

2016

Análisis Económico de la Prueba de Oficio

Sebastian Gabriel Arruiz

Follow this and additional works at: <http://laijle.alacde.org/journal>



Part of the [Civil Procedure Commons](#), and the [Litigation Commons](#)

Recommended Citation

Arruiz, Sebastian Gabriel (2016) "Análisis Económico de la Prueba de Oficio," *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*: Vol. 2 : Iss. 2 , Article 5.

Available at: <http://laijle.alacde.org/journal/vol2/iss2/5>

This Article is brought to you for free and open access by The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics. It has been accepted for inclusion in The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics by an authorized editor of The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics.

Análisis Económico de la Prueba de Oficio

Sebastián G. Arruiz*

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar las implicancias de las facultades judiciales para disponer de oficio (sin pedido de parte) la producción de pruebas, en el marco de un proceso adversarial.

Demostraré que la prueba de oficio es incompatible con un sistema procesal adversarial, porque afecta seriamente la imparcialidad judicial. Asimismo, afirmaré que en esa clase de procesos las medidas probatorias oficiosas son ineficientes, porque suplen actividad probatoria que podrían realizar las partes en juicio a un menor costo, relajan los incentivos de las partes para aportar la prueba relevante en juicio, distorsionan el mercado de servicios profesionales de la abogacía e incrementan la probabilidad de incurrir en error judicial.

Palabras clave: prueba de oficio, carga de la prueba, imparcialidad, incentivos, error judicial.

* Universidad Nacional del Sur, Departamento de Derecho, Bahía Blanca (Argentina).
Email: sebastian.arruiz@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es analizar, desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho (AED), las implicancias de las facultades judiciales para disponer, de oficio, la producción de pruebas, en el marco de un proceso adversarial.

Llamaré “prueba de oficio” a aquella actividad probatoria tendiente a esclarecer los hechos controvertidos, cuya producción ordena el juez sin que exista petición de parte para realizarla. “Proceso adversarial” a aquel en el cual el inicio, la alegación de hechos y el impulso corresponde a las partes y no al juez. Y “proceso inquisitivo” a aquel en el cual el inicio, el impulso y la investigación de los hechos corresponde al juez.

Gran parte de la literatura jurídica tradicional considera que la prueba de oficio es una herramienta valiosa para lograr sentencias que se adecuen a la realidad de los hechos y dar una mejor solución a los casos concretos (Parra Quijano, 2004, pp. 7-17)². En ese sentido, se sostiene que la justicia de una decisión depende necesariamente de la veracidad de los hechos sobre los que se sustenta (Taruffo, 2002, p. 64)³ y que la atribución de la iniciativa probatoria exclusivamente a las partes, sin otorgar potestad probatoria al juez, impide alcanzar la verdad perseguida (Pico I Junoy, 2007, p. 586).⁴

² Justifica la prueba de oficio en una necesidad ideológica (p. 7), psicológica (p. 15) y lógica (p. 17) de alcanzar la verdad.

³ *“Independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, se puede sostener que ésta nunca es justa si es fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. En otros términos, la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (obviamente, no suficiente) para que pueda decirse que la decisión es justa.”*

⁴ *“El órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y a los cuales aplicará el ordenamiento jurídico. (...) Coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a mi entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la verdad.”*

En el mismo sentido, señala Michelle Taruffo (2009, pp. 19 y 22) que *“si se comparte la concepción según la cual la decisión, para ser justa, debe fundarse en la determinación de la verdad de los hechos, es necesario reconocer que para tal efecto deben otorgarse al juez poderes de instrucción autónomos, de manera tal que puedan adquirirse para el proceso todas aquellas pruebas que las partes -por cualquier razón- no hayan producido. (...) El confiar únicamente en la iniciativa probatoria de las partes significa básicamente renunciar al descubrimiento de la verdad de los hechos como fundamento de la decisión. La experiencia de todos los ordenamientos procesales muestra que estos objetivos -la justicia y la verdad- no pueden ser conseguidos mediante la atribución a las partes de un monopolio exclusivo de la iniciativa procesal y de la iniciativa probatoria.”*

En el punto II, expondré los caracteres elementales de la carga de la prueba, su relación con la prueba de oficio y la recepción legislativa de la prueba de oficio en diversos ordenamientos jurídicos.

En el punto III, procuraré demostrar que la prueba de oficio es incompatible con un sistema procesal adversarial, porque afecta seriamente la imparcialidad judicial. Esta afectación de la imparcialidad se producirá en un proceso penal y también en un proceso no penal, porque antes de ordenar prueba de oficio, el juez conoce a cuál de las partes puede perjudicar (a quien incumplió con la carga de la prueba) y a cuál puede beneficiar dicha decisión (a la parte contraria).

En el punto IV, desarrollaré algunos de los principales tópicos de la prueba que aborda el AED y presentaré un modelo básico de la decisión de aportar prueba por las partes en juicio. A partir este modelo, postularé que las partes evaluarán el costo de obtención y producción de la prueba (C), y el beneficio de acreditar el hecho que se alegó (B) multiplicado por la probabilidad de lograr acreditar el hecho alegado (P), por lo que las partes decidirán aportar prueba si $C < BP$.

En el punto V, sostendré que la prueba de oficio es ineficiente por los siguientes argumentos que desarrollaré allí, en los distintos apartados de este punto. La prueba de oficio implica suplir por el juez la actividad probatoria que podrían haber realizado las partes en juicio. Por ello, la expectativa de que sea ordenada una medida probatoria de oficio, reduce el beneficio que reporta a las partes cumplir con la carga de la prueba y también reduce, correlativamente, el perjuicio derivado de incumplirla. Es decir, relaja los incentivos para que las partes aporten prueba relevante para la solución del juicio (punto V.A.). Además, en tanto los errores u omisiones de las partes en juicio son atribuibles en general a los profesionales que las asesoran, la prueba de oficio puede producir cierta distorsión en el mercado de servicios profesionales (punto V.B.). Por otro lado, no existen ventajas comparativas para que al juez le resulte más fácil o menos costoso que a las partes, obtener y producir prueba. Al contrario, existen fuertes indicios para sostener que las partes se encuentran en mejores condiciones de hacerlo antes que el juez, ya que ellas son las que tienen mayor conocimiento y mayor cercanía a los hechos relevantes para resolver el litigio. Por eso, si bien el costo privado de la parte que no aporta la prueba se reduce, el costo social incrementa si la aporta el juez porque le resulta más difícil hacerlo (punto V.C.1.) y porque el juez carece de incentivos adecuados para probar (punto V.C.2.). En muchas ocasiones la prueba de oficio es indiferente para el resultado del juicio y produce una dilación innecesaria para el dictado de la sentencia (punto V.C.3.). Si bien algún caso concreto podría resolverse con una mayor correspondencia a la realidad gracias a la prueba de oficio, existen otras

herramientas jurídicas más eficaces para obtener ese mismo resultado y a un menor costo. Ese objetivo de búsqueda de la verdad, en sistemas procesales adversariales, puede lograrse en forma más eficaz y a un menor costo, a través de una asignación eficiente de la carga de la prueba entre las partes, sin necesidad de atribuir iniciativa probatoria al juez (punto V.C.4.). Por lo que, a la inversa de lo que podría pensarse intuitivamente, la prueba de oficio conspira contra el objetivo de búsqueda de la verdad e incrementa las chances de error judicial (punto V.D.).

En el punto VI, realizaré algunas reflexiones finales para concluir que la prueba de oficio es ineficiente, por lo que considero conveniente rechazar su utilización y propiciar su derogación en los sistemas procesales adversariales que la receptan.

II. CARGA DE LA PRUEBA Y PRUEBA DE OFICIO

La carga de la prueba cumple una función trascendental en todo proceso porque determina el sentido en que debe resolverse el litigio frente a casos de insuficiencia probatoria (Rosenberg, 2002, p. 23)⁵. La carga de la prueba constituye un mensaje para el juez que le indica cómo debe fallar cuando no está convencido lo suficientemente acerca de los hechos alegados por las partes y, a su vez, un mensaje para las partes que le indica cuál de ellas corre el riesgo de perder el litigio si no logran acreditar determinado hecho que invocan a su favor. De ese modo, con relación al juez, la carga de la prueba evita el problema de las sentencias *non liquet*⁶ y permite dar solución a todos los casos puestos a su conocimiento; y con relación a las partes, genera incentivos para que, orientadas por las máximas de su propio interés, se esfuercen para acreditar los hechos controvertidos relevantes para la causa ya que de otro modo correrán el riesgo de perder el litigio.

En este sentido, la doctrina clásica del *Common Law* diferencia dos aspectos esenciales en la carga de la prueba (*burden of proof*). Por un lado, la carga de producción de la prueba (*burden of production*) que indica a quién le

⁵ “Sólo en caso de incertidumbre sobre la llamada cuestión de hecho, el juez precisa instrucción respecto al contenido de la sentencia que debe dictar, y esta instrucción se la dan las normas relativas a la carga de la prueba.”

En el mismo sentido, señala Adolfo Alvarado Velloso (2009, t.II, p. 31) que “si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes del litigio, es menester proporcionarle reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra.”

⁶ En latín: “no está claro”. En el Derecho Romano, cuando un juez no estaba convencido sobre la certeza de los hechos controvertidos o de las normas jurídicas aplicables, dictaba esta sentencia que dejaba inconcluso indefinidamente el litigio.

corresponderá ofrecer al menos algo de prueba sobre los hechos alegados e impulsar su producción (Flemings, 1961, p. 55)⁷. Por otro lado, la carga de persuasión (*burden of persuasion*) que apunta a identificar cuál de las partes correrá con el riesgo de no alcanzar el umbral de convicción necesario para que el juez tenga por acreditada la veracidad de los hechos que alega, en cuyo caso perderá el litigio (Parker y Kobashashi, 2000, p. 293)⁸.

Así se indica, por un lado, cuál de las partes correrá con la carga de suministrar la prueba, y por otro lado, la intensidad con que deberá lograr el convencimiento judicial. Si no se cumplen ambos recaudos, aportación de prueba y que esa prueba sea suficiente, entonces la parte que tenía la carga de probar cierto hecho se verá perjudicada porque ese hecho se considerará como no acreditado. Es decir, no alcanza con producir cualquier prueba para cumplir con la carga que pesa sobre una parte, sino que esa prueba tiene que ser adecuada y suficiente para persuadir que ese hecho ocurrió tal como fue alegado (Rosenberg, p. 76).⁹

A. Recepción legislativa de la prueba de oficio.

Tal como expondré en este apartado, muchos códigos procesales adversariales atribuyen la iniciativa probatoria principalmente a las partes a partir de la imposición de la carga de la prueba, pero la combinan con cierta iniciativa probatoria propia del juzgador.

En eso consiste precisamente la prueba de oficio. Se trata de medidas probatorias ordenadas por el juez sin que sean requeridas por ninguna de las partes, con el fin de esclarecer los hechos controvertidos en el proceso. También se las denomina como medidas para mejor proveer, mejor resolver o mejor fallar.

Las *Federal Rules of Evidence*¹⁰ (FRE) codifican gran parte de las reglas probatorias en los litigios de Estados Unidos. Si bien cada estado es competente

⁷ “*The production burden first comes into play at the very beginning of the trial. (...) If neither party offers any evidence at the trial, what will happen? The answer is that one party loses. He may, therefore, be said to bear the risk of this consequence of non-production of evidence. Or, as we more often say, he bears the burden of producing at least some evidence. (...)*”

⁸ “*The substantive law casts the burden of proof (...) in both of two senses: (1) the burden of production or ‘going forward’, which allocates the burden of adducing some evidence on the point in question (though this burden can be shifted by operation of a ‘presumption’); and (2) the burden of persuasion, or ‘risk of non-persuasion’, which specifies the party who will lose in the event that the quality of evidence falls beneath the pertinent standard of proof.*”

⁹ “*La omisión de todo preparativo de una prueba no causa a la parte que carga con ésta mayores perjuicios que la tentativa de probar una afirmación discutida que se hubiera hecho con todos los medios disponibles pero inútilmente.*”

¹⁰ Disponibles en: www.law.cornell.edu/rules/fre/

para dictar sus propias normas al respecto, la labor realizada por la comisión que redacta y revisa constantemente las reglas federales fue reconocida como un exitoso intento de homogeneización del derecho estadual, en tanto sus reglas fueron adoptadas por la mayoría de los estados con pequeñas diferencias en varios cuerpos normativos y en lo que respecta al régimen de la prueba, estas reglas fueron receptadas por la mayoría de los estados. Existen algunas reglas concretas en las FRE que habilitan expresamente al juez a ordenar la producción de ciertas medidas probatorias de oficio en el marco de un litigio. En efecto, la regla 614 FRE habilita al juez a citar a un testigo y a hacerle preguntas de oficio¹¹ y la regla 706 FRE autoriza al juez a citar a un perito de oficio e interrogarlo.¹² No obstante, aunque se encuentren receptadas normativamente, lo cierto es que en la práctica son verdaderamente excepcionales, ya que el sistema estadounidense es uno de los sistemas adversariales más intensos que se conocen y sus operadores jurídicos son muy cautelosos para adoptar decisiones de índole inquisitiva como la prueba de oficio.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de España (LEC) fue modificada en el año 2001 y restringió la prueba de oficio del juez únicamente para aquellos casos en que la ley expresamente así lo autorice.¹³ Así, el art.282 LEC establece el principio general de que la iniciativa probatoria recaerá sobre las partes.¹⁴ Sin embargo, el art. 491.1.II LEC establece una importante excepción a dicho principio en cuanto habilita al juez a señalar la prueba que considere conveniente

¹¹ FRE 614: “*Court’s Calling or Examining a Witness. (a) Calling. The court may call a witness on its own or at a party’s request. (...) (b) Examining. The court may examine a witness regardless of who calls the witness. (...)*”

¹² FRE 706: “*Court-Appointed Expert Witnesses. (...) The court may appoint any expert that the parties agree on and any of its own choosing. (...)*”

¹³ En la exposición de motivos se explicó que dicha reforma “*suprime las denominadas ‘diligencias para mejor proveer’, sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos de los de aquéllas. La razón principal para este cambio es la coherencia con la ya referida inspiración fundamental que, como regía, debe presidir el inicio, desarrollo y desenlace de los procesos civiles. Además, es conveniente cuanto refuerce la importancia del acto del juicio, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario. Por tanto, como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado. La Ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto, así como cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualdad contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado. Las excepciones a esta regla han sido meditadas detenidamente y responden a criterios de equidad, sin que supongan ocasión injustificada para desordenar la estructura procesal o menoscabar la igualdad de la contradicción.*”

¹⁴ Art.282 LEC: “*Iniciativa de la actividad probatoria. Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.*”

practicar cuando la propuesta por las partes sea insuficiente para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.¹⁵ Por otro lado, también existen en la LEC algunas atribuciones que habilitan al juez a intervenir de oficio en la producción de la prueba (ej: formular preguntas a las partes, a testigos y peritos, para obtener aclaraciones, explicaciones y adiciones).

La reforma del Código de Procedimiento Civil de Chile (CPCChi) del año 1988 incorporó la prueba de oficio con el objetivo declamado de *“otorgar al juez todos los medios necesarios para ilustrar su criterio y formar una apreciación completa y exacta de los puntos litigados.”*¹⁶ Así, fueron receptadas en el art.159 CPCChi donde se atribuyó al juez la potestad para ordenar prueba de oficio dentro del plazo previsto para dictar sentencia, por lo que podrán requerir la incorporación de documentación u otros expedientes, la confesión de las partes, la inspección personal del objeto litigioso, informes de peritos y declaraciones de testigos.¹⁷

¹⁵ Art.491.1.II LEC *“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.”*

¹⁶ En la exposición de motivos de la reforma se dijo que, *“en las leyes de procedimiento, se hace preciso conciliar el interés de los litigantes, que exige una pronta solución de los pleitos, y el interés de la justicia, que requiere una concienzuda y acertada apreciación del derecho sobre que debe recaer el fallo. Confiados estos propósitos a la sola iniciativa de las partes, se desvían a menudo de su verdadera marcha, resultando de allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz. (...) Los propósitos antes insinuados, de dar mayor latitud a la iniciativa e intervención del juez en la marcha del proceso, justifican la concesión de más amplias facultades para decretar de oficio medidas tendientes al esclarecimiento de los hechos cuestionados. El tribunal que debe dar sentencia dispondrá así de todos los medios necesarios para ilustrar su criterio y formar una apreciación completa y exacta de los puntos litigados.”*

¹⁷ Art.159 CPCChi: *“Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio, medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 431 podrán dictar alguna o algunas de las siguientes medidas: 1) La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes; 2) La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados; 3) La inspección personal del objeto de la cuestión; 4) El informe de peritos; 5) La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios; y 6) La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito. Las medidas decretadas deberán cumplirse dentro del plazo de veinte días, contados desde la fecha de la notificación de la resolución que las decrete. Vencido este plazo, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia, sin más trámite.”*

En Argentina, la ley 17.454 del año 1967 introdujo al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) las medidas probatorias de oficio con el fin de:

dotar a los jueces de mayores atribuciones en lo referente a la dirección y ordenación de las causas, de manera tal que el proceso, sin dejar de responder a las exigencias fundamentales del principio dispositivo, no se desarrolle como un juego de ficciones librado a la habilidad ocasional de los litigantes.

Así, el art.36 inc. 4º CPCCN establece que: “Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán: (...) inc.4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.” La mayoría de las provincias argentinas reproducen en forma idéntica las normas del CPCCN en cuanto a las medidas para mejor proveer¹⁸ y el resto de las provincias las receptan para ciertos casos específicos.¹⁹

En sentido similar se regula la prueba de oficio en muchos de los códigos procesales de países latinoamericanos como Bolivia²⁰, Colombia²¹, Costa Rica²², Ecuador²³, Guatemala²⁴, Honduras²⁵, México²⁶, Panamá²⁷, Paraguay²⁸, Perú²⁹ y Uruguay³⁰, entre otros.

¹⁸ Buenos Aires (Provincia y Ciudad autónoma), Chaco, Entre Ríos, Formosa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán.

¹⁹ Córdoba, La Rioja, Jujuy y Santa Fe.

²⁰ Código de Procedimiento Civil de Bolivia, art.4: “*Facultades especiales. Los jueces y tribunales tendrán las siguientes facultades, de oficio o a petición de parte: (...) 4) Exigir las pruebas que consideraren necesarias, como exhibiciones, peritajes y juramentos, llamar a los testigos ofrecidos por las partes, efectuar careos y emplear cuantos medios fueren conducentes al mayor esclarecimiento del proceso.*”

²¹ Código de Procedimiento Civil de Colombia, art.179: “*Prueba de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.*”

²² Código Procesal Civil de Costa Rica, art.331: “*Prueba para mejor proveer. Listo el proceso para la sentencia, y antes de dictarse ésta, los tribunales podrán acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier medio probatorio de los previstos en este Código, o la ampliación de los recibidos.*”

²³ Código de Procedimiento Civil de Ecuador, art.122: “*Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya*

hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.

²⁴ Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles de Guatemala, art.197: “Auto para mejor fallar. Los jueces y tribunales, antes de pronunciar su fallo, podrán acordar para mejor proveer: 1º) Que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes; 2º) Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que consideren necesario o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho; y 3º) Traer a la vista cualquier actuación que tenga relación con el proceso. Estas diligencias se practicarán en un plazo no mayor de quince días. Contra esta clase de resoluciones no se admitirá recurso alguno, y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el tribunal les conceda.”

²⁵ Código Procesal Civil de Honduras, art.229: “Iniciativa probatoria. 1) Las pruebas sólo se practican a instancia de parte. 2) Sin embargo, excepcionalmente el tribunal puede acordar de oficio y por medio de auto, que se practiquen determinadas pruebas complementariamente a las propuestas por las partes, cuando considere que los medios aportados por las partes son insuficientes, de modo que impidan una correcta formación de su convicción, sin perjuicio de sus facultades durante el desarrollo de las audiencias en que se practique prueba. 3) Esta facultad judicial nunca significará que el juez pueda tener iniciativa probatoria, sustituyendo los deberes y las cargas de las partes al respecto.”

²⁶ Código de Procedimientos Civiles de México, art.251: “Facultades del Juez en materia de prueba. Los Tribunales podrán decretar, en todo tiempo, en cualquier juicio, la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos. En la práctica de esas diligencias el Juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar los derechos de las partes, procurando en todo su igualdad y justo equilibrio. Los gastos que se originen serán cubiertos por el actor o en su defecto por el demandado, sin perjuicio de lo que en su oportunidad se resuelva sobre condenación en costas.”

²⁷ Código Judicial de Panamá, art.793: “Además de las pruebas pedidas y sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de este Código, el juez de primera instancia debe ordenar, en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquéllas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes y el de segunda practicará aquéllas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso.”

²⁸ Código Procesal Civil de Paraguay, art.337 “Prueba de oficio. El juez podrá disponer de oficio la declaración de testigos mencionados por las partes en los escritos de constitución del proceso. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para proceder al careo o aclarar sus declaraciones.”; y art.350: “Disposición oficiosa de la prueba. Cuando el juez lo estimare necesario podrá disponer, de oficio, la prueba pericial. En este caso designará uno o tres peritos, atendiendo a la importancia de la cuestión.”

²⁹ Código Procesal Civil de Perú, art.194: “Pruebas de oficio. Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.”

³⁰ Código General del Proceso de Uruguay, art.193: “Pruebas posteriores a la conclusión de la causa. 1) Concluida la audiencia y al retirarse el tribunal para considerar su decisión no se admitirá ninguna otra prueba en la instancia. 2) El tribunal podrá disponer, en el mismo acto en que efectúe ese anuncio, diligencias para mejor proveer, debiendo dejar expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso su diligenciamiento de oficio, durante el trámite del proceso.

Con lo expuesto observamos que, en general, existe una notable semejanza entre la recepción y regulación de la prueba de oficio en muchos ordenamientos jurídicos comparados.

III. PARCIALIDAD DEL JUEZ.

Uno de los principios elementales que debe respetar todo proceso es el de imparcialidad del juzgador, por el cual el

tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las partes (independencia). (Alvarado Velloso, 2009, t. I, p. 339)

Ferrajoli (2009, p. 339) manifiesta importantes dificultades empíricas que impiden alcanzar el ideal de imparcialidad del juzgador ya que, por más que intente evitarlo,

siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores ético-políticos. (...) En todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio.

Por ello, “*la imparcialidad no es una representación descriptiva sino prescriptiva*” (Meroi, 2009, p. 41) y es esencial esforzarse por diseñar y defender un sistema que aspire a lograr jueces “*tan imparciales como sea posible*” (Goldschmidt, 1955, p. 135).

La prueba de oficio atenta fuertemente contra el principio de la imparcialidad judicial porque asigna al juez tareas propias de las partes (deja de ser imparcial) y beneficia a una de las partes en contra de la otra (deja de ser imparcial).

Quienes defienden la prueba de oficio sostienen que la imparcialidad judicial no se ve afectada, porque nada impide que el juez desee el triunfo de la parte que tiene razón en el juicio y no se conoce antemano cuál será el resultado

Las partes podrán solicitar, a modo de contraprueba, diligencias complementarias de las dispuestas por el tribunal el cual resolverá sin otro trámite y sin perjuicio del recurso de apelación diferida, si se violan las garantías del contradictorio y del derecho de defensa. El tribunal de segunda instancia, si considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el proceso, podrá disponer las medidas complementarias que entienda adecuadas para asegurar el respeto de dicha igualdad y del derecho de defensa en juicio.”

de la prueba para saber a quién beneficiará o perjudicará (Pico I Junoy, 1998, p. 24)³¹.

Sin embargo, en muchas ocasiones, es falso que el juez que ordena una medida probatoria de oficio jamás prevea el resultado de esa prueba. Claro que no puede asegurarse el resultado, pero muchas veces se tiene al menos una hipótesis que se intenta confirmar con la prueba. Más allá de que acierte o no en el resultado que esperan, es plausible sostener que en ocasiones el motivo de la orden del juez para realizar una prueba de oficio se relaciona con la inclinación hacia la versión de una de las partes, con el fin de obtener elementos para justificar la decisión en ese sentido.

Por ello, no es del todo preciso sostener que los jueces ni se imaginan cuál será el resultado de la prueba que ordenan producir de oficio y eso también influye en la valoración de esa prueba ya que siempre “*la tarea investigativa afecta la posterior actividad juzgadora*” (Meroi, p. 43), por lo que probablemente exista un fuerte sesgo para considerar la prueba de oficio con mayor énfasis que la aportada por las partes para lograr la convicción del propio juez (Cordón Moreno, 1998, p. 142)³².

No obstante, aunque efectivamente el juez desconozca si el resultado de la prueba de oficio determinará la veracidad o falsedad de un hecho controvertido, desde un análisis lógico demostraré que es posible conocer a quién puede beneficiar y perjudicar dicha prueba de oficio, porque siempre incrementará la expectativa de éxito en el pleito de aquella parte que hasta ese momento no había logrado convencer al juez de los hechos que alegó, y que tenía la carga de hacerlo.

A. En el proceso penal

En materia penal, si se trata de un sistema procesal adversarial, el razonamiento para detectar la parcialidad en que incurre el juez que ordena prueba de oficio es bastante simple, pese a lo cual muchos códigos procesales penales acusatorios o adversariales todavía contienen este resabio inquisitivo.

La garantía constitucional de inocencia implica que, si el juez tiene dudas respecto de los hechos incriminantes, debe aplicar el principio *in dubio pro reo* y absolver al imputado. Es decir, hay tres mundos lógicamente posibles en los que se puede encontrar el juez respecto al material probatorio producido en el proceso:

³¹ “El órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba, no sabe a quién puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es cumplir eficazmente la función jurisdiccional que la Constitución le asigna.”

³² “El órgano jurisdiccional, siquiera sea en el ámbito interno, tenderá a dar más crédito a los medios de prueba (y a sus resultados) aportados por él, que a los aportados por las partes, poniendo en peligro su imparcialidad.”

a) que el juez tenga certeza sobre la tipicidad, antijuridicidad, autoría y culpabilidad de la conducta del imputado, en cuyo caso debe condenarlo; b) que el juez tenga certeza sobre la inexistencia de algunos de los elementos del delito, a saber, que la conducta sea atípica, que esté justificada, que haya alguna excusa absoluta, que la acción penal se haya extinguido, que el imputado no sea autor ni partícipe o que no actuó con culpa o dolo, en cuyo caso debe absolverlo; y c) que el juez tenga dudas sobre la existencia de alguno de los elementos del delito, en cuyo caso debe aplicar el principio de inocencia y absolver al imputado.

Por ello, si el juez tiene dudas sobre los hechos y dispone una medida probatoria de oficio, siempre estará perjudicando al imputado porque únicamente aumentará las probabilidades de ser condenado (Bouzat y Cantaro, 2003, p. 79)³³. Si el resultado de la prueba fuera favorable al imputado, nada habría ganado porque ya debía ser absuelto igualmente por las dudas. Y si el resultado de la prueba fuera desfavorable al imputado, obviamente correría mayores riesgos de ser condenado. Así, deja de ser imparcial el juez que ordena una medida probatoria de oficio en materia penal porque lo hace en miras a condenar al imputado (Botto Oakley, 2004, p. 106)³⁴.

B. En el proceso no penal

Pero aun cuando no se trate de materia penal, igualmente podemos sostener que la prueba de oficio afecta la imparcialidad del juez. Las partes tienen la carga de probar los hechos en los que fundan su pretensión o su resistencia, si no lo hacen el juez debe tener por no acreditados esos hechos y tiene que decidir en contra de los intereses del que no probó cuando tenía la carga de hacerlo. El que incumple el imperativo del propio interés se arriesga a sufrir un perjuicio propio, y el juez no puede relevar de ese perjuicio a ninguna de las partes.

Una vez concluido el período probatorio, el juez tiene que fallar en función de las actividades probatorias desplegadas por las partes en el proceso. Si

³³ “Teniendo en cuenta que en el modelo acusatorio del garantismo, la duda fáctica siempre opera a favor del imputado, si ante tal situación el juez, pudiera o tuviera que realizar cualquier actividad probatoria adicional para despejar la duda y establecer de ese modo la verdad de los hechos, necesariamente dicha actuación sería contraria a los intereses del imputado. Mientras que la regla de la duda favorece al imputado, cualquier actividad probatoria tendiente a salir de ese estado favorece a los intereses de la acusación; ergo, si tal actividad es realizada por el juez, implica el abandono de su situación de imparcialidad conceptualmente vinculada con la función de juzgar.”

³⁴ “Si el juez no forma convicción legal no puede condenar al demandado en base a las pruebas rendidas; simplemente, debe absolverlo. Para ello, nunca será necesario que decrete una de estas medidas para mejor resolver, porque a aquella conclusión debió necesariamente llegar precisamente por falta de prueba. Así, si la medida probatoria decretada por el juez favorece al demandado, inútil fue decretarla porque sólo justifica que debió absolverlo por falta de prueba, con lo cual nunca una medida para mejor resolver puede favorecer al demandado.”

alguna de ellas no logró persuadirlo de la veracidad de los hechos que alegó, entonces deberá desestimar su pretensión o resistencia (Alvarado Velloso, 2007, pp. 16-17)³⁵. Si en lugar de fallar de ese modo el juez ordena una prueba de oficio, beneficia la situación del que incumplió la carga de la prueba y correlativamente perjudica a la otra parte. Si el resultado de la prueba fuera desfavorable para el que incumplió con la carga de la prueba, en nada cambiará el resultado del pleito porque igual tenía que perder. En cambio, si la prueba resulta favorable para el que no había probado debidamente los hechos, entonces se verá beneficiado por la actividad probatoria del juez.

IV. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA PRUEBA

Los principales tópicos que aborda el análisis económico de las reglas probatorias consisten en la internalización de los costos de error judicial (Posner, 1999, p. 8)³⁶ y los efectos que las reglas probatorias acarrea dentro y fuera del litigio (Parker y Kobayashi, 2000, p. 294). Esto mismo se condice con la pauta interpretativa expresada en las *Federal Rules of Evidence* que se declaran como herramientas tendientes a reducir los costos y tiempo innecesarios en los litigios propendiendo a la búsqueda de la verdad y la decisión justa de los casos concretos.³⁷

Richard A. Posner propone un modelo para determinar el nivel óptimo de prueba en un litigio. El impacto social derivado de la actividad probatoria es función del costo directo que acarrea producirla y de la probabilidad de que la prueba permita que la decisión se adecúe a la realidad multiplicada por el valor del litigio. Este postulado implica que a medida que mayor sea el monto que está en juego, mayor será el esfuerzo en producir la prueba conducente en el litigio. A su vez, también serán mayores las pruebas que se produzcan a medida que menores sean los costos de obtenerlas (Posner, 1999, p. 6).

A los efectos de este trabajo, formularé un modelo para analizar la decisión de las partes de aportar prueba o no hacerlo. Afirmaré que la decisión de

³⁵ “Si el juez carece de convicción en materia penal y por tanto, tiene dudas para juzgar con justicia, debe absolver sin más. Ya se sabe que toda prueba ordenada para salir de la duda tiende a la condena del imputado, aunque el juez ignore al ordenarla a quién beneficiará. De la misma forma ocurre en materia civil: si se halla en idéntica situación de duda o de carencia probatoria suficiente, debe aplicar al caso, y sin más, las reglas de la carga de la prueba y, con ello, fallar acorde con su resultado.”

³⁶ “If punishment is imposed randomly, so that the probability of punishment is the same regardless of guilt, the expected punishment cost for committing the crime will be zero. The more accurate the process of determining guilt is, the less random punishment will be, and so the greater will be the law’s deterrent effect. To put this point differently, greater accuracy in the determination of guilt increases the returns to being innocent.”

³⁷ FRE 102: “Purpose. These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.”

aportar prueba estará orientada por las siguientes tres variables: el costo de obtención y producción de la prueba (C), el beneficio de acreditar el hecho que se alegó (B) multiplicado por la probabilidad de lograr acreditar el hecho alegado (P); por tanto, decidirá aportar prueba si $C < BP$.

El costo de la prueba (C) en algunos casos tenderá a infinito, por ejemplo, cuando a la parte le resulte de imposible producción³⁸ y en otros casos será de muy fácil producción, por ejemplo, presentar documentación en poder de la parte. Pero siempre será positivo.

Con relación al beneficio de aportar una prueba (B) tiene especial relevancia cómo se distribuya la carga de la prueba ya que la parte que tenga la carga de probar un hecho será quien corra con el riesgo de no lograr acreditarlo. En algunos casos el beneficio será igual a cero, porque se trata de una prueba irrelevante o porque la parte no tiene la carga de la prueba. En otros casos será positivo, porque tiene la carga de probar y esa prueba le resulta favorable. Y a veces, el beneficio será negativo (en realidad sería un perjuicio), porque, ya sea que tenga o no la carga de la prueba, ese elemento probatorio es contrario a su versión de los hechos y sus intereses. Por ello, de acuerdo al principio de la racionalidad maximizadora de bienestar propio, es plausible inferir que la parte considerará aportar la prueba únicamente en los casos en que le resulte favorable y no en los demás casos (Hay y Spier, 1997, p. 418)³⁹.

La probabilidad de lograr convencimiento sobre el juez con la prueba aportada (P) incrementará a medida que aumente el caudal de elementos probatorios, pero la utilidad marginal de cada unidad adicional de prueba será decreciente. Es decir, siempre será importante aportar más prueba, pero llegará una instancia en que esa importancia será cada vez menor. (Sanchirico, 2006, p. 6)⁴⁰

Por último, debemos tener en cuenta que la decisión de aportar prueba es una decisión estratégica en la que también incide la conducta de la parte contraria.⁴¹ Si la parte contraria claramente promovió una acción defectuosa y sin

³⁸ La llamada *prueba diabólica*.

³⁹ "Under either burden of proof assignment, the party with the burden will present the evidence if and only if the evidence supports his position, while the other party will refrain from presenting evidence regardless of whether the evidence supports his position."

⁴⁰ Por ejemplo, hacer declarar a 15 testigos coincidentes en la versión de los hechos de la parte que los ofreció, será mejor en términos de persuasión para esa parte que hacer declarar a 1, 5, 8 ó 10 testigos. Pero la importancia de agregar un testigo cuando tenemos 0 testigos es mucho mayor que cuando tenemos 15 y, a la inversa, la importancia de restar 1 testigo cuando tenemos 15 es mucho menor que cuando tenemos 1 solo (Posner, 1999, p. 6).

⁴¹ "The probability of plaintiff victory depends on both parties' expenditure choices. The joint determination of plaintiff victory produces, in turn, an interdependence in parties' litigation

prueba suficiente, tal vez una estrategia razonable podría ser resistir su pretensión desconociendo los hechos sin necesidad de aportar prueba alguna en forma tal de ahorrarse ese esfuerzo innecesario.

V. INEFICIENCIA DE LA PRUEBA DE OFICIO.

En este punto sostendré que la prueba de oficio es ineficiente por los argumentos que aquí adelanto y que profundizaré en los siguientes apartados.

La prueba de oficio implica suplir por el juez la actividad probatoria que podrían haber realizado las partes en juicio, por lo que la expectativa de que sea ordenada una medida probatoria de oficio, reduce el beneficio que reporta a las partes cumplir con la carga de la prueba y también reduce, correlativamente, el perjuicio derivado de incumplirla. Es decir, relaja los incentivos para que las partes aporten prueba relevante para la solución del juicio.

Además, en tanto los errores u omisiones de las partes en juicio son atribuibles en general a los profesionales que las asesoran, la prueba de oficio puede producir cierta distorsión en el mercado de servicios profesionales.

Por otro lado, no existen ventajas comparativas para que al juez le resulte más fácil o menos costoso que a las partes, obtener y producir prueba. Al contrario, existen fuertes indicios para sostener que las partes se encuentran en mejores condiciones de hacerlo antes que el juez, ya que ellas son las que tienen mayor conocimiento y mayor cercanía a los hechos relevantes para resolver el litigio. Por eso, si bien el costo privado de la parte que no aporta la prueba se reduce, el costo social incrementa si la aporta el juez porque le resulta más difícil hacerlo y porque el juez carece de incentivos adecuados para probar.

En muchas ocasiones la prueba de oficio es indiferente para el resultado del juicio y produce una dilación innecesaria para el dictado de la sentencia.

Si bien algún caso concreto podría resolverse con una mayor correspondencia a la realidad gracias a la prueba de oficio, existen otras herramientas jurídicas más eficaces para obtener ese mismo resultado y a un menor costo. Ese objetivo de búsqueda de la verdad, en sistemas procesales adversariales, puede lograrse en forma más eficaz y a un menor costo, a través de

payoffs. In general, the more each party spends the worse the prospect of litigation for the other. Payoff interdependence has a number of interesting implications. It casts a shadow back onto pretrial process and the primary activity. In deciding whether to accept or provide a settlement offer, for instance, a party must predict what her opponent would spend in litigation in order to calculate her own threat point. Game theory's standard 'solution' to this problem, however unsatisfying, is to assume that parties choose their strategies in Nash equilibrium, which is to say that parties jointly choose a strategy pair with the characteristic that each party's strategy is a best response to the other's."

una asignación eficiente de la carga de la prueba entre las partes, sin necesidad de atribuir iniciativa probatoria al juez.

A la inversa de lo que podría pensarse intuitivamente, la prueba de oficio conspira contra el objetivo de búsqueda de la verdad e incrementa las chances de error judicial.

A. Incentivo para la desidia de las partes

La prueba de oficio impacta desfavorablemente en la ponderación que realizará la parte que tenga la carga de la prueba para decidir aportar prueba o no, ya que reduce el beneficio que reportaría cumplirla y también reduce, correlativamente, el perjuicio derivado de incumplirla.

Si asumimos que las partes son agentes racionales, que aportar prueba implica afrontar un costo y que la prueba sólo será aportada (ofrecida y producida) en la medida en que sea útil para que esa parte gane el litigio, tal como expuse en el punto IV, entonces es plausible inferir que la parte no aportará la prueba (o aportará menos prueba) si sabe de antemano que puede ganar el litigio igualmente sin hacerlo. En definitiva, con la prueba de oficio, aparecerán casos en que una de las partes debiera haber perdido el juicio por incumplir su carga probatoria, pese a lo cual resulta igualmente exitosa gracias a que el juez produjo la prueba en su lugar.

Por eso podemos afirmar que, *ceteris paribus*, el esfuerzo de las partes para aportar prueba al juicio es inversamente proporcional a la probabilidad de que el juez ordene la prueba de oficio. Es decir, mientras mayor sea la expectativa de que el juez ordene prueba de oficio menor será la actividad probatoria que desplieguen las partes, en otras palabras, mayor será la desidia o desinterés de las partes para cumplir con su carga de la prueba.

En la prueba de oficio, los perjuicios derivados de incumplir la carga de la prueba son ajenos a la parte incumplidora porque su omisión podrá ser subsanada por la actividad judicial. De ese modo, se relaja o pierde intensidad el incentivo para que las partes aporten la prueba relevante de los hechos (Almagro Nosete, 1981, p. 34).⁴²

Joan Pico I Junoy, en sentido contrario a lo expuesto, replica que la prueba de oficio no repercute negativamente sobre la diligencia de las partes en el

⁴² Al comentar el art.24.2. de la Constitución Española que establece el derecho “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”, sostiene que “lo interesante es que, con rango constitucional se establezca este derecho [probatorio] a favor de las partes, precisamente, para preservar a éstas de lo contrario, es decir, de que una ilimitada confianza en el juez y en sus atribuciones probatorias, pudiera dar al traste con la responsabilidad inherente a la libertad de cada parte de utilizar los medios de prueba conducentes a la verificación de los hechos.”

proceso, porque la carga de la prueba opera al momento de sentenciar y no antes. Según ese criterio, la carga de la prueba se dirigiría únicamente al juez para determinar cuál de las partes será perjudicada por la inexistencia de ciertos hechos (2007, p. 579). Sin embargo, este razonamiento es incorrecto porque implicaría aceptar que las únicas normas jurídicas relevantes serían aquellas que Hans Kelsen califica como “primarias” y que se dirigen al autoridad judicial (ej: al que matare a otro, los jueces deberán aplicarle de 8 a 25 años de prisión) y menospreciar la norma “secundaria” implícita que se dirige a la comunidad en general (ej: se debe no matar) (1982, pp. 92-93). Una vez cometido el homicidio, la condena del homicida no borra el delito y la víctima habrá muerto de todas formas; pero si nos situamos *ex ante* del delito, la existencia de una amenaza de condena en expectativa puede ser un instrumento que genere incentivos para disuadir a las personas de cometer ese tipo de actos. Del mismo modo, una vez que terminó el proceso, *ex post* de las actividades probatorias de las partes, la carga de la prueba solamente sirve para determinar quién gana y quién pierde el juicio y no cambia la cantidad de prueba con la que se cuenta para decidir; pero el actor y el demandado sabrán *ex ante*, al momento de ofrecer la prueba, cuál es el riesgo de no cumplir adecuadamente con su carga de la prueba y eso constituye un fuerte incentivo para aportar elementos probatorios. Precisamente, lo que reduce la prueba de oficio es el perjuicio de no aportar prueba adecuada y también el beneficio de aportarla, porque en uno u otro caso el juez podrá hacerlo en su lugar.

Los incentivos inadecuados que genera la prueba de oficio se profundizan por la gran incertidumbre sobre la eventual decisión del juez de ordenarlas o no, ya que la estimación que hagan las partes acerca de la probabilidad de que el juez ordene o no prueba de oficio será siempre muy imprecisa. Pero, en cualquier caso, esa estimación diluye la responsabilidad que percibe cada una de las partes sobre su carga probatoria y esto también se relaciona con el denominado efecto “*Genovese*” o “*bystander*” de la literatura del AED. Este fenómeno fue estudiado con profundidad por la Psicología Social a partir del asesinato de Catherine Susan Genovese en 1964, quien fue apuñalada a unos metros de la entrada de su edificio en Brooklyn y murió a las pocas horas. Si bien hubo más de 30 testigos que vieron o escucharon algo fuera de lo común, nadie llamó a la policía ni acudió en su ayuda. La reflexión que surgió de estas investigaciones es que “*nuestro sentido de la responsabilidad se debilita cuando creemos que otros tienen la misma posibilidad de prestar ayuda o de prevenir un peligro*” (Acciarri, 2014, pp. 5-6)⁴³. Algo similar es esperable que ocurra con la

⁴³ Agrega que “*de hecho, resulta asombrosamente escasa la proporción de personas que salen en auxilio de una tercera, cuando hay otras que también podrían ayudarla. Se trata de un*

prueba de oficio, ya que las partes pueden descansar en la sensación de que el juez podrá realizar la misma actividad que le incumbía a ellas, pero a fin de cuentas puede ser que ni el juez ni las partes aporten el material probatorio que estaba a su alcance (Flores, 2008, p. 11).⁴⁴.

Tal como expondré en el punto V.C.1., el problema que acarrea la desidia de las partes para cumplir con su carga probatoria, es la disminución de su rol protagónico para recabar los elementos probatorios relevantes para resolver adecuadamente el caso. Esta situación es reconocida incluso por los defensores de la prueba de oficio y, en tal sentido, Gozaíni sostiene que:

las ventajas del proceso obtiene de ellas (las partes) depende, sobre todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad; cualquier límite señalado a ésta compromete su rendimiento; además, la acción de la parte se desarrolla por medio de la contradicción, que es una forma de lucha, no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia.

Por eso, Hyun S. Shin (1998, pp. 379-381) afirma que aunque se asuma que el juez tiene tanta información como las partes (lo que cuestionaré en el punto V.C.1), el sistema adversarial es superior en cuanto a los resultados que se obtienen porque permite imponer la carga de la prueba de una manera eficiente a las partes y así lograr maximizar la cantidad de información que se obtenga a partir del litigio.⁴⁵

B. Distorsión del mercado de servicios profesionales

Además de relajar los incentivos de las partes para aportar pruebas, la prueba de oficio también incide en la conducta de los abogados y produce distorsiones sobre el mercado de servicios profesionales (Onairam Jimenez, 2007)⁴⁶. La idea

sesgo del comportamiento con muy sólida evidencia experimental y parece importante tenerlo presente al momento de diseñar políticas públicas."

⁴⁴ "La parte puede descansar en la obligación del juzgador de esclarecer la verdad y en la plena aplicación de lo normado por la ley en el artículo 36 del CPC de la nación argentina. Siguiendo este razonamiento, a la parte no se le podrá imputar negligencia, pues en todo caso aportar prueba y esclarecer la verdad es una carga compartida con el juzgador. Pero al no resultar sancionable la conducta del magistrado que incumple su obligación, puede ocurrir que ni la parte ni el juez hagan esfuerzo alguno en descubrir la verdad y dicha persecución fracase."

⁴⁵ "My analysis reveals a robust conclusion in support of the superiority of the adversarial procedure. This is so even though I assume that the arbitrator is, on average, as well informed as the two opposing parties. (...) If one is prepared to argue that the interested parties are better informed about the circumstances than the arbitrator is because they are 'closer to the facts' (as in Milgrom and Roberts 1986), even the argument of superiority of the adversarial procedure acquires added force."

⁴⁶ "Los abogados como otros profesionales son agentes económicos que participan dentro de un mercado, compitiendo entre sí, a fin de vender sus servicios a potenciales clientes, (...) (cada uno) maximizará su esfuerzo, y con ello contribuirá a la obtención del interés social, que en este caso consistirá en una sentencia conforme a derecho. (...) Sin embargo, al existir la

subyacente en lo expuesto es que, si las partes estiman que en última instancia van a ser defendidas por el juez con la prueba de oficio, resulta poco relevante (o menos relevante que si no existiera esa facultad del juez) la diligencia que imprima su abogado en el seguimiento del asunto, lo que reduciría la importancia de contar con un abogado con una adecuada capacitación. Esto es un grave problema porque el abogado es el último bastión de una buena administración de justicia⁴⁷ y para ello los abogados debemos perfeccionarnos y mantenernos actualizados constantemente, tal como indica el primer mandamiento del abogado de Eduardo J. Couture (1982) que dice: *Estudia*.⁴⁸

Muchos de los defensores de la prueba de oficio sostienen expresamente que la prueba de oficio debe ser utilizada para corregir los errores de aquellos letrados que perjudiquen injustamente con su conducta a las partes que asisten. En ese sentido Jorge W. Peyrano afirma que:

(la tarea del juez activista) está orientada, a veces, a suplir, hasta donde se pueda y con particular reverencia respecto de límites técnicos infranqueables que el activismo reconoce, flagrantes falencias técnicas de letrados que repercuten injustamente sobre las cabezas de los justiciables que defienden. No participamos de la idea de que siempre un juicio por 'mala praxis abogadil' está en condiciones de restañar la lesión patrimonial sufrida por un patrimonio y tampoco -y esto es lo más grave- de restaurar la confianza perdida en los estrados judiciales (Peyrano, 2008, p. 837).

También se ha dicho que:

si el letrado no ejerce adecuadamente su función en el proceso y su conducta provoca la orfandad probatoria de los hechos invocados como fundamento de la pretensión de su defendido, es más razonable que sea el profesional el castigado por su mal desempeño y no que al justiciable se lo prive de un pronunciamiento justo (Etcheverry De Quintabani, 1993, p. 773).

Otros justifican la indemnidad de la parte en el proceso frente a los errores del abogado, en miras a la protección de la parte débil en el proceso (Taruffo, 2008, p. 81)⁴⁹. Al respecto, José C. Barbosa Moreira (2006, p. 199) dice:

posibilidad de que sea el Juez quien ofrezca medios probatorios, se podría generar incentivos inadecuados, ya que el rol que en un inicio debió corresponder al abogado, se verá reemplazado o corregido por el Juez."

⁴⁷ Al punto que Augusto M. Morello (1982) dedica su obra: "A los abogados, 'los soldados desconocidos de la jurisprudencia', quienes con su inquieta y fecunda imaginación, prolijo y responsable estudio del caso, y la rebelde postura de inconformismo por todo aquello que pueda frustrar las expectativas del litigante, suministran las notas que en la partitura judicial hace posible la evolución del Derecho."

⁴⁸ "Estudia: El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día menos abogado."

⁴⁹ "A menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su

casi todas las proposiciones en que la parte figura como sujeto se refieren, en verdad, a acciones u omisiones del abogado. (...) Errores profesionales son capaces de repercutir con gran intensidad en la suerte del pleito. (...) Si la actuación de los abogados es, por así decir, decisiva para el resultado del pleito, no hay que despreciar la posibilidad de que la diferencia cualitativa entre el servicio prestado por uno de ellos y el prestado por el otro redunde en una distorsión de perspectiva que tiene muy poco que ver con la situación real de las partes en lo que atañe a la materia litigiosa. El litigante munido de mayores recursos, en condiciones para contratar al mejor abogado, goza desde luego de una ventaja que desequilibra los platos de la famosa balanza de la justicia.

Estos argumentos son cuestionables porque es importante priorizar el protagonismo esencial que debe tener todo abogado en la defensa de los justiciables. En ese sentido Giuseppe Chiovenda (1925, t.II, p. 183) sostenía que *“las partes son los mejores jueces de su propia defensa”*, y Juan Montero Aroca (2006, p. 129) agrega que *“quien mejor defiende los intereses de esa parte es su abogado.”*⁵⁰ Por eso, cuestiona la atribución de poderes materiales al juez y en especial su iniciativa probatoria. Asimismo, Franco Cipriani (2007, p. 5) afirma citando a Chiovenda nuevamente, que:

“si es un mal que a veces la defensa de las partes esté mal conducida, es mal peor alentar las fáciles aspiraciones a la omnisciencia y a la omnipotencia de los jueces”. Por tanto, quien batalla por permitir al juez disponer pruebas de oficio, no hace un buen servicio a la causa de la eficiencia del proceso civil (...)

Adolfo Alvarado Velloso (2009, t.I, p. 341), explica que la decisión judicial de proteger a una de las partes en perjuicio de la otra por tener un abogado incompetente que lo asiste, tiene por efecto *“igualar hacia abajo”* en detrimento del funcionamiento de todo el sistema de administración de justicia. Propone, en lugar de suplir la actividad de ese abogado por la del juez, ordenar el reemplazo del abogado o asignarle una asistencia letrada a ese profesional como de hecho ocurre en algunas jurisdicciones.⁵¹

inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos, puede haber una parte ‘débil’ (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la ‘verdad’ sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante.”

⁵⁰ *“Si la ley partiera del supuesto de que ‘las partes son los mejores jueces de su propia defensa’, como decía Chiovenda, con la consecuencia de que quien mejor defiende los intereses de esa parte es su abogado, perdería todo sentido lógico y práctico el atribuir poderes materiales al juez y entre ellos los de iniciativa probatoria.”*

⁵¹ *“Lo que habría que hacer cuando una parte está mal defendida es ordenar el cambio de abogado -claro que esto es fuerte, aunque se use habitualmente en los países de pertenecen al*

Por ello, considero que las dificultades o desigualdades reales entre las partes y sus profesionales por razones económicas, de poder, conocimiento, etc., ameritan establecer mecanismos para balancear esas diferencias. Pero esas soluciones no pueden buscarse en la prueba de oficio sino en otras herramientas, como por ejemplo, la gratuidad de acceso al patrocinio jurídico, la asignación de equipos de abogados capacitados para asesorar y defender grupos sociales vulnerables, el eficiente diseño del sistema de responsabilidad civil por mala praxis profesional, entre otras tantas alternativas (Parisi, 2002, p. 31).⁵²

C. Incremento de los costos del sistema de administración de justicia

No existen ventajas comparativas para que al juez le resulte más fácil o menos costoso que a las partes, obtener y producir prueba. Al contrario, existen fuertes indicios para sostener que las partes se encuentran en mejores condiciones de hacerlo antes que el juez, ya que ellas son las que tienen mayor conocimiento y mayor cercanía a los hechos relevantes para resolver el litigio.

Si bien el costo privado de la parte que no aporta la prueba se reduce, el costo social de aportarla se incrementa porque al juez le resultará más dificultoso hacerlo. Por más que el juez no tenga que afrontar gastos explícitos de su propio patrimonio, el hecho de ocuparse de tareas innecesarias que podrían ser desplegadas por las partes (a menores costos), implica un costo de oportunidad porque el tiempo es finito y no puede ocuparse de otras cosas al mismo tiempo, lo que también puede acarrear incluso la necesidad de contratar mayor personal.

Por si eso fuera poco, el juez prácticamente carece de incentivos para esforzarse por producir prueba y descubrir la realidad de los hechos ya que al fin y al cabo cobrará el mismo sueldo sea cual fuere el resultado del litigio. Además, es muy difícil controlar si efectivamente la sentencia dictada fue correcta en cuanto a la estimación de los hechos, o cuanto menos es muy poco probable que se comprometa su responsabilidad por la decisión que tomó. Peyrano (2013, p. 34) reconoce esta limitación de las tareas que realmente puede cumplir el juez, pero propone delegarle la potestad de decidir cuáles son los casos “*importantes*” en los

common law- o, más livianamente, ordenar una asistencia letrada al letrado que la necesita. En este sentido hay norma expresa en muchas legislaciones (por ejemplo, ver la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Argentina).”

⁵² “*The conclusions of this paper should not be read to endorse ad hoc balancing between the inquisitorial and adversarial components of the process as a way to compensate for parties’ differential wealth or access to legal representation. In cases involving indigent individuals, it may be better to pursue equal access to justice through counterbalancing procedures other than an increased role for judges in discovery. Given the availability of more neutral and cost-effective means for promoting equal representation, the determination of the optimal level of inquisitorial efforts should be based on the objective values indicated above and should not be influenced by the need to provide legal aid to unrepresented parties.”*

cuales amerite ordenar prueba de oficio y en cuáles no. Además de la incertidumbre que esa propuesta genera para las partes, lo más preocupante es la enorme discrecionalidad que consagra que podrá devenir en arbitrariedad espontánea o incitada, y expone al juez a la tentación de corrupción.

En cambio, las partes y sus abogados tienen fuertes incentivos para aportar pruebas relevantes, ya que del éxito del litigio depende la satisfacción de los derechos de las partes y, en gran medida, los honorarios de los abogados.

En este apartado expondré las reflexiones de la literatura del AED acerca de las ventajas y desventajas en miras a la reducción del costo social que implica un sistema inquisitivo en el cual el juez lleve adelante la investigación de los hechos, frente a un sistema adversarial donde las partes sean las que posean exclusivamente la iniciativa probatoria.

1. Las partes se encuentran en mejores condiciones que el juez para probar.

En primer lugar, insisto en que no hay ventajas comparativas que coloquen al juez en una mejor situación que las partes para aportar el material probatorio (Monteleone, 2006, p. 181).⁵³ Al contrario, las partes son las protagonistas de los hechos y generalmente al menos una de ellas tendrá a su alcance, con mayor facilidad que el juez, los medios probatorios necesarios para descubrir la realidad que motiva el litigio y serán los más interesados en ofrecer y producir esa prueba (Cipriani, 2007, p. 4)⁵⁴.

Esta premisa es incluso compartida por muchos partidarios de la prueba de oficio, sin embargo, sostienen que *“el hecho de que los litigantes estén más preparados para aportar al proceso el material probatorio necesario no explica que se omita o excluya de esa actividad al juzgador”* (Pico I Junoy, 2007, p. 584). Considero que esa afirmación constituye un fuerte argumento en contra de la prueba de oficio por las siguientes razones.

Si las partes son más aptas y tienen más facilidad que el juez para aportar prueba relevante en un juicio, entonces es plausible que se le asigne a ellas, y no al juez, la iniciativa probatoria, porque eso incrementa las chances de éxito en la búsqueda de la verdad a un menor costo.

⁵³ *“¿Quién o qué cosa asegura que las pruebas dispuestas de oficio por el juez (tercero por definición, y por tanto persona ajena a los hechos concretos deducidos en juicio) sean más idóneas que aquellas propuestas por las partes (sujetos que, por el contrario, son los artífices de esos hechos) para llegar a una correcta y precisa determinación de los hechos?”*

⁵⁴ *“No se puede continuar desconfiando siempre de las partes y confiándose solo en el juez, no solo y no tanto porque también el juez puede equivocarse y/o abusar de sus poderes, sino también y sobre todo porque no tiene ningún sentido suponer que al juez le puedan importar las causas civiles más de cuanto le importan a las partes.”*

Lo expuesto no implica desconocer que existan excepciones a esta premisa y que, en ciertos casos, le resulte más sencillo a la propia autoridad que debe resolver el conflicto, conocer y probar los hechos relevantes. Robert Thomas (2012), para defender la actividad probatoria oficiosa, comparte la experiencia de ciertos tribunales administrativos ingleses con competencia en asuntos específicos que exigen un gran nivel de conocimiento técnico o científico por lo que son desempeñados por expertos de esas áreas, pero legos en derecho (ej: salud mental, educación especial, inmigraciones, seguridad social, etc). Explica que muchos de los reclamos que reciben estos tribunales son realizados sin patrocinio letrado, y asumen un intenso rol inquisitivo en la búsqueda de pruebas y en la solución del caso. Sostiene que esta cualidad es saludable porque el tribunal dispone de una gran cantidad de información y capacitación para identificar los elementos necesarios para resolver adecuadamente el caso, lo que le otorga una ventaja comparativa frente a los particulares inexperimentados en el área (2012, pp. 3-4). Reconoce el riesgo de pérdida de neutralidad del quien investiga, que luego tendrá que resolver sobre el reclamo, pero entiende que ese problema se compensa con los mayores beneficios que reportaría la participación activa del tribunal sin las demoras y mayores gastos que implicaría el sistema adversarial en este tipo de casos (2012, pp. 6-7). Este trabajo no debe ser interpretado como un argumento para rechazar las ventajas que tienen las partes frente al juez para probar los hechos, sino que constituye una excepción que confirma la regla general. En primer lugar, porque una de las características más salientes de esos tribunales administrativos es la inexistencia de patrocinio letrado obligatorio, lo que hace imprescindible flexibilizar las exigencias que se le imponen a las partes en el procedimiento y dificulta hacer efectivo el apercibimiento por incumplir cargas procesales. En segundo lugar, porque el resultado de ese procedimiento deberá ser susceptible de revisión judicial suficiente, y allí se desplegará un auténtico proceso adversarial. Por último, el diseño de todo ese sistema administrativo de solución de conflictos reposa sobre la experticia indispensable de los juzgadores que se encuentran en una situación privilegiada para el conocimiento de los hechos con mayor precisión, completitud y facilidad que las partes.

Esta misma idea subyace en una de las principales conclusiones del trabajo de Bruce L. Hay y Kathryn E. Spier (1997, p. 430), en cuanto sostienen que *“el sistema adversarial tiende a producir menores costos de litigación, salvo que los costos de recabar evidencia por parte del juzgador sean considerablemente inferiores que los costos de las partes para hacerlo.”*

Por lo expuesto, podemos afirmar que, en principio, las partes se encuentran en mejores condiciones que el juez para aportar el material probatorio, lo que justifica en gran medida que a ellas se le atribuya la iniciativa probatoria y no al juez.

2. Inexistencia de incentivos adecuados para que el juez pruebe

Tal como adelantamos, el juez carece de incentivos adecuados que permitan pronosticar, con cierto grado de probabilidad, que vaya a decretar prueba oficiosamente. La falta de correspondencia entre la sentencia y la realidad de los hechos no cambia la evaluación del desempeño del juez, máxime si se deriva de la prueba incompletamente aportada por las partes. En primer lugar, el resultado del juicio le debe resultar neutral porque no puede tener interés en ello. Pero además, en cualquier caso, el juez seguirá desempeñándose del mismo modo, con sus mismos ingresos y sin contratiempos por el hecho de no haber dictado (Posner, 1997, p. 14)⁵⁵. En cambio, ordenar prueba de oficio exige mayores esfuerzos que no serán recompensados de modo alguno. Un fuerte indicio que corrobora lo dicho es que resulta extremadamente infrecuente observar, en la práctica judicial y en repertorios jurisprudenciales, casos en los que el juez efectivamente haya decretado prueba de oficio.

En el punto V.C.4., desarrollaré diversos estudios acerca de la preferibilidad del sistema adversarial frente al sistema inquisitivo para alcanzar la verdad en el proceso. Algunos de esos estudios concluyen en una equivalencia *a priori* de ambos sistemas, mientras que otros concluyen en la superioridad del sistema adversarial. Sin embargo, todos ellos, asumen (por hipótesis de trabajo) que tanto las partes cuanto el juez tienen idénticos incentivos para probar. Por ello, si agregamos como dato de la realidad que los jueces carecen de esos incentivos, entonces la conclusión a favor del sistema adversarial se fortalece en forma contundente.

3. Dilaciones innecesarias

Muchas veces ocurre que las medidas probatorias de oficio son utilizadas con el objetivo de dilatar el dictado de la sentencia, aunque no se espere obtener material probatorio relevante para la decisión.

De acuerdo a la serie lógica que debe seguir el procedimiento, la sentencia debe dictarse una vez que haya finalizado la etapa de confirmación de los hechos alegados por las partes. En ese momento, comienza a correr el plazo que la ley impone al juez para heterocomponer el litigio. Si bien el incumplimiento de dichos plazos no impide dictar la sentencia con posterioridad, puede llegar a implicar algún llamado de atención o una sanción de mayor gravedad para el juez que no cumpla con dichos plazos.⁵⁶ En cambio, aunque ya existan elementos más que suficientes para resolver el litigio, si el juez ordena la

⁵⁵ “Since it is difficult to evaluate legal factfinding and thus to criticize a judge for having made erroneous findings or praise him for good ones, the judge’s incentive to exert himself to do a good job will be limited.”

⁵⁶ Porque el juez no tiene la carga de cumplir esos plazos sino el deber de hacerlo.

producción de prueba de oficio, entonces el plazo para dictar sentencia no corre hasta que esas diligencias se hayan cumplido. Por eso, algunos satirizan esta situación y califican a estas diligencias como “medidas para mejor demorar” y en ese sentido Cipriani (2007, p. 4) llegó a sostener que “*no sirven tanto para llegar a la verdad, sino para tomarse un tiempo y, como consecuencia, para desplazar aún más el baricentro del proceso de las partes (y de sus defensores) al juez.*”

El problema de la duración de los litigios es un fenómeno que afecta a la mayoría de los sistemas de administración de justicia. Los recursos humanos y materiales suelen ser insuficientes para dar respuesta a los justiciables en plazos razonables. Por eso, muchas veces se observan este tipo de decisiones con el fin de demorar el momento de la toma de decisión por parte del juez, amparándose en una atribución legal. Sin embargo, esa dilación innecesaria traslada costos a las partes que deben esperar más tiempo para finalizar el litigio en que intervienen.

4. Asignación eficiente de la carga de la prueba sobre las partes.

Luke Froeb y Bruce H. Kobayasi (2001, p. 271), sostienen que no existen argumentos que hagan preferible *a priori* un sistema adversarial o uno inquisitivo en términos de eficiencia para la búsqueda de la verdad. La ventaja del sistema adversarial radica en crear incentivos a las partes para que aporten mayor información para la decisión judicial, pero solo aportarían las pruebas que le favorezcan y no las que fueran adversas a sus posiciones. En un sistema inquisitivo, en cambio, el juzgador recabaría toda la prueba que esté a su alcance, sin importar a cuál de las partes le resultara favorable o no. La diferencia esencial entre uno y otro sería la centralización o descentralización en la producción de la prueba.⁵⁷

Francesco Parisi (2002, pp. 193-216) resalta que el sistema adversarial crea una interacción estratégica entre las partes que produce costos adicionales a la investigación de los hechos por la propia autoridad, pero al mismo tiempo produce potenciales beneficios por lo que:

afirmar que el sistema inquisitivo sea más eficiente meramente porque involucra sólo un investigador de la verdad (el juez) en lugar de dos o más investigadores (las partes y sus asesores), pasa por alto un importante aspecto del problema.

A semeja el comportamiento estratégico entre las partes en un proceso con lo que ocurre con la competencia entre comerciantes de un mismo producto para un mismo público mediante publicidad. La publicidad implica un costo y, cuando se compite por los mismos clientes, la inversión de un comerciante incrementa sus chances de vender el producto en perjuicio de las chances del otro

⁵⁷ “*The adversarial system has been criticized on the basis of its cost, and the tendency for litigants to report only favorable evidence. In contrast to the claims of the critics, we find that the adversarial process is not dominated by even an idealized inquisitorial process.*”

comerciante. Sin embargo, la ganancia neta de la venta del producto disminuye a medida que se invierte más en publicidad. Ahora bien, la publicidad también tiene sus efectos valiosos ya que brinda a los consumidores mayor información y permite enfatizar los puntos débiles y las fallas entre los oponentes, por lo que el costo privado de la publicidad puede repercutir en una reducción del costo social si permite que los consumidores adquieran el producto que mejor se adecue a sus necesidades. Del mismo modo, si bien el sistema adversarial puede incrementar el costo privado de las partes para la producción de prueba, puede ser una herramienta útil para resolver el caso más certeramente.

Posner (1997) también detecta la duplicación de esfuerzos que produce el sistema adversarial. El esfuerzo para producir la prueba y llevar adelante el proceso es doble porque hay dos bandos antagónicos esforzándose por imponer su verdad y tratando de derribar la del otro. Ese afán de competir entre ellos podrá ocasionar que se produzca demasiada prueba innecesaria por encima del óptimo social o que se produzca menos prueba de la deseada socialmente, mientras que en el sistema inquisitivo el juez podría investigar hasta que el costo marginal y el beneficio marginal de hacerlo se igualen. Pero replica que el carácter competitivo de ese proceso genera mejores incentivos para investigar que bajo un sistema en el que el juez es el principal investigador, por lo que a fin de cuentas, el saldo de beneficios es mejor en el sistema adversarial. Más allá de ello, considera saludable reconocer cierta iniciativa probatoria de oficio excepcional del jurado o del juez.

Paul Milgrom y John Roberts (1986, p. 18) sostienen que

cuando todas las partes interesadas y con intereses contrapuestos tienen acceso completo y verificable a la información, la competencia entre ellas para influir en la decisión hace que emerja la "verdad" (...) De lo que se sigue que, de la neutralidad por parte de la autoridad que debe resolver y/o de la competencia entre las partes interesadas puede resultar el descubrimiento de la información relevante para tomar la decisión óptima.

Para arribar a esta conclusión, asumen que ambas partes exhibirán únicamente la información que les resulte favorable. Por lo que, en tanto la prueba favorable para una es desfavorable para otra, de la actividad probatoria de las dos surgirá toda la prueba relevante para resolver.

Chirs W. Sanchirico (2001) complementa el trabajo de Milgrom y Roberts (1986) al incorporar en el análisis la posibilidad de que las partes aporten información o pruebas falsas. Parte de la premisa según la cual resulta más fácil aportar prueba verdadera, pero en muchas ocasiones el costo de fabricar prueba falsa es menor que el beneficio que reporta. Así es que las partes, testigos, peritos,

etc., pueden mentir y de hecho mienten.⁵⁸ Para graficar la gravedad de este problema, Lisa Harris decía que “*si el perjurio fuera agua, las personas en cortes civiles se estarían ahogando*”(Harris, 1996, p. 1755). El refinamiento propuesto para este análisis, permite que se tenga en cuenta, al momento de valorar la prueba aportada por las partes, las dificultades o facilidades de falsificación y el diseño adecuado de sanciones y controles para evitar que eso ocurra. De todos modos, estas apreciaciones no modifican la preferencia del sistema adversarial frente al inquisitivo en términos de eficiencia, en forma semejante a lo que proponen Milgrom y Roberts (1986).

Shin (1998), en cambio, afirma categóricamente que el sistema adversarial es más adecuado para la obtención de la verdad a un menor costo que el sistema inquisitivo. Encuentra el fundamento en que, a partir de la competencia de las partes, cada una aportará la porción de elementos probatorios que le resulte favorable. En cambio, no aportará la prueba que le resulte desfavorable ni tampoco la irrelevante. Esto permite alcanzar un equilibrio óptimo, en caso que se distribuya adecuadamente la carga de la prueba entre las partes. Por el contrario, el juez procurará recabar toda la prueba que se encuentre a su alcance, con el riesgo de insumir esfuerzos innecesarios en producir prueba irrelevante para el caso porque no favorece ni perjudica la versión de los hechos de ninguna de las partes (pp. 389-390). Además, aclara que entre las asunciones que utiliza, por razones de simplicidad, supone que todos los participantes (partes y juzgador) tienen la misma facilidad para acreditar los hechos y tienen incentivos adecuados para intentar arribar a la verdad. Pero la realidad es que las partes tienen importantes ventajas sobre estos aspectos frente al juez (facilidad probatoria e incentivos para probar), por lo que, si se introdujera esa variable en el análisis, se fortalecerían aún más la conclusión sobre la superioridad del sistema adversarial (pp. 379-381).

En definitiva, la principal ventaja del sistema adversarial es la posibilidad de asignar eficientemente la carga de la prueba para alinear los incentivos de las partes, de manera tal que sus esfuerzos conduzcan al nivel óptimo de material probatorio.

Esta asignación puede ser realizada por la legislación *a priori* según la teoría clásica de la carga “*estática*” de la prueba que constituye el principio general receptado con distintas palabras pero con el significado similar en la mayoría de los códigos procesales de Latinoamérica, por el cual

⁵⁸ En los fundamentos de las Federal Rules of Evidence (nota a la regla 801a) se observa esta preocupación, cuando dice que “*no hay ningún tipo de prueba que se encuentre libre de la posibilidad de fabricación.*”

la parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están realizadas en los hechos (Rosenberg, 2002, p. 123).⁵⁹

Pero este principio puede modificarse mediante presunciones legales y judiciales⁶⁰, o incluso el juez puede asignar la incumbencia probatoria a quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo aplicando la teoría que la doctrina jurídica tradicional denomina “*cargas probatorias dinámicas*”.⁶¹

La asignación eficiente de la carga de la prueba por la ley o por el juez, es la herramienta más valiosa que tiene el sistema procesal adversarial para la averiguación de la verdad y lo coloca en mejores condiciones para lograr ese objetivo frente al sistema de juzgamiento que habilite o encomiende al juez a ordenar prueba de oficio.

D. Prueba de oficio y error judicial

El AED explica que el grado de certeza que inspira el sistema procesal no es un valor en sí mismo, sino que sirve para incrementar el nivel de cumplimiento general de la ley. Este mayor nivel de precisión implica costos porque requiere procesos más largos y más calificados (Polinsky y Shavell, 1989).

Ahora bien, ¿debemos resignarnos a la posibilidad de este error o debemos encomendarle al juez que corrija este problema? Este es un dilema

⁵⁹ Tal como establece, por ejemplo, en Argentina el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) que es replicado por la mayoría de los ordenamientos procesales provinciales del país.

Art.377 CPCCN: “*Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.*”

⁶⁰ Me refiero a las presunciones *iure et de iure* (que no admiten prueba en contrario), *iuris tantum* (salvo prueba en contrario) u *homini* (derivadas de las reglas de la experiencia sobre la base de indicios).

⁶¹ En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) del año 2014, recepta esta teoría en el proceso de daños, si bien con importantes limitaciones. En primer lugar, solamente resulta aplicable en forma excepcional para la prueba del factor de atribución subjetivo de responsabilidad o su inexistencia (es decir, la culpa o no culpa), y el juez, en caso que decida aplicar este criterio, deberá comunicarlo previamente a las partes de manera tal que no genere sorpresas que afecten el ejercicio del derecho de defensa.

Art.1734 CCyC: “*Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.*”

Art.1735 CCyC: “*Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.*”

retórico en que se cae al defender la prueba de oficio en tanto engendra una falsa disyunción, porque existe otra respuesta alternativa que sostengo.

Una primera aproximación podría implicar, equivocadamente, que la prueba de oficio es una herramienta para combatir del error judicial y morigerar los efectos distorsivos que genera. El liviano razonamiento que se podría hacer es que la prueba de oficio significa resolver con más prueba, y más prueba significa resolver con más probabilidades de acertar a la realidad de las cosas.

Sin embargo, ese apresurado razonamiento encuadra una falacia de reduccionismo porque pasa por alto los efectos implícitos que genera simultáneamente la prueba de oficio con relación al error judicial. La intromisión judicial en la dirección del proceso incentiva la desidia de las partes como ya señalé en el punto V.A., y si bien algún caso aislado pueda ser superado con esa iniciativa oficiosa, lo cierto es que en general los efectos que produzca serán perniciosos y redundarán en un incremento del error judicial.

Michael Block y Jeffrey S. Parker (2004) elaboran un estudio experimental para comparar la aptitud del sistema adversarial y del sistema inquisitivo para tomar decisiones que se correspondan con la realidad. En el experimento que desarrollan asignan cuatro roles a los jugadores: actor, demandado, árbitro y veedor. Presentan dos casos de daños en los que se trata de identificar cuál de las partes debe ganar el litigio (Mr. Right) y cuál debe perder (Mr. Wrong). En el primer caso, el demandado tiene información relevante sobre su culpabilidad mientras que el actor desconoce con certeza si su reclamo es correcto. En el segundo caso, a la inversa, el actor tiene información relevante acerca de que él mismo fue el causante del daño, mientras que el demandado desconoce si realmente merece ser responsable o no. Ambos casos son tratados a partir de dos sistemas diferentes, uno en el que las partes son las encargadas de realizar las preguntas mientras que el juez debe *solamente escuchar* y decidir luego de un tiempo establecido; y otro en el que el juez debe *indagar* a las partes y decidir luego de un tiempo establecido. Asimismo, en un grupo de casos se le da una pista a Mr. Right sobre el hecho que permite derrotar al contrincante, mientras que en el otro grupo no se da ninguna pista a Mr. Right.⁶² Las partes no pueden mentir ni ocultar información frente a la pregunta realizada, lo que es controlado por el veedor que tendrá información completa de lo que sabe cada una de las partes y podrá descalificarlas en caso que infrinjan esa regla. El juez deberá distribuir un monto de 20 entre el actor y el demandado (siendo 20 para el actor el caso en que le corresponda 100% de indemnización, y 20 para el demandado en el escenario opuesto). El juez recibirá una suma proporcional al grado en que su

⁶² Por lo que, si bien en todos los casos existe una asimetría de información, la asimetría es mucho mayor cuando no se da esa pista.

decisión se ajuste a la realidad de los hechos (entre 20 y 0, siendo 20 un acierto total y 0 un desacierto total).⁶³

A partir de los resultados obtenidos, consideran que no hay razones para preferir por razones de eficiencia un sistema adversarial frente un sistema inquisitivo. Señalan que en los casos en que una de las partes tiene mayor información que la otra (cuando tiene una “pista”), es más acertado el sistema adversarial mientras que en los casos en que ninguna de las partes tiene información preferencial el sistema inquisitivo es más proclive a detectar los hechos relevantes (Block y Parker, 2004, p. 95)⁶⁴. Asimismo, enfatizan la importancia de las reglas de la carga de la prueba como herramientas determinantes para brindar adecuada solución en los casos en que falte información relevante para resolver, lo que reviste mayor importancia en los sistemas adversariales.

Una respuesta alternativa para perfeccionar aún más las ventajas del sistema adversarial fue elaborada por Claude Fluet (2011, p. 38), quien propone que incluso en un sistema adversarial sería aconsejable que el juez tuviera que anunciar a las partes antes de dictar su sentencia, cuáles son los hechos que tuvo por acreditados y cuáles no, para así reabrir un nuevo período probatorio antes de dictar la sentencia. De ese modo, sin tomar ninguna iniciativa probatoria, aclararía y precisaría los incentivos para la parte. Es decir, aclararía explícitamente a una de las partes que si no aporta más prueba sobre tal hecho perderá el litigio y eso reduciría costos de transacción por mitigar la incertidumbre. Esa podría ser una adecuada manera de reducir el riesgo de error judicial sin perder imparcialidad.

En definitiva, aun reconociendo que en algunos casos concretos la prueba de oficio permita arribar excepcionalmente a una solución concreta más adecuada, es necesario comparar, por un lado, los costos que ocasiona la falta de certeza y los fallos errados que podrían haber sido subsanados con la prueba de oficio y, por otro lado, los costos que ocasiona la aceptación de la prueba de oficio. En esa

⁶³ Esta condición que se asume en el experimento es la menos verosímil en los sistemas procesales reales porque, tal como ya fue señalado anteriormente, el juez no suele obtener beneficios perceptibles al lograr que su sentencia se ajuste a la realidad ni tampoco sanciones esperables por fracasar en la búsqueda de la verdad.

⁶⁴ “Our general findings were that adversarial and inquisitorial procedures have quite different properties of decisional efficiency, particularly in terms of the revelation of decisive hidden factual information to the decision maker. However, the identity of the comparatively superior procedure depends importantly upon the structure of the information distributed to the opposing parties. Under a ‘private’ information structure of highly asymmetric information endowments, inquisitorial procedure was comparatively more efficient in revealing hidden information. In contrast, under a ‘correlated’ information structure in which the less-endowed party had a ‘clue’ to the hidden information, adversarial procedure was comparatively more efficient in revealing the hidden information to the decision maker.”

ponderación no es posible soslayar, tal como expuse, que la prueba de oficio aumenta las probabilidades de error judicial, demora la decisión final del litigio porque debe insumir tiempo en la producción de la prueba que no hubiera sido necesaria de otro modo e incrementa innecesariamente los esfuerzos y tareas que cumple el sistema de administración de justicia, cuando podrían cumplir con esa idéntica tarea las partes a un menor costo.

VI. CONCLUSIONES.

La prueba de oficio no es una buena herramienta para combatir o reducir la probabilidad de error judicial. La solución más eficiente es muy simple y encuadra perfectamente con las elaboraciones de la teoría general de la carga de la prueba y respeta el principio de imparcialidad del juzgador: el juez debe hacer efectiva la carga de la prueba que pesa sobre las partes. Aquel que no probó el hecho sobre el que sustentaba su pretensión o su resistencia o que por alguna otra razón tenía la carga de confirmar los hechos que alegó y no lo hizo, tiene que sufrir el perjuicio de una sentencia desfavorable. Si se flexibiliza el mensaje que la carga de la prueba tiene hacia el juez y admitimos cierta iniciativa probatoria del juez, entonces se debilitará también el mensaje que reciben las partes.

Es decir, con la prueba de oficio distorsionamos los incentivos de las partes por lo que se preocuparán menos en probar los hechos, eso redundará en menores esfuerzos de las partes para probar los hechos, lo que reducirá las probabilidades de que salgan a la luz los verdaderos hechos implicados. Nos enfrentamos al problema de la sábana corta: si se quiere tapar la probabilidad de error judicial con la prueba de oficio, al mismo tiempo se destapará la probabilidad de error judicial por otro lado. Además, eso se hará a costa de mayores esfuerzos del juez que deberá restarlos de otras funciones importantes y alargando la duración de los procesos. Por ello, considero que la prueba de oficio es una fuente importante de incremento de costo social.

No es posible desconocer que algún beneficio puede reportar la prueba de oficio en ciertos casos concretos. Es decir, si gracias al esfuerzo del juez se descubre la verdad y se resuelve el conflicto sobre la base de lo que efectivamente ocurrió en la realidad, entonces habrá valido la pena el esfuerzo. Pero lo que propongo es llegar a ese mismo resultado por otra vía que, además, es la única compatible con el principio de imparcialidad judicial.

Nada asegura que el juez pueda encontrar la verdad de los hechos, e incluso hay buenos indicios para pensar que el juez tiene pocas chances de lograr ese objetivo por sí solo. El juez únicamente conoce lo que le cuentan las partes. En cambio, las partes, son las que conocen con mayor detalle los hechos, son justamente las que alegaron esos hechos y son las que tienen la carga de

probarlos. Lo más adecuado, entonces, es fortalecer sus incentivos para que prueben los hechos aplicando lisa y llanamente la carga de la prueba.

Por lo expuesto, concluyo que la prueba de oficio es ineficiente e incompatible con el principio de imparcialidad judicial, por lo que propongo rechazar su utilización y derogarla en los sistemas procesales adversariales que la receptan.

REFERENCIAS

- Acciarri, H. A. (2014). El Genovese *effect*, los jueces y la reforma del código civil. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley*, 7, 5-6. Recuperado de http://www.derechouns.com.ar/?page_id=6335
- Almagro Nosete, J. (1981). Garantías constitucionales del proceso civil. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 11-41.
- Alvarado Velloso, A. (2007). La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa. En: Alvarado Velloso, Adolfo y Zorzoli, Oscar A. (Dirs.), *Derecho Procesal Contemporáneo – Confirmación Procesal*. Buenos Aires: EDIAR.
- (2009). *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Barbosa Moreira, J. C. (2006). El neoprivatismo en el proceso civil. En: Montero Aroca, Juan (Coord.), *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 199-215.
- Block, M. & Parker, J. S. (2004). Decision making in the absence of successful fact finding: theory and experimental evidence on adversarial versus inquisitorial systems of adjudication, *International Review of Law and Economics*, 24(1), 89-105. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=229357>
- Botto Oakley, H (2004). *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer*. Rosario: Juris.
- Bouzat, A. & Cantaro, A. S. (2003). Verdad y prueba en el proceso acusatorio. *Discusiones*, 3, 67-80.
- Chiovenda, G. (1925). *Principios de derecho procesal civil* (3ª ed.). Madrid: Reus.
- Cipriani, F. (2007). El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales), Ariana Deho, Eugenia (trad.), *Ius et Praxis*, 13(2).
- Cordón Moreno, F. (1998). *Introducción al derecho procesal*, Pamplona: EUNSA.
- Couture, E. J. (1982). *Mandamientos del Abogado*. Buenos Aires: Depalma.

- Etcheverry De Quintabani, M. A. (1993). El juez verificador de los hechos controvertidos y la carga de la prueba como estímulo de la actividad probatoria de las partes. *Jurisprudencia Argentina*, 1993-II, 773.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón* (9ª ed.). Madrid: Trotta.
- Flemings, J. Jr. (1961). Burdens of proof, *Virginia Law Review*, 47, 51-70. Recuperado de http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3068/
- Flores, M (2008). Sistema dispositivo y verdad jurídica objetiva: su correspondencia. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*.
- Fluet, C. (2011). L'économie de la preuve judiciaire. *Centre Interuniversitaire sur le Risque, les Politiques Économiques et l'Emploi*. Recuperado de <http://econpapers.repec.org/paper/lvllacicr/1102.htm>
- Froeb, L. & Kobayashi, B. H. (2001). Evidence production in adversarial vs. inquisitorial regimes. *Economics Letters*, 70(2), 271. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=229357>
- Goldschmidt, W. (1955). La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la parcialidad), discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal. En: *Conducta y norma*. Buenos Aires: Librería Jurídica, Valerio Abeledo.
- Harris, L. (1996). Perjury defeats justice. *Wayne Law Review*, 42, 1755-1805.
- Hay, B. L. & Spier, K. E. (1997). Burdens of proof in civil litigation: an economic perspective. *Journal of Legal Studies*, 26(2), 413-431. Recuperado de <http://www.law.harvard.edu/faculty/spier/pdf/burdensproofjls.pdf>
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (2ª ed.). México: UNAM.
- Meroi, A. (2009). La imparcialidad judicial. En: AAVV, *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 41-56.
- Milgrom, P. & Roberts, J. (1986). Relying on the information of interested parties. *RAND Journal of economics*, 17, 18-32. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/2555625>
- Monteleone, G. (2006). El actual debate sobre las orientaciones publicistas del proceso civil. En: Montero Aroca, Juan (Coord.), *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 181.
- Montero Aroca, J. (2006). El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. En: Montero Aroca Juan (Coord.), *Proceso civil e ideología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 129-165.

- Morello, A. M. (1982). *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y concordados*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Onairam Jiménez, J. L. (2007). ¡Quién mucho abarca, poco aprieta! Análisis de la prueba oficiosa desde un enfoque económico, *IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*, Azul,. Recuperado de <http://www.academiadederecho.org>
- Parisi, F. (2002). Rent-seeking through litigation: adversarial and inquisitorial systems compared. *International Review of Law and Economics*, 22(2), 31. Recuperado de http://ssrn.com/abstract_id=229687
- Parker, J. S. & Kobayashi, B. H. (2000). Evidence: general economic analysis. En: Bouckaert, B. & De Geest, G. (Dirs.), *Encyclopedia of Law and Economics* (t.5). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 290-306. Recuperado de http://ssrn.com/abstract_id=1031736
- Parra Quijano, J. 2004. *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Temis.
- Peyrano, J. W. (2008). Sobre el activismo judicial, *La Ley*, 2008-B, 837.
- (2013). *Herramientas Procesales*. Buenos Aires: Nova Tesis.
- Pico I Junoy, J. (1998). La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites. *Revista Peruana de Derecho Procesal II, Monroy Palacios*, 14-28.
- (2007). La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado. *Revista Uruguay de Derecho Procesal*, 3, 2007, 573-590.
- Polinsky, M. A. & Shavell, S. (1989). Legal error, litigation and the incentive to obey Law. *Journal of Law, Economics and Organization*, 5(1), 99-108.
- Posner, R. (1999). An economic approach to the law of evidence. *John M. Olin Law & Economics*, University of Chicago Law School, Working Paper n°66. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=165176>
- Rosenberg, L (2002). *La carga de la prueba* (2ª ed.), trad. Krotoschin, E. Montevideo y Buenos Aires: IBdeF.
- Sanchirico, C. W. (2001). Relying on the information of interested -and potentially dishonest- parties. *American Law and Economics Review*, 3(2), 320-357. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/42705394>
- (2006). The economic analysis of evidence, procedure and litigation. *University of Pennsylvania Law School*, Research Paper n°04-06, 15. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877979

- Shin, H. S. (1998). Adversarial and inquisitorial procedures in arbitration, *RAND Journal of Economics*, 29(2), 379-381. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/2555894>
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta.
- (2008). Investigación judicial y producción de prueba por las partes. En: Taruffo, Michele (Comp.), *La prueba, artículos y conferencias*. Monografías Jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana, 73-85.
- (2009). Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio. *XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Colombia.
- Thomas, R (2012). From "adversarial v inquisitorial" to "active, enabling, and investigative": developments in UK administrative tribunals. *University of Manchester School of Law*. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=2144457>