

LA CONDUCTA DE LAS PARTES COMO PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL BRASILEÑO

Sergio Cruz Arenhart

RESUMEN: El texto explora la conducta de las partes como elemento probatorio en el proceso civil brasileño. Se examina la tendencia de la legislación brasileña a utilizar esta prueba solamente como indicio, lo que plantea varios obstáculos para su empleo en el ámbito del proceso civil. Se critica este punto de vista con el fin de ampliar el uso de la conducta de las partes como medio de prueba, ya sea en combinación con otras pruebas o de forma aislada (sobre todo en casos como la tutela preventiva y la protección de derechos fundamentales). Por último, se sugieren algunos parámetros para su uso y control, como la motivación adecuada y la preservación del contradictorio.

PALABRAS CLAVE: conducta de las partes; prueba indiciaria; suficiencia probatoria; tutelas inhibitorias; bienes jurídicos involucrados; justificación adecuada y racional de la decisión; contradictorio.

THE BEHAVIOR OF PARTIES AS EVIDENCE IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT: The text explores the conduct of the parties as an element of evidence in Brazilian civil proceedings. It examines the tendency of Brazilian law to use this evidence only as circumstantial evidence, which poses several obstacles to its use in civil proceedings. This point of view is criticised in order to expand the use of the parties' conduct as a means of evidence, either in combination with other evidence or in isolation (especially in cases such as preventive protection and the protection of fundamental rights). Finally, some parameters for its use and control are suggested, such as adequate motivation and the preservation of the adversarial dialogue.

KEYWORDS: the behaviour of parties; circumstantial evidence; evidentiary sufficiency; inhibitory injunctions; legal interests involved; adequate and rational justification of decisions; adversarial proceedings.

SUMARIO: 1. ENTRE BÚSQUEDAS PERSONALES Y TESTIMONIOS FIABLES.— 2. EN BÚSQUEDA DE UNA TIPOLOGÍA DE LOS COMPORTAMIENTOS RELEVANTES PARA EL DERECHO PROBATORIO.— 3. EFECTOS *LEGALMENTE* PREVISTOS PARA CIERTAS CONDUCTAS PROCESALES Y CLÁUSULAS GENERALES DE INTERPRETACIÓN DE ESAS CONDUCTAS.— 4. EL DERECHO BRASILEÑO Y LA INTERPRETACIÓN GENERAL DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES PARA FINES PROBATORIOS.— 5. LA CALIDAD DE LA PRUEBA DERIVADA DEL COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES.— 6. MÓDULOS DE PRUEBA, CATEGORÍAS DE HECHOS Y LA PRUEBA POR LA CONDUCTA DE LOS SUJETOS.— 7. ¿HAY ALGUNA CONCLUSIÓN POSIBLE?— 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ENTRE BÚSQUEDAS PERSONALES Y TESTIMONIOS FIABLES

El artículo 244 del Código de Procedimiento Penal brasileño establece que la búsqueda personal está permitida, independientemente de una orden judicial, entre otros casos, siempre que haya una “sospecha fundada” de que la persona tenga en su posesión un arma prohibida u otros objetos que puedan constituir el cuerpo del delito. La noción de lo que constituye esta “sospecha fundada” —que autoriza el uso de la medida— es objeto de interminable debate en la doctrina y jurisprudencia brasileñas, así como en el ámbito internacional. Por regla general, para satisfacer este requisito se exige que existan “elementos objetivos” que indiquen que la persona presenta una actitud sospechosa, no siendo suficiente la mera impresión subjetiva del agente público para autorizar la búsqueda personal. Aunque hasta este punto la cuestión es razonablemente tranquila, la noción de lo que son estos “elementos objetivos” puede variar inmensamente. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al juzgar el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* (decisión del 1 de septiembre de 2020), entendió que la mera circunstancia de que la persona pareciera nerviosa, estuviera vestida de manera extraña o presentara respuestas inconsistentes no calificaba estos elementos objetivos como para justificar la búsqueda personal.¹

¹ «78. La Corte recuerda que, en su declaración de 15 de enero de 1998, uno de los agentes intervenientes en la detención del señor Tumbeiro narró las circunstancias que llevaron a la misma expresando que ese día, cuando se encontraba recorriendo el “radio jurisdiccional”, pudo “observar a una persona del sexo masculino el cual se hallaba vestido con zapatos negros, pantalón jean azul y camisa a cuadros, el que al observar la presencia policial se mostró sumamente nervioso y dubitativo a la vez que intentaba eludir el paso del móvil policial. Atento a ello, se procedió a detener su marcha y con el objeto de verificar si registraba algún impedimento legal, se invitó al mismo a ascender al móvil hasta tanto se determine mediante sistema dígito radial su identidad”. El agente expresó que, “debido a que continuaba sumamente nervioso, se solicitó la cooperación de los testigos [...] junto a los cuales se procedió a examinar los efectos personales de dicha persona”. Esta declaración, concatenada a la relación fáctica que figura en las sentencias del

En los tribunales brasileños, también se consideró que el mero nerviosismo² o el simple hecho de que alguien vistiera ropa que pudiera ocultar armas es insuficiente para autorizar tal medida.³ Por otro lado, y en un sentido claramente diferente, ya se ha dicho que la circunstancia de que alguien demuestre aprensión, mirando insistente hacia atrás, sería suficiente para satisfacer dichos criterios objetivos.⁴ También se ha considerado que el hecho de que alguien esté en un lugar sospechoso y, al constatar la presencia policial, altere radicalmente su comportamiento, desecharlo un envoltorio, es suficiente para satisfacer el criterio legal.⁵

Decisiones tan diversas sobre la misma cuestión demuestran la dificultad que se tiene al interpretar lo que se puede extraer del comportamiento humano. Muchas veces, debido a sesgos cognitivos, preconceptos o criterios subjetivos, alguien puede considerar sospechosa cierta conducta, mientras que para otra persona ese mismo comportamiento puede sonar absolutamente normal. Al emitir un voto disidente en el *Habeas Corpus* n. 169.788/SP,⁶ que trataba sobre las búsquedas domiciliarias, el

proceso penal, permite a la Corte advertir que el señor Tumbeiro fue detenido para que se identificara en virtud de tres hechos: a) se mostró nervioso ante la presencia de los policías; b) no estaba vestido conforme al modo de vestir percibido por los agentes como propio de la zona por la que transitaba, y c) contestó que se encontraba buscando un material “totalmente extraño a lo que podía obtenerse en los comercios aledaños”. 79. La Corte nota que, de conformidad con la Ley 23.950, la retención temporal con fines de identificación debe estar debidamente fundada en circunstancias que “hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional”. En ese sentido, en el caso concreto, el Tribunal considera que ninguna de las razones que dio la policía para retener al señor Tumbeiro y solicitarle su identificación constituyan en sí mismas, o en conjunto, hechos o informaciones suficientes y concretas que permitan a un observador razonable inferir objetivamente que probablemente había cometido o estaba por cometer un hecho delictivo o contravencional. Por el contrario, las razones que motivaron la detención con fines de identificación del señor Tumbeiro parecieron responder a preconceptos sobre como debe verse una persona que transita en un determinado lugar, cómo debe comportarse ante la presencia policial, y qué actividades debe realizar en ese lugar. (...). 81. Ante la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervenientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana. Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulán sobre prejuicios respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socio-económico, pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención» (decisión disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf, accedido en junio de 2025).

² STJ, 6^a Turma. AgRg no REsp 2.181.502/SC. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. DJe 15.04.25; STJ, 6^a Turma. HC 659.689/DF. Rel. Min. Sebastião Reis Junior. DJe 18.06.21.

³ STF, 1^a Turma. HC 81.305/GO. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJe 22.02.02.

⁴ «Segundo se infere, a atuação policial se originou de denúncia de um terceiro (não identificado) sobre a prática de traficância no local, por duas pessoas em uma motocicleta, e o ora agravante, que estava na garupa, demonstrou apreensão, ao perceber a aproximação da guarnição, olhando constantemente para trás, e trazia algo na cintura, posteriormente onde foi localizada a droga e os objetos para embalo/venda dos entorpecentes. Contexto suficiente a indicar atitude concretamente suspeita do réu para permitir a abordagem» (STJ, 5^a Turma. AgRg no HC 958.143/MG. Rel. Min. Ribeiro Dantas. DJe 08.04.25).

⁵ STJ, 5^a Turma. AgRg no AgRg no REsp 2.141.306/PR. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. DJe 25.04.25.

⁶ STF, Pleno. HC 169.788. Redactor del fallo Min. Alexandre de Moraes. DJe 04.03.24.

Ministro Edson Fachin llegó a referirse, como expresión de ese móvil subjetivo, a un “sexto sentido” de la autoridad policial, inservible para sustentar cualquier otra medida instructoria. La subjetividad en la evaluación del “comportamiento sospechoso”, así, puede llevarnos a reflexionar si la actitud de alguien en ciertas circunstancias puede o no ser tomada como elemento relevante para fines probatorios en el proceso.

Si la valoración del comportamiento individual ya reúne puntos sensibles que ponen en duda la viabilidad de su empleo en el proceso, imagínese adoptar comportamientos pasados de alguien —a veces, comportamientos aislados; a veces, repetidos— como argumento de prueba en el proceso.

En septiembre de 2021, el Superior Tribunal de Justicia brasileño afectó para juzgamiento como materia repetitiva la siguiente cuestión: “definir la posibilidad de imposición de tutela inhibitoria, así como de responsabilidad civil por daños materiales y morales colectivos causados por el tráfico con exceso de peso en carreteras”.⁷ El tema adquirió importancia porque, en diversos estados del país, el Ministerio Público Federal había presentado acciones colectivas contra empresas de transporte, solicitando la prohibición de que permitieran la salida de vehículos de carga con exceso de peso y la condena de esas empresas al pago de daños materiales y morales colectivos. Se alegaba, en líneas generales, que esas empresas habían sido reiteradamente sancionadas, en la esfera administrativa, por permitir que sus vehículos de carga transitaran por las carreteras nacionales con exceso de carga. Se decía que este comportamiento perjudicaba sobremanera la vida útil de las carreteras, además de poner en riesgo a personas y otros valores sociales relevantes. Por ello, y considerando que la sanción administrativa se mostraba insuficiente para cohibir la práctica ilegal, se solicitaba judicialmente la adopción de otras medidas más severas de carácter inhibitorio, así como la indemnización de los daños causados.

En la gran mayoría de los casos, los tribunales locales rechazaron estas acciones, afirmando que las eventuales infracciones sobre el límite de carga tolerado ya eran sancionadas administrativamente, mediante multas de tráfico, no siendo razonable que las empresas fueran nuevamente castigadas por vía judicial.⁸ En varios de los casos, se añadió a este fundamento también la inexistencia de prueba del nexo de causalidad (entre la infracción cometida por las empresas y los daños causados en las carreteras), ya que muchos otros factores podrían contribuir a estos daños, no pudiéndose atribuir a la conducta reiterada de las empresas un protagonismo o papel determinante que pudiera atraerles la responsabilidad por los perjuicios.⁹

⁷ Tema 1.104 (STJ, 1^a Sección. ProAfr no REsp 1.908.497/RN. Rel. Min. Assusete Magalhães. DJe 10.09.21 e STJ, 1^a Sección. ProAfr no REsp 1.913.392/MG. Rel. Min. Assusete Magalhães. DJe 10.09.21).

⁸ V.g., TRF1, 6^a Turma. AI 0056520-92.2012.401.0000/DF. Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. DJe 23.08.13; TRF4, 3^a Turma, AC 5001629-36.2015.404.7214. Rel. Desembargador Federal Rogério Favreto. DJe 08.02.18.

⁹ Con ese argumento, por ejemplo, subrayó la Jueza Federal Marga Tessler, al examinar un recurso de apelación sobre la cuestión que «qualquer estatística que se analise vai indicar como principais causas dos acidentes nas rodovias brasileiras a imprudência e o excesso de velocidade, de modo que os demais

Ante el volumen de causas con discusiones similares (y también porque existía un entendimiento de aquella Corte Superior sobre el tema en sentido contrario), el Superior Tribunal de Justicia consideró relevante examinar la cuestión, a fin de generar un entendimiento vinculante para todo el país. Y, al juzgar la materia, el Superior Tribunal de Justicia concluyó por fijar la tesis vinculante de que “el derecho al tránsito seguro, así como los notorios e inequívocos daños materiales y morales colectivos derivados del tráfico reiterado, en carreteras, de vehículos con exceso de peso, autorizan la imposición de tutela inhibitoria y la responsabilización civil del agente infractor”.¹⁰ Entre los varios argumentos empleados para llegar a esta conclusión, la Corte subrayó que es *notorio* el impacto del transporte con exceso de peso en el deterioro de las carreteras nacionales. Se consideró que numerosos análisis puntuales reafirman esta contribución,¹¹ lo que permite concluir que este transporte ilegal

cidadãos usuários da rodovia também contribuem para a violação dos itens que são a causa do pedido indenizatório. Mas não é só. A geometria das rodovias brasileiras, a ausência de sinalização adequada e barreiras de proteção, curvas com forças centrífugas mal projetadas também o são e estas são responsabilidade do Estado. Além dos fatores acima referidos, outros dois pontos, de interesse mais direto na presente demanda, merecem ser citados, quais sejam: a ausência de fiscalização adequada e a qualidade da pavimentação asfáltica. A fiscalização ineficiente, inclusive para fins de cumprimento da vedação de circulação com veículos com excesso de peso, é um fator importante para descumprimento da regra. À vista destes elementos e das demais questões abordadas na presente decisão, conclui-se que a conduta da ré, individualmente considerada, não é suficiente para causar dano à coletividade, por quanto ela está inserida num contexto em que diversas situações convergem para o problema, sem que se possa destacar uma como de maior relevância.» (TRF4, 3ª Turma. AC 5018457-33.2016.404.7001. Rel. Desembargadora Federal Marga Barth Tessler. DJe 03.06.20).

¹⁰ STJ, 1ª Seção. REsp 1.908.497/RN. Rel. Min. Teodoro Silva Santos. DJe 04.12.24; STJ, 1ª Seção. Resp 1.913.392/MG. Rel. Min. Teodoro Silva Santos. DJe 04.12.24. El fallo aún no es definitivo, aunque ya se hayan rechazado otros recursos opuestos por las empresas demandadas (es posible acompañar la tramitación del proceso en el siguiente link: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNúmeroRegistro&termo=202003215737>).

¹¹ «Estudos revelam que a prática dessa infração administrativa é corriqueira nas rodovias do País. Segundo o “Atlas da Década de Ações para Segurança Viária”, que traçou um panorama geral das condições das rodovias federais entre os anos de 2011 a 2020, o excesso de carga está entre as causas presumíveis dos acidentes de trânsito ocorridos no País, motivo pelo qual foram desenvolvidas diversas ações para coibir a prática, a exemplo “Operação de Fiscalização de Peso e Dimensões - Operação Carga Pesada”. Apenas a título ilustrativo, no ano de 2020 foi noticiado que a Polícia Rodoviária Federal registrou um aumento de 18,4% de flagrantes por excesso de peso em veículos de carga nas rodovias federais do Piauí» (https://www.gov.br/prf/pt-br/noticias_anteriores/estaduais/piaui/2021/Marco%202021/carga-pesada-prf-registra-em-2020-um-aumento-de-18-4-nos-flagrantes-de-excesso-de-peso-em-veiculos-de-carga-nas-rodovias-federais-do-piaui). Mais recentemente, em março de 2022, uma autuação em Vitória da Conquista, na Bahia, resultou na apreensão de um veículo de carga com mais de 40 toneladas de excesso (https://www.gov.br/prf/pt-br/noticias_anteriores/estaduais/bahia/marco-2022/com-mais-de-40-toneladas-de-excesso-de-peso-bi-trem-e-apreendido-pela-prf-na-br-116-em-vitoria-da-conquista). Os dados de sinistralidades de trânsito registrados pela Polícia Rodoviária Federal entre os anos de 2019 a 2024 nas rodovias federais revelam que a principal causa dos acidentes relaciona-se a defeitos na via. Foram identificados, ao longo do quinquênio, 8.195 defeitos nas rodovias, que lesionaram 10.228 pessoas e levaram a óbito outras 399. (...) Por sua vez, relatório de auditoria elaborado em 25/05/2012 pelo Tribunal de Contas da União (Processo nº 014.206/2012-9) apontou que o excesso de peso acelera os processos de degradação do pavimento de modo exponencial. O estudo tomou como base o experi-

contribuye significativamente a los daños en disputa.¹² Serían así notorios los daños derivados del comportamiento irregular de las empresas, lo que dispensaría prueba y acarrearía la responsabilidad civil reclamada.¹³

Para el punto que aquí interesa, debe subrayarse que lo que hizo la Corte fue considerar que el comportamiento reiterado de las empresas de transporte generaba una especie de *notoriedad* en el perjuicio causado a las carreteras brasileñas y, en consecuencia, autorizaría su responsabilidad civil —además de la adopción de medidas que evitaran la repetición del comportamiento ilegal. Sin excluir que otros factores puedan también colaborar en ese deterioro de las carreteras, el Tribunal concluyó que este comportamiento insistente justificaba la adopción de medidas judiciales contra esas empresas.¹⁴

mento realizado pela American Association of State Highway Officials - AASHO, o qual concluiu que o incremento de 10% no sobrepeso reduz a vida útil do pavimento em 40% (Lei da Quarta Potência). Portanto, não há dúvidas que a operação de transporte com sobrecarga é extremamente deletéria, uma vez que provoca a deterioração acelerada da pavimentação, interfere no regular desempenho dos veículos, compromete a segurança viária, afeta o meio ambiente e desequilibra o regime de concorrência.”

¹² «Do explanado, não pairam dúvidas de que os danos causados pela conduta do agente que reiteradamente trafega com excesso de carga nas rodovias acarreta, em claro nexo de causalidade, prejuízos de ordem material ao patrimônio público e moral a toda coletividade. Conforme amplamente demonstrado, o transporte de cargas com excesso de peso maximiza a produtividade e o lucro do transportador em detrimento do interesse público na preservação da pista de rolamento, na manutenção da segurança viária, na preservação do meio ambiente equilibrado e na escorreita observância do regime de concorrência.»

¹³ «Conforme visto, a conduta consciente de transitar com veículo com sobrepeso nas rodovias gera prejuízos materiais a bem de uso comum do povo, haja vista a deterioração e redução da vida útil da pavimentação, que gera elevado dispêndio de recursos necessários à recuperação da via pública. No que se refere à necessidade de demonstração efetiva dos danos materiais, por tudo o que já foi dito, conclui-se pela aplicabilidade do disposto no art. 374, I, do CPC/2015, segundo o qual não dependem de prova os fatos notórios. Por fato notório comprehende-se aquele de caráter evidente e conteúdo universal, visto que “encerram verdades históricas, científicas ou geográficas de reconhecimento geral. Desta sorte, o que é notório não reclama prova —notoria non egent probationem—, porque a ninguém é lícito desconhecê-lo. Essa notoriedade geral implica que o fato seja do conhecimento de toda a coletividade independentemente de sua publicidade” (FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Grupo GEN, 2022).»

¹⁴ Solo para contrastar con esta conclusión, cabe aún reflexionar sobre la construcción de las razones de esta responsabilidad con los motivos que llevaron al Min. Raul Araújo, en decisión unipersonal [*monocrática*], a rechazar la responsabilidad civil de una empresa farmacéutica en otro caso. La cuestión trataba de una acción de reparación de daños, interpuesta por un individuo que había utilizado el medicamento Celebra y, posteriormente, fue diagnosticado con infarto de miocardio. Alegaba, con base en un estudio realizado en Estados Unidos (que indicaba el aumento del riesgo de infarto por el uso de este medicamento), que existía nexo de causalidad, lo que permitiría la responsabilidad de la empresa farmacéutica. Rechazada la pretensión en 1º y 2º grados de jurisdicción, también en el Superior Tribunal de Justicia la conclusión fue la misma. Señaló el Min. Raul Araújo, al examinar el recurso, que “la prueba estadística, pura y simplemente, es inservible para la comprobación del nexo causal, por cuanto fundada en razonamiento inductivo sujeto a innumerables variaciones que no se compatibilizan con la individualización necesaria de la causalidad. Solo la hipótesis de frecuencia muy próxima a la efectiva ocurrencia (100%) es que tornaría relevante la prueba estadística en el análisis causal”. Aunque el argumento, aquí, se centró en la cuestión de la prueba estadística, es interesante observar que, aquí, el argumento de las concausas fue considerado como relevante para excluir la responsabilidad de la empresa, sobre todo porque no había indicación precisa sobre la conexión entre el uso del medicamento y el perjuicio (infarto) ocurrido. V. STJ, AREsp 1.581.491/PR. Rel. Min. Raul Araújo. Dje 29.08.23

Todo esto pone en evidencia la importancia que el comportamiento —pasado o actual— de alguien debe tener en el ámbito probatorio. Sin duda, el comportamiento, los hábitos y el historial pasado de los sujetos se emplean usualmente en diversos campos. Sirve, por ejemplo, para que podamos elegir lugares, alojamientos y compras (mediante las calificaciones y comentarios existentes en plataformas como AirBNB, Amazon o TripAdvisor). Sirve para que las empresas de seguros bonifiquen o aumenten los valores cobrados por la renovación de seguros de vehículos o residenciales. Sirve para que las empresas de marketing puedan evaluar estrategias que optimicen la publicidad de bienes y servicios (*targeted advertising*). Sirve, en fin, para innumerables decisiones del mercado, que necesita trabajar con tendencias y hábitos de comportamiento.¹⁵

También no hay duda de que el Derecho, habitualmente, atribuye importancia a la conducta pasada de las personas, para diversos fines. Recuérdese que el Derecho Penal confiere un valor significativo a la conducta pasada del agente. La conducta social y los antecedentes del agente y la conducta de la víctima son elementos expresamente tomados en consideración por la ley para la fijación de la pena en caso de comisión de delitos (art. 59, del Código Penal brasileño). Además, la reincidencia, es decir, la comisión de otro delito después de su condena por un delito anterior, es un elemento que, también por imposición legal, debe siempre agravar la pena penal (art. 61, inc. I, del Código Penal brasileño). También en el plano no penal, las conductas anteriores son un elemento relevante para el derecho, sirviendo, por ejemplo, para la interpretación de la voluntad en los negocios jurídicos,¹⁶ como elemento para la adquisición de propiedad por usucapión,¹⁷ como causa para el divorcio¹⁸ o para

¹⁵ Como observa Schauer, «often in such cases, a common argument against using someone's previous behavior as evidence for what they might have done now is that what is past is past. Just because someone has done something before does not mean that they will necessarily do it again, and especially under different circumstances, so the argument goes. But would those who make that argument accept a late-night ride from someone who had been convicted on three previous occasions of driving while intoxicated, or, criminal convictions aside, from someone they knew to have been involved in multiple automobile accidents? (...) Past acts are commonly considered to be relevant in predicting *future* behavior, which is why convicted child molesters do not get hired as camp counselors or TSA agents, and why confessed plagiarists rarely secure positions as college professors» (Schauer, 2022, p. 207-208).

¹⁶ Dice, por ejemplo, el artículo 113, del Código Civil brasileño, que «Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração». Y el párrafo 1º subraya que «§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio (...).».

¹⁷ De hecho, el *animus dominii*, o sea, la posesión de bien «como suyo», es elemento relevante para la fijación de los plazos para la adquisición de bienes por usucapión (v.g., artículos 1.238 a 1.240, del CC brasileño).

¹⁸ «Artículo 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa.»

la imposición de un acuerdo de colaboración [*leniència*] a empresas que violaron las reglas de protección de la orden económica.¹⁹

Desde otro ángulo, es cierto que, para el derecho procesal, la conducta de las partes es muy relevante, exigiéndoles la buena fe (art. 5º, del CPC brasileño) y la colaboración (art. 6º, del CPC brasileño) en la búsqueda de una solución justa, efectiva y oportuna de la controversia. Se les imponen innumerables deberes (art. 77, del CPC brasileño) y se combate su comportamiento ilícito (arts. 80 y 774, del CPC brasileño). Hay, por lo tanto, una clara preocupación de la ley con la conducta de los sujetos parciales del proceso y, en especial, del proceso civil.

No obstante, ¿puede la conducta de estos sujetos tener una amplia relevancia probatoria en el ámbito del derecho procesal? ¿Es posible que el juez concluya la procedencia o improcedencia de cierta pretensión *basándose únicamente en el comportamiento pasado de los sujetos parciales del proceso o, quizás, en un único comportamiento pasado de alguno de ellos?*

Desde ya, se advierte que no es finalidad de este estudio examinar el deber de veracidad atribuido a las partes, tal como se mencionó, en la aportación de pruebas o en la declaración sobre los hechos del proceso. El objetivo aquí es examinar si el comportamiento «general» de las partes, su conducta —externa al proceso e incluso interna, en su relación con los actos del proceso— puede ser interpretada como prueba para la formación de la convicción judicial.²⁰

2. EN BÚSQUEDA DE UNA TIPOLOGÍA DE LOS COMPORTAMIENTOS RELEVANTES PARA EL DERECHO PROBATORIO

Para empezar, parece importante considerar de modo general los posibles comportamientos que repercuten en el proceso, con el objetivo de delimitar mejor el objetivo de este texto. Es cierto que, en sentido amplio, *todo comportamiento* puede ser relevante para el proceso y estudiarlos todos sería una empresa demasiado vasta para los límites de un pequeño estudio. Así, es importante agrupar estas conductas en grandes grupos, con el objetivo de aclarar el objetivo específico de este análisis.

¹⁹ V.g., artículo. 86, de la Ley 12.529/11.

²⁰ Como advierten Carmen Vázquez y Mercedes Fernández López, «si hay algo que caracteriza la prueba en el ámbito jurídico es que *no* necesariamente tomamos las decisiones fácticas con toda la información relevante disponible. Ello es explicable porque en el derecho no solo tenemos el objetivo de determinar correctamente los hechos, sino de hacerlo de manera tal que sea compatible con otros derechos de las personas. La discusión, entonces, debería centrarse en a cuáles de las reglas de exclusión que actualmente tienen nuestros sistemas jurídicos, o el mexicano en particular, tienen sentido en el balance entre los objetivos de aplicar las consecuencias jurídicas solo cuando realmente hayan pasado los hechos previstos en esas normas y la manera en que podemos respetar otros derechos» (Vázquez i López, 2022, p. 160)

a) *Las conductas judiciales y las conductas extrajudiciales.* Por un lado, parece evidente que se pueden clasificar los comportamientos de las partes según ocurran dentro o fuera del proceso. Si las conductas externas a la relación procesal pueden ser relevantes para el proceso, las conductas ocurridas en el curso del proceso tienen, naturalmente, consecuencias para el análisis de aquello que es sometido a la apreciación judicial.

La legislación procesal, por cierto, comúnmente regula comportamientos similares, dándoles un régimen distinto según ocurran dentro o fuera del proceso. Es lo que se observa, por ejemplo, en el tratamiento dispensado a la confesión *judicial* (arts. 390 a 393 del CPC brasileño) y a la confesión *extrajudicial* (art. 394 del CPC brasileño) o en la disciplina ofrecida a la autocomposición *judicial* (art. 515, II del CPC brasileño) y *extrajudicial* (arts. 515, III y 784, inc. IV, del CPC brasileño).

No obstante que la legislación atribuya, muchas veces, diversas consecuencias a estos comportamientos en razón del *locus* en que estos actos ocurren (en juicio o fuera de él), no parece que, para fines probatorios, haya gran relevancia en esta distinción. Si bien es cierto que la circunstancia de que esta conducta haya ocurrido en juicio facilita su constatación y, así, se alinea con una de las principales finalidades de la *inmediatez* en el proceso, se trata ahí simplemente de una cuestión de facilidad de acceso a la prueba de la conducta. El valor probatorio de la conducta, sin embargo, puede ser el mismo si ocurre dentro o fuera del proceso.

Por otra parte, considerando que la existencia de un régimen específico, atribuido por ley, a algunos de estos comportamientos —muchas veces con la intención de retirar de la esfera de la prueba, por medio de ficciones jurídicas, ciertas afirmaciones de hecho, que acaban siendo consideradas por el legislador fuera del ámbito de la prueba (v.g., art. 374 del CPC brasileño)—, su estudio implicaría un número infinito de cuestiones puntuales, que desbordan los límites de un análisis inicial, tal como aquí se pretende. Por todo ello, este criterio no será relevante para el presente estudio.

b) *Las conductas personales y las conductas practicadas por medio de un tercero (abogado).* También se podría pensar en observar las conductas de las partes desde la óptica de quien las realiza efectivamente. Considerando que, en el proceso civil, para la práctica de actos procesales se exige, por regla general, la asistencia de un profesional del Derecho (asimilable, en términos generales, a la idea del abogado), sería posible distinguir estos comportamientos según sean practicados *por medio de abogados* o por la propia parte de manera directa.

Nuevamente, el derecho procesal da relevancia a esta diferencia en muchas circunstancias, aludiendo a los «actos procesales personalísimos». Así como ocurre con los actos (materiales) personalísimos —a ejemplo de la celebración de un testamento público o la renuncia a derechos personalísimos—, estos son los actos *procesales* que solo pueden ser practicados por la parte, independientemente de la intervención de su abogado. Este elemento tiene repercusión, por ejemplo, en la forma de comunicación para la práctica del acto procesal —se exige, como regla general, la *notificación*

personal (art. 242 del CPC brasileño) o la *comunicación personal a la parte* para la validez de la aplicación de consecuencias por la inobservancia del comportamiento esperado— y en la propia especie de sanción aplicable ante la inobservancia de ese comportamiento.²¹

Además, esta práctica *personal* del comportamiento es fundamental para fines instructivos, en la medida en que la prueba obtenida *por medio de una determinada persona* presupone que esa persona, específicamente, consigue colaborar *con su conocimiento o sus sentidos* para la determinación de los hechos relevantes para el proceso. Por ello, la ley procesal habla de «comparecencia personal de las partes» para el interrogatorio libre (art. 139, VIII del CPC brasileño) y de intimación personal para la recolección del testimonio de las partes (art. 385, § 1º del CPC brasileño), a fin de permitir que la parte responda personalmente (art. 387 del CPC brasileño) sobre los hechos relevantes.

Si la obtención de ciertas pruebas depende del conocimiento específico o de los sentidos de alguien, sería impensable admitir que otro pudiera estar en su lugar para este fin.²²

En todo caso, dado que el objetivo de este texto es apreciar el comportamiento practicado por las *partes* y su uso como argumento de prueba en el proceso, los actos practicados por medio del abogado deben quedar fuera de este análisis. Aunque el tema es sumamente interesante, exige un enfoque distinto y análisis que desbordan los límites de este pequeño ensayo. Al fin y al cabo, si el comportamiento es adoptado por el abogado, entonces sería adecuado pensar en qué consecuencias debe aportar esta conducta *para él*, y no para la parte. Transferir a la parte las consecuencias de un comportamiento realizado por su abogado —aunque sea un pensamiento muy común en las legislaciones procesales²³— es suponer, como hacen las legislaciones

²¹ Así, por ejemplo, el art. 528 del CPC brasileño, exige la intimación personal del deudor para la ejecución de prestación alimenticia, sobre todo porque, solo con esa comunicación personal es posible, después, imponer la grave sanción de la prisión civil, en caso de no pago de la prestación debida (art. 528, § 3º del CPC brasileño).

²² De cierto modo, es por esa razón que el CPC brasileño, aunque admite el testimonio de incapaz, prevé que «la confesión hecha por un representante solamente es eficaz en los límites en que este puede vincular al representado» (art. 392, § 2º del CPC, traducción libre). Al fin y al cabo, no se trata ahí solo de un problema de determinación de hechos. Más que eso, se trata de vincular al representado —que efectivamente tiene el conocimiento de los hechos— al establecimiento de una verdad sobre cierto hecho que se vuelve indiscutible. Si solo la parte —que presenció los hechos— puede atestar cómo esos hechos ocurrieron, un tercero solo puede manifestar esa declaración de conocimiento en los límites en que se le permite ese tipo de manifestación. Además, bajo otro aspecto, reglas así también tienen importante función «negocial». Si esa confesión puede implicar la dispensa de prueba sobre cierto hecho, se tiene ahí una convención procesal entre las partes, que solo puede ser practicada por ella misma o por quien tenga poderes para vincularla en actos negociales.

²³ La ley procesal brasileña, por ejemplo, hace constantemente esa asimilación. Considera que la parte es litigante de mala fe cuando *su abogado* (ya que es él quien practica los actos procesales por regla) deduce pretensión o defensa infundadas, provoca incidentes infundados o interpone recurso de contenido dilatorio (art. 80 del CPC). Ya en relación al abogado, dice el Código de Proceso Civil, su

procesales, que existe una verdadera simbiosis entre abogado y parte, que no siempre refleja lo que ocurre en la realidad. Y, si esa simbiosis es comúnmente aceptada para fines procesales generales, parece que es excesiva en lo que se refiere al campo de la prueba. Tomar, *a partir del comportamiento del abogado de la parte*, argumentos de prueba en perjuicio de la parte —sin ningún cuestionamiento ulterior sobre la alienación entre esa conducta y el interés de la parte representada— suena exagerado y erróneo, aunque, como se verá más adelante, también existan ejemplos en los que la ley concluye abiertamente de esa manera.²⁴ Al fin y al cabo, en muchas circunstancias son diversos los intereses del abogado y de la parte representada, no pudiéndose excluir aún otros innumerables factores que influyen en la relación abogado-cliente, lo que hace injusta la inferencia, únicamente a partir del comportamiento del abogado y sin mayores cautelas, de pruebas contra la parte.²⁵

Todas estas circunstancias, en fin, recomiendan dejar el análisis de estas interrelaciones para otro espacio, concentrando aquí el foco en la evaluación del comportamiento de la parte y su impacto para fines instructivos.

c) *Las conductas que constituyen objeto de la deliberación judicial (causa de pedir y pedir) y las conductas que pueden comprobar los hechos insertos en la causa de pedir y en la defensa.* Otra distinción que puede ser relevante en este campo se refiere a la posición de la conducta en el proceso. Es posible que las conductas de las partes constituyan el verdadero objeto de la decisión judicial. El mérito de la demanda puede consistir en saber si un determinado comportamiento es lícito o no, o si cierta conducta es válida/eficaz o no. El juez puede ser llamado a decidir si expresar un concepto negativo respecto a otra persona constituye una manifestación de la libertad de opinión o si, por el contrario, implica una violación de la imagen de esta persona. Aquí, el objeto de la decisión judicial implica precisamente la valoración del comportamiento del sujeto para la aplicación de la consecuencia jurídica deseada por la parte actora. La conducta ahí constituye la *causa petendi* de la demanda judicial y es el punto neurálgico de la decisión judicial. Una situación idéntica es aquella en la que se pretende evaluar si, por conducir alcoholizado un vehículo automotor e involucrarse en un accidente automovilístico, deben considerarse presentes los requisitos del art. 186 del

eventual responsabilidad es solo *disciplinaria* y debe ser investigada «por el respectivo órgano de clase o corregiduría» (art. 77, § 6º del CPC), no pudiendo ser objeto de sanción por el juzgado de la causa.

²⁴ Es lo que ocurre con la llamada tutela de la evidencia, en que la ley brasileña autoriza la satisfacción provisional de la pretensión inicial cuando el juez entienda que hay abuso del derecho de defensa o el evidente propósito procrastinador [*protelatório*] de la parte (art. 311 del CPC). Aquí, aunque el comportamiento ilícito sea, por regla, practicado por el abogado, el código acaba por concluir que esa conducta (del abogado) es indicativo de que la parte demandada no tiene razón en la resistencia que ofrece a la pretensión del autor. Y, por eso, permite al autor que disfrute, provisionalmente, del bien hasta la solución final de la causa. Como también se verá, hay controversia sobre esa conclusión de que la tutela de la evidencia implica presunción judicial derivada de la conducta de la parte. Pero esa ha sido la lectura más usual en el derecho brasileño, razón por la cual el caso es empleado como ejemplo en este texto.

²⁵ Sobre un debate más amplio al respecto de las relaciones entre abogado-cliente, v., Arenhart (2025, p. 262 y ss.).

Código Civil brasileño y, consecuentemente, si incide la responsabilidad civil por los perjuicios causados (art. 927 del Código Civil brasileño). Los comportamientos de los sujetos, en estos casos, son el soporte material de la incidencia de la regla jurídica cuya consecuencia se pretende aplicar. La conducta de conducir alcoholizado y causar un accidente es (o puede ser) calificada como un acto ilícito que impone el deber de reparar los daños y, en esa dimensión, esa conducta es el verdadero *hecho jurídico* del cual deriva la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico.

Idéntico razonamiento podría aplicarse a las defensas eventualmente presentables por el demandado. Cuando el demandado alega la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), por ejemplo, afirma una defensa que se sostiene en la inexistencia de un comportamiento por parte del actor que sería requisito indispensable para el ejercicio de la pretensión deducida en el proceso. Aquí, nuevamente, la conducta (ahora del actor) es objeto de la deliberación judicial y su evaluación es fundamental para el análisis sobre la procedencia o improcedencia de la demanda inicialmente formulada.

En esta misma línea, sería posible pensar la conducta como la propia «consecuencia» establecida por la norma. Así, por ejemplo, la conducta de «reparar el daño» —que sería la consecuencia de ambos ejemplos dados anteriormente—, o de restituir cierta cosa (v.g., art. 952 del Código Civil brasileño), o incluso de abstenerse de violar la privacidad de alguien (art. 21 del Código Civil brasileño), puede ser considerada como el *pedido* vehiculado en cierta demanda judicial. Y, en esos casos, la eventual «prueba de la conducta» puede ser un elemento a considerar como defensa material indirecta (v.g., el pago, el cumplimiento de la prestación o la imposibilidad de este pedido), que también se inserta en el fondo del proceso.

Diferente es la situación en que la conducta de la parte es empleada para *demostrar otro hecho* que constituye el antecedente fáctico de la norma o que pueda contribuir a demostrar la satisfacción del consecuente normativo buscado en juicio.

Tómese la situación hipotética en que alguien pretende demostrar que cierto contrato debe ser anulado porque fue celebrado con vicio del consentimiento, como el dolo (art. 145 del Código Civil brasileño). Para demostrar este vicio de consentimiento, la parte actora argumenta que fue engañada por medio de artilugios empleados por el demandado, quien se aprovechó de la ingenuidad de la parte actora para inducirla a celebrar el negocio. Para demostrar su ingenuidad, la parte actora argumenta que no posee instrucción, que es una persona simple, que vive en el medio rural y, por lo tanto, no está acostumbrada a ese tipo de negocio jurídico. Aquí, el hecho de que esa persona no posea suficiente discernimiento, pudiendo haber sido fácilmente engañada, puede ser probado mediante la demostración de los hábitos que esa persona presenta, por su conducta pretérita e incluso por su comportamiento durante la celebración del negocio jurídico.

En este caso, el comportamiento de la parte es empleado como prueba de un elemento intencional (subjetivo) que difícilmente podría ser demostrado por las vías tradicionales.

Lo mismo puede decirse en relación con la llamada omisión intencional (art. 147 del Código Civil brasileño). Según el código civil, este silencio *intencional* puede ser causa de anulación del negocio jurídico, «probándose que sin ella el negocio no se habría celebrado». ²⁶ ¿Cómo sería posible demostrar que este silencio fue «intencional», y no solo derivado del olvido de la otra parte? ¿Y cómo se demostraría que, si se hubiera revelado la circunstancia omitida, el negocio no se habría celebrado?

Aquí, nuevamente, solo las circunstancias que rodean la celebración del negocio pueden indicar estos elementos.²⁷ Y la demostración de estos elementos, que no constituyen *puntos esenciales de la causa de pedir o de la defensa*, acaban elevándose a caracteres indispensables para matizar los hechos «principales», permitiendo su adecuada caracterización.

Sin duda, ambas perspectivas son desafiantes y ofrecen enfoques importantes que realzan el examen del comportamiento de los sujetos para el proceso. Sin embargo, el primer aspecto se relaciona más con alguna «prueba de la conducta de las partes», mientras que el segundo sí se alinea con la idea del empleo de la «conducta de las partes como prueba». Por ello, y nuevamente dadas las limitaciones de esta investigación, se elige esta segunda categoría como objetivo de este texto.

d) *La conducta aislada y la conducta reiterada.* La elección de la categoría antes mencionada no excluye, por otro lado, que se puedan agregar otros elementos para el análisis de este tipo de conducta. Así, también se podrían clasificar las conductas de las partes por medio de su frecuencia, lo que puede contribuir incluso a la propia fuerza probatoria del comportamiento pasado.

Así, se pueden separar las *conductas aisladas* de las *conductas reiteradas*. Es cierto que aquí, la clasificación puede ligarse a aspectos subjetivos de la evaluación de la conducta y a su potencialidad para servir como elemento de prueba.

La reiteración de cierto comportamiento puede eventualmente servir como indicativo del carácter o de la inclinación de comportamiento de alguien,²⁸ lo que quizás no sería posible evaluando una única conducta aislada. Además, aunque esta

²⁶ Dice la regla del Código Civil brasileño: «art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.»

²⁷ Atento a la dificultad probatoria en casos así, establecía el Código de Proceso Civil brasileño de 1939, ya revocado, que «el dolo, el fraude, la simulación y, en general, los actos de mala fe podrán ser probados por indicios y circunstancias» (art. 252). Además, añadía que «en la apreciación de los indicios, el juez considerará libremente la naturaleza del negocio, la reputación de los indiciados y la verosimilitud de los hechos alegados en la inicial y en la defensa» (art. 253).

²⁸ La afirmación no deja de ser polémica, en la medida en que varios países prohíben el empleo de la llamada «*character evidence*», particularmente para fines de acusación criminal, exactamente porque es posible que se le dé un valor excesivo, aflorando prejuicios del jurado en relación con ciertas personas. No obstante, se ha defendido frecuentemente también que, en casos en que el análisis del carácter de la persona es esencial para la solución de la controversia, debe admitirse la prueba de ese carácter, lo que puede hacerse por medio de cualquier medio, incluso por el análisis de la conducta pretérita del sujeto

reproducción pueda llevar a algún indicativo con relación al carácter de alguien o a la inclinación de sus hábitos, estos indicativos en regla son muy débiles para conclusiones determinantes respecto a la prueba de ciertos hechos.²⁹

Por otro lado, como se verá, hay casos en que un único comportamiento sirvió de base para una determinada conclusión, a pesar de no haber ninguna evidencia de que aquella conducta sería reproducida en el futuro o fue reproducida en otros momentos.

Los hábitos, así, constituyen un importante punto a debatir en este texto. Como se pretende demostrar más adelante, la verificación de cierto hábito puede sí, en ciertas circunstancias, ser tomada como prueba de algún hecho relevante para el proceso. No obstante, aunque la reiteración de la conducta pueda reforzar la justificación —haciéndola más fácil o dando mayor credibilidad a la justificación dada por la decisión—, parece que todavía hay espacio para que situaciones y conductas puntuales puedan también tener un lugar asegurado en este ambiente.

e) *La conducta comisiva y la omisión.* Por otra parte, y más como una aclaración, no se puede olvidar que, para fines jurídicos, la omisión puede muchas veces ser interpretada también como una acción (como una acción negativa). Por eso, cuando se piensa en la prueba por la conducta de las partes, es posible que la omisión de estos sujetos también sea interpretada como argumento de prueba.

Diversas veces, por cierto, es exactamente lo que hace la legislación procesal. En numerosos casos, las leyes procesales —como se verá a continuación— atribuyen a la ausencia de comportamiento de alguien efectos semejantes a ciertas conductas activas o, en otras ocasiones, vinculan a esa omisión ciertas presunciones que dispensarán pruebas de algunos hechos en el futuro. De este modo, para los fines aquí discutidos, se tratarán como asimiladas las nociones de conducta positiva y de omisiones, salvo ante previsiones legales expresas, que impongan otra interpretación.

f) *Hecho concreto, categoría de hechos y la conducta de los sujetos.* Finalmente, hay otra modalidad de hechos que también se mencionará —aunque brevemente— en este texto. Por regla general, los hechos comprendidos y tratados por el proceso involucran hechos determinados y aislados, ocurridos en el mundo sensible. Es respecto a estos hechos que se hacen afirmaciones que serán, posteriormente, comprobadas en juicio.

No obstante, es posible que el proceso judicial también reciba lo que muchos autores denominan «hechos legislativos»,³⁰ es decir, hechos que pueden informar a

(v., por ejemplo, *Rule 404* de las *Federal Rules of Evidence* y, en la jurisprudencia civil norteamericana, *Pino v. Koelber*, 389 So. 2d 1191, 1193 (Fla. Dist. Ct. App 1980)).

²⁹ Como señala Schauer, «these days most psychologists recognize that explaining behavior is not only a matter of understanding dispositions or traits, and not only a matter of understanding the situation. Instead, human behavior is a function of the *interaction* between dispositions and situations. Different people react to the same situations in different ways, and thus it is a mistake to think that it is all about the situation» (Schauer, 2022, p. 214).

³⁰ La expresión fue primeramente empleada por Kenneth Culp Davis (v., Davis, 1955, *passim*).

la Corte sobre ciertas decisiones legislativas en materia de Derecho y Política (Davis, 1942, p. 404). De modo más amplio, podría decirse que aquí se pretende tratar de «hechos abstractos», considerados de modo genérico como presupuesto para la incidencia de ciertas normas. En contraste, los hechos regularmente traídos al proceso serían aquellos denominados «hechos adjudicativos» (*adjudicative facts*), consistentes en saber lo que las partes hicieron, cuáles fueron las circunstancias en que algo ocurrió o cuáles serían las condiciones antecedentes de alguna cosa (Davis, 1942, p. 402). Los primeros se refieren a juicios realizados por los tribunales en relación con la interpretación de textos normativos, mientras que los hechos adjudicativos son relevantes para el análisis de algún caso en particular (Faigman, 2008, p. 44).

Así, saber si A estuvo en determinado lugar en cierto momento y si estaba alcoholizado al conducir el vehículo que se vio involucrado en un accidente corresponde a un hecho adjudicativo. En cambio, la circunstancia de que conducir alcoholizado reduce los reflejos del conductor es un «hecho abstracto», que puede ser reconducido a la noción de hecho legislativo o, en términos más generales, a la idea de una *categoría de hechos*.³¹

Como regla general, la determinación de los hechos concretos depende de pruebas ligadas al conocimiento *específico* de la ocurrencia circunstancial de ese hecho. En relación con los hechos abstractos, las pruebas normalmente se relacionan antes con la aceptación general de la validez de cierta inferencia (lo que, normalmente, se relaciona con el conocimiento técnico-teórico o con las máximas de la experiencia) que con otros elementos.

También esta clasificación será útil en este texto, porque, como se verá, la determinación de categorías de hechos puede deducirse más fácilmente de comportamientos específicos de las partes que la especificación de hechos puntuales.

Finalmente, es importante subrayar que, a veces, es difícil establecer la diferencia entre la prueba del hecho (relevante para la solución de la controversia) y la prueba de la conducta que comprobará ese hecho. En la medida en que, al fin y al cabo, todos estos elementos servirán para la demostración del hecho relevante para el proceso, puede haber alguna dificultad en la separación entre los casos en que la conducta es un elemento de la norma a aplicar —y, entonces, su prueba constituye prueba de uno de los elementos de la hipótesis constante de la norma— y las otras situaciones en que la conducta es empleada como elemento que permitirá considerar existente o no el hecho cualificado por la norma a incidir.

³¹ En términos exactos, la asimilación entre hechos legislativos y hechos genéricos o categorías de hechos no es precisa. Como aclara Ann Woolhandler, «the key difference between adjudicative and legislative facts is not the characteristics of particular versus general facts, but rather, evidence whose proof has a more established place and a more predictable effect within a framework of established legal rules as distinct from evidence that is more manifestly designed to create the rules» (Woolhandler, 1988, p. 114). Aun así, los hechos legislativos no dejan de ser también hechos generales, que pueden ser calificados dentro de esa noción más amplia de «categoría de hechos».

Lógicamente, sin embargo, sería imposible, en los estrechos límites de un artículo, pretender analizar todos los casos en que alguna conducta es presupuesto para la incidencia de la norma y, en esos casos, su prueba. Este examen, además, parece estéril porque llevará a la inexorable conclusión de que cualquier prueba es hábil para la demostración de esa conducta.

Por lo tanto, en este texto se opta por apreciar solo las situaciones en que la conducta es evaluada como elemento que puede demostrar los hechos a probar, es decir, los hechos litigiosos que conforman la norma jurídica cuya incidencia (o no incidencia) se pretende en el proceso.

Analizando, por ejemplo, la regla del art. 187 del Código Civil de Brasil – que prevé que «también comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres» –, la prueba del ejercicio del derecho implica prueba de conducta que constituye un elemento de la norma mencionada. Por otro lado, la prueba de conductas que puedan indicar los límites de la «buena fe», del «fin económico o social» o la dimensión de las «buenas costumbres» constituye un ejemplo de aquello que aquí se espera examinar. Es un caso en que el comportamiento de los sujetos puede llevar a la *interpretación* de que cierto hecho relevante para el proceso realmente ocurrió.

Como se ve, para la interpretación de este hecho, es posible considerar, eventualmente, un hecho aislado, conductas reiteradas, categorías de hechos, acciones y omisiones. En fin, es posible que la justificación respecto a la ocurrencia del hecho a probar se valga de argumentos fundados en otros comportamientos, que pueden ser suficientes para demostrar la convicción necesaria para tener como ocurrido aquel primer hecho.

Es dentro de estos límites que se pretende aquí desarrollar el asunto.

3. EFECTOS *LEGALMENTE* PREVISTOS PARA CIERTAS CONDUCTAS PROCESALES Y CLÁUSULAS GENERALES DE INTERPRETACIÓN DE ESAS CONDUCTAS

En la gran mayoría de los sistemas procesales, se atribuye a ciertos comportamientos de las partes una significativa importancia probatoria expresa. En muchos casos, algunos comportamientos procesales son interpretados, por reglas específicas, como determinantes para la formación de la convicción de la autoridad judicial.

Tal ocurre con el fenómeno de la rebeldía. Aunque esté fuera del ámbito de estudio de este texto, el comportamiento omisivo de la parte (por regla, por intermedio de su abogado) al no presentar defensa en el proceso puede repercutir en la incidencia de una presunción *general* de aceptación de los hechos tal como los alegó

el demandante.³² También en Brasil, el comportamiento (personal) de las partes en ciertos momentos del proceso puede constituir un importante medio de prueba. Así, la parte que, sin justificación, deja de comparecer al acto designado para la toma de su declaración, o, compareciendo, se niega a declarar, o, aún, deja de responder a lo que se le pregunta o emplea evasivas en sus respuestas, puede tener aplicada en su contra la consecuencia de la «confesión ficta», presumiéndose verdaderos los hechos que con el testimonio personal se pretendía demostrar.³³ De modo semejante, el art. 400 del CPC brasileño prevé que, solicitada la exhibición de un documento o cosa contra la parte, el juez debe presumir como verdadero el hecho que se quería probar con esa exhibición si la parte no ha presentado el documento o la cosa, o si su negativa a exhibirlo es considerada ilegítima.

Además de estas reglas más amplias, la legislación contempla diversas presunciones puntuales que toman en consideración el comportamiento de las partes para establecer pruebas en uno u otro sentido. En esta línea, el art. 232 del Código Civil brasileño afirma que «la negativa a la pericia médica ordenada por el juez podrá suplir la prueba que se pretendía obtener con el examen». También las reglas sobre imputación del pago (arts. 352 a 355 del Código Civil brasileño) expresan argumentos de prueba tomados a partir del comportamiento del acreedor y del deudor en la satisfacción de múltiples deudas de la misma naturaleza.

También otros países tienen preceptos similares. Es el caso de Italia que también admite la confesión ficta, tomada a partir de la no presentación de la parte o de su negativa a declarar (art. 232 del CPC),³⁴ así como la presunción de veracidad resultante de la no exhibición de la cosa (art. 210, 4^a parte del CPC). La confesión ficta también está prevista, con variaciones, en sistemas como el español (arts. 304 y 307 de la LEC), el colombiano (art. 205 del Código General del Proceso) y el argentino (art. 417 del CPC de la Nación). Para el derecho portugués, se autoriza al tribunal a considerar «libremente» el valor dado a la conducta de la parte que «no comparezca o se niegue a declarar o a prestar informaciones o aclaraciones, sin probar justo impedimento, o responda que no recuerda o no sabe nada» (art. 357º del CC). Similar es la previsión contenida en el derecho alemán (§§ 446 y 454 del ZPO). Francia, diferentemente, trata la ausencia de la parte o su negativa a declarar como equivalente a un «comienzo de prueba por escrito» (art. 198 del CPC), lo

³² Es lo que expresamente prevé el art. 334 del CPC brasileño, aunque existan excepciones a la incidencia de esa presunción.

³³ Arts. 385, § 1º y 386, del CPC brasileño.

³⁴ El derecho italiano va más allá, previendo también la posibilidad de obtener argumentos de prueba a partir de la negativa en el ofrecimiento del juramento decisorio («articolo 239. La parte alla quale il giuramento decisorio è deferito, se non si presenta senza giustificato motivo all'udienza all'uopo fissata, o, comparendo, rifiuta di prestarlo o non lo riferisce all'avversario [234 c.p.c.], soccombe rispetto alla domanda o al punto di fatto relativamente al quale il giuramento è stato ammesso; e del pari soccombe la parte avversaria, se rifiuta di prestare il giuramento che le è riferido. Il giudice istruttore, se ritiene giustificata la mancata comparizione della parte che deve prestare il giuramento, provvede a norma dell'articolo 232 secondo comma»).

que, de todos modos, implica atribuir consecuencias a este comportamiento de la parte. La presunción de veracidad derivada de la no exhibición de documentos o cosas, a su vez, es también común, estando prevista en sistemas como el alemán (§ 427 del ZPO), el español (art. 283-bis, h, n. 1 de la LEC), el portugués (art. 417, n. 2, c/c art. 430 del CPC), el colombiano (art. 267 del CGP) y el argentino (art. 388 del CPC de la Nación).

Figuras como la rebeldía, además de implicar consecuencias probatorias —diseñando, al menos para el sistema brasileño y para otros que le atribuyen consecuencias similares, la prueba de ciertos hechos (art. 374 del CPC brasileño)—, funcionan también como técnica de simplificación procedural, acelerando la tramitación del proceso. No hay duda, sin embargo, de que, al menos desde el punto de vista probatorio, figuras como esta también permiten extraer argumentos de prueba, sobre todo para sistemas como el brasileño, en el que la presunción de veracidad del hecho derivada de la rebeldía *no es vinculante para el juez*.

Junto a hipótesis más conocidas como la de la rebeldía, los sistemas jurídicos suelen contener innumerables otras reglas con presunciones específicas ligadas a ciertos comportamientos de las partes. Solo para citar el derecho brasileño, es lo que se ve en el art. 1.198, párrafo único («aquel que comenzó a comportarse del modo como prescribe este artículo, en relación con el bien y a la otra persona, se presume detentador, hasta que pruebe lo contrario») o del art. 1.324 («el condómino que administre sin oposición de los otros se presume representante común»), ambos del Código Civil brasileño. De modo similar, se tiene el art. 232 del Código Civil brasileño —que trata de la negativa a someterse a una prueba pericial, permitiendo que el juez «supla», en razón de esa negativa, la prueba que se pretendía obtener con el examen—, previsión que constituye una mera consolidación de un entendimiento jurisprudencial formado desde hace mucho tiempo.³⁵

De todas formas, junto a estas previsiones *expresas* y puntuales, parece importante analizar si, actualmente, los sistemas procesales contienen una cláusula *general* que autorice a considerar el comportamiento de las partes como argumento para fines probatorios.

En Brasil, aunque la jurisprudencia admite excepcionalmente el uso de la conducta procesal de las partes para fines probatorios, no existe ninguna regla general del proceso civil que, de forma expresa y general, autorice al juez a extraer argumentos de prueba de este comportamiento. Esta posibilidad se extrae, como se verá con más detalle más adelante, del régimen de atipicidad probatoria, ofrecido por el art. 369 del CPC, combinado con el criterio de «convicción motivada» adoptado por la ley brasileña para la valoración judicial de la prueba (art. 371 del CPC), pero no existe una regulación legal específica sobre el tema.

³⁵ V., Theodoro Jr. (2003, p. 574/578). En la jurisprudencia, este entendimiento fue cristalizado por la Súmula 301 del Superior Tribunal de Justicia, que establece que «em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade».

En algunos otros países, sin embargo, la cuestión recibe tratamiento específico. En Italia, el art. 116 del CPC establece que el juez puede extraer «argumentos de prueba» de las respuestas que las partes den en los interrogatorios libres, de su negativa injustificada a permitir las inspecciones ordenadas y, de modo más amplio, del comportamiento de las partes en el proceso. También en el derecho colombiano existe una previsión expresa en el sentido de que «el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes» (art. 241 del CGP). La legislación argentina autoriza al juez a emplear la conducta de las partes como argumento para «corroborar» su convicción formada a partir de las pruebas.³⁶ El CPC peruano, de forma más restringida, permite al juez extraer «conclusiones contra los intereses de las partes» a partir de la conducta de estas *en el proceso*, sobre todo cuando dejan de colaborar para la obtención de medios de prueba o actúan de forma que obstruyen la secuencia del proceso.³⁷ En los Estados Unidos de América, las *Federal Rules of Evidence* autorizan, de forma excepcional y expresa, el empleo de la prueba de la personalidad de las personas para fines criminales, particularmente para la prueba de elementos que indiquen aspectos subjetivos del crimen practicado por el delincuente o para la prueba de datos referentes al comportamiento pasado de la víctima.³⁸

³⁶ Dice el art. 163, n. 5, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que «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.»

³⁷ «Artículo 282. El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas 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.»

³⁸ «Rule 404. Character Evidence; Other Crimes, Wrongs, or Acts. (a) CHARACTER EVIDENCE. (1) Prohibited Uses. Evidence of a person's character or character trait is not admissible to prove that on a particular occasion the person acted in accordance with the character or trait. (2) Exceptions for a Defendant or Victim in a Criminal Case. The following exceptions apply in a criminal case: (A) a defendant may offer evidence of the defendant's pertinent trait, and if the evidence is admitted, the prosecutor may offer evidence to rebut it; (B) subject to the limitations in Rule 412, a defendant may offer evidence of an alleged victim's pertinent trait, and if the evidence is admitted, the prosecutor may: (i) offer evidence to rebut it; and (ii) offer evidence of the defendant's same trait; and (C) in a homicide case, the prosecutor may offer evidence of the alleged victim's trait of peacefulness to rebut evidence that the victim was the first aggressor. (3) Exceptions for a Witness. Evidence of a witness's Character may be admitted under Rules 607, 608, and 609. (b) OTHER CRIMES, WRONGS, OR ACTS. (1) Prohibited Uses. Evidence of any other crime, wrong, or act is not admissible to prove a person's character in order to show that on a particular occasion the person acted in accordance with the character. (2) Permitted Uses. This evidence may be admissible for another purpose, such as proving motive, opportunity, intent, preparation, plan, knowledge, identity, absence of mistake, or lack of accident. (3) Notice in a Criminal Case. In a criminal case, the prosecutor must: (A) provide reasonable notice of any such evidence that the prosecutor intends to offer at trial, so that the defendant has a fair opportunity to meet it; (B) articulate in the notice the permitted purpose for which the prosecutor intends to offer the evidence and the reasoning that supports the purpose; and (C) do so in writing before trial —or in any form during trial if the court, for good cause, excuses lack of pretrial notice.»

4. EL DERECHO BRASILEÑO Y LA INTERPRETACIÓN GENERAL DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES PARA FINES PROBATORIOS

Ya se ha visto que el ordenamiento jurídico brasileño posee reglas puntuales que disciplinan las consecuencias de ciertas conductas de las partes en el proceso. Sin embargo, no existe una regla general que aborde el asunto. De ahí surge el primer desafío al abordar el tema: saber si, a pesar de la falta de una previsión general, el comportamiento de los sujetos procesales puede ser interpretado como argumento de prueba.

La conducta de las partes puede, sin duda, ser calificada de forma amplia como un hecho jurídico. Si es cierto, al final, que ese comportamiento es jurídicamente relevante y puede ser determinante en el desarrollo del proceso y en los caminos que el proceso habrá de seguir, entonces no hay duda de que esas conductas —e, incluso, la inacción de la parte— conducen a consecuencias jurídicas *dentro del proceso* (Righi, 1981, p. 2), y, así, pueden ser tomadas como hechos jurídicos procesales. Más precisamente, se trata de un *acto jurídico procesal*, en la clasificación adoptada por Cornelutti (1944, p. 69), en la medida en que se trata de un acto en que la voluntad humana tiene relevancia específica para la calificación de ese hecho.

Como regla general, los actos jurídicos generan, como consecuencias, aquellas descritas de forma expresa en la ley. Sin embargo, como ya se ha señalado, el sistema brasileño, en la línea de lo que también hacen varios otros países, no posee una regulación específica sobre las consecuencias *probatorias* de la conducta de las partes. Así, cabría preguntarse cómo debe interpretarse este comportamiento, específicamente en lo que respecta a la valoración probatoria de esa conducta.

El sistema brasileño adopta, como regla general de valoración de las pruebas, el criterio de la *convicción motivada*, de modo que, en los términos del art. 371 del CPC, «el juez apreciará la prueba constante en los autos, independientemente del sujeto que la haya promovido, e indicará en la decisión las razones de la formación de su convencimiento». En un sistema así, se considera que la inexistencia de una regla específica que autorice a valorar la conducta de las partes para fines probatorios es irrelevante. En consecuencia, aunque no exista una regla general que lo autorice, se entiende que el juez sí puede valerse de esa conducta para formar su convicción (Rigi, 1981, p. 3/4).

Según este modelo, solo se exige que el comportamiento de la parte esté demostrado en los autos. Así, el juez no puede considerar la conducta de la parte conforme a lo que sea de su conocimiento privado o según rumores que haya oído de forma extrajudicial. Es necesario que haya, en los autos, la demostración de cierto comportamiento —único o reiterado— de la parte y esto autorizará que esa conducta sea evaluada para fines instructivos.

Por otro lado, en el sistema brasileño —en la línea de lo que también es adoptado en la amplia mayoría de los países—, se adopta el principio de la atipicidad de las pruebas. Por lo tanto, aunque no esté regulada de forma expresa, la conducta de las

partes puede ser tomada por el juez, en la medida en que, conforme a lo previsto en el art. 369 del CPC, «Las partes tienen el derecho de emplear todos los medios legales, así como los moralmente legítimos, aunque no especificados en este Código, para probar la verdad de los hechos en que se funda el pedido o la defensa e influir eficazmente en la convicción del juez».

Concluir que la conducta de las partes puede ser tomada para fines probatorios, sin embargo, aún es insuficiente. Es necesario saber a qué régimen debe someterse este elemento de prueba.

Por regla general, en Brasil, se entiende que esta conducta constituye *prueba indicaria*, de modo que este comportamiento, alineado con otros indicios similares, puede apuntar a la comprobación de cierto hecho que se espera demostrar. Así, por ejemplo, se entiende como razonable concluir que, demostrada la destrucción de autos o de cierto documento por acto voluntario de una de las partes, habría allí prueba en beneficio del adversario. Tal conducta, por lo tanto, ciertamente puede implicar argumentos de prueba contra la parte que así actuó.³⁹

En esta misma línea, la doctrina nacional concluye que sería razonable suponer que, en determinados casos, el empleo de medidas dilatorias en el proceso fuera interpretado como prueba contra la parte, aunque no haya previsión legal al respecto.⁴⁰

³⁹ El ejemplo es de Ivan Righi, en el texto mencionado.

⁴⁰ Para gran parte de la doctrina nacional, constituye una derivación de esa idea de que el comportamiento abusivo de la parte implica una señal de ausencia de defensa seria —aunque exista divergencia doctrinaria sobre la interpretación del alcance de las expresiones empleadas por el CPC brasileño (v., por todos, Marinoni, 2011, p. 56 y ss.; Mitidiero, 2022, p. 165 y ss.)— la llamada «tutela de la evidencia» (especie de tutela provisional, concedida de forma anticipada, autorizando a la parte autora a la fruición del bien que constituye el objeto del proceso hasta la decisión final), que puede ser conferida, entre otras hipótesis, «cuando, quedare caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito procrastinador de la parte» (art. 311, inc. I del CPC brasileño – traducción libre). Para la visión dominante, este comportamiento procrastinador constituiría un indicio de que la parte demandada no tiene razón y, por lo tanto, busca abusar del proceso como forma de postergar la satisfacción del derecho de la parte actora que tiene razón. V.g., Dotti (2020, p. 238) y ss.; Mazini, (2020, p. 49); Lopes (2006, p. 55). Como pondera Rogéria Dotti, «o abuso do direito de defesa ou a prática de ato processual imbuído de manifesto propósito protelatório acaba por *reforçar a plausibilidade do direito*. Isso porque, após a defesa abusiva, os elementos de convicção produzidos pelo autor ganham ainda mais credibilidade. Chega a se dizer que ocorre, nesse caso, um *salto da verossimilhança para a certeza*. É bem verdade que por se tratar de técnica baseada em cognição sumária, a tutela da evidência não trabalha nos domínios da certeza. Mas é interessante perceber como a conduta abusiva reforça a impressão inicial a respeito da probabilidade» (Dotti, 2020, p. 241). Combinándose, así, este indicio (que lleva a la conclusión de la inconsistencia de la defensa) con la apariencia del derecho de la parte actora, puede el juez anticipar la tutela en favor del requirente, hasta la final solución de la controversia. En verdad, para parte de la doctrina, este comportamiento abusivo, en el modelo actual, trasciende los estrictos límites probatorios, convirtiéndose en verdadero requisito autónomo para el otorgamiento de la medida provisional. En otras palabras, hoy, muchos consideran que ni siquiera se debe cogitar en qué medida este comportamiento implica o no el reconocimiento de la procedencia de la petición inicial. Verificada la ocurrencia de conducta considerada como dilatoria, está satisfecho el requisito que, con la verosimilitud de la alegación de la parte actora, impone al juez el otorgamiento de la medida anticipatoria.

En todos estos casos, la doctrina dominante concluye que el comportamiento de la parte —en el proceso, normalmente— puede ser interpretado como argumento de prueba, asimilado a la noción de prueba indicaria,⁴¹ lo que, sumado a otros elementos, puede llevar al juez a concluir la ocurrencia o no de determinado hecho relevante para el proceso. El comportamiento de las partes es tomado como un dato probado que, a partir de un razonamiento inductivo o deductivo del magistrado, autoriza a concluir la existencia o no de hechos relevantes para el proceso.

Es cierto que la calificación de esta fuente de prueba como *prueba indicaria* puede llevar a la creencia de que su valor debe ser *inferior* a los otros medios de prueba. El sistema brasileño, en efecto, no posee ninguna regla que trate del valor probatorio de los indicios de modo general.⁴² El Código Civil brasileño de 2002, en su redacción original, poseía una regla que afirmaba que solo se admitiría la prueba indicaria en los casos en que también fuera admitida la prueba exclusivamente testimonial. El precepto, que vehiculaba un nítido prejuicio contra la prueba indicaria, sin ningún apoyo técnico, sin embargo, fue expresamente revocado por el Código de Proceso Civil de 2015, de modo que, en el sistema procesal *civil* brasileño en vigor, no hay ninguna regla que trate el asunto de modo exhaustivo.

Este punto será retomado en el siguiente apartado, porque reflexionar sobre la naturaleza de esta prueba parece ser crucial para comprender su alcance.

Sin embargo, por ahora, siguiendo el discurso presentado por la doctrina tradicional, si ese comportamiento es un *indicio*, se concluye que es fundamental evaluar la calidad de ese elemento indicario (el hecho instructivo) y la del razonamiento empleado por el juez para tener como demostrados los hechos relevantes para el proceso (el hecho a probar).

5. LA CALIDAD DE LA PRUEBA DERIVADA DEL COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES

De inmediato, surgen dos cuestiones principales para el análisis de la calidad del indicio aquí tratado y del razonamiento judicial realizado. Por una parte, se impone la pregunta sobre si es o no posible que *solo este indicio, derivado del comportamiento de las partes, sirva para formar la convicción judicial*.

⁴¹ En ese sentido, v., Alberto (2005, p. 129); Heñín (2009, p. 75); Cambi y Hoffmann, (2011, p. 84-86); Ferreira (2014, p. 79).

⁴² La única regla existente en el sistema nacional sobre la prueba indicaria es el art. 239 del Código de Proceso Penal brasileño, que se limita a definir ese medio de prueba, afirmando que «se considera indicio la circunstancia conocida y probada, que, teniendo relación con el hecho, autorice, por inducción, a concluir la existencia de otra u otras circunstancias» (traducción libre).

Algunos sistemas normativos, desde este ángulo, sujetan expresamente el uso de las presunciones judiciales⁴³ (pruebas indiciarias) a la existencia de múltiples indicios. Más allá de eso, se exige por regla que estos indicios sean fuertes y *concordantes* o, en otras palabras, que estos varios indicios converjan hacia el mismo hecho a probar. Así es, por ejemplo, la solución del Código Civil francés, que, además de solo permitir el empleo de la prueba indiciaria cuando la ley permita la prueba del hecho por cualquier medio autorizado por el Derecho, impone que los indicios sean «*graves, precisos y concordantes*». ⁴⁴ También es lo que consigna la legislación colombiana, que impone al juez que aprecie los indicios en su *conjunto*, evaluando su «*gravedad, concordancia y convergencia*», además de su relación con las otras pruebas del proceso.⁴⁵ Similar es aún la regla prevista por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (art. 163, n. 5, primera parte).

En sentido contrario, sin embargo, otras legislaciones se inclinan por admitir que un único indicio pueda, bajo ciertas circunstancias, llevar a la certeza de la ocurrencia del hecho a probar. Esto ocurre, por ejemplo, con la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que afirma que «a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 386, n. 1).⁴⁶ De modo más expreso, el Código de Procedimiento Civil Chileno afirma que «una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento» (art. 426, segunda parte).

Como ya se mencionó, el derecho brasileño no posee una regla específica que trate de la prueba indiciaria. No obstante, se acepta de modo generalizado la idea de que la conjugación de varios indicios puede conducir a la aceptación de la existencia de cierto hecho. Por regla general, la doctrina y la jurisprudencia brasileñas consideran que un único indicio es demasiado poco para autorizar una conclusión segura sobre la existencia o no de un hecho. Así, volviendo al tema de la conducta de la parte, consi-

⁴³ Jordi Ferrer Beltrán critica, con razón, la expresión presunción judicial, en la medida en que el término puede oscurecer que, en verdad, el razonamiento aplicable para viabilizar el uso de la prueba indiciaria no es distinto del empleado para el razonamiento probatorio en general (v., Ferrer Beltrán, 2022a, p. 425). La expresión, sin embargo, es comúnmente empleada en el derecho brasileño y, por esa única razón, fue utilizada también en el texto.

⁴⁴ El art. 1382, del Código Civil francés afirma que «Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen».

⁴⁵ Dice el art. 242 del Código General del Proceso de Colombia que «El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso».

⁴⁶ La misma regla, dígase, exige que el juez exponga en la sentencia el razonamiento empleado para la presunción y autoriza, en cualquier caso, que la parte perjudicada pueda hacer prueba contraria –tanto en el sentido de demostrar que el hecho a probar no existe, como para indicar que el razonamiento realizado no tiene consistencia (art. 386, n. 2, de la LEC).

derar solo ese comportamiento podría ser algo defectuoso, en la medida en que podría significar varias cosas distintas, no habiendo seguridad de que de él resultaría, inequívocamente, el hecho a ser demostrado.⁴⁷ De este modo, por ejemplo, el simple hecho de que alguien haya entregado las llaves de un inmueble a su propietario no sería suficiente para concluir que hay intención de extinguir el contrato de arrendamiento. Sin embargo, sumando ese comportamiento con otros elementos (indiciarios o probatorios) presentados, aumenta el peso de esa fuente de prueba y el grado de impacto que puede tener en la justificación de la decisión judicial. En esta línea, además de la entrega de las llaves, sería importante evaluar el contexto y otras circunstancias, a fin de saber si existía, de hecho, la intención de poner fin al contrato de arrendamiento.

Solo para ilustrar la orientación de la jurisprudencia brasileña —en el sentido de la necesidad de conjugar varios indicios para dar por cierto algún hecho—, tómese el conocido caso de las «píldoras de harina» en Brasil. En 1998, la empresa farmacéutica Schering do Brasil adquirió una máquina empaquetadora para sus medicamentos. Con la intención de probar esta máquina, produjo un lote de un medicamento anticonceptivo, llamado Microvlar, que no poseía ningún compuesto activo, sino solo harina. Por algún problema, sin embargo, estos productos terminaron siendo comercializados, lo que generó posteriormente una avalancha de demandas judiciales, en las que mujeres que decían haber utilizado ese anticonceptivo y haber quedado embarazadas, culpaban a la empresa por el uso del fármaco sin sustancia activa.

Muchas de estas acciones judiciales fueron desestimadas, bajo el entendimiento de que no había prueba suficiente que justificara el reconocimiento del nexo de causalidad y, así, la responsabilización de la empresa. En muchos de estos casos, la conclusión se basó en el hecho de que, a pesar de demostrarse la existencia de receta médica (que indicaría el uso de Microvlar) y la conducta pretérita (el uso de la medicación en diversas otras oportunidades), habría otros elementos que excluirían la plausibilidad del nexo de causalidad.⁴⁸ En tantos otros casos, sin embargo, se consideró que la notoria existencia del extravío de las «píldoras de harina», sumada a la prueba del uso regular del medicamento Microvlar, sería suficiente para concluir que el embarazo había sido consecuencia de la ingestión de las píldoras falsas.⁴⁹ En otras

⁴⁷ Es esta la conclusión de Paulo Osternack do Amaral, al afirmar que, «como regla, esas conductas no podrán ser consideradas aisladamente, sino, analizadas en conjunto con los demás elementos probatorios, podrán subsidiar la conclusión acerca de la ocurrencia o no de los hechos alegados» (Amaral, 2021, p. 121).

⁴⁸ Así, por ejemplo, consignó el Superior Tribunal de Justicia en un caso determinado que los indicios derivados del uso de la medicación anteriormente y la existencia de receta del fármaco serían elementos insuficientes porque, en aquel caso específico, porque: a) los envases del producto consumido presentaban fecha de caducidad, lo que no ocurría en las píldoras de prueba; y b) no había indicios de distribución del medicamento sin la sustancia activa en el Estado respectivo en el período en que habría ocurrido el embarazo «ocurrió al final del referido mes, sería improbable que la autora hubiera tenido acceso al dicho lote imperfecto» (STJ, 4^a Turma. REsp 697.078/BA. Rel. Desembargador Convocado Honildo Amaral de Mello Castro. DJe 19.10.09).

⁴⁹ Dijo el mismo Superior Tribunal de Justicia en otro fallo que «Com efeito, consta do acórdão recorrido que: (i) a apelante estava utilizando o contraceptivo de fabricação da apelada quando engravidou».

palabras, la suma de indicios facilitó la justificación del razonamiento judicial, ya sea para considerar probado o para considerar no probado el hecho que sería determinante para la fijación de la responsabilidad en casos muy similares.

Por lo tanto, lo que se observa es que la jurisprudencia nacional concluye habitualmente que indicios aislados no constituyen prueba segura para la formación de juicios sobre hechos. Solo su conjugación y suma con otros elementos serían suficientes para este fin.

Sin embargo, como ha venido resaltando la doctrina más reciente, gran parte de estas conclusiones se apoyan en un prejuicio injustificado. Se supone que el indicio debe tener *menos fuerza* que otros medios de prueba porque en él habría un elemento que no existe en las «pruebas directas», a saber, el razonamiento judicial referente a la presunción, y porque sería incapaz de traducir, de forma inmediata, el hecho a probar, lo que implicaría un menor grado de «certeza» resultante del uso del indicio.⁵⁰ Esa es la razón que justificaría la exigencia de la conjugación de varios indicios para dar por probado algún hecho. Esa es también la razón por la cual la jurisprudencia brasileña se resiste, con frecuencia, a permitir que la convicción judicial se apoye únicamente en elementos indiciarios.⁵¹

Esta suposición, sin embargo, no procede. La supuesta diferencia entre la prueba directa y la prueba indiciaria es absolutamente inútil y no es capaz de presentar ningún elemento de racionalidad que haga a aquella mejor que esta. De hecho, aunque se pueda establecer alguna distinción entre indicio y prueba —involucrando solo el objeto sobre el cual incidirá la prueba—, esta distinción no repercute, por sí sola, en la calidad de la prueba obtenida o en la suficiencia o no de la prueba para la formación del juicio. Como señala Carmen Vázquez (2019), al evaluar los elementos probatorios, el punto relevante se resume en saber si aquello que fue recabado debe o no ser considerado como suficiente para sustentar el convencimiento judicial^{52,53}. Y, en esa medida, la diferencia entre indicio y prueba pierde cualquier utilidad.

dou, coincidindo a data provável da concepção com o repasse do produto inócuo ao mercado de consumo' (fl. 562, e-STJ); (ii) 'existe um intervalo considerável entre os dois últimos filhos da apelante, razão pela qual supõe-se que soubesse utilizar corretamente o contraceptivo' (fl. 562, e-STJ); e (iii) 'não se pode considerar ter a apelada feito prova robusta sobre a ausência de distribuição do produto defeituoso na região em que vive a apelante. Na realidade, sua prova resume-se no depoimento de uma única testemunha que, por sua vez, não tinha sido formalmente comunicada sobre a irregularidade dos produtos na época em que houve a gravidez indesejada'(fl. 567, e-STJ).» (STJ, 3^a Turma. REsp 1.120.746/SC. Rel. Min. Nancy Andrighi. Dje 24.02.11).

⁵⁰ V., por ejemplo, Cornelutti (1947, p. 54 e ss.); Grasso (1973, p. 1306); Montesano y Arieta (1997, p. 94).

⁵¹ V.g., STF, 2^a Turma. HC 77.987. Rel. Min. Marco Aurélio. Dje 10.09.99; STJ, 5^a Turma. AgRg no AREsp 2.791.847/SP. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Dje 26.05.25.

⁵² Como subraya Carmen Vázquez, "Si partimos de la ambigüedad del término prueba, vale la pena distinguir en qué sentido serían diferentes las «pruebas» y los «indicios». Si prueba quiere decir «elemento de juicio» o información a partir de la cual podemos hacer un juicio sobre la verdad o falsedad de la Nota 53 en página siguiente

Ahora bien, pensar en la *suficiencia* de la prueba implica concluir que, ya sean «pruebas directas» o indicios, lo importante es evaluar la calidad del elemento aportado para la formación de la convicción judicial y, por otra parte, analizar el *conjunto probatorio* y su aptitud para llevar a la convicción de un hecho. Y, siendo así, tanto para pruebas («directas») como para indicios, el conjunto de elementos puede hacer más segura la conclusión sobre el hecho, así como la existencia de un único elemento puede hacer más dudosa su determinación.

Sin embargo, como ocurre con cualquier otro tipo de medio probatorio, la existencia de un único elemento (sea indicio, sea prueba «directa») puede, en muchos casos, ser considerado como suficiente para justificar de modo adecuado la convic-

hipótesis, la distinción entre «indicios» y «prueba» es más bien de grado y no categórica. Esto significa que en ambos casos se requiere hacer inferencias y el punto clave radica precisamente en la fuerza de estas. A modo de ejemplo, supongamos que un testigo afirma que ha visto disparar al acusado, el juez tiene que inferir que «el testigo ha disparado al acusado» a partir de la afirmación de aquél; aún más, el testigo efectivamente pudo haber visto disparar al acusado, y el juez en un caso de homicidio tiene que inferir además que la bala disparada fue la que privó de la vida a la víctima (habiendo podido ser el caso de que la víctima muriera de la impresión misma del ataque y el disparo solo hubiera rozado su cuerpo). Los hechos que pueden ser utilizados como premisas de inferencias sobre otros hechos dependerán del conocimiento científico, pero también, y quizás sobre todo, de las máximas de experiencia que utilizan los jueces; y, obviamente, cuáles son las máximas de la experiencia o los conocimientos relevantes dependerá del caso concreto. Por otro lado, si usamos el término «prueba» como resultado probatorio, la diferencia entre pruebas e indicios se ha planteado como si las primeras fueran por sí mismas suficientes para probar los hechos, mientras los segundos no. Sin embargo, el punto problemático no es si se trata de una prueba directa o un indicio, la cuestión radica en la suficiencia de los mismos para satisfacer el estándar de «prueba» (Vázquez, 2019, p. 206). Y, Jordi Ferrer Beltrán concluye en esta misma línea que «es tremadamente confundente llamar *presunción* a la conclusión de una inferencia probatoria, es decir, a un enunciado sobre los hechos que resulta probado por efecto de esa inferencia; oscurece más que aclara denominar *razonamiento presuntivo* al razonamiento probatorio; supone, seguramente, no haber percibido que todo el razonamiento empírico es inductivo, en cualquier área del conocimiento, de modo que si a ese tipo de inferencias las denominamos presunciones deberemos concluir que todo el razonamiento científico es presuntivo y buena parte también del que realizamos en nuestra vida ordinaria. Pero una categoría que sirve para tantas cosas temo que no sirva realmente para nada. (...) en efecto, si el razonamiento presuntivo no es nada distinto del razonamiento probatorio, decir que una de las maneras en que se puede probar un hecho es a través de las presunciones *hominis* o simples no es más que reducir el todo a una parte. No hay otra forma de probar el acaecimiento de un hecho del mundo que la de inferirlo a partir de otros hechos y de generalizaciones empíricas» (Ferrer Beltrán, 2022a, p. 424-425).

⁵³ También en el campo del derecho procesal civil, la distinción comúnmente imaginada es objeto de crítica intensa. Solo para exemplificare, menciona Bruno Cavallone que “la considerazione del maggior rischio di errore insito nel ragionamento presuntivo (o meglio: nei più complessi tra due ragionamenti che tienen identica natura ‘inferenziale’) —considerazione senza dubbio esatta in astratto, ovvero in termini probabilistici o statistici— non giustifica affatto la conclusione che, in concreto, un giudice al quale si offrano una prova ‘presuntiva’ e una prova ‘diretta’ (di una medesima proposizione di fatto, o di due proposizioni incompatibili), debba necessariamente attribuire alla prima un’efficacia inferiore a quella della seconda; poiché evidentemente l’apprezzamento dell’una e dell’altra non è condizionato soltanto dalla loro struttura logica, ma anche e soprattutto, nel primo caso, dalla validità della ‘regola di esperienza’ che consente il passaggio dal fatto noto al fatto ignoto, e, in entrambi i casi, dall’attendibilità della fonte (il ‘fatto percepito dal giudice’) dalla quale si diparte, breve o lunga che sia, la catena ‘inferenziale’” (Cavallone, 1991, p. 372-373). En la misma línea, entre tantos otros, v., Schmitz, (2020, p. 283-285).

ción judicial. Por otro lado, tal como ocurre con cualquier otro medio de prueba, la viabilidad del empleo de esta fuente de prueba (o, si se prefiere, siguiendo la jurisprudencia brasileña, de este indicio) —y ahora volviendo al tema de la conducta de las partes como elemento de prueba— dependerá siempre del cumplimiento de los requisitos necesarios para justificar, de forma racional, la formación de la convicción a partir de su empleo. Así, es posible decir que, como todo indicio y como todo elemento de prueba en general, la prueba por la conducta de las partes se somete a los criterios generales de aceptación de las justificaciones judiciales en materia de prueba. Empleando conceptos comúnmente aplicados a la prueba indiciaria, se puede generalizar esta idea afirmando que es necesario que la justificación ofrecida deba satisfacer los llamados aspectos intensivo y extensivo.⁵⁴ Por el segundo criterio (extensivo), es imprescindible que la justificación dada a partir del empleo de la conducta de la parte como prueba sea apta para demostrar la *totalidad* del hecho a probar. Y, para satisfacer el otro criterio (intensivo), es necesario que se demuestre que de aquel hecho (el comportamiento del sujeto) no puede derivar otro hecho que no sea aquel que se desea probar. Si no hay *suficiente* indicación de estos elementos, cumplidos los criterios de estándares probatorios válidos para cada causa, la justificación ofrecida puede verse debilitada,⁵⁵ en la exacta proporción en que aumenta la distancia con aquellos dos criterios.

Por ello, como suele ocurrir con cualquier medio de prueba, en la mayoría de los casos, la conducta de las partes cobra fuerza cuando se suma a otros elementos de prueba y pierde su fuerza cuando se considera de forma aislada. Aun así, como se verá, podrá haber situaciones en las que otras circunstancias, ligadas al caso o a las necesidades de tutela, justifiquen que dicho comportamiento, considerado de forma aislada, sea un argumento válido para la formación del convencimiento judicial.

Desde otro ángulo, esta afirmación se vincula con otra cuestión, también esencial para el tema en examen. Es común hacer alusión a una clasificación entre pruebas directas e indirectas en otro contexto que no es exactamente el que distingue las pruebas sobre el hecho y las pruebas sobre un hecho externo, del cual se deduce el hecho (la diferencia entre indicio y prueba directa). En este otro contexto, las pruebas también se clasifican en directas e indirectas, pero para enfatizar la relación que se da entre el sujeto cognosciente y el hecho a probar. En las pruebas directas (como la documental y la inspección judicial), este contacto sería *inmediato*, mientras que, en las pruebas indirectas, sería *mediado* por otro sujeto o por otro hecho (tal como sucede en la prueba testimonial o pericial).⁵⁶ Esta clasificación —que ya fue muy útil en el pasado—

⁵⁴ La denominación es oriunda del derecho americano (v. James, Hazard Jr. y Leubsdorf, 1992, p. 349).

⁵⁵ Ob. loc. cits.

⁵⁶ A ese respecto, pondera Cornelutti que “la differenza fra i due tipi di prova sta nella *coincidenza* o nella *divergenza del fatto da provare* (oggetto della prova) e del *fatto percepito dal giudice* (oggetto della percezione); appunto la prova indiretta presenta il distacco dell’*oggetto della prova* dallo *oggetto della percezione*: il fatto sotto posto alla percezione del giudice non serve se non di mezzo alla conoscenza di lui” (Cornelutti, 1947, p. 64-65).

supone que las pruebas indirectas están más sujetas a ofrecer diferentes *versiones* del mismo hecho, en la medida en que hay un tercero que también participa en la relación de conocimiento, mientras que las pruebas directas aportarían mayor seguridad.⁵⁷ El análisis del comportamiento de las partes quizás podría calificarlo como prueba *directa* o *indirecta*, dependiendo de las circunstancias, lo que podría sugerir que, en ciertos casos, aportaría mayor o menor seguridad al juzgador.

Esta clasificación, sin embargo, esconde un grave defecto: toda prueba pasa por un juicio crítico para ser considerada. Y, así, incluso pruebas que podrían calificarse como «directas» en este contexto pasan por un análisis subjetivo y pueden ser percibidas de forma diferente, según el sujeto que las examina.⁵⁸ En otros términos, en la correcta percepción de Vitor de Paula Ramos, (2023, p. 76-77) las pruebas materiales —y la conducta de las partes puede ser así calificada— son *signos* que necesitan ser interpretados para adquirir significado.⁵⁹ Y este proceso de interpretación, que dependerá de diversos factores, añade no solo sentido, sino también valores a lo que fue objeto del análisis.

Consciente de esta circunstancia, es fácil ver que, a veces, la conclusión que se extrae del valor probatorio del comportamiento de las partes se funda en preconceptos y juicios de valor subjetivos, que difícilmente pasarían el tamiz de una justificación racional. Al fin y al cabo, ¿sería posible decir que, solo porque alguien es un pésimo conductor, habiendo sido responsable de diversos accidentes de automóvil, también es responsable de un accidente específico en el que se vio involucrado? ¿O que la relación de cierta empresa con conductas ilícitas sería indicativa de que violó de mala fe el contrato objeto de un determinado proceso?⁶⁰

⁵⁷ Una vez más, según Carmelutti, “la eccellenza della prova diretta sulla indiretta non ha bisogno di essere posta in rilievo: quanto più vicino è il fatto da provare ai sensi del giudice tanto più la prova è sicura” (Carmelutti, 1947, p. 65).

⁵⁸ Observa al respecto Giovanni Tuzet que “se a prova representativa equivale à prova direta, pode-se responder que o problema está mal colocado, na medida em que mesmo a prova representativa ou direta exige um passo inferencial. Como diz Ubertis, a peculiaridade da prova representativa reside no caráter ‘automático’ da inferência entre o elemento e o resultado da prova. Com maior razão para nossa discussão se, como discutido em outro lugar, todo processo perceptivo envolve um processo inferencial mais ou menos ‘automático’: mesmo uma prova ‘direta’, como a inspeção de um lugar, envolvem inferências por parte do sujeito que percebe (categorização do que é percebido, seleção mais ou menos ‘automática’ dos aspectos relevantes, sua comparação com outras cognições, sua valoração etc.)” (Tuzet, 2024, p. 47).

⁵⁹ “Por tanto, ya es importante señalar algo: al contrario de lo que presupone el procesalismo y la doctrina en general, el proceso de *interpretación* de una imagen o un dibujo, así como de un texto, no es algo que pueda prescindir del intérprete: cuando se imagina que el intérprete solo está viendo, utilizando una fotografía como equivalente de la percepción, se está, en realidad, permitiendo que el intérprete presente su interpretación como si fuera algo objetivo. (...) Por tanto, el proceso de reconstrucción de sentidos involucra una serie de complejidades, de modo que, para trabajar con documentos, es esencial entender la relación que cada tipo de signo puede tener con la realidad, a fin de comprender, también, cómo se pueden utilizar como prueba” (Ramos, 2023, p. 76-77).

⁶⁰ O, aún, de forma más amplia, ¿sería posible sostener, actualmente, la validez de reglas como aquella insertada en el art. 405, § 3º, incisos I y II, del CPC brasileño de 1973, que decía ser sospecho-

Considerar este tipo de comportamiento pasado —de forma aislada— como elemento importante para evaluar la conducta presente de alguien o para extraer elementos de prueba de este o aquel hecho puede ser algo extremadamente peligroso. Al fin y al cabo, esto puede simplemente revelar sesgos o prejuicios que contaminan el razonamiento judicial que vincula el indicio al hecho a probar y pueden dar al comportamiento de las partes una dimensión que no debería tener.⁶¹

Con estas consideraciones, asume particular relevancia la justificación dada por el magistrado para el empleo de este elemento de prueba y, sobre todo, para motivar el razonamiento utilizado para vincular el hecho instructivo (indicio) al hecho a probar. Al tratarse de prueba atípica, no hay un razonamiento o valoración previa del legislador que guíe la conducta del juez. Por ello, es esencial que el juez explique de manera adecuada cuáles son las circunstancias de la conducta de la parte que formaron su convicción, cuál es el razonamiento por él empleado para deducir la existencia de argumentos de prueba y de qué modo todo esto es suficiente para autorizar cierta conclusión.⁶²

Y, si esta fundamentación es esencial, también lo es garantizar la *participación* de las partes en el diálogo que debe preceder a la decisión. Consciente de que el análisis de la prueba —incluida la conducta de las partes— es algo que exige *interpretación*, lo que demanda la elección de una entre varias alternativas posibles, no se puede admitir en el ámbito del proceso que esta decisión ocurra sin la necesaria participación de las partes, asegurada por la garantía fundamental del contradictorio (arts. 9º y 10, del CPC brasileño). El diálogo con los sujetos interesados puede contribuir a percibir posibles sesgos, a evaluar las diversas versiones (a las que puede conducir la conducta procesal de la parte analizada) y a entender la perspectiva completa de la situación fáctica a demostrar. Esta participación, por lo tanto, no puede ser descuidada, bajo

sos para declarar como testigo “el condenado por crimen de falso testimonio, habiendo transitado en juzgado la sentencia” o “el que, por sus costumbres, no fuera digno de fe”?

⁶¹ Como observa Schauer, aunque estas conductas pretéritas puedan indicar predisposiciones (*dispositions*) para la adopción de comportamientos futuros, la conducta humana es el resultado de la interacción entre esas predisposiciones y las situaciones específicas en que las personas son puestas (ob. cit., p. 214). Por eso, razonar exclusivamente con base en las predisposiciones puede llevar a conclusiones equivocadas, con base en razonamientos tendenciales (*propensity reasoning*), la mayoría de las veces vedados (Schauer, 2022, p. 212).

⁶² En suma, como observa Taruffo, “em verdade, as provas circunstanciais não se ajustam facilmente a regras analíticas e a restrições formais, motivo pelo qual as garantias necessárias de equidade e de credibilidade devem fundar-se, com maior razão, na racionalidade das inferências extraídas pelo julgador. Dessa maneira, quando confiável, as provas circunstanciais poderão ter o mesmo valor probatório que qualquer outro tipo de prova” (Taruffo, 2014, p. 105). Por otro lado, como pondera Ferrer Beltrán, “se trata, pues, de que la decisión probatoria cuente con buenas razones epistémicas y normativas que le den fundamento suficiente. Las primeras resultarán de la valoración individual y conjunta de la prueba, a los efectos de determinar el grado de corroboración que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las distintas hipótesis fácticas en conflicto. Las razones normativas, en cambio, apuntan a la suficiencia o insuficiencia de esa corroboración, que habrá que justificar sobre la base de los estándares de prueba aplicables al caso” (Ferrer Beltrán, 2025b, p. 193).

pena de aislar al juez en una burbuja mental y de transformar el proceso de determinación de los hechos en una operación pobre, introvertida y miope, ajena a la riqueza que solo el contraste de visiones puede ofrecer.

Dadas estas condiciones, es importante notar que algunas condicionantes pueden contribuir a crear el ambiente adecuado para que la conducta de las partes pueda ser elevada a elemento de prueba suficiente para la determinación de los hechos relevantes del proceso.

6. MÓDULOS DE PRUEBA, CATEGORÍAS DE HECHOS Y LA PRUEBA POR LA CONDUCTA DE LOS SUJETOS

En un conocido estudio sobre la teoría de la prueba, Gerhard Walter (1985, p.167 e ss.) demuestra que las circunstancias del caso pueden ser altamente relevantes para determinar las posibilidades de prueba. Según el autor, no todas las situaciones permiten obtener el mismo grado de convicción.⁶³ Circunstancias específicas de la realidad impondrán límites a esta determinación de la realidad, de modo que sería irrazonable exigir un grado de convencimiento mayor que el que los límites concretos pueden ofrecer. Particularidades de las situaciones concretas —como la determinación de condiciones subjetivas, a ejemplo de objeciones de conciencia o de consecuencias que pueden derivar de varias causas distintas, como la epilepsia que puede haber sido desencadenada por un daño cerebral ocurrido muchos años antes o por alguna otra causa, quizás incluso desconocida— son prácticamente imposibles de demostrar con el mismo grado de certeza con que se consigue demostrar elementos objetivos como la propiedad de un bien o la existencia de un contrato. En virtud de ello, el grado de convicción que se puede exigir debe respetar los límites de posibilidad de cada caso, bajo pena de hacer imposible la tutela de derechos en ciertas situaciones puntuales.

Es decir que *estándares* únicos o fijos de prueba — o, eventualmente, la adopción de solo dos modelos, uno para el proceso civil y otro para el penal — pueden ser insuficientes para explicar la riqueza de situaciones que ocurren en el mundo sensible.

Para ejemplificar la necesidad de *estándares* distintos para situaciones de cognición limitada, considérese el siguiente caso, juzgado en 2022, por la 1^a Sala del Tribunal

⁶³ “Pero también en la constatación de elementos de figura legal ‘normales’, el módulo de la prueba se redujo en casos de dificultad de prueba. Recuérdense las indemnizaciones pagadas a víctimas del régimen nacionalsocialista y a refugiados, pero también los casos de control de conciencia de los objetores que se niegan a prestar el servicio militar. Por lo pronto, no resolveremos si desemboca también en una reducción del módulo de prueba toda la jurisprudencia relativa a la prueba por presunción simple. En suma, esta ojeada retrospectiva obliga a que nos preguntemos si en vista de la diversidad de los casos que se han de resolver y de los hechos que con tal fin han de constatarse, pero sobre todo por las consecuencias que esas decisiones acarrean, tiene sentido insistir en que el módulo de prueba sea unitario” (ob. cit., p. 172).

Regional Federal de la 3^a Región.⁶⁴ Un determinado apostador interpuso una acción contra la *Caixa Econômica Federal* (un banco público brasileño), alegando que había apostado en un concurso de LotoFácil y que su boleto había sido premiado. Decía que había hecho dos apuestas y que había cotejado el primero de los boletos con otro concurso de la misma lotería y que, al no haber coincidencia con los números, había tirado su boleto. Sin embargo, al cotejar el segundo boleto —que poseía los mismos números— verificó que los números de la apuesta fueron los sorteados, de modo que sería dos veces ganador del concurso. Sostenía que las circunstancias evidenciaban que él era el titular de este otro boleto premiado, pero que, por haber descartado el primer boleto, solo había recibido el premio correspondiente a un boleto. Juzgada improcedente la demanda, el Tribunal de apelación entendió por reformar la sentencia, concluyendo básicamente que los elementos indiciarios existentes deberían ser suficientes para concluir que el autor de la demanda era, realmente, titular del segundo boleto premiado. Dijo el Tribunal que los documentos anexados a los autos, «que corroboran la narrativa de los hechos expuesta en la inicial, la propia existencia de una apuesta ganadora —con 15 aciertos, así como la de f. 115— en la misma lotería y terminal en que el autor realizó las apuestas del primer lote, sin rescate del premio, como confirmado por la CEF (f. 138) permite concluir, con seguridad, que se trata de la apuesta realizada por el autor, cuyo boleto fue descartado tras la verificación incorrecta de los resultados».

Sin duda, no hay ahí un juicio de certeza absoluta sobre los hechos.⁶⁵ Tampoco exigió el tribunal alguna especie de certeza absoluta para la formación de su convicción. Si lo hubiera hecho, sin duda, jamás acogería pretensiones como esta, en la medida en que es imposible formar un juicio de certeza o de verdad respecto a la titularidad de boletos premiados extraviados. Casos así revelan que circunstancias excepcionales exigen la reducción del módulo de la prueba, de forma que disminuyan las expectativas de «posibilidad probatoria» y permitan que, con base en juicios de apariencia (cuando ese sea el máximo que se pueda obtener), sean apreciados con la prueba posible de producirse en esas circunstancias.

Más recientemente, y de forma más elaborada, parece que Jordi Ferrer Beltrán (2025a, p.277 e ss) llega a una conclusión similar. Analizando la compleja «prueba de la causalidad», concluye que el *estándar* de probabilidad preponderante es insuficiente para explicar la realidad del proceso, sugiriendo entonces la adopción de dos postulados para la determinación racional de la prueba de la causalidad. En primer lugar, «que la hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocu-

⁶⁴ TRF3, 1^a Turma. AC 0023493-29.2014.403.6100. Rel. Desembargador Federal Wilson Zauhy. DJe 23.08.22.

⁶⁵ Al respecto, observa Daniel González Lagier que “parece claro que la certeza absoluta no puede exigirse como requisito de la decisión judicial y que la inferencia probatoria no es válida o inválida como una cuestión de todo o nada, sino más o menos sólida. Cuanto más sólida, mejor confirmada estará la hipótesis. La solidez de la inferencia —y la confirmación de la hipótesis— es una propiedad graduable. (González Lagier, 2022, p. 381).

rrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial». Es decir, dependiendo de la estructura del derecho procesal aplicado, cabe evaluar si, entre las varias hipótesis presentadas por las partes (o, eventualmente, cuya especificación pueda corresponder al propio magistrado), aquella alineada con las pruebas disponibles en el proceso ofrezca la mejor explicación posible para los hechos relevantes para la solución de la controversia. En segundo lugar, debe evaluarse «el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea tendencialmente completo (excluidas las pruebas redundantes)». En otras palabras, aquí interesa evaluar la completitud del material probatorio, favorable o desfavorable a cada parte, existente en el proceso y que permite la ponderación de estas varias hipótesis que pueden formarse (Ferrer 2025a, p. 2921-296).

Luego, el grado de exigencia en cuanto a la prueba y, en consecuencia, la capacidad virtual de la prueba de generar grados de convicción depende directamente de lo que las circunstancias concretas pueden ofrecer, bajo pena de crear exigencias probatorias absolutamente inalcanzables.

Esta percepción puede trasladarse al debate sobre el uso de la conducta de las partes como prueba en el proceso. Si, en algunos casos, la evaluación de esta conducta puede ser irrelevante y prescindible porque las circunstancias concretas permiten la obtención de pruebas más adecuadas y contundentes sobre los hechos, en otros la situación será diferente. Hay, sin duda, un universo de situaciones en las que pruebas directas, sólidas e indiscutibles sobre los hechos son inviables. Y para estas situaciones, la conducta de los sujetos pasa a tener un papel relevante.

En el ámbito de las *demandas preventivas* (inhibitorias),⁶⁶ por ejemplo, la formación de la convicción judicial por medio de la evaluación de la conducta pretérita de la parte es una medida necesaria, especialmente ante la imposibilidad de conseguir una prueba mejor para la decisión de la cuestión.⁶⁷ Aquí, la finalidad de la prueba es la determinación de hechos⁶⁸ que permitan «imaginar» lo que puede ocurrir en el futuro, algo absolutamente extraño al objeto tradicional de la prueba.

Supóngase la situación de una empresa que, ante cierta actividad anteriormente desarrollada, como el transporte de determinada carga peligrosa, se vio involucrada en cierto tipo de accidente por no cumplir con ciertas medidas de seguridad.

⁶⁶ En Brasil, se entiende por tutela inhibitoria la tutela *definitiva* que tiene por función impedir la violación *futura* de un derecho. Ella no depende de la prueba del daño o de la culpa, bastando la probabilidad del ilícito (art. 497, párrafo único, del CPC brasileño). No es una tutela cautelar o provisoria, sino una forma de tutela definitiva, pero preventiva.

⁶⁷ V., sobre eso, Arenhart (2003, p. 273 e ss).

⁶⁸ Lógicamente, el objeto de la prueba son siempre afirmaciones de hechos pretéritos. Sin embargo, el *objetivo final* de la prueba de esos hechos es permitir inferir que, en el futuro, cierta conducta puede ocurrir. La prueba, así, se puede decir, será de la “amenaza” de que en el futuro ocurra cierta lesión a un derecho. La conexión entre (la afirmación d) el hecho pretérito y la probabilidad de ocurrencia futura de la violación temida depende de un juicio que debe ser adecuadamente justificado por la decisión judicial.

Permaneciendo idénticas las circunstancias, para fines de tutela preventiva, parece razonable suponer que, si otra vez la empresa es admitida a prestar aquella actividad específica, su conducta pretérita indicará la presencia de riesgo de que un accidente similar ocurra nuevamente. La conclusión podría ser extraña e irracional, si se pensara para el ambiente tradicional de la tutela reparadora. Imaginar que el deber de reparar eventualmente impuesto ante el primer accidente debería imponer un nuevo deber de reparar un perjuicio aún no ocurrido solo por la persistencia de la actividad de riesgo puede sonar un completo absurdo. Sin embargo, para viabilizar la tutela preventiva del derecho e impedir la nueva ocurrencia de un acto ilícito, parece adecuado que el magistrado pueda adoptar medidas tendentes a *impedir la repetición del ilícito, o a forzar al demandado a tomar las precauciones que había descuidado, a fin de cohíbir que ese ilícito pueda ocurrir*, lo que podría generar perjuicios y consecuencias graves a innumerables valores.

Considerando que, en el ámbito de la tutela preventiva, la cognición estará ligada a un juicio de «prognosis», orientado hacia el futuro, no cabe duda de que lo máximo que se conseguirá obtener son juicios de probabilidad o de apariencia. En este escenario, las restricciones sobre la prueba posible militan a favor del uso de la conducta pasada del sujeto como elemento importante para la determinación de hechos que puedan indicar la plausibilidad del interés a proteger o de la futura violación del mismo.⁶⁹ En efecto, exigir certeza como requisito para la concesión de la tutela inhibitoria es inviabilizar, en la práctica, esta forma de protección, que muchas veces, como en el caso brasileño, cuenta con recepción constitucional (art. 5º, inc. XXXV, de la Constitución). Al fin y al cabo, en esta esfera, es totalmente imposible para el magistrado prever con seguridad lo que ocurrirá en el futuro. En términos de tutela inhibitoria, por lo tanto, bastará que la parte actora demuestre que la *probabilidad de la ocurrencia de la violación de su derecho* —comparativamente con las evidencias existentes en sentido contrario— es mayor y esto será suficiente para ser admisible la protección frente a la amenaza de lesión. Y, siendo este el referente de cognición posible, la prueba por la conducta del sujeto asume un protagonismo singular.

Pero no solo para la demostración de *tendencias* futuras sirve la prueba por el comportamiento de los sujetos. Como otros mecanismos de prueba indiciaria, también puede servir para la evaluación de hechos presentes y pasados.

La prueba por el comportamiento antecedente de las partes (como, por cierto, admite la jurisprudencia y la doctrina tradicionales brasileñas en relación con la

⁶⁹ Tratando de las medidas cautelares, por cierto, también Jordi Ferrer Beltrán admite que se pueda trabajar con estándares probatorios inferiores al de la “probabilidad prevalente”. Aunque limitando esa posibilidad a decisiones provisionales, de corta duración, o para las cuales la gravedad del error de no adoptar la medida pedida sea muy alta (en contraste con la gravedad del error de adoptarla), entiende el autor que, en ciertas circunstancias, es razonable —sobre todo a la luz de los valores en juego— emplear como *estándar* de prueba la mera circunstancia de una hipótesis “capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y han sido confirmadas algunas de las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular” (Ferrer Beltrán, 2025b, p. 262).

prueba «indiciaria» en general) también puede adquirir importancia significativa en casos en los que la normalidad de las situaciones revela la intención de ocultar comportamientos que puedan tener algún grado de ilicitud o es de esperar que alguien haya actuado de mala fe o con finalidad abusiva o antijurídica. De cierta forma, aquí se puede recurrir a la lección de Parra Quijano (2000, p. 234), pensada para el contexto criminal, pero ampliamente aplicable también aquí. Como él pondera, «quien realiza un acto lícito voluntariamente y como medida de seguridad por imposición de la ley lo documenta, lo hace frente a testigos, o le es indiferente que se presencie su realización, aún en el mismo acto de simular, los documentos o comportamientos que se fingen son en cierta forma realizaciones voluntarias que permiten descubrir el acto oculto o la no realización del acto. Por el contrario, quien prepara la comisión de un delito procura hacerlo de tal manera que nadie lo presencie; sin embargo, por ser este un comportamiento humano que afecta en alguna forma la realidad deja huellas producidas en la comisión del mismo que permiten descubrirlo e identificar a su autor» (Parra Quijano 2000, p. 234).⁷⁰ Evidentemente, también el proceso civil puede tener que lidiar con comportamientos ilícitos e inmorales en innumerables circunstancias. Casos como las acciones de improbadidad administrativa o incluso problemas de violencia doméstica son frecuentemente traídos a la consideración del proceso civil. Y en estos casos, como es claro, para la demostración de cuestiones que por regla se practican de forma oculta, no es razonable que el juez exija una prueba más contundente que la que las circunstancias concretas pueden ofrecer.

Por lo demás, de modo más general, estas conductas anteriores de los sujetos pueden ser muy útiles para la demostración de elementos subjetivos, necesarios para la incidencia de reglas jurídicas. La demostración de la buena o mala fe en general, de los motivos que llevaron a la celebración de cierto negocio jurídico, de vicios de la voluntad o de vicios sociales, por ejemplo, difícilmente puede obtenerse por medio de las pruebas tradicionales. Sin embargo, la evaluación de comportamientos antecedentes de los sujetos —o del propio comportamiento que precedió la celebración del negocio— puede contribuir, e incluso ser decisiva, para esta interpretación de los elementos que gravitan en torno a la relación jurídica objeto del proceso.⁷¹

⁷⁰ También en este sentido, y aún en materia penal, es la conclusión de Vito Gianturco respecto de la prueba indiciaria: “mentre nel campo del lecito e dei rapporti obbligatori vi sono prove preconstituite (probationes probatae) o, almeno, prove dirette che possono agevolmente costruirsi nel processo, in materia penale, come argutamente rilevarono i pratici ‘delicta non probantur per instrumenta’ e, il più delle volte, manca la prova diretta del fatto e delle circostanze che l’accompagnano: il valore precipuo, poi, che nel diritto penale ha l’elemento intenzionale o psicologico, impone sempre, salvo in quei pochissimi casi, in cui veramente può darsi che res ipsa in se dolum habet, un’indagine accurata intorno alla volontà del colpevole” (Gianturco, 1958, p. 1).

⁷¹ En efecto, las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas, tras excluir la posibilidad de que actos antecedentes (en particular, la personalidad del sujeto) puedan ser empleados como prueba de que alguien actuó de acuerdo con cierta índole en caso específico, establece que esa prueba de la personalidad puede ser empleada para otros fines, tal como “proving motive, opportunity, intent, preparation, plan, knowledge, identity, absence of mistake, or lack of accident” (regla 404 (b)(2), de las *Federal Rules of Evidence* de los Estados Unidos de América).

Además, aunque se pueda pensar de modo distinto en el ámbito penal —y, en específico, para la punición de alguien por delito de violencia doméstica— para la adopción de medidas civiles, como el alejamiento del hogar conyugal u otras medidas restrictivas de convivencia, basta la verificación de un *riesgo* a la vida o a la integridad de la persona, que puede ser determinada por el comportamiento (único o reiterado) del aparente agresor.⁷² Aun cuando esta medida pueda restringir el derecho a la vivienda o a la propiedad de este supuesto agresor, el hecho es que sería mucho más grave permitir que este sujeto siga viviendo junto con la mujer, exponiendo a riesgo serio la vida o la integridad física de ella. Por ello, incluso si no hay prueba absoluta de las agresiones —lo que es muy común en el caso de agresiones morales, patrimoniales y psicológicas (art. 7º, inc. II, IV y V, de la Ley 11.340/06)— la simple conducta pretérita o actual del hombre —o incluso la simple palabra de la víctima respecto a la existencia de este riesgo, apoyada por otros elementos presentes en el proceso⁷³— puede servir como evidencia suficiente para el otorgamiento de la medida protectora.

Este punto específico demuestra otro dato relevante para la apreciación del peso a atribuir a la prueba por la conducta de los sujetos: cuanto más importante es el bien jurídico a tutelar, menor tiende a ser el grado de exigencia de prueba y, consecuentemente, más fácil y razonable es la aceptación del empleo de esta fuente de prueba específica.⁷⁴ Volviendo al ejemplo anterior, muy probablemente la conducta preté-

⁷² En esa línea, afirma de modo expreso el art. 12-C de la Ley 11.340/06 (conocida como Ley Maria da Penha) que “verificada la existencia de riesgo actual o inminente a la vida o a la integridad física o psicológica de la mujer en situación de violencia doméstica y familiar, o de sus dependientes, el agresor será inmediatamente alejado del hogar, domicilio o lugar de convivencia con la ofendida...”.

⁷³ Es lo que expresamente prevé el art. 18, § 4º, de la Ley 11.340/06, que afirma que “las medidas protectoras de urgencia serán concedidas en juicio de cognición sumaria a partir del testimonio de la ofendida ante la autoridad policial o de la presentación de sus alegaciones escritas y podrán ser denegadas en caso de evaluación por la autoridad de inexistencia de riesgo a la integridad física, psicológica, sexual, patrimonial o moral de la ofendida o de sus dependientes”.

⁷⁴ Parece ser semejante la conclusión a la que llega Jordi Ferrer Beltrán (2025b, p. 261). El autor aún añade un ejemplo que ilustra bien el embate entre la necesidad de búsqueda de evidencia suficiente y la necesidad de tutelar valores fundamentales contra daños irreparables. Dice él: “Imagínese, por ejemplo, que un niño pequeño es llevado por sus padres al servicio de urgencias médicas con lesiones óseas y hematomas. Los padres cuentan que el niño se cayó por las escaleras, pero el médico que atiende al niño considera probable la hipótesis de que el niño fuera víctima de maltrato familiar. En esas condiciones, da parte a la fiscalía de menores, quien toma el asunto y pide al médico una evaluación, a la luz de las pruebas médicas, de la probabilidad de que las lesiones sean producto de una caída por las escaleras y de la probabilidad de que sean fruto de maltrato. El médico concluye que, con las pruebas disponibles, la hipótesis del maltrato es menos probable, pero que no es descartable en absoluto y tiene también apoyo epistémico en ellas. Supóngase también, por seguir el ejemplo, que el médico añadiera que si el niño quedara ingresado en el hospital por tres días podrían hacerse pruebas diagnósticas, físicas y psicológicas, que resultarían cruciales para determinar el origen de las heridas. En esas circunstancias, ¿sería racional adoptar como medida cautelar el ingreso forzoso del menor y, en consecuencia, impedir que los padres pudieran llevárselo a su casa, a pesar de que la hipótesis del maltrato tuviera una probabilidad menor que la de la caída por las escaleras? Si la respuesta, como creo, es que hay situaciones en que esa decisión sería racional (de acuerdo con los valores en juego), ello implica que la probabilidad prevaleciente no es siempre el mínimo racional para decidir sobre los hechos” (ob. loc. cits.).

rita del supuesto agresor sería considerada como prueba insuficiente para autorizar su condena por un delito de violencia doméstica, ya que el valor predominante ahí sería su libertad. Sin embargo, si el objetivo de la tutela jurisdiccional es la vida o la integridad de la mujer —y, por lo tanto, si se debe o no conceder una medida protectora como el alejamiento del supuesto agresor del hogar conyugal—, ahí el grado de convencimiento es diferente y la conducta antecedente de esa persona (y también de la mujer) pasa a tener un peso relativamente mayor.

Cabe subrayar que —al contrario de lo que pueda imaginarse— esto no está necesariamente ligado a la naturaleza «cautelar» de este alejamiento o de otras providencias semejantes. Aunque las situaciones *provisionales* puedan armonizarse más fácilmente con este bajo grado de probabilidad, este elemento no debe ser elevado a la condición imprescindible para su aplicación. No se impone justificar esta menor exigencia de prueba solo con base en la supuesta conexión de esta tutela con la apariencia del derecho (*fumus boni iuris*). En otras palabras, aunque este también pueda ser un elemento relevante, aquí el aspecto que predomina es la *relevancia* (objetivamente considerada) del bien jurídico a proteger. Por lo tanto, incluso en situaciones que no tengan ninguna conexión directa con las ideas de *provisionalidad* o de *preventividad* de daños o ilícitos (con lo que muchos conectan la propia noción de tutela cautelar), la relevancia del bien jurídico protegido puede determinar la reducción del grado de convicción judicial exigido para la decisión, permitiendo que la conducta de los sujetos sustente, incluso de modo exclusivo, la convicción judicial. Así, por ejemplo, ocurrió con el caso que inicia este texto —referente a la responsabilidad de las empresas de transporte de carga por los daños ocurridos en carreteras— y ocurre en muchos otros casos, como la autorización para la adquisición de armas de fuego —para la cual el interesado debe demostrar su «idoneidad»—, al no responder a una investigación policial o proceso criminal, su «ocupación lícita» y su «aptitud psicológica», entre otras cosas (art. 4º, de la Ley 10.826/03) —o con la prohibición de contratar con el Poder Público brasileño— con la exclusión, entre otras situaciones, de empresas que en los últimos cinco años, hayan sido condenadas judicialmente, con sentencia firme, «por explotación de trabajo infantil, por sometimiento de trabajadores a condiciones análogas a la esclavitud o por contratación de adolescentes en los casos prohibidos por la legislación laboral» (art. 14, inc. VI, de la Ley 14.133/21).

Tampoco se puede dejar de considerar que conductas pasadas —pero ahora no siempre de los propios sujetos involucrados en un conflicto determinado— pueden ser (y son) consideradas para el relleno de varios conceptos abiertos, a ejemplo de la noción de «buenas costumbres» (v.g., art. 187, del Código Civil brasileño), de «diligencia habitual» (art. 667, del Código Civil brasileño), o de «prácticas de crédito responsable» (art. 6º, inc. XI, del Código Brasileño de Defensa del Consumidor).

Determinar lo que significa esa «diligencia habitual», por ejemplo, implica examinar las conductas que normalmente se practican, a fin de establecer lo que podría ser normalmente exigible en ciertas circunstancias. A partir de ahí, determinado ese

estándar de comportamiento, es posible contrastarlo con el caso concreto y evaluar si ese límite fue o no observado. En casos así, lo que se tiene es que se toman las conductas anteriores —quizás practicadas por el propio sujeto, quizás vistas a partir de un conjunto de situaciones que se insertan en la noción en cuestión (en el caso, la diligencia habitual)⁷⁵— para el relleno del concepto vago empleado por la ley. Una vez llenado este concepto, se regresa a la conducta (ahora la conducta concreta y específica, discutida en el proceso) para analizarla y aplicar o no la norma. Sin duda, en estos casos, las conductas pasadas —y ahora, eventualmente, incluso las conductas practicadas por terceros— llenan de sentido el concepto indeterminado y permiten, al juez y a las partes, controlar de forma racional la incidencia o no de la norma. Se trata, en fin, de una relevante función probatoria desempeñada por la conducta pretérita concretamente verificada.⁷⁶

Finalmente, parece haber otro espacio a considerar en la evaluación de la utilidad de la conducta de las partes para la formación de la convicción judicial. Al inicio de este texto, se ponderó sobre la utilidad de la separación entre hechos concretos y cate-

⁷⁵ Así, por ejemplo, decidió el Superior Tribunal de Justicia, en relación con la actividad mercantil, y valiéndose de *comportamentos de las propias partes y de otros sujetos pertenecientes al mismo segmento*, que “tendo em vista os usos e costumes do segmento empresarial e as práticas adotadas, de longa data, pelas partes, encontram-se presentes os requisitos para que o silêncio reiterado das varejistas —sobre a adoção dos boletos bancários e o repasse do respectivo custo— seja considerado manifestação de vontade apta a produção de efeitos jurídicos, vale dizer: seja atestada a existência de consenso em relação à forma de pagamento das ‘mercadorias’ e à cobrança de tarifa. Isso porque: (i) configurado o comportamento negativo das farmácias e drogarias, que, por mais de dez anos, pagaram os boletos bancários sem manifestar qualquer insurgência contra tal modalidade de adimplemento e a respectiva tarifa que lhes era cobrada; (ii) inexiste controvérsia sobre o fato de ser prática corriqueira do segmento empresarial a comercialização mediante boletos bancários com o escopo de otimizar a logística de distribuição de medicamentos, cuja relevância pública decorre da Constituição de 1988 e da Portaria 802/98 do Ministério da Saúde; (iii) também é incontroversa a habitualidade das negociações celebradas entre a atacadista e as varejistas com a utilização da citada forma de pagamento; (iv) cabia às compradoras —sociedades empresárias cuja vulnerabilidade não se reconheceu nos autos— apresentar resistência contra o modo de adimplemento oferecido durante os longos anos da relação contratual, merecendo destaque o fato de ter sido pleiteada na inicial a manutenção do pagamento via boleto bancário, havendo apenas objeção acerca do repasse da tarifa; e (v) revela-se evidente a convicção da atacadista sobre a adesão das varejistas quanto às cobranças efetuadas, na medida em que beneficiadas com a agilidade da forma de pagamento e a consequente pronta entrega dos produtos, entre outras facilidades que lhes eram oferecidas” (STJ, 4^a Turma. REsp 1.580446/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 25.03.21 – el énfasis no está en el original).

⁷⁶ Importante aplicación de esta idea se aplica al llamado derecho indígena. En Brasil, el tratamiento jurídico dado a indígenas puede variar según el grado de su integración a la sociedad civil (art. 4º de la Ley 6.001/73). Así, indígenas que estén íntegramente integrados a la sociedad civil pueden recibir un tratamiento prácticamente idéntico a no-indígenas, para los varios fines del Derecho. Lógicamente, el análisis de ese grado de adaptación depende, en gran medida, de la evaluación del comportamiento del indígena, de modo que el análisis de las consecuencias jurídicas de sus actos necesita tomar en cuenta su comportamiento pretérito. Así, por ejemplo, ya se consideró que un indígena que “está perfectamente adaptado à sociedade civil, tendo suficiente compreensão dos usos e costumes nacionais, possuindo fluência na língua portuguesa”, deve ser considerado como integrado, podendo responder por eventual delito cometido (STJ, 5^a Turma. RHC 141.827/MS. Rel. Min. Ribeiro Dantas. DJe 16.04.21).

gorías de hechos para el estudio en examen. Como pondera Schauer, la prueba puede ser útil para la determinación de *un hecho específico o de una categoría de hechos*.⁷⁷ Y los mecanismos que pueden ser útiles para la demostración de categorías de hechos pueden no servir para la determinación de hechos específicos, a ejemplo de las estadísticas. Esto se debe a que, muchas veces, el razonamiento exigido para la formación de cierta convicción es un análisis probabilístico (*probabilistic assessments*), quizás incompatible con situaciones en las que se exija otro grado de evaluación.

Schauer (2022, p. 222-223) ilustra la idea con el ejemplo de un jugador de tenis profesional. Supongamos que ese jugador, en juegos anteriores, fingió cierta lesión. ¿Debe esta circunstancia recibir alguna consideración, por parte del árbitro o del médico que atiende el evento, en el análisis de una alegación presente de que se ha lesionado en un determinado juego? El autor presenta entonces otra hipótesis. Suponiendo el mismo tenista profesional, imagínese que el árbitro o el médico sabe que los tenistas en general suelen fingir lesiones durante los partidos. ¿Sería distinta esta nueva situación?

En síntesis, ¿el conocimiento de que es común que los tenistas (en general) fingen lesiones puede servir de prueba de que un determinado tenista, en las mismas circunstancias, finge cierta lesión? Esta es la cuestión propuesta por Schauer, quien entonces observa que, traspasados los límites de los hechos específicos, el valor probatorio dado a estas consideraciones generales variará según las proporciones de la clase en que cierta persona o cierto evento es colocado.⁷⁸

Se entra así en el campo del valor que las conductas pasadas —no necesariamente del sujeto específicamente considerado— pueden componer datos estadísticos que

⁷⁷ “We often use evidence to reach a conclusion about a specific fact or specific act. Did Susan rob the First National Bank on September 30? Was Thomas Jefferson the biological father of Sally Hemings’s son Eston Hemings? How many votes for president did Donald Trump and Joe Biden each receive in the state of Michigan in November 2020? But just as often we use evidence to support or challenge a general hypothesis about a category of acts or events, or about some larger phenomenon. What do we (or scientists) mean when we or they say that cigarette smoking causes cancer? And what is the evidence for that conclusion? Are Volvos reliable? How do we know? Does the use of aerosol cans damage the ozone layer? Does damage to the ozone layer cause climate change? Does the increased legal availability of guns increase the incidence of unlawful gun-produced harm? Does playing violent interactive video game causa an increase in the aggressive tendencies of teenage males who play those games? Does an increase in aggressive tendencies among teenage male cause teenage males to commit actual acts of violence? Does the amount of alcohol consumption that would ordinarily have no detrimental effects create problems when consumed by pregnant women?” (Schauer, 2022, p. 48-49).

⁷⁸ «Once we move beyond individuals and their past individual acts, the evidentiary weight to be given to evidence of this sort will plainly vary with the size of the class within which we place this particular person or event. If the particular player, the legitimacy of whose injury we are trying to evaluate, is a thirty-eight-years-old male from some particular country, then statistics indicating that tennis players with these exact characteristics and from that country have a high incidence of fabricated injuries would seem to have a great deal of evidentiary weight, whereas statistics indicating that men have a higher rate of injury fabrication than do all players, regardless of gender, would be less weighty» (*idem, ibidem*, p. 223).

permitan concluir por la mayor o menor probabilidad de que un comportamiento específico haya ocurrido o vaya a ocurrir. Y, en este punto, no parece haber duda de que estas conductas anteriores —a veces de la propia persona involucrada, a veces generales— pueden servir como elemento de prueba, en la exacta medida en que se debe aceptar el empleo de la prueba estadística en el proceso civil.⁷⁹

Podría decirse lo mismo en el ámbito de la distinción, propuesta por Jordi Ferrer Beltrán, entre la causalidad general (probabilística) y la causalidad específica, para la determinación de la responsabilidad civil (Ferrer Beltrán, 2025a, p. 286-288). Como ejemplifica el autor, si es cierto que la afirmación de que fumar causa cáncer se demuestra de forma estadística, no hay cómo determinar, solo a partir de esas estadísticas, que el hecho de que alguien padezca cáncer tenga relación directa y necesaria con la circunstancia de haber fumado gran parte de su vida, de modo que una acción interpuesta contra la empresa tabacalera con esa base estaría condenada al fracaso. Sin embargo, como también señala el autor, sería diferente si el Estado presentara una demanda contra la empresa tabacalera, solicitando que fuera responsabilizada por el aumento de los gastos en salud (ante el aumento de casos de cáncer, causado por el tabaquismo).⁸⁰

Por lo tanto, dentro de esta dimensión, el empleo de conductas pasadas como elemento para la creación de una «categoría de hechos» que sea válidamente sostenible puede ser (y ha sido) un uso útil de este elemento de prueba. Aunque pueda ser insuficiente para la demostración de la ocurrencia de un hecho específico,⁸¹ su empleo para sustentar razonamientos probabilísticos y «hechos abstractos» parece bastante razonable. El aumento del riesgo de cáncer por exposición al amianto;⁸² la inexistencia de evidencias científicas de la eficacia de la fosfoetanolamina sintética (píldora del cáncer)⁸³ y la inutilidad del internamiento de personas con trastornos mentales en instituciones asilares (como los Hospitales de Custodia y Tratamiento Psiquiátrico), por la falta de evidencia de su utilidad y el riesgo de violación de derechos fundamentales,⁸⁴ son ejemplos de hechos abstractos que ya fueron empleados en diversas demandas y decisiones judiciales. Construidos estos «hechos abstractos» a partir de comportamientos específicos verificados y reiterados, vienen siendo aplicados —como hechos notorios— en el ámbito jurisdiccional.

⁷⁹ V., sobre eso, Arenhart, (2019, *passim*).

⁸⁰ «En cambio, todo cambiaría si la acción contra la tabaquera fuera presentada por el Estado alegando el aumento del gasto sanitario causado por el aumento de casos de cáncer, causado a su vez por el humo del tabaco. Más allá de la necesidad de probar el efectivo aumento del gasto sanitario, en este caso, la hipótesis a probar sería de causalidad general probabilística, por lo que el recurso a las frecuencias estadísticas estaría totalmente justificado» (*idem, ibidem*, p. 288).

⁸¹ V. el ejemplo citado en la nota 14, anteriormente.

⁸² V.g., STF, Pleno. ADIn 3.356. Redactor del fallo Min. Gilmar Mendes. DJe 30.11.17.

⁸³ STF, Pleno. ADIn 5.501. Relator. Min. Marco Aurélio. DJe 26.10.20.

⁸⁴ Resolución del Consejo Nacional de Justicia n. 487/2023.

7. ¿HAY ALGUNA CONCLUSIÓN POSIBLE?

En la conclusión de este texto, quedan más dudas que certezas. Parece claro que la conducta de los sujetos puede ser empleada para la demostración de hechos en el proceso civil. Sin embargo, la gran cuestión que subsiste es: ¿en qué límite es racional aceptar este elemento de prueba y qué profundidad de justificación se debe exigir para ello?

No hay duda de que la fundamentación de la decisión sobre la prueba es esencial para controlar de modo objetivo la legitimidad de la convicción judicial formada a partir de ese comportamiento. Sin embargo, los sesgos y prejuicios también pueden comprometer la propia justificación de la decisión judicial sobre la prueba, dispersando el peso atribuido a esa conducta pasada en la formación de la convicción judicial, sobre todo en casos similares. En otras palabras, es posible que jueces con comprensiones diversas del mundo acaben atribuyendo un valor diferente a la misma conducta procesal de las partes, todas justificadas a partir de matices externos examinados.⁸⁵

Por otro lado, las especies de pretensión y las posibilidades de prueba que las circunstancias ofrecen hacen más digeribles o menos razonables ciertas conclusiones expuestas por el Poder Judicial en este campo.

Así, en el ejemplo inicialmente ofrecido en este texto, respecto a la situación de las empresas de transporte de carga, parece mucho más fácil sostener que la conducta pasada sirva para fines de ofrecimiento de tutela inhibitoria que para la imposición de responsabilidad civil. Esto se debe a que, mientras la primera forma de protección dispensa la demostración de daño y culpa (art. 497, párrafo único, del CPC), la segunda exige esa demostración, que es mucho más compleja cuando se toma en consideración solo el indicio derivado de la conducta pasada de los sujetos.⁸⁶

Por lo tanto, factores ligados a la pretensión material objeto de protección, a las posibilidades de prueba que las circunstancias concretas ofrecen, los riesgos de que las

⁸⁵ Como recuerdan Kahneman, Sibony e Sunstein, “onde há julgamento, há ruído, e mais do que você imagina. (...) Como no exemplo dos papiloscopistas, quando sabemos o que os outros pensam, o viés de confirmação nos induz a formar precocemente uma impressão geral e a ignorar informações contraditórias. Os títulos de dois filmes de Hitchcock sintetizam bem isso: um bom tomador de decisão deve objetivar sempre manter ‘á sombra de uma dúvida’, nunca ser ‘o homem que sabia demais’” (Kahneman, Sibony y Sunstein, 2021, p. 247 e 250).

⁸⁶ Con razón, argumenta Jordi Ferrer Beltrán que “hemos visto en el capítulo nueve las razones por las que un diseño procesal que sea compatible con el debido proceso debe contener reglas que determinen el umbral de suficiencia probatoria. Esta es precisamente la función de los estándares de prueba. Pero el umbral no es necesariamente único: una misma hipótesis, con las mismas pruebas y el mismo grado de corroboración, puede estimarse probada si el estándar de prueba es X y no probada si es X + 1. Esto explica, por ejemplo, que las mismas pruebas puedan ser suficientes para considerar probado un hecho en un tipo de proceso e insuficientes para otro tipo de proceso; o suficientes para adoptar una decisión intermedia durante el proceso —una prisión preventiva, por ejemplo—, pero insuficientes para la decisión final en sentencia” (Ferrer Beltrán, 2022b, p. 472).

presunciones formadas revelen prejuicios y sesgos y tantos otros factores, deben merecer atención en la elaboración de la justificación externada en el uso de esta prueba en el proceso. Como tantos otros medios de prueba, esta prueba demanda una atención redoblada en la motivación presentada en la decisión respecto a la prueba, ya sea en relación con la racionalidad del juicio extraído a partir de la conducta del sujeto en sí considerada (justificación individual en relación a la prueba), ya sea en lo tocante a la asignación de esa prueba en el conjunto probatorio presente.

Si es esta justificación la que aporta racionalidad sobre la prueba empleada y sobre el valor que se le otorga, es importante también que, al ofrecer esas razones, el magistrado sea consciente de los límites y potencialidades también de este medio de prueba, de modo que no se excluya su empleo cuando sea posible, ni se use cuando esto suene inadecuado. De todas formas, no hay razón para excluir, *a priori*, el uso de la conducta procesal de los sujetos como prueba en el proceso civil. El empleo de este medio, por cierto, puede llevar más allá la frontera de la determinación de los hechos en casos complejos y, particularmente, para las acciones preventivas, abriendo nuevas posibilidades para la tutela jurisdiccional en espacios hasta entonces considerados inhóspitos. La prueba, al final, constituye el gran factor de pavimentación de la actividad jurisdiccional frente a lo desconocido. Y, así, quizás este nuevo elemento pueda ofrecer nueva riqueza y nuevos horizontes, aportando otras luces a la práctica judicial.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alberto, M. (2005). Valor probatorio de la conducta en juicio. Un aporte más para su consideración como indicio y otras cuestiones más. In J. W. Peyrano (Coord.), *Valoración judicial de la conducta procesal*. Rubinzal-Culzoni.
- Amaral, P. O. (2021). *Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade* (3a ed.). RT.
- Arenhart, S. C. (2003). *Perfis da tutela inibitória coletiva*. RT.
- Arenhart, S. C. (2019). A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. *Revista Direito e Praxis*, 10(1).
- Arenhart, S. C. (2025). *Relendo o princípio da demanda*. RT.
- Cambi, E., & Hoffmann, E. (2011, noviembre). Caráter probatório da conduta (processual) das partes. *Revista de Processo*, 201.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de derecho procesal civil* (N. Alcalá-Zamora y Castillo & S. Sentís Melen- do, Trad.; Vol. I). Uteha.
- Carnelutti, F. (1947). *La prova civile* (2a ed.). Ateneo.
- Cavallone, B. (1991). *Il giudice e la prova nel processo civile*. CEDAM.
- Davis, K. C. (1942). An approach to problems of evidence in the administrative process. *Harvard Law Review*, 364.
- Davis, K. C. (1955, noviembre). Facts in lawmaking. *Columbia Law Review*, 55(7).
- Dotti, R. F. (2020). *Tutela da evidência*. RT.
- Faigman, D. L. (2008). *Constitutional fictions*. Oxford University Press.
- Ferreira, W. S. (2014). *Princípios fundamentais da prova cível*. RT.
- Ferrer Beltrán, J. (2022). La decisión probatoria. In J. Ferrer Beltrán (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- Ferrer Beltrán, J. (2022). La motivación sobre los hechos. In J. Ferrer Beltrán (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Ferrer Beltrán, J. (2025). *Motivación y racionalidad de la prueba* (2a reimpr.). Grijley.
- Ferrer Beltrán, J. (2025). *Prueba sin convicción* (2a ed.). Marcial Pons.
- Gianturco, V. (1958). *La prova indiziaria*. Giuffrè.
- González Lagier, D. (2022). Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. In Ferrer Beltrán, J (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Grasso, E. (1973). Dei poteri del giudice. In E. Allorio (Dir.), *Commentario del codice di procedura civile* (Vol. I, No. 2). UTET.
- Heñin, F. A. (2009, abril). Valoración judicial de la conducta procesal. *Revista de Proceso*, 170.
- James Jr., F., Hazard Jr., G. C., & Leubsdorf, J. (1992). *Civil procedure* (4a ed.). Little, Brown and Company.
- Kahneman, D., Sibony, O., & Sunstein, C. R. (2021). *Ruido – Uma falha no julgamento humano* (C. de A. Leite, Trad.). Objetiva.
- Lopes, B. V. C. (2006). *Tutela antecipatória sancionatória*. Malheiros.
- Marinoni, L. G. (2011). *Abuso de defesa e parte incontrovertida da demanda* (2a ed.). RT.
- Mazini, P. G. (2020). *Tutela da evidência*. Almedina.
- Mitidiero, D. (2022). *Antecipaçao da tutela* (5a ed.). RT.
- Montesano, L., & Arieta, G. (1997). *Diritto processuale civile* (2a ed., Vol. II). Giappichelli.
- Parra Quijano, J. (2000, julio-septiembre). Prueba indiciaria en el código de procedimiento penal brasileño y código de procedimiento penal italiano y su complementación con países europeos y americanos. *Revista de Proceso*, 99.
- Ramos, V. de P. (2023). *La prueba documental* (L. Criado Sánchez, Trad.). Marcial Pons.
- Righi, I. O. (1981). Eficácia probatória do comportamento das partes. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, 20.
- Schauer, F. (2022). *The proof – Uses of evidence in law, politics, and everything else*. Harvard University Press.
- Schmitz, L. (2020). *Presunções judiciais*. Revista dos Tribunais.
- Taruffo, M. (2014). *A prova* (J. G. Couto, Trad.). Marcial Pons.
- Theodoro Jr., H. (2003). Comentários ao novo código civil. In S. F. Teixeira (Coord.), *Comentários ao novo código civil* (2a ed., Vol. III, Tomo II). Forense.
- Tuzet, G. (2024). *As razões da prova* (Caio Badaró Massena, Trad.). Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2019). Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 42.
- Vázquez, C., & López, M. F. (2022). La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas. In J. Ferrer Beltrán (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Walter, G. (1985). *Libre apreciación de la prueba*. Temis.
- Woolhandler, A. (1988). Rethinking the judicial reception of legislative facts. *Vanderbilt Law Review*, 41.

Referencias legislativas y jurisprudenciales

- Argentina. Ley nº 23.950, [título oficial de la ley].
- Brasil. Ley nº 6.001, de 19 de diciembre de 1973, Estatuto do Índio. (Diário Oficial da União, 21/12/1973).
- Brasil. Ley nº 10.826, de 22 de diciembre de 2003, Estatuto do Desarmamento. (Diário Oficial da União, 23/12/2003).
- Brasil. Ley nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha. (Diário Oficial da União, 08/08/2006).
- Brasil. Ley nº 12.529, de 30 de noviembre de 2011, Lei de Defesa da Concorrência. (Diário Oficial da União, 01/12/2011).

Brasil. Ley nº 14.133, de 1 de abril de 2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos. (Diário Oficial da União, 01/04/2021).

Código Civil. (Brasil).

Código Civil. (Italia).

Código de Proceso Civil. (Alemania).

Código de Proceso Civil. (Brasil).

Código de Proceso Civil. (Chile).

Código de Proceso Civil. (Francia).

Código de Proceso Civil. (Italia).

Código de Proceso Civil. (Perú).

Código de Proceso Civil. (Portugal).

Código de Proceso Civil da Nación. (Argentina).

Código de Proceso Penal. (Brasil).

Código Penal. (Brasil).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 1 de septiembre). *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE, núm. 7, 08/01/2000, p. 575728).

Resolución do Consejo Nacional de Justicia n. 487/2023. (Brasil).

Superior Tribunal de Justicia. (2009, 19 de octubre). *REsp 697.078/BA*. Rel. Min. Desembargador Convocado Honildo Amaral de Mello Castro.

Superior Tribunal de Justicia. (2011, 24 de febrero). *REsp 1.120.746/SC*. Rel. Min. Nancy Andrighi.

Superior Tribunal de Justicia. (2021, 16 de abril). *RHC 141.827/MS*. Rel. Min. Ribeiro Dantas.

Superior Tribunal de Justicia. (2021, 18 de junio). *AgRg no HC 659.689/DF*. Rel. Min. Sebastião Reis Junior.

Superior Tribunal de Justicia. (2021, 25 de marzo). *REsp 1.580.446/RJ*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

Superior Tribunal de Justicia. (2023, 29 de agosto). *AREsp 1.581.491/PR*. Rel. Min. Raul Araújo.

Superior Tribunal de Justicia. (2024, 4 de diciembre). *REsp 1.908.497/RN*. Rel. Min. Teodoro Silva Santos.

Superior Tribunal de Justicia. (2024, 4 de diciembre). *REsp 1.913.392/MG*. Rel. Min. Teodoro Silva Santos.

Superior Tribunal de Justicia. (2025, 8 de abril). *AgRg no HC 958.143/MG*. Rel. Min. Ribeiro Dantas.

Superior Tribunal de Justicia. (2025, 15 de abril). *AgRg no REsp 2.181.502/SC*. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz.

Superior Tribunal de Justicia. (2025, 25 de abril). *AgRg no AgRg no REsp 2.141.306/PR*. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik.

Superior Tribunal de Justicia. (2025, 26 de mayo). *AgRg no AREsp 2.791.847/SP*. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik.

Supremo Tribunal Federal. (1999, 10 de septiembre). *HC 77.987*. Rel. Min. Marco Aurélio.

Supremo Tribunal Federal. (2002, 22 de febrero). *HC 81.305/GO*. Rel. Min. Ilmar Galvão.

Supremo Tribunal Federal. (2017, 30 de noviembre). *ADIns 3.356*. Redactor del fallo Min. Gilmar Mendes.

Supremo Tribunal Federal. (2020, 26 de octubre). *ADIn 5.501*. Rel. Min. Marco Aurélio.

Supremo Tribunal Federal. (2024, 4 de marzo). *HC 169.788*. Rel. Min. Alexandre de Moraes.

Tribunal Regional Federal da 1^a Región. (2013, 23 de agosto). *AI 0056520-92.2012.401.0000/DF*. Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves.

Tribunal Regional Federal da 3^a Región. (2022, 23 de agosto). *AC 0023493-29.2014.403.6100*. Rel. Desembargador Federal Wilson Zauhy.

Tribunal Regional Federal da 4^a Región. (2018, 8 de febrero). *AC 5001629-36.2015.404.7214*. Rel. Desembargador Federal Rogério Favreto.

Tribunal Regional Federal da 4^a Región. (data indisponible). *AC 5018457-33*. Rel. Jueza Federal Marga Barth Tessler.

