

# **¡QUIÉN MUCHO ABARCA, POCO APRIETA!**

## **(Análisis de la prueba oficiosa desde un enfoque económico)**

**José Luis Onairam Jiménez**  
**Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL – Lima, Perú**

### **I. INTRODUCCIÓN**

A continuación analizaremos la prueba oficiosa, pero no desde una óptica procesal, en cuyo terreno muchos especialistas ya se han pronunciado, sino desde un enfoque económico. Esto con la finalidad de contribuir a la vigente discusión que existe sobre la conveniencia o inconveniencia de que el juzgador se encuentre posibilitado, de oficio, a ordenar la actuación de medios probatorios.

Un primer aspecto a tener en cuenta es que la economía desde hace mucho tiempo ha dejado de ser vista como un conjunto de estadísticas, para ser considerada como “el estudio de la humanidad en su quehacer cotidiano”, tal como lo señala Gary Becker<sup>1</sup>, o como “el arte de sacarle a la vida el mayor provecho posible”, según lo expresado por Bernard Shaw<sup>2</sup>. Otro aspecto importante, es que el tema de la prueba oficiosa – a nuestro parecer – no puede ser estudiado de manera aislada, tal como lo han hecho algunos “especialistas”, o peor aún, en forma sesgada, tal como han procedido otros. Recordemos que cada uno de los actos procesales – ya se encuentre a cargo de las partes o del Juez – va a influir en mayor o menor medida en el proceso.

### **II. AED: ¡PERMISO PARA ACTUAR!**

---

<sup>1</sup> Entrevista realizada por José Salazar A. En: Diario “El Peruano”. Lima, miércoles 24 de febrero de 1993; p. B.8.

<sup>2</sup> Citado por MOCHÓN Francisco. *Principios de Economía*. Mc Graw Hill. 1997e *Economía*. Mc Graw Hill. 1997; p. 03.

## 2.1. Justificación de un enfoque económico:

Tal como lo hemos señalado, son muchos los procesalistas que han escrito sobre el tema – y el lector quizá concuerde conmigo – que luego de leerlos o escucharlos, la mayoría de ellos nos dejan la sensación de que sus argumentos son válidos. Así por ejemplo, Alvarado Velloso<sup>3</sup> – uno de los más representativos del Garantismo – señala de manera acertada que la prueba judicial oficiosa afecta la imparcialidad y carácter *impartial* que debe tener un Juez dentro de un proceso. Sin embargo, en antítesis a dicha tesis, Joan Picó<sup>4</sup> - con una visión inquisitiva - sostiene que la prueba oficiosa no afecta la imparcialidad del Juez, argumentado que “En primer lugar, 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 quien puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es cumplir eficazmente la función jurisdiccional que la Constitución le asigna”.

En el Perú, en donde aún se respira una posición inquisitiva, resalta la posición de Guido Aguila – Presidente del Capítulo Perú del Instituto Panamericano de Derecho Procesal – quien considera que no es posible buscar la verdad (de carácter subjetivo) en un proceso, sino que éste debe servir exclusivamente para resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica. En una posición contraria está el colombiano Parra Quijano<sup>5</sup> – Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal – quien manifiesta que sí es posible hablar de una verdad procesal, basándose en una necesidad ideológica y en una posibilidad práctica.

---

<sup>3</sup> Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999.

<sup>4</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: José María Bosch Editor S.A. 1996; p. 242.

<sup>5</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2004; p. 07.

Ante la disyuntiva de decidir cuál de las posiciones expuestas es la que debería seguir el legislador, ratificamos la necesidad de analizar el tema desde un enfoque económico, a fin de proporcionar mayores luces en tan interesante debate.

## **2.2. El Análisis Económico y su aplicación en el Derecho Procesal:**

La importancia del análisis económico, a nuestro parecer, radica en que parte de reconocer la escasez de los recursos, es decir, de la imposibilidad de que todos podamos satisfacer todas nuestras necesidades. En este sentido, Mochón<sup>6</sup> señala que la escasez “está referida al carácter limitado de los recursos de la sociedad”. Ante dicho supuesto, es que el análisis económico busca que la sociedad aproveche de la mejor manera posible sus recursos escasos, es decir, en forma eficiente.

Respecto del concepto de eficiencia, Torres López<sup>7</sup> ha señalado que “los recursos escasos de que dispone la sociedad deben ser asignados sin despilfarro, eficientemente, sin que pueda modificarse dicha situación sin empeorarla”. En igual sentido Juan Vargas<sup>8</sup> ha manifestado: “La búsqueda de la eficiencia está íntimamente relacionada con la idea de escasez. Dado que los recursos de que disponemos no son suficientes para satisfacer todas nuestras necesidades, debemos, por una parte, priorizar aquellas necesidades o preferencias (lo que importa decir que algunas simplemente no podrán ser satisfechas) y, por la otra, utilizar de la mejor manera posible los recursos disponibles para poder cubrir el máximo de necesidades, evitando su desperdicio”.

---

<sup>6</sup> MOCHÓN, Francisco. *Principios de Economía*. Mc Graw Hill. 1997 e *Economía*. Mc Graw Hill. 1997; p. 04.

<sup>7</sup> TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Editorial Ariel. 1997; p. 31.

<sup>8</sup> VARGAS VIANCO, Juan. *Eficiencia en la justicia*. En: En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina. Lima: Consorcio Justicia Viva. 2004; p. 456.

A fin de aterrizar los conceptos de escasez y eficiencia dentro del proceso legal, pensemos en el supuesto poder-deber del Estado de administrar justicia ante cualquier pretensión de un accionante. ¿Es realmente posible que el Estado –a través del Poder Judicial – atienda con la misma seriedad y celeridad todas las demandas presentadas, o es que acaso, esto no pasa más allá de ser una mera declaración?. Al menos en el Perú, es obvio que no todas las demandas son atendidas con el mismo interés y preocupación, sino que por el contrario, muchas de ellas son abandonadas.

Consideramos que la causa está en la percepción que se tiene sobre el servicio de justicia<sup>9</sup> y la administración de ésta. Aún se sigue legislando y actuando sobre la base de principios y valores, que deben ser cumplidos, sin ningún tipo de reparo. Obviamente, esto no pasa de ser una utopía, que en lugar de generar respeto y confianza en el Poder Judicial, acarrea efectos negativos como la sensación de injusticia y corrupción. Ante ello, quizá lo más conveniente sea sincerarnos al momento de legislar y empezar a reconocer el carácter limitado de los recursos, claro está sin llegar a afectar derechos fundamentales y constitucionales. En este sentido, consideramos conveniente analizar la prueba oficiosa, a fin de determinar si –al igual que muchas normas – solo son consecuencia de una serie de ideales, o por el contrario, obedecen a una necesidad racional.

Ahora bien, ya establecida la necesidad de reconocer el carácter limitado de los recursos que posee el órgano encargado de la administración de justicia, se debería comenzar a establecer prioridades. **Note el lector, que la noción de escasez conlleva necesariamente al legislador y al juzgador a tomar decisiones entre una gama de alternativas que lo lleven a la situación más eficiente.**

---

<sup>9</sup> El servicio de justicia es un recurso común ya que existe rivalidad en su consumo, pero no exclusión. En este sentido, Man Kiw nos da el siguiente ejemplo: “Los peces del mar son bienes rivales en el consumo: cuando una persona captura un pez, hay menos para que capture la siguiente. Sin embargo, estos peces no son un bien excluible porque, dada la inmensidad del mar, es difícil impedir que los pescadores los capturen”. MAN KIW, Gregory. *Principios de Economía*. Cuarta edición. Madrid: Editorial THOMSON. 2007; p. 158.

Soslayando – por no ser centro de estudio – el rol del legislador, se debe analizar cuáles son las funciones que debería cumplir un Juez, más específicamente, si dentro de dichas facultades debería integrarse la prueba oficiosa. Sin embargo, debido a que el Juez es un representante del Estado, consideramos conveniente – antes de analizar su actuación – revisar brevemente cuál es el rol del Estado.

### III. EL ROL DEL ESTADO Y LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993.

Al revisar el régimen económico de nuestra Constitución, se observa que tenemos un modelo de economía social de mercado. Este sistema es fundamentalmente una economía de mercado que recoge todos los principios y mecanismos de organización económica postulados por el capitalismo, pero que, adicionalmente, incorpora determinados elementos necesarios para asegurar niveles mínimos de seguridad y bienestar social. Es así que el artículo 58º, de la mal denominada “carta magna”, establece: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, **el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura**”.

De lo expuesto surgen una serie de interrogantes que consideramos importante resolver. Por ejemplo, ¿La actuación del Estado – al menos en teoría – siempre ha sido limitada?, ¿Cómo es que surgió la necesidad de limitar dicha intervención?, ¿Es posible trasladar el rol del Estado en la economía al campo del Derecho Procesal?

#### 3.1. Un poco de historia: La economía social de mercado:

Este modelo, que fue implantado por primera vez en la República Federal Alemana, durante 1948, propugna que **la intervención estatal se debe**

**limitar a cuidar el orden del mercado y a proteger de abusos irregulares a los agentes que en él participan.** Sin embargo, el sistema de economía social de mercado no siempre estuvo presente, sino que fue consecuencia de los errores de otros dos modelos: El capitalismo (liberalismo) y comunismo (socialismo).

El capitalismo es consecuencia del pensamiento liberal que surgió en el siglo XVI, como una reacción por parte de la clase empresarial (burguesía) de ese entonces frente a los abusos de un Estado absolutista. Se le denomina liberalismo, porque concibe la libertad como una meta, la cual debe ser perseguida por cada uno de los individuos que integran la sociedad, **sin permitir la intervención estatal.** Sin embargo, fue justamente el radical abstencionismo del Estado en la economía la que generó una enorme desigualdad y un descontento masivo en las sociedades donde se aplicó, debido a que solo se beneficiaban una minoría (la propietaria de los medios de producción). De esta manera, señala Lazarte Molina<sup>10</sup> “la clase capitalista, que ostentaba la propiedad de los medios de producción y dirigía la producción de bienes hacia la obtención de mayores ventajas del mercado, se fue reduciendo cada vez más mediante el sometimiento constante de los capitalistas más débiles y pequeños al poder económico de los más fuertes y grandes (...) quienes jugaban con las leyes del mercado”.

Ante dicha situación, es que surge el socialismo buscando una máxima intervención del Estado, a través de la planificación económica. Los socialistas tenían como finalidad llegar a un sistema comunista, **donde la sociedad se esforzase por dar a todos los ciudadanos, gratuitamente y en condiciones de igualdad,** los bienes que ellos mismos producirían voluntariamente según su capacidad de trabajo. Empero, este modelo colapsó por dos razones: Primero, porque el comunismo era un fin

---

<sup>10</sup> LAZARTE MOLINA, Jorge. *Libertad de empresa y servicio público. El concepto de servicio público en el Perú.* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). 2005; p. 25.

inalcanzable; y, segundo, porque la **planificación económica** (la decisión del Estado sobre qué producir, para quién producir, etc.) **resultaba ineficiente para regular la organización económica del Estado.**

De lo expuesto se puede concluir que - luego de un largo proceso histórico - finalmente se comprendió la necesidad de respetar la libertad de las personas, y que la intervención del Estado (en todas sus expresiones) debe limitarse a aquellas situaciones en donde la actuación privada sea imposible o sumamente costoso. La interrogante que surge por añadidura, y la cual responderemos posteriormente, es ¿El ofrecimiento de pruebas es algo que no puede ser realizado por las partes, o que resulta muy costoso?.

### **3.2. Capitalismo y Socialismo – Dispositivo e Inquisitivo:**

Consideramos importante establecer un paralelo entre los sistemas económicos, antes estudiados, y los sistemas procesales, ya que esto a su vez nos permitirá aplicar la lección aprendida en economía (El Estado solo debe intervenir en aquellas situaciones en donde les resulte imposible a los agentes privados, o en todo caso, muy costoso) al ámbito procesal.

El sistema dispositivo – al igual que el liberalismo - propugna una radical abstención del Estado, en este caso, del Juez. En cambio, el sistema inquisitivo – al igual que el socialismo - alega la necesidad de una mayor intervención del juzgador, con la finalidad de alcanzar la tan ansiada justicia o verdad. Es más, así como en economía, se creó una posición intermedia - denominada economía social de mercado - en lo procesal, se creó el sistema mixto. Con esto no quiero concluir que el sistema ideal sea el mixto, puesto que a nuestro parecer este modelo se encuentra mal enfocado, o en el mejor de los casos, mal explicado. El sistema mixto, tal como lo explica

Alvarado Velloso<sup>11</sup>, plantea una suerte de convivencia entre ambos sistemas. Sin embargo, ello no es posible porque parten de posiciones antagónicas. En este sentido, el mismo autor señala: “no son exactas las afirmaciones de la doctrina, pues disposición e inquisición son posiciones que generan sistemas de procesamiento incompatibles en sus esencia”

Como se puede apreciar existe una gran similitud entre los sistemas económicos y procesales, por lo que consideramos aplicable el criterio de intervención del Estado al ámbito procesal.

### **3.3. Leyendo entre líneas: Contexto histórico de la prueba oficiosa:**

Sin ánimo de cansar al lector, a continuación revisaremos someramente el contexto histórico en que surgió la prueba oficiosa, a fin de que se pueda apreciar con mayor claridad que dicha facultad fue consecuencia de una ideología presente en ese entonces, más que de una necesidad de los justiciables.

La ZPO austriaca constituye el primer antecedente de la prueba oficiosa y fue promulgada en 1895. Durante esta época, reinaba el socialismo, que es una ideología política que defiende un sistema económico y político basado en la administración de los sistemas de producción y en el control social, por parte del Estado. Al respecto, Parra Quijano<sup>12</sup> “ha señalado: “el examen de la situación política interior entre 1880 y 1890 nos muestra la creciente influencia de tendencias democráticas, pues durante este período se registró un fortalecimiento del partido socialista cristiano, cuyas directrices políticas – basadas en la lucha contra el capitalismo judío, en el logro de mayor democracia política y en la consecución de mejor legislación social y justicia para las nacionalidades sometidas a Austria – tuvieron gran acogida.

---

<sup>11</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal vs prueba judicial oficiosa*. Rosario: Editorial Juris – EGACAL. 2006; p. 151.

<sup>12</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *Ob. Cit*, p. 42.

Gracias a la presión de este partido, se creó una legislación obrera que regulaba la limitación de la jornada laboral, el seguro de invalidez, etc”.

Como se ha señalado, el gran problema del socialismo fue justamente la excesiva intervención del Estado en la economía, ya que era éste quien se encargaba de la planificación económica (la decisión del Estado sobre qué producir, para quién producir, etc.). El fracaso de esta ideología no solo se debió a la incapacidad del Estado en su rol de empresario, sino sobre todo en la supresión de la libertad de las personas.

Consideramos que libertad de elección, que tan buenos resultados viene dando en nuestra economía, puede ser también trasladada al ámbito procesal. No es posible que, por un lado, nuestra Constitución esté inspirada bajo una economía social de mercado, con todo lo que ello implica, y, por otro lado, tengamos una norma procesal impregnada de decisionismo judicial, que no es otra cosa, que una manifestación del socialismo.

#### **IV. CONDUCTA MAXIMIZADORA DEL JUEZ Y LA PRUEBA OFICIOSA:**

##### **4.1. Ineficiencia de la prueba oficiosa:**

Anteriormente se estableció que debido a la escasez de recursos y la necesidad de aprovecharlos de la mejor manera posible, es que toda persona deberá tomar determinadas decisiones a fin alcanzar un resultado eficiente. Cabe preguntarse: ¿Este criterio también es aplicable al Juez?

Pues bien, aun cuando muchos pretendan equiparar el rol del Juez a una actuación divina, nosotros consideramos que el juzgador al igual que cualquier otra persona actúa buscando maximizar sus beneficios y minimizar sus costos.

En el caso del Juez, debido a la excesiva carga procesal, el recurso escaso es el tiempo<sup>13</sup>, y lo que se debe buscar entonces es que dicho recurso sea asignado de manera eficiente, respetando la Constitución y el debido proceso. Ahora bien, cabe preguntarse si es que la prueba oficiosa corresponde al criterio de eficiencia.

A nuestro parecer la prueba oficiosa resulta ineficiente, porque el Juez – como representante del Estado – solo debería hacer aquello que no puede ser realizado por las partes, o que le resultaría muy costoso, lo cual no es aplicable en este caso. En este sentido, consideramos que la actuación del Juez debería limitarse a la resolución de conflictos e incertidumbres jurídicas. Además, hay que tener presente que no se puede confundir incapacidad con imposibilidad. La primera, estaría referida a la ineptitud de alguno de los abogados de las partes de identificar los medios probatorios necesarios que le ayuden a confirmar los hechos alegados. En cambio, la segunda, estaría referido a una supuesta imposibilidad natural de los abogados defensores de identificar algún medio probatorio, y que sí pueda ser señalado por el Juez, lo cual no es concebible, desde que ambos son conocedores del derecho.

#### **4.2. Incentivos perversos:**

Desde un punto de vista económico se considera que es función del Derecho establecer los incentivos adecuados, a fin de orientar la conducta humana. Así por ejemplo, se puede afirmar que es una norma eficiente aquella que establece una sanción económica a las personas que interpongan demandas manifiestamente maliciosas. En sentido contrario, estaríamos ante una norma ineficiente, cuando ésta establece la gratuidad y total libertad en la presentación de recursos.

---

<sup>13</sup> No olvidemos que el servicio de justicia al ser un recurso común no permite la exclusión en el consumo, generándose así una excesiva carga procesal.

En el caso de la prueba oficiosa, tal como lo regula el Código Procesal Civil peruano<sup>14</sup>, los incentivos que se generan son perversos, ya que permite al juzgador utilizar dicha facultad solo cuando lo considere conveniente, y peor aún, sin tener que dar una mayor explicación. Otro factor a tomar en cuenta es que debido a la discrecionalidad que se plantea, se genera una gran incertidumbre, lo cual se traduce en falta de predictibilidad e inseguridad jurídica, requisitos necesarios para atraer inversiones y generar confianza en las personas.

## V. LOS ABOGADOS FRENTE A LA PRUEBA OFICIOSA:

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. Para ello, los abogados recurrirán a una serie de estrategias, con la finalidad de atraer un mayor número de clientes. A efectos de simplificar el problema, asumiremos que el principal criterio es la obtención de una sentencia favorable. Pues bien, el abogado en su tarea de obtener dicho beneficio (que le permitirá atraer potenciales clientes) maximizará su esfuerzo, y con ello contribuirá a la obtención del interés social, que en este caso consistirá en una sentencia conforme a derecho. Recordemos que, desde hace mucho tiempo, Adam Smith demostró que los mercados competitivos alinean los intereses privados con los intereses públicos. Sin embargo, al existir la 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. Esto resulta peligroso ya que aún cuando se pueda observar una inadecuada estrategia de defensa por parte de un abogado, el Juez simplemente podrá suplir dicha falta de eficiencia, en desmedro del abogado de la otra parte.

---

<sup>14</sup> **Artículo 194º del C.P.C.-** Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes *sean insuficientes para formar convicción en el Juez, en decisión motivada e inimpugnable*, puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales que considere conveniente

## **VI. CONCLUSIONES:**

- 6.1. El análisis económico es un método que nos permite estudiar las diferentes instituciones jurídicas, pero que parte de reconocer la escasez de los recursos, y la necesidad de que estos sean aprovechados de la mejor manera posible. Esto es de suma importancia, ya que durante mucho tiempo las diferentes instituciones procesales eran estudiadas, utilizando criterios como el de justicia, el cual es de carácter subjetivo. Con esto no queremos concluir que sea un método perfecto, sino que permite estudiar desde otra perspectiva.
- 6.2. El Derecho Procesal también puede ser estudiado bajo una óptica económica, ya que el Poder Judicial, órgano encargado de la administración de justicia en el Perú, también posee recursos escasos (tiempo, presupuesto, etc), lo cual le obliga a tomar decisiones.
- 6.3. Al establecer la similitud que existen entre los sistemas económicos y procesales, resulta válido afirmar que inclusive en un proceso, el Juez - como representante del Estado – sólo debe intervenir en aquellos asuntos en donde no les sea posible a los privados, o les resulte muy costoso.
- 6.4. La prueba oficiosa surgió en un contexto histórico en donde se consideraba que era necesaria la actuación del Estado. Pero, tal como se ha podido observar, esto generó más perjuicios que beneficios.
- 6.5. La prueba oficiosa, más aún en la forma en que está regulado en el Perú, genera incentivos perversos, tales como: Falta de predictibilidad, corrupción e inseguridad jurídica.

- 6.6. En el caso de los abogados, aún cuando pareciera lo contrario, la regulación de la prueba oficiosa también les resulta perjudicial, puesto que genera incentivos inadecuados. Es así que, a pesar de la inadecuada estrategia de defensa por parte de un abogado, el Juez simplemente podrá suplir dicha falta de eficiencia, en desmedro del abogado de la otra parte.
  
- 6.7. Finalmente, podemos concluir que resulta más eficiente que el Juez se concentre en resolver el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, en lugar de participar en aquellas cosas que pueden ser realizadas por los abogados de las partes.