



Revista de Derecho - Universidad
Católica del Norte
ISSN: 0717-5345
revistaderecho@ucn.cl
Universidad Católica del Norte
Chile

ROMERO RODRÍGUEZ, SOPHÍA

MONTERO AROCA, Juan (2014) La paradoja procesal del siglo XXI. Los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero). Valencia: Tirant lo Blanch,
101 pp.

Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 22, núm. 1, 2015, pp. 607-615
Universidad Católica del Norte
Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041330018>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

MONTERO AROCA, Juan (2014) *La paradoja procesal del siglo XXI. Los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 101 pp.

La discusión sobre las potestades de dirección material y procesal de los jueces en el proceso penal y civil es una temática que ha sido objeto de múltiples trabajos e investigaciones por parte de la doctrina procesal del siglo XX¹. A pesar de ello, y por lo mismo, dista mucho de ser un tema pacífico.

Ofrecemos en esta oportunidad la recensión de una pequeña obra del procesalista español Juan Montero Aroca, quien ha concentrado sus esfuerzos en los últimos quince años en poner en la palestra este problema en varios de sus trabajos, tanto monográficos como en artículos en obras colectivas². El presente trabajo, sin mayores pretensiones dogmáticas, tiene el mérito de sintetizar los argumentos para sostener su posición frente al tema, formulando las interrogantes que se plantea un amplio sector de la doctrina científica en torno a los poderes atribuidos al juez civil en contradicción a los escuálidos poderes del juez penal, teniendo como parámetro de comparación los derechos subjetivos y/o bienes jurídicos involucrados en cada uno de dichos procesos. En esta entrega, Montero

¹ Las posiciones antagónicas entre la atribución de potestades de orden probatorio se origina, salvo yerro nuestro, en el momento en que se concibe al proceso como mecanismo para la búsqueda de la verdad, a objeto que el enjuiciamiento efectuado se base en esta. Por ello, se torna lógico pensar que si es necesario llegar a la verdad mediante el proceso, el juez puede a falta de la proposición probatoria de las partes allegar medios de prueba respecto de los hechos que la requieran. En este sentido, posiciones favorables a la atribución de mayores poderes. Confróntese GUASP, Jaime (1943) *Juez y hechos en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 170 pp., p. 103 y siguientes; CARNACINI, Tito (1953) "Tutela jurisdiccional y técnica del proceso". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 12, pp. 97-182; DENTI, Vittorio (1969) "Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 6, pp. 543-583; PECCHI CROCE, Carlos (1975) "La participación del juez en el proceso civil". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 24, pp. 855-886, pp. 868-873; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo (1985) *Tratado de Derecho Procesal civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución*. Segunda edición. Pamplona: Aranzadi. t. I, 908 pp., pp. 534-537; especialmente p. 535; BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1984) "Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba". En VV.AA.: *Libro Homenaje a Jaime Guasp*. Granada: Comares, pp. 155-160.

² Ha sido una preocupación constante del autor la temática, tanto en monografías propias como coordinador y/o autor de artículos en libros colectivos. Entre las más recientes se cuentan: (2006) *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 438 pp., (de esta obra, se han publicado una edición en Chile (2008) Santiago: Editorial Metropolitana, 451 pp.; y otra en Perú (2009) Lima: Editorial San Marcos, 463 pp. (2006) *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 694 pp. (2006) "Ideología y proceso civil. Su reflejo en la 'buena fe procesal'". En VV.AA.: *El abuso del proceso: Mala fe y fraude de ley procesal. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, pp. 251-319; (2008) *Proceso penal y libertad (Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal)*. Madrid: Civitas, 525 pp.

acaba formulando algunas preguntas en torno a la discusión, las que aún no tienen una respuesta unánime, lo que hace valorable y comentable esta contribución y nos permite plantear algunas opiniones al respecto.

Adicionalmente, aunque breve la obra recensionada, nos parece que su comentario es muy apropiado en torno a los tiempos que corren en Chile, *ad portas* de una reforma al sistema procesal civil que ha optado –al menos conforme el tenor del actual proyecto– por un sistema predominantemente oral en el que, sin perjuicio de basarse en el principio dispositivo³, se le atribuyen mayores potestades al juez, situación que puede –y debe– ser analizada y comentada a la luz de las observaciones que se hacen en esta obra por el profesor Montero.

1) LA CONFIGURACIÓN DE LAS POTESTADES DE DIRECCIÓN MATERIAL Y PROCESAL DEL JUEZ CIVIL

El trabajo que comentamos plantea la siguiente pregunta principal: ¿por qué durante el siglo XX se ha justificado por amplios sectores de la doctrina procesal la atribución de mayores potestades de dirección material al juez civil, y en cambio al juez penal, se le han quitado? Dicha interrogante se efectúa teniendo en consideración que ante el primero se ventilan cuestiones de orden privado y en el segundo, bienes jurídicos que interesan a la sociedad en general, lo que podría justificar una mayor atribución de potestades en el proceso penal, pero no en el enjuiciamiento civil, proceso precisamente inverso al ocurrido.

Para intentar una respuesta, Montero parte de la configuración histórica de los principios dispositivo y de aportación de parte (para el proceso civil) y acusatorio y/o adversarial (para el proceso penal), en su sentido más básico y original (pp. 23-27 para el proceso civil; pp. 79-97, para el proceso penal).

Si partimos de la base que los intereses que se discuten dentro de un proceso penal son socialmente preponderantes –por ello se trata de la mayor respuesta del Estado frente a este tipo de conductas– aquello

³ En el mensaje presidencial que remite el proyecto de Código Procesal Civil (Boletín N° 8197-07) en relación con el punto: “(...) entendiendo que el proceso civil no es un mero instrumento para la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses privados entre las partes y en el cual al juez solo le cabe un papel de mero observador hasta el momento de dictar sentencia, el nuevo Código consagra un cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez respecto del proceso y el sentido tradicional en que se ha entendido el principio dispositivo o de justicia rogada que inspira nuestro actual proceso civil, sin por ello derogarlo, sino al contrario, manteniendo su plena vigencia. Así, por ejemplo, la iniciativa del proceso civil, la determinación del objeto del mismo, la *aportación de pruebas –salvo excepciones–* y la utilización de los medios de impugnación, corresponde exclusivamente a las partes” (*La cursiva es nuestra*).

justificaría la atribución de mayores potestades por el juez para la determinación de la responsabilidad penal del sujeto, y en definitiva, respecto de la situación fáctica específica de comisión del ilícito que es objeto del juicio. Sin embargo, la doctrina procesal ha manifestado que ello no es posible en este tipo de proceso, vulnerándose la imparcialidad del órgano jurisdiccional⁴ si así se configurara⁵. En cambio, se acepta en general, que el juez civil puede y debe incorporar pruebas al proceso, si del relato fáctico de las partes estima que con la proposición de prueba existente se deduce algún hecho de relevancia jurídica para el juicio que no queda suficientemente acreditado o derechamente no probado⁶. He ahí la paradoja para el autor: tenemos un proceso penal en donde los intereses protegidos suponen un alto grado de afectación social en donde el juez se encuentra amarrado en relación a la proposición probatoria y un juez civil, con plenos poderes para hacerlo, en donde los intereses que se ventilan son de orden privado, y en principio, solo importan a quienes son partes en dicho proceso.

El origen de esta tendencia, según el autor se encuentra en la dictación de dos cuerpos normativos de corte “autoritario”, que posteriormente han servido de base para la dictación de otros tantos: la *Österreichische Zivilprozessordnung* de 1895 y el *Código du Procédure Civile* de 1950 (pp. 41-44)⁷. Dichas codificaciones, rompiendo la lógica instalada previamente en el proceso civil “liberal”, regularon la distribución de las cargas de aportación de hechos y, particularmente de medios probatorios, de una forma distinta a lo que se había venido haciendo. Bajo la concepción liberal, la atribución era completa a las partes, tanto de la incorporación de

⁴ Piénsese en el Código Procesal Penal chileno, las limitaciones que impone al tribunal de juicio oral en la declaración de testigos, en donde solo puede solicitar la aclaración de sus dichos previos.

⁵ En contra, considerando la posibilidad de otorgamiento de potestades de orden probatorio al juez penal PICÓ I JUNOY, Joan (2007) “La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio: un estudio desde el Derecho comparado”. *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. N° 1-2, pp. 39-77, pp. 64-72.

⁶ Es por ejemplo la hipótesis que está detrás de las medidas para mejor resolver del artículo 159 del CPC; las del artículo 22 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia; o la del artículo 453, N° 9 del Código del Trabajo; y la propuesta del proyecto de CPC chileno que actualmente se discute en Congreso, conforme el inciso 2º del artículo 288 del proyecto. “Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos (...).” El texto del artículo fue aprobado en forma particular por la Cámara de Diputados en la 21^a sesión celebrada el 7 de mayo de 2014.

⁷ Para analizar una perspectiva diversa, confróntese PÉREZ RAGONE, Álvaro (2014) “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Año XLII, 1º semestre, pp. 523-552, pp. 527-539.

hechos y medios de prueba, y como corolario, unos inexistentes poderes de aportación de material probatorio del juez⁸.

La nueva distribución en el régimen de aportación de prueba, produce un quiebre en la comprensión tradicional de lo que el principio dispositivo encarnaba, ya que la explicación comprendía tanto la disposición por los particulares del trámite como del objeto⁹, quedando bajo esta nueva configuración propuesta en estos códigos, solo relativa al objeto procesal, al *thema decidendi*¹⁰, y ya no a los medios de prueba para acreditar los hechos que configuran el objeto y al trámite procedimental.

Esta atribución de mayores potestades de orden probatorio se justifica bajo la comprensión del proceso conjugando no solo la aplicación del principio dispositivo en atención de los intereses involucrados bajo la máxima *iudicare secundum probata et allegata partuim*, sino también a raíz de la necesidad de conciliar tres factores relevantes: la utilización de un mecanismo regulado por el Derecho Público con la actuación de un órgano estatal; la necesidad de que este mecanismo actúe dentro de un lapso que permita una tutela efectiva de los derechos privados; y por último, la generación de unos costos razonables que deben ser asumidos por las propias partes, pero también por el Estado¹¹. Montero es crítico en torno a esta nueva configuración, la que a través del siglo XX ha ido en aumento en los sistemas procesales del *Civil Law*.

Particularmente, el cuestionamiento pasa por la incoherencia que supone por parte de la doctrina científica catalogar de atentado a la imparcialidad del órgano que enjuicia la posibilidad de aportación de medios de prueba en un proceso penal, pero no en un proceso civil. La segunda pregunta que subyace en el trabajo de Montero es ¿por qué en un proceso civil no hay afectación a la imparcialidad, pero en uno penal sí, si el argumento es el mismo?¹².

⁸ FAIRÉN señala al respecto “(...) bajo un sistema económico, social y filosófico de predominio de los intereses de los individuos sobre los de la comunidad, sean cada individuo, dos individuos, las partes, los protagonistas del proceso; ellas lo dominan y determinan su objetivo y alcance en función de la lucha de tales intereses; el juez, aparece sin fuerzas externas, como observador de tan singular combate. Lo que se obtenga, es cuestión de las partes: el juez no puede intervenir aportando hechos, ni casi derecho. Se sujet a al marco rígido, de hechos y derecho que las partes le marcaron”. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990) *Doctrina general del Derecho procesal. Hacia una teoría y una ley procesal generales*. Barcelona: Bosch, 604 pp., p. 48.

⁹ MONTERO AROCA, Juan y otros (2014) *Derecho jurisdiccional I. Parte General*. Vigésima primera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, Versión Kindle, 6505 pp., p. 4629 y siguientes.

¹⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2005) *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Thomson Civitas, 292 pp., pp. 23-24.

¹¹ PÉREZ (2014) 526.

¹² Esta crítica respecto de la pérdida de imparcialidad no es nueva. “(...) en materia probatoria, cualquier innovación que se propugne debe ser cuidadosamente meditada y ponderada, a fin de evitar que el órgano jurisdiccional pueda apartarse de la imparcialidad a que su actuación tiene que quedar sometida y convertirse en defensor de uno de los litigantes”. RODRÍGUEZ SOLANO Y OTRO (1950) “El principio de autoridad del juez en el proceso civil y

Esta crítica que el autor efectúa nos parece acertada, ya que si tanto la actuación del órgano judicial como el proceso mismo deben estar envueltos por un conjunto de garantías para el particular que busca tutela, ello tiene relación tanto con la naturaleza de la función ejercitada –pública– y con el instrumento que se utiliza para ello, y no con el tipo o naturaleza de los derechos/bienes involucrados. De lo contrario, se vuelve a restar valor al Derecho Procesal como disciplina autónoma y con sustancia propia, volviéndola adjetiva y meramente instrumental al Derecho que se aplica mediante el proceso particular.

De este modo, las razones para estar a favor o en contra del otorgamiento de potestades jurisdiccionales en relación con la prueba en el proceso deben estar dadas, no por el tipo de derecho que se tutela mediante el procedimiento en cuestión, sino por la entidad e importancia de los derechos de orden procesal que se garantizan o se vulneran con dichas potestades.

2) CRÍTICA A LA VISIÓN DEL PROCESO JURISDICCIONAL COMO MERO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE PRIVADOS

La configuración del proceso civil bajo un nuevo paradigma, radica en la concepción de este ya no solo como una vía para la solución de un conflicto de intereses *inter privatos*, sino también y al mismo tiempo, como medio para que el Estado aplique al caso concreto el Derecho¹³, proveyendo la decisión justa y ajustada –dentro de las posibilidades– a la verdad material¹⁴. Bajo esta comprensión, dado que uno de los fines del proceso es la emisión de una decisión fundada en la verdad, es esencial que el juez en cada asunto cuente con las herramientas procedimentales necesarias para obtenerla, pudiendo, por ejemplo, decretar prueba de oficio o formular preguntas a las personas que declaren en juicio, ya sea en calidad de testigos, peritos o absolvientes¹⁵.

sus límites (presupuestos procesales)”. En Instituto Español de Derecho procesal, *Actas del I Congreso Nacional de Derecho procesal*. Madrid: Gráfica Clemares, 439 pp., p. 22.

¹³ CALAMANDREI, Piero (1961) “La relatividad del concepto de acción”. En Sentís Melendo, Santiago (traductor): *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, p. 147.

¹⁴ TARUFFO, Michele (2011) *La prueba de los hechos*. Daniel Mendonca y otro (trad.). Cuarta edición. Madrid: Trotta, 542 pp., pp. 56-87.

¹⁵ En esta concepción también redunda el neoconstitucionalismo, que destrona a la ley posicionando a la Constitución como norma fundamental de los Estados modernos, determinando que en el ejercicio de la función jurisdiccional, más importante de las formas procesales y sus garantías legales, resulta la tutela de derechos fundamentales –el derecho de acción como derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a la prestación jurisdiccional en un plazo razonable–. Sobre la relevancia del derecho de acción como derecho fundamental y sus contenidos, confróntese MARINONI, Luiz y otros (2010) *Fundamentos del proceso civil*.

Es esta manera de caracterizar y entender la tutela jurisdiccional prodigada mediante el proceso civil la que Montero critica también en esta obra¹⁶. No es justificación plausible la atribución al juez civil de potestades de orden probatorio en un proceso en donde lo que se discute son intereses privados para la búsqueda de la verdad¹⁷, en donde con el objeto de alcanzar dicha finalidad, se vulneran normas de orden procesal como la imparcialidad, la disposición del objeto, como decíamos. Esta visión del autor ha sido compartida por varios procesalistas iberoamericanos del siglo XX¹⁸, y ha sido la visión tradicional de la práctica forense y jurisprudencial chilena en atención a la regulación del Código de Procedimiento Civil que actualmente nos rige¹⁹.

Hacia una teoría de la adjudicación. Santiago: Abeledo Perrot LegalPublishing, 484 pp., pp. 188-210.

¹⁶ Esta crítica no es nueva en este autor. Por ejemplo (2008) “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”. En MONTERO AROCA, Juan (coordinador): *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Santiago: Editorial Metropolitana, pp. 130-165.

¹⁷ En una obra anterior, el autor manifiesta, complementariamente, que la configuración de la LEC 1/2000 en relación con la prueba parte de la renuncia a la búsqueda de la verdad, basada en la articulación que hacen varias disposiciones en relación con los hechos alegados por las partes, los controvertidos estableciendo el deber de verificación del juez de los hechos en relación con la prueba, y no de investigación, ya que ello vulneraría principios de orden procesal más relevantes. MONTERO AROCA, Juan (2001) *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 189 pp., pp. 109-111; desarrollando esta idea sobre la verificación de los hechos como función de la prueba civil, MONTERO AROCA, Juan (2007) *La prueba en el proceso civil*. Quinta edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 637 pp., pp. 41-49. Concordando en este punto con el autor, DE LA OLIVA plantea que el proceso tiene un fin mucho más modesto: la aplicación del Derecho al caso concreto con niveles de certidumbre aceptables, pero en ningún caso la búsqueda de la verdad en un sentido etimológico, criticando a TARUFFO quien ha defendido a esta como condición del ejercicio correcto de la jurisdicción, lo que justificaría la dotación de mayores poderes. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2012) *El papel del juez en el proceso civil. Frente a ideología, prudentia iuris*. Madrid: Thomson Reuters, Civitas, 140 pp., p. 113 y siguientes.

¹⁸ Al respecto, ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2010) “El garantismo procesal”. En De la Fuente Paredes, Paulo (coordinador): *Estudios de Derecho procesal civil*. Santiago: Librotecnia, pp. 61-105; BOTTO OAKLEY, Hugo (2010) “Límites o alcances del debido proceso conforme a Constitución, desde la óptica de la iniciativa probatoria”. En De la Fuente Paredes, Paulo (coordinador): *Estudios de Derecho procesal civil*. Santiago: Librotecnia, pp. 107-158; PINOCHE CANTWELL, Francisco (2010) “Facultad del juez de pronunciarse acerca de la pertinencia y eficacia en materia probatoria en el Anteproyecto de Código Procesal Civil chileno”. En De la Fuente Paredes, Paulo (coordinador): *Estudios de Derecho procesal civil*. Santiago: Librotecnia, pp. 283-300.

¹⁹ El mensaje de nuestro CPC, plantea el otorgamiento de mayores potestades de orden procesal al juez, no de orden material. Sin embargo, a la hora de establecer la regulación específica, el legislador optó por dotar de poderes probatorios limitados al juez, regulando entre otras, las medidas para mejor resolver en el artículo 166 (actual 159), que constituyen poderes de dirección material; y escasos poderes de orden procesal, cuestión que ha sido objeto de múltiples reformas, siendo las más relevantes en este sentido la de la Ley N° 7.760 de 1944; y la N° 18.705 de 1988. Para mayores antecedentes sobre estas reformas, consultar PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo (1989) “La reforma procesal civil. Antecedentes e historia de la Ley 18.705”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 16, N° 3, pp. 639-682.

Sin embargo, existen voces contrarias. Particularmente interesantes resultan los estudios realizados por Joan Picó i Junoy en torno a esta temática. Este autor ha efectuado un estudio histórico de las fuentes en donde constan los brocados latinos en que se sustentó originalmente la configuración del principio dispositivo, concluyendo que *iudicare secundum probata et allegata partuim*, nunca significó que al juez le estaba vedada la incorporación y producción de medios de prueba en el juicio civil, sino que el juez está obligado a fallar conforme a los hechos alegados y probados en el proceso, rechazándose cualquier conocimiento privado que de los hechos este tenga²⁰.

Recordemos, que el principio dispositivo establece que en el proceso civil son las partes las que configuran el objeto del proceso, este último determinado por la petición fundada que el actor somete a conocimiento del órgano jurisdiccional. Dichos fundamentos están constituidos por un relato fáctico que debe ser objeto de prueba, de ahí que los medios de prueba hayan sido considerados como una carga para quien haya alegado el hecho en que funda su petición.

En contra de esta concepción tradicional, se ha dicho que la práctica de la actividad probatoria no atañe o no altera la configuración del objeto del proceso, por lo que la aportación de parte o la investigación oficiosa responden a una elección motivada por criterios técnicos, a diferencia de lo que ocurre con la aportación fáctica que forma parte de la causa de pedir examinada en el juicio²¹, posición que la obra comentada critica (pp. 47-50).

3) EL PROCESO PENAL BAJO EL PRINCIPIO ACUSATORIO

Como se puede deducir de lo dicho hasta acá, la crítica de fondo del autor es la relativa a la configuración de los poderes del juez (civil o penal) para encontrar la verdad de los hechos en el proceso y decidir conforme a ella.

Para referirse ahora al proceso penal, Montero describe la regulación española, configurándola bajo el principio acusatorio (p. 63 y siguientes). Descarta de plano la existencia teórica de un “proceso inquisitivo”, ya que cuando el mismo órgano es el que juzga e investiga, no se puede plantear la existencia de un proceso jurisdiccional propiamente tal. De este modo,

²⁰ PICÓ I JUNOY, Joan (2007) *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocado iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch, 304 pp., pp. 23-24.

²¹ DÍAZ CABIALE, José (1996) *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 578 pp., p. 119.

con el objetivo de dividir las funciones juzgadoras e investigadoras, el principio acusatorio entrega estas a dos órganos estatales diversos²².

A efectos de comparar lo señalado para el proceso civil, debemos señalar que la investigación efectuada por el Ministerio Público –en cualquier país en donde el modelo acusatorio se aplique–, tiene por objeto en el proceso penal determinar los hechos que configuran el objeto del juicio, esto es, la existencia de una conducta tipificada en la ley como delito y de los sujetos a quienes se les puede atribuir la comisión de dicha conducta, a efectos de imponerles una pena. Esta función de aportación de hechos y medios de prueba está entregada a un órgano estatal, pero distinto del que enjuicia, ello con el objetivo de garantizar la imparcialidad del órgano que juzga. Adicionalmente, se ha señalado de relevancia la existencia de la presunción de inocencia, ya que el enjuiciamiento de un juez prejuiciado por el contenido de su actividad investigativa previa –en los “procesos inquisitivos”– rompería con esta presunción y con la imparcialidad.

Luego, el autor se encarga de describir en términos teóricos el sistema adversarial o acusatorio, y critica descarnadamente la aplicación que del mismo se hace en EE.UU., concluyendo que en los hechos, se hace una aplicación inquisitiva de las penas –por lo tanto, no hay aplicación procesal del Derecho penal–, con prescindencia de la importancia de la verdad en el enjuiciamiento. Ello, nos conduce a pensar que la crítica original se desvirtúa, porque en este punto no tiene relación con las potestades del juez en relación con los hechos y la prueba del caso –como se refiere en el proceso civil–, sino más bien con las limitaciones a los poderes de decisión del juez penal impuestas por la posibilidad de que las partes acuerden cuestiones relativas al mérito fáctico o jurídico (p. 87). En este sentido, creemos que hay una confusión entre el contenido del principio acusatorio y el principio del consenso de partes en el proceso penal²³.

De este modo la crítica original, que nos permite centrar nuestra atención en aquellos elementos que permitan evitar la afectación de garantías procesales con el otorgamiento de mayores potestades al juez en general, parece perder sentido.

²² Sin perjuicio de esta caracterización básica, la configuración de este principio según MONTERO tiene cuatro contenidos: 1) Separación de funciones entre juez instructor y juez decisor; 2) Distinción entre juzgador y parte, es decir, no hay juicio oral sin acusación; 3) Correlación entre acusación y sentencia; y 4) Prohibición de *reformatio in peius* (p. 92).

²³ Sobre este punto, a propósito del principio del consenso de partes como incriminitorio y de colaboración en la persecución penal consultese DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2008) “El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 1, pp. 157-182.

4) ¿LA PARADOJA?

En las últimas páginas del trabajo, el autor retoma como pregunta la crítica subyacente en el trabajo, y la enuncia: ¿por qué la verdad importa en el proceso civil en donde está en juego el dinero y por qué no resulta relevante en el proceso penal en donde está en riesgo la libertad de las personas?

En esta aproximación, no deja de ser cierto que resulta, a lo menos curioso, este alejamiento entre un proceso y otro, solo por el objeto material enjuiciado.

El perfeccionamiento de los poderes procesales ejercitados por la función jurisdiccional con la finalidad de promover una aplicación del Derecho objetivo con mayor eficiencia y prontitud, resolviendo los conflictos de intereses que eventualmente subyacen, no debiera estar condicionado a la naturaleza del derecho sustantivo que permita resolver la cuestión, y se debiera propender a ello en cualquier proceso, respetando el derecho de defensa de las partes y otras garantías de orden procesal.

En este sentido, resultan valorables estos cuestionamientos de Montero, aunque hayan y siguen siendo desvalorados por la doctrina procesal²⁴, porque plantean una visión enfocada en la importancia de las normas de contenido procesal que pueden ser vulneradas con la generación de un desequilibrio entre las cargas de los litigantes y las potestades del órgano judicial en relación con los materiales probatorios aportados. Más allá de la decisión legislativa concreta que adopta cada ordenamiento jurídico, no deja de ser cierto que la configuración de mayores potestades del juez debiera llevar aparejadas también mayores responsabilidades por su no ejercicio o ejercicio incorrecto, cuestión que no ha sido abordada por la doctrina procesal que aboga por esta posición²⁵.

SOPHÍA ROMERO RODRÍGUEZ*

²⁴ PÉREZ (2014) 544.

²⁵ DE LA OLIVA (2012) 120 y siguientes.

* Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica del Norte (CHILE) y Magíster en Derecho Público por la Universidad de los Andes (CHILE). Profesora de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte (CHILE). Alumna regular del Programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (CHILE). Becaria CONICYT para estudios de Doctorado en Chile (desde 2011). Correo electrónico: sromeror@ucn.cl