia también jurídica. En este sentido el planteamiento correcto de la pregunta es: ¿qué puede probarse? Y la respuesta tiene que ser siempre general y abstracta, sin poder referirla a un proceso concreto.”¹⁵

Pero, no todas las alegaciones deben ser probadas¹⁶, pues para ello se deben considerar las excepciones como los hechos admitidos o no controvertidos¹⁷, siempre que no se tengan motivos fundados para considerar la posible existencia de fraude procesal¹⁸, los hechos notorios correspondientes a aquellos reconocidos por un grupo social en el tiempo, los hechos favorecidos de una presunción¹⁹ referidas a las legales, debiendo diferenciarse entre la prueba del indicio que sirve de base a la presunción y no a la presunción misma.

Finalmente, se encuentran las alegaciones de derecho, las cuales en principio no son objeto de prueba, y se dice que en principio por cuanto esta salvedad respecto a aquellas normas escritas del derecho interno de la República, por ende, sí serían objeto de prueba la acreditación de la costumbre, el derecho extranjero²⁰, el histórico vigente o no y el derecho estatutario²¹.

Tema de prueba

El tema de prueba es lo que debe ser probado en un proceso para que la parte pueda obtener a su favor el resultado pretendido, si el objeto responde a la pregunta ¿Qué puede probarse? El tema de la prueba responderá a la pregunta ¿Qué debe probarse? En ese sentido, son objeto de prueba o pueden probarse los hechos en general. El tema de prueba versará en que hechos de esos generales que pueden ser probados deben ser necesariamente acreditados para poder obtener una consecuencia jurídica. Para ello Montero Aroca²² indica: “se está haciendo referencia a lo que debe probarse en un proceso concreto para que la persona juzgadora declare la consecuencia jurídica pedida por la parte”, lo cual puede segregarse en dos grandes áreas, una concreta y otra general.

La concreta se delimita a aquellos elementos que el actor o la persona demandada debe probar en un caso concreto para obtener una sentencia a su favor de acuerdo con las pretensiones que ahí se esgriman, se refieren a las cuestiones propias y endógenas a cada asunto.

La general, se refiere a las reglas probatorias que se siguen para la acreditación de determinadas situaciones jurídicas en general, no a una situación concreta, sino a situaciones jurídicas determinadas, como lo puede ser, por ejemplo, en un juicio por responsabilidad civil subjetiva directa, donde para su admisibilidad se deben acreditar ciertos componentes básicos como lo son la culpa, la antijuridicidad, el daño y el nexo causal existente.

Mientras que, en el objeto de prueba se valorará qué puede probarse en el tema de prueba ubicaremos qué debe ser acreditado, pues si bien, todos los hechos pueden ser probados no todos lo deben ser, y ahí en donde encontramos la pertinencia (como sinónimo de relevancia) o no de lo que deba probarse, pero al fin y al cabo, ni el objeto ni el tema de la prueba abordan el deber de probar, el ¿Quién debe probar? Pues esta es una

pregunta atinente a la carga probatoria, siendo los primeros aspectos de índole objetiva y no como la última que es de carácter subjetiva que más adelante se detallará.

Fuente y medio de prueba

Los conceptos de fuente y medio de prueba están en estricta relación al objeto y tema de prueba. La fuente se trata de los hechos que el juez o jueza utiliza para determinar la hipótesis puesta en su conocimiento es la admisible, se tratan de realidades anteriores al proceso y que no requieren, por ende, de este para su existencia, y que pueden consistir en hechos representativos de otros o expresivos de sí mismos²³.

Los medios de prueba, dependen del proceso, se refiere a los métodos o formas aceptadas corrientemente por la legislación procesal para introducir al asunto las fuentes de prueba²⁴, son los medios el canal por el cual el juez o jueza logra conocer la fuente de prueba, es el traductor de las fuentes de prueba, el conducto que las permite incorporar al proceso.

Los medios se categorizan en directos o indirectos, en los primeros la fuente (dato percibido) se suministra por el medio mismo, de tal manera que al recabar determinada prueba por un medio determinado la persona juzgadora llega a tener contacto directo con la fuente probatoria que al fin y al cabo es objeto y en síntesis, es tema de prueba. Un ejemplo de un medio directo de prueba sería la prueba de reconocimiento judicial pues es con su realización que el juez o jueza de primera mano (no le cuentan) conoce el dato (fuente).

Los medios de prueba indirectos, arrojan un dato a la persona juzgadora a partir del cual esta deduce la hipótesis sometida a su conocimiento, son las vías a través de las cuales se le hace llegar al juez o la jueza la fuente de prueba, por ejemplo los documentos, los y las testigos o la prueba pericial. Aquí le llegan los datos a la persona juzgadora le llegan a través de un medio por ejemplo la declaración de un tercero.

Se puede ejemplificar la distinción entre fuente y medio de prueba con un testigo. La fuente sería tanto la persona que estaba ahí como lo que conoce sobre determinada situación, la cual es pre-existente y la esta no variará, si existe el proceso o no, pero una vez que inicia el asunto, alguna parte utilizará esa fuente para el convencimiento procesal de que lleva la razón. Para hacerlo, acudirá a las normas procesales y encuadrará tal circunstancia en uno de los medios de prueba legalmente admitidos, la prueba testimonial, cumpliéndose para ello con los requisitos exigidos en la normativa.

En el siguiente cuadro se pretende realizar una diferenciación entre fuentes y los medios de prueba:

Cuadro 1 Diferencias entre fuentes y medios de prueba	
Fuente de prueba	Medio de prueba
Concepto extrajurídico	Concepto jurídico
Realidad anterior al proceso	Solo existen en el proceso
Elementos que existen en la realidad	Actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso
Existe fuera del proceso	Se forma durante el proceso
Sustancial y material	Adjetivo y formal
Persona y su conocimiento Documento	Declaración de parte Forma en que se aporta al proceso o se recopila
Fuente: Elaboración propia tomando como base la información recopilada de Juan Montero Aroca, El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución. 2ª Edición. Tirant Lo Blanch. 2016. Valencia, España. P. 669	

Los indicios

Los indicios no son medio de prueba, estos le permiten a la persona juzgadora, arribar por vía de inferencia al conocimiento de un hecho desconocido.²⁵ En otras palabras, todo acto se lleva a cabo en un tiempo y lugar determinado, tal acto no es usual que se dé abstraído de todo contacto, lo usual es que existan rastros (las llamadas huellas) de lo acontecido, los cuales cuando llegan a conocerse (probarse conforme la sana crítica), permiten arribar a la conclusión de que se dio determinado acto.

El indicio es una circunstancia que por sí sola no tiene valor alguno; en cambio, cuando se relaciona con otras y siempre que sean graves, precisas y concordantes, constituyen una presunción; es por ello que los indicios no se consideran medio de prueba, por cuanto no son un canal de introducción de la fuente al proceso, más bien se trata de la fuente misma, de datos que le permitirán al juez o a la jueza desprender de ellos presunciones o bien confirmar determinadas situaciones.

Las presunciones

Una vez que la persona juzgadora ha unido todos los “cabos rotos”, se forma una conclusión. Esta no es otra cosa que una presunción, este resultado no es único del Juez. También puede provenir del legislador a la hora de emitir ciertas normas jurídicas. Carnelluti las define como “un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (...), con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”²⁶.

No se tratan de un medio de prueba, no consisten en una actividad que se desarrolla dentro del proceso, sino que son producto del razonamiento del juez (o del legislador). Estas provienen de distintas fuentes, en ocasiones porque la propia ley las establece como respuesta a ciertas situaciones, y en otras, porque quien administra

justicia llega a concluir su existencia. Las primeras se denominan presunciones legales, las cuales están recogidas en distintos ordenamientos jurídicos y tienen como finalidad dar seguridad jurídica a determinadas situaciones relevando a quien le benefician hasta cierto punto de la carga procesal de acreditar el hecho, basta con ello acreditar aquello que da base a la presunción.

Las legales se segregan en dos tipos, las absolutas y las relativas, su diferencia se encuentra en la posibilidad de discutir la existencia del hecho que acreditan. En las primeras la ley ampara la existencia del hecho como cierto e indiscutible por ende no admiten prueba en contrario; en las segundas, sí se admite prueba que las contradiga pero es a este a quien le corresponde su desacreditación.

Las presunciones judiciales son producto del razonamiento realizado por la persona juzgadora de las “huellas dejadas” por las partes; por ende, cumplen un papel estrictamente procesal, pues brindan una guía durante el proceso de interpretación y valoración probatoria.

El autor Devis Echandía diferencia las presunciones de los indicios, para ello indica:

“La presunción simple, de hombre o judicial, es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquéllos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo.”²⁷

Ejemplos de presunciones legales son como las del hijo nacido dentro del matrimonio para ser considerado hijo del esposo, ahí bastará ofrecer prueba del matrimonio y del nacimiento del menor lo que conlleva a aplicar la presunción, o el ejemplo clásico es la prueba de marcadores

genéticos en investigaciones de paternidad, donde bastará con que el presunto padre no asista a la prueba para que la ley le otorgue un alto grado de responsabilidad. De presunciones judiciales encontramos por ejemplo el de simulación de contratos o el de existencia de grupos de interés económico, donde no es usual que exista prueba incriminatoria de su existencia, para ello se debe acudir a indicios como lo son las relaciones de parentesco, la cuantía de los contratos, el traslado o control sobre los bienes, entre otras cuestiones.

La carga de la prueba, disponibilidad y facilidad probatoria

En su Diccionario del español jurídico, la Real Academia Española conceptualiza la carga de la prueba como la “obligación que se impone a una parte en el proceso de acreditar los hechos y circunstancias en que fundamenta sus pretensiones”.²⁸ Pero debe matizarse la palabra obligación; ello es así por cuanto en realidad nada le obliga a la parte a acreditar ciertas cuestiones, más bien, lo que la mueve a hacerlo es la posibilidad de obtener un beneficio directo ante su cumplimiento. Por ello se trata más de “un imperativo de interés propio (la acción se lleva a cabo porque conviene a la parte)”²⁹, ya sea para obtener un beneficio o bien para evitar un perjuicio.

Es con base en la carga de la prueba como, se difiere quién debe probar, siendo aplicable para ello el principio de aportación de parte, el cual refiere, que son las partes las llamadas a acreditar los hechos base que dan pie a la aplicación de una determinada norma jurídica³⁰. Este principio sienta la base a la persona juzgadora para decidir sobre el conflicto de forma independiente de donde provenga la prueba.³¹ Pero entonces, si las partes son quienes deben demostrar los hechos: ¿Cómo aplicar un criterio de distribución de esa carga?

Pues bien, conforme al artículo 41 Constitucional³², es deber de la persona juzgadora de resolver las causas sometidas

a su conocimiento. Por tanto no puede, dejar de resolver en supuestos donde no existan normas jurídicas que regulen de forma expresa determinada situación, o bien, cuando no se cumple con la carga antes indicada, en esos supuestos, el juez o la jueza debe resolver ante la incertidumbre, encontrando en ese momento sentido la distribución de la carga probatoria, pues es ahí donde se aplica la consecuencia procesal (*onus probandi*) y se determina quién resultará perjudicado por tal falencia y quién debía probarlo³³.

Lo anterior presenta una regla especial, aquella donde el legislador distribuye una carga determinada a favor o en contra de una de las partes, un ejemplo de ello son los regímenes de responsabilidad establecidos en los artículos 35 de la ley 7472 y 1048 del Código Civil.

Pero estas reglas generales no se aplican de forma aislada, sino que van de la mano – se complementan- con una serie de situaciones de carácter especial, entre ellos, la prueba de hechos negativos cuando en la generalidad de ocasiones es más sencilla la acreditación de los positivos, la carga de probar de aquella parte que tenga mayor facilidad para ello, emancipándose que el hecho le favorezca o no como cuando es la parte quien tiene en su poder la fuente de prueba o bien producto de la valoración de la conducta procesal que es donde el objeto de este estudio encuentra sustento.

La naturaleza jurídica de la conducta procesal

Habiéndose resumido qué es la prueba, se logra ahora distinguir entre el objeto y tema de prueba, y respecto a estos últimos la diferencia entre fuente y medio de prueba, se aclara que las presunciones e indicios no son medios de prueba sino fuentes de esta, y que es la carga de la prueba la que determina quién debe probar salvo las reglas especiales de excepción dentro de las cuales se encuentra la facilidad probatoria, por lo que se puede llegar a una definición de la

naturaleza jurídica de la conducta procesal. Para ello, la doctrina se ha decantado por tres tipos de propuestas:

Primera tesis:

Se indica por un lado que la conducta procesal no se trata de una prueba³⁴, por no servir para probar un hecho acontecido sino para dar argumento a otras pruebas, por cuando el proceso no deja una huella del hecho histórico que es objeto de prueba³⁵.

Para Peyrano³⁶, la conducta procesal no es medio, ni fuente, ni argumento de prueba sino un elemento de convicción, de esta suerte, el comportamiento que las partes manifiesten durante el proceso, es algo del cual la persona juzgadora puede echar mano, no para confirmar un hecho o circunstancia, sino para influir en su ánimo contribuyendo así a la hora de tomar la decisión.

Segunda tesis:

Quienes defienden esta tesis, a la conducta procesal se le considera un indicio³⁷, el efecto o instinto de un estado de conciencia que tiene pie a raíz de un hecho histórico en la mente de una persona³⁸, el efecto psicológico normal que se da en la persona que hace que actúe de determinada manera para ocultar, protegerse de algo. Este elemento sirve para fundamentar una presunción humana; en ese sentido, Muñoz Sabaté aclara “que frecuentemente opere con elemento corroborante no significa que sea esta su única función” para desvirtuar la primera tesis respecto a los efectos limitativos que esta produce.

Esta segunda tesis, que es mayoritaria³⁹, establece que la valoración de la conducta procesal atiende a la apreciación probatoria. No se trata de un medio de prueba pero sí de fuente indirecta de esta, específicamente un indicio desde donde se pueden emanar presunciones judiciales o bien permiten corroborar junto con los demás elementos probatorios la pretensión o su excepción.

De esta manera, la fuente probatoria se constituirá en la persona del litigante o de su procurador *ad litem*, sin que sea necesario acudir a un medio probatorio para su incorporación al juicio, “por la sencilla razón de que no tiene una existencia anterior al proceso”⁴⁰; relevando por ende de la necesidad de traslación, por constituir el proceso mismo el instrumento de su inferencia, la que llaman *endoprocesal*⁴¹ desde donde se podrán deducir hechos principales y accesorios.

Tercera tesis:

De forma aún más minoritaria⁴², se llega a considerar la conducta procesal como un medio de prueba distinto, indirecto y autónomo; que permite ingresar al proceso la fuente probatoria a raíz de su propia dinámica, produciéndose en muchos casos de forma o manera instantánea.

La conducta procesal en el derecho comparado

Italia

En 1940 se reguló al respecto en el artículo 116 del Código de Procedimientos Civiles, donde se le concedió al juez la facultad para deducir argumentos de prueba del comportamiento de las partes en general. Dicho artículo indica:

*“Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice puo’ desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell’articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo”*⁴³

Al respecto, se ha indicado⁴⁴ una serie de reglas jurisprudenciales que se pueden extraer de la normativa y pueden resumirse primero en que la prueba de ellas es la incorporación de la valoración del comportamiento procesal e incluso el extraprocesal de la parte, luego que procesalmente corresponde con el método de

defensa utilizado, y que puede tratarse de la única y suficiente fuente de prueba y no solo un elemento de convicción.

Uruguay

El Código General del Proceso del Uruguay indica en su artículo 189.3:

“Si quien debiera prestar colaboración fuera una de las partes y se negara injustificadamente a suministrarla, el tribunal le intimará a que la preste. Si a pesar de ello se persistiera en la resistencia, el tribunal dispondrá se deje sin efecto la diligencia, debiéndose interpretar la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se quiere probar salvo prueba en contrario.”⁴⁵

El autor Pereira Campos⁴⁶ señala que para obtener como respuesta una valoración negativa de la conducta desplegada se requieren dos fases, la primera de intimación por parte del tribunal y es ante la falta de cooperación, cuando este dejará sin efecto la prueba ordenada y se procede ahora si con la confirmación de las afirmaciones de su contraparte respecto al hecho a que el medio frustrado refería.

Alemania

La ZPO alemana fija la posibilidad de valorar la conducta de las partes, Rosenberg⁴⁷ indica que para ello se consideran los indicios extraídos de las afirmaciones de las partes y de la recepción de la prueba.

Sin embargo, producto de esta investigación, se localizó una traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo realizado por Konrad Adenauer Stiftung E.V en el año dos mil seis⁴⁸ que aborda entre otras cuestiones el tema de la reforma planteada por el Ministerio Federal de Justicia

alemana en 1999 a algunas partes del ZPO alemán; dicha reforma entró en vigencia en enero del 2002, el documento indica:

“El legislador alemán, mediante la ley de reforma del ZPO, del 2002, se alejó un poco del sistema general que existía en relación con el esclarecimiento de los hechos en materia de presentación de documentos por la contraparte o por terceros. El alejamiento ha tenido lugar principalmente por cuando ya no es exclusivamente aplicable el principio general de que sólo en el derecho material se podría legitimar y fundar el deber de una parte que no titulariza la carga de la prueba o un tercero para exigir la presentación de un objeto o una prueba documental. Este supuesto adicional al existente de derecho material es, sin embargo, muy limitado y excepcionalmente seguido por el legislador a lo largo de la reforma. Por lo tanto, a partir de estas modificaciones legislativas no puede sostenerse que el legislador alemán haya incorporado un deber general de esclarecimiento en cabeza de la parte que no obstante la carga de la prueba.”⁴⁹

Argentina

Mediante una reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se incorpora en el inciso 5 del artículo 163 un tercer párrafo donde se determina que la conducta de las partes puede constituir un elemento de convicción. Dicho párrafo refiere:

“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.”

Perú

El artículo 282 del Código Procesal Civil del Perú indica:

“PRESUNCIÓN Y CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.- El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.”

En el mencionado artículo se faculta al juzgador para llegar a conclusiones de acuerdo con la conducta desplegada por las partes en el proceso; en otras palabras, extraer presunciones sobre el indicio de su comportamiento, establece una mayor gravedad a aquellas circunstancias donde se falte al deber de cooperación en la prueba o bien se realicen actividades de obstrucción.

Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

El artículo 177, párrafo 3° del Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica⁵⁰, es una norma prácticamente idéntica a la del Código uruguayo, indica:

“177.3. Si quien debiera prestar colaboración fuera una de las partes y se negare a suministrarla, el Tribunal la intimará a. que la preste. Si a pesar de ello se persistiera en la resistencia, el Tribunal dispondrá se deje sin efecto la diligencia, debiéndose- interpretar la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, respecto del hecho que se quiere probar.”

Tipos de conductas a apreciar

Conducta omisiva

Este tipo de conductas son las más representativas de la falta al deber de colaboración, pues, ante su existencia, ciertos elementos fácticos del

proceso no encuentran la luz suficiente para ser mostrados debidamente.

En esta categoría, se ubica la negativa simple que se manifiesta cuando la parte escudada en lo regulado en los incisos 1 y 2 del artículo 41.1 del Código se limita a rechazar determinadas pretensiones o defensas sin una explicación clara de las cuestiones fácticas que le respalden. Un ejemplo de respuesta que el Código brinda a este tipo de situaciones es la consagrada en el numeral 37.2 al indicar “Las excepciones procesales y materiales deberán oponerse con la contestación y debidamente razonadas” o el artículo 35.1.3 cuando señala: “Narración precisa de los hechos, expuestos uno por uno, numerados y bien especificados. Deberán redactarse ordenadamente, con claridad, precisión y de forma cronológica, en la medida de lo posible.”

La conducta omisiva por negativa simple, procura evitar que alguna de las partes omita brindar al proceso información vital para su solución, evita que la persona juzgadora deba “adivinar” lo que las partes han omitido expresar, razonando más bien su posición fáctica y jurídica⁵¹.

Otra manifestación de esta conducta se encuentra en la falta de contestación de la parte⁵², el artículo 39 del Código establece que “La falta de contestación del demandado permitirá tener por acreditados los hechos, en cuanto no resulten contradichos por la prueba que conste en el expediente.”. Por ende, tal silencio “(...) de acuerdo con las circunstancias, puede ser síntoma de un determinado conocimiento, una especie de manifestación negativa, pero eficaz, de una certidumbre histórica.”⁵³

La siguiente manifestación se localiza en la conducta pasiva. Esta se materializa cuando la parte tiene a su alcance medios con los que podría colaborar para brindar claridad respecto a distintos elementos fácticos, aclarando, precisando o aportando ciertos elementos probatorios pero guarda silencio pues con ello, obtiene un beneficio en la aplicación de la carga

probatoria.⁵⁴ También en esta hipótesis entran aquellas acciones pasivas de las partes en la etapa probatoria. Encontramos un ejemplo de ellos en la Ley de Paternidad Responsable al achacar indicio de paternidad ante la inasistencia a la prueba de marcadores genéticos.

El siguiente instrumento recae en el actor. Se presenta cuando este oculta hechos de relevancia para el debido desarrollo del tema en discusión. Una de las principales cargas procesales del actor es ser claro y preciso en lo que afirma. Así lo establece el artículo tercero del artículo 35.1 del nuevo Código. Esto es así por cuanto este es quien posee la información de lo que realmente aconteció y puede brindar elementos sensibles y de importancia para la decisión final, por ende, si este omite alguna situación relevante sin justificar lo que motiva tal acción, como lo podría ser su desconocimiento, o que, en ese mismo sentido, se acredite que no se encuentra o encontraba en posición de saberlo, su conducta omisiva puede ser utilizada como elemento acreditativo contra sus propios intereses.

Conducta oclusiva

El diccionario de la Real Academia Española⁵⁵, define la palabra ocluir como aquella actividad tendiente a obstruir. Este tipo de conducta se identifica con aquellos actos de obstaculización de una parte frente a la otra para la obtención de pruebas, violentando el deber de buena fe y colaboración que priva en el asunto.

Este tipo de conducta va más allá de la mera pasividad descrita en la conducta omisiva, sube de nivel pues en este modelo, se realizan actos tendientes a impedir que la persona interesada pueda acceder al medio probatorio violentando el deber de cooperación ya arriba mencionado y establecido en el numeral 41.1 párrafo penúltimo del Código.

Principalmente, se pueden localizar dos tipos principales de estas tácticas: la destrucción o abandono intencional y la negativa de exhibición.

La destrucción se puede dar cuando la parte de forma intencional elimina o inutiliza alguna parte del material probatorio⁵⁶ o incluso el bien objeto del proceso. Este tipo de comportamiento puede consistir por ejemplo, en la modificación intencional de las condiciones en que se encuentra un bien que será objeto de reconocimiento judicial en los términos del artículo 46.1 del Código, también por violación al principio de prueba común, ya sea por el abandono la prescindencia de una prueba que fue solicitada en un momento pero que ante la eventualidad de que esta tenga un resultado negativo a los intereses de quien la ofreció la deje en abandono, prescinda o procure que se declare inevaluable. Otra modalidad de abandono se produce cuando se procura impedir alguna declaración ya sea no presentándose a declarar⁵⁷, o bien no brindando datos de quien debe declarar, por lo que se incumple con lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código en cuanto establece:

“En todo caso, si el llamado a declarar no fue quien participó en los hechos controvertidos deberá alegar tal circunstancia dentro del quinto día a partir de la notificación del señalamiento o, cuando no sea posible hacerlo, en el momento de la práctica de la prueba. Deberá facilitar la identidad del que intervino en nombre de la persona, a quien se podrá citar como testigo. Si no hace tal señalamiento o si manifestara desconocer a la persona interviniente en los hechos, el tribunal podrá considerar esa manifestación como respuesta evasiva.”

La negativa de exhibición se presenta en dos modalidades: la de documentos o ciertos objetos y la de personas⁵⁸. Respecto a la exhibición de documentos, para efectos de este trabajo, se pueden citar cuando menos dos situaciones, la primera de ellas localizada en el artículo 45.4 del Código, la cual fija la obligación de la parte para la exhibición estableciendo las consecuencias jurídicas de su negativa, y la segunda en el artículo 44.3 sobre la obligación de las partes para cooperar en la realización de

la prueba testimonial. El artículo 45.4: establece en lo conducente: “La exhibición será obligatoria y en la resolución que la ordena se advertirá al requerido que su negativa permitirá atribuirle valor a la copia simple, a la reproducción o a la versión del contenido del documento, y se podrá tener como confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, respecto del contenido del documento o del hecho que se quiere probar.” y el artículo 44.3: “Las partes están obligadas a prestarle auxilio al perito en cuanto sea necesario para el cumplimiento de su encargo. En caso de negativa podrá pedir al tribunal la adopción de las medidas pertinentes.”

Conducta hesitativa

Este tipo de conducta encuentra asidero en las argumentaciones contradictorias de la parte, no se trata de cualquier tipo de contradicción sino de aquellos elementos de relevancia para la solución del caso considerándose para ello, la posibilidad que tenía la parte para conocer efectivamente sobre determinada situación fáctica. En este sentido, se ha dicho que “esta exigencia de incertidumbre debe ser comprendida siempre en términos relativos, de modo que ella no significa que el litigante deba conocer y exponer con precisión todo el encadenamiento de hechos simples que constituyen el hecho jurídico determinante de su pretensión, ni mucho menos que le esté vedado, bajo pena de

sospecha, formular diversas hipótesis sobre la forma exacta como se desarrolló el evento (por ejemplo: «no sabemos si la mercancía se entregó personalmente al demandado o a una de sus dependientes»). Todos sabemos que hay gran cantidad de hechos ignorados ab initio, y hacia cuya fijación va encaminada precisamente la práctica de la prueba”⁵⁹

Conducta falaz

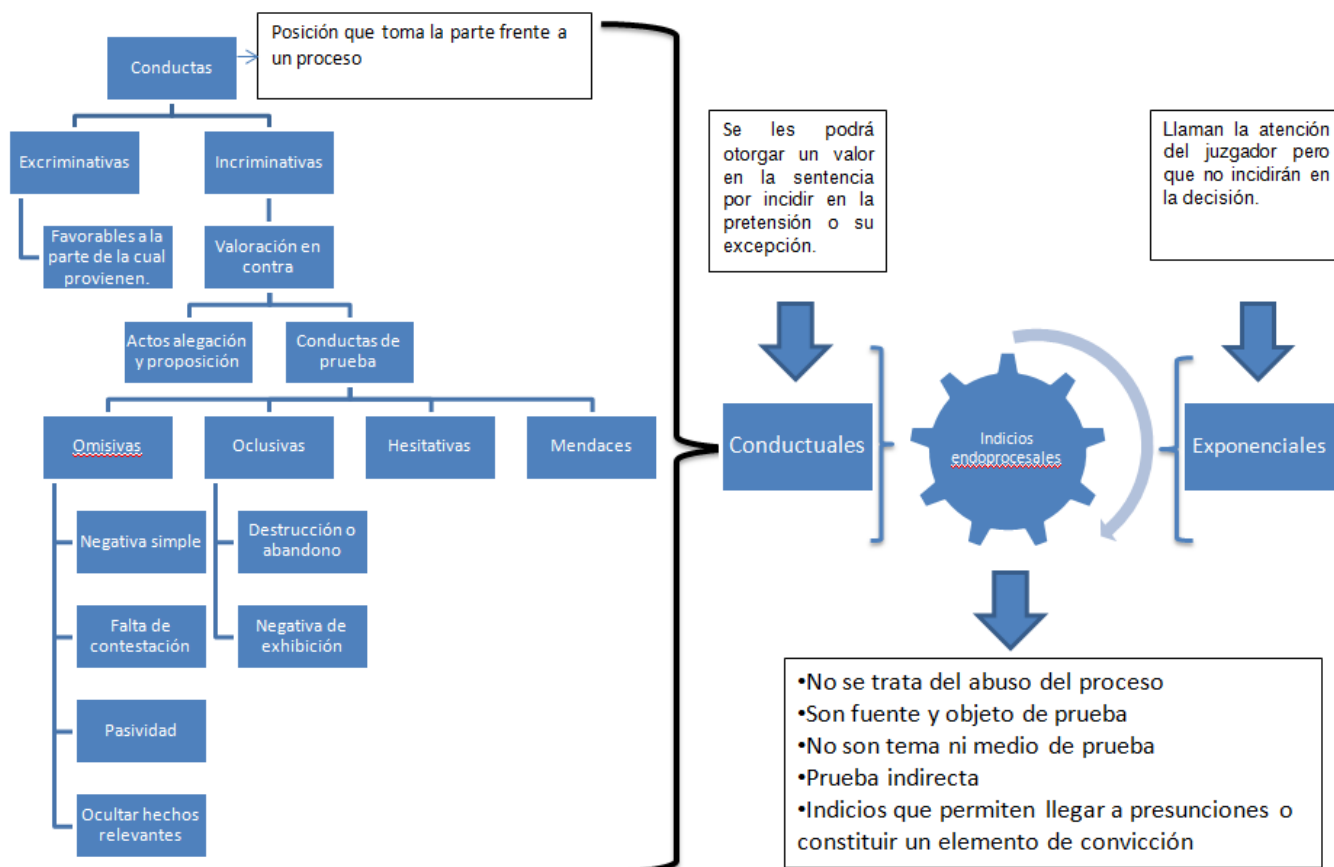
Las partes tienen el deber de veracidad en sus afirmaciones, en el ejercicio de la conducta mendaz, la parte falta a la verdad o bien vierte manifestaciones calumniosas en contra de terceros con la finalidad de hacer incurrir a la persona juzgadora en un error. En este ámbito, según se ha reiterado doctrinariamente⁶⁰, no debe considerarse que cualquier mentira trae como resultado una implicación en su contra en el acto de apreciación y argumentación de la sentencia, sino aquella “reiterativamente mentirosa, demostrativa de una inconsistencia total del relato fáctico y que obedece, por tanto, no a ocasionales técnicas de defensa, sino a la convicción de que solo mintiendo en todo y por todo se podrá salir airoso de la litis”⁶¹

Resumen de las conductas

En el siguiente cuadro se presenta un resumen de lo anteriormente descrito:

Cuadro N° 2
Resumen sobre las conductas procesales

Las conductas procesales



Fuente: Elaboración propia.

Jurisprudencia

En la investigación realizada no se logró localizar mayor jurisprudencia que abordara de forma directa el tema de la valoración de la conducta procesal de las partes. Si se localizaron algunas referencias respecto a los supuestos de falta de contestación de la demanda, consecuencias de una declaratoria de rebeldía o de confesión ficta, y la mayor cantidad de veces por discusiones acontecidas con motivo de condena en costas. A continuación se presenta un resumen.

Valoración de la conducta procesal:

El Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, dispone en el voto 186 de las nueve horas treinta y cinco minutos del dieciocho de mayo de dos mil uno:

“Sin embargo, de una valoración global del incidente, encuentra el tribunal que, no obstante haber pretendido el abogado M hacer ejercicio de un derecho de elección del cual no es titular, lo cierto es que sus demandados asumieron una posición que los hace lucir conformes con el proceder del incidentista. Veamos, el señor A, notificado a las 6:30 horas del 16 de junio de 2000 (ver acta de folio 8 vuelto del incidente), no se apersonó al proceso, y ni siquiera objetó, en consecuencia, la reclamación de quien fuera su director legal. Por otra parte, la señora O, notificada en la misma fecha y hora, contestó los hechos de la articulación en forma afirmativa, y manifestó que solo necesitaba de un poco de tiempo, noventa días precisó, para poder pagarle al incidentista, de la suma reclamada, la que le incumbe a ella, es decir, afirmó, “. . . setecientos cincuenta y un mil novecientos sesenta y un colones con cincuenta y cinco céntimos . . .” (ver folio 16 del incidente, hechos tercero y quinto). Se trasluce en la conducta procesal (comisiva y omisiva) de los incidentados, entonces, conformidad con que su derecho de “elegir entre la

prestación principal y la facultativa” inicialmente pactadas en el contrato de cuota litis haya sido ejercitada por su acreedor porque, con su anuencia, al no objetar el incidente, ponen de relieve una voluntad renunciante a su derecho de elegir o, en todo caso, manifiestan estar conformes con elegir la prestación sustituta, en vez de la principal, lo cual debe derivarse de la negativa a siquiera contestar el incidente (allanándosele), del señor A, o del contenido del escrito de contestación de la señora O de esos mismos apellidos. Se trata de derechos totalmente disponibles por su titular, y si de ese modo han actuado los incidentados, no tiene por qué el Tribunal, en tanto no se ha quebrantado la ley, la moral ni las buenas costumbres, no aceptar la conducta de los incidentados en los términos señalados. Eso conduce a la necesaria revocatoria del auto recurrido, en cuanto denegó la incidencia.”

Votos que realizan una valoración inculminatoria sobre la conducta procesal en relación con la condena en costas:

El Tribunal Segundo Civil, Sección Primera expone el voto 409 de las dieciséis horas dieciocho minutos del treinta de junio de dos mil diecisiete:

“De conformidad con lo dispuesto por el numeral 221 del Código Procesal Civil, e independientemente de la buena o mala fe, la regla general es la condenatoria en costas al vencido (principio objetivo de la derrota) y la actora tiene en el proceso la condición de perdidosa, lo cual constituye razón suficiente para determinar que lo dispuesto por el a quo no es contrario a derecho. En términos generales alega la apelante, con la interposición de la demanda pretendió demostrar un daño sufrido a causa del demandado y que ella ha actuado en el proceso con moralidad, probidad, lealtad y buena fe procesal, de tal manera que no

se encuentra en ninguno de los supuestos del numeral 223 ídem, para que se le considere litigante de mala fe. Señala, no existió de su parte intención de manipular la verdad, pues de la lectura de los hechos se observa que todo lo manifestado por ella tiene prueba. Sin embargo, lo anterior no resulta suficiente para revocar lo resuelto. El resultado del proceso demuestra, que la demanda no fue aceptada, de tal manera, que si todos los hechos de esta tienen prueba que los respalde, sería ilógico pensar que se hubiera dictado una sentencia desestimatoria.”

El Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, señala en el voto 065 de las diez horas cincuenta minutos del diecinueve de marzo de dos mil doce:

“X. -La inexistencia de fraude procesal en el actor, y la observancia de un principio moral en las partes, abogados y órganos jurisdiccionales dentro del proceso, no son argumentos que tiendan a combatir la resolución recurrida, porque ese no fue el sustento por el cual se decretó la deserción. Además, como quedó expuesto, las otras razones esbozadas sobre el esfuerzo, diligencia en la tramitación del expediente, duración del proceso y la carencia de recursos económicos del actor para cumplir con la totalidad de las copias prevenidas, tampoco son argumentos que jurídicamente tiendan a combatir el fundamento de hecho y de derecho expuesto en el auto sentencia apelado, son aspectos ajenos a él, que por lo mismo el Tribunal no abordará. Sin duda, su negligencia desde su propia aseveración, porque incumplió con lo prevenido en resoluciones de las 8:45 horas del 5, y 11:44 horas del 27 de octubre de 2009. Quiere decir que efectivamente el proceso estuvo inactivo, abandonado sin justa causa, por más de tres meses a la fecha en que se decretó la perención de la instancia en la resolución de las 16:48

horas del 17 de marzo de 2010. La Carga de impulsar el proceso recae en el actor, lo que en este caso concreto no hizo.”

En el voto número 73 de las catorce horas cincuenta minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y cinco, la Sala Primera de la Corte Suprema, ha confirmado los anteriores criterios manifestando que: *“la circunstancia objetiva de la derrota cede frente a la valoración de la conducta procesal de la parte. Trátese de situaciones en que la aplicación del principio resultaría manifiestamente injusta.”*

Votos que realizan una valoración excriminatoria de la conducta procesal para la condena en costas:

El Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, indica en el voto 329 de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de agosto del dos mil uno:

“En relación al concepto de “buena fe” a que alude el ordinal 222 del Código Procesal Civil, la Sala Primera de la Corte, en resolución de las quince horas treinta minutos del veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y siete, refiriéndose a que el pronunciamiento en cuanto a costas debe hacerse de oficio y que la condenatoria se impone al vencido por el solo hecho de serlo, señaló que “se puede eximir al vencido de una o ambas costas, sea cuando haya litigado con evidente buena fe. Y ya se ha resuelto que “buena fe, en sentido lato, es honradez, rectitud. En estricto sentido forense, es la convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo. En otros términos es un criterio recto, honrado, de que se tiene tal derecho. De modo que si alguien pretende ejercer un derecho por la sola sospecha o probabilidad de tenerlo, pero sin una seguridad absoluta, estricto sensu no puede considerarse que tenga buena fe. De igual manera se ha considerado que la buena fe del vencido que faculta para eximirlo de las costas personales y aún de

las procesales, depende exclusivamente de la conducta procesal de la parte; de modo que si esa conducta procesal revela una actitud desleal o injustificada, como en los supuestos que a manera de ejemplo prevé el artículo 1029 -ahora 223-, el vencido no puede merecer el calificativo de buena fe a los efectos de eximirlo en costas.” A la luz de la citada jurisprudencia de casación, que este Tribunal comparte plenamente, queda acreditado que la conducta procesal de la sociedad demandante no encaja en los casos regulados por la ley en el artículo 223 del Código Procesal Civil para reputarlo como un litigante de mala fe, pues no propuso documentos falsos, ni testigos falsos o sobornados, y ofreció la prueba que estaba a su alcance para aclarar la posible participación de las empresas coaccionadas nacionales. En atención a todo ello, se impondrá revocar la resolución recurrida, en lo que ha sido objeto de alzada o sea en cuanto se condenó en ambas costas a la empresa accionante a favor de las codemandadas ..., para en su lugar eximirlo de ese pago.”

El Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, dispone en el voto 251 de las diez horas treinta minutos del veinte de agosto de dos mil catorce:

“IV. Costas: al revocarse lo resuelto y denegarse la demanda, la parte vencida ahora es la sucesión actora. Sin embargo, conforme al artículo 222 del Código Procesal Civil, por existir evidente buena fe en su conducta procesal, ha de exonerársele del pago de ambas costas del proceso. En efecto, estamos frente a una situación poco común, en la cual un optante fallece antes del vencimiento de la opción, lo cual crea incertidumbre en su sucesión en cuanto a la procedencia o no de la devolución solicitada, lo cual hace comprensible el planteamiento de la demanda. Durante el proceso la parte actora ha cumplido con los cánones de la buena fe procesal, porque

sus gestiones estuvieron siempre acordes con las normas procesales, sin incurrir en abusos o tácticas dilatorias y cumpliendo cabalmente con sus cargas en cuanto a la presentación y práctica de su prueba.”

A modo de conclusión

La obligación al deber de colaborar es una de las mayores causas productoras de la valoración de la conducta procesal, tanto su inobservancia como el cumplimiento al deber de colaborar se convertirán en indicios claves que algunas veces permitirán una valoración positiva y otras veces de forma negativa. Pero todas ellas se basan en consideraciones objetivas y lógicas que permitan obtener conclusiones determinantes con un mayor o menor grado de convicción.

Se considera que no debería abordarse la conducta procesal, salvo alguna excepción como el motivo principal en la etapa de apreciación y argumentación de la sentencia, se trata más bien de un motivo subsidiario y de naturaleza indiciaria del cual el juez o la jueza puede valerse como elemento de convicción de lo ya acontecido en el proceso. Por ello la persona juzgadora debe actuar con prudencia en su aplicación.

Esto es así porque aun cuando se trata de una fuente de prueba, esta es de contenido no solo indirecto sino que no puede constituirse en elemento único de decisión, sino más bien es corroborante que permite reforzar e integrar el contenido de las otras pruebas.

La lectura del numeral 41.5 del Código Procesal Civil (sin dejar de lado la complejidad de gran variedad de normas de este nuevo Código) debe realizarse con sumo cuidado. Se considera; que este refiere a un elemento objetivo que se dirige a la conducta realizada, otro de índole subjetiva en relación a aquellos que realizan la conducta (las partes), un elemento temporal de valoración (durante el procedimiento), momento durante el cual se apreciará la conducta, un elemento eventual (podrá constituir), por cuanto la persona

juzgador debe distinguir, por un lado, aquellas conductas exponenciales de las conductuales que si resultan relevantes para el procedimiento por un lado, pero además, porque dependerá además del cumplimiento del deber de cooperación establecido en distintas normas a lo largo del proceso y más pragmáticamente en el numeral 41.1 del código.

Además, el numeral, indica el valor probatorio de la conducta, se trata de un elemento de convicción, no le brinda por ende categoría de medio probatorio ni de fuente directa de prueba, sino de elemento para alcanzar una decisión, el cual es finalmente ratificante de las pruebas, por lo que se debe considerar cuales pruebas se pueden tratar. Esto dependerá de la visión que se tome, pues ratificará aquellas pruebas cuando la conducta sea excriminativa como, por ejemplo, cuando la contra parte aportó todo aquello que estaba a su alcance y se acreditó que llevaba la razón o del demandante respecto a la prueba aportada en el juicio de la cual el demandado se mostró omisivo por ejemplo. Pero también se podrá constituir un elemento ratificante de aquellas pruebas que nunca llegaron al proceso;

pero no por la desidia del ofreciente de estas, sino más bien en virtud de aquellas tácticas de índole omisivo pasivo u oclusivas de la parte violatorias al deber de cooperación probatoria.

Finalmente, deben considerarse dos aspectos afirmados por los autores reiteradamente citados en líneas anteriores⁶²; es común que la conducta procesal provenga del comportamiento del abogado y no de la parte. En este caso, los efectos probatorios se reflejan en virtud del principio de autorresponsabilidad procesal más que inclinarse en un tema de representación o mandato, para ello, debe valorarse de forma comedida la conducta, pues este instrumento no debe servir para someter a las partes a un imperativo ético y moral, no se trata una obligación, pues estas tienen derechos, y por tanto, no deben renunciar a ellos para beneficiar a su contraparte. Pueden ejercer su estrategia de litigio, pero están sometidas a una carga de colaboración que procura hacer llegar al proceso la mayor cantidad de información y de calidad posible, debiéndose equilibrar por ello, el derecho de defensa frente al deber de colaboración procesal.

Referencias Bibliográficas

Libros:

- CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho procesal civil. Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1962
- CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Editorial Depalma, 1979
- DEVIS EeHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Torno II. Quinta edición. Víctor P. De Zavalía Editor, Buenos Aires, 1981
- Fazzalari, Elio - Luiso, Francesco P., *Códice di Procedura Civile e norme complementari*, Milano, Giuffré, 1997
- KIELMANOVICH, Jorge. Teoría de la Prueba y Medios Probatorios. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
- MONTERO AROCA, Juan. El Proceso Civil, Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución, 2da Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, p 643
- MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil, sexta edición. Editorial Civitas. Pamplona, España, 2011
- MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Editorial Temis. Bogotá, 1997
- PEREIRA CAMPOS, Santiago, *El deber de colaboración en la práctica de las medidas probatorias*,
- “Revista Uruguaya de Derecho Procesal”, n° 4, 2000, p. 521 y 522
- PEYRANO, Walter Jorge. Valor probatorio de la conducta procesal de las partes. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1979-B
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Procesal. Ariel, Barcelona, 1969.
- ROSENBERG, Leo. La carga de la prueba. Bs. As., Ejea, 1956
- VARELA, Easirniro. Valoración de la prueba. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990

Revistas:

- LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. Los indicios conductuales en el proceso civil. Julio - Diciembre, 2006. Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín.
- PEYRANO, Marcos, “La valoración de la Conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal: su verdadera naturaleza jurídica”, en Revista Lexis-Nexis, Jurisprudencia Argentina, numero especial “Valoración judicial de la conducta procesal”, J.A. 2004-I- fascículo n° 8,
- RAMBALDO, Juan. “La conducta procesal de las partes como medio de prueba”. Revista Lexis-Nexis, Jurisprudencia Argentina, numero especial “Valoración judicial de la conducta procesal”, J.A. 2004-I- fascículo n° 8.

Páginas Web:

<http://dej.rae.es/#/entry-id/E50380>

<https://www.ricercagiuridica.com/codici/vis.php?num=13389>

https://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjmiaXagIvaAhUGsFMKHZE_BgA-QFgglMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kas.

de%2Fwf%2Fdoc%2Fkas_9523-544-4-30.pdf&usg=AOvVaw3zf-CZXOW93JWGMPwVrAW4

<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4226>

<http://dle.rae.es/?id=Qs9pWN8>

Leyes:

- Código Procesal Civil, ley 9342
- Ley N.º 7333, Ley Orgánica del Poder Judicial

Jurisprudencia:

- Sala Primera de la Corte Suprema, en el voto número 73 de las catorce horas cincuenta minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y cinco

- Tribunal Segundo Civil, Sección Primera en el voto 409 de las dieciséis horas dieciocho minutos del treinta de junio del dos mil diecisiete
- Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda en el voto 065 de las diez horas cincuenta minutos del diecinueve de marzo de dos mil doce
- Tribunal Segundo Civil, Sección Primera en el voto 329 de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de agosto del dos mil uno
- Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda en el voto 251 de las diez horas treinta minutos del veinte de agosto de dos mil catorce

Notas al pie

- 1 MUÑOZ SABATÉ, Luis. (1997) Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Bogotá, Editorial Temis, 1997, pp. 449 y 450.
- 2 Londoño Jaramillo, Mabel. Los indicios conductuales en el proceso civil.. Revista Opinión Jurídica. Julio - Diciembre, 2006. Universidad de Medellín. pp 143 - 158.
- 3 Artículo 2.3: **“Buena fe procesal.** Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la buena fe, al respeto, a la lealtad y la probidad. El tribunal deberá tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso, impidiendo el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.”
- 4 Artículo 5.4: **“4.** Aplicar el régimen disciplinario sobre las partes y sus abogados sancionando cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, la buena fe, la lealtad, la probidad, así como cualquier forma de abuso y fraude procesal. También, cuando se compruebe que han realizado gestiones o han asumido actitudes dilatorias o litigado con temeridad. Según la gravedad de la conducta, el tribunal aplicará las amonestaciones, las multas, la expulsión de la oficina o local por el titular del despacho; pondrá a la orden de la autoridad respectiva para su juzgamiento cuando pudiera constituir delito, contravención o falta o, en casos graves, la suspensión del abogado, según está prescrito en los artículos del 216 al 223 de la Ley N.º 7333, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 5 de mayo de 1993, y sus reformas.”
- 5 Artículo 41.5 del nuevo Código Procesal Civil.
- 6 Indica Peyrano que por dos motivos: “«a) Nuestra generalmente prudente y conservadora judicatura no trepidaría, entonces, en aplicarlo; b) Ello se constituiría, además, en un elemento disuasorio para aquellos litigantes tentados a cometer alguna incorrección procesal».” PEYRANO, Walter Jorge. Valor probatorio de la conducta procesal de las partes. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1979-B. p. 1049 y ss.
- 7 El artículo 41.1 párrafo penúltimo del código indica: “Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo, se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido.”

El artículo 41.5 párrafo final del código dice: “La conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas.”
- 8 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 392.
- 9 El autor Muñoz Sabaté explica que puede considerarse aquella conducta de la parte tendiente a frustrar el derecho de la contraparte mediante falta de colaboración, falta de claridad en sus alegaciones, entre otras cuestiones como también puede considerarse el comportamiento favorable realizado por la parte. Contrario a las primeras, la diligencia y cooperación brindada para el avance del proceso, para hacer llegar al mismo información de calidad, entre otras cuestiones. MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 449 y 450.
- 10 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 459 a 488.
- 11 O literal en el deber ser
- 12 MONTERO AROCA, Juan. El Proceso Civil, Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución, 2da Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, p 643

- 13 El artículo 41.3 del código indica: “Serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión...”
- 14 El derecho extranjero por ejemplo.
- 15 MONTERO AROCA, Juan. El Proceso Civil, p 654.
- 16 MONTERO AROCA, Juan. El Proceso Civil, p 655.
- 17 Artículo 41.3 cuando indica “siempre que sean controvertidos.”
- 18 Artículo 39 del código.
- 19 Artículo 41.3 cuando se refiere a las presunciones absolutas.
- 20 Indica Montero Aroca dos cuestiones adicionales: “2.º) El distinto juego de la ciencia privada del juez: Este no puede dar como existente un hecho que él conoce como ciudadano particular, si no ha sido probado, pero el juez sí puede aplicar una norma no comprendida en el *iura novit curia* si tiene conocimiento de la misma por sus estudios privados. 3.º El deber del tribunal, dentro de lo posible, de investigar de oficio el Derecho: El artículo 281.2 LEC dice, con referencia al derecho extranjero, que el tribunal podrá valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación, precepto que puede hacerse extensivo a todos los supuestos a que nos venimos refiriendo.”
- 21 Normas específicas de entidades locales como por ejemplo circulares o reglamentos internos.
- 22 MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil, sexta edición. Editorial Civitas. Pamplona, España, 2011. P. 67
- 23 CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Editorial Depalma, España, 1979. P. 70/71 y 89
- 24 De conformidad con el artículo 41.2 del Código Procesal Civil, son medios de prueba los siguientes:
 1. Declaración de parte.
 2. Declaración de testigos.
 3. Dictamen de peritos.
 4. Documentos e informes.
 5. Reconocimiento judicial.
 6. Medios científicos y tecnológicos.
 7. Cualquier otro no prohibido.
- 25 VARELA, Easírniro. Valoración de la prueba. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990. P. 112
- 26 DEVIS EeHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Torno II. Quinta edición. Víctor P. De Zavalía Editor, Buenos Aires, 1981, pág.694
- 27 DEVIS EeHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. P. 696
- 28 <http://dej.rae.es/#/entry-id/E50380> Consultado el: 22/03/18
- 29 MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil. P. 661
- 30 Cumpliendo con las llamadas funciones de la prueba: 1. Probar la existencia de los hechos. 2. Convencer al juez o jueza. 3. Brindar certeza. De ello puede consultarse MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil. P. 648

- 31 Principio de comunidad de la prueba
- 32 Principio de tutela judicial efectiva
- 33 Artículo **41.1 Carga de la prueba**. Incumbe la carga de la prueba: **1.** A quien formule una pretensión, respecto de los hechos constitutivos de su derecho. **2.** A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.
- 34 Muñoz Sabate citando a Gianturco. P. 392
- 35 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Procesal. Ariel, Barcelona, 1969. P. 376
- 36 Peyrano, Marcos, "La valoración de la Conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal: su verdadera naturaleza jurídica", en Revista Lexis-Nexis, Jurisprudencia Argentina, número especial "Valoración judicial de la conducta procesal", J.A. 2004-I- fascículo n° 8, P. 31
- 37 KIELMANOVICH, Jorge. Teoría de la Prueba y Medios Probatorios. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996. P 668
- 38 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 392
- 39 Fenchietto-Arazi, "Cód. Proc. Civ. y Com. de La Nación", ed. Astrea, 2º edición actualizada, 1993, T. 1, pág.636 y Morello-Sosa-Berizonce, "Cód. Proc. Civ. y Com. de la Prov. de Bs. As. y de La Nación", ed. Abeledo Perrot, 2º edición, 1986, T. II-C, pág.17.
- 40 Muñoz Sabaté citando a Satta indica: "Con ello llegamos a la conclusión de que antes del proceso no hay propiamente instrumento; de que el instrumento se origina y desenvuelve dentro del proceso, pues en el fondo, como pretendía S.UTA, acto y proceso son una misma cosa." MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 393
- 41 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 393
- 42 RAMBALDO, Juan. "La conducta procesal de las partes como medio de prueba". Revista Lexis-Nexis, Jurisprudencia Argentina, número especial "Valoración judicial de la conducta procesal", J.A. 2004-I-fascículo n° 8, P. 37
- 43 Consultable en: <https://www.ricercagiuridica.com/codici/vis.php?num=13389> Fecha: 26/03/2018
Puede traducirse de forma libre: El juez debe evaluar la evidencia de acuerdo con su apreciación prudente, a menos que la ley disponga lo contrario. El juez puede deducir pruebas de las respuestas que le dan las partes según el siguiente artículo, de su rechazo injustificado a permitir las inspecciones que ha ordenado y, en general, del comportamiento de las partes en el proceso.
- 44 FAZZALARI, Elio - LUISO, Francesco P., *Códice di Procedura Civile e norme complementari*, Milano, Giuffré, 1997, p. 50
- 45 Consultable en: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988> Fecha: 26/03/2018
- 46 PEREIRA CAMPOS, Santiago, *El deber de colaboración en la práctica de las medidas probatorias*, "Revista Uruguay de Derecho Procesal", n° 4, 2000, p. 521 y 522
- 47 ROSENBERG, Leo. La carga de la prueba. Bs. As., Ejea, 1956, P. 13, 18 y 45.

- 48 Consultable en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjmiaXagIvaAhUGsFMKHZE_BgAQFggIMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kas.de%2Fwf%2Fdoc%2Fkas_9523-544-4-30.pdf&usg=AOvVaw3zf-CZXOW93JWGMPwVrAW4 Fecha: 26/03/2018
- 49 Página 67
- 50 Consultable en: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4226> Fecha: 26/03/2018
- 51 Al respecto Sabaté ha manifestado: «A veces las afirmaciones contienen hechos de importancia, hechos con notorio sabor, y que en un plano de franca colaboración parecen reclamar del adversario un pronunciamiento concreto, pues una negativa genérica más que reflejar el convencimiento del negante trasluce un temor sospechoso que nos recuerda aquello de más vale no menearlo». MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 472.
- 52 Se discute si la contestación de la demanda es un deber, una obligación, o una carga. El deber se presenta cuando una norma indica que debe actuarse de determinada manera, la obligación cuando existe sazón en beneficio de un tercero o acreedor, y carga cuando existe un beneficio directo ante el cumplimiento de una conducta que no es obligatoria. Se trata de una carga, pues, contestar una demanda no es obligatorio pero su falta de respuesta conlleva la pérdida de oportunidad por preclusión al omitente, sin que tenga como consecuencia la imposibilidad de continuar con el trámite del proceso.
- 53 LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. Los indicios conductuales en el proceso civil.. Julio - Diciembre, 2006. Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín. P 143 - 158.
- 54 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria, p. 477, afirma el autor: «Cuando los principios del onus alegandi o del onus probandi se interpretan como dogmas, la parte favorecida por ellos suele a veces adoptar una actitud manifiestamente pasiva. Si a simple vista ello puede parecer normal, en algunos supuestos resulta irritante porque lo lógico es que la parte que disponga de contra afirmaciones o pruebas enervantes del alegato adverso no deje de sentir la oportunidad e incluso la pasión de poder esgrimir las. No debemos imaginarnos, decía Bonnier, que porque tenga contra sí una parte la carga de la prueba, pueda la otra atrincherarse impunemente en un silencio sistemático. Siempre se procederá indebidamente negándose a ilustrar a la justicia»
- 55 <http://dle.rae.es/?id=Qs9pWN8> Consultado: 20/03/2018
- 56 Rompiendo parte del documento, rallándolo, tachándolo, etc.
- 57 CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho procesal civil. Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1962. p. 416.
- 58 Artículo 46.2.5
- 59 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 486.
- 60 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 488.
- 61 LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. Los indicios conductuales. P 153
- 62 Principalmente Muñoz Sabaté y Montero Aroca